

HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KILAVUZ TASLAĞI'NIN ELEŞTİRİSEL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Ahmet Fatih ÖZKAN*

Özet

Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen ve yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı"nı hazırlamış ve kamuoyu görüşüne açmıştır. Avrupa Birliği Komisyon'u tarafından yayınlanan "Roma Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber" ile gerek yapısal, gerekse içeriksel olarak büyük benzerlikler taşıyan Taslak, Türk rekabet hukukunda bugüne kadar taraflı davranışlar alanında hazırlanmış ilk ikincil düzenleme niteliğini taşımaktadır. Bu makalede Taslağın içeriği eleştirisel bir bakış açısıyla incelenmektedir. Bu bağlamda Türkiye'de 6. madde alanında bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı sorusu cevaplandırılmakta, böyle bir ihtiyacın olması halinde hazırlanacak kılavuzun kapsamı ve hukuki rejiminin nasıl belirlenmesi gerektiği değerlendirilmekte, kılavuzda 6. madde ile izlenen veya izlenmesi gereken amacın tartışması yapılmakta ve kılavuza eklenmesi gereken diğer unsurlar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Tek Taraflı Davranışlar, 6. Madde, AB Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber, Kılavuzlar

* Doktora Öğrencisi (Rekabet Hukuku, University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Hukuk ve İktisat, Bilkent Üniversitesi), LL.B. (Hukuk, Bilkent Üniversitesi)

A CRITICAL ANALYSIS OF THE DRAFT GUIDELINES ON THE ASSESSMENT OF ABUSIVE EXCLUSIONARY CONDUCT BY DOMINANT UNDERTAKINGS

Abstract

The Turkish Competition Authority has published and released for public consultation “the draft Guidelines on the Assessment of Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” with regard to the prohibition of abuse of a dominant position under Article 6 of the Act on the Protection of Competition 1994. Having been prepared very similar to the European Commission’s “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” in terms of both structure and content, the draft Guidelines are the first formal piece of secondary legislation in the area of unilateral conduct in Turkish competition law. This article critically analyses the substantial content of the draft Guidelines. Within this context, it answers the question as to whether there is a need for guidelines under Article 6 in Turkey, discusses the prospective content and legal status of the guidelines in the event of such a need, comments on the objective that has been pursued or should be pursued under Article 6 in the guidelines and refers to any other elements that should be included in the future guidelines.

Keywords: *Abuse of a Dominant Position, Unilateral Conduct, Article 6 of the Act on the Protection of Competition 1994, Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities, Guidelines*

Ş. Genel Açıklamalar

Hakim durumun kötüye kullanılması alanında dünya çapında özellikle son yıllarda bir kılavuz yayınlama trendinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Avrupa Birliği (AB) Komisyonu tarafından 2005 yılında “Roma Antlaşması’nın 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanması Hakkında Tartışma Metni”;¹ 2008 yılında ise “Roma

¹ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses

Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber" (AB Rehberi) yayınlanmıştır². Yine 2008 yılında Amerikan rekabet hukukunda "*Sherman Yasası'nın 2. Bölümü Işığında Tek Taraflı Davranış*" başlıklı, Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi'nin yorumlarını içeren bir kılavuz yayınlanmış, ancak bu kılavuz ertesini yıl geri çekilmiştir³. 2012 yılında Kanada rekabet hukukunda, Kanada Rekabet Bürosu "*Rekabet Yasasının 78. ve 79. Bölümlerinde Yer Alan Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hükümlerinin Uygulanması Hakkında Kılavuz*"u yayınlamıştır⁴. Bunlara ek olarak 2007 yılında Uluslararası Rekabet Ağı (*International Competition Network*) tek taraflı davranışlar alanında izlenen tüm amaçların bir değerlendirmesini yapmış⁵, 2008-2010 yılları arasında ise bazı spesifik kötüye kullanma halleri üzerine çeşitli raporlar yayınlamıştır⁶. Uluslararası Rekabet Ağı'nın, tek taraflı davranışlar alanında kapsamlı bir kılavuz (*ICN Workbook*) yayınlama çalışmaları halen devam etmektedir.

Bu global trend doğrultusunda, "*Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı*" (Taslak), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 6. maddesinde düzenlenen ve yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılması üzerine Türk rekabet

² *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7*

³ *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*

⁴ *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)*

⁵ *ICN Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference, Moscow 2007*

⁶ Bkz. Uluslararası Rekabet Ağı Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu (*ICN Unilateral Conduct Working Group*) tarafından yayınlanan "*Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws*" (2008), "*Report on Predatory Pricing*" (2008), "*Report on Single Branding/Exclusive Dealing*" (2008), "*Report on Tying and Bundled Discounting*" (2009), "*Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws*" (2009) ve "*Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*" (2010)

hukukunda bugüne kadar hazırlanmış ilk düzenleme niteliğini taşımaktadır. Kanunun 20. maddesi uyarınca Türkiye’de mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşturulması ve geliştirilmesinin temini ile rekabet mevzuatını uygulanmakla görevlendirilmiş Rekabet Kurumu’nun ikincil düzenlemeleri bugüne kadar Kanunun 4. ve 7. maddeleri üzerine yoğunlaşmış, bu bağlamda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile birleşme ve devralmalar alanlarına yönelik gerçekleştirilmiştir. Bu durum aslında 4054 sayılı Kanunun iktibas edildiği AB rekabet hukukunda da geçerli olup, AB rekabet hukukunda reform çalışmalarının son halkasını, 6. maddenin muadili olan Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (ABİDA) 102. maddesi (eski 82. madde) oluşturmuştur. Reform sürecinde AB Komisyonu 2008 yılının Aralık ayında önce internet sitesinde, 2009 yılının Şubat ayında ise AB Resmi Gazetesi’nde yukarıda adı geçen AB Rehberi’ni yayımlamıştır.

Taslağın incelenmesinde dikkati çeken ilk unsur Taslağın, gerek yapısal gerekse içeriksel olarak AB Rehberi’ne olan büyük benzerliğidir. Yapısı itibariyle Taslak 5 bölümden oluşmaktadır: “1. Giriş”, “2. Hakim Durum”, “3. Kötüye Kullanma”, “4. Haklı Gerekçe” ve “5. Kötüye Kullanma Halleri”. Taslakta öncelikle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi tanıtılmakta ve Taslağın kapsamına yönelik açıklamalar yapılmaktadır. Bu bölümü ilgili pazar tanımı ve hakim durum analizini içeren 2. bölüm izlemekte, daha sonra ise 3. bölümde hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik genel hükümler gelmektedir. 4. bölümde kötüye kullanma hali oluşturmayan durumlar haklı gerekçe başlığı altında yer almakta, 5. bölümde ise uygulamada yaygın olarak görülen bazı spesifik kötüye kullanma halleri hakkında özel hükümler inceleme konusu yapılmaktadır. AB Rehberi’nde, sıralama aynı kalmakla birlikte, bölümlerin başlığında ufak değişiklikler bulunmaktadır. Örneğin AB Rehberi’nde, Taslaktaki 2. 3. ve 4. bölümler tek bir bölümde (*III. General Approach to Exclusionary Conduct*) incelenmiş, Giriş bölümünü (*I. Introduction*) takiben “Rehberin Amacı” başlıklı ek bir bölüm (*II. Purpose of this Document*) yer almış, spesifik kötüye kullanma hallerine ilişkin bölüm ise, Taslaktaki gibi, son bölüm (*IV. Specific Forms of Abuse*) olarak düzenlenmiştir.

İçeriksel olarak da Taslağın, AB Rehberi ile büyük ölçüde benzer, hatta neredeyse birebir aynı olduğu görülmektedir. Taslağın hükümlerinin çoğu AB Rehberi'nden doğrusuyla yanlıyla ancak oldukça düzgün yapılan bir tercüme suretiyle Türk rekabet hukukuna aktarılmaya çalışılmaktadır. Bu durumun avantajları olduğu kadar dezavantajları da olmaktadır. Öncelikle AB Rehberi'nin izlerinin Taslağa yansması sonucu, AB rekabet hukukunun engin birikiminden faydalanılmıştır. Zira AB rekabet hukukunda, ABİDA 102. maddeye etki-bazlı ve daha fazla ekonomik analize dayalı bir uygulama biçimi kazandırmaya yönelik reform süreci 2003 yılından 2009 yılına kadar sürmüş, bu süreçte çok büyük bir bilgi birikimi elde edilmiştir. AB Rehberi'nin kapsamındaki düzenlemeler, uzman rekabet hukukçuları ve ekonomistleri tarafından uzun bir tartışma ve yoğun bir eleştiri sürecinden geçirilmiş olup, tek taraflı davranışların ekonomik analizinde AB rekabet hukukunda bugün geline son noktayı temsil etmektedir. Ayrıca AB Rehberi'nin Türk rekabet hukukuna aynen alınması, mehzazla daha uyumlu ve paralel bir uygulama sağlanmasını beraberinde getirebilecektir. Bilindiği üzere AB'ye katılım süreciyle ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye, AB müktesabatıyla (*acquis communautaire*) yoğun bir uyum sağlama yükümlülüğü altına girmiştir⁷.

Öte yandan AB Rehberi'nin aynen alınması, 15. yılını dolduran ve dünya çapında birçok ülkenin rekabet mevzuatından önce hazırlanan Türk rekabet hukuku uygulamasına aksaklıklar da yaşatabilecektir. Taslakla birlikte AB rekabet hukukunda tartışmalı ve karmaşık kavramlar Türk hukukuna aktarılacaktır. Aşağıda inceleneceği üzere, rekabet karşıtı piyasa kapama kavramı, detaylı maliyet analizleri, eş etkin rakip testi, tüketici zararının ispatı, indirim sistemlerinde talebin rekabete açık olan ve açık olmayan kısımları gibi hususlar uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Aynı zamanda, AB Rehberi'nin aynen alınması Türk rekabet hukukunda sorun teşkil eden alanların veya Türk rekabet hukukuna özgü alanların Taslakta kendilerine yer bulamamaları sonucunu da doğuracaktır. Örneğin Taslağın doğrudan Türk rekabet hukukuna özgü tek maddesinin, Kurul'un

⁷ Council Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council on implementing the final phase of the Customs Union [1996] OJ L 35/1, prg.39

hakim durum incelemesi yapmadan da kötüye kullanma analiziyle başlayabileceğini belirten 7. maddesi olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, esasen üye devletlerin yerel mevzuatlarına bırakılan yaptırım, tazminat hakkı, ihtiyati tedbir vb. unsurların AB Rehberi'nin haklı olarak kapsamı dışında bırakılması, Türk rekabet hukukunda bu unsurların çıkarılacak kılavuzun kapsamının gereksiz yere dışında kalması sonucunu doğuracaktır.

Bu bilgiler ışığında Taslağın mevcut haliyle kabul edilmesi halinde iki farklı durum söz konusu olacaktır. Taslağın, Türk rekabet hukukunun Taslağa kadar süregelmiş uygulanış biçimiyle olası bir tutarsızlığa yol açması durumunda uygulanmama riski doğacaktır. Böyle bir senaryoda, Taslağın hazırlanmasıyla ulaşılmaya çalışılan hukuki belirlilik ve şeffaflık hedeflerine tamamen zıt bir durum ortaya çıkacak ve Taslak, 6. madde üzerindeki mevcut duruma oranla daha karmaşık bir durum yaratabilecektir. Buna karşın, Taslaktaki düzenlemelerin bundan sonraki kararlarında Kurul'un temel dayanağı haline gelmesi durumunda, 6. madde uygulaması Taslak ışığında şekillenecektir. Böyle bir senaryoda ise, Kurul'un Taslaktaki düzenlemelerden farklı yorumlar içeren eski kararlarının, Kurul kararlarına itiraz mercii olan Ankara İdare Mahkemeleri ve Kurul kararlarının temyiz mercii olan Danıştay tarafından kendi kararlarına esas oluşturması ve böylece Taslağa aykırı kararlar verilmesi gündeme gelebilecektir. Hangi senaryo gerçekleşirse gerçekleşsin önce Türk rekabet hukukunda 6. madde alanında bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı sorusu cevaplanmalı, böyle bir ihtiyacın olması halinde hazırlanacak kılavuzun kapsamı ve hukuki rejimi incelenmeli, kılavuzda 6. madde ile izlenen veya izlenmesi gereken amaç tartışılmalı ve son olarak kılavuz taslağının içeriği eleştirisel bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

1. Türkiye'de 6. Madde Üzerine Bir Kılavuza İhtiyaç Var mıdır?

Kılavuzlar (*guidelines*), idari otoritelerin gelecek uygulamalarında şeffaflık ve belirlilik sağlayan düzenlemelerdir. Kılavuzlar sayesinde gerek teşebbüsler gerekse teşebbüslerin rakipleri ve müşterileri, idari otoritelerin uygulamaları hakkında daha fazla bilgi sahibi olabileceklerdir. Rekabet politikasının şekillendirilmesinde kılavuzların önleyici amaçlarının

bulunduğu bilinmektedir. Kılavuzlar sayesinde teşebbüsler ticari hayatta yürüttüğü faaliyetleri sırasında hangi davranışlarının rekabet ihlali oluşturacağı konusunda daha fazla fikir sahibi olabilecek, öngörülen yaptırımlarla karşılaşmak istemeyen rasyonel teşebbüsler ise benzer türden davranışlar içine girmeyerek rekabet yasaları ile daha uyumlu hareket edebileceklerdir. Aynı şekilde teşebbüslerin davranışlarından zarar gören rakipleri veya müşterileri de idari otoritelere yapacakları ihbar ve şikâyetlerde kılavuzlardan yoğun olarak faydalanabilir, ilgili teşebbüslere karşı idari mekanizmalara veya yargı yoluna daha etkin başvurabileceklerdir.

Diğer taraftan idari otoriteler de kılavuzlar sayesinde eylem ve işlemlerinde şeffaf olduklarını iş dünyasına ve kamuoyuna gösterebilir, belli bir standartlaşmayı yakalayarak daha hızlı ve tutarlı bir karar alma mekanizması yaratabilirler. Ancak kılavuzlar, idari otoriteler için aynı zamanda taktir yetkilerinin gönüllü olarak sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla idari otoriteler bir kılavuz çıkarma yoluna başvuracaksa, çıkarılacak kılavuzun içeriği titizlikle hazırlanmalı, ileride oluşabilecek olası tutarsızlıklar kılavuzlar henüz hazırlık sürecindeyken olabildiğince azaltılmalıdır. İdari otoritelerin bu bağlamda gerçekleştikleri bir uygulama da henüz taslak halindeyken kılavuzları kamuoyuyla paylaşıp görüş toplamak, daha sonra da bu görüşlerden yararlanarak taslak metinlere son şeklini vermektir. Rekabet Kurulu da uzun süreden beri çıkardığı kılavuz ve tebliğleri önce kamuoyu ile paylaşmakta ve kamuoyundan görüş talep etmektedir. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin taslak da bunlardan biridir.

Kılavuzların teorik olarak değerlendirilmesinden sonra Türkiye'de 6. madde üzerinde bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı incelenmelidir⁸. Girişte de

⁸ 6. madde üzerinde bir kılavuza ihtiyaç olduğu hususunda resmi bir tespit ve önerinin olduğu görülmektedir. Devlet Denetleme Kurulu'nun, Rekabet Kurumu'nun 2006, 2007 ve 2008 yılları arası faaliyet ve işlemleri hakkında hazırladığı 17.02.2010 tarihli ve 2010/7 sayılı Denetleme Raporu'nda, "hem AB ile uyum hem de teşebbüsler açısından hukuki belirliliğin artırılması ve Kanun'un etkin bir şekilde uygulanabilmesi bakımından... 4054 sayılı Kanunun en önemli ve tartışmalı hükümlerinden biri olan 6. madde kapsamındaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda kılavuz çıkarılması" önerilmiştir. Kaynak: <<http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk38.pdf>> Erişim tarihi: 06.09.2013

bahsedildiği üzere hakim durumun kötüye kullanılması alanı bugüne kadar Rekabet Kurulu'nun ikincil düzenleme yapmadığı tek alan olarak kalmıştır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile özellikle birleşme ve devralmalar alanlarında Kurul birçok ikincil düzenlemeye imza atmış, bu alanlar sürekli gelişmiştir. Bunun bir sebebi de iş dünyasından gelen hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve şeffaflık taleplerinin bu alanlarda daha yoğun olarak görülmesidir. Örneğin Kurul'un rekabet ihlallerine karşı izlediği ceza politikasının ayrıntıları, bu bağlamda cezaların hesaplanması, hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler, tekerrür, zamanaşımı vb. unsurlar, pişmanlık başvurularında uygulanacak usul ve esaslar, birleşme ve devralmalarda eşikler ve ciroların hesaplanma yöntemleri vs. hakkında iş dünyası tarafından Kurula yöneltilen bilgi istekleri ve görüşler Kurul'un, Kanununun 4. ve 7. maddesi alanında çok sayıda ikincil düzenleme yapmasına neden olmuştur.

İkincil düzenlemelerin ağırlıklı olarak 4. ve 7. madde alanında gerçekleştirilmesinin en önemli sebeplerinden biri de bu düzenlemelerin nispeten “mekanik” bir nitelik taşımaları, teorik hususlar yerine doğrudan pratiğe yönelen unsurlar içermeleridir. Buna karşın, 6. maddenin hukuki ve ekonomik yönleri son derece karmaşık olup, doktrinde farklı yorumlara açıktır. Bu bağlamda ekonomistlerin üzerinde birleştiği genel geçer tek bir kötüye kullanma teorisi bulunmamaktadır. Hakim durumun tek taraflı davranışlarla kötüye kullanılması son derece tartışmalı bir kavram olup, kimi rekabet hukuku rejimleri bu alanda esnek (tüketici refahı odaklı) bir politika tercihinde bulunurken, kimileri daha müdahaleci (rakiplerin ve müşterilerin ekonomik özgürlüklerini koruyucu) bir yaklaşım benimsemektedirler. Dolayısıyla hazırlanacak kılavuz, Kurul'un tek taraflı davranışlara karşı yaklaşımı hakkında aydınlatıcı olacaktır. Kılavuzun hükümleri ve kılavuza hakim olan genel anlayıştan, Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılması iddialarına karşı esnek mi yoksa müdahaleci mi bir politika benimseyeceği hakkında gerek hakim durumdaki teşebbüsler gerekse bu teşebbüslerin rakipleri ve müşterileri bilgi sahibi olabileceklerdir. Bu bağlamda hazırlanacak bir kılavuz Türk rekabet hukukuna katkıda bulunacaktır.

6. madde üzerine bir kılavuzun çıkarılmasında dikkate alınması gereken başka bir unsur Taslağın belli bir birikime dayanılarak ve yeterli sayıda Kurul ve mahkeme kararı gözetilerek hazırlanıp hazırlanmadığıdır. AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu Taslaktaki düzenlemelerin kaynağı AB rekabet hukukundaki içtihatlar olacaktır. AB Rehberi incelendiğinde pek çok noktada Genel Mahkeme (*General Court*) ve Adalet Divanı'nın (*Court of Justice of the European Union*) kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Taslağın incelenmesinde ise tek bir Danıştay kararı ile birkaç Kurul kararına yer verildiği anlaşılmaktadır⁹. Söz konusu kararlara yapılan atıfların ise hakim durumun tespiti üzerine olduğu, kötüye kullanma unsurunda hemen hemen hiçbir atfın bulunmadığı görülmektedir¹⁰. Bu bağlamda rekabete aykırı piyasa kapama, etkinlik savunması¹¹, maliyet kavramları gibi Taslağın

⁹ Taslakta bazı Kurul kararlarına ve tek bir Danıştay kararına dipnotlarda yer verilmekle birlikte, bunlara sadece Taslağın hükümlerine uygun düştüğü ölçüde yer verildiği; Taslaktaki düzenlemeler ile bağdaşmayan kararlardan çıkan sonuçların hiç dikkate alınmadığı düşüncesi oluşmaktadır.

¹⁰ Bir akademik çalışmada 6. madde kapsamındaki Danıştay kararlarının, 6. madde alanında çıkarılabilecek bir kılavuza kaynaklık edebilecek nitelikte olmadığı iddia edilmiştir. Bu bağlamda Danıştay kararlarının gerekçelerinin oldukça kısa olduğu, Danıştay'ın benzer konulardaki içtihadına ve mehzaz mevzuat çerçevesinde alınan kararlara ya da doktrinindeki tartışmalara hiç atıf yapmadığı, Kurul kararlarında kötüye kullanma davranışına ilişkin olarak ortaya konan genel çerçeveye itiraz etmeksizin sadece fiili durum özelinde değerlendirmeler yaptığı, dışlayıcı kötüye kullanmanın ne olduğu noktasında belli davranış türlerini örnek vermektense öteye gidemediği ve sadece değerlendirmenin somut olay bazında yapılması gerekliliğini vurguladığı ileri sürülmüştür. *Demiröz A ve Tunçel Ç*, Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011

¹¹ Esasen etkinlik savunması (*efficiency defence*) Kurul'un birkaç kararında açıkça kabul görmüştür. Buna göre, hakim durumdaki teşebbüsün "*haklı gerekçeleri varsa ve/veya eylemlerini kendi iç etkinliği ile ilişkilendirebiliyorsa, bu durumda eylemler rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozuyor olsa bile, uygulamanın normal karşılanması ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi*" gerektiği Kurul tarafından ifade edilmiştir. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı. Benzer bir duruma 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararında da değinilmiştir: "*...hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde göz önünde bulundurulması gerekli unsurlar, inceleme konusu eylem ya da sonuçların objektif ya da haklı ticari, ekonomik (etkinlik, üstün ürün) ve teknik (teknik imkansızlık) sonuçlara bağlı olup olmamasıdır.*" Yeni tarihli bir kararında Kurul, bunlara ek olarak ölçülük ilkesini de etkinlik savunmasının bir koşulu olarak göstermiştir. 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474

getirdiği yeni düzenlemelerde atıf bulunmamaktadır. Bu durumdan çıkan sonuç ise, bu düzenlemelerin AB Rehberi'nden aynen alındığı ve Türk rekabet hukukuna yeni olduğudur¹². Dolayısıyla Ankara İdare Mahkemeleri'nin veya Danıştay'ın hukuki yorumlarını değil, bir idari mercii olan Rekabet Kurumu'nun "kendi kurallarını" göstermektedir.

Bu noktada Kurul'un kararlarındaki uygulamalar ile Ankara İdare Mahkemeleri veya Danıştay'ın kararlarındaki yorumların farklı yönlerde olması halinde Taslakla ulaşılmak istenen hedeflere ulaşılamama riski doğabilecektir. Benzer bir durum henüz Taslak kamuoyu görüşüne sunulmadan daha bir hafta önce ortaya çıkmıştır. Yukarıda adı geçen Taslağın 7. maddesine göre Kurul, hakim durum analizi yapmadan da kötüye kullanma unsurunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırabilecektir. Ancak Ankara 11. İdare Mahkemesi, inceleme konusu Kurul kararını bozma gerekçelerinden biri olarak Kurul'un ilgili teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını incelemeyi doğrudan kötüye kullanma niteliğindeki eylemlerin bulunup bulunmadığını incelediğini belirtmiş, bunun da "*doğru sonuçlara varılmasını engelleyece[ğine]*" karar vermiştir¹³. Bu karar, Taslağın 7. maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırıdır. Halbuki usul ekonomisine de uygun bu uygulama Kurul'un uzun süreden beri başvurduğu bir yöntemdir. Kurul'un uzun süreden beri uyguladığı, esasen pratik de olan, bir uygulamaya dahi aykırı karar verebilen itiraz merciinin,

sayılı **U.N. RO-RO** kararı ("*[H]âkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylem, ileri sürülen haklı gerekçe veya etkinlik için gerekli ve aynı zamanda orantılı olmalıdır.*") Söz konusu kararlara çıkarılacak kılavuzda atıf yapılması uygun olacaktır.

¹² Ancak Kurul'un Taslaktan önceki bazı kararlarında dahi AB Rehberi'ndeki düzenlemelere göndermede bulunduğu da görülmektedir. Örneğin 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararında Kurul, AB Rehberi'ndeki rekabet karşıtı piyasa kapama kavramına atıfta bulunularak, hakim durumdaki teşebbüsün davranışlarının "*rekabet karşıtı dışlama/kapama potansiyeline sahip olmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil edeceği*" sonucuna varmıştır. Hatta aynı kararda, inceleme konusu olan hakim durumdaki teşebbüs bile yazılı savunmasında AB Rehberi'ne gönderme yapmış ve AB rekabet hukukundaki gelişmeler karşısında Kurul'un "*salt önceki döneme ait kararların emsal alınmasının doğru kabul edilmemesi*" gerektiğini savunmuştur. Başka bir kararda Kurul, yine AB Rehberi menşeli bir analiz olan, yıkıcı fiyatlamının değerlendirilmesinde eş etkin rakip testini (*as efficient competitor test*) uygulamış ve AB Rehberi'ndeki maliyet kavramlarını esas almıştır. 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

¹³ Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, E.2012/1727, K.2013/1083

Taslağın yepyeni ve nispeten karmaşık düzenlemeleri karşısında, Taslağın hükümlerine aykırı başkaca kararlar verebilmesi evleviyetle (*a fortiori*) mümkündür. Bu durumun göz ardı edilmemesi gerektiğine rağmen yine de kılavuz çıkarılmasına engel olmayacağı düşünülmektedir.

Son olarak, Taslak AB Rehberi'nden aynen alınmak suretiyle hazırlandığına göre, AB Rehberi'nin çıkarılmasında etkili olan nedenlerin Türk rekabet hukuku açısından da geçerli olup olmadığı üzerinde durulabilir. AB Rehberi, ABİDA 102. maddenin reform sürecinde çıkarılmış bir metin olup, yıllardır AB Komisyonu'na yöneltilen, kararlarının şekilci (*formalistic*) olduğu ve hatalı pozitiflere (*false positives*) yol açtığı eleştirilerine karşı bir bakıma AB Komisyonu'nun cevabıdır. AB Rehberi'ndeki düzenlemeler, AB Komisyonu'nun tüketici refahı odaklı bir yaklaşım benimsemesi sonucu, etki-bazlı incelemeler ve ağırlıklı olarak ekonomik analizler yapılmasını öngörmektedirler. Dolayısıyla bu düzenlemeler AB rekabet hukukunda oluşan bir ihtiyacın sonucunda AB Rehberi'nde yer almıştır. Bildiğimiz kadarıyla, bugüne kadar Rekabet Kurulu'na 6. madde alanında böyle eleştirilerde bulunulmamış, kararlarda daha somut kanıtların kullanılması talebi hariç tutulursa, daha fazla ekonomik analizin yapılması yönünde AB'deki gibi ciddi talepler gelmemiştir.

Daha fazla ekonomik analizin yapılması yönünde tutarlı ve ciddi bir talep bulunmadan Kurul'un kendiliğinden böyle bir yaklaşım izleyeceğini Taslakta ifade etmesi Türk rekabet hukukunun gelişim sürecinde geldiği başarılı noktayı gösterse de¹⁴, dosya konusu tek taraflı davranışın pazarda yol açtığı rekabet karşıtı etkilerin daha ayrıntılı incelenecek olması, Kurul'un karar alma sürecinde daha fazla kaynak kullanımı gerektirecek ve bunun da bir maliyeti olacaktır. Buna ek olarak, Kurul tarafından daha fazla ekonomik

¹⁴ Ekonomik analiz yapılması konusunda Kurul'un daha duyarlı olmaya başladığı ve rekabet ekonomisi açısından daha detaylı analizlerin Kurul kararlarında yer almaya başladığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Kurul kararlarında basit korelasyon veya fiyat ya da girdi çıktı analizlerinden ekonometriye bir geçiş yaşandığı ve Kurum bünyesinde çalışan sanayi ekonomisi doktorası sahibi personelin sayısında artış görüldüğü kaydedilmiştir. Hatta Kurul'un da daha detaylı ekonomik analizler istediğini net olarak belirttiği iddia edilmiştir. Şenyücel O, 2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012'ye Bakış, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012

analiz yapılsa dahi, benzer bir yaklaşımın Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından benimsenmesi, bu mahkemelerin mevcut iş yükleri ve rekabet hukukundaki uzmanlık seviyeleri dikkate alındığında, kolay olmayacaktır. Ayrıca çıkarılacak kılavuz, Kurul'un 6. madde alanındaki taktir yetkisini de sınırlandıracaktır. Sonuç olarak Kurul, 6. madde kılavuzuyla ulaşacağı hukuki belirlilik, şeffaflık ve önleyicilik hedeflerini terazinin bir tarafına; taktir yetkisinin kısıtlanmasını ve daha fazla kaynak kullanma sonucu oluşan maliyetleri terazinin diğer tarafına koyarak bir fayda-maliyet analizi yapmalıdır. Düşüncemize göre çıkarılacak kılavuzun faydaları bu terazide daha ağır basacaktır. Kurul zaten hâlihazırda etki-bazlı bir inceleme yöntemi kabul etmiş olup, isabetli olarak dışlayıcı eylemin amacı yerine etkilerini incelemektedir¹⁵.

2. 6. Madde Kılavuzunun Kapsamı Nasıl Belirlenmelidir?

Kılavuzlar düzenledikleri alanlara yönelik olarak belli bir kapsamda hazırlanırlar. Kılavuzların kapsamı genellikle giriş paragraflarında açıkça belirtilir. Kılavuzların kapsamlarının dar veya geniş olması bir politika tercihi olsa da kapsamın belirlenmesinde kılavuzun hangi gerekçelerle dar tutulduğu veya geniş bir kapsama sahip olduğunun açıklanması, kılavuzun uygulanabilirliğini ve inandırıcılığını artıracak bir etkiye doğuracaktır. Kapsam bakımından Taslak, AB Rehberi'ne paralel olarak, sadece dışlayıcı kötüye kullanmalarla (*exclusionary abuses*) sınırlı tutulmuş olup, sömürücü

¹⁵ Bkz 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“[E]ylemlerin gerçekten kötüye kullanma olup olmadığını ortaya koymak için sadece “zorlaştırma niyeti” olduğunun ortaya konulması yeterli değildir. Bu bağlamda doğru değerlendirme yapmak için, bu eylemlerin gerçekleştiğinin ve sonucunda pazardaki rekabetçi süreç üzerinde olumsuz olarak fiili veya potansiyel etkiler gösterdiğinin ortaya konulması gerekmektedir.”); 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı (“[D]ışlayıcı karakterdeki bir eylemin varlığından bahsedilmesi, hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışının pazarda yaratacağı etkilerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyat iddiaları kapsamında ihlal olduğu öne sürülen fiillerin değerlendirmeleri etki bazlı bir analiz neticesinde yapılmıştır.”); 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı (“[K]ararda ilgili pazar, ilgili pazardaki indirim sistemlerinin uygulandığı reklam tarifeleri ve söz konusu indirim sistemleri pazarın bütününe kapsayacak şekilde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuş, ardından Doğan Medya Grubu indirim sistemleri gerek dışlama potansiyeli gerek etki bakımından oldukça kapsamlı ve nitelikli analizlere tabi tutulmuştur.”)

(*exploitative abuses*) ya da ayrımcılık yoluyla kötüye kullanma (*discriminatory abuses*) halleri konusunda sessiz kalmaktadır. Taslakta niçin böyle bir tercihte bulunulduğu üzerinde düşünülmelidir. Dışlayıcı kötüye kullanmalar, diğer iki tür kötüye kullanmalara göre uygulamada daha yaygın olarak görülmekte ise de bu durum, söz konusu diğer iki tür kötüye kullanma hallerinin Taslakta yer almaması için bir gerekçe olmamalıdır.

Sömürücü kötüye kullanmaların çıkarılacak bir taslakta yer alması düşünülebilir. Öncelikle sömürücü kötüye kullanmalar tüketici refahını doğrudan etkilemekte; fiyat artışlarına, ürün çıktı seviyesinde düşümlere, ürün çeşitliliğinin azalmasına, teknolojik ilerlemenin durmasına vb. neden olmaktadır. Neoklasik ekonomi tekel konumundaki teşebbüsün yol açacağı bu türden zararlı sonuçlara işaret etmektedir. Sömürücü kötüye kullanmalarla mücadelenin ve bu bağlamdaki yaptırım politikasının rekabet hukukunda en zor alanlardan biri olduğu bilinmektedir. ABD rekabet hukukunda sömürücü kötüye kullanmalar, etkinliğin ve rekabetçi yarışta önde gelmenin bir sonucu olarak, rekabet ihlali olarak nitelendirilmemekte; AB rekabet hukukunda ise teorik olarak böyle bir bakış açısı bulunmamakla birlikte, eski tarihli birkaç kararın dışında genel olarak müdahale konusu olmamaktadır. Bu doğrultuda sömürücü kötüye kullanmalar, AB Rehberi'nin kapsamı dışında da tutulmuştur. Elbette bu durum bir rekabet politikası tercihidir, ve ABD ve AB rekabet hukukunda hakim olan bir anlayışın doğrudan Türk rekabet hukukunda da geçerli olacağı savı doğru değildir; Türkiye'nin gerekleri farklılaşabilmektedir.

Türkiye'de uzun süre hakim olmuş devletçi anlayış sonucu piyasalarda kamu tekelleri yoğun olarak görülmektedir. Kamu işletmeciliğinde sıkça rastlanan maliyet etkinsizliği (*x-inefficiency*) sonucu, halen kamunun elinde kalmış teşebbüsler açısından aşırı fiyatlamanın gündeme geleceği düşünülebilir. Ayrıca, tarihi ve kültürel birtakım toplumsal özelliklerimiz sonucu sömürücü kötüye kullanmalar ve özellikle fahiş fiyatlar Türk toplumunda tarih boyunca hoş karşılanmamıştır. Aşırı fiyatlama etkinliğin bir sonucu ya da rekabette kazanmanın bir ödülü olarak hiçbir zaman nitelendirilmemiş, tam tersine kamu vicdanı ile bağdaşmayan bir uygulama olarak algılanmıştır. Türkiye tarihinde ambargolarla ve gıda

darlıklarıyla karşılaşmış, sık sık görülen karaborsa uygulamaları sonucu tüketici refahı zedelenmiştir. Türk toplumunun bu yönü Türk rekabet hukuku uygulaması tarafından içselleştirilmeli ve Taslağın son hali verilirken üzerinde tekrar durulmalıdır¹⁶. Örneğin Taslakta hakim durumdaki teşebbüsün tekel (*monopoly*) veya tekele yakın (*quasi-monopoly*) konumda bulunduğu, ilgili pazarın regüle edilmediği ve sömürücü kötüye kullanmanın esasen pazar yapısı sonucu gerçekleşmediği durumlarda, sınırlı bir müdahalede bulunulabileceği belirtilebilir.

Ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar konusunda da Taslağın, Kurul'un yaklaşımını ve yorumunu gösteren bilgiler içermesi faydalı olacaktır. Dışlayıcı kötüye kullanmalardan farklı olarak ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmaların ayırt edici özelliği ikinci seviye zarara (*secondary line injury*) neden olmaları, başka bir deyişle hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet içerisinde olmayan dağıtıcıları veya müşterileri arasında rekabeti bozma potansiyelleri bulunmalarıdır. Bu durum gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda farklı sonuçlara yol açmış ve ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar, birincil seviye zarara (*primary line injury*) yol açan dışlayıcı kötüye kullanma hallerine de, örneğin indirim sistemleri, seçici fiyatlama, sözleşme yapma reddetme, çelişkili bir biçimde uygulanmıştır. Dikey entegre olan hakim durumdaki teşebbüsler ile dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüslerin, alt pazardaki müşterileri arasındaki rekabeti bozma istek ve motivasyonları aynı olup olmayacağı da bu alanda tartışmalı bir konudur¹⁷. Taslakta bu rekabet zararları hakkında bilgiler verilir, ayrımcılık

¹⁶ Kurul özellikle ilk yıllarındaki kararlarında sömürücü davranışlarla mücadele etmişse de daha sonra sömürücü kötüye kullanmaların 6. maddenin ihlaline yol açtığına dair kararlar vermemiştir. 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı **BELKO** kararında Kurul'un şu analizi dikkat çekicidir: "...rekabet hukukunun temel amacı, yoğunlaşmadan kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması olduğuna göre, buna sebep olan uygulamaların başında gelen tekelci fiyatlamasının tolere edilmesi bu amaca aykırıdır." Kısmen eski tarihli olan bu karar aynı zamanda bugüne kadar Kurul'un sömürücü kötüye kullanma alanında verdiği tek karar olma özelliğini taşımaktadır. Sömürücü davranışların ve bu arada aşırı fiyat uygulamanın, 6. maddeye aykırılık oluşturacağı Danıştay tarafından da kabul edilmiştir. Danıştay 13.D, 21.10.2011, E.2009/6978, K.2011/4589

¹⁷ 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararında Kurul, dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün ecza deposu faaliyeti yürüten müşterilerine farklı vadeler uygulamaya başlayarak satış koşullarını değiştirmesi sonucu 6. maddeyi ihlal

suretiyle kötüye kullanmaya karşı Kurul'un yaklaşımı tartışılabilir. Taslağın 23. maddesinde ifade edilen “*hâkim durumdaki teşebbüsün kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik olan davranışları sonucunda alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının pazardan dışlanması*” durumunun dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi, Kurul'un ayrımcılık içeren davranışlara yönelik yaklaşımı hakkında bilgi vermekle birlikte Taslakta daha fazla açıklamanın yer alması yol gösterici olacaktır.

Ayrıca 6. maddenin (b) bendi “*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürererek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*”nı yasaklamaktadır. Bu madde ABİDA 102. madde (c) bendinden farklı olarak “rekabette dezavantajlı duruma düşme” koşulunu aramamaktadır. Ancak bu koşul olmadan, başka bir deyişle bir rekabet zararı bulunmadan, maddenin aslında rekabet yanlısı (*pro-competitive*) tek taraflı davranışlara da uygulanma riski doğmaktadır. Herhangi bir rekabet zararı olmaksızın, eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar ileri sürmenin toplumsal refah üzerindeki etkilerinin mutlaka olumsuz olacağını söylemek yanlış olacaktır. Haklı olarak Kurul bir kararında ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmanın üç şartı arasında “*uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi*” şartını aramıştır¹⁸. Madde metninden anlaşılmayan, Kurul'un kararlarında açıklığa kavuşan bu şartın ve ayrımcı kötüye kullanmaya ilişkin diğer şartların Taslakta yer alması Taslağı daha fazla yol gösterici hale getirecektir.

Kapsam konusunda üzerinde durulması gereken başka bir nokta da, 6. maddenin bizzat madde metninde adı geçen, hakim durumun birlikte kötüye kullanması ile hakim durumdaki teşebbüslerin başkaları ile yapacağı *anlaşmalar* suretiyle kötüye kullanılmasıdır. AB Rehberi hakim durumun

ettiğine karar vermişken, 20.03.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı **Gillette** kararında, yine dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün dağıtıcı konumundaki müşterilerinden bazılarının sözleşmelerini sonlandırması karşısında Kurul, söz konusu teşebbüs ile müşterileri arasında rekabet ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edilmediğini ifade etmiştir.

¹⁸ 26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı **Coca Cola/TAB Gıda** kararı

birlikte kötüye kullanılmasını kapsam dışı bırakmıştır. Hakim durumun başkaları ile yapılan anlaşmalar suretiyle kötüye kullanılması ise Türk rekabet hukukuna özgü ve tartışmalı bir kavramdır. Kılavuzun amacı hukuki belirlilik sağlama ise bu durum mutlaka açıklığa kavuşturulmalıdır. AB Rehberi'nin aynen alınması böylelikle Türk rekabet hukukunun gereklerini bu noktada görmezden gelecektir. Hakim durumdaki teşebbüslerin başkaları ile yapacağı anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine girip girmediği, neden girdiği veya girmediği belirtilmeli, ya da hangi hallerde 4. ve 6. maddenin beraber uygulanacağı açıklanmalıdır¹⁹. Hakim durumun birlikte kötüye kullanılması ise gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda fazla gelişmemiş ve üzerinde durulmamış bir alan olduğundan, bu kavrama Taslakta yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Son olarak Taslağın 6. maddenin coğrafi olarak uygulama alanını belirten bir kapsam maddesi içermesi düşünülebilir. 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesi her ne kadar Kanunun uygulama alanını açık ve net olarak belirtmiş olsa da, 6. madde üzerinde bir taslağın benzer bir hükmü içermesi, Kanun hükmünün tekrarı dahi olsa, daha kapsamlı ve açıklayıcı bir kılavuz olma özelliği kazandıracaktır. 6. maddenin madde metninde adı geçen "ülkenin bütününde ya da bir bölümünde" ifadesine işlerlik kazandırılabilir. Taslak daha çok 6. maddenin hâkim durum ve kötüye kullanma unsurları üzerinde durmakta ve bu unsuru ihmal etmektedir. Çıkarılacak kılavuzun genel olarak

¹⁹ Kurul bir kararında dışlayıcı kötüye kullanmaları, "*davranışsal*" kötüye kullanma ile "*anlaşmalar kanalıyla*" kötüye kullanma şeklinde ikiye ayırmıştır. Davranışsal kötüye kullanmaların, "*davranış*" şeklinde kendilerini göstereceğini belirtmiş ve örnek olarak sözleşme yapmayı reddetme ve ayrımcılığı göstermiştir. "Anlaşmalar kanalıyla" dışlayıcı kötüye kullanmaların ayırt edici özelliğinin ise, ortada bir anlaşmanın var olması ve kötüye kullanmanın bu anlaşma hükümleri ile gerçekleşmesi olduğu belirtilmiştir. Yatay ya da dikey olabileceği öngörülen bu anlaşmaların, "*hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazar dışına itmesi durumunda kötüye kullanma olarak*" değerlendirileceği kaydedilmiştir. 25.03.2004 tarihli ve 04-22/231-48 sayılı **Yemek Sepeti** kararı. Esasen çok da açıklayıcı olmayan bu değerlendirmelere yinede çıkarılacak kılavuzda yer verilmeli ve bu konu daha kapsamlı bir şekilde ele alınmalıdır. Düşüncemize göre anlaşmalar kanalıyla kötüye kullanmadan kastedilen aslında bayilerle olan münhasırlık ilişkisidir. Zira anlaşmanın bayiler yerine rakipler seviyesinde yapılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gündeme gelmesi gerekmektedir. Münhasırlık doğası gereği anlaşmalar suretiyle gerçekleştirilebilmektedir, ancak davranışsal ve anlaşmalar kanalıyla kötüye kullanma tarzı bir ayırım gereksiz yere karışıklık yaratmaktadır. En kesin çözümün 6. maddedeki "başkaları ile yapacağı anlaşmalar" ibaresinin kaldırılması olduğu düşünülmektedir.

bir 6. madde kılavuzu mu olacağı yoksa sadece kötüye kullanma kılavuzu mu olacağına dikkat edilmeli, düşüncemize göre 6. madde kılavuzu olmasına özen gösterilmelidir.

3. 6. Madde Kılavuzunun Hukuki Rejimi Nasıl Olmalıdır?

Hukuken kılavuzlar, idari otoritelerin uygulamaları hakkında yol gösterici bir özelliğe sahip yine bizzat idari otoritelerin kendileri tarafından çıkarılan ve bağlayıcı bir özellik taşımayan hukuki araçlardır. Çıkarıldıkları kılavuzlara bağlı kalmak idari otoritelerin taktir yetkisi altında olsa da kılavuzlara güvenerek ticari hayatta faaliyetlerini yürüten teşebbüsler açısından haklı beklenti (*legitimate expectations*) oluşturabileceğinden kılavuzlardan keskin dönüşler yapılması halinde idari otoriteler haklı gerekçe vermelidirler. Kimi durumlarda teşebbüslerin bu haklı beklentilerinin, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yargı organları tarafından korunduğu görülmektedir²⁰. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun, kararlarında çıkarılacak kılavuzu içselleştirmesi ve kılavuzla bağlı kalması için Taslak titizlikle hazırlanmalıdır.

Daha önce de belirtildiği üzere Taslak, AB Rehberi'nden aynen Türk rekabet hukukuna alınmıştır. Taslağın, AB Rehberi'nden belki de en temel farkı hukuki niteliğidir. AB Rehberi adından da anlaşılacağı üzere bir “rehber”dir (*guidance*); bir “kılavuz” (*guidelines*) olarak çıkarılmamıştır. Bunun nedeni AB rekabet hukuku doktrininde, Genel Mahkeme ve Adalet Divanı'nın, AB Rehberi'nden önce verdiği kararlara bağlanmıştır. Komisyon AB Rehberi'ni etki-bazlı ve tüketici refahı odaklı olarak hazırlamış, ancak AB Mahkemeleri'nin eski içtihatları daha çok şekilci ve ekonomik özgürlükleri koruyucu bir biçimde şekillenmiştir. Komisyon ABİDA 102. madde reform çalışmalarında bu dar boğazla karşılaşmış ve meseleyi, AB Rehberi'ni “uygulama öncelikleri”ni (*enforcement priorities*) içeren bir metin olarak kaleme alarak aşmaya çalışmıştır. Böylece Komisyon, bundan sonra AB Rehberi'ndeki düzenlemeler ışığında 102. maddenin yorumlanması gerektiğini değil, yalnızca bu düzenlemelerde ifade edilen hallerde uygulamada harekete geçeceğini (*prioritisation*) vurgulamaktadır.

²⁰ Bu yönde bir karar için bkz. Case C-189/02 P, *Dansk Røerindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425

Benzer bir durum Türk rekabet hukuku açısından geçerli değildir. Hatta Türk hukukunda “rehber” ile “kılavuz” ayrımının birbirine göre ne ölçüde farklılaştığı bile kesin değildir. Türk rekabet hukuku, mehz AB rekabet hukukundan farklı bir şekilde, Rekabet Kurulu’nun kararları ile gelişmiş ve şekillenmiştir. Danıştay uzun bir süre Kurul kararlarını usuli yönlerden incelemiş, esas incelemesi son yıllar dışında sınırlı kalmıştır. 6352 sayılı Kanun²¹ ile 2012 yılından bu yana Kurul kararlarına karşı itiraz mercii de değişmiş ve Ankara İdare Mahkemeleri olmuştur. Bu değişiklikle Kurul kararlarının yargısal denetimi görece uzmanlaşmış Danıştay 13. Dairesi’nin incelemesinden çıkarılmış (daha doğru bir ifadeyle Danıştay, Kurul kararlarına itiraz merciiinden, Kurul kararlarını temyiz mercii haline getirilmiş) ve Türk rekabet hukukunun gelişimi Kurul’un daha fazla inisiyatifine kalmıştır. Sonuç olarak Taslağın kılavuz ya da rehber olması Türk rekabet hukukunda fark yaratıcı bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak Kurul’un daha önceki ikincil düzenlemeleriyle terim birliğinin sağlanması açısından “kılavuz” ifadesi yerindedir.

Taslağın incelenmesinden çıkan başka bir sonuç da, yine AB Rehberi’nden farklı olarak, Taslağın Kurul’un uygulama önceliklerini içermemesidir. Her ne kadar içeriği AB Rehberi ile aynı olsa da, Taslak maddi hükümler içermektedir. Başka bir deyişle, Taslakta birtakım kötüye kullanma durumlarının diğerlerine göre Kurul’un iş yükünde öncelikle ele alınmasına yönelik bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum Rekabet Kurumu’nun iç işleyişine yönelik bir politika tercihi olup, düşüncemize göre isabetli bir tercihtir²². Ancak bu durum Taslağın çok iyi hazırlanmasını gerektirmektedir. Zira AB Rehberi uygulama önceliklerine girmeyen hallerde herhangi bir hakim durumun kötüye kullanılması olmayacağını ifade etmemektedir. Aksine AB Rehberi’nin kapsamına girmeyen ihlal

²¹ 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleenmesi Hakkında Kanun, RG 28344, 05.07.2012

²² Bir çalışmada, Rekabet Kurulu’nun uygulama önceliklerini belirleyerek rekabetin en çok bozulduğu ve tüketicilerin en çok zarar gördüğü uygulamalara ağırlık vermesinin faydalı olacağı ileri sürülmüştür. *Madan Z, ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 85, Ankara, 2009*

iddiaları, AB üyesi devletlerin yerel mahkemelerinde ileri sürülebilmektedir. Rekabet ihlallerinin incelenmesinde idari kovuşturma yolunu uygulayan Türkiye için ise böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, Taslağın kapsamına girmeyen iddialar hakim durumun kötüye kullanılmadığı sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla, çıkarılacak kılavuzda hakim durumun kötüye kullanılması kavramı çok iyi bir şekilde tanımlanmaya çalışılmalıdır.

Bu ince ayrıntılardan ötürü Taslakta, kapsamlı ilgili bilgilerin bulunması faydalı olacaktır. Örneğin bu Taslağın sadece Rekabet Kurumu'nun 6. madde üzerine yorumlarını içerdiği, Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay üzerinde herhangi bir bağlayıcı etkisinin bulunmadığı, bu mahkemelerin yorumlarının saklı kalacağı belirtilebilir. Buna ek olarak Taslağa göre hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmayan durumların, mesela tüketici zararı bulunmadan sadece rakiplerin dışlandığı davranışların, akıbeti açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda “*Taslağın kapsamına girmeyen durumlar, 6. maddenin uygulamasını engellemez*” gibi bir ifadenin, Taslağın giriş kısımlarında yer alması isabetli olacaktır. Bu noktada, Taslağın 6. maddesinde Taslaktaki düzenlemelerin “*dosya bazında her olayın kendine has şartları dikkate alınarak uygulanacağı*[nın] *göz önünde bulundurul*[acağı]” ibaresi isabetli fakat yetersizdir.

4. 6. Madde Kılavuzunda İzlenen veya İzlenmesi Gereken Amaç Ne Olmalıdır?

Genel ve soyut bir norm olan 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, tıpkı ABİDA 102. madde gibi, hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsetmekte, bu bağlamda birkaç örnek saymakta, ancak hakim durumun kötüye kullanılması kavramını tanımlamamaktadır. Son derece muğlak olan bu kavramın yorumlanması, ABD rekabet hukuku geleneğinden gelen rekabet hukukunun bir olay hukuku (*case law*) özelliği taşıması sonucu, idari otoritelere ve yargı makamlarına bırakılmıştır. Esasen tek taraflı bir davranışın hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurup doğurmadığında belirleyici faktör, ilgili maddeyle izlenen amaç olacaktır. Bu bağlamda izlenen amaca aykırı veya zarar verici davranışlar, hakim

durumun kötüye kullanılması sayılarak ihlal olarak değerlendirilecektir. Hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan maddeler ile tüketici refahının artırılması, ekonomik özgürlüklerin korunması, hakkaniyet ve eşitliğin sağlanması, küçük veya orta ölçekli teşebbüslerin korunması, tek pazar entegrasyonunun sağlanması, serbestleşme ve özelleştirmenin kolaylaştırılması vb. çok sayıda amaç izlenebilir. 4054 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde de rekabet hukukunun izlediği (veya izlemesi gerektiği) birçok amaç sayılmıştır²³.

AB Rehberi'nin yayınlanmasının belki de en temel sebebi Komisyon'un ABİDA 102. madde ile izlenen amacın değişmesini sağlamaya çalışmasıdır. Kendisine yıllarca yöneltlen yoğun eleştiriler sonucu AB Komisyonu ABİDA 102. madde üzerine bir reform çalışması başlatmış ve geçmiş uygulamalarında genellikle hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin ve müşterilerinin ekonomik özgürlüklerini koruyan şekilci bir yaklaşımdan (*Ordoliberalism*), tüketici refahını koruyan etki-bazlı bir yaklaşıma doğru bir amaç değişikliği gerçekleştirmeye çalışmıştır. AB Rehberi aynı zamanda rakiplerin yerine, etkin bir rekabet sürecinin korunması gerektiğini; tüketicilere daha azını sunan teşebbüslerin piyasadan silineceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla AB Rehberi bizzat ABİDA 102. maddede yapılan bir amaç değişikliğine hizmet etmekte olup, amaç konusu

²³ Gereğçe'de genel kabul görmüş temel amacın “rekabet sürecinin ya da serbest rekabetin muhafazası” ve “etkin rekabetin korunması” olduğu ifade edilmiştir. Rekabet sürecinin korunması sonucu kaynakların etkin dağılımı ve “artan ekonomik verimlilik” ile birlikte “genel refaha” olumlu katkıların sağlanabileceği belirtilmiş, bu bağlamda “daha verimli üretim”, “daha az kaynak kullanımı”, “daha az maliyetle üretim yapılması” ve “teknolojik yenilikler ve gelişmeler” örnek olarak sayılmıştır. Böylece rekabetin “tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu” doğuracağına vurgu yapılmıştır. Buna ek olarak Gereğçe'de, bazı “ikincil amaçlara” ulaşılmanın da hedeflendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda “küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olunması”, “piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaşmasına katkıda bulunulması”, “enflasyonun aşağıya çekilmesi” ve “girişimci ruhun yeniden canlandırılması” üzerinde durulmuştur. Gereğçe, 4054 sayılı Kanun'un bu amaçlardan hangisini benimsediği veya birinin diğerine tercih edilip edilemeyeceği gibi konularda sessiz kalmaktadır. Ayrıca bunların başlı başına birer “amaç” mı olduğu yoksa sadece rekabetin olumlu sonuçları mı olarak ele alındığı tartışılabilir. Düşüncemize göre en başta tüketici refahına ve toplumsal refaha yapılan vurgu, 4054 sayılı Kanunla refaha dayalı bir amaç (*welfarist*) benimsenmek istendiğini göstermektedir. Zira diğer amaçların “ikincil amaç” olarak nitelendirilmesi de bu düşünceyi pekiştirmektedir.

AB Rehberi ile birlikte büyük bir önem kazanmıştır. AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu Taslakta izlenen amacın ve bu amacın Türk rekabet hukukuna uygunluğu tartışılmalıdır.

Taslakta 6. maddeye atfedilen amacın tüketici refahının korunması olduğu ilk bakışta görülmektedir. Taslağın 2. maddesi amaç konusunda bir hayli bilgi içermektedir. İlk olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin “tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri” hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurmakta olduğu ve 4054 sayılı Kanun tarafından yasaklandığı ifade edilmektedir. Böylelikle 6. maddeyle izlenen amacın tüketici refahının artırılması olduğu açıkça kabul edilmiştir. Yine Taslağın 22. maddesinde kötüye kullanma, “hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları” olarak tanımlanmıştır. Buna ek olarak 2. maddenin madde metninde, tüketici refahıyla yakından ilgili bir kavram olan “etkinlik” (*efficiency*) ibaresi de kullanılmakta ve hakim durumdaki teşebbüslerin “kendi iç etkinlikleri sonucu rekabette ön plana çıkmaları”nın hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurmayacağı vurgulanmaktadır²⁴. Bu bağlamda hakkaniyetli

²⁴ Etkinliğin Kurul kararlarında hukuka uygun rekabet yanlısı tek taraflı davranış ile hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açan hukuka aykırı tek taraflı davranış arasındaki sınırın çizilmesinde belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir. Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“*Rekabet Hukuku tarafından korunan temel husus hakim durumdaki teşebbüslerin bu hakim durumlarını kendi iç etkinlikleri ile sürdürdükleri durumlarıdır. Diğer yandan, bu teşebbüslerin kendi iç etkinliklerinden bağımsız yöntemlerle bu konularını korumaya veya güçlendirmeye çalışmalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerekir...[B]ütün teşebbüslerin amacı pazarda tek ve en iyi olmaktır. Ancak teşebbüslerin bu amaçlarını etkinlikten bağımsız olan yöntemlerle rakiplerini dışlayarak gerçekleştirilmeye çalışmaları rekabetten beklenen faydalarla bağdaşmadığından anılan kapsamdaki eylemler Rekabet Hukukunda yasaklanmıştır.*”); 23.08.2002 tarihli ve 02-49/634-257 sayılı **Karbogaz** kararı-I (“*Rekabet teşebbüsleri arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkanlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkanı tanınmalıdır.*”); 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararı (“*[T]eşebbüs kötüye kullanma olarak nitelendirilen fiilden ekonomik anlamda çeşitli faydalar elde etmeyi de bekleyebilir. Söz konusu ekonomik faydanın ise etkinlik analizi çerçevesinde ele alınması gerekmektedir... Bu analizde, elde edilmesi beklenen faydaların ortaya çıkan zararlarla karşılaştırılması yapılmak suretiyle uygulamanın net etkisi ortaya konulmaktadır.*”)

rekabetin (*competition on the merits*) hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmayacağı; etkinlik artışına yol açan davranışların, etkinlik artışı yerine rakibin ticari faaliyetlerini zorlaştırma amaçlı davranışlara göre hakkaniyetli rekabet teşkil edeceği de madde metnine eklenebilir²⁵.

Esasen hakim durumdaki teşebbüslerin hiçbir etkinlik artışı yaratmayan sadece rekabetin kısıtlanması amacına yönelik tek taraflı davranışlarının rekabet karşıtı (*anti-competitive*) etkiler doğuracağı varsayımını içeren AB Rehberi'nin 22. maddesinin Taslağa alınmadığı görülmektedir. Ancak AB Rehberi'nin 22. maddesinde ifade edilen durum, Kurul'un AB Rehberi'nden önce verilmiş 2007 tarihli bir kararında kendine yer bulmuştur. Bu kararda Kurul, "*hakim durumdaki firmanın herhangi bir davranışı verimlilik artışına dönük değil de yalnızca rakiplerin faaliyetlerini ve piyasaya girişlerini zorlaştırma amaçlı ise*" bunun bir kötüye kullanma olduğunun varsayılacağını; söz konusu firmanın da bu varsayımı, "*uygulamalarının dışlamaya yol açmayacağını, verimlilik artışının tüketicilere nihai faydasının rekabetin engellenmesinin zararından fazla olacağını veya başka makul sebepler öne sürerek*" çürütebileceğini kaydetmiştir²⁶. Bu noktada Taslağın 32. maddesinde "haklı gerekçe" başlığı altında etkinlik savunması yer almaktadır²⁷. Taslağın AB Rehberi'nin aynen alınması suretiyle oluşturulması eleştirilse de, bu düzenlemenin Taslakta yer almasının 6. madde uygulamasında, rekabet karşıtı piyasa kapama kavramına göre daha somut ve bilimsel temelleri bulunan, "etkinlik"

²⁵ Benzer bir analiz yukarıda adı geçen *Frito Lay* kararında Kurul tarafından yapılmıştır: "[H]akim durumdaki teşebbüslerin objektif bir haklı gerekçeye dayanmaksızın ve hiçbir etkinlik kazancı ortaya koymaksızın gerçekleştirdikleri ve sınırlı olan rekabet koşullarını daha da olumsuz hale getiren eylemleri kötüye kullanma olarak görülüp yasaklanma riskiyle karşı karşıyadır."

²⁶ 21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı **Bilsa** kararı

²⁷ Haklı gerekçe, Taslakta metodolojik olarak yanlış bir şekilde ayrı bir bölümde ele alınmıştır. Haklı gerekçeyle ilgili 4 maddenin ayrı bir bölümde incelenmesi yerine, bir üst bölümdeki kötüye kullanma başlığı altında incelenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira bu sayede Taslak; giriş, hakim durum, kötüye kullanma ve spesifik kötüye kullanma halleri şekline dönüşecektir. Haklı gerekçenin bulunup bulunmaması kötüye kullanma başlığı altında incelenmesi gereken bir savunma olup, 6. maddenin öngördüğü bir metodoloji değildir.

kavramının ön plana çıkarılması ve ispat yükünün düzenlenmesi açısından fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

Ancak maddenin hakim durumdaki teşebbüslerin “özel sorumluluğu”ndan (*special responsibility*) bahsetmesinin, tüketici refahının korunması amacıyla çeliştiği görülmektedir. AB rekabet hukukunda hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu olduğu düşüncesi, her ne kadar AB Rehberi’nde kabul edilmişse bile, doktrinde eleştirilmekte ve bu kavramın eski müdahaleci yaklaşımın bir ürünü olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda esasen ekonomik özgürlüklerin korunması amacına hizmet eden özel sorumluluk kavramına, tüketici refahı amacıyla yer verilmemekte zira bu kavram herhangi bir ekonomik veya ekonometrik analiz yapılmadan, rakiplerin piyasadan dışlanması etkisinin görüldüğü durumlarda rekabet ihlalinin olduğu sonucuna ulaşmaya yarayan bir düşünceye dayanmaktadır. Taslakta bu kavrama yer verilmiş, hatta bir Danıştay kararına da (bu karar aynı zamanda Taslakta atıf yapılan tek Danıştay kararıdır) atıf yapılmıştır. Bu eleştiriler bağlamında hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu olduğu düşüncesinin Taslaktan tamamen çıkarılması düşünülebilir. Zira mehzadaki uygulamanın aksine, Kurul’un bu kavrama fazla önem atfetmediği görülmektedir²⁸.

Taslakta benimsenen amacın, AB rekabet hukukundan farklı olarak, Türk rekabet hukukuyla bağdaştığı görülmekte, bu bağlamda 6. maddeyle izlenen amacın tüketici refahının artırılması olduğu pek çok Kurul kararından anlaşılmaktadır. Öncelikle “4054 sayılı Kanun’un nihai amacının tüketici refahını artırmak olduğu” Kurul tarafından açıkça ifade edilmiştir²⁹.

²⁸ 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı (“[H]er ne kadar hakim durumdaki teşebbüslerin pazardaki rekabeti sınırlandırmama gibi özel bir yükümlülük taşıdıkları söylenebilecekse de, bu prensip teşebbüslerin rekabet etme olanaklarının elinden alınması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır.”); 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“Diğer yandan, hakim durumdaki teşebbüslerin bu özel sorumlulukları çerçevesinde nihai satış noktaları ile hiçbir şekilde yazılı veya sözlü münhasır anlaşma yapamayacağını ileri sürmek ve yaptığı belirli sayıda münhasır anlaşmayı bu satış noktalarından rakiplerin çıkartılması sonucunu doğurması gerekçesiyle “per se” bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak değerlendirmek zaten sınırlı olan hareket alanını daha fazla sınırlandırma anlamına gelmektedir.”)

²⁹ 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı

Kurul bir kararında “rekabetin doğası gereği, piyasaya zaman içinde daha kaliteli ve daha ekonomik çözümler sunamayan teşebbüsler[in], rekabetçi diğer teşebbüsler tarafından piyasa dışına çıkarı[lacağı]nı” saptamış ve “önemli olan[in] piyasada küçük ya da büyük teşebbüslerin korunması değil, rekabetin korunması” olduğunu vurgulamıştır³⁰. Başka bir kararında Kurul, ilgili pazarda yaşanan rekabet sonucu “etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışında kalması[nın] son derece doğal bir durum” olduğunu belirtmiş ve “rekabet hukukunun amacı[nın] piyasadaki teşebbüsleri değil, rekabeti korumak” olduğunu altını çizmiştir³¹. Benzer şekilde, başka bir kararda “tüketici refahına zarar verecek rekabet karşıtı etkiler” inceleme konusu yapılmıştır³². Diğer bir kararında Kurul, küçük ölçekli satıcılar karşısında Media Markt ve Teknosa mağazalarının sahip olduğu “maliyet avantajlarını tüketicilere yansıtmaları[nın] serbest piyasa ekonomilerinde yaşanan fiyat rekabetinin doğal bir sonucu” olduğunu kabul ederek tüketici refahına vurgu yapmıştır³³. Yakın tarihli bir kararında ise Kurul, hakim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığı iddiası karşısında eş etkin rakip testini (*as efficient competitor test*) uygulayarak tüketici refahı amacına uygun bir uygulama içine girmiştir³⁴.

Taslakta 6. maddenin amacının tüketici refahı odaklı olarak belirlenmesi gerek rekabet hukuku uygulamasında global trend olan tüketici refahının korunması eğilimine, gerekse 6. maddenin günümüze kadar uygulamasında ağırlıklı izlenen amaca uygun düşmüştür. Aynı zamanda Kurul’un hakim durumun kötüye kullanılması iddialarına karşı müdahaleci (rakiplerin ve müşterilerin ekonomik özgürlüklerini koruyucu) bir politika yerine, tüketici refahı odaklı bir yaklaşım benimseyeceğini göstererek hakim

³⁰ 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı. Ayrıca bkz. 05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı **Tarsus Belediyesi** kararı (“Serbest piyasa işleyişine göre verimsiz işletmelerin piyasadaki çekilmesi gerekirken mevcut [işletmelerin] lehine yeni ruhsatlandırmanın durdurulması doğal seleksiyona engel olacak; verimsiz ve etkinliktен uzak işletmeleri piyasaya girebilecek teşebbüslerin potansiyel rekabetinden koruyacaktır.”)

³¹ 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı

³² 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/AVEA** kararı. Aynı şekilde bkz. 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı

³³ 13.10.2011 tarihli ve 11-52/1321-472 sayılı **Media Markt/Teknosa** kararı

³⁴ 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

durumdaki teşebbüsler ve onların rakipleri ile müşterileri için yol gösterici olmuştur. Esasen Taslakta hiçbir şey yer almasa bile 6. maddenin amacına yönelik Kurul'un yaklaşımının gösterilmesi önem taşımaktadır. Zira Taslağın sonraki bölümlerinde yer alan spesifik kötüye kullanma halleri hakkında yapılan analizler, uygulamada somut olayın koşullarına göre değişiklik gösterebilir olsa da 6. maddeye atfedilen amaç değişiklik göstermeyecektir, göstermemelidir.

5. Taslakta Yer Alan Spesifik Kötüye Kullanma Halleri Hangi Düzenlemeler Getirmektedir?

Taslakta hakim durumun belirlenmesinin ve kötüye kullanma ile genel bilgiler verilmesinin ardından uygulamada sıkça rastlanan birkaç spesifik kötüye kullanma davranışı hakkında daha detaylı analizler yer almaktadır. Taslağın, tıpkı AB Rehberi gibi, söz konusu spesifik kötüye kullanmalar hakkında oldukça uzun bir düzenleme içine girdiği; bu bağlamda toplam 94 paragraftan oluşan Taslakta, 61 paragrafın (prg.34-94) bu amaca ayrıldığı görülmektedir. Spesifik kötüye kullanma halleri olarak “sözleşme yapmayı reddetme”, “yıkıcı fiyatlama”, “fiyat/marj sıkıştırması”, “münhasırlık/tek marka anlaşmaları”, “indirim sistemleri” ve “bağlama” düzenlenmiştir. Bu kötüye kullanma hallerinin varlığı halinde, genel hükümlerdeki düzenlemelere ek olarak (prg.22-33), ilgili davranışın kapsamına girdiği kategorideki özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu haller dışında kalan tek taraflı davranışlar için ise, örneğin ürün tasarımları veya fikri mülkiyet hakları suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması, sadece genel hükümler uygulanacaktır.

AB Rehberi'ne oranla Taslakta, spesifik kötüye kullanma hallerinde gerek sıralama gerekse içerik açısından birtakım farklılıklar bulunmaktadır. AB Rehberi'nin spesifik kötüye kullanmalarının incelendiği bölümü “münhasırlık” (*exclusivity*) ile başlarken, Taslakta ilk yer verilen davranışın “sözleşme yapmayı reddetme” (*refusal to deal*) olduğu görülmektedir. AB Rehberi'nde “münhasırlık” bölümünde, Taslakta bağımsız bir bölümde incelenen, “indirim sistemleri” (*rebates*) de yer almaktadır. AB Rehberi'nde “bağlama ve paketleme” (*tying and bundling*) düzenlenmişken, Taslakta sadece “bağlama” yer almaktadır. Ayrıca, AB Rehberi'nde bağlama başlığı

altında yer alan “paket indirimleri” (*multi product rebates*), Taslakta indirim sistemleri altında düzenlenmiştir. AB Rehberi’nde sözleşme yapmanın reddi başlığı altında ve son bölümde düzenlenen “marj sıkıştırması” (*margin squeeze*), Taslakta bağımsız bir bölümde incelenmekte, ayrıca AB Rehberi’ne oranla farklı düzenlemeler içermektedir. Sonuç olarak Taslaktaki “fiyat/marj sıkıştırması” dışındaki bölümlerin AB Rehberi’yle genellikle aynı olduğu görülmektedir.

Sözleşme yapmanın (veya mal vermenin) reddi, Türk rekabet hukukunda en fazla incelenen hakim durumun kötüye kullanılması durumu olup, bu bağlamda Taslakta ilk sırayı almıştır. Ancak Türk rekabet hukukunda yaygın bir uygulama alanı bulmuş “zorunlu unsur” doktrinine ve, esasen AB Rehberi’nden esinlenen bir karar dışında³⁵, hiçbir Kurul kararına Taslakta yer verilmemesi şaşırtıcıdır. AB Rehberi’nden alınan bir terim olan “vazgeçilmezlik unsuru” (*objective necessity*), bu haliyle Türk rekabet hukukuna yabancıdır. Ayrıca Kurul’un bazı kararlarında mal vermenin reddi şartları arasında zorunluluk veya vazgeçilmezlik unsuruna yer verilmediği, haklı gerekçenin olmadığı durumlarda rekabet zararı da doğuruyorsa mal vermemenin yasaklanabileceği öngörülmektedir³⁶. Dolayısıyla sözleşme yapmanın reddi kısmının AB Rehberi’nden aynen alınması yerine, bu alanda belli bir birikime kavuşmuş Türk rekabet hukukunun mevcut durumunun daha fazla içselleştirilmesi isabetli olacaktır. Taslağın kapsamına hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinin de, AB Rehberi’nin aksine, dahil edilmiş olması isabetlidir. Ayrıca 36. ve 37. maddelerin tek bir madde olarak düzenlenmesi, 39. maddenin 41. maddenin sonuna eklenerek yine tek madde haline getirilmesi Taslaktaki akıcılığı artıracaktır.

Taslak sözleşme yapmanın reddinden sonra “yıkıcı fiyatlama”yı içermektedir. Yıkıcı fiyatlama rekabet hukukunda belki de üzerinde en fazla literatürün olduğu kötüye kullanma halidir. Rekabetçi düşük fiyatlama ile rekabet karşıtı yıkıcı fiyatlamanın birbirinden ayrılması dünya çapında yazarları uzun süre meşgul etmiştir. Modern ekonomi literatüründe ortalama

³⁵ 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Digitürk/Cine 5** kararı

³⁶ 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı **Anadolu Cam/Solmaz Mercan** kararı

kaçınılabilir ve uzun dönem ortalama artan maliyetlerin belirlenmesi ve eş etkin rakip testinin uygulanması trendi bugün için bu alanda gerek ABD gerekse AB rekabet hukuku uygulamasında hakim görüşü oluşturmaktadır. Taslakta, AB Rehberi'nin ilgili hükümlerinin aynen alınmasının da bir sonucu olarak, yıkıcı fiyatlamaya alanında hakim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabilir ve uzun dönem ortalama artan maliyetleri esas alınmış, ve eş etkin rakip testinin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Düşüncemize göre Taslaktaki maliyet unsurlarına karşı bir itiraza gerek bulunmamaktadır³⁷. Bizzat AB rekabet hukukunda içselleştirilmeye başlanılan bu yeni kavramların³⁸, Kurul'un özellikle yeni tarihli kararlarında kabul edildiği ve uygulandığı görülmektedir³⁹. Ancak aynı şey "hasat" (*recoupment*) unsuru açısından söylenemeyecektir; Kurul yıkıcı fiyatlamaya ilişkin birçok geçmiş kararında⁴⁰ hasatın varlığını zorunlu tutmuş ancak bu unsur, AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu, Taslağın 58. maddesinde zorunlu bir unsur koşul çıkarılmıştır. Kılavuzda bu durum açıklığa kavuşturulmalıdır.

"Fiyat/marj sıkıştırması", AB Rehberi'nde sözleşme yapmanın reddi bağlamında değerlendirilmiş ve bağımsız bir ihlal türü olmaktan çıkarılmıştır. Esasen bu yaklaşım AB Rehberi'nden sonra verilen bir Adalet Divanı kararında eleştirilmiş ve fiyat/marj sıkıştırması AB Rehberi'nden

³⁷ Bir çalışmada Kurul'un yayımlayacağı bir kılavuz aracılığıyla fiyatlamaya ilişkin ihlal iddialarının değerlendirilmesinde nasıl bir yöntem izleyeceğinin ve kullanacağı maliyet kavramlarını açıklığa kavuşturulmasının gerektiği ileri sürülmüştür. *Özdemir Ü N*, Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 96, Ankara, 2010

³⁸ Bkz. Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenterådet* [2012] ECR I-0000

³⁹ Bkz. 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. RO-RO kararı; 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

⁴⁰ 23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı **Coca Cola** kararı; 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı **Toprak Mahsülleri Ofisi** kararı; 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı; 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı; 17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı **Kipa İzmir Çiğli AVM** kararı; 19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı **Ajan Makina** kararı. Üstelik daha Taslağın kamuoyuna sunulduğu günde karara bağlanan bir olayda hasat unsuru yıkıcı fiyatlamının koşulları arasında sayılmış ancak bu unsurun somut olayda bulunmadığına karar verilmiştir. 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı

farklı bir şekilde değerlendirilmiştir⁴¹. Fiyat/marj sıkıştırması Taslakta bağımsız bir bölüm olarak düzenlenmekte ve bu bağlamda AB Rehberi'nde bulunmayan 3 madde içermektedir. Ancak fiyat/marj sıkıştırmasında Kurul'un hangi analizi yapacağı Taslağın 62. maddesinde öngörülmüş olup, bu maddedeki koşullar yine AB rekabet hukukundan alınmıştır⁴². Kurul'un fiyat/marj sıkıştırmasının 6. maddeye aykırı olduğu yönünde kararları bulunmaktadır⁴³. Sektörel düzenleyicilerin de faaliyet alanlarına girebilmesi nedeniyle Kurul'un görev alanı konusunda hukuki belirsizlik yaratma olasılığı bulunan fiyat/marj sıkıştırmasının, Taslakta sözleşme yapmanın reddinden bağımsız bir ihlal türü olarak değerlendirilmesi düşüncemize göre isabetlidir. Zira fiyat/marj sıkıştırmasında önemli olan üst pazardaki fiyatların aşırı ya da alt pazardaki fiyatların yıkıcı olup olmaması değil, bu iki pazar arasındaki marjın alt pazarda karlı bir şekilde faaliyet göstermek için yetersiz olmasıdır. Ayrıca, Taslakta öngörülen analizler de yerindedir. Burada Taslağa eklenebilecek tek husus, marjın ve maliyetlerin hesaplanmasında hakim durumdaki teşebbüsün kendi maliyetlerinin hesaba katılacağı, bunun mümkün olmaması durumunda ise rakiplerin maliyetlerinin inceleneceğidir.

Taslakta düzenlenen başka bir ihlal türü de “münhasırlık/tek marka anlaşmaları”dır. Münhasırlık, ABİDA 102. madde uygulamasında en şekilci ve *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirilen kararların verildiği alanlardan biri olmuş, ancak AB Rehberi'nde daha etki-bazlı bir yaklaşıma konu edilmiştir. AB Rehberi'nde münhasırlık birkaç madde ile düzenlenmiş ve aynı bölüm altında indirim sistemlerinin incelenmesine geçilmiştir. Taslakta ise münhasırlık ve indirim sistemleri farklı bölümlerde incelenmektedir. İndirim sistemlerinin temelini esasen münhasırlık oluşturmaktadır, ancak indirim sistemlerinde ekonomik analiz ve maliyet unsurları ön plana çıkmışken, münhasırlık anlaşmalarında daha çok davranışsal ve yapısal faktörler incelenmektedir. Düşüncemize göre Taslağın indirim sistemleri ile münhasırlığı ayrı ayrı değerlendirmesi isabetlidir. Münhasırlığın kapsamının

⁴¹ Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-0527

⁴² Case C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555

⁴³ 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı. Bu karara Taslakta, fiyat/marj sıkıştırmasının tanımı yapılırken atıfta bulunulmuştur.

belirlenmesinde “fiili” münhasırlığa açıkça göndermede bulunulması da yerindedir, zira Türkiye uygulamasından görüldüğü üzere darp, şiddet ve tehdit gibi fiili eylemlerle de hakim durumdaki teşebbüsün çalışanları tarafından hukuki olmayan bir münhasırlığın sağlanmaya ya da güçlendirilmeye çalışıldığına şahit olunmuştur⁴⁴. Ayrıca Taslakta münhasırlığın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri iyi özetlenmiş, yerinde analizler yapılmış ve geçmiş Kurul kararlarına atıflar yapılmıştır.

Taslakta münhasırlıktan sonra “indirim sistemleri” yer almaktadır. Genel olarak Taslakta bu bölüm AB Rehberi’ndeki ilgili bölümden daha akıcı bir şekilde düzenlenmiştir. İndirim sistemlerinin türleri, rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri dipnotlarla birlikte iyi açıklanmıştır. Paket indirimleri (*bundled rebates*) Taslakta isabetli bir şekilde indirim sistemleri bölümünde incelenmişken, AB Rehberi’nde bağlama ve paketleme başlığı altında düzenlenmektedir. Tek ürün indirimlerinin analizinde kullanılan ortalama kaçınılabilir maliyetler ile uzun dönem ortalama artan maliyetlerin ve eşit etkin rakip testi AB Rehberi’nden esinlenmiştir. Bu kavramlar indirim sistemleri gibi ticari hayatta yaygın olarak kullanılan ve rekabet yanlısı etkilerinin hatalı olarak rekabet karşıtı olarak değerlendirilmemesi gereken uygulamalar açısından bir güvenli liman (*safe harbour*) oluşturmaları sebebiyle faydalıdır. Tek sorun, bu kavramların uygulamada hesaplanmalarının kolay olmaması ve detaylı ekonomik analizi, dolayısıyla kaynak kullanımını gerektirmeleridir. Ayrıca AB Rehber’inde yer almayan bir düzenleme olarak, tek ürün indirimlerinde satın alma koşulunun belli bir referans dönemine bağlanmadığı durumlarda yıkıcı fiyata ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmesi, ilgili durumda dışlayıcılık unsurunun bulunmaması sonucu, doğru bir tespittir. Son olarak paket indirimleri bağlamında etkin fiyata ilişkin Taslağın 80. maddesindeki 26. dipnot, 80. maddenin madde metnine dahil edilmelidir. Zira 77. maddede tek ürün indirimleri bağlamında kullanılan etkin fiyat tanımı madde metninde yer almaktadır.

⁴⁴ Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı; 27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı **Microsoft/Gelecek Bilişim** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell** kararı; 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı **Mey İçki** kararı

Taslakta yer verilen spesifik kötüye kullanma hallerinden sonuncusu “bağlama” uygulamasıdır. AB Rehberi’nin aynen alınması sonucu Taslakta bağlama uygulamalarında pazar gücüne ve pazar gücünün bağlayan ürün pazarında bağlanan ürün pazarına aktarılmasına (*leveraging*) dayalı klasik teorilere ek olarak, tüketici zararı odaklı ve zorlama unsurunun yokluğunda iki ayrı ürün analizine yoğunlaşan modern teorilerin benimsendiği görülmektedir. Taslakta bağlama uygulamasının 6. maddeye aykırı olması için iki koşulun varlığı aranmaktadır: i) bağlayan ve bağlı ürünlerin iki farklı ürün olması, ii) bağlama uygulamasının rekabet karşıtı piyasa kapamaya sebep olmasının muhtemel olması. Kurul’un geçmiş kararlarında başka koşulların da varlığı arandığı, bu bağlamda karardan karara farklılıklar bulunduğu görülse de Taslaktaki iki koşulun yeterli olduğu düşünülmektedir⁴⁵. Ancak AB Rehberi’nin aynen alınması sonucu, Taslakta bağlama uygulamalarının sömürücü kötüye kullanmaya yol açacağına hiç vurgu yapılmamış olsa da Kurul’un önceki kararlarında bağlamanın “tüketicilerin sömürülmesi”ne yol açabileceği kabul görmüştür⁴⁶. Bu bağlamda Taslağa, bağlama uygulamasının sömürücü kötüye kullanma hali olarak da uygulamada ortaya çıkabileceğine yönelik düzenlemeler eklenmelidir. Son olarak bağlama uygulamasının 4. madde ihlaline de yol açabileceği, tıpkı münhasırlık/tek marka anlaşmaları bölümündeki gibi, Taslakta belirtilmelidir.

⁴⁵ Örneğin 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı **TÜVTÜRK** kararında Kurul, bağlama uygulamasının 6. maddeye aykırı olması için i) iki ayrı ürünün bulunması, ii) ilgili teşebbüsün bu ürün pazarlarından birinde hakim durumda olması ve iii) bu iki ürün arasında bir ilişkinin olması gerektiğine karar vermiştir. 07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı **TFF/Digitürk** kararında Kurul “üç noktaya dikkat edilmesi” gerektiğini ifade ederek bunları, i) ayrı ürünlerin varlığı, ii) ürünlerin bağlanması ve iii) hakim durumun bulunması şeklinde özetlemiştir. 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/AVEA** kararında ise Kurul bu koşulları dörde çıkarmış ve i) hakim durumun bulunması, ii) farklı veya bağımsız ürünlerin bulunması, iii) bağlamanın “anti-rekabetçi” etki doğurabilecek niteliği haiz olması ve iv) objektif bir haklı gerekçenin ve/veya etkinlik doğurucu bir uygulamanın bulunmaması koşullarını aramıştır.

⁴⁶ 05.08.2009 tarihli ve 09-34/787-192 sayılı **Garanti Bankası** kararı

6. Taslağın Kapsamına Başka Hangi Unsurlar Dahil Edilmelidir?

AB Rehberi'nden aynen alınması sonucu, Taslakta Türk rekabet hukukuna özgü bazı alanlar kendilerine yer bulamamışlardır. AB Rehberi, ulus üstü (*supra national*) bir özelliğe sahip olan AB rekabet hukukunun düzenlemelerini içermekte olup, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına bırakılan unsurları içermemektedir. Ayrıca AB Rehberi'nde usuli hükümlere de yer verilmemiştir. AB Komisyonu'nun uygulama önceliklerini, başka bir deyişle Komisyon'un harekete geçeceği tüketici zararına yol açacak muhtemel halleri, içeren AB Rehberi açısından bu durum normaldir. Ancak AB Rehberi'nin aynen alınması, Türk rekabet hukukunda 6. maddenin uygulanmasıyla yakından ilgili ancak AB Rehberi'nde düzenlenmeyen alanların Taslakta kendilerine yer bulamamaları sonucunu doğuracaktır.

İlk olarak hazırlanacak kılavuzda Kurul'un, 6. maddenin (a) bendine ilişkin olarak nasıl bir yaklaşım benimsediği hakkında bilgi vermesi faydalı olacaktır (bu arada ilginç bir şekilde Taslakta 6. maddenin madde metnine dahi yer verilmemiştir.) Söz konusu bende ifade edilen “*rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” son derece geniş bir ibaredir. Zira rekabette üstünlük sağlayacak her eylem rakiplerin faaliyetini zorlaştıracaktır. Bu bizzat rekabet olgusunun yarattığı bir sonuçtur. Kurul isabetli bir şekilde bu bendin dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve ilgili pazardaki rekabetten kaynaklanan zorlaşma ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı davranışlarından kaynaklanan zorlaşma arasında, her ne kadar bu iki durumun sınırları belirli olmasa da, bir ayırım yapmaya çalışmıştır⁴⁷. ABİDA 102. maddenin madde metni gereği benzer bir sorun AB rekabet hukukunda bulunmamaktadır.

⁴⁷ Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“...‘zorlaştırma’ kavramının çok dikkatli irdelenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu bağlamda, rakip faaliyetlerinin pazarda olması beklenen rekabetten kaynaklanan zorlaşması ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabetçi olmayan bir takım eylemlerinden kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayırma gitmekte yarar vardır. Böyle bir ayırma gidilmemesi durumunda, yapılacak olan müdahaleler ve yasaklamalar sadece hakim durumdaki teşebbüslerin cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır... ‘zorlaştırma’ kavramı tamamiyle iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanmalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme

Aynı şekilde 6. maddenin (d) bendine ilişkin Kurul'un politikası da kılavuzda açıklanmalıdır. Söz konusu bendde ifade edilen bir pazardaki hakim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanmayı "amaçlayan" eylemler, her ne kadar geniş bir ibare olmasa da, bugüne kadar Danıştay tarafından son derece şekilci bir biçimde uygulanmıştır. Eylemi herhangi bir rekabet karşıtı etki doğurmasa bile, hakim durumdaki teşebbüsün birbirinden farklı iki ürün pazarında faaliyet gösterdiği hallerde Danıştay'ın durumu (d) bendi kapsamında ele aldığı görülmektedir⁴⁸. Esasen Danıştay 6. maddenin bendlerinde örnek olarak sayılan hallere -ki 6. maddenin madde gerekçesi dahi bu durumu doğrulamaktadır- gereksiz bir önem atfetmektedir⁴⁹. Bu

*imkanını önemli ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar anılan kavram altında değerlendirilmelidir.”); 05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı **Akkaya Buz** kararı (“*Rekabet hukukunda ‘rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması’ kavramına temkinli yaklaşılmaktadır... Bu nedenle rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin piyasanın gereği, arzu edilen rekabet sonucu mu yoksa hakim durumdaki teşebbüsün anti-rekabetçi eylemleri sonucu mu zorlaştığının sağlıklı saptanması gerekmektedir. Hakim durumdaki teşebbüsün kendi iç dinamikleriyle gerçekleştirdiği rekabetçi faaliyetlerin rakiplerinin faaliyetini zorlaştırması kaçınılmazdır.*”)*

⁴⁸ Örneğin Danıştay bir kararında, Digtürk tarafından Cine5'in Digtürk platformunda yayınlanmaması eylemine karşı soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kurul'un önaraştırma kararını iptal etmiş ve Kurul kararında, Digtürk'ün “dijital hizmetler pazarı”nda hakim durumda bulunduğu ve “televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri pazarı”na Cine5'in girmesinin engellendiğinin belirlenmesi karşısında soruşturma açılması gerekirken “girişin engellendiği pazar bölümünün tüm pazara göre küçük, rekabeti sınırlayıcı etkisinin de az olduğu dikkate alınarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uyarlık” bulunmadığını ifade etmiştir. Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525. Başka bir kararında Danıştay, Anadolu Cam'ın Solmaz Mercan adlı bir bayisine mal vermeyi durdurması eylemine karşı ilgili davranışın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmaması nedeniyle soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kurul'un önaraştırma kararını benzer bir şekilde iptal etmiş ve Anadolu Cam'ın “cam ambalaj pazarı”nda hakim durumda olması ve bu hakim durumunu mal vermeme suretiyle “cam ev eşyası pazarı”nda kötüye kullanması eyleminin, 6. maddenin (d) bendinde yer aldığı “kuşkusuz” olması sonucu “rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle tesis edilen işlemden hukuka uyarlık” bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K. 2011/486

⁴⁹ Örneğin Danıştay bir kararında, “4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanıldığı bulunup bulunmadığının incelenmesi için, şikayetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunması gereklidir.” demiştir. Karara karşı oy yazan bir üye ise şunları kaydetmiştir: “...şikayetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunması gerekli değildir. Çünkü maddede, uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır. Başka bir deyişle, hakim durumun kötüye kullanılması maddede belirtilen davranışlarla sınırlı değildir.”

bağlamda Kurul'un kılavuzuna, bu bendlerdeki "amaç" ibareleri karşısında teşebbüsün amacının hakim durumunu kötüye kullanma olduğu ancak eylemin rekabet karşıtı herhangi bir etki doğurmadığı hallerde doğrudan kötüye kullanmanın varlığından söz edilemeyeceğine yönelik bir dipnot düşmesi beklenilebilir⁵⁰.

Taslak, 6. maddenin ihlali halinde ne olacağı, başka bir deyişle, hakim durumlarını kötüye kullanılması halinde hakim durumdaki teşebbüslerin ve/veya yöneticilerinin karşılaşacağı yaptırım(lar) (*sanctions*) hakkında hiçbir bilgi içermemektedir. Taslağın 3. maddesine göre Taslağın hedefi hakim durumdaki teşebbüslere ve onların rakipleri, müşterileri ve sağlayıcıları gibi diğer teşebbüslere "yol gösterici" olmasıdır. Yol gösterici olması hedeflenen bir kılavuzda, kılavuzun düzenlendiği hukuki normun ihlali halinde ilgililerin karşılaşacağı adli, idari, mali, cezai vb. yaptırımların belirtilmemesi büyük bir eksiklik olacaktır. Bu eksiklik sonucu kılavuzların rekabet politikası açısından önleyici amaçları da göz ardı edilmiş olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, çıkarılacak kılavuzun bir kötüye kullanma kılavuzu yerine 6. madde kılavuzu olmasının Türk rekabet hukuku açısından daha faydalı olacağı düşünülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, 6. maddenin ihlali halinde ihlali gerçekleştiren teşebbüslere, Kurul'un nihai kararından bir önceki mali yıl sonunda oluşan, veya bunun hesaplanmasının mümkün olmadığı taktirde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan, ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede idari para

Danıştay 13.D, 31.03.2008, E.2006/2308, K.2008/3417. Son derece yanlış bir yorumla yaratılan bu tartışma, mehz AB rekabet hukuku uygulamasında *Continental Can* kararıyla 1973 yılında sona ermiştir. *Case 6-72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 215. Danıştay'ın 2008 tarihli bir kararında, üstelik 6. maddenin madde gerekçesi de son derece açık iken, hala bu tartışmayı yapması, Kurul kararlarının denetiminde gösterdiği uzmanlık konusunda şüphe uyandırmakta ve daha da önemlisi Kurul'un AB'yle örtüşen içtihat oluşturma çabalarına sekte vurmaktadır.

⁵⁰ Esasen doktrinde de tartışma konusu olan bu sorunun çözülmesinde, idari bir düzenleme olması sonucu, çıkarılacak kılavuz da tek başına yeterli olmayacaktır. Türk rekabet hukukunun şekilci yaklaşımlardan arındırılıp, etki-bazlı uygulanması arzu ediliyor ise 4054 sayılı Kanun'un bendlerinin tamamen yürürlükten kaldırılması değerlendirilmelidir.

cezasının miktarının belirlenmesinde birtakım hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler hakkında da açıklamalar bulunmaktadır. Bunun yanında, 16. madde uyarınca verilecek idari para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere çıkarılan “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*” uyarınca, hakim durumunu kötüye kullanması halinde ilgili teşebbüse bir önceki mali yılı sonunda oluşan cirosunun binde beşi ile yüzde onu arasında temel bir idari para cezası verileceği ifade edilmektedir. Asıl bu hükümlerin Taslağa eklenmesi halinde Taslak teşebbüsler için yol gösterici ve önleyici olacaktır.

Yaptırım konusunda 4054 sayılı Kanun’daki başka bir düzenleme de hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün eylemlerinden zarar gören ilgililerin tazminat hakkıdır. Kanununun 57. maddesine göre hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs ya da teşebbüsler, hakim durumun kötüye kullanılmasından “zarar görenlerin” her türlü zararını tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. 58. maddeye göre ise ortaya çıkan zararın üç katı oranda bir tazminata (*treble damages*) hükmedilebileceği belirtilmiştir. Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçları ile ilgili olan bu hükümler, her ne kadar uygulamada kendilerine yer bulamamış ise de bu hükümlerin 6. madde kılavuzunda yer alması sonucu iş dünyasında bilinirlikleri artabilecek ve bu durum da uzun vadede bu hükümlere daha fazla işlerlik kazandırabilecektir. Böylece 6. maddenin caydırıcılığı da artacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken bir uygulama da taahhüt ve uzlaşma suretiyle 6. madde dosyalarının sonuçlandırılmasıdır. 4054 sayılı Kanun’a göre Türk rekabet hukukunda hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüslerin Rekabet Kurumu ile uzlaşma suretiyle haklarında açılmış soruşturmaları sonlandırma yolu bulunmamaktadır. Bu konuda hazırlanan yasa tasarısı da henüz yasalaşamamıştır. 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü’nün⁵¹ 9. maddesinde düzenlenen taahhütte bulunmak suretiyle uzlaşma yolu, AB rekabet hukukunda ABİDA 102. madde uygulamasında özellikle son yıllarda sıkça kendisine başvuru olan bir yol haline gelmiş, ancak yasal dayanağı

⁵¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1

bulunmaması sonucu Türk rekabet hukukunda henüz uygulama alanı bulamamıştır. Kılavuza son şeklinin verilmesine kadar 4054 sayılı Kanun'un değiştirilerek uzlaşma yolunun Kanuna eklenmesi halinde hakim durumdaki teşebbüslerin haklarında açıldıkları soruşturmaları Rekabet Kurumu ile uzlaşmak ve taahhütte bulunmak suretiyle sona erdirebileceklerine, ve bunun usul ve esaslarına ilişkin bilgilerin Taslakta yer alması faydalı olacaktır.

Ş. Sonuç ve Değerlendirmeler

Özellikle son yıllarda dünya çapında, rekabet otoriteleri ve uluslararası kuruluşlar tarafından tek taraflı davranışlar alanında kılavuz yayınlamaya yönelik bir trend olduğu görülmektedir. Türk rekabet hukuku da bu eğilimden nasibini almış ve hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarının incelenmesine yönelik Rekabet Kurulu'nun görüş ve yaklaşımlarını içeren bir kılavuz taslağı, AB Rehberi'nden tercüme suretiyle, hazırlanmıştır. Türkiye, AB'ye katılım sürecinde AB müktesebatıyla uyum noktasında 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 7. maddeleri alanında birçok ikincil düzenlemeyi AB rekabet hukukundan iktibas etmiş, bu bağlamda deyim yerindeyse sıra 6. madde alanındaki düzenlemelere gelmiştir. Kabul edilmesi halinde Taslak, Kurul'un 15 yılı aşkın 6. madde uygulamasında ilk düzenlemesi, tek taraflı davranışlar alanında görüşlerini ve yaklaşımlarını açıklayacağı ilk resmi belge olacaktır.

Teorik olarak, 6. madde üzerine bir kılavuzun Türk rekabet hukukunun gelişimine katkıda bulunacağı, AB rekabet hukukunda yapılan son düzenlemelerle daha uyumlu ve paralel bir uygulama doğuracağı, Kurul'un karar alma sürecinde şeffaflık, belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayacağı, ve gerek hakim durumdaki teşebbüsler gerekse bu teşebbüslerin rakipleri ile müşterilerine yol gösterici olacağı ileri sürülebilir. Pratikte ise böyle bir kılavuzun Kurul'un taktir yetkisini sınırlayacak olması, Taslağın öngördüğü etki-bazlı incelemelerin ve detaylı ekonomik analizlerin Kurul bünyesinde ekstra kaynak gerektirecek olması ve bunun da bir maliyete yol açması, itiraz ve temyiz mercilerinin daha kapsamlı analizler içermeye başlayacak Kurul kararlarına karşı mevcut iş yükleri ve uzmanlık seviyeleri sonucu benimseyeceği yaklaşımların belli olmaması gibi unsurlar göz önünde bulundurularak bir fayda-maliyet analizi yapılması gerekmektedir.

Şurası bir gerçek ki Kurul, Taslağın hazırlanmasından önceki bazı kararlarında dahi AB Rehberi'ne açıkça göndermelerde bulunmuş ve AB Rehberi'ndeki düzenlemeler ışığında kendi analizini gerçekleştirmiştir. AB Rehberi'ne hakim olan ve AB rekabet hukukuna ABİDA 102. maddenin reform çalışmaları sırasında kazandırılan pek çok kavramın aslında Kurul'un geçmiş kararlarında uygulama alanı bulduğu, bu bağlamda tüketici refahı odaklı bir amaç izlendiği, rakiplerin değil rekabetin korunmasının vurgulandığı, etkinlik kavramının ön plana çıkarıldığı ve çoğu zaman dosya konusu dışlayıcı davranışların rekabet karşıtı etkilerinin incelendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca son yıllarda Rekabet Kurumu içerisinde daha fazla ekonomik analiz yapmaya yönelik talepler ve eğilimler de görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla Kurul'un, 6. madde alanında çıkarılacak bir kılavuzu hazırlamak ve uygulamak konusunda istekli ve donanımlı olduğu ileri sürülebilir.

Düşüncemize göre 6. madde alanında bir kılavuzun çıkarılması Türk rekabet hukukuna olumlu katkı sağlayacaktır. Ancak tek taraflı davranışlar alanının son derece yoruma açık, üzerinde görüş ayrılıkları bulunan ve farklı rekabet politikalarına göre farklı noktalara çekilebilecek bir özellik taşıması sonucu; çıkarılacak kılavuz, AB Rehberi ile birebir aynı olarak hazırlanmamalı, bu bağlamda Türk rekabet hukukunun 15 yıllık birikiminden yararlanılmalı ve Türkiye uygulamasına özgü alanlar içselleştirilmelidir. Son olarak Kurul, bir yandan çıkaracağı kılavuz ile tutarlı bir politika izlemeli, diğer yandan da itiraz ve temyiz mercilerinin kılavuz hakkında daha fazla bilgi sahibi olmalarını sağlamak için sempozyum, seminer, konferans vb. eğitim faaliyetlerinde bulunmalıdır. Rekabet savunculuğu faaliyetine büyük önem atfeden ve çalışmalarına başladığı günden bu yana Türkiye'de rekabet kültürü ve bilinci oluşturmaya ve geliştirmeye çalışan Kurul'un, bu konuda gereken çabayı göstereceğini söylemek mümkündür.

Kaynakça

- Demiröz A ve Tunçel Ç, Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011
- Madan Z, ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 85, Ankara, 2009
- Özdemir Ü N, Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 96, Ankara, 2010
- Şenyücel O, 2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012'ye Bakış, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012

Diğer

- Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act
- Devlet Denetleme Kurulu, Rekabet Kurumunun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi, 17.02.2010 tarihli ve 2010/7 sayılı Denetleme Raporu
- DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses
- Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)
- Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7

International Competition Network, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference, Moscow 2007

International Competition Network, Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws, 2008

International Competition Network, Report on Predatory Pricing, 2008,
International Competition Network, Report on Single Branding/Exclusive Dealing, 2008

International Competition Network, Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws, 2009

International Competition Network, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws, 2010

International Competition Network, Report on Tying and Bundled Discounting, 2009

Rekabet Kurulu Kararları (kronolojik olarak)

06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı BELKO kararı

23.08.2002 tarihli ve 02-49/634-257 sayılı Karbogaz kararı-I

23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı Coca Cola kararı

25.03.2004 tarihli ve 04-22/231-48 sayılı Yemek Sepeti kararı

26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı Coca Cola/TAB Gıda kararı

28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı Nevşehir Neveksan Ekmek kararı

06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı Frito Lay kararı

07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı TFF/Digitürk kararı

21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı Bilsa kararı

27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı Microsoft/Gelecek Bilişim kararı

14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı Toprak Mahsülleri Ofisi kararı

09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı TTNET/AVEA kararı
19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı TTNET Yaz Fırtınası kararı
20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi Aventis kararı
06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı Zincir Süpermarketler kararı
26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı Anadolu Cam/Solmaz Mercan kararı
21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı Hilal Ekmek Fabrikası kararı
09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı TÜVTÜRK kararı
23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı Turkcell GSM Kampanyaları kararı
04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı Turkcell BizBize Kamu kararı
17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı Kipa İzmir Çiğli AVM kararı
05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı Tarsus Belediyesi kararı
05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı Akkaya Buz kararı
30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı Doğan Yayın Holding kararı
06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı Turkcell kararı
13.10.2011 tarihli ve 11-52/1321-472 sayılı Media Markt/Teknosa kararı
17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı Mey İçki kararı
03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı Digtürk/Cine 5 kararı
01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. RO-RO kararı
06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı Kale Kilit kararı
19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı Ajan Makina kararı
18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı Türkiye Şeker Fabrikaları kararı

Danıştay Kararları

Danıştay 13.D, 31.03.2008, E.2006/2308, K..2008/3417
Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K. 2011/486
Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525
Danıştay 13 D, 21.10.2011, E.2009/6978, K.2011/4589

Ankara İdare Mahkemesi Kararları

Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, E.2012/1727, K.2013/1083

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Case 6-72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 215

Case C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425

Case C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555

Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-0527

Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* [2012] ECR I-0000