

# REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 11 Sayı/Number: 3 Temmuz/July 2010

- ◆ **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar**  
Ali ARIÖZ  
Özgür Can ÖZBEK
- ◆ **The International Competition Network: Cooperation and Convergence in Competition Laws**  
Yrd. Doç. Dr. Umut AYDIN
- ◆ **Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**  
Barış EKDİ
- ◆ **Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?**  
Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN
- ◆ **Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Gelinek Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler**  
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
- ◆ **Rekabet Kurulu Nihai Karar Özetleri**
- ◆ **Kesinleşmiş Danıştay Kararları Listesi**

11. YIL  
11th YEAR  
2000'den beri yayında  
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

---

---

**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

---

---

**Cilt/Volume: 11**

**Sayı/Number: 3**

**Temmuz/July 2010**

**Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi**  
*Refereed journal published quarterly*

**YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ**  
*OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY*  
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

**SORUMLU MÜDÜR**  
*MANAGING DIRECTOR*  
Akın ŞİMŞEK

**YAYIN KOMİSYONU**  
*EDITORIAL BOARD*  
Fevzi ÖZKAN  
H. Erkan YARDIMCI  
Ali DEMİRÖZ  
S. Barış ÖZER  
Serdar YARAR  
Dr. Murat Şahin ÖCAL  
Akın ŞİMŞEK  
Tarkan ERDOĞAN

**DANIŞMA KURULU**  
*ADVISORY BOARD*  
Prof. Dr. Sabih ARKAN  
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK  
Prof. Dr. Lale DAVUT  
Prof. Dr. Ercüment ERDEM  
Prof. Dr. Celal GÖLE  
Prof. Dr. Erden KUNTALP  
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY  
Prof. Dr. Güven SAK  
Prof. Dr. Turgut TAN  
Prof. Dr. Erol TAYMAZ  
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP  
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU  
Prof. Dr. Nahit TÖRE  
Prof. Dr. Ercan UYGUR  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR  
Doç. Dr. İzak ATİYAS  
Doç. Dr. Hasan ERSEL  
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

**EDİTÖRLER**

*EDITORS*  
H. Gökşin KEKEVİ  
Orçun SENYÜCEL

**YAYIN SEKRETERİ**  
*PUBLISHING SECRETARY*  
Mutlu ÖZBEK

**Rekabet Dergisi**, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

*Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.*

**Yönetim Yeri / Managing Office:**  
Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

**Telefon-Faks / Telephone-Fax:** (90) 312 2914444 - (90) 312 2667911

**E-posta / E-mail:** [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr)

**Web Adresi / Web Address:** <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

Cilt/Volume: 11

Sayı/Number: 3

Temmuz/July 2010

**İÇİNDEKİLER / CONTENTS**

- 1**     **EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 9**     **MAKALELER / ARTICLES**
- 11**    **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar / Compulsory Licensing as a Consequence of Abuse of Dominant Position: The Criteria for Evaluation and The Standarts Applied**  
Ali ARIÖZ  
Özgür Can ÖZBEK
- 51**    **The International Competition Network: Cooperation and Convergence in Competition Laws / Uluslararası Rekabet Ağı: Rekabet Kanunlarında Uluslararası İşbirliği ve Uyumlaşma**  
Yrd. Doç. Dr. Umut AYDIN
- 79**    **Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması / Abuse of Dominant Position via Tying or Bundling**  
Barış EKDİ
- 131**   **Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım? / How Shall We Approach Unilateral Conduct?**  
Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN

- 177 **Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Geline Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler / Fuel Distribution Contracts from Competition and Private Law Perspective: Current State, Problems and Evaluations**  
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
- 231 **REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ / THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS**  
(01.04.2010-30.06.2010)
- 255 **KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ / THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS**  
(01.04.2010-30.06.2010)
- 265 **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**

**EDİTÖRDEN***FROM THE EDITOR*

Değerli okuyucularımız;

Rekabet Dergisi'nin bu sayısında beş makaleye yer veriyoruz. Bu makalelerden ikisi birbirinden bağımsız iki ayrı konuyu ele alırken, diğer üç makale hakemlerimiz tarafından “yayımlanabilir” görüşünün verilmesinin ardından Rekabet Kurumu ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi işbirliğiyle düzenlenen “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*” konulu sempozyumda sunulan makalelerin bir kısmını içermektedir. Dolayısıyla söz konusu üç makale, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin konulara odaklanmış bulunmaktadır. Dergimizin gelecek sayısında, yine hakemlerimiz tarafından “yayımlanabilir” görüşünün verilmesinin ardından söz konusu sempozyumda sunulan makalelerin bir kısmını daha yayımlayarak, bu alanda dünyada yapılan tartışmaların ülkemize nasıl yansıdığını sizlere aktarabilmeyi hedefliyoruz. Sempozyumda yapılan sunum ve tartışmalar, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamanın çeşitli yönleriyle irdelenmesi ihtiyacını ortaya koymuştur. Yayımlanacak makalelerin bu alanda yapılacak tartışmalara bir altyapı oluşturacağını düşünüyor; araştırmacıları dergimizde yayımlanmak üzere bu alanda araştırma yapmaya davet ediyoruz.

Bu sayımızdaki ilk çalışma, Rekabet Kurumundan Rekabet Uzmanı Ali ARIÖZ ve Rekabet Uzman Yardımcısı Özgür Can ÖZBEK tarafından kaleme alınan “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*” başlıklı makaledir. Çalışma, sözleşme yapılmasının reddi bağlamında fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasına ilişkin değerlendirme kriterlerini ve uygulanan standartları ele almaktadır. Makale bu alandaki AB içtihadını özellikle *Microsoft* kararı ve 82. madde kılavuzuna odaklanarak aktarmaktadır. Buradan hareketle yazarlar, Türkiye uygulaması bakımından Rekabet Kurulunun *Bilsa* kararını daha detaylı inceleyerek genel olarak sözleşme yapmayı reddetme, özel olarak da fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasına ilişkin Türkiye uygulamasını değerlendirmektedir. Yazarlar değerlendirmelerinin ardından, bu alanda bir sınıflandırma sorununun olduğu, Kurulun içtihatlarında belirsizlik bulunduğu ve kararlarında daha açıklayıcı bir tutum benimsemesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadırlar.

İkinci çalışma, Boğaziçi Üniversitesinden Yrd. Doç. Dr. Umut AYDIN tarafından hazırlanmış “*The International Competition Network: Cooperation*

*and Convergence in Competition Laws (Uluslararası Rekabet Ağı: Rekabet Kanunlarında Uluslararası İşbirliği ve Uyumlaşma)*” başlıklı makaledir. Makale, dünyadaki rekabet otoritelerini sanal bir ağ şeklinde bir araya getirerek son yıllarda rekabet hukuku alanında dikkati çeken çok taraflı bir platform haline gelen Uluslararası Rekabet Ağı'nın rekabet hukuku alanında uluslararası işbirliğine ve uyumlaşmaya olan katkısını ele almaktadır. Yazar, son yıllık toplantısının bu yıl Rekabet Kurumu ev sahipliğinde İstanbul'da yapıldığı Uluslararası Rekabet Ağı'nın, OECD, DTÖ ve UNCTAD gibi diğer çok taraflı platformlara göre çeşitli avantajları bulunduğunu, bu avantajların üyeler arasında sosyalleşmeyi ve rekabet politikasının bazı alanlarında nispi uyumu sağladığını ortaya koymaktadır. Ancak yazar rekabet politikası alanında uluslar arasında daha fazla uyum sağlanmasının önünde doğal ve temel engeller bulunduğunu sonucuna da ulaşmaktadır.

Üçüncü çalışma, Rekabet Kurumundan Rekabet Başuzmanı Barış EKDI'nin “*Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*” başlıklı makalesidir. Yazar, günlük hayatta çok sık karşılaşılan ürün bağlama ve paket satışların kuramsal temellerini, teşebbüslerin hangi saiklerle bu tür uygulamalarda bulduklarını ve söz konusu eylemlerin hangi durumlarda rekabet hukuku açısından sorun teşkil edebileceğini ele aldıktan sonra ABD, AB ve Türkiye uygulamalarını incelemektedir. Buna göre çalışmada ABD'de zaman içinde özellikle teknolojik bağlama söz konusu olduğunda mutlak ihlal kuralının giderek yumuşadığı, AB uygulamasına bakıldığında ise, bağlama ve paket satış uygulamalarının özellikle hakim durumun kötüye kullanılması açısından sınırlı sayıda da olsa çeşitli kararlarda yaptırımı tabi tutulduğu tespiti yapılmaktadır. Yazar, Türkiye'nin 13 yıllık uygulaması değerlendirildiğinde, ABD veya AB'deki gibi standart bir test uygulamasının ya da değerlendirme sistemiğinin bulunmamasını eleştirmekte ancak Rekabet Kurulu uygulamasının konuya yaklaşımının muhakeme bazlı olması ve iktisadi altyapısının bulunması nedeniyle esas bakımından genel bir eleştiriyi hak etmediği sonucuna ulaşmaktadır.

Bu sayımızda hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yayımladığımız bir diğer çalışma ise, Akdeniz Üniversitesinden Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN tarafından kaleme alınan “*Tek Yanlı Firma Davranışlarına Nasıl Yaklaşalım?*” başlıklı makaledir. Yazar, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin uygulamasına ilişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay kararlarından örneklere değinerek ortaya çıkan sorunlar bağlamında, madde lafzının sorunlu olduğuna işaret etmekte, yeni bir düzenleme önerisi getirmekte ve mevcut madde düzenlemesinde bulunmayan yeni mekanizmalar önermektedir.



Bu sayımızda yer verdiğimiz son makale ise, İstanbul Bilgi Üniversitesi'nden Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI tarafından hazırlanan ve özellikle son yıllarda ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında önemli bir tartışma konusu ve uygulama alanı haline gelen akaryakıt sektöründeki intifa sözleşmelerini inceleyen, "*Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Gelinek Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler*" başlıklı çalışmadır. Yazar çalışmasında, Rekabet Kurulunun bu alanda aldığı kararları kronolojik olarak tahlil etmekte, kararlar sonrasında ortaya çıkan durumu ve özellikle özel hukuk bakımından ortaya çıkabilecek sonuçları değerlendirmekte ve muhtemel sorunlara işaret etmektedir.

Faydalı olması dileğiyle...



**EDİTÖRDEN***FROM THE EDITOR*

Dear readers;

There are five articles in this issue of the Competition Journal. Two of these articles examine two separate subjects independent from each other, while the other three are some of the papers presented, after the “publishable” opinion of our referees, at the symposium on “*Abuse of Dominant Position: Problems and Suggestions for Solutions*” which was organized with the cooperation of the Competition Authority and İstanbul Bilgi University School of Law. Therefore, these three articles are focused on subjects concerning the abuse of dominant position. In the next issue of our journal, we will publish another part of the papers presented, following the “publishable” opinion of our referees, at the aforementioned symposium, in order to show you the reflections of the international discussions in this area on our country. Presentations and discussions in the symposium have revealed the need to explicate the various aspects of the implementation concerning the abuses of dominant positions. While we think that the articles to be published will constitute an infrastructure for the discussions on the subject; we also invite researchers to conduct studies in this area to be published in our journal.

The first study in this issue is the article titled “*Compulsory Licensing as a Consequence of Abuse of Dominant Position: The Criteria for Evaluation and the Standards Applied*” written by Competition Expert Ali ARIÖZ and Assistant Competition Expert Özgür Can ÖZBEK from the Competition Authority. The study examines the assessment criteria and the implemented standards concerning the compulsory licensing of intellectual property rights in relation to the rejection to enter into a contract. The article evaluates the EU case-law on the subject by focusing on the *Microsoft* decision and the guidelines for Article 82. Based on this, the authors examine, in more detail, the *Bilsa* decision of the Competition Authority in terms of the Turkish practice and evaluate the Turkish practice concerning the rejection to enter into a contract in general, and the compulsory licensing of intellectual property rights in particular. After their evaluations, the authors conclude that there is a classification problem in this area, that there is uncertainty in the case-law of the Board and that it should adopt a more explanatory attitude in its decisions.

The second study is the article titled “*The International Competition Network: Cooperation and Convergence in Competition Laws*” prepared by

Assistant Professor Umut AYDIN from Boğaziçi University. The article examines the contributions made to international cooperation and harmonization in the area of competition law by the International Competition Network, which assembled competition authorities around the world in a virtual network to become an important multilateral platform in the area of competition law. The author establishes that the International Competition Network, whose last annual meeting was hosted by the Competition Authority in İstanbul this year, held various advantages in comparison to other multilateral platforms such as OECD, WTO and UNCTAD, and that these advantages ensured socialization and relative harmonization in some competition policy areas. However the writer also notes that there are natural and basic barriers before the achievement of deeper harmonization in the international arena in the area of competition policy.

The third study is an article by Senior Competition Expert Barış EKDİ from the Competition Authority, titled “*Abuse of Dominant Position via Tying or Bundling*”. The author examines the institutional basis of product tying and package sales, which are frequently seen in daily life, deals with the motives of the undertaking engaging in such practices and discusses under which conditions such practices could cause problems in terms of competition law; following which he examines the practice in the USA, EU and Turkey. Accordingly, the study establishes that the per se rule of USA, especially in relation to technological tying, was softened in time; on the other hand in the EU practice, tying and package sales practices are subjected to sanctions in some decisions, concerning, in particular, the abuse of dominant position - though the number is limited. The author criticizes, when evaluating the 13 year practice of Turkey, that there is no standardized test or systematic evaluation; however, he also concludes that the Competition Board practice does not deserve a general criticism since its approach to the subject is based on reason and has an economic infrastructure.

Another study concerning the abuse of dominant position published in this issue is the article titled “*How Shall We Approach Unilateral Conduct?*” authored by Associate Professor N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN from Akdeniz University. The author, giving examples among Competition Board and Council of State decisions concerning the application of article 6 of the Act no 4054, points out that, within the framework of the problems encountered, the wording of the article is problematic, she proposes a new regulation and suggests new mechanisms that do not exist in the current regulation introduced by the article.

The last article included in this issue is the study titled “*Fuel Distribution Contracts from Competition and Private Law Perspective: Current*

*State, Problems and Evaluations*” written by Assistant Professor Kerem Cem SANLI from İstanbul Bilgi University, examining the usufruct contracts in the liquid fuel sector, which has become an important subject of discussion and area of application in competition law practice in our country within the recent years. In his study, the author analyzes the decisions of the Competition Board on the subject in chronological order, evaluates the situation after the decisions as well as the potential consequences in terms of private law, and points out some potential problems.

With our wishes that this issue is of benefit to you...

**MAKALELER**  
*ARTICLES*

**HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ  
SONUCU OLARAK ZORUNLU LİSANSLAMA:  
DEĞERLENDİRME KRİTERLERİ VE  
UYGULANAN STANDARTLAR**

*COMPULSORY LICENSING AS A CONSEQUENCE OF  
ABUSE OF DOMINANT POSITION: THE CRITERIA FOR  
EVALUATION AND THE STANDARTS APPLIED*

**Ali ARIÖZ\***  
**Özgür Can ÖZBEK\*\***

**Öz**

*Fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi de dahil olmak üzere bütün alt kategorileriyle birlikte sözleşme yapılmasının reddi davaları rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından biridir. Bütün liberal ekonomik düşünce sistemleri sözleşme özgürlüğünü gerçek ve tüzel kişiler için en temel iktisadi özgürlüklerinden biri olarak gördükleri için zorunlu arz ya da lisanslama gerekliliği çok dikkatli bir değerlendirme gerektirir.*

*Bu çalışmanın amacı şu soruyu cevaplamaktır: Türk Rekabet Hukuku uygulamasında lisanslamanın reddi vakaları için herhangi bir kriter uygulanmakta mıdır ve eğer uygulanmaktaysa bu kriterlere yönelik standartlar açık ve belirli midir? Avrupa Birliği (AB) uygulamasında sözleşmenin reddi davalarının değerlendirilmesinde dönüşmekte olan bir kriterler seti oluşmuş gibi görünmekle beraber, özellikle Microsoft davasının ardından standartların gevşediği hissedilmektedir\*\*\*. Diğer taraftan Türkiye’de, sözleşmenin reddi davalarında kullanılan kriterler açık olmamakla beraber davaların net bir sınıflandırmaya tabi tutuldukları da söylenememektedir. Lisanslamanın reddi bakımından ise uygulayıcılar bir politika oluşturmaya yetecek kadar davayı önlerinde bulmamışlardır. Bu alandaki önemli davalardan olan birisi olan Bilsa*

\* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamaz.

\*\* Rekabet Uzman Yardımcısı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamaz.

\*\*\* Bu çalışmada sık sık ifade edilecek olan “kriterler” ile, bir ihlalin varlığına ya da yokluğuna hükmedilebilmesi için kullanılan ve yeknesak bir yoruma imkan tanıyan değerlendirme ölçütleri, “standartlar” ile kriterlerin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken göz önünde tutulan eşikler kastedilmektedir.

da zorunlu lisanslamanın değerlendirmesi için gerekli kriterler bakımından zayıf bir ışık tutmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Zorunlu Lisanslama, Fikri Mülkiyet Hakları, Zorunluluk Kriteri, Güdülerin Dengelenmesi Testi, 82. Madde Uygulama Öncelikleri

### Abstract

*Refusal to deal cases -with all its sub-divisions including refusal to license intellectual property right cases- are one the most controversial subjects of competition law. Since every liberal economic thought accepts that the right to contract is one of the very basic economic liberties of (legal and natural) persons, an obligation for compulsory supply or licensing needs careful assesment.*

*This paper seeks to answer the following question: Are there any criteria for refusal to licence cases and, if answered affirmatively, are the standarts clear and concise in the application of Turkish Competition Law? While it seems that there has been an evolving criteria set for the assesment for refusal to deal and licence cases in the European Union practice, the strictness of the standarts seems to be getting looser, especially after the Microsoft case. In Turkey, on the other hand, the criteria used for the assesment of the refusal to deal cases are not clear, besides there is not a clear classification of the cases. As for the refusal to license, the enforcers have not met enough cases to design a policy, notwithstanding, one of the important cases, Bilsa, is still shedding a glimmer light about the assesment criteria of compulsory licensing.*

**Keywords:** Compulsory Licensing, Intellectual Property Rights, Indispensability Criterion, Incentive-Balancing Test, Article 82 Enforcement Priorities

### GİRİŞ\*

Sözleşme yapmanın reddedilmesi rekabet hukukunda üzerinde çokça tartışılan konulardan biridir. Antitröst kanunları firmalar arası rekabetin tüketicilere faydalı olduğu kabulüne dayalıyken anlaşma zorunluluğu doktrininin bu

---

\* Bu çalışmada yer verilen kararlarda ve metinlerde geçen yargı mercilerinin isimleri ile hukuki metinlerin isim ve hükümlerine ilişkin numaralar, kararların alındığı veya o hukuki metinlere atıf yapılan tarihlerdeki isim ve numaraları ile yer alacaktır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (AT Antlaşması-Roma Antlaşması) maddeleri ilk olarak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile yeniden numaralandırılmıştır. Mevcut durumda AT Antlaşmasının rekabete ilişkin hükümleri "rekabet kuralları" başlığı altında 101 ila 109. maddeler olarak sıralanmıştır. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda, Avrupa Toplulukları Komisyonu Avrupa Komisyonu, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi ise Genel Mahkeme olarak yeniden isimlendirilmiştir.



rekabeti açıkça sınırlıyor olması doktrinin doğrudan bir gerilim yaratmasına yol açmaktadır<sup>1</sup>. Konu, mevcut sözleşme ilişkisinin sona ermesi, ilk defa sözleşme yapma talebinin reddi, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi, birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddi, tek taraflı ya da uyumlu ret halleri gibi pek çok alt kategoriye de ayrılmakta ve bu alt kategoriler için ortaya konacak değerlendirme kriterleri ve ilgili kriterleri değerlendirmek için getirilecek standartlar görüş ayrılıklarına yol açmaktadır<sup>2</sup>. Bu çalışmada genel olarak sözleşme yapmanın reddedilmesi kavramına yalnızca bağlam gereği değinilecek, esasen fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi<sup>3</sup> üzerinde durulacaktır. Buna göre, ilk bölümde fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, iki hukuk dalının amaçları bakımından incelenerek yazarlarca “asıl sorun” olarak görülen husus ve bu kapsamda rekabet hukukunun nasıl bir işlev görebileceği tartışılacaktır. İkinci bölümde ise Türk ve AB rekabet hukukundaki öncül kararlar ele alınacaktır. Türkiye uygulaması bakımından fikri mülkiyet hakkının kullanılması talebinin reddine ilişkin bir vaka bulunmadığından ve kanaatimizce bu vakalarda sözleşme yapılması reddi davalarından farklı bir kriter setine ihtiyaç duyulmadığından (konunun bir alt kolu olduğu) sözleşme yapmanın reddedilmesi davaları yalnızca inceleme konusu edilen kriterler ve bu kriterlere yönelik standartlar bakımından tartışılacaktır. Bu kısımda Bilsa davasına çalışma kapsamında taşıdığı önem sebebiyle daha geniş yer ayrılacaktır. AB uygulaması kapsamında ise zorunlu lisanslama davaları hakkında genel bir bilgi sunulacaktır. Daha sonraki bölümde ilk olarak AB hukukunda konuyla ilgili en son ve belirleyici dava olma özelliğini taşıyan Microsoft davasına ilişkin Avrupa Toplulukları Komisyonu (Komisyon) ve İlk Derece Mahkemesi (İDM) kararları, daha sonra ise Komisyon tarafından 2008 yılı içinde çıkarılan AT Antlaşması’nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon’un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuzu incelenerek, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddinin konu edildiği davalar bakımından Komisyon’un öncelikleri tartışılarak, kılavuz üzerinde Microsoft kararının etkileri değerlendirilecektir. Bu bölümde kılavuzla ilgili değerlendirmenin sadece sözleşme yapmanın reddi davaları ile ilgili kısımlarının değil öncelikle bir bütün olarak getirdiği yeni yaklaşımın ele alınması tercih edilmiş, çalışmanın özüne

<sup>1</sup> CARLTON, D. (2001), “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal- Why Aspen and Kodak are Misguided?”, NBER Working Paper 8105, <http://www.nber.org/papers/w8105.pdf>, erişim tarihi: 21.03.2010, s.2.

<sup>2</sup> Sözleşme yapmanın reddi ve bu eylemin değerlendirilmesinde kullanılacak standartlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VII*, Rekabet Kurumu Yayınları.

<sup>3</sup> Birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddini de içerecek şekilde.

ilişkin kısım daha detaylıca ele alınmıştır. Son bölümde ise, AB ve Türkiye uygulamalarından ortaya çıkan tablo değerlendirilerek henüz bu tip davalarla tanışmamış ülkemiz için bir değerlendirme yöntemi önerilecektir.

## 1. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ: ESASEN BİR SORUN VAR MI?

Rekabet hukukunun üzerinde fikir birliği sağlanamamış konularından biri olan sözleşme yapılmasının reddi vakaları, AB hukukunda az sayıda sözleşme yapma yükümlülüğüne hükmedilen davanın varlığına rağmen çok ciddi tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu durum fikri mülkiyet haklarının söz konusu olduğu vakalarda daha da belirgin bir hal kazanmaktadır. AB içtihatlarında genel olarak sözleşme yapmanın reddedilmesi davaları söz konusu olduğunda kronolojik olarak Commercial Solvents<sup>4</sup>, Telemarketing<sup>5</sup>, Volvo<sup>6</sup>, Magill<sup>7</sup>, Ladbroke<sup>8</sup>, Bronner<sup>9</sup>, IMS<sup>10</sup> ve Microsoft<sup>11</sup> kararlarından oluşan bir silsile karşımıza çıkmaktadır. Bu silsilenin kendi içinde bir “sözleşme yapılmasının reddi” çizgisi ve “zorunlu unsur” çizgisi dâhilinde sınıflandırmaya tabi tutulması yönünde fikirler bulunsa<sup>12</sup> da bu çalışmanın kapsamı bakımından<sup>13</sup> bütün davaların bir devamlılık arz ettiği kabul edilecektir. Bu devamlılığın ortaya koyduğu tablonun temel özellikleri i) sözleşme yapma özgürlüğünün hâkim durumdaki firmalar için dahi esas kabul edilmesi ii) bununla beraber bazı “olağandışı koşulların” varlığı halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği iii) sözleşme konusu hak ya da varlığın ilgili ürün pazarı için “vazgeçilmez” olması gerekliliği iv) sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün bu davranışı için haklı görülebilecek gerekçeler sunabilecek olduğu hususlarının genel kabul görmesi

<sup>4</sup> Case 6/73& 7/73, Commercial Solvents, [1974], E.C.R. 223.

<sup>5</sup> Case 311/84, Telemarketing, [1985], E.C.R. 3261.

<sup>6</sup> Case 238/87, Volvo, [1988], E.C.R. 6211.

<sup>7</sup> Case C-241-242/91 P, RTE&ITP (Magill), [1995] E.C.R. I-743.

<sup>8</sup> Case T-504/93, Ladbroke, [1997] E.C.R. II-923.

<sup>9</sup> Case C-7/97, Bronner, [1998] E.C.R. I-7791.

<sup>10</sup> Case 418-01, IMS Health v. NDC Health, 2004 E.C.R. I-5039.

<sup>11</sup> COMP/C-3/37.792 Microsoft C(2004) 900; Case T-201/04, Microsoft, [2007], E.C.R. II-3601.

<sup>12</sup> Bu tartışma hakkında geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. RITTER, C. (2005), “Refusal to Deal and ‘Essential Facilities’: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”, *World Competition*, Volume 28 Issue 3. Yazara göre iki “çizgi” arasında a) piyasa gücünün aktarılması şeklindeki rekabet sınırlamalarının yasaklanması b) yapısal problemlerin giderilerek rekabetin bizzat yaratılması durumu arasındaki ayrım söz konusudur.

<sup>13</sup> Ve söz konusu tartışma dâhilinde yazarların görüşüne uygun şekilde. Bununla birlikte iki çizgi arasında çok net bir ayrım olduğunu iddia eden bir çalışma için bkz. NAGY, C.I., “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework”, *European Law Review*, 32(5), 664-685.

olarak özetlenebilir. Fikri mülkiyet haklarının konu edildiği davalarda ise zorunlu lisanslamaya hükmetmek bakımından daha sıkı standartlar uygulanmakta, yine de konuyla ilgili tüm tarafları tatmin edecek bir hukuki çerçeve oluşmuş görünmemektedir.

Hak sahibi haricindekilerin, bir gayri-maddi varlıktan yararlanmalarını engelleyen haklar olarak tanımlanabilecek olan fikri mülkiyet hakları, temel olarak patent, telif hakkı ve marka hakkından oluşmaktadır. Herhangi bir zaman anında yalnızca tek bir yerde olabilen (tek bir yeri kaplayabilen) fiziksel şeylerden (metallerden) oluşan maddi varlıklara sahiplik zorunlu olarak dışlayıcıdır<sup>14</sup> ve birisi o varlığa sahipse diğeri sahip olamamaktadır. Fikirler ise dışlayıcılık özelliği taşımamakta, herhangi birisinin herhangi bir konudaki fikrini bir başkasına açıklaması halinde, o fikrin sahibi ile beraber kendisine fikir açıklanan da artık o fikre sahip olmaktadır. İşte bir fikre sahipliğin dışlayıcı ve birbirine rakip olmama özelliği fikri mülkiyet hakları anlayışının temelini oluşturmaktadır; herhangi bir fikrin pazara sunumu- satılması, halinde bu fikir dış dünyaya ifşa edilmiş olmakta ve kamu malı haline gelmekte, bu fikirden yararlanan -bu fikre sahip olan- herkesin bunun bedelini ödeyip ödemediğini tespit etmek güçleşmektedir<sup>15</sup>. Bu nedenle, herhangi bir fikrin ortaya çıkarılması -fikrin üretimi- konusunda üreticiler/mucitler üzerinde, fikir eserlerinin bahsedilen özellikleri nedeni ile oluşacak isteksizliğin bertarafını sağlamak (daha doğru bir ifade ile kişilerin fikri eser ortaya çıkarmalarını teşvik etmek) üzere, bu tür fikri eser sahiplerinin kendi eserlerinin kullanımı ve dağıtımını konusunda kontrol sahibi olmalarına ve diğerlerini bu eserleri kullanmaktan belirli bir süre dışlamalarına olanak tanıyan fikri mülkiyet hakları oluşturulmuştur<sup>16</sup>. Dolayısıyla, geleneksel anlamda fikri mülkiyet hakkı, sahibine kendisi dışında o hakkın kullanımını dışlayan münhasır bir hak vererek hak sahibinin belirli bir süre tekel getirisi elde etmesini sağlamaktadır. Fikri mülkiyet hakkının, hak sahibinin başvurması ile birlikte ilgili idari birimde tescillenecek, yayınlanacak ve bu hakla korunan fikirlere erişilerek araştırmaların başkaları tarafından devam ettirilecek olması nedeniyle, bu hakka verilen münhasırlık aslında hak konusu fikrin yayınlanmasının da bir bedeli olmaktadır<sup>17</sup>. Belirli bir süre o hak konusu mal ya da hizmetin tekelci fiyatlaması nedeniyle ortaya çıkan refah kaybı ise yeniliği (icadı) elde etmenin (ortaya çıkarabilmenin) ve aynı zamanda o yenilik hakkındaki bilgilerin

<sup>14</sup> HOVENKAMP, H., M.D. JANIS, ve M. A. LEMLEY (2005), *IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Aspen Publishers, USA, s.1-2.

<sup>15</sup> Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

<sup>16</sup> Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

<sup>17</sup> KORAH, V. (2005), "The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries", *SCRIPT-ed*, Volume 2 Issue 4, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf>, Erişim Tarihi: 16.03.2010, s. 430.

açıklanmasının fiyatı olarak addedilmektedir<sup>18</sup>. Bazı yazarlara göre, verilen dışlama hakkının amacı fikri eserler hakkında yapılan yatırımları garanti altına almayı da sağlama yoluyla hak sahiplerinin çalışmalarını ödüllendirmek iken<sup>19</sup> Hovenkamp, fikri mülkiyet haklarının dışlayıcı niteliğinin temel ekonomik meşruiyetinin, hak konusu fikirlerin yaratıcılarının ve bu yaratıcılar dışındakilerin faaliyetlerini teşvik etmekten kaynaklandığını belirtmektedir<sup>20</sup>. Her iki ara amaçla aslında ulaşılmak istenen, fikri mülkiyet hakları vesilesiyle yaratılacak teşvik sayesinde teknolojik yeniliklerin devamını sağlayarak tüketici refahının artışına yol açmaktır.

Aslen tali olarak nitelendirilebileceğimiz diğer amaçlarının yanında<sup>21</sup>, temel amacı üretimde ve dağılımda etkinlik ile dinamik etkinliği artırmak olan rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında, uzun vadede yenilik vesilesiyle dinamik rekabeti hedefliyor olmaları nedeniyle, aslında amaca özgü bir farklılaşma veya çekişme bulunmamaktadır. İki hukuk alanı arasındaki gerilim, amaçlanana ulaşmak için kullanılacak yöntemlerin farklılığından kaynaklanmaktadır<sup>22</sup>. Rekabet hukuku etkinliği en üst seviyeye çıkarmak için rekabete aykırı (antirekabetçi) eylemleri ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını (ABD uygulamasında tekelleşmeyi) yasaklarken, fikri mülkiyet hukuku, her vakada olmasa da, tekel hakkını makul görür ve bazı durumlarda teşvik ederek yenilik için gerekli güdüyü yaratmaya çalışır<sup>23</sup>. Aynı amaca varmak için kullanılan yöntemlerdeki bu farklılık, özellikle yirminci yüzyılın başlarında bir çekişme olarak algılanmış ve gereğinden fazla önemsenmiştir<sup>24</sup>. Bu dönemde patent hakkı mutlak tekel hakkı ile özdeşleştirilmiş ve patent hakkı verilmesi rekabet hukukunun sıkı sınırlamalarına maruz kalmış, 1970'lerden itibaren ise hem Avrupa'da hem de ABD'de fikri mülkiyet haklarının ekonomik faydalarının daha da önemsenmesi nedeniyle fikri mülkiyet haklarının doğrudan tekel veya pazar gücü sağladığı yaklaşımından uzaklaşmıştır. Bu uzaklaşma, önce ABD'de, daha sonra AB'de, idari kurumların ve yargı organlarının

<sup>18</sup> ANDERMAN, S. D. ed. (2007), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK, s.19.

<sup>19</sup> Bkz. Örneğin O'DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, First Edition, Hart Publishing, Oxford, UK, s. 415; RITTER, C. (2005), "Refusal to Deal and 'Essential Facilities': Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?", *World Competition* 28(3), s. 292.

<sup>20</sup> Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

<sup>21</sup> Rekabet hukukunun diğer amaçları için bkz. JONES, A. ve B. SUFFRIN, *EC Competition Law* (2008), Third Edition, Oxford University Press, USA, s. 16 ve devamı.

<sup>22</sup> SCHMIDT C. ve W. KERBER (2008), "Microsoft, Refusal to License Intellectual property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1297939](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297939), Erişim Tarihi: 10.04.2010, s. 17.

<sup>23</sup> Hovenkamp vd. 2005, s.1-13.

<sup>24</sup> Anderman 2007, s. 7.

Chicago Okulunun iktisadi analizini kabullenmeleri ile olmuştur. Chicago yaklaşımının fikri mülkiyet hakkının doğrudan pazar gücü sağladığı öngörüsünü reddeden görüşü daha sonra yerini tüm fikri mülkiyet hakları olmasa da bazılarının tekel hakkı yarattığını kabul eden ve Chicago sonrası yaklaşım olarak adlandırılan görüşe terk etmiştir.

Dolayısıyla, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun aslen çelişmemekte, bilakis aynı amaca hizmet etmekte olduğu görüşü kabul görmekte ve Anderman'a göre, bu iki hukuk dalı, en az beş açıdan birbirleri ile bağlantılı olarak işlemektedir. İlk olarak, hem ABD'de hem AB'de rekabet hukuku Ar-Ge yatırımları ve fikri mülkiyet hakları yoluyla iktisadi tekel yaratılmasını meşru saymaktadır. İkincisi, her iki hukuk düzeninde de bu hakların fiyatlanmasının ödül ve teşviki de kapsayan yeterli bir getiriyi yansıtması gerektiği kabul edilmektedir. Üçüncü olarak, çoğu vakada hak sahiplerinin bu hakların kopyalanmasını engelleme yetkisini haiz olduğu, bu yetki veya hakkın kullanımı rakiplerin pazara erişimini engellese de, kabul edilmektedir. Dördüncü olarak, her iki sistemde de rekabet hukuku, fikri mülkiyet hakkının varlığının artık doğrudan bir tekel hakkının varlığına delalet ettiğini varsaymamaktadır. Son olarak, rekabet hukuku perspektifinden fikri mülkiyet haklarının analizinde, iki hukuk düzeni de bu tür bir hak verilmesinin genel anlamda olumlu rekabetçi etkilerinin olduğunu kabul etmektedir<sup>25</sup>.

Bu iki hukuk dalı arasındaki asıl sorun, tüm fikri mülkiyet haklarının fazlasıyla genel kurallara göre verilmesi ve bu haklar arasında süre, kapsam ve verilen bu hakları takip edecek spesifik bir dizi diğer hakların tanımlanması bakımından farklılık bulunmamasıdır. Fikri mülkiyet haklarının iktisadi ve hukuki mantığı bu hakların süre ve kapsam gibi koşullarının -refah artışının maksimum olmasını temin edebilmek üzere sektörlere, teknolojik duruma ve diğer tüm koşullara bağlı olarak- farklılık göstermesini gerektirmektedir. Teknik ve idari kapasite yetersizlikleri nedeni ile bu hakların koşullarında farklılık sağlanamaması, diğer bir ifadeyle bu hakların koşullarının optimum derecede belirlenememesi, bu haklar ile yaratılması düşünülen yeniliklerin ve dinamik etkinliğin optimum derecede gerçekleşememesine; koşulları çok dar tanımlanman bazı hakların bu hak sahiplerini yenilik yapmaya teşvik edememesine, koşulları çok geniş tanımlananların ise diğer firmalarının yenilik yaratma faaliyetlerini engellemesine sebebiyet vermektedir. Hovenkamp vd.'ye göre de fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslanmasına yol açan durumlar genellikle bir fikri mülkiyet sahibinin sahip olduğu hakkın kapsamını fikri

---

<sup>25</sup> Anderman 2007, s. 6.

mülkiyet yasalarının sağladığından daha fazla genişletmeye çalışmasıyla ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Özellikle Ar-Ge yatırımlarının önemli olduğu sektörlerde birçok ve birbiri ile örtüşen patentlerin varlığı, yeni teknolojilerin gelişimini engelleyebilen “*patent çalılıklarının*”<sup>27</sup> (*patent kümelerinin*) oluşmasına yol açmakta ve bu durum iki tür problemin varlığına yol açmaktadır.

*Tamamlayıcı mallar*<sup>28</sup> problemi olarak adlandırılabilir ilk problemde, bir firma kendi ürününü üretebilmek için birçok farklı patent sahibinden lisans almak durumunda kalmakta, dolayısıyla o ürünü üretmek için katlanılan maliyet yalnızca tek bir firmadan patent lisansı alınması halinde katlanılacak maliyete göre yüksek olmaktadır<sup>29</sup>. Shapiro bu durumun, Cournot tarafından 1838 yılında öne sürülen klasik tamamlayıcı mallar problemi ile aynı olduğunu, ortaya çıkacak ürünün fiyatının -Cournot örneğinde olduğu haliyle, bakır ve çinko kullanarak üretilen pirinç fiyatının- iki ayrı patentle korunan ara malından oluşacağı ve her iki ara malına da lisans bedeli verileceği için patente tabi iki ara malın sahipliğinin tek elde olması durumuna göre oluşacak nihai fiyattan daha yüksek olacağını ifade etmektedir<sup>30</sup>. *Tamamlayıcı mallar* problemi, sadece iktisadi bir bedel elde etmek üzere değil, diğer firmalarının pazara girişlerini zorlaştırmak veya engellemek üzere bir giriş engeli olarak da kullanılabilmektedir<sup>31</sup>.

*Yol kesme*<sup>32</sup> problemi olarak adlandırılabilir diğer problem ise, mevcut patent çalılığında hangi ürünün patentli olduğunun hangisinin ise olmadığına bilinmesinin zorluğu nedeniyle, firmanın herhangi bir ürün üretmeyi planlaması halinde bir başka patent hakkını ihlal etme olasılığının

<sup>26</sup> HOVENKAMP, H., JANIS, M.D. ve LEMLEY, M.A., “Unilateral Refusals to License in the US”, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No: 303, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=703161](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703161), Erişim tarihi: 12.04.2010, s.18.

<sup>27</sup> “Patent thicket”.

<sup>28</sup> “Problem of complements”.

<sup>29</sup> Schmidt ve Kerber 2008, s. 19.

<sup>30</sup> SHAPIRO, C (2001), “Navigating the Patent Thicket: Cross Licences, Patent Pools and Standart Setting”, A. B. JAFFE (der.) *Innovation Policy and Economy I* içinde, [www.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf](http://www.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf), Erişim Tarihi: 14.03.2010, s. 123

<sup>31</sup> Nitekim Komisyon, 2009 yılında tamamladığı ilaç sektörüne ilişkin araştırmanın ön raporunda, patent çalılığı oluşturmanın firmaların kendi yeniliklerinin ticari gelişimini güvence altına almayı amaçlamamaları halinde, patent sistemi oluşturmanın temel amaçlarıyla uyumlu olmayacağını ve rekabete aykırı kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. KJÖLBYE, L (2009), “Article 82 EC as a Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?”, *World Competition*, Volume 32 Issue 2, s. 180.

<sup>32</sup> “Hold-Up Problem”.

yüksek olmasına ve kendisini maliyetli bir hukuki süreç içerisinde bulabilmesine yol açmaktadır.

Fikri hakların söz konusu edildiği ve şebeke etkileri ile bir takım standartlaşmaların mevcut olduğu pazarlarda da, alt pazarlarda faaliyet gösteren diğer firmaların teknoloji standardı haline gelen uygulamalara erişimlerinin sağlanması kritik önem taşımakta ve aynı zamanda geniş belirlenmiş olan fikri mülkiyet haklarının sınırlandırılması için bir dayanak oluşturmaktadır<sup>33</sup>.

Yukarıda kısaca değinilen, fikri mülkiyet hakları sistemindeki bu tür kusurların rekabet hukukunca düzeltilmesinin gerekliliği (veya gereksizliği) literatürde sıkça tartışılmıştır. Ritter, rekabet hukukunun bu alanda gereksizliğine ilişkin argümanları rekabet hukukunun fikri mülkiyet haklarındaki hataları düzeltmek üzere kullanılmaması gerektiği; zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanmasının fikri mülkiyet hukukuna aykırılık oluşturacağı; zorunlu unsur doktrininin, fikri mülkiyet hukukunun pazar ekonomisinde temel uygulama aracı olan ve yenilik yaratma teşvikini korumak için gerekli bulunan münhasırlığa uygulanmasının tutarsız olacağı; halihazırda fikri mülkiyet yaratımı için çok az dürtü varken, rekabet hukukunun, eylemin fikri mülkiyet sahiplerinin getirilerini düşüreceği hallerde özellikle ihtiyatlı olması gerektiği; rekabet hukukunca fikri mülkiyet haklarına ilişkin vaka sonrası (ex-post) düzeltici bir mekanizmanın gerekli olabileceği, fakat bu mekanizmanın rekabet otoritelerince değil patent ofislerince kullanılmasının daha az maliyetli ve daha etkin olacağı; fikri mülkiyet haklarıncı yaratılan sorunları çözmek için tasarlanmamış olmaları nedeniyle, rekabet otoritelerinin çözdüklerinden daha fazla problem yaratabilecekleri ve zorunlu unsur doktrininin belirsiz sınırlarına güvenmek yerine fikri mülkiyet hukuku doktrininin tadilinin yerinde olabileceği şeklinde özetleyip, yine de vaka sonrası düzeltme mekanizmasının -vaka sonrası, fikri hakların tanındığı andaki mevcut veri ve bilgilere göre elde daha fazla veri ve bilgi olacağı gerekçesiyle- üstün olacağı ve rekabet hukuku uygulayıcılarının *fikri hakların yılmaz savunucularına* nazaran lobcilerden ve birtakım çıkar gruplarından daha az etkileneceği gerekçeleriyle fikri haklar ve rekabet hukuku arasındaki denge bozulduğunda, rekabet hukukunun devreye girmekten çekinmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>34</sup>.

Ritter, yukarıda da ifade edilen *denge* bozulduğunda fikri mülkiyet haklarına rekabet hukuku enstrümanlarıncı müdahale edilmesinin yerindeliğini savunduktan sonra, aşağıda yer verilen dört sebep nedeniyle de bu tür

<sup>33</sup> Nitekim bu husus (şebeke etkisi nedeniyle fikri hak konusu bir ürünün endüstri standardı haline gelmesi) IMS ve Microsoft kararlarında da sıkça söz konusu edilmektedir.

<sup>34</sup> Ritter 2005, s. 286 ve dipnot 15.

gayri-maddi haklara ilişkin hukuki analizlerde maddi haklara nazaran *özel bir ihtimama* ihtiyaç bulunmadığını savunmaktadır<sup>35</sup>:

- Bu tür bir ihtimamın yasal bir temelinin olmaması,
- Herhangi bir özel ihtimamın maddi varlık sahiplerinin bu varlıklara fikri mülkiyet konusu birtakım eklenti yapmalarına yol açabilme riskini barındırması,
- Fikri hak konusu varlıklar kamu malı niteliğini haiz olduğu için aslında bunların erişime açılmasının dışlayıcı bir nitelik arz etmeyecek (aynı anda bir başkasının veya başkalarının da aynı varlıktan yararlanabilecek) olması,
- Zorunlu lisanslama yoluyla fikri hak kapsamının sınırlandırılmasının yeniliğe yatırım dürtüsünü sınırlandırmayacak olması.

Sonuç olarak, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasında, aynı nihai amaca özgülenmiş olunması nedeniyle bir çatışma bulunmamakta, yalnızca kullanılan araçlar farklılık göstermekte, rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukukunca korunan alanlara müdahalesi -literatürde sıkça tartışılmakla birlikte- genel olarak kabul görmektedir. Nitekim AB rekabet hukuku sistemi de, Komisyon uygulamaları ve Birlik yargı organlarının artık içtihat haline geldiğini söyleyebileceğimiz birtakım kararlarıyla, fikri mülkiyet haklarına rekabet hukukunca müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

## 2. TÜRK VE AB REKABET HUKUKUNDA ÖNCÜL KARARLAR

### 2.1. Sözleşme Yapmanın Reddi Türkiye Uygulaması

Türk Rekabet Hukuku uygulamaları incelendiğinde sözleşme yapmayı reddetme konusunda yedi Rekabet Kurulu kararı öne çıkmaktadır. Bu kararlardan üçünde (Ulusal Dolaşım<sup>36</sup>, ÇEAŞ<sup>37</sup> ve Türk Telekom/TİSSAD<sup>38</sup>) zorunlu unsur doktrininden<sup>39</sup> yararlanılmış, birisinde (Solmaz Mercan<sup>40</sup>) var olan bir tedarik ilişkisinin kesilmesi konu alınmış, bir diğerinde (Kablo TV<sup>41</sup>) ilk defa gelen bir

<sup>35</sup> Ritter 2005, s. 291. Ritter'in fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslanmasının hak sahibinin yatırım güdüsünü sınırlandırmayacağı hakkındaki görüşleri için bkz. a.g.e., s. 295.

<sup>36</sup> 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>37</sup> 08.02.2007 tarih ve 07-13/101-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>38</sup> 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>39</sup> Muller, doktrini başta altyapılar ve ağlar olmak üzere tekeli tarafından sahip olunan tesislerin üst veya alt piyasada rekabeti mümkün kılabilmek için rakiplerle paylaşılması fikri olarak tanımlamaktadır.

<sup>40</sup> 26.08.2009 tarih ve 09-39/949-236 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>41</sup> 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.



talebin reddi ele alınmış ve nihayet BİLSA<sup>42</sup> kararında fikri mülkiyet haklarına dayalı bir husus Karara konu olmuştur<sup>43</sup>.

Zorunlu unsur kavramından yararlanan **Ulusal Dolaşım** kararında Kurul kanaatimizce doğru bir sistematik takip etmiştir. Kararda öncelikle sözleşme serbestine atıf yapılmış daha sonra bu hürriyet kapsamında “özel bir uygulama alanı” olarak zorunlu unsur doktrinine değinilmiştir. Bu girişi takiben zorunlu unsur kavramının belirleyici özellikleri sayılmış ve ihlal için gerekli hususlar sıralanmıştır<sup>44</sup>:

*Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temel olarak, unsura sahip firmanın ilgili pazarda hâkim durumda olması; bu unsurun benzerinin ‘makul şartlarda’ yapılamaması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için ise; bir reddetme eyleminin bulunması ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması hususları incelenmelidir.*

*Ayrıca rekabet hukukunda, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesi için, beş koşulun karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar aşağıda sunulmuştur:*

- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi.
- Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması.
- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması.
- Erişim talep eden teşebbüsün makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması.
- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.

<sup>42</sup> 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararın incelemesi bir sonraki bölümde yapılacaktır.

<sup>43</sup> Bu kararların dışında da sözleşme yapmanın reddi konusunun bir şekilde tartışıldığı ya da fiyat sıkıştırması gibi bu başlık altında ayrı bir kategorinin değerlendirildiği kararlar da bulunmakla beraber bu çalışmanın amacı dışında kaldıkları için kapsam dışında bırakılmışlardır.

<sup>44</sup> Ulusal Dolaşım kararı, s.42-43.

Kararda ihlalin varlığı için gerekli görülen şartlar, Komisyon'un Erişim Tebliği'nde<sup>45</sup> de zikredilmiş olan şartlardır<sup>46</sup>. Zorunluluk (vazgeçilmezlik) kriteri için kullanılan standart, unsurun benzerinin makul şartlarda yapılamaması olarak tespit edilmiş, makul şartlar ile neyin kastedildiğine yönelik bir açıklama getirilmemiştir.

ÇEAŞ kararında ise, zorunlu unsurun tanımı yapıldıktan sonra bu unsurun talepte bulunan teşebbüslere geçerli bir teknik ya da ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullandırılmamasının hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmekte olduğu ifade edilmektedir. Kararda zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek ve bir ihlalin varlığını belirleyebilmek için iki ayrı koşul seti sıralanmıştır<sup>47</sup>:

*Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek için;*

- *Zorunlu unsurun tekel ya da hâkim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından kontrolü,*
- *Zorunlu unsurun başka bir teşebbüsçe yeniden tesisinin ya da üretiminin makul şartlar altında mümkün olmaması,*

*Bir kötüye kullanma halinin varlığını belirleyebilmek için ise,*

- *Hâkim durumdaki teşebbüsün zorunlu unsuru kullandırmayı reddetmesi ya da kullanımı engellemesi,*
- *İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması, bir başka deyişle, söz konusu reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmıyor olması*

*koşullarının mevcut olması gerekmektedir.*

Zorunluluk kriteri için yine makul şartlar altında yeniden üretileneme standardı takip edilirken kanaatimizce ihlalin varlığı için gerekli sayılan şartlar arasında rekabetin kısıtlanmasına yönelik herhangi bir koşulun ortaya konulmaması bir eksiklik niteliğindedir.

**Kablo TV** kararı, Kurul'un değerlendirmesinde takip ettiği yol bakımından farklılık gösteren bir karardır. Yapılan değerlendirmede sözleşme yapmanın reddi gibi bir sınıflandırmaya gitmeksizin incelemeye konu eylemin dışlayıcı nitelik arz edip etmediği tartışılmıştır. Benzeri şekilde zorunlu unsur doktrininden açıkça bahsedilmemiş, rakipler tarafından kullanımı zorunlu bir

<sup>45</sup> Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, [1998] OJ C265/02.

<sup>46</sup> Demiröz 2009, s. 371.

<sup>47</sup> ÇEAŞ kararı, s. 68.

varlığın kullanımının engellenmesi halinde -ve bu varlık sahibinin emek ve başarısı dışında edinildiğinde- sorumluluğun doğabileceği belirtilmiştir<sup>48</sup>.

*Bu çerçevede faydalandırmanın reddinin incelendiği bir olayda eyleme konu varlığın kamu kaynakları ile yaratılmış olduğu veya rakiplerin benzeri bir varlığı oluşturmalarının önünde yasal sınırlamaların bulunduğu hallerin, bunun söz konusu olmadığı durumlara nazaran özellikli bir hali bulunmaktadır. Bu özellikli hal, kamu kaynaklarının kullanımı ya da yasal sınırlamaların söz konusu olduğu hallerde pazarda rekabet için zorunlu bir unsur oluşturan varlığın, bir müteşebbisin kendi emek, çalışma azmi ve ticari kararları almadaki başarısı sonucunda oluşmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu özellikli hal, 6. madde uygulamasında rakipler ile işbirliği yapılmaması eyleminin dışlayıcı karaktere sahip olması koşulunun varlığı halinde teşebbüs tarafında bir sorumluluğun doğabileceği hallerin en önemli örneğini oluşturmaktadır.*

Yapılan analizin takip eden bölümünde faydalandırmaya konu yapının pazarda rekabetin var olabilmesi için zorunluluk arz etmesinin başkaca herhangi bir inceleme yapılmaksızın, sırf faydalandırmanın reddi halinde rekabetin varlığından söz edilemeyeceğinden bahisle eylemin dışlayıcı olarak nitelendirilmesine dayanak gösterilmemesi gerektiği belirtilerek “Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın ya da Teknik Gelişmenin Kısıtlanması” ve “Geniş Bant Hizmetlerde Tekel Konumunun Korunması ve Geleceğe Taşınması” başlıkları altında eylemlerin piyasa üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir. Daha sonra ise kullandırmama eyleminin ekonomik ve ticari açıdan anlamı olup olmadığının analizi yapılmıştır. Sonuç olarak karar bir bütün olarak ele alındığında, açıkça bu metodolojiyi takip etmese de- Kurul’un i) zorunluluk (vazgeçilmezlik) ii) rekabetin ortadan kalkması iii) objektif bir gerekçenin olmaması koşullarından oluşan üç maddelik bir analiz yaptığı söylenebilecektir.

**Türk Telekom/ Tissad** kararı ise 6. madde bağlamında ihlal sayılan konulardan bir diğeri olan fiyat sıkıştırması açısından da incelenmeye değer yönleri olan bir karar olmakla birlikte, bu çalışma kapsamında yalnızca kararda yapılan zorunlu unsur değerlendirmesi ile bu değerlendirmeden kaynaklanan anlaşma yapma yükümlülüğü incelenecektir. Kararda şu açıklamaya yer verilmiştir<sup>49</sup>:

*Zorunlu unsur doktrininin uygulama esasları olarak dört koşullu sistematik bir test yapılması yerinde olacaktır. Bu koşullar;*

<sup>48</sup> Kablo TV kararı, s. 24-25.

<sup>49</sup> Türk Telekom/Tissad kararı, s. 28-29.

- Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü,
- (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesis/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkânsız olması,
- Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,
- İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması şeklinde sıralanabilir.

*Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit edebilmek için bu şartların tamamının değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki koşul zorunlu kabul edilen bir unsura ilişkin olarak zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır.*

Kararda sıralanan koşullara bakıldığında vazgeçilmezlik kriterinin ilgili unsurun kurulması ya da üretilmesi bakımından imkânsız olması gibi yüksek bir standarda bağlandığı görülmektedir. Bu standart Ulusal Dolaşım ve ÇEAŞ kararlarından farklılık göstermektedir. Bunun yanı sıra “*ilgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dâhilinde olması*” kriterinin herhangi bir objektif gerekçelendirmenin olmaması/yokluğu şeklinde de değerlendirilebileceği söylenebilir. Ne var ki, kararda belirtilen koşullar arasında alt pazardaki rekabetin sınırlandırılmasına yönelik hiçbir ifadeye rastlanmaması ÇEAŞ kararında olduğu gibi önemli bir eksikliklerdir.

**Solmaz Mercan** kararında süregelen bir arz ilişkisinin kesilmesi konu alınmaktadır. Kararda bu durumun kötüye kullanma sayılması için gerekli şartlar şu şekilde sıralanmıştır<sup>50</sup>:

- *Mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda olması,*
- *“(Mal vermeyi) reddetme” davranışının olması,*
- *Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,*
- *Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması.*

Kararda sıralanan unsurlar arasında vazgeçilmezlik ya da zorunluluk kriterine yönelik bir kıstas olmadığı görülmektedir. Kurul yaptığı değerlendirmede ilk üç unsurun sabit olduğuna hükmetmiş, rekabetin kısıtlanması hususunda ise daha tereddütlü bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre Kurul, Anadolu Cam’ın mal arzını ciddi boyutta azaltmasının ardından alternatif

<sup>50</sup> Solmaz Mercan kararı, s. 8.

bir kaynak tarafından sağlanan ürünlerin kalite bakımından endişe doğurduğunu ifade etmiş ve bu alternatif kaynağa rağmen Solmaz Mercan'ın durumdan olumsuz etkilendiğini belirtmiştir.

**CNR/NTSR** kararında sözleşme yapmanın reddine ilişkin olarak sadece “*Mal vermeyi reddetme eyleminin hâkim durumu kötüye kullanma sayılıp rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için makul bir gerekçeye dayanmaması gerekmektedir.*”<sup>51</sup> ifadesi geçmektedir. Bu haliyle hem vazgeçilmezlik hem de rekabeti kısıtlayıcı etki kriterlerine kararda yer verilmemiş olduğu değerlendirilebilecekse de vazgeçilmezlik unsurunun esasen kapsamlıca yapılan hâkim durum analizinde ele alındığını söylemek mümkündür.

Rekabet Kurulu'nun önüne gelen vakalar arasında fikri mülkiyet konusu hakların lisanslamasının reddi kapsamında değerlendirilebilecek nitelikleri bulunan en önemli vaka olan **Bilsa** kararında Kurul açıkça bu yönde bir değerlendirme yapmayı tercih etmemiştir. Söz konusu karar, Bilsa Yazılım AŞ'nin, okul yazılım hizmetleri pazarında, okullara yazılım programı hizmeti sunmak isteyen diğer teşebbüslerin, bu teşebbüslerce kullanılmak zorunda olan bilgilere erişimlerini, bu bilgileri şifrelemek suretiyle engellediği iddiasını incelemektedir.

Okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin şikâyeti üzerine yapılan soruşturma sonucunda verilen kararda Rekabet Kurulu, Bilsa'nın okul yazılım hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğuna, kendi hizmet sunduğu okullar ve bu okullarda öğrenim gören öğrenciler hakkındaki verileri, diğer teşebbüslerin erişimine açmadığına ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

İlgili şikâyette teşebbüsler, Bilsa ile aynı pazarda faaliyet gösterdiklerini, Bilsa tarafından hizmet verilen okullara kendilerinin hizmet sunmak üzere sözleşme akdetmeleri durumunda, ilgili yazılım programında kullanılması gerekli olan, öğrencilere ait verilere erişimlerinin Bilsa tarafından söz konusu verilere şifreleme uygulanması suretiyle engellendiğini, bunun sonucunda ilgili pazara girişlerinin fiilen imkansızlaştığını ve okulların okul otomasyonu alanındaki yeniliklerden yararlanamadıklarını iddia etmişlerdir.

Kurul kararda sözleşme yapmayı reddetme, zorunlu unsur ya da fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslamasından açıkça bahsetmemiş, bunun yanında, Bilsa'nın ilgili verileri daha önce temin ediyor olması ile -bu verilerin okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet için gerekli olduğu iddiası nedeniyle- “okul yazılım hizmetleri pazarı” ile üst pazar niteliğinde “okul ve öğrenci

<sup>51</sup> CNR/NTSR kararı, s. 30.

verileri pazarı” gibi iki ayrı pazarın varlığına -veya bu şekilde iki ayrı pazarın varlığının gerekliliğine- ilişkin hususlara değinmemiştir. Bununla birlikte Kurul, hâkim durumdaki firmanın rakiplerinin müşterilerine erişimi engelleyerek pazarı kapatabileceğinden ve davranışın verimlilik artışına dönük olmayıp rakiplerin faaliyetlerini ya da piyasaya girişlerini zorlaştırması halinde kötüye kullanım sayılacağından, verimlilik artışının tüketicilere nihai faydasının rekabetin engellenmesinin zararından fazla olması halinde veya başka sebeplerle bu varsayımın çürütülebileceğinden bahsetmiştir<sup>52</sup>. Bu yaklaşımla Kurul, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir eyleminin ihlal sayılabilmesi için kapama etkisinin yeterli olmayacağını, aynı zamanda tüketici refahına zarar veriliyor olması gerektiğini zımnen kabul etmiş olmaktadır<sup>53</sup>.

Kurul, Bilsa'nın okullara ait verilerin okula hizmet verecek teşebbüs veya okullar tarafından birkaç haftalık bir sürede elle de aktarılabilceği şeklindeki açıklamalarına<sup>54</sup>, bu tür bir veri aktarım yönteminin maliyetli ve zor olacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşmamış ve teşebbüsler arası veri aktarımının bilgisayar üzerinden sağlanmasının rekabetçi yapının oluşturulması için zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Karar bu yönüyle ilgili verilerin pazarda faaliyet göstermek için vazgeçilemez bir unsur olduğunu kabul etmiştir. Okul ve öğrencilere ilişkin verilere Bilsa'nın şifrelemeyi kaldırması yoluyla (iş bu çalışma kapsamında) erişimin daha az maliyetli ve daha kolay olması nedeniyle zorunlu olduğunun kabulü, kanaatimizce, Microsoft kararı ile Komisyon tarafından oluşturulan ve daha sonra İDM tarafından da kabul gören *ekonomik zorunluluk* çerçevesi ile aynı doğrultudadır. Fakat Karar'da ekonomik zorunluluğun hangi nedenlerle gerekli olduğuna ilişkin net bir değerlendirme yapılmamıştır.

Karara konu vakanın fikri mülkiyet hukuku ile kesişmesi, Bilsa'nın oluşturulan veri tabanının fikri mülkiyet konusu olduğu ve -karar tarihinde yürürlükteki haliyle- 5101 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nca (FSEK) eser olarak telakki edilen veri tabanı üzerindeki tasarruf hakkının Bilsa'da olduğu şeklindeki savunmasına ilişkin değerlendirme ile gerçekleşmektedir. Savunmanın değerlendirilmesinde Kurul, FSEK'nin ek 8. maddesi ile getirilen ve Bilsa'ya tanındığı iddia edilen tasarruf hakkının kapsamının yazılımın kaynak kodlarını koruma amaçlı şifrelemenin ötesine geçmediğini ve -aynı Kanun'un 11. maddesi ile getirilen tasarruf hakkının veri tabanının içinde bulunan veri ve materyal için genişletilemeyeceği hükmünden

<sup>52</sup> Bilsa kararı, s. 8.

<sup>53</sup> Fakat Kurul hangi durumlarda tüketici zararının ortaya çıkabileceğine ilişkin bir açıklama yapmamaktadır.

<sup>54</sup> Bilsa kararı, s. 9. Söz konusu yaklaşım Kurul tarafından kararın savunmalar kısmında değerlendirilmemiş olup, Kanun'un 6. maddesine ilişkin kısımda değerlendirilmiştir.

de anlaşılacağı üzere- eser olarak kabul edilemeyecek olan verilerin FSEK kapsamına korumadan/münhasırlıktan yararlanamayacağını ifade ederek yerinde bulunmamıştır.

Bilsa kararında Kurul öncelikle FSEK ile kapsamı zaten net bir şekilde belirlendiği düşünülen koruma hakkına ilişkin -ve aslında kanun hükmünün de açıkça belirlediği- sınırın doğru olduğunu teyit etmektedir. Fakat, FSEK'nin 11. maddesi hükmünün mevcut olmaması -diğer bir ifadeyle FSEK'nin ek 8. maddesi ile fikri hak sahibine tanınan tasarruf hakkının veri tabanının içinde bulunan *verileri de* kapsadığının kabulü- halinde Kurul tarafından, münhasırlığın geniş tanımlandığına ve rekabet hukukunca müdahaleye tabi olunacağına dair herhangi bir değerlendirme mevcut değildir.

Dolayısıyla karar, fikri mülkiyet hakkı konusu varlığın zorunlu lisanslanmasının gerektiği hallerden net olarak bahsetmediği gibi, verilerin FSEK kapsamında korunmadığını ve dolayısıyla vakanın fikri mülkiyet hakkı kapsamının olması gerekenden geniş tanımlandığını da açıkça ifade etmemektedir. Fikri mülkiyete konu olmayan okul verilerinin rakip teşebbüslerin programlarına aktarımının reddedilmesi halinin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olacak şartları da net bir şekilde saymayan Kurul, sadece hâkim durumda bulunan Bilsa'nın okul verilerini vermeyerek okul yazılı piyasasında rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğu bahsetmekte, sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinde doktrinde ve AB kararlarında zikredilen, ilgili unsurun alt pazarda rekabet için gerekli olması, ret eylemi sonucunda rakibin dışlanarak rekabetin ortadan kalkması gibi birtakım kriterlerden bahsetmemekte, aslında verilerin aktarımının alternatif -fakat daha maliyetli- yollarının bulunduğu kabul ederek sadece rakiplerin faaliyetlerin zorlaştırılmasını, ret eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için yeterli görmektedir. Karar'da iki Kurul Üyesi, eylem sonucunda piyasa dışına çıkan herhangi bir aktör olmamasını, karar sonucu verilecek cezanın takdirine katılmadıklarını (takdir edilen idari para cezasının daha düşük olması gerektiğini) ifade ettikleri karşı oy yazılarında zikretmektedirler. Fakat karar, eylemin ihlal olarak kabul edilmesi bakımından oy birliği ile alınmıştır. Dolayısıyla Kurul'un herhangi bir ret eyleminin ihlal olarak sayılabilmesi için, rakiplerin pazar dışına itilmesi şeklinde bir kriteri dikkate almadığı söylenebilir.

Türkiye uygulamasına ilişkin kararlar incelendiğinde, vakaların açık bir sınıflandırmaya tabi tutulmadıkları, kararların bir kısmında zorunlu unsur doktrininden bahsedildiği, bir kısmında ise sözleşme yapmanın reddi kavramı bağlamında ilgili hiçbir kavrama yer verilmediği görülmektedir. Bize göre ilgili davaların sözleşme yapmanın reddi disiplini içinde değerlendirildikleri hususu kararlarda açıkça yer almalı ve hukuki belirlilik açısından bu temel

oluşturulmalıdır. Kararlar, ihlalin varlığı için gerekli koşullar açısından bir tutarlılık olup olmadığı açısından değerlendirildiğinde de benzeri şekilde bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Bazı kararlarda rekabetin ortadan kalkması, bazılarında ise zorunluluk kriterlerine yapılan değerlendirmelerde yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Son olarak, belirlenen koşullarla ilgili gözetilen standartlar ele alınmalıdır. Bu kapsamda zorunluluk kriterinin bazı kararlarda diğerlerine nazaran daha yüksek bir standarda tabi tutulduğu görülmekle beraber bu durumun esasen dosya konusu eylemin kendine has özellikleriyle ilgili olabileceği düşünülmektedir.

## 2.2. AB Hukukunda Zorunlu Lisanslama Kararları

Fikri mülkiyet konusu bir hakkın lisanslanmasına ilişkin ilk kararlardan olan *Volvo Kararında* Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), kendisine yöneltilen “kendi otomobil modelleri için yedek parçalara ilişkin münhasır tasarım hakkını (fikri mülkiyet hakkını) elinde bulunduran otomobil üreticileri, bu hakları bağımsız tamir servislerine lisanslamayı reddederek kendi markalarına ilişkin otomobil tamir pazarını kendilerine ayırabilirler mi” sorusunu cevaplamıştır. Mahkeme öncelikle 1982 tarihli bir kararına atıf yaparak<sup>55</sup>, tasarım ve modellerin korunmasına ilişkin usul ve esasların, Birlik standardizasyonu veya uyumlaştırması mevcut bulunmadığı için, milli hukuk meselesi olduğunu ifade etmiş, fikri hak sahibinin diğerlerini bu hakkı kullanmaktan dışlamasının fikri mülkiyet hakkının temeli olduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi<sup>56</sup> halinin 86. madde uyarınca yasaklanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda mahkemenin Volvo'nun fikri mülkiyet ile korunan münhasır hakkına bağımlı bir “ardıl” pazarda<sup>57</sup> Volvo marka otomobillere servis hizmeti veren bağımsız bakım firmaları da dahil olmak üzere kendi bakım servisinin dışındaki taraflara da arza devam etmek gibi bir yükümlülüğü olduğunu belirtmesi önemlidir<sup>58</sup>. Bu karar ile ATAD, fikri mülkiyet hakkının münhasır kullanımını meşrulaştırmakta, bu kullanımının 86. maddeye aykırılık teşkil ettiği durumlarda ise yasaklanabileceğini açıkça belirtmektedir<sup>59</sup>.

Sözleşme yapmayı reddetme eylemi ile fikri mülkiyet haklarının kesişimine ilişkin en bilinen karar olan *Magill Kararında*, üç TV yayıncısının (RTE, ITV, BBC) yayın akış bilgilerini kullanarak, bu üç televizyonun program

<sup>55</sup> Case 144/81, Keurkoop v Nancy Kean Gifts [1982] ECR 2853.

<sup>56</sup> Mahkeme bu hal ile birlikte, fikri hak kullanımının yasaklanabileceği iki ayrı hal daha zikretmektedir (para. 9).

<sup>57</sup> Bu vakada Volvo araçları için bakım pazarı

<sup>58</sup> Anderman 2004, s. 10.

<sup>59</sup> ATAD'ın benzer yündeki bir diğer kararı için bkz. Cicra and Maxicar v. Renault [1988] ECR 6039.



yayın bilgilerini içeren, yeni ve kapsamlı bir yayın akış rehberi hazırlamak isteyen dergi yayıncısı Magill'in bu girişimi karşısında, TV yayıncılarının milli telif yasalarını gerekçe göstererek TV yayın akış bilgilerini vermeyi reddetmeleri konu alınmıştır. Ret eylemi sonucunda Komisyon TV yayıncılarından ilgili eylemi sona erdirmelerini istemiş, İDM'nin Komisyon'un kararını onaması üzerine de TV yayıncıları ATAD'a başvurmuşlardır.

ATAD kararında fikri mülkiyet hakkının varlığının ve bu hakkın tanıdığı dışlama yetkisinin, olağandışı durumlar haricinde başlı başına hâkim durumun kötüye kullanması olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş, istisnai halleri ise, Magill'in yayınlamayı planladığı haftalık TV dergisinin mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin/alternatifinin olmaması; TV yayın bilgilerinin bu derginin çıkarılması için vazgeçilemez hammadde niteliğinde olması; yayıncıların ret eylemi ile ikincil pazar olan haftalık TV rehberi pazarını kendilerine münhasır kılarak bu pazarda rekabeti ortadan kaldırmış olmaları, ret eyleminin objektif bir gerekçesinin bulunmaması ve böylelikle kendisine mevcut ya da potansiyel talep olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi şeklinde sıralamıştır. Karar bazı yorumlarca telif hakkı sahiplerinin bu haklarını lisanslamak zorunda bırakılarak daha önceki içtihattan bir sapma olarak yorumlanmıştır<sup>60</sup>.

Fransa'da yapılan at yarışlarını organize eden ve bu yarışların yayın haklarını Almanya ve Avusturya'ya pazarlayan Societes de Courses'un, bahis şirketi Tierce Ladbroke'un, bu yarışların yayınlarının Belçika'da da gösterilmek üzere yayın hakkının verilmesi talebini reddetmesi üzerine verilen Komisyon Kararı'nın (*Tierce Ladbroke*) temyiz incelemesinde İDM, Ladbroke'un talebinin reddini ihlal olarak kabul etmemiştir. Karar iki yönüyle önem taşımaktadır. Öncelikle, İDM, Ladbroke'un faaliyet gösterdiği Belçika at yarışları bahis pazarında Societes de Courses faaliyet göstermediği için, teşebbüsün fikri mülkiyet haklarını bu pazarda kötüye kullanılması halinin yokluğu nedeniyle, ret eyleminin Belçika bahis pazarında rekabeti engellemeyeceğini, bunun yanında Ladbroke'un bu eyleminin yeni bir ürünün ortaya çıkışını engellediğini, ya da lisansı verilmeyen yayın haklarının bahis pazarı için vazgeçilmez olduğunu ispat edemediğini belirtmiştir<sup>61</sup>. Gürzumar, İDM'nin bu yaklaşımı ile "*talep muhatabı teşebbüs ile talep sahibi teşebbüs arasında talep konusu unsur kullanılmak suretiyle mal veya hizmet üretilecek, satılacak veya sunulacak olan pazarda rekabet ilişkisi bulunmasının, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunun*

<sup>60</sup> TREACY, P. (1998), "Essential Facilities- Is the Tide Turning?", *European Competition Law Review*, 8, s. 503.

<sup>61</sup> Tierce Ladbroke kararı, para. 130.

*doğması için olmazsa olmaz bir koşul teşkil ettiğini açıkça belirtmiş”* olduğunu ifade etmektedir<sup>62</sup>.

Kararın ikinci önemli yönü, Magill Kararı ile belirlenmiş bulunan ve bir ret eyleminin 82. madde kapsamında ihlal olarak kabul edilebilmesi için gerekli bulunan koşullardan, arzı (ya da lisanslanması) reddedilen ürünün alt pazar için zorunlu olması şartı ile, ret sonucunda alt pazarda, kendisine belirli, daimi ve sürekli bir talep olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi koşullarını beraber aramamasıdır<sup>63</sup>. Karara göre bu iki koşuldan birisini varlığı halinde, diğer koşulların da mevcut bulunması koşulu ile, ret eylemi ihlal olarak kabul edilebilecektir.

Almanya’da ilaç ve medikal ürün satışlarına ilişkin verileri toplayan ve derleyen IMS ve NDC firmaları arasındaki anlaşmazlığa ilişkin vaka hakkında alınan *IMS Kararında*<sup>64</sup> ATAD, Magill kararında kullandığı kriterleri kullanmış -ve ihlal tespiti için bu kriterlerin tamamının birlikte var olması gerektiğini belirtmiş- olmakla birlikte, değişik açılardan bu kriterlerden sapmıştır. Gerekli şartlara değinmeden önce ATAD’ın Magill kararından “böylesi olağan dışı koşulların mevcut olduğu bir dava” olarak bahsetmesi ve kararın 38. paragrafında açık bir dille “içtihat hukukundan anlaşıldığı kadarıyla ihlal niteliği taşıyan bir lisanslamanın reddine işaret edebilmek için üç Magill kriterinin karşılanması yeterlidir” ifadesini kullanarak bu üç koşulun gerekli olduğunu ifade etmekten kaçındığı hususlarının da altının çizilmesi gereklidir<sup>65</sup>.

IMS kararında ATAD, telif hakkı sahibi bir teşebbüsün, belirli bir işin yapılması için zorunlu/vazgeçilmez olan mal ya da hizmete erişimi engellemesinin ihlal olarak kabul edilebilmesi için gereken üç kümülatif şartı<sup>66</sup>

<sup>62</sup> GÜRZUMAR, O. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrininine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 197.

<sup>63</sup> Tierce Ladbroke kararı, para. 131.

<sup>64</sup> ATAD kararında, Alman mahkemesinin Ön Karar talebine binaen, Almanya’da ilaç ve medikal ürün satışlarına ilişkin olarak IMS tarafından tasarlanmış ve telif konusu olan 1860 yapı taşı oluşumu adlı veri tabanına erişimin NDC’ye (ve AzyX Geopharma’ya) açılmamasının (telif hakkının lisanslanmamasının) 82. maddeyi ihlal edip etmediği hususunu değerlendirmiştir.

<sup>65</sup> Bu konuda daha kapsamlı bir tartışma için bkz. ANDERMAN, S. (2004), “Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, *The Competition Law Review*, Volume 1 Issue 2, s. 13.

<sup>66</sup> ATAD böylece, Magill ve Bronner kararlarında zikredilen şartlar kümülatif mi olmalı (tüm şartlar beraber mi gerçekleşmeli) tartışmalarını sonlandırmıştır. Anderman’a göre ise, IMS kararında uygulanan kriterlerin kümülatif olup olmadığı hususu ile, objektif gerekçelerin tam olarak ne olduğu gibi kimi bazı alanlar net değildir (Anderman 2004, s. 13). Bunun yanında, ATAD eylemin ihlal olarak nitelendirilebilmesi için gerekli gördüğünü belirttiği bu kriterlerin vakada mevcut olup olmadığının tespitini Alman mahkemesine bıraktığını da kararında belirtmektedir.

i) eylemin potansiyel talebi olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemesi, ii) objektif gerekçesinin bulunmaması ve iii) alt pazarda rekabeti engellemesi olarak sıralamıştır<sup>67</sup>.

Magill kararında kullanılan kriterlerden sapmalar ise şu hususlarda olmuştur; öncelikle, NDC lisansını talep ettiği 1860 yapı taşı oluşumunu kullanarak yeni bir ürün ortaya koyacak değildir. Bununla birlikte, ATAD, ilgili telif hakkının lisansını elde edecek teşebbüsün (NDC'nin), ikincil pazarda halihazırda telif sahibi teşebbüs (IMS) tarafından sunulan ürünün aynısını üretmeyi değil, pazarda telif sahibi tarafından sunulmayan ve potansiyel müşteri talebi bulunan bir ürün üretmeye *niyetli* olması halinde yeni ürün şartının gerçekleşeceğini kabul etmektedir<sup>68</sup>. Yeni ürün şartında ortaya konan bu yumuşama eleştirilmektedir. Drexl, Magill kararından farklı olarak, IMS vakasında 1860 yapı taşı oluşumu kullanılarak oluşturulacak bölgesel satış raporlarının tüketicilerinin/müşterilerinin; bu veri tabanı oluşumuna kendileri de katkıda buldukları ve endüstri standardı haline gelmiş<sup>69</sup> bu ürüne halihazırda kilitlendikleri için yeni bir ürün talebinin söz konusu olmadığını, lisans alınması halinde aynı yapı taşı oluşumunu kullanan daha fazla sayıda firmanın pazarda faaliyet göstermesine ve fiyat üzerinden rekabet etmelerine olanak sağlanacağını ifade etmektedir<sup>70</sup>. Karar ayrıca, istisnai durumların tespiti için gerekli olan *yeni ürün* kriterinin muğlâklığı<sup>71</sup>, daha doğru bir ifadeyle lisanslanmasını talep edilen ürünün kullanılacağı noktaya kadar (lisanslanacak ürünün gerekli olduğu kısım ile o kısmın oluşturulmasına bağlı olan kısımlar hariç) olan aşamaların üretilip üretilmediği hususunun belirsizliği nedeniyle de eleştiri konusu olmuştur<sup>72</sup>.

Magill kararında kullanılan kriterlerden ikinci sapma ise lisansı verilmeyen ürüne ait ayrı bir pazarın ve bu ürünün girdi olarak kullanılacağı ayrı bir ikincil (alt) pazarın mevcut olup olmama meselesi ile ilgilidir. ATAD bu meseleye de, lisansa konu ürünün belirli bir işin yapılması için vazgeçilmez

<sup>67</sup> IMS kararı, para. 38. ve para. 52. Mahkeme, 52. paragrafta kriterleri daha net bir şekilde açıklamakta ve rekabetin engellenmesi şartını, eylem sonucunda alt pazarda rekabetin sadece fikri hak sahibine münhasır kılınması ve (dolayısıyla) alt pazarda tüm rekabetin ortadan kalkması olarak ifade etmektedir.

<sup>68</sup> IMS kararı, para. 48-51.

<sup>69</sup> ATAD, 1860 yapı taşı oluşumunun bir endüstri standardı haline geldiğinin Komisyon tarafından zikredildiğini söylemekle birlikte (para. 12), endüstri standardı haline gelmesinin o ürünün vazgeçilmezliğine bir etkisinin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmamaktadır.

<sup>70</sup> DREXL, J. (2004), "Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases", *IIC*, 2004, 7, s. 788 vd., GÜRZUMAR 2006, s. 212-213 içinde.

<sup>71</sup> Hovenkamp vd. 2005, s. 45-65.

<sup>72</sup> Anderman 2004, s. 13.

olması ve o işi yapacak teşebbüsler tarafından bu ürüne bir talebin varlığı halinde potansiyel ve hatta hipotetik pazar tanımlaması yapılabileceğini belirtmiştir. Bu yaklaşım da belirsizlik yaratması ve lisans almak isteyenlere lisansı verilmeyen ürün ile bağlantılı olabilecek geniş bir alan bırakması nedeniyle eleştirilirken<sup>73</sup>, bazı yazarlarca, şebeke endüstrilerinin serbestleştirilmesi sürecinde, şebekelere bağımlı birtakım hizmetlerin ilk defa pazara sunulacağı durumlar için yerinde bulunmaktadır<sup>74</sup>.

Sonuç olarak, AB uygulamasında kararlar arasında açıkça bir bağ kurularak sözleşme yapılmasının reddedilmesi çatısı altında bir devamlılık sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Sınıflandırma ve incelemede kullanılan kriterler bakımından bir belirliliğin oluşmakta olduğu söylenebilecekse de AB uygulaması da kriterlerin tabi tutulduğu standartlar bakımından tam anlamıyla bir istikrar olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim bir sonraki bölümde incelenen Microsoft kararı bu açıdan öne çıkmaktadır.

### **3. MICROSOFT KARARI VE KARARIN AT ANTLAŞMASI'NIN 82. MADDESİNİN TEŞEBBÜSLERİN HÂKİM DURUMLARINI DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMALARINDA KOMİSYON'UN UYGULAMA ÖNCELİKLERİ HAKKINDA KILAVUZ'A YANSIMALARI**

#### **3.1. Microsoft Kararı**

AB Komisyonu 24.3.2004 tarihinde aldığı kararla Microsoft'un çalışma grubu sunucu işletim sistemlerine ilişkin bazı arayüz bilgilerini rakibi Sun Microsystems'a lisanslamayı reddettiği gerekçesiyle kullanıcı PC işletim sistemleri pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. Yayınlanışından itibaren ciddi tartışmalara yol açan karar İDM tarafından 17 Eylül 2007'de onanmıştır. Mahkemenin kararı "Komisyonun hâkim durumdaki firmaların dışlayıcı davranışlarına yönelik tutumu için yüksek profilli

<sup>73</sup> Hovenkamp vd. 2005, s. 45-65.

<sup>74</sup> SCHWEITZER, H. (2007), "Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead? The Transatlantic Search for a New Approach", *EUI Working Papers*, 2007/31, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1093243](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1093243), Erişim Tarihi: 26.02.2010, s. 14. Schweitzer, IMS kararı ile getirilen yeni ürün yaklaşımını şebeke endüstrileri için yerinde bulmakla birlikte, hakim durumdaki teşebbüsün daha önce verirken/lisanslarken, verdiği/lisansladığı ürünlerin kullanılacağı ikincil bir pazar oluştuğu için ve o ikincil pazarda güç kazanmak üzere mal vermeyi/lisanslamayı kesmesi halinde "hipotetik" pazar yaklaşımını kullanmasının, rekabet hukukunda uzun vadede rekabetçi düzeni korumak yerine düzenleyicilik yapmak arzusuna yol açacağını savunmaktadır (s. 15).

bir zafer”<sup>75</sup> olarak nitelenmekte, bazı yorumculara göre ise “hazırlanması üç yıldan fazla süren, zengin ancak tüketildiğinde tatmin edici olmaktan uzak hukuki bir yemek”<sup>76</sup> olmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir.

Kararlara konu olan şikâyet, Komisyon’a 1998 yılı Aralık ayında intikal etmiştir. Sun Microsystems, çalışma grubu sunucu işletim sistemi adı verilen bazı yazılım ürünleri için gerekli bilgileri kendine saklayarak Microsoft’un hâkim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir<sup>77</sup>. Fikri mülkiyet hakları ile korunan bir varlığın lisanslanmasının reddiyle ilgili olan davanın kararı açıklanmadan önce geçen dönemde bilhassa Magill ve IMS kararlarıyla oluşan içtihadın bir kez daha teyit edilerek fikri mülkiyet haklarının varlığı halinde sözleşme yapmayı reddetme vakalarının değerlendirilmesi bakımından standartların oluşması için Komisyon ve Mahkemelerin net bir tavır alması beklentisi yaygınlaşmıştır. Ancak ortaya çıkan karar metinleri bazı açılardan gerekli hukuki testleri oluşturamadıkları, bazı açılardan ise iktisadi bakımdan doğru olmayan eğilimlere yol açtıkları gerekçesiyle eleştiri konusu olmuşlardır.

ATAD tarafından Magill davasında oluşturulan ve Komisyon’un Microsoft kararında uygulaması beklenen hukuki test, fikri mülkiyet hakkı ile korunan bir unsurun kullanımı için lisans verilmesinin reddinin “olağan dışı koşulların” varlığı halinde 82. maddeyi ihlal edebileceğini kabul etmekte ve bu olağan dışı koşulları reddetme eyleminin lisans talep eden teşebbüsün potansiyel tüketici talebi bulunan yeni bir ürünü arz etmesine engel olması, bu sebeple hâkim teşebbüsün alt piyasada kendine fiili bir tekel ayırması ve reddetme eyleminin objektif bir gerekçelendirilmesinin olmaması olarak sıralamaktadır. Ancak Komisyon kararında sözleşme yapmanın reddini değerlendirirken göz önüne alması gerekebilecek istisnai diğer durumları ihmal etmesine sebep olacak tahdidi bir listenin varlığını savunan bir yaklaşım eğilimini açıkça reddetmiş<sup>78</sup> ve verili olayı çevreleyen koşulların tamamını inceleyerek kararını böyle kapsamlı bir değerlendirmenin sonuçlarına dayandırması gerektiğini ifade etmiştir<sup>79</sup>.

Bir bakıma bu kimsenin itiraz edemeyeceği bir değerlendirmedir-Komisyon vakasının bütün koşullarını dikkate almalı ve kararını böylesi kapsamlı

<sup>75</sup> ANDREANGELLI, A. (2009), “Interoperability as an ‘Essential Facility’ in the Microsoft Case-Encouraging Competition or Stifling Innovation”, *European Law Review* 34(4), s. 584-611.

<sup>76</sup> EAGLES, I. ve L. LONGDIN (2008), “Microsoft’s Refusal to Disclose Software Interoperability Information and The Court of First Instance”, *European Intellectual Property Review*, 30(5), s. 205-208.

<sup>77</sup> LEVEQUE, F. (2005), “Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case”, *World Competition*, Vol. 28, s.72.

<sup>78</sup> Microsoft, Komisyon kararı, para. 555.

<sup>79</sup> Microsoft, Komisyon kararı, para. 558.

bir analize dayanarak almalıdır. Ancak bu yaklaşım bazı yazarlarca aynı zamanda hâkim durumdaki firmaların eylemlerini değerlendirmelerini sağlayacak ve haklarını lisanslamak durumunda olup olmadıklarına karar vermelerine olanak tanıyacak bir test ortaya koymaması sebebiyle sıkıntı verici bulunmaktadır<sup>80</sup>.

Komisyon kararında vakaya ilişkin koşulların tamamını değerlendireceğini belirtmekle beraber organize olmayan bir şekilde de olsa<sup>81</sup> Magill kriterlerini tek tek ele almıştır. Ancak kriterlerin varlığına ya da yokluğuna ilişkin tespitlerde kullanılan standartlar ciddi eleştirilere konu olmuştur. En temel eleştiri noktalarından biri “yeni ürün” kriterinin yeterince incelenmemesi olarak öne çıkmaktadır<sup>82</sup>. Magill kararında hâkim firmanın reddetme eylemi ile üretimi imkânsız hale gelen yeni ürünü (bütün TV kanallarının programlarından oluşan haftalık TV rehberi) ortaya koymak mümkün iken Komisyon bu kez kararında Microsoft’un birlikte işlerlik bilgisini açmayı reddetmesinin rakiplerin henüz kesinleşmemiş gelecek yeni ürünleri geliştirmesini engelleyeceğini belirtmekle yetinmiştir<sup>83</sup>. Mahkeme Komisyon’un bu tavrını kabul ederken, lisanslamanın reddinin ihlal sayılması için gerekli şartların yalnızca Magill ve IMS kararlarında sayılanlardan oluşmadığına, lisanslamanın reddinin -yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemesinden ayrı olarak- teknik gelişmeyi sınırlandırması halinde de ihlal olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir<sup>84</sup>.

Komisyon’un rekabetin ortadan kalkmasına yönelik olarak yaklaşımı ise bu bağlamda bir riskin bulunup bulunmadığını değerlendirmek şeklinde olmuştur. Ancak daha önceki kararlarda reddetme eyleminin rekabeti tamamen ortadan kaldırma ihtimali analize konu edilmiştir. Bu değerlendirme<sup>85</sup> Mahkeme tarafından da, rekabetin ortadan kalkması riski ve rekabeti bertaraf etmenin farklı olmadığı, ortada rekabet kalmadığında 82. maddeyi uygulama imkânının kalmayacağı, Komisyon’un pazardan rakiplerin çıkmasını beklemesinin 82. maddenin amacına<sup>86</sup> aykırı olacağı, aynı zamanda rakiplerin pazarın belirli kesimlerinde marjinal varlık göstermelerinin rekabetin varlığını göstermeyeceği

<sup>80</sup> KILLICK, J. (2004), “IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS”, *The Competition Law Review*, Volume 1 Issue 2, s. 36.

<sup>81</sup> GERADIN, D. (2005), “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can EU Learn from the US Supreme Court’s Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?”, *Common Market Law Review*, December 2005, s. 17.

<sup>82</sup> Geradin 2005, s.16.

<sup>83</sup> Geradin 2005, s.17.

<sup>84</sup> Microsoft, İDM kararı, para. 665.

<sup>85</sup> Reddetme eyleminin ikincil bir pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırması kriterine ilişkin değerlendirme.

<sup>86</sup> Ortak pazarda rekabeti muhafaza etmek; özellikle ilgili pazarda mevcut olan rekabeti korumak

şeklinde bir yaklaşımla kabul görmüştür<sup>87</sup>. Bu kabul Kyølbye'ye göre ürünün vazgeçilmez olması halinde, ret eyleminin pazarda rekabeti doğrudan (başka bir şart aramaksızın) bertaraf etmesi anlamına gelmesine yol açacaktır<sup>88</sup>. Aradaki fark sözcük seçiminden ibaret görünebilecek olsa da ciddidir. Magill'de ret teşebbüsün dergisinin ikinci sayısının çıkmasına engel olmuş, bir başka deyişle haftalık yayın bir sayıdan sonra ölmüştür. IMS kararında verilen tedbir kararı NDC'nin tüketicilerin istediği formatta veri sunmasına mani olmuştur. Buna karşılık Microsoft kararında böyle ani bir etki söz konusu değildir. Reddetme eyleminden sonra Linux pazara girmiş ve pazar payını önemli derecede arttırmıştır<sup>89</sup>. Bu veriler, Microsoft kararında Magill'de önerilen ve IMS'te tekrarlanan testten daha gevşek bir test uygulandığını göstermektedir<sup>90</sup>.

Olağandışı koşullar testinin üçüncü aşaması objektif gerekçelendirilmez. Magill davasında ATAD (yalnızca) fikri mülkiyet hakkı sahibi olmanın ikincil piyasalarda lisanslamayı ret eylemi için objektif bir gerekçe ya da bağımsızlık sağlamadığını ifade etmiştir<sup>91</sup>. ABD'de de Windows 98 ile ilgili lisanslama uygulamaları için benzeri bir argüman geliştirilmiş ancak Federal Bölge Mahkemesi bu savunmayı ağır bir dille "ciddiyetsizliğin sınırında" şeklinde nitelemiş ve fikri mülkiyet haklarının antitröst yasalarını çiğneme gibi bir ayrıcalık tanımadığını belirtmiştir<sup>92</sup>. Mahkemenin fikri mülkiyet haklarının bir firmayı antitröst sorumluluğundan muaf tuttuğu iddiasının beysbol sopası gibi kişisel bir mülkün darp sorumluluğuna yol açamayacağı önermesinden daha doğru olmadığı şeklindeki renkli değerlendirmesi de dikkat çekicidir<sup>93</sup>. Mevcut davada ise Microsoft lisans vermeyişini iki sebeple gerekçelendirmiştir. Microsoft ilk olarak lisanslamamanın kendi yenilik güdülerini azaltacağını, ikinci olarak da Sun firmasına arayüz bilgisi sağlamanın Windows işletim sistemi ailesindeki yeni özellikleri klonlamayı rakipleri için göreceli olarak kolaylaştıracağını iddia etmiştir<sup>94</sup>. Buna karşılık Komisyon bir dengeleme testi geliştirerek (zorunlu lisansın) Microsoft'un yenilik güdüsü üzerindeki muhtemel olumsuz etkisinin tüm endüstrinin (Microsoft da dâhil olmak üzere) yenilik düzeyi üzerindeki muhtemel olumlu etkiden daha ağır basmadığına, bu sebeple de Microsoft'un yenilik güdüsünü koruma ihtiyacının tarif edilen olağandışı koşulları bertaraf

<sup>87</sup> Microsoft, İDM kararı, para. 561.

<sup>88</sup> Kyølbye 2009, s. 175.

<sup>89</sup> Killick 2004, s. 40.

<sup>90</sup> Killick 2004, s. 40.

<sup>91</sup> Magill, para 55.

<sup>92</sup> United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) 62-63.

<sup>93</sup> SHELANSKI, H.A. (2009), "Unilateral Refusals To Deal in Intellectual and Other Property", *Antitrust Law Journal*, Volume 76, Issue:2, s. 379.

<sup>94</sup> Microsoft, İDM kararı, para 709-713.

etmeye yetmeyeceğine hükmetmiştir<sup>95</sup>. Bu durum bilişim sektöründe teknik ilerlemenin en iyi şekilde bir yerine birçok firma tarafından sağlanabileceğine ilişkin görüşün bir kabulü olarak görülebilir<sup>96</sup>. Diğer taraftan bu analiz biçimi hukuki belirliliği önemli derecede azalttığı ve fikri mülkiyet sisteminde zaten içkin olan *kısa ve uzun vadeli yenilik güdüsü dengelenmesi* çabasını ihmal ettiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>97</sup>. Bize göre de fikri mülkiyet haklarının varlığı tek başına bir objektif gerekçe sayılarak rekabet kurallarından muafiyet sağlamamalıdır. Killick tarafından ortaya konan hukuki belirlilik endişesi makul olmakla beraber lisansa konu hakkın endüstri üzerindeki etkisinin olaydan olaya değişebileceği<sup>98</sup> göz önüne alındığında mutlak bir hukuki belirliliğin doğası gereği bu tip bir vakada söz konusu olamayacağı düşünülmektedir.

Magill testinde açıkça belirtilmemiş olmakla beraber herhangi bir sözleşme yapmanın reddedilmesi vakasının temel unsurlarından biri sözleşmeye konu mal ya da hizmetin vazgeçilmez olup olmadığının tespit edilmesidir. Öyle ki, vazgeçilmezlik kriteri pek çok çalışmada dört kriter testinin bir parçası olarak sayılmaktadır. Bronner ve IMS vakalarında Mahkeme, bir ürün ya da hizmetin, ancak lisansı talep eden rakipler için uygun başka bir alternatif olmaması halinde vazgeçilmez kabul edilebileceğini açıklamıştır. Ayrıca Bronner kararında belirleyici olanın aynı kaliteyi ya da fiyatı sağlamadan bağımsız olarak rakip yaşayabildiği sürece alternatif seçeneklerin varlığı olduğu da net bir şekilde ortaya konmuştur<sup>99</sup>.

Komisyon kararının temyizine ilişkin davada, Microsoft rakiplerin bir Windows kullanıcı PC'si ya da bir sunucu işletim sistemi ile yasal olarak iletişim kurabilecekleri beş yol olduğuna işaret ederek birlikte işlerlik yollarını vurgulamıştır<sup>100</sup>. Ancak İDM tarafından bu itiraz geri çevrilmiştir. İDM'ye göre belirleyici olan birlikte işlerliğin derecesidir. Microsoft ürünleri fiili olarak standart haline geldiği için, diğer rakiplerin işletim sistemlerinin Microsoft ürünleri ile aynı işlerliği kazanması gereklidir. Dolayısıyla, Mahkeme Komisyon'un belirli bir seviye birlikte işlerliğin halihazırda mevcut olduğu ancak bu seviyenin rakiplerin piyasada canlı bir şekilde kalmalarına imkan

<sup>95</sup> Microsoft, İDM kararı, para 763.

<sup>96</sup> Anderman 2004, s. 20.

<sup>97</sup> Killick 2005, s. 44.

<sup>98</sup> Bu noktada hakkın yanı sıra hak sahibi teşebbüsün de endüstri içindeki yeri önem kazanabilir. Nitekim söz konusu Microsoft vakasında teşebbüsün süper hâkim durum diye tabir edilen bir durumda olmasının karar açısından belirleyici olduğunun düşünen yorumcular vardır.

<sup>99</sup> Schmidt vd. (2008), s. 11,12.

<sup>100</sup> Bu metotların işe yaradığına örnek olarak da Linux gösterilmiş, Linux'un arayüz bilgisine ulaşımı olmamasına rağmen iş grubu sunucu işletim sistemi pazarında artan bir pazar payı olduğu aktarılmıştır.



vermediği tespitine katılmaktadır<sup>101</sup>. Komisyon ve Mahkeme'nin Microsoft kararlarında uyguladıkları vazgeçilmezlik standardının Bronner ve IMS kararlarına göre düşük olduğunu söylemek mümkündür. Bu kararlara göre alternatif çözümler rakipleri Windows ürünleriyle eşit duruma getirecek kadar gelir yaratmadığı sürece bu seçenekler talep edilen arayüz bilgisine uygun bir alternatif oluşturmuyor kabul edileceklerdir<sup>102</sup>. Böylelikle, Microsoft öncesi vakalarda objektif ve teknik olarak vazgeçilemezlik şeklinde ifade bulan zorunluluk kriteri, "ekonomik olarak" vazgeçilmezliği de kapsayacak şekilde genişlemiş olmaktadır<sup>103</sup>.

İDM tarafından verilen kararlar ilgili temel bir eleştiri mahkemenin Commercial Solvents ile mevcut vaka arasındaki benzerlikten fazlasıyla etkilenmiş olduğudur<sup>104</sup>. Bu çerçevede belirleyici olan nokta iki olayda da davalının uzun süreli müşterileri için zorunlu olduğu düşünülen bir girdinin devam etmekte olan arzını durdurmuş olmasıdır. Ancak bu yaklaşım esasen ham madde arzının kesintiye uğraması durumları için geliştirilmiş bir standardın ileri teknoloji içeren piyasalar için uygun bir çözüm olmadığı gerekçesiyle tartışılmaktadır<sup>105</sup>. Bu noktada kanaatimizce var olan durum yalnızca bir öncelik meselesidir; mevcut bir arz anlaşmasının yeni bir sözleşme yapma talebinin reddine göre ihlal olarak değerlendirilebilmesi daha kolay olacaktır<sup>106</sup>. Bu durumun temel sebebi ise ihlal için sayılan kriterlerden objektif gerekçelendirilmenin devam etmekte olan bir arz ilişkisi için daha zor yapılmasıdır. Hâkim durumdaki firmanın bir başka tarafa arza devam ederken üçüncü bir tarafa arzı kesmesi halinde, iki alıcıyla yapılan sözleşmelerin benzer olduğu varsayımıyla, 82. madde kapsamında hâkim durumdaki firmanın ayrımcılık yapmama yükümlülüğüyle karşı karşıya olması bir diğer örnek olarak verilebilir<sup>107</sup>.

Sonuç olarak Komisyon ve İDM'nin kararları neticesinde bazı görüşlere göre genel olarak rekabet otoritelerinin ve özel olarak Komisyon'un yetkilerinin

<sup>101</sup> Microsoft, İDM kararı, para. 220-221.

<sup>102</sup> Schmidt ve Kerber 2008 s. 11,12.

<sup>103</sup> VESTERDORF, B. (2010), "Article 82 EC: Where Do We Stand After the Microsoft Judgement.", <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/Vesterdorf.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2010, s. 10.

<sup>104</sup> Andreangeli 2009, s. 12.

<sup>105</sup> Andreangeli 2009, s. 13.

<sup>106</sup> Nitekim, ilerleyen bölümde de açıklanacağı üzere, Komisyon tarafından 2008 yılında çıkarılan 82. Madde Kılavuzu'nda var olan bir arz anlaşmasının sona erdirilmesinin yeni bir sözleşmenin reddine göre ihlal olarak değerlendirilmeye daha yakın olduğu ifade edilmiştir.

<sup>107</sup> SUBIOTTO, R. ve O'DONOGHUE, R. 2003, "Defining the Scope of the Dominant Firms to Deal with Existing Customers Under Article 82 EC", *European Competition Law Review*, 24 (12), 683-694.

güçlendirildiği bir tablo oluşmuştur<sup>108</sup>. Bu görüşe göre vazgeçilmezlik ekonomik açıdan yaşamsallığı sürdürebilmeyi de içerecek şekilde genişletilmiş, yeni ürün kriteri teknik gelişmeyi de kapsar hale getirilmiş ve bu durum otoritelerin takdir yetkisini arttırmıştır. Yine de söz konusu kararların dünya çapında çok büyük pazar payına sahip bir teşebbüse ilişkin çok özel koşulları konu ettiği hususunun unutulmaması gereklidir<sup>109</sup>.

### 3.2. AT Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz ve Microsoft Kararı'nın Kılavuz'a Yansımaları

1990'lardan beri, Komisyon AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin hükümlerinin ekonomik kuramlara daha fazla rol vererek yorumlanmasına ve uygulanmasına yönelik bir yaklaşım sergilemektedir. Bu daha fazla *ekonomik yaklaşım*, Avrupa Bakanlar Konseyi'nin Yoğunlaşma Tüzüğü<sup>110</sup>, Komisyon'un, yatay ve yatay olmayan yoğunlaşmalara ilişkin kılavuzları<sup>111</sup> ve Komisyon'un AT Antlaşması'nın 81(3). maddesinin uygulanmasına yönelik Kılavuz'u<sup>112</sup> ile vücut bulmuş; bununla birlikte Antlaşmanın 82. maddesinin uygulanmasına yönelik açıklayıcı bir doküman çıkarılması gecikmiştir. Nihayetinde 2005 yılında Komisyon 82. maddenin Dışlayıcı İhlallere Uygulanmasına Yönelik Tartışma Metnini<sup>113</sup>, Aralık 2008'de de Komisyon'un AT Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz'u (Kılavuz)<sup>114</sup> yayınlamıştır.

<sup>108</sup> Vesterdorf 2010, s. 13.

<sup>109</sup> Konuyu bu açıdan tartışan bir çalışma için bkz. APPELDOORN, J. (2005), "He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC", *European Competition Law Review*, 26(12), s. 653, 658. Ayrıca Vesterdorf da "Safi bir akademik görüş açısıyla konunun ATAD'a temyiz için taşınmaması dolayısıyla Avrupa'nın en yüksek Mahkemesinin konudaki son sözü söyleyememiş olması"ni talihsizlik olarak nitelendirmektedir.

<sup>110</sup> Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Merger Regulation), [2004] OJ L24/1.

<sup>111</sup> Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2004] OJ C31/5; Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2008] OJ C265/6.

<sup>112</sup> Guidelines on the Application of Article 81(3) of the EC Treaty, [2004] OJ C101/08.

<sup>113</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of The Treaty to Exclusionary Abuses - Public Consultation, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2010.

<sup>114</sup> Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Aralık 2008, [2009] OJ C45/02.

Dört bölümden oluşan Kılavuz'un, varlık nedenini açıklayan ilk iki bölümde, amacın dışlayıcı davranışlara ilişkin Komisyon'un uygulayacağı yöntem hakkında açıklık ve öngörülebilirlik sağlamak olduğu, Kılavuz'un hukuki bir bağlayıcılığının bulunmadığı ve ATAD veya İDM'nin 82. madde yorumlarına hâle getirmedeği ifade edilmekte<sup>115</sup>, Komisyon'un, sadece rakiplerin değil, etkin rekabetçi sürecin korunmasının asıl olduğunun farkında olduğu ve tüketiciye en çok zararı dokunacak durumlara yoğunlaşacağı, dolayısıyla tüketiciye fiyat, çeşit, kalite ve yenilik anlamında daha azını sunan rakiplerin pazardan dışlanacakları<sup>116</sup> belirtilmektedir<sup>117</sup>.

Bir bütün olarak okunduğunda, Komisyon'un 82. madde uygulamalarında eskiye nazaran daha az agresif olacağıın anlaşıldığı iddia edilen<sup>118</sup> Kılavuz'un üçüncü bölümü, Komisyon'un hâkim durum kavramına yaklaşımı, genel uygulama standartları ve etkinlik savunmasının ana hatları hakkında bilgi vermekte, dördüncü bölümü ise, bir önceki bölümde açıklanan çerçevenin birtakım ihlal kategorilerine uygulanmasına ilişkin bilgiler içermektedir.

Kılavuz'da, Komisyon'un fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde önemli bir süre tutabilen ve yeterli derecede etkin rekabetçi baskı ile karşılaşmayan teşebbüsü hâkim durumda kabul edeceği, "*fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde tutabilme*"nin fiyat, çıktı, yenilik, mal ve hizmetlerin çeşitliliği ve kalitesi gibi rekabet parametrelerinin hâkim durumdaki teşebbüsün avantajına ve tüketicilerin zararına etkilenebilmesinin yerine kısa bir ifade olarak kullanıldığı belirtilmektedir<sup>119</sup>. Bu tanımlama ile Komisyon, dışlayıcı

<sup>115</sup> Kılavuz, para. 3.

<sup>116</sup> Ve zımnen Komisyonun böyle durumlarda harekete geçmeyeceği.

<sup>117</sup> Kılavuz, para. 6. Bununla birlikte, Kılavuz'un fiyatlama yoluyla dışlayıcı davranışlara ilişkin kısmının 24. paragrafında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin pazarda, o hâkim durumdaki operatör kadar etkin olan rakipleri dışlaması halinde müdahalede bulunulacağı, fakat, bazı durumlarda daha az etkin rakibin de rekabetçi baskı yaratacağı -dolayısıyla bu rakibin dışlanması halinde de müdahalede bulunabileceği- ifade edilmektedir. Bu durum bazı yazarlar tarafından, eşit etkinlikteki rakip testinden sapma, dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüsler açısından belirsizlik yaratacağı nedeniyle eleştirilirken (Geradin 2010, s. 10); bazı yazarlar tarafından ise, eşit etkinlik testinin uygulanmayacağı durumun, hakim durumdaki teşebbüsün de etkin olmadığı durumlarla sınırlı olması, ve etkin olmayan rakipler faaliyetleri ile hakim durumdaki teşebbüsün de etkinliğini artırmasını zorlayacakları için - Kılavuz'un bu hususta belirsizlik yarattığını kabul etmekle birlikte- doğru bir yaklaşım olarak yorumlanmıştır (PETIT, N. (2009), "From Formalism to Effects: The Commission's Guidance on Article 82 EC", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1476082](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476082), Erişim Tarihi: 23.03.2010, s. 3.

<sup>118</sup> MONTI, G. (2010), "Article 82 EC: What Future for the Effect-Based Approach?", *Journal of Competition Law and Practice*, No: 1(1), s.4.

<sup>119</sup> Kılavuz, para. 11.

davranışlara 82. maddenin uygulanmasında, tüketici refahını merkeze oturttuğunu göstermektedir.

Hâkim durum analizinde, teşebbüsün pazar payının yanında özellikle rakiplerin pazardaki konumu, pazarın genişlemesi ve pazara yeni giriş durumları ile karşı alım gücünün de dikkate alınacağı belirtilen Kılavuz ile bu analize ilişkin getirilen temel değişimler, Monti'ye göre, AKZO kararı ile getirilen “teşebbüsün pazar payının % 50'nin üzerinde olması hâkim duruma delalet eder” yaklaşımına atıfta bulunulmaması, pazar payının % 40'ın altında olduğu durumların ise teşebbüsün hâkim durumda olmadığına işaret edeceğini belirtmesi, fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde önemli bir süre tutma kriterinde bahsi geçen önemli bir süre ile ilgili olarak, ürüne ve pazarın durumuna bağlı olmakla birlikte, genellikle iki yılın yeterli olacağını belirtmesi ve pazar gücünü belirlemek için Yoğunlaşma Kılavuzu'nda<sup>120</sup> kullanılanlar ile aynı eksende iktisadi faktörleri kullanmasıdır<sup>121</sup>.

Komisyon Kılavuz'da mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına ya da pazara erişimlerinin engellenmesi veya kısıtlanmasını ve bu vesileyle hâkim durumdaki teşebbüslerin tüketicilerin zararına, kârlı bir şekilde fiyatlarını yükseltebilmelerini rekabete aykırı (antirekabetçi) kapama olarak tanımlamakta<sup>122</sup> ve bu tanım ile iki aşamalı bir test öngörmektedir. Bu teste göre öncelikle pazarı kapama eylemi olmalı, daha sonra da, bu kapama eylemi nedeniyle tüketici zararı ortaya çıkmalıdır. Kılavuz daha sonra antirekabetçi kapamanın gerçekleşmesi için dikkate alınabilecek faktörleri zikretmektedir<sup>123</sup>. Fakat bu faktörlerin hiçbirisi tüketici zararının varlığının tespitiyle doğrudan ilgili görünmemektedir. Nitekim bu husus, Komisyon'un tüketici zararı konusunda sessiz kaldığı<sup>124</sup>; bu faktörlerin çoğunun pazarın yapısı ile ilgili olup tüketici refahı ile ilgili olmadığı, dolayısıyla Kılavuz ile antirekabetçi kapama eylemi tanımında tüketici zararına yapılan vurgu dikkate alındığında sürpriz olduğu, bunun yanında faktörlerin hepsinin pazarın yapısı ile ilgili olması nedeniyle Komisyon'un Ordoliberal yaklaşımdan<sup>125</sup> uzaklaşma girişimi ile

<sup>120</sup> Guidelines on The Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2008] OJ C265/07.

<sup>121</sup> Monti 2010, s. 3.

<sup>122</sup> Kılavuz, para. 19.

<sup>123</sup> Bu faktörler: hakim durumun derecesi, pazara giriş ve çıkışların durumu, rakiplerin durumu, müşterilerin durumu, ihlale yol açan eylemin boyutu, mevcut kapama eyleminin kanıtı ve dışlayıcı stratejinin doğrudan kanıtı olarak sıralanmıştır (Kılavuz, para 20).

<sup>124</sup> Monti 2010, s. 3

<sup>125</sup> 1930'larda Almanya'da Freiburg Üniversitesinde gelişen Ordoliberal yaklaşım, politik özgürlük için ekonomik özgürlüğün şart olduğu varsayımından hareketle, rekabet politikası alanında rekabetin/rekabetçi düzenin değil, etkinlik üzerindeki etkilerine bakılmaksızın, rakipler ile küçük-orta ölçekli işletmelerin korunması gerektiğini savunmaktadır (Whish, s. 35). Bu

çeliştiği<sup>126</sup>; sayılan bu kriterlerden hangisinin pazarı kapama, hangisinin tüketici zararı ile ilgili olduğunun belirtilmemesinin Komisyon'a önemli bir esneklik verdiği<sup>127</sup>; Kılavuz'un, temel hedefinin tüketici refahı olduğunu belirtirken tüketici zararının analizine ilişkin hükümlerin belirsiz kalması ve pazarı kapama ile hâkim durumdaki teşebbüsün eylemi arasında sebep-sonuç ilişkisine dair kanıt arayıp mantıksız bir biçimde aynı şekilde bir sebep-sonuç ilişkisine dair kanıtı pazarı kapama ile tüketici zararı arasında aramaması nedeniyle sorunlu olduğu<sup>128</sup> şeklinde birtakım eleştirilere maruz kalmaktadır.

Pazar kapama etkisi yaratan bir eylemin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, o eylem sonucunda net bir tüketici zararı çıkmayacağını gösterecek şekilde, etkinlik gerekçesiyle meşrulaştırılabileceğini ifade eden Kılavuz, etkinlik savunmasının kabul görmesi için aşağıda sayılan tüm şartların toplu bir şekilde sağlanmasını beklemektedir:

- Üretim ya da dağıtımda maliyet düşüşü, ya da ürün kalitesinde artış gibi, eylem sonucunda ortaya bir etkinlik çıkması,
- Eylemin bu tür etkinliklerin çıkabilmesi için mutlak gerekli olması, diğer bir ifadeyle bu tür etkinliklerin ortaya çıkabilmesi için rekabeti daha az bozan alternatiflerin bulunmaması,
- Eylem nedeniyle ortaya çıkabilecek etkinliklerin, aynı eylem nedeniyle rekabet ve tüketici refahında yaratacağı olumsuz etkilerden ağır basması,
- Eylemin mevcut ya da potansiyel rekabetin kaynaklarını yok ederek etkin rekabeti ortadan kaldırmaması.

Sözleşme yapmayı reddetme vakalarına ilişkin olarak, Komisyon daha önce bu konuda almış olduğu kararlara atıfta bulunarak temel olarak teşebbüslerin sözleşme serbestilerinin esas olduğunu kabul ettiğini belirtmekte, bir şekilde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilecekse buna ilişkin analizin çok

---

düşünce, dolayısıyla, hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluklarının bulunduğu ve bu teşebbüsler üzerinde birtakım kısıtlamaların gerekli olduğu kanısını ordoliberalerler arasında yaygınlaştırmış ve, Wish'e göre, aynı zamanda AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin maddelerinin, özellikle de 86. maddesinin, dizaynında etkili olmuştur (Whish, s. 43).

<sup>126</sup> GERADIN, D. (2010), "Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TEFU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1569502](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502), Erişim Tarihi: 05.04.2010, s. 5.

<sup>127</sup> GUTERMUTH, A. (2009), "Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice", *The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, Release 1,

<http://www.competitionpolicyinternational.com/article-82-guidance-a-closer-look-at-the-analytical-framework-and-the-papers-likely-impact-on-european-enforcement-practice>,

Erişim Tarihi: 19.03.2010, s. 5.

<sup>128</sup> Petit 2009, s. 13.

dikkatli bir şekilde yapılmasının gerektiğini, adil bir ödeme yapılırsa dahi sözleşme yapma yükümlülüğünün hem yükümlülük getirilen teşebbüsün yatırım yapma güdüsünü köstekleyeceğini, hem de rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün yatırımlarından yararlanarak bir nevi bedavacılık yapmalarına yol açacağını ve her iki halin de uzun dönemde tüketicilerin yararına olmayacağını savunmaktadır<sup>129</sup>. Hâkim durumdaki teşebbüsün, kendisiyle sözleşme yapmak isteyen teşebbüsle aynı zamanda alt pazarda rakip olması halinde rekabet problemlerinin çıkacağını ifade eden Kılavuz, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin mevcut ya da yeni teşebbüslerle sözleşme yapmayı reddetme, ara yüz bilgilerinin sağlanması için gerekli olanlar dahil fikri mülkiyet hakkının lisansının verilmesinin reddedilmesi veya zorunlu unsura ya da şebekeye erişiminin reddedilmesi gibi eylemleri kapsayacağını belirtmekte, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla arzı reddedilen ürünün halihazırda ticaretinin olmamasının önemli olmadığını, potansiyel alıcıların o ürüne talebinden veya o ürün için potansiyel bir pazarın varlığından söz edilebilmesinin yeterli olduğunun altını çizmektedir<sup>130</sup>. Böylelikle, Komisyon'un mahkeme kararları ile artık yerleştiği kabul edilebilecek olan *hipotetik pazar* yaklaşımını Kılavuz'a dercettiği söylenebilir. Bununla birlikte, hipotetik pazar yaklaşımının, mevcut ana kadar yalnızca fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasına ilişkin kararlarda zikredilmiş olması, kanaatimizce, teşebbüslerin maddi mal taleplerine ilişkin sözleşme yapmayı reddetme vakaları karşısında mahkeme tutumunun ne olacağı konusunda belirginlik yaratmayacaktır.

Komisyon tarafından, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin kendisi tarafından uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler ise şu şekilde sıralanmıştır<sup>131</sup>:

*1. Ret eylemi, alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için zorunlu/vazgeçilmez olmalı.*

Zorunluluk kriteri olarak adlandırılacak ilk kritere ilişkin olarak, sözleşme yapmama eylemine konu olan girdinin (verilmeyen mal ya da hizmetin) alt pazarda faal rakiplerin -en azından uzun vadede- ret eyleminin olumsuz sonuçlarını karşılayabilmelerine olanak sağlayabilecek şekilde mevcut ya da potansiyel ikamesinin olmaması durumunda, zorunlu addedileceği belirtilmektedir<sup>132</sup>. Kılavuz zorunluluk kriterinin, girdinin temin edilememesi durumunda rakiplerin pazara girememeleri veya pazarda kalamamaları anlamına gelmediğini açıkça ifade ederek -ve Microsoft kararına da atıfta bulunarak-

<sup>129</sup> Kılavuz, para. 75.

<sup>130</sup> Kılavuz, para. 79.

<sup>131</sup> Kılavuz, para. 81.

<sup>132</sup> Kılavuz, para. 83.

Microsoft kararı ile zorunluluk testine getirilen ekonomik zorunluluğu da kapsayan yumuşama eğilimini sürdürmüştür.

*2. Ret eylemi alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracabilecek nitelikte olmalı.*

Kılavuz, ilk kriterin (zorunluluk kriterinin) sağlanması halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi eyleminin hemen ya da zaman içerisinde alt pazarda etkin rekabeti bertaraf edebileceğini; pazarda etkin rekabetin bertaraf edilme ihtimalinin hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payı yükseldikçe arttığını; hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine nazaran daha az kapasite kısıtıyla karşı karşıya olduğu ve ürününün alt pazardaki rakip ürünlerle daha yakın ikame olduğu durumlarda, alt pazardaki rakiplerinin daha büyük kısmının etkileneceklerini ve bu rakiplerin ürünlerine olan talebin hâkim durumdaki teşebbüse kayma ihtimalinin yüksek olacağını ifade etmektedir<sup>133</sup>.

Kılavuz, rekabetin hemen ya da zaman içinde ortadan kalkması şeklinde iki ayrı durumdan bahsederek, Microsoft kararı ile öne sürdüğü “*rekabetin ortadan kalkması riski*”nin mevcut olduğu durumlarda da müdahale edeceğinin sinyalini vermektedir.

*3. Ret eylemi tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olmalı.*

Tüketici zararına ilişkin olarak Kılavuz, Komisyon’un ret eyleminin tüketiciler için muhtemel olumsuz etkilerinin, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi halinde meydana gelecek olumsuz etkilerden ağır gelip gelmediğinin irdeleneceğini, ağır gelmesi halinde vakayı ele alacağını; hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi ve sonucunda pazarı (rekabete) kapaması halinde pazara yenilikçi mal ve hizmetlerin girişi engellenecekse ve/veya takip eden yenilik tıkanacaksa tüketici zararının ortaya çıkabileceğini; bu tür bir durumun özellikle rakibin hâkim durumdaki teşebbüsten ilgili ürünü alıp sadece aynı nitelikte bir ürün vermeyi düşünmemesi, yeni veya geliştirilmiş mal ve hizmet sunmayı planlaması halinde ortaya çıkacağını belirtmektedir<sup>134</sup>.

Dolayısıyla, ret eyleminin uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için ortaya konan kriterler incelendiğinde, bunların Komisyon’un Microsoft kararında kullandığı ve İDM tarafından da teyit edilen, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin ihlal olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler ile aynı olduğu görülmektedir.

Komisyon tarafından uygulanan eski ihlal analiz yöntemlerini terk etmese de, tüketici zararına ilişkin Komisyon pratiğini ekonomik teori ve

<sup>133</sup> Kılavuz, para. 85.

<sup>134</sup> Kılavuz, para. 86, 87.

uluslararası uygulamalar ile aynı çizgiye getirmeye çalışan bir belge olarak nitelendirilen Kılavuz, Gutermuth'a göre, AB üyesi milli rekabet otoritelerinin ekonomi temelli bir yaklaşımı tamamen benimsememiş olmaları, bazı milli otoritelerin de daha sıkı bir uygulama benimsemeleri nedeniyle AB içerisinde uygulamalarda farklılık yaratabilecektir<sup>135</sup>. Bunun yanında 1/2003 sayılı Bakanlar Konseyi Tüzüğü'nün<sup>136</sup> 11(6). maddesi<sup>137</sup> ile Komisyon'a verilen, üye devlet rekabet otoritesince yürütülen bir incelemenin Komisyon'un uhdesine bırakılması yetkisi, uygulama farklılıklarını bazı yönlerden kaldıracak olsa da, Komisyonun milli mahkemeler karşısında bu tür bir yetkisinin bulunmaması, mutlak anlamda uygulama birliği oluşturulmasının mümkün olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla, Kılavuz'un tam bir açıklık sağlayamayacağı, çokuluslu şirketlerin dünya çapında ticari politika geliştiremeyecekleri, şikâyetçi firmaların da forum alışverişi<sup>138</sup> yoluyla, uygulamada karşılaşılacak belirsizliklerden faydalanmaya çalışacakları ifade edilmektedir<sup>139</sup>.

Aynı şekilde, AT Antlaşması'nın 81(3). maddesinde sayılan etkinlik savunmalarına benzer bir yaklaşımın, bu Kılavuzla da getirilmiş<sup>140</sup> olması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, Geradin (2010), hâkim durumdaki bir teşebbüsün, bu teşebbüse rekabet hukuku kapsamında birtakım özel sorumlulukların yüklendiği dikkate alındığında, bu tür bir *etkinlik savunması* testini geçip geçemeyeceğinin şüpheli olduğunu iddia etmektedir<sup>141,142</sup>.

Özet olarak, Microsoft vakası ile Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin kriterlere getirdiği yorumların ve yumuşamanın yansımaları net bir şekilde görülebilen Kılavuz, teşebbüslerin faaliyetlerinde dikkate almaları ile Komisyon'un hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarındaki yaklaşımı konusunda görece açıklık ve belirginlik getirmesi ve uygulama önceliğinde tüketici refahını merkeze oturtması bakımından olumlu bulunsa da, eski uygulamalarında dayanak olan davranış-temelli (şekilci) yaklaşımdan etki-

<sup>135</sup> Gutermuth 2009, s. 7.

<sup>136</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 On the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1.

<sup>137</sup> İlgili maddeye göre, Komisyon'un bir işlem başlatması halinde, milli rekabet otoritelerinin işlem konusu o vakaya 81 ve 82. madde uygulama yetkileri kalmamaktadır.

<sup>138</sup> "Forum Shopping". Forum alışverişi, herhangi bir vakaya ilişkin olarak tarafların, kendi lehlerine karar verebileceğini umdukları merciye başvurma/merciyi tercih etme girişimleri olarak tanımlanabilir.

<sup>139</sup> Gutermuth 2009, s. 14.

<sup>140</sup> Kılavuz, para. 30.

<sup>141</sup> Geradin 2010, s. 7.

<sup>142</sup> Kılavuz'da ayrıca, tekel derecesine yaklaşırcasına pazar gücü yaratan veya bu gücü artıran bir eylemin, etkinlik yarattığı gerekçesi ile, normal şartlarda meşrulaştırılmayacağına Komisyon tarafından düşünüldüğü ifade edilmektedir.



temelli yaklaşıma tam olarak geçişi sağlayamaması, Komisyon'a uygulamalarında inisiyatif bırakmaya devam etmesi, istisnai birtakım durumlara ilişkin yaklaşımların<sup>143</sup> sınırlarının belirgin olmaması nedenleriyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasının analizine ilişkin en iyi yaklaşımı vermemekte, daha çok gelecekte bu konuda yaşanacak tartışmalar için iyi bir referans ve temel teşkil edecek nitelikte görünmektedir.

## SONUÇ

Sözleşme yapılmasının reddinin konu edildiği davalarda sözleşme özgürlüğünün hâkim durumdaki firmalar için dahi esas kabul edilmesi, bununla beraber bazı olağandışı koşulların varlığı halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği bugün geline nokta genel kabul gören hususlardır. Fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasının da bu kabule dahil olduğu söylenebilir. Fikri mülkiyet hakları, sahibine münhasır bir hak vererek, hakkın ortaya çıkarılması için yapılan sabit maliyetin karşılanmasına olanak vermekte ve yeniliğe yatırım güdüsünü teşvik etmektedir. Aynı amaca ulaşmak için kullanılacak yöntemlerin farklılığından ötürü, uygulamaya ilişkin olarak aralarında bir gerilim olduğundan bahsedilen fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku arasındaki asıl sorun, tüm fikri mülkiyet haklarının fazlasıyla genel kurallara göre verilmesi ve bu haklar arasında süre, kapsam gibi konular bakımından farklılık bulunmamasıdır. Bu durum koşulları çok dar tanımlanan bazı hakların bu hak sahiplerini yenilik yapmaya teşvik edememesine, koşulları çok geniş tanımlananların ise diğer firmaların yenilik yaratma faaliyetlerini engellemesine yol açmaktadır. Rekabet hukukunun bu tür kusurları düzeltmede oynayacağı rol literatürde sıkça tartışılmakla birlikte, kapsamı geniş tutulan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sorunlarda -çok dikkatli bir biçimde uygulanması şartıyla- çözüm üretebileceği kabul görmektedir.

AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin hükümlerinin ekonomik kuramlara daha fazla yer verilerek yorumlanması yönündeki beklentilere yönelik tartışmalar neticesinde Aralık 2008'de yayınlanan "Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz"da, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler, ret eyleminin alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için zorunlu olması, ret eyleminin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracak ve tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olması şeklinde belirlenmiştir. Bu kriterlerin, Komisyon'un Microsoft kararında kullandığı kriterler olduğu değerlendirilmekte ve Kılavuz'un gelecekte

<sup>143</sup> Örneğin, eş etkinlikte rakip testinin uygulanmayacağı fiyatlandırmaya dayalı ihlaller.

yaşanacak tartışmalar bakımından iyi bir referans teşkil edeceği düşünülmektedir. İlk Derece Mahkemesi'nin, Komisyon'un Microsoft hakkında verdiği kararı onaylamasıyla bu durum akademik düzeyde önemli tartışmaları gündeme getirmiştir. Komisyon kararında, sözleşme yapmanın reddini değerlendirirken göz önüne alması gereken tüm unsurları sıralayan tahdidi bir listenin varlığını reddederek verili olay kapsamındaki tüm koşulları değerlendireceğini bildirmiştir. Mahkeme de, Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin yaptığı analizi kabul ederek, Magill testinin koşullarından biri olan vazgeçilmezlik unsurunu ekonomik açıdan yaşamsallığı sürdürülebilmeyi de içerecek şekilde genişlemesine, yeni ürün kriterinin de teknik gelişmeyi kapsar hale gelmesine olanak sağlamıştır.

Fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet hukuku -ve özel olarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi- kapsamında değerlendirilebileceği bir karar olan Bilsa kararında, fikri mülkiyet haklarının lisanslanması konusunda gerekli şartlar sayılmamakta ve veri aktarımının zorlaştırılması yoluyla rakip faaliyetlerin zorlaştırılmasının eylemin ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğuna hükmedilmektedir. Karar fikri mülkiyet hakları ile tanınan münhasır uygulamalara rekabet hukuku yoluyla müdahale edilebileceğini göstermesi bakımından önem arz etmekte, bununla birlikte, genel olarak sözleşme yapma yükümlülüğü ve özel olarak fikri hakların zorunlu lisanslamasının hangi koşullarda gerekli olduğu konusunda açıklayıcı ve net bir yaklaşım sergilememektedir.

Genel olarak sözleşme yapılmasının reddedilmesinin Türkiye uygulamasında ise, bir sınıflandırma sorunu olduğu göze çarpmaktadır. Benzer şikâyetlerin konu edildiği kararlarda yapılan incelemenin sözleşme yapmanın reddedilmesi kapsamında olduğu istikrarlı bir şekilde yer almamakta, ihlalin varlığı için gerekli kriterler ve bu kriterlerin değerlendirmeye tabi tutulduğu standartlar bakımından da bir devamlılık bulunmamaktadır. Kanaatimizce rekabet hukukunun uygulanmasının asli sorumlusu durumundaki Rekabet Kurulu fikri mülkiyet hakkının lisanslanmasının reddi de dahil olmak üzere sözleşme yapmanın reddi vakalarında, öncelikle vaka konusunun -doktrininde yer aldığı şekli ile- sözleşme yapmanın reddi vakası olduğunu net bir şekilde belirtmeli, ret eyleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi için dikkate alınması gereken kriterlere ve standartlara ilişkin olarak da daha açıklayıcı bir tutum benimsemelidir.

## KAYNAKÇA

- ANDERMAN, S. (2004), “Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, *The Competition Law Review*, Vol. 1, 7-22.
- ANDERMAN, S.D. (2007) , *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK.
- ANDREANGELLI, A. (2009), “Interoperability as an ‘Essential Facility’ in the Microsoft Case- Encouraging Competition or Stifling Innovation?” *European Law Review*, 34(4), 584-611.
- APPELDORN, J. (2005), “He Who Spareth His Rod, Hateth His Son? Microsoft, Super-Dominance and Article 82 EC”, *ECLR*, 26(12), 653-658.
- CARLTON, D.W. (2001), “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal- Why Aspen and Kodak are Misguided?”, NBER Working Paper 8105, <http://www.nber.org/papers/w8105.pdf>, Erişim Tarihi: 21.03.2010.
- DEMİRÖZ, A. (2009) “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VII* içinde s. 317-395.
- DREXL, J. (2004), “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC*, 2004, 7
- EAGLES, I. ve L. LONGDIN (2008), “Microsoft’s Refusal to Disclose Interoperability Information and the Court of First Instance”, *European Intellectual Property Review*.
- GERADIN, D. (2008), “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can EU Learn from the US Supreme Court’s Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?”, *Common Market Law Review*, December 2005.
- GERADIN, D. (2010), “Is the Guidance Paper on the Commisision’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TEFU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?”, s. 5, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1569502](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502), Erişim Tarihi: 11.04.2010.
- GUTERMUTH, A. (2009), “Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Papaer’s Likely Impact on European Enforcement Practice”, *The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, Release 1, s. 5.

<http://www.competitionpolicyinternational.com/article-82-guidance-a-closer-look-at-the-analytical-framework-and-the-papers-likely-impact-on-european-enforcement-practice>, Erişim Tarihi: 19.03.2010.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HOVENKAMP, H., M.D. JANIS ve M.A. LEMLEY (2005), “Unilateral Refusals to License in the US”, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No: 303.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=703161](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703161),  
Erişim Tarihi: 12.04.2010

HOVENKAMP, H., M.D. JANIS ve M. A. LEMLEY (2005), *IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Apsen Publishers, USA.

HUMPE, C. ve C. RITTER (2005), “Refusal to Deal”, (GCLC Research Papers on Article 82 EC- July 2005 içinde), Temmuz 2005,  
<http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>

JONES, A. ve B. SUFFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, USA.

KJØLBYE, L. (2009), “Article 82 EC as a Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?”, *World Competition*, Volume 32, Issue 2.

KORAH, V. (2005), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries*, SCRIPT-ed, Volume 2 Issue 4,  
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf>,  
Erişim Tarihi: 16.03.2010.

LEVEQUE, F. (2005), “Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case”, *World Competition*, Vol. 28, 71-91.

MONTI, G. (2010), “Article 82 EC: What Future for the Effect-Based Approach?”, *Journal of Competition Law and Practice*, No: 1(1)

MULLER, U. (2008), “The Rise and Fall of Essential Facility Doctrine”, *European Competition Law Review*, 29(5), 310-329.

NAGY, C.I. (2007), “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework”, *European Law Review*, 32(5), 664-685.

O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, First Edition, Hart Publishing, Oxford, UK.

PETIT, N. (2009), *From Formalism to Effects: The Commision’s Guidance on Article 82 EC*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1476082](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476082), Erişim Tarihi: 23.03.2010.

RITTER, C. (2005), “Refusal to Deal and ‘Essential Facilities’: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”, *World Competition* 28(3).

SCHMIDT, C. ve W. KERBER (2008), “Microsoft, Refusal to License Intellectual property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission”, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1297939](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297939), Erişim Tarihi: 10.04.2010.

SCHWEITZER, H. (2007), “Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead? The Transatlantic Search for a New Approach”, *EUI Working Papers*, 2007/31. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1093243](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1093243), Erişim Tarihi: 26.02.2010.

SHAPIRO, C. (2001), “Navigating the Patent Thicket: Cross Licences, Patent Pools and Standart Setting”, A. B. JAFFE (der.) *Innovation Policy and Economy* içinde. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf>, Erişim Tarihi: 14.03.2010.

SHELANSKI, H.A. (2009), “Unilateral Refusals To Deal in Intellectual and Other Property”, *Antitrust Law Journal* 2009, Volume 76, Issue:2, 369-395.

SUBIOTTO, R. ve R. O’DONOGHUE (2003), “Defining the Scope of the Dominant Firms to Deal with Existing Customers Under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, 24(12), 683-694.

TREACY, P. (1998), “Essential Facilities- Is the Tide Turning?”, *European Competition Law Review*, 8, 501-505.

VESTERDORF, B. (2010), “Article 82 EC: Where Do We Stand After the Microsoft Judgement.”, <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/Vesterdorf.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2010.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, USA.

**THE INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK:  
COOPERATION AND CONVERGENCE IN  
COMPETITION LAWS**

*ULUSLARARASI REKABET AĞI:  
REKABET KANUNLARINDA  
ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ VE UYUMLAŞMA*

**Yrd. Doç. Dr. Umut AYDIN\***

**Abstract**

*In the last three decades, interest in competition policy has exploded. Over a hundred countries now have competition laws. More than twenty bilateral and multilateral cooperation agreements have been concluded on various aspects of competition, yet no binding multilateral competition regime has emerged so far. This article investigates the role of the International Competition Network (ICN), a virtual network of competition policy authorities, in promoting global cooperation on competition policy and encouraging convergence among national competition laws. The ICN's stated objective is to build consensus and convergence towards sound competition policy principles across the global antitrust community. The article makes the argument that the ICN has some advantages over bilateral, regional and multinational forums of cooperation on competition policy because its membership is inclusive, and because its informal, voluntary mode of cooperation facilitates consensus and cooperation. Moreover, by facilitating socialization among its members, it encourages convergence of national regimes towards practices recommended by the ICN. The article presents evidence from merger review procedures, which suggests that a degree of convergence of national merger review procedures is taking place thanks to ICN's work.*

**Keywords:** *International Competition Network, International Cooperation, Multilateral Cooperation, Harmonization, Convergence.*

**Öz**

*Son üç onyıda rekabet politikalarına ilgide bir patlama yaşandı. Seksenin üzerinde ülke bu süre zarfında rekabet kanunları uygulamaya koydu, ve*

---

\* Boğaziçi Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Yardımcı Doçent. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

*rekabetin çeşitli alanlarında yirmiden fazla ikili ve çokuluslu işbirliği anlaşması imzalandı. Ancak henüz küresel alanda bağlayıcı ve çokuluslu bir rekabet rejimi ortaya çıkmamıştır. Bu makale, ulusal ve uluslararası rekabet kurumlarını sanal bir ağla biraraya getiren Uluslararası Rekabet Ağı'nın (URA) küresel alanda işbirliğini teşvik etmek ve ulusal rekabet kanunlarının uyumlaşmasını sağlamadaki rolünü inceler. URA'nın amacı küresel alanda rekabet üzerine çalışanlar arasında iş ve fikir birliği ve uyumlaşma sağlamaktır. Makale, URA'nın rekabet alanında işbirliği sağlayan ikili veya bölgesel anlaşmalarla ve OECD, UNCTAD gibi kurumlarla karşılaştırıldığında bazı avantajları olduğu tezini savunur. URA'nın üyeliğinin geniş coğrafi kapsamı, rekabet politikası konusundaki tavsiyelerinin ülkeler tarafından iradeye bağlı olarak kabul edilebilmesi, ve esnek işbirliğini desteklemesi nedeniyle URA'nın şimdiye kadar rekabet politikalarında fikirbirliği ve işbirliğine olumlu etkileri olmuştur. Ayrıca, üye rekabet kurumları arasında sosyalleşmeyi sağlayarak ulusal rekabet politikaları arasında uyumlaşmayı teşvik etmiştir. Makale ayrıca URA'nın çabaları sonucunda, birleşme ve devralmaların kontrolü alanındaki ulusal uygulamalarda sınırlı da olsa uyumlaşma olduğuna dair kanıtlar sunar.*

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Rekabet Ağı, Uluslararası İşbirliği, Çok Taraflı İşbirliği, Harmonizasyon, Uyumlaşma.

## INTRODUCTION

In the last three decades, interest in competition policy has exploded: over a hundred countries now have competition laws, more than twenty bilateral and multilateral cooperation agreements have been signed on various aspects of competition, and various international forums, such as Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Trade Organization (WTO) and International Competition Network (ICN) have been engaged in efforts to promote international cooperation on competition policy<sup>1</sup>. Increased globalization of markets has rendered the need for international cooperation on competition policy even more urgent today, but efforts at cooperation are by no means new. The earliest of these efforts began in the immediate aftermath of World War II, when the drafters of the Havana Charter of the failed the International Trade Organization sought to include competition rules into the Charter. More recently, in 1993, a group of competition scholars suggested a Draft International Antitrust Code which proposed minimum substantive standards for national antitrust laws and the establishment of an International

<sup>1</sup> This research is supported by Boğaziçi Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri (Project no: 09C301P). The author wishes to thank three anonymous referees of the Journal for their useful suggestions.

Antitrust Authority. Yet attempts at establishing multilateral cooperation on competition policy have not born fruit. Instead, bilateral and regional competition agreements and informal cooperation efforts have emerged and multiplied, creating an environment dense with competition rules and institutions.

One among the many efforts at international cooperation is the founding of the International Competition Network in 2001. The ICN is a virtual network of competition policy authorities which seeks to “build consensus and convergence towards sound competition policy principles across the global antitrust community”<sup>2</sup>. With the rising volume of international economic interaction and the increasing possibilities for cross-border anticompetitive activity, competition authorities of the United States (US) and the European Union (EU), the two major players in the world competition scene, have explored ways to cooperate on competition policy. Among other strategies, the EU in the 1990s sought multilateral competition rules under the framework of the World Trade Organization, while the US seemed to prefer a non-binding form of cooperation. The ICN emerged under these conditions as a loose form of cooperation seeking soft convergence on competition policy issues among its diverse membership.

This article explores the extent to which the ICN has been effective in addressing the need for cooperation on competition policy at the international level. First of all, it evaluates the membership, the structure, and the working methods of the ICN in comparison with other cooperation efforts on competition policy at the international level such as bilateral, regional or multilateral frameworks. Second, the article evaluates the extent to which the ICN has achieved its stated aim of soft convergence of national competition policies. My argument is that while the ICN is a voluntary and non-binding organization, it nonetheless holds promise in addressing some of the competition related problems at the international level. Given the interests of the major economic actors, more formal and binding multilateral cooperation in competition policy matters seems unlikely at this time, and the ICN appears to be a feasible alternative. Second, in terms of promoting convergence among national competition policies, we present evidence that suggests a limited degree of soft convergence is taking place as a result of ICN’s activity. The article’s conclusion is that the ICN holds promise for promoting convergence, but the

---

<sup>2</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2001), *Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>, Access Date: 15.01.2010.



extent of convergence in competition policy issues may be limited due to the distinct competition policy traditions of participating countries.

The rest of the article proceeds as follows. Section 1 discusses the motivations of the major economic actors for international cooperation on competition policy. It surveys the various alternative methods and venues of international cooperation, and evaluates their advantages and disadvantages. Section 2 discusses the potential of the ICN in addressing competition issues and generating soft convergence. It evaluates the available empirical evidence on convergence of national competition policies. The final section concludes.

## **1. GOVERNING GLOBAL COMPETITION**

### **1.1. Development of National Competition Laws**

The first national legislation to deal with firms' anticompetitive behavior was enacted in the United States in 1890. For many years, competition laws existed only in a handful of industrialized countries. This changed in the aftermath of World War II. Immediately after the war, some Western European countries and Japan adopted competition laws, and since the 1980s, competition policies started to spread much more rapidly around the world. The number of countries with competition laws has grown from around twenty in 1980 to 107 in 2009<sup>3</sup>. A number of developments have spurred the proliferation of national competition laws. First, as many developing and post-Communist countries liberalized their economies and sought access to developed country markets, they were required to adopt competition laws as part of their obligations to gain membership in regional and international trade agreements. Second, some observers argue that many developing countries also came to believe that competition policy was beneficial for them, because they expected that it would make their companies more robust and better able to compete internationally<sup>4</sup>.

Figure 1 graphs the increase in the number of countries with competition laws in the world in the period 1950-2008. The graph demonstrates that competition law adoption dramatically increased in the late 1980s and the early 1990s. To some extent, this dramatic increase can be attributed to the implementation of market reforms in Central and Eastern European and former Soviet countries around this time. However, adoption of competition laws was

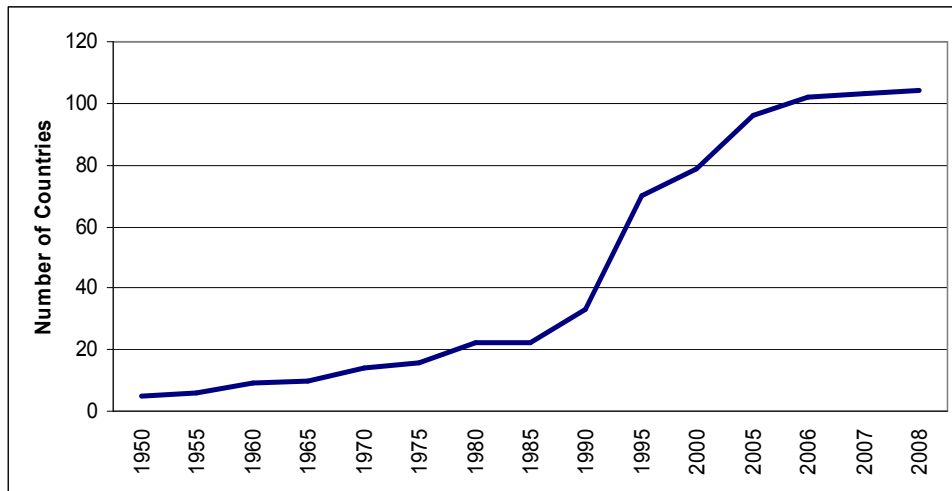
---

<sup>3</sup> Data collected by the author. Please see the sources listed in Figure 1.

<sup>4</sup> FOX, E.M. (2001), "Antitrust law on a global scale: Races up, down and sideways", D.C. Esty and D. Geradin (ed.s), in *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, p. 349; and WEINRAUCH, R. (2004), *Competition Law in the WTO: The Rational for a Framework Agreement*, Neuer, Vienna, Austria p.42.

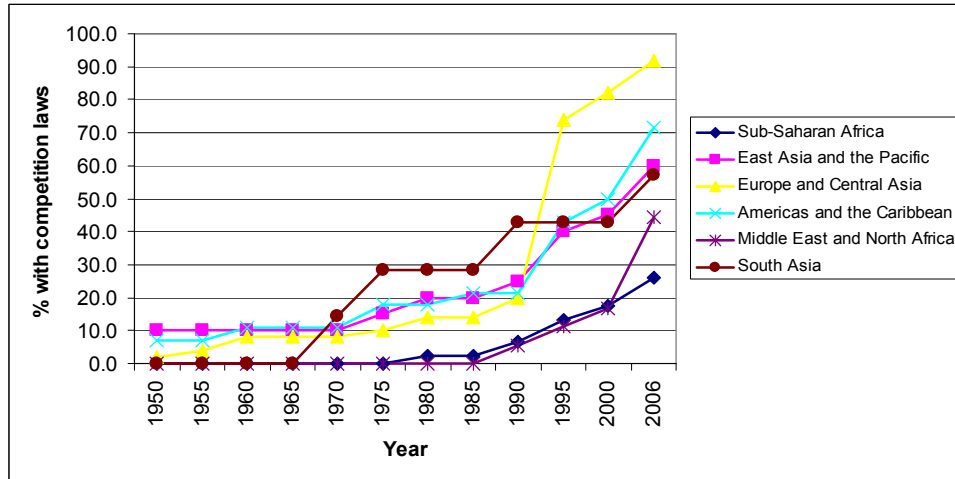
not limited to this region. As Figure 2 demonstrates, in most regions of the world, we can observe an upsurge in competition law adoptions in the 1990s. It is in Europe and Central Asia that we see the highest proportion of countries with such laws, followed by the Americas, East Asia and the Pacific, and South Asia. In all of these regions, more than half of the countries have adopted laws to protect competition. Middle East, North Africa and Sub-Saharan Africa are the regions in which competition laws have diffused the least, but even in Sub-Saharan Africa, a quarter of countries have adopted such laws. Competition law adoptions continued around the world through the 2000s.

**Figure 1**  
**Number of Countries with Competition Laws,**  
**1950-2008**



Source: Data collected by the author from various sources, including INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2009), Global Competition Forum, <http://www.globalcompetitionforum.org>, Access Date: 01.02.2009; KRONTHALER, F. and J. STEPHAN (2007), "Factors accounting for the enactment of a competition law-an empirical analysis", *Antitrust Bulletin*, No:52(2), p. 137-168; PALIM, M.R.A. (1998), "The worldwide growth of competition law: an empirical analysis", *The Antitrust Bulletin*, No: 43 (Spring), p.105-144; UNCTAD (2007), *UNCTAD Guidebook on Competition Systems*, New York and Geneva.

**Figure 2**  
**Percentage of Countries with Competition Laws in**  
**Each Geographical Region,**  
**1950-2006**



Source: Same as Figure 1. The regional classification is based on World Bank geographical regions.

### 1.2. Bilateral, Regional and Multilateral Cooperation on Competition Policy

In addition to the rise in the number of national competition regimes, the number of bilateral and regional agreements on competition policy has also been on the rise. Competition authorities came to realize that national competition laws alone are no longer sufficient for maintaining competitive domestic markets, since economic openness provides opportunities for companies to engage in anticompetitive practices across borders. For instance, the number of cross-border acquisitions and mergers has escalated dramatically in the 1980s<sup>5</sup>. Since 1990, mergers have typically accounted for between one third to one half of all Foreign Direct Investment (FDI) flows, and by 1999 cross border mergers amounted to 80 % of all FDI flows<sup>6</sup>. Thus, states are no longer able to enforce merger control with domestic competition legislation alone.

<sup>5</sup> CAMPBELL, A.N. and M.J. TREBILCOCK (1997), "Interjurisdictional Conflict in Merger Review", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.s), in *Competition Policy in the Global Economy*, p.89.

<sup>6</sup> DAMRO, C. (2006), *Cooperating on Competition in Transatlantic Economic Relations*, Palgrave Macmillan, Basingstone, Hampshire and New York, US, p.7-8.

Furthermore, international mergers often engage the attention of anti-trust authorities in several countries, which raises the transaction costs for merging parties that are required to file applications and meet the conditions of various jurisdictions. It is now common for multinational mergers to be notified in five separate jurisdictions<sup>7</sup>, and in some cases the merger may have to be notified in up to 25 jurisdictions<sup>8</sup>. "Significant inefficiencies arise for internationally competing enterprises because of multiple reviews of alleged anticompetitive behaviors and arrangements"<sup>9</sup>, and conflicting decisions of different competition authorities lead to international frictions and create legal uncertainties for the companies involved<sup>10</sup>. In order to address the inefficiencies and conflicts arising from the multiplication of national competition regimes, major economic powers have engaged in efforts to cooperate on competition policy matters. The consequence has been the emergence of a large number of regional and bilateral agreements on competition policy in the last three decades.

Internationally, efforts to establish global competition regime started as early as 1947, with the draft provisions of the International Trade Organization (ITO) which included measures on restrictive business practices. These rules were included in the Havana Charter of the ITO against the backdrop of the 1930s, when international cartels had been widespread and were perceived to have been damaging to the world economy<sup>11</sup>. However, the Havana Charter was never ratified by the U.S Congress and never entered into force. The Congress opposed the Charter in part because of its competition provisions: ceding authority to an international organization on competition matters was not deemed desirable, and the language of the provisions on restrictive practices was found too weak<sup>12</sup>. Thus, attempts at creating an international competition regime were shelved at that time. Multinational efforts to forge cooperation did not pick up again until briefly in the 1960s -which were unsuccessful- and then

<sup>7</sup> GRIFFIN, J.P. (1999), "What Business People Want from a World Antitrust Code", *New England Law Review*, No: 34(4), p.39.

<sup>8</sup> CALVANI, T. (2003), *European Competition Law Review*, No: 24(9), p.416.

<sup>9</sup> BODE, M. and O. BUDZINSKI (2005), "Competing Ways towards International Antitrust: The WTO versus the ICN ", *Marburg Economics Working Paper*, No:03-2005, Marburg, Germany, <http://ssrn.com/abstract=888682>, Access date: 21.01.2010, p.5.

<sup>10</sup> DJELIC, M.-L. and T. KLEINER (2006), "The International Competition Network: moving towards transnational governance", M.-L. Djelic and K. Sahlin-Andersson (ed.s), in *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, p.293.

<sup>11</sup> WOOLCOCK, S. (2007), "International Competition Policy and the World Trade Organization", Paper Prepared for *The LSE Commonwealth Business Council Trade Forum, South Africa*, <http://www2.lse.ac.uk/internationalRelations/centresandunits/ITPU/ITPUindexdocs.aspx>, Access date: 01.03.2009, p.2.

<sup>12</sup> WOOD, D.P. (1992), "The Impossible Dream: Real International Antitrust", *The University of Chicago Legal Forum*, p.284.

much later at the Singapore WTO Ministerial meeting in 1996. In the meanwhile, bilateral venues became significant for cooperation on competition policy.

The first bilateral agreement on competition was signed between the United States and Germany in 1976, followed by an agreement between the US and Australia in 1982. Bilateral agreements on competition became more significant and widespread in the late 1980s and 1990s. Most significantly, after a long history of discord, the EU and the US signed a bilateral cooperation agreement on competition policy in 1991. Both the US and the EU claim extraterritorial application of their competition laws, which had in the past led to frictions between them. The Bilateral Agreement seeks to address anticompetitive business activity that occurs outside the jurisdiction of one party, but adversely affects the interests of that party<sup>13</sup>. It emphasizes the practice of mutual notification by competition authorities during the initial decision-making process, and stresses consideration of the effects of enforcement activities on the other party. The Agreement also introduces 'positive comity,' a principle that allows one competition authority to request formal consideration of their national interests by a foreign counterpart<sup>14</sup>.

The Positive Comity Agreement (PCA) followed in 1998, and encouraged competition authorities in one jurisdiction to request that their foreign counterparts conduct competition investigations on their behalf. The Administrative Arrangements on Attendance, concluded in 1999 is a non-binding effort to allow competition authorities to attend certain stages of each others' investigations on a case-by-case basis. According to Chad Damro, these three bilateral agreements, along with increased contacts between the competition authorities of the EU and the US -the European Commission's Directorate- General Competition and the US Department of Justice and the Federal Trade Commission's Antitrust Division-has led to more cooperative relations between the EU and the US on competition policy issues<sup>15</sup>.

The EU and the US also concluded bilateral agreements with third parties on competition policy. The EU has formal bilateral agreements with Canada and Japan, association agreements with potential accession candidates (e.g. with some Balkan countries), and inter-agency agreements, such as that

---

<sup>13</sup> Damro 2006, p.13.

<sup>14</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, (2008) *Competition Policy: Bilateral Relations*, Brussels, Belgium, <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/bilateral/usa.html>, Access Date: 10.03.2008. See also Damro 2006, p.13.

<sup>15</sup> Damro 2006.

with Korea. Furthermore, the EU cooperates with other countries in competition policy matters through free trade agreements or economic partnership agreements, such as through the trade agreement with Mexico, the partnership agreement with Russia, and EU-Mediterranean association agreements with Morocco and Tunisia<sup>16</sup>. The US has bilateral agreements on competition policy with Australia, Brazil, Canada, Israel and Japan<sup>17</sup>. Through these bilateral agreements, the competition authorities involved have achieved significant degrees of cooperation both on specific cases and on broad policy coordination. For instance, the EU competition authorities cooperated with their counterparts on important cartel cases such as the international vitamin cartel, including the planning and coordination of dawn-raids on the companies under investigation<sup>18</sup>.

Bilateral agreements tend to be the easiest form of cooperation because interagency trust and monitoring is easiest when only two parties are involved. "However, a patchwork of differing bilateral arrangements would introduce complexities and anomalies, would be cumbersome when dealing with conduct which extends beyond a particular bilateral pairing, and would fail to capture the full potential benefits of widespread multilateral harmonization"<sup>19</sup>. Campbell and Trebilcock similarly argue that in the case of merger control, the co-existence of bilateral regimes may lead to interjurisdictional conflict between the rules and their enforcement when the merging companies are located in different jurisdictions, or have significant market power in multiple jurisdictions<sup>20</sup>. The shortcoming of bilateral and regional agreements in harmonizing merger review is that "they capture only a portion of the trade of the member countries. As a result, system frictions with external trading partners remain a problem-indeed, they may even increase"<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> LOWE, P. (2006) "International Cooperation between competition agencies: Achievements and challenges", Speech at the 4th Seoul International Competition Forum, Seoul, Korea, [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_021\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_021_en.pdf).

Access Date: 05.09.2009. See also Commission 2008.

<sup>17</sup> MARSDEN, P. (2003), *A Competition Policy for the WTO*, Cameron May, London, UK, s.24-25

<sup>18</sup> Lowe 2006; and COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2004), *EU Competition Policy and the Consumer*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, p.2. In 2001, the European Commission fined eight companies, including Hoffman-Roche, for their participation in cartels designed to eliminate competition in the vitamin sector. The fines amounted to more than Euro 800 million.

<sup>19</sup> BAKER, D.I., A.N. CAMPBELL, M.J. REYNOLDS and J.W. ROWLEY (1997), "The Harmonization of International Competition Law Enforcement", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.), in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, p.447-448.

<sup>20</sup> Campbell and Trebilcock 1997.

<sup>21</sup> Campbell and Trebilcock 1997, p.114.

The limitations of national, bilateral and regional agreements highlight the need for multilateral cooperation on competition policy. Multilateral cooperation is advantageous because greater jurisdictional coverage increases the potential magnitude of benefits available from cooperation. However, the likelihood of achieving a far-reaching agreement on competition policy decreases as more jurisdictions become involved, given the diversity of objectives, laws and enforcement mechanisms in different countries<sup>22</sup>.

There are a number of multilateral forums in which countries have attempted to address international competition issues. The OECD has been involved in producing non-binding recommendations in competition policy enforcement since the 1960s. Various committees within the Organization have produced reports and recommendations on different aspects of competition policy over the years, such as recommendations on methods of cooperation between its members, exchange of confidential business information and hard core cartels. The OECD approach has emphasized soft convergence on competition laws and their enforcement, and steered clear of any implication that uniformity among nations and a world competition policy agency is the goal<sup>23</sup>. The OECD Competition Committee may be a particularly efficient forum for cooperation, since its membership is limited to developed economies that share broadly similar principles and culture of competition. This has allowed the OECD members and the working groups to discuss the possibility of convergence over some core competition issues, without overt attempts at harmonization. However, the limited membership of the Organization prevents any agreement reached here from being perceived as legitimate by developing countries<sup>24</sup>.

Another non-binding multilateral forum is UNCTAD. The initial involvement of UNCTAD in the area of competition policy came about due to the vacuum created by the failure of the proposed International Trade Organization<sup>25</sup>. In 1980, UNCTAD adopted a Code on Restrictive Business Practices. The impetus for action on restrictive business practices mostly came from the developing countries in the late 1970s, which raised concerns about possible anticompetitive behavior by multinational companies and these countries' limited capacities to discipline such abuses<sup>26</sup>. These principles reflect the broad political spectrum of the members of the United Nations, and respect

---

<sup>22</sup> Baker et al. 1997, p.449.

<sup>23</sup> DOERN, B.G. (1996), "The Internationalization of Competition Policy", B. G. Doern and S. Wilks (ed.), in *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, p.316.

<sup>24</sup> Campbell and Trebilcock 1997.

<sup>25</sup> Doern 1996, p.312.

<sup>26</sup> BENSON, S.E. (1980), "UN Conference on Restrictive Business Practices", *The American Journal of International Law*, No: 74(2).

the need for preferential treatment for developing countries<sup>27</sup>. They include principles of good conduct for enterprises including transnational corporations, which reflect the interest of developing countries. Cooperation in UNCTAD has produced the most detailed official multilateral agreement on business practices; however, the non-binding nature of the agreement detracts from its effectiveness. According to some observers, the Code nonetheless has played a significant role in expediting the adoption of competition policies in the developing countries, which flocked to UNCTAD in the 1980s to learn more about the operation of competition policies<sup>28</sup>.

Limited effectiveness of these non-binding multilateral cooperation efforts have led policy-makers and scholars to turn to the General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization as a possible forum for cooperating on competition policy. In the early 1990s, a group of competition scholars-predominantly European, and particularly German, but also US and Japanese-formed a working group which published a Draft International Antitrust Code (DIAC)<sup>29</sup>. The DIAC proposed a competition code of minimum standards to be incorporated into the GATT and to be enforced in domestic jurisdictions. The enforcement of the Code was to be supported by an International Antitrust Agency, which would monitor compliance and act as dispute resolution body. The ambitious nature of the proposal drew significant criticism from scholars and policy-makers in the US, and received only lukewarm support from the Europeans<sup>30</sup>.

Around the time that DIAC was published, the EU officials were developing an EU position on internationalization of competition policy. It was Sir Leon Brittan, the Commissioner responsible for competition policy in the EU that revived the call for international cooperation on competition policy enforcement in the World Economic Forum in Davos in 1992<sup>31</sup>. Despite objections from the US Department of Justice about bringing antitrust issues into a binding multilateral forum, the US finally announced that it would go along with other countries to begin a modest work program on competition policy<sup>32</sup>. In the 1996 Singapore ministerial meeting of the WTO, a working

---

<sup>27</sup> Doern 1996, p.312.

<sup>28</sup> SELL, S.K. (1995), "Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice", *International Organization*, No:49(2), p.317-318.

<sup>29</sup> DREXL, J. (2003), "Do we need "courage" for international antitrust law? Choosing between supranational and international law principles of enforcement", J. Drexel (ed.), in *The Future of Transnational Antitrust-- From comparative to common competition law*.

<sup>30</sup> GERBER, D.J. (1999), "The US- European Conflict over the Globalization of Antitrust Law: A Legal Experience Perspective", *New England Law Review*, No:34(4), p.127-128.

<sup>31</sup> Marsden 2003, p.55.

<sup>32</sup> Marsden 2003, p.57-58.



group on competition was set up with the task of studying the interaction between trade and competition policy. From 1997 until 2004, the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy met three times a year to exchange ideas and identify areas of agreement and dissent<sup>33</sup>. However, in July 2004, the WTO General Council decided that the issue of competition policy “will not form part of the work program set out in that Declaration and therefore no work towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round,” and ended the activity of the working group<sup>34</sup>.

### 1.3. The US and EU Authorities' Approaches to International Cooperation on Competition Policy

As mentioned above, the strongest objections to cooperation in the WTO on competition policy came from the US authorities. Anti-trust authorities in the US are concerned that multilateral efforts would lead to a competition code that represents lowest-common denominator, and would thus weaken US policy<sup>35</sup>. They also see multilateral cooperation as an infringement on sovereignty, and potentially an obstacle to the extraterritorial application of US antitrust laws<sup>36</sup>.

Over time, US anti-trust authorities came to acknowledge the difficulty of competition policy approaches that rely solely on national laws and bilateral cooperation agreements<sup>37</sup>. Extraterritorial application of US antitrust rules encounters frequent legal and practical obstacles, particularly in cases in which the companies involved do not have any legal presence in the US. Often the key documents and witnesses are located abroad, out of reach of the evidence-seeking authority<sup>38</sup>. For example, in 1994, a US court dismissed a criminal case which had been brought by the Department of Justice against General Electric, a

<sup>33</sup> Marsden 2003, p.60.

<sup>34</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION (2008), *Competition Policy: History*, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec), Access Date: 12.03.2008.

<sup>35</sup> WOOD, D.P. (2004), "Cooperation and Convergence in International Antitrust: Why the Light is Still Yellow", R. A. Epstein and M. S. Greve (ed.), in *Competition Laws in Conflict*, p.185-186.

<sup>36</sup> US policy-makers emphasize that bilateral and regional agreements and ongoing efforts on multilateral cooperation do not prevent the possibility of rigorous extraterritorial application of US antitrust laws. See KLEIN, J.I. (1996a), "International Antitrust: A Justice Department Perspective", B. E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law and Policy*, p.11-19.

<sup>37</sup> PITOFISKY, R. (1996), "International Antitrust: An FTC Perspective", B. E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law and Policy*, p.6.

<sup>38</sup> RILL, J.F. and C.S. GOLDMAN (1997), "Confidentiality in the Era of Increased Cooperation between Antitrust Authorities", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.), in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, p.166; Weinrauch 2004, p.93.

Swiss affiliate of De Beers and two foreign nationals for conspiring to raise the price of industrial diamonds. The Court reasoned that much of the cartel behavior took place in Europe and the evidence was beyond the reach of the Department of Justice<sup>39</sup>. In addition, it may be difficult to craft meaningful remedies in antitrust cases when foreign companies have no assets within the territory of the US<sup>40</sup>.

Antitrust authorities in the US also gradually realized the limits of bilateral cooperation agreements. The US has successfully cooperated with its largest trading partners through bilateral agreements. One significant obstacle to continued reliance on bilateral agreements, however, is the issue of exchange of confidential business information in the context of such agreements. In the past, bilateral agreements did not allow for exchange of such information. The Clinton administration and the US Congress realized the limits this has imposed on the possibility of obtaining evidence in antitrust cases involving foreign companies, and passed the International Antitrust Enforcement Assistance Act (IAEAA) in 1994<sup>41</sup>. The Act gives explicit authority to the US antitrust agencies to negotiate bilateral antitrust cooperation agreements through which they can exchange evidence on a reciprocal basis with foreign antitrust agencies, and to assist each other in obtaining evidence located in the other's country.

The US has already concluded such an agreement with Canada, and is working on agreements with other countries and the EU. However, such agreements require explicit authorization in the laws of other countries for such exchange of information, and adequate safeguards for protecting confidential information. In addition, Zanettin and Ehlermann point out that small countries have been skeptical of such agreements to share information between their antitrust agencies and the US, because they fear that such agreements would create imbalances between the countries<sup>42</sup>. The fear is that requests from the US under such agreements would outnumber the small country's requests, and complying with them would monopolize the time and resources of the smaller competition authorities. Over time such an agreement would almost exclusively benefit the US<sup>43</sup>. Therefore, US' attempts at concluding bilateral cooperation

---

<sup>39</sup> KLEIN, J.I. (1996b), *A Note of Caution with Respect to Competition Policy on the WTO Agenda*, Speech Delivered at the Royal Institute of International Affairs, November 18, Chatham House, London, UK; Weinrauch 2004, p.94.

<sup>40</sup> Weinrauch 2004, p.94.

<sup>41</sup> Klein 1996b.

<sup>42</sup> ZANETTIN, B. and C.-D. EHLERMANN (2002), *Cooperation between antitrust agencies at the international level*, Hart, Oxford, UK, p.131-134.

<sup>43</sup> Zanettin and Ehlermann 2002, 131.

agreements that allow for such exchange of information have not had the desired results.

The limits of extraterritorial application of national laws and of bilateral agreements, and its reluctance to negotiate binding multilateral agreements has led the United States to pursue other means of international cooperation on competition issues. One such initiative was proposed by the International Competition Policy Advisory Committee of the US (ICPAC), which brought together a group of policy-makers and scholars in 1997 to examine international competition policy issues. In its final report published in 2000, ICPAC argued that developing a comprehensive set of multilateral competition rules administered by a new supranational agency was “not only unrealistic but also unwise”<sup>44</sup>. It suggested that as an intergovernmental trade forum, the WTO should remain focused on its primary role and competence, and the work carried out in its Working Group on the Interaction between Trade and Competition should remain deliberative and educational.

To address issues of international competition policy, ICPAC suggested the creation of a “Global Competition Initiative,” a non-binding, new venue where government officials, as well as private firms and nongovernmental organizations can exchange ideas and work towards common solutions to competition law and policy problems<sup>45</sup>. This document reflected the type of multilateral effort that the US was willing to make on internationalizing competition issues: one that fosters “dialogue directed toward greater convergence of competition law and analysis, common understanding and common culture,” and that does not require a new international bureaucracy and funding<sup>46</sup>. The emergence of the ICN followed from these recommendations.

The European Union, in contrast with the US, has been a strong supporter of a multilateral approach to competition policy cooperation. Starting in the mid-1990s, the EU Commission sought multilateral cooperation on competition policy in addition to pursuing bilateral agreements (with the US, Canada and Japan among others). This reflected the EU’s desire to prevent aggressive extraterritorial application of the US law, and additionally, its wish to diffuse its own competition policy to its neighborhood and trading partners. In 1995, an expert group commissioned by Karel van Miert, then the EU’s Competition Policy Commissioner, published a report emphasizing that the EU should adopt a parallel approach of deepening its bilateral efforts and working

---

<sup>44</sup> International Competition Policy Advisory Committee 2000, p. 272.

<sup>45</sup> International Competition Policy Advisory Committee 2000.

<sup>46</sup> International Competition Policy Advisory Committee 2000, p.29.

towards a multilateral framework on competition principles<sup>47</sup>. The Report suggested that the geographical coverage of such a multilateral framework should initially include the industrialized economies, but in the long run seek to broaden to include developing countries as well. Due to the broad membership of the Organization and the complementary relationship between trade and competition policy, the Commission suggested the WTO as the institution best suited to house such an agreement<sup>48</sup>. When this approach was rejected by the US International Competition Policy Advisory Committee, the Competition Commissioner Mario Monti expressed his disappointment<sup>49</sup>. The EU supported the establishment of the International Competition Network, but did not see it as an alternative to the involvement of the OECD or WTO in competition policy.

## **2. THE ICN AND TRANSNATIONAL GOVERNANCE OF COMPETITION**

### **2.1. Membership, Working Methods and Structure of ICN**

The ICN was established in 2001 with thirteen countries and the EU among its founding members. The founding document states that “ICN will provide antitrust agencies from developed and developing countries a stronger and broader network for addressing practical competition enforcement and policy issues.”<sup>50</sup>. ICN’s membership, which is made up of national and multinational competition authorities, grew quickly from fourteen in its founding to 60 by the time of its first conference in Naples in 2002, and up to 107 in 2009. The ICN is open to the participation of what is called non-governmental advisors, such as representatives of law firms, academics and non-governmental organizations.

The original and unique aspect of the ICN is that it is an international forum devoted solely to competition issues. While other organizations like the UNCTAD and the OECD tackle competition as one among many different issues, the ICN is devoted solely to competition. The ICN is a virtual organization that does not have a permanent secretariat or headquarters. It conducts most of its work by e-mail, teleconferences and webinars. The ICN has Working Groups organized by different themes, and holds an annual meeting in a different country every year.

---

<sup>47</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1995), *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules (Report of the Group of Experts)*, COM (95) 359, Brussels, Belgium.

<sup>48</sup> Weinrauch 2004, p.158.

<sup>49</sup> Weinrauch 2004, p.159.

<sup>50</sup> Quoted in Djelic and Kleiner 2006, p.298.

The ICN has several advantages compared to other venues for international cooperation on competition policy matters. First of all, the ICN's broad membership is an advantage over other venues such as the OECD. While the OECD has issued recommendations and identified best practices on various aspects of competition policy, because its membership is limited to developed countries, its recommendations have not always found an audience among developing countries. Second, because the ICN is an organization that has an exclusive focus on competition policy, it is preferable for national competition authorities over other venues such as the WTO, OECD or UNCTAD. For instance, national competition authorities hesitate sharing power with trade authorities in the WTO who are not experienced in competition policy matters<sup>51</sup>. And if multilateral cooperation in the WTO were to be pursued, "a new department consisting of competition policy experts would have to be set up, requiring a lot of effort and costs<sup>52</sup>. Thirdly, the informal and voluntary nature of cooperation in the ICN allows it to work more efficiently. The ICN members' relative insulation from political pressures and from linkages with other issues when working in the ICN may help them focus on problem solving on competition issues only, and may facilitate reaching consensus.

Yet cooperating on competition policy under the ICN does have some limitations. Since it is not a rule-making authority and can only make recommendations which the members voluntarily adopt and implement, it may not have a strong regulatory "bite". Some authors suggest that ICN is inferior to formal multilateral solutions in terms of reducing jurisdictional conflicts and of efficiency<sup>53</sup>. Moreover, even if the membership is broader and more open than the OECD, the ICN still risks being dominated by the more established competition authorities and US law firms acting as non-governmental advisors, which leads Djelic and Kleiner to conclude that the competition 'gospel' there is unlikely to diverge too much from US antitrust tradition<sup>54</sup>. Raustiala similarly argues that the convergence occurring in transnational regulatory networks often will favor dominant economic actors, because they tend to be the 'first movers' in regulation and have the soft power to influence other states in these networks<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Graham reports that such was the case with officials in the European Commission. GRAHAM, E.M. (2003), "Internationalizing" competition policy: an assessment of the two main alternatives", *Antitrust Bulletin*, No: 48(4).

<sup>52</sup> Bode and Budzinski 2005, p.16.

<sup>53</sup> Bode and Budzinski 2005.

<sup>54</sup> Djelic and Kleiner 2006, p.305.

<sup>55</sup> RAUSTIALA, K. (2002), "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", *Virginia Journal of International Law*, No: 43, p.69.

The risk that the ICN “will stay an initiative focused on topics of exclusive interest to a small group of developed countries” is real, and “if this were the case, the ICN would retain very little interest”<sup>56</sup>. The current make-up of the ICN and its Working Groups show that this has to some extent been the case. For instance, out of the five current Working Groups of the ICN-advocacy, agency effectiveness, cartel, mergers and unilateral conduct-officials from the US competition authorities lead two, an EU Competition official leads one, and the remaining two are headed by officials from Russia and Turkey. Of the three vice chairs, one is from the US, one from Japan and the third is from Mexico. In the 15-member Steering Committee, in addition to officials from the US, Canada, Australia, European countries and the EU officials, there are members from Russia, Mexico, Brazil, Turkey and South Africa. The current make-up of the ICN shows that while the organization retains diversity of membership, Western developed countries and a few emerging economies get disproportionate representation in its leadership positions. Fox demonstrates with anecdotal evidence that in a few cases where the different needs and approaches of industrialized and emerging economies clashed in ICN negotiations, industrialized countries for the most part got their way<sup>57</sup>.

## **2.2. Socialization and Soft Convergence in the ICN**

The ICN’s stated aim is to “build consensus and convergence towards sound competition policy principles across the global antitrust community”<sup>58</sup>. The founding of the ICN reflects the US policy-makers’ confidence in the strategy of convergence to solve the problems emerging from international competition issues. For instance, Joel Klein, the former Assistant Attorney General for the Department of Justice Antitrust Division, frequently emphasized that “a culture of competition will emerge out of discussing of competition law issues among competition law authorities, and growing awareness of the benefits of a competition-based system and this culture of competition will lead to greater convergence among competition law systems”<sup>59</sup>. Similarly, former chairman of the Federal Trade Commission Robert Pitofsky emphasizes the significance of informal convergence by ‘learning’<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> TODINO, M. (2003), "International Competition Network: The State of Play after Naples", *World Competition*, No: 26(2), p.301.

<sup>57</sup> FOX, E. (2009), "Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network", *The International Lawyer*, No: 43 (Spring), p.169-171.

<sup>58</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2010), *About the ICN*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>, Access Date: 25.01.2010.

<sup>59</sup> Quoted in Gerber 1999, p.132, fn.22.

<sup>60</sup> PITOFSKY, R. (1999), "Competition policy in a global economy - today and tomorrow", *Journal of International Economic Law*, No: 2, p. 410.

According to Gerber, US commentators' confidence in convergence stems from their belief that there is an identifiable and objectively verifiable "better way" for antitrust law and policy, and that this better way tends to be similar to or identical with US antitrust law<sup>61</sup>. This is also consistent, Gerber argues, with aspects of the US legal experience, as during the last two decades US law and economics scholarship has challenged the intellectual underpinnings of the US antitrust law. The rise of the Chicago School approach to antitrust and its replacement of the earlier antitrust approach in the US, according to Gerber, is an experience that the US policy-makers and commentators believe would be replicated internationally. Hence, policy-makers and scholars in the US perceive convergence through bilateral cooperation and informal, non-binding multilateral forums such as the ICN to be the appropriate method to solve antitrust issues at the international level.

Why should we expect the ICN to lead to convergence among competition policies of its members? Scholars working in the field of International Relations, especially those following institutionalist and constructivist theories, expect soft convergence to happen through socialization in international institutions. We can define socialization as "the process by which actors acquire different identities, leading to new interests through regular and sustained interactions within broader contexts and structures"<sup>62</sup>. How do international organizations (IOs) and transnational regulatory networks (TRNs)<sup>63</sup> such as the ICN act as sites and promoters of socialization? First, IOs and TRNs can shape behavior by creating material incentives for states to behave in particular ways, for instance, by providing material rewards for correct behavior or penalties for incorrect behavior. This is not likely to be the mechanism of convergence in the ICN -and indeed in most TRNs- which has voluntary membership and does not command material sources to reward or punish its member states.

Second, by creating familiarity, iterated face-to-face social interactions, IOs and TRNs create conditions conducive for persuasion and convergence around norms generated by the organization<sup>64</sup>. Persuasion "involves changing minds, opinions, and attitudes about causality and affect (identity) in the

---

<sup>61</sup> Gerber 1999, p.133.

<sup>62</sup> BEARCE, D.H. and S. BONDANELLA (2007), "Intergovernmental Organizations, Socialization, and Member-State Interest Convergence", *International Organization*, No: 61(04), p.706.

<sup>63</sup> SLAUGHTER, A.-M. (2004), *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton.

<sup>64</sup> JOHNSTON, A.I. (2001), "Treating International Institutions as Social Environments", *International Studies Quarterly*, No: 45(4), p.498.

absence of overtly material or mental coercion”<sup>65</sup>. According to Johnston, the actor in such a social environment “weighs evidence, puzzles through ‘counterattitudinal’ arguments, and comes to conclusions different from those he/she began with; that is, the ‘merits’ of the argument are persuasive, given internalized standards for evaluating truth claims”<sup>66</sup>. We can expect repeated interactions, frequent exchange of information, and attempts at reaching consensus about issues among the members of the ICN to create an environment conducive to such persuasion.

Third and finally, IOs and TRNs as social environments allow convergence through “the distribution of social rewards and punishments”<sup>67</sup>, in other words, through social influence. According to Johnston, identification with a group creates social pressures to conform as the actors are motivated to maximize their status and reputation as norm-abiding actors<sup>68</sup>. This type of socialization is more effective the clearer the consensus about what ‘good’ behavior looks like, and the more clearly the institution “makes acting a particular way public and observable”<sup>69</sup>. To the extent that the ICN’s members have strong consensus about certain competition policy principles, and to the extent that the organization facilitates information-sharing about members’ behavior, we can expect this third mechanism of socialization and convergence to occur in ICN.

Among these three ways of promoting convergence, the ICN seems to hold promise especially with regard to the second and the third. As a loose network organization based on voluntary membership, it lacks the resources to reward or punish its members materially. However, the ICN can promote convergence through persuasion and social pressures on its members to conform to the organization’s norms. Officials from different national competition authorities work together in an informal setting on a regular basis in ICN’s Working Groups and interact at its annual conferences, and thereby develop familiarity with one another. ICN allows for the sharing of experiences and information, and for deliberations on various principles of competition policy in an environment relatively isolated from political pressures and the complications of other economic issues. Fox argues that “in the WTO the mere prospect of committing their nations seemed to make the representatives

---

<sup>65</sup> Johnston 2001, p.496.

<sup>66</sup> Johnson 2001, p.496.

<sup>67</sup> Johnson 2001, p.499. Goodman and Jinks also discuss a similar mechanism of socialization, which they term ‘acculturation’. See GOODMAN, R. and D. JINKS (2004), "How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law", *Duke Law Journal*, No:54, p.621-703.

<sup>68</sup> Johnson 2001, p.499-502.

<sup>69</sup> Johnston 2001, p.501-2.



reluctant to talk freely about solutions to common problems”<sup>70</sup>. Moreover, antitrust authorities who lacked a table of their own before<sup>71</sup>, “know each other better today; they talk frequently. A shared belief in the importance of antitrust and the attendant relationships among enforcers has significantly diminished conflict”<sup>72</sup>. The fact that ICN “is all competition, all the time” helps actors divorce competition issues from other national considerations such as trade politics, and judge various arguments on their merits<sup>73</sup>.

The ICN may also prove effective in promoting convergence because it can create social pressures on its members. The ICN issues recommendations if its members reach a consensus. The implementation of its recommended practices is voluntary, but there is likely to be social pressure to adopt recommended practices. Since the ICN’s recommendations clarify what the “good” behavior is in that area, and since actions conforming to ICN recommendations are publicly observable, we can argue that actors are likely to feel social pressures to adopt ICN recommended practices.

Direct evidence on convergence of national competition policies within the ICN is sparse, however there are indications that some convergence is happening. One of the important areas in which ICN works is the issue of mergers. Mergers are included in the ICN’s work because their notification, investigation and approval are one of the most problematic issues of competition at the international level. The increasing number of cross-border mergers, the rising number of different national regulations to which the proposed mergers may be subjected to, and the frictions that some of the international merger cases created (such as the Boeing-McDonnell Douglas and G.E. Honeywell mergers) makes the issue of mergers a priority for international cooperation. The ICN has a Working Group on mergers, which has subgroups on different aspects of merger control such as Merger Notification and Procedures subgroup and Merger Investigation and Analysis subgroup.

An important output produced by the Merger Notification and Procedures subgroup is a set of non-binding Guiding Principles and Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures. The Guiding Principles provide a "roadmap" for agencies developing and revising their merger regimes and create convergence towards best practices in light of

---

<sup>70</sup> Fox 2009, p.158.

<sup>71</sup> Fox 2009, p.158.

<sup>72</sup> CALVANI, T. (2005), "Conflict, Cooperation and Convergence in International Competition", *Antitrust Law Journal*, No: 72(3), p.1131.

<sup>73</sup> International Competition Network 2010.

the experiences of public and private sector representatives<sup>74</sup>. Some of the Recommended Practices include extensive detail and therefore prescribe norm-conforming behavior in a specific manner<sup>75</sup>. The working group even compiled a list of conforming language from competition laws and regulations in an Implementation Handbook. As a consequence of these efforts, 34 ICN members had made conforming changes to their merger review regimes by 2006, up from 23 members the year before and eight the previous year<sup>76</sup>. Moreover, about 60 % of the members reported that they have either made or were planning to make changes that incorporated ICN's recommendations.

The adoption of ICN recommendations are not limited to countries with more recent anti-trust legislation and enforcement agencies. We observe norm-conforming behavior in the founding members with strong anti-trust tradition such as the EU and the US as well. For instance, Neelie Kroes, the former Competition Commissioner of the EU said that when the Commission's Directorate-General Competition revised its merger review regulations in 2004, it ensured that the new procedures are fully in line with the ICN recommendations<sup>77</sup>. Damro argues that the US officials similarly acknowledge pursuing convergent policies as a result of ICN's policy promotion. The ICN also states in its progress reports, for instance, that in keeping with the ICN's Recommended Practice on Transparency, the U.S. antitrust agencies "have made significant efforts to increase transparency in merger review by issuing in appropriate cases public statements upon closing of investigations. In a substantial departure from past practice, the U.S. agencies now may offer a reasoned explanation for clearance decisions that set a precedent or represent a shift in enforcement policy or practice"<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> MARTIN, C. (2005), "Contribution to the Panel Avoiding Potential Enforcement Clashes in Trans-border Merger and Dominance Cases" in *Insight Conference*, Montreal, Canada, June 16, [http://www.bureaudelaconurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Speech1877.pdf/\\$FILE/Speech1877.pdf](http://www.bureaudelaconurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Speech1877.pdf/$FILE/Speech1877.pdf), Access Date: 24.02.2010.

<sup>75</sup> ROWLEY, J.W. and A.N. CAMPBELL (2005), "Implementation of the International Competition Network's Recommended Practices for Merger Review: Final Survey Report on Practices IV-VII", *World Competition*, No: 28(4), p.537.

<sup>76</sup> MARTIN, C. (2006). "Report From Cape Town - The Fifth Annual ICN Conference", *Speech at Insight International Competition Law Conference*, Toronto, Canada, May 15-16<sup>th</sup>, <http://www.bureaudelaconurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02100.html>, Access Date: 26.02.2010.

<sup>77</sup> DAMRO, C. (2009), "The EU and Transatlantic Convergence: Setting a Joint Agenda in Competition Policy", *Scottish Jean Monnet Centre Working Paper Series*, No: 1(2), p.15.

<sup>78</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006), *A Statement of Mission and Achievements until May 2005*, Annual Conference, Bonn, Germany, [http://www.icn-bonn.org/ICN\\_Mission\\_and\\_Achievements\\_Statement.pdf](http://www.icn-bonn.org/ICN_Mission_and_Achievements_Statement.pdf), Access Date: 01.25.2010, p.7.

We should be cautious not to overstate the potential for soft convergence on aspects of competition policy in the ICN, however. In addition to the limitations of the ICN as a multilateral forum discussed above, there may also be natural limits to the degree of convergence that may be attained on competition policies. For instance, even in an area where interactions are intense and many pressures for convergence exist, such as in the European Union, convergence among the national competition policies of the EU countries has been relatively slow and incomplete<sup>79</sup>. The ICN itself “takes the view that any attempt at wholesale harmonization [of competition policies] would do injustice to the great diversity of the economic, institutional, legal and cultural settings prevalent in the home jurisdictions of its member agencies”<sup>80</sup>. Fox argues that ICN “has picked the low-hanging fruit,” and the problems ahead of it now are more controversial and harder to solve<sup>81</sup>. As the ICN delves into issues on which there is less global consensus, it will become more difficult to draft sharp, unambiguous and specific recommendations which can encourage compliance<sup>82</sup>.

Moreover, even if convergence were possible, it is not clear that this is desirable. For instance, Frederic Jenny, the former president of *Conseil de la Concurrence de France*, argues that Western-style anti-trust laws proved not to be the most relevant ones in transition economies, and that local political considerations, legal traditions and development levels could make retaining divergence among competition policies a more desirable option<sup>83</sup>.

## CONCLUSION

Globalization of markets has increased the need for regulation of international anti-competitive activity. National competition agencies are increasingly aware that national sovereignty has shrunk on some aspects of competition policy<sup>84</sup>. As a consequence, national, regional and multinational authorities have sought ways to cooperate more extensively over competition policy issues. The International Competition Network is a product of the thinking that multilateral and non-binding forms of cooperation can provide effective solutions to

<sup>79</sup> AMATO, G. (1997), *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, UK; DUMEZ, H. and A. JEUNEMAÎTRE (1996), "The Convergence of Competition Policies in Europe: Internal Dynamics and External Imposition", S. Berger and R. Dore (ed.), in *National Diversity and Global Capitalism*.

<sup>80</sup> International Competition Network 2006, p.2.

<sup>81</sup> Fox 2009, p. 173.

<sup>82</sup> BLUMENTHAL, W. (2004), "The Challenge of Sovereignty and the Mechanisms of Convergence", *Antitrust Law Journal*, No: 72(4), p.273.

<sup>83</sup> JENNY, F. (2003), "International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective", *The Antitrust Bulletin*, No: 48(4), p.986.

<sup>84</sup> Todino 2003, p.290.

problems of competition at the international level. It is an innovative virtual organization and a good example of a transnational governance network, a form of governance which has raised optimism among experts<sup>85</sup>.

This article has explored the advantages of the ICN over other forums of cooperation on competition issues in the international arena. It concludes that while the ICN has many advantages over other venues such as the OECD, UNCTAD or the WTO, there are limitations to its effectiveness in solving international competition problems. While its membership includes both developed and developing countries, the US and the EU (and its member states) are represented disproportionately in its leading positions. For developing countries, it might create resentment if the ICN is perceived as catering to the needs of a small group of developed countries. Second, the voluntary nature of compliance with ICN recommended practices detract from the effectiveness of its work. Available evidence shows that national competition authorities have started to act in conformity with its recommended practices, but more systematic evidence is needed to evaluate its effectiveness. Finally, the article also sought to evaluate the potential of the ICN to create soft convergence, a goal that its founding members had set for the ICN. The argument of this article is that while the ICN holds significant promise in encouraging socialization among its members and thus convergence over some aspects of competition policy, there may be natural and fundamental limits to the degree of convergence that can be achieved in competition policy.

---

<sup>85</sup> SLAUGHTER, A.-M. (2000), "Governing the Global Economy through Government Networks", M. Byers (ed.), in *Role of Law in International Politics*, p.177-205.

## BIBLIOGRAPHY

AMATO, G. (1997), *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, UK.

BAKER, D.I., A.N. CAMPBELL, M.J. REYNOLDS and J.W. ROWLEY (1997), "The Harmonization of International Competition Law Enforcement", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.s), in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, p.439-493.

BEARCE, D.H. and S. BONDANELLA (2007), "Intergovernmental Organizations, Socialization, and Member-State Interest Convergence", *International Organization*, No:61(4), p.703-733.

BENSON, S.E. (1980), "UN Conference on Restrictive Business Practices", *The American Journal of International Law*, No: 74(2), p.451-453.

BLUMENTHAL, W. (2004), "The Challenge of Sovereignty and the Mechanisms of Convergence", *Antitrust Law Journal*, No: 72(4), p.267-282.

BODE, M. and O. BUDZINSKI (2005), "Competing Ways Towards International Antitrust: The WTO versus the ICN", *Marburg Economics Working Paper*, No: 03-2005, Marburg, Germany, <http://ssrn.com/abstract=888682>, Access Date: 21.01.2010

CALVANI, T. (2003), "Devolution and Convergence in Competition Enforcement", *European Competition Law Review*, No: 24(9), p.415-423.

CALVANI, T. (2005), "Conflict, Cooperation and Convergence in International Competition", *Antitrust Law Journal*, No: 72(3), p.1127-1146.

CAMPBELL, A.N. and M.J. TREBILCOCK (1997), "Interjurisdictional Conflict in Merger Review", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.s), in *Competition Policy in the Global Economy*, p.89-126.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1995), *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules (Report of the Group of Experts)*, COM (95) 359, Brussels, Belgium.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2004), *EU Competition Policy and the Consumer*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2008), *Competition Policy: Bilateral Relations*, Brussels, Belgium, <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/bilateral/usa.html>, Access Date: 10.03.2008.

DAMRO, C. (2006), *Cooperating on Competition in Transatlantic Economic Relations*, Palgrave Macmillan, Basingstone, Hampshire and New York, US.

DAMRO, C. (2009), "The EU and Transatlantic Convergence: Setting a Joint Agenda in Competition Policy", *Scottish Jean Monnet Centre Working Paper Series*, No: 1(2), [http://www.gla.ac.uk/media/media\\_111548\\_en.pdf](http://www.gla.ac.uk/media/media_111548_en.pdf),  
Access Date: 10.02.2010.

DJELIC, M.L. and T. KLEINER (2006), "The International Competition Network: moving towards transnational governance", M.-L. Djelic and K. Sahlin-Andersson (ed.s), in *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, p.287-307.

DOERN, B.G. (1996), "The Internationalization of Competition Policy", B. G. Doern and S. Wilks (ed.s), in *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, p.302-326.

DREXL, J. (2003), "Do we need "courage" for international antitrust law? Choosing between supranational and international law principles of enforcement", J. Drexl (ed.), in *The Future of Transnational Antitrust-- From comparative to common competition law*, p.311-341.

DUMEZ, H. and A. JEUNEMAÎTRE (1996), "The Convergence of Competition Policies in Europe: Internal Dynamics and External Imposition", S. Berger and R. Dore (ed.s), in *National Diversity and Global Capitalism* p.216-238.

FOX, E.M. (2001), "Antitrust law on a global scale: Races up, down and sideways", D. C. Esty and D. Geradin (ed.s), in *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, p.348-363.

FOX, E.M. (2009), "Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network", *The International Lawyer*, No:43(Spring), p.151-174.

GERBER, D.J. (1999), "The US- European Conflict over the Globalization of Antitrust Law: A Legal Experience Perspective", *New England Law Review*, No: 34(4), p.123-143.

GOODMAN, R. and D. JINKS (2004), "How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law", *Duke Law Journal*, No:54, p.621-703.

GRAHAM, E.M. (2003), "Internationalizing" competition policy: an assessment of the two main alternatives", *Antitrust Bulletin*, No: 48(4), p.947-972.

GRIFFIN, J.P. (1999), "What Business People Want from a World Antitrust Code", *New England Law Review*, No: 34(4), p.39-45.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2009), Global Competition Forum, <http://www.globalcompetitionforum.org>, Access Date: 01.02.2010.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2001), *Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>, Access Date: 15.01.2010.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006), *A Statement of Mission and Achievements until May 2005*, Annual Conference, Bonn, Germany, [http://www.icn-bonn.org/ICN Mission and Achievements Statement.pdf](http://www.icn-bonn.org/ICN_Mission_and_Achievements_Statement.pdf), Access Date: 25.01.2010.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2010), *About the ICN*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>, Access Date: 25.01.2010.

INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (2000), *Final Report*, U.S. Government Printing Office, US, <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>, Access Date: 25.02.2010.

JENNY, F. (2003), "International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective", *The Antitrust Bulletin*, No: 48(4), p.973-1002.

JOHNSTON, A.I. (2001), "Treating International Institutions as Social Environments", *International Studies Quarterly*, No: 45(4), p.487-515.

KLEIN, J.I. (1996a), "International Antitrust: A Justice Department Perspective", B. E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law and Policy*, p.11-19.

KLEIN, J.I. (1996b), *A Note of Caution with Respect to Competition Policy on the WTO Agenda*, Speech Delivered at the Royal Institute of International Affairs, November 18, Chatham House, London, UK.

KRONTHALER, F. and J. STEPHAN (2007), "Factors accounting for the enactment of a competition law-an empirical analysis", *Antitrust Bulletin*, No: 52(2), p.137-168.

LOWE, P. (2006), "International Cooperation between competition agencies: Achievements and challenges", Speech at the 4th International Competition Forum, Seoul, Korea, [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_021\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_021_en.pdf), Access Date: 05.09.2009.

MARSDEN, P. (2003), *A Competition Policy for the WTO*, Cameron May, London, UK.

MARTIN, C. (2005), "Contribution to the Panel Avoiding Potential Enforcement Clashes in Trans-border Merger and Dominance Cases" in *Insight Conference*, Montreal, Canada, June 16,  
[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Speech1877.pdf/\\$FILE/Speech1877.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Speech1877.pdf/$FILE/Speech1877.pdf), Access Date: 24.02.2010.

MARTIN, C. (2006). "Report From Cape Town - The Fifth Annual ICN Conference", *Speech at Insight International Competition Law Conference*, Toronto, Canada, May 15-16<sup>th</sup>,  
<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02100.html>, Access Date: 26.02.2010.

PALIM, M.R.A. (1998), "The worldwide growth of competition law: an empirical analysis", *Antitrust Bulletin*, No: 43 (Spring), p.105-144.

PITOFISKY, R. (1996), "International Antitrust: An FTC Perspective", B. E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law and Policy*, p.1-9.

PITOFISKY, R. (1999), "Competition policy in a global economy - today and tomorrow", *Journal of International Economic Law*, No: 2, p.403-411.

RAUSTIALA, K. (2002), "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", *Virginia Journal of International Law*, No: 43, p.1-92.

RILL, J.F. and C.S. GOLDMAN (1997), "Confidentiality in the Era of Increased Cooperation between Antitrust Authorities", L. Waverman, W. S. Comanor and A. Goto (ed.s), in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, p.152-194.

SELL, S.K. (1995), "Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice", *International Organization*, No: 49(2), p.315-349.

SLAUGHTER, A.M. (2000), "Governing the Global Economy through Government Networks", M. Byers (ed.), in *Role of Law in International Politics*, p.177-205.

SLAUGHTER, A.M. (2004), *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton.

TODINO, M. (2003), "International Competition Network: The State of Play after Naples", *World Competition*, No: 26(2), p.283-302.



UNCTAD, *UNCTAD Guidebook on Competition Systems*, New York and Geneva, 2007.

WEINRAUCH, R. (2004), *Competition Law in the WTO: The Rational for a Framework Agreement*, Neuer, Vienna, Austria.

WOOD, D.P. (1992), "The Impossible Dream: Real International Antitrust", *The University of Chicago Legal Forum*, p.277-313.

WOOD, D.P. (2004), "Cooperation and Convergence in International Antitrust: Why the Light is Still Yellow", R. A. Epstein and M. S. Greve (ed.s), in *Competition Laws in Conflict*, p.177-188.

WOOLCOCK, S. (2007), "International Competition Policy and the World Trade Organization", Paper Prepared for *The LSE Commonwealth Business Council Trade Forum, South Africa*,  
<http://www2.lse.ac.uk/internationalRelations/centresandunits/ITPU/ITPUindexdocs.aspx>, Access Date: 01.03.2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2008), *Competition Policy: History*,  
[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec),  
Access Date: 12.03.2008.

ZANETTIN, B. and C.D. EHLERMANN (2002), *Cooperation between antitrust agencies at the international level*, Hart, Oxford, UK.

**ÜRÜN BAĞLAMA ve PAKET SATIŞLAR YOLUYLA  
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**  
*ABUSE OF DOMINANT POSITION VIA TYING OR BUNDLING*

**Bariş EKDİ\***

**Öz**

Ürün bağlama ve paket satış uygulaması gündelik yaşamımızda çok farklı çeşitlerde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu uygulamaların yaygın olması ve genel kabul görmesi bir anlamda onların etkinliklerine işaret etmekle birlikte, bu özellikle hakim durumda olan ya da piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerin yaptıkları bu tür uygulamaların piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz etkileri olabileceği de görülmektedir. Bu çalışmada, ürün bağlama ve paketleme uygulamalarının iktisadi çerçevesinin çizilmesini müteakip, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türkiye’de alınan kararlar ışığında bunların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ürün Bağlama, Paket Satışlar, Piyasayı Kapatma, Teknolojik Bağlama, Ölçümleme Uygulamaları.

**Abstract**

*Tying and bundling are common practices that we come across in different cloaks everyday. Even though their widespread application and recognition in business may point out their possible efficiencies, it is also seen that they may have anticompetitive effects, especially when they are employed by dominant undertakings or undertakings that have market power. In this paper, after exploring theoretical aspects of tying and bundling from the perspective of economics, prominent cases from three jurisdictions, namely US, EU and Turkish are discussed in order to bring a perspective on the assessment of tying and bundling practices.*

**Keywords:** *Tying, Bundling, Foreclosure, Technologic Tying, Metering.*

**1. GİRİŞ**

Ürün bağlama ve paket satışlar günlük yaşamımızda çok yaygın olsa da bunlardan ancak pek azını fark etmekte; fark ettiklerimizin de çok daha küçük

---

\* Rekabet Başuzmanı, LL.M.,M.B.A. Rekabet Kurumu. Burada yer verilen görüşler yazara ait olup herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte değildir.

bir kısmının rekabet hukuku açısından sorun olup olmayacağını sorgulamaktayız. Bunun bir nedeni genellikle alışkanlıklardır. Diğer nedeni de yeni bir ürünün meydana getirdiği üretim süreçlerinde de birçok parçanın birbirine bağlanmasının esas olmasıdır. En uç düzeyde düşünüldüğü takdirde; Bork'un da belirttiği üzere;

Herhangi bir ürünü satan birisi aslında bir tür bağlama uygulaması yapmaktadır. Bunun nedeni her ürünün ya da hizmetin ayrı ayrı satılabilecek daha küçük parçalara ayrılabilmesidir ve bir noktada satıcı ürünü daha fazla parçalara ayırmayı reddetmektedir<sup>1</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, düğmeler ayrı bir pazarı olan ürün kategorisi iken bir paltonun üzerinde düğmeler ile satılmasını ya da satıcının onları ayırma talebini reddetmesini yadırgamayız. Aynı şekilde, ayakkabıların sol ve sağ tekinin "çift" olarak satılması; otellerin genellikle yatak ile kahvaltayı -herşey dahil sistemlerde ise tesislerin yatağın yanı sıra tüm yiyecek ve içecekleri, animasyon vb. eğlence faaliyetlerini de paket halinde bizlere sunması; uçak biletlerinin gidiş-dönüş olarak birbirlerine bağlanması bu tür alışkanlıklara örnek iken satın aldığımız bilgisayarların aslında sabit disk, işlemci, ana kart, CD sürücüsü gibi parçaların birbirine bağlanmasından oluşması; satın aldığımız arabaların motor, fren sistemi, beş adet lastik ve radyo ile birlikte bizlere sunulması da ürünlerin üretim sürecinde birbirlerine bağlanmasına örnektir.

Bu çalışmanın amacı hakim durumdaki teşebbüslerin ürün bağlama ve paket satış uygulamalarının rekabet hukuku çerçevesinde ne şekilde değerlendirildiğinin incelenmesi ve yapılan incelemeler dikkate alınarak Türk rekabet hukuku uygulamasına yönelik öneriler getirilmesidir.

Çalışmanın bu bölümünde temel kavramlar ve bağlama anlaşmalarının türleri açıklandıktan sonra ikinci bölümde teşebbüsleri ürün bağlama ya da paket satışı yapmaya yönlendiren saikler incelenecek, iktisat disiplininin yardımıyla bunlardan hangilerinin hangi şartlar altında rekabet hukuk bağlamında ihlal teşkil edebileceğine dair kuramsal bir çerçeve çizilecektir. Üçüncü bölümün konusunu ise Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda konuya ilişkin olarak öne çıkan olaylar ve kararlar değerlendirilecektir. Dördüncü bölümün konusunu ise kuram ile uygulamanın karşılaştırılması ve Türk rekabet hukuku açısından gerek duyulabilecek politika önerileri oluşturmaktadır.

<sup>1</sup> BORK, R.H (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, Free Press, s.378-79.

Bu çalışmada yapılan inceleme açısından paketleme ve ürün bağlama uygulamalarını aşağıdaki şekilde tanımlamak mümkündür<sup>2</sup>:

- a) **Saf paketleme uygulaması**, A ile B ürününün ayrı ayrı sunulmayıp *bir arada* ve *sabit oranlarda* satılmasını ifade etmektedir. Bir arabanın dört-beş lastik ile satılması, ayakkabının sol ve sağ teklerinin bir arada satılması bu durumun en tipik örneğidir.
- b) **Karışık paketleme uygulamasında** A ile B ürünleri paket halinde satılır iken, bu ürünlerden birisini ya da ikisini ayrı ayrı satın almak da mümkün olmaktadır. Burada önemli olan paketin fiyatının ürünlerin ayrı ayrı fiyatlarının toplamından düşük olmasıdır. Örneğin, Microsoft Word, Excel, Powerpoint ürünlerini ayrı ayrı satın almak mümkün iken bunları (ve diğer bazı uygulamaları) Microsoft Ofis paketi halinde satın almak da mümkündür - ki bu durumda paketin fiyatı uygulamaların tek tek fiyatları toplamının çok altında olmaktadır.
- c) **Statik ürün bağlama uygulaması** esas itibariyle karışık paket satışı uygulaması ile bir tür münhasırlığın bileşimidir. Bu tür ürün bağlama uygulamalarında A ürünü satın almak isteyen kişiye aynı zamanda B ürünü de alması şart koşulmaktadır. A ürünü tek başına satılmamakta iken B ürünün tek başına satılabilmesi nedeniyle bu uygulama paket satışı olarak değil de ürün bağlama olarak adlandırılmaktadır. (Dolayısıyla müşteriler ya B ürünü ya da A-B paketini satın almak durumundadır.) Örneğin, bir bilgisayar oyunu olan *Halo* yalnızca *Xbox* formatındadır; bu nedenle oyunu oynamak isteyenlerin *Xbox* donanımına sahip olması gerekmektedir. Diğer yandan, *Xbox* donanımına sahip olmak için *Halo* uygulamasının satın alınması gerekmemektedir. Benzer şekilde, ülkemizde bu yıla kadar lig maçlarının tamamını izlemek için bir *Digiturk* platformuna üye olmak gerekir iken, *Digiturk* üyeliği için LigTV üyeliği gerekli değil idi. Değinen bu statik ürün bağlama örneklerden ilki (*Halo-Xbox*) teknik uyumluluktan, ikincisi de (*Digiturk-LigTV*) münhasırlık uygulamalarından kaynaklanmaktadır.
- d) **Dinamik ürün bağlama uygulamasında** ise temel olarak A ürünü satın alan kullanıcının B ürünü de satın alması gereklidir; ancak burada satın alınan B ürününün miktarı kullanıcıdan kullanıcıya değişmekte; satış zamanında kararlaştırılmaktan ziyade kullanıma göre zamana yayılmaktadır.

<sup>2</sup> NALEBUFF, B. (2003), "Bundling, Tying and Portfolio Effects Part I: Conceptual Issues", *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16. Ayrıca Bkz. ÜNLÜSOY, K. (2003), Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi. s.3-4; KOCABAŞ, B. (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi.

Böylelikle kullanıcılar bir anlamda A-B, A-2B, A-3B paketleri almaktadırlar. **Ölçümleme (metering)** de denilen bu uygulamanın en tipik örnekleri, büro makinelerine (yazıcı, fotokopi makinesi vb.) ile sarf malzemelerinin (toner, kartuş, kağıt, servis hizmetleri vb.) bağlanmasıdır. Kullanıcının kağıt ya da toner olmaksızın bu makineleri kullanamayacağı dikkate alındığında, bu tür uygulamalar aslında saf paketlemenin de bir türünü oluşturmaktadır. Ancak, ürünler sabit oranlarda satın alınmamakta, B ürününün satın alınması A ürününün kullanım yoğunluğuna göre değişmektedir.

- e) **Teknolojik bağlama** özü itibariyle saf paket uygulamasına benzer olmakla birlikte, teknik veya mekanik olarak birbirlerine bağlanan ürünlerin kolayca birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı koşulları ifade etmektedir<sup>3</sup>. Özellikle yeni ekonomide donanım parçalarının ve yazılımların bağlanması buna örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda yer verilen paketleme ve bağlama uygulamaları iktisaden farklı sonuçlara yol açsa da, rekabet hukuku bağlamında mahkemelerin veya kurumların bu uygulamaların tümünü aralarındaki farklılara bakmaksızın paketleme ya da bağlama başlığı altında tek tip şekilde değerlendirdikleri de görülmektedir.

## 2. ÜRÜN BAĞLAMA VE PAKETLEME UYGULAMALARININ İKTİSADİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 2.1. Teşebbüsleri Ürün Bağlama ve Paket Satış Uygulamaları Yapmaya Sevk Eden Nedenler

Herhangi bir teşebbüsün paketleme ya da bağlama uygulamalarını tercih etmesinin birçok farklı nedeni olmakla beraber bu nedenleri aşağıdaki beş başlık altında toplamak mümkündür:

- i. *Etkinlik Sağlayarak Maliyetleri Azaltma ya da Asgari Kaliteyi/ Performansı Koruma*<sup>4</sup>

Bağlama uygulamaları özellikle ölçek ve kapsam ekonomilerinin geçerli olduğu bazı durumlarda üreticilerin üretim ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf etmesini

<sup>3</sup> SCHWARTZ, R. M. (2010), “Confusing 'Bundling' with 'Tying' Under Article 82 Ec: 'Batteries included' or 'It only comes with fries’”, *Hastings Business Law Journal*, 6:145, s.154. Teknolojik bağlama ile ilgili olarak ekonometrik bir model için ise ayrıca bkz. GAYNOR, D. E. (2006) “Technological Tying”, *FTC Working Papers*, No.284.

<sup>4</sup> Ürün bağlama ve paket satışların maliyetlerin azaltılması ile ilişkisi konusundaki kuramsal yaklaşım ve bu yaklaşımın soğuk algınlığına yönelik ilaçlar, priz adaptörleri ve otomobil aksesuarları alanındaki uygulamaları için bkz. EVANS, D. S., ve M. SALINGER (2005). “Why Do Firms Bundle and Tie - Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law.” *Yale Journal on Regulation* 22:37.

sağlayabilir: Örneğin, bir ilaç üreticisi baş ağrısı ve soğuk algınlığı için farklı etken maddelere sahip iki ilaç üretmek yerine, söz konusu etken maddelerin ikisini de belirli dozlarda içeren ve iki rahatsızlığı da gidermeyi sağlayacak olan bir ilaç üreterek üretim, paketleme ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf edebilir<sup>5</sup>. Benzer bir şekilde otomobil satın alanların çoğunluğunun otomobili tekerlekleri ile birlikte satın almak isteyecekleri dikkate alındığında, otomobili tekerleksiz olarak satışa sunmak tüketiciler açısından da üreticiler açısından da ek maliyetlere neden olacaktır. Nitekim radyo, klima vb. birçok otomobil aksesuarlarının opsiyonel olarak alıcılara sunulmasının üretim maliyetlerini arttırdığını düşünen otomotiv üreticilerinin birçok özelliği standart donanım olarak kullanıcılara sunmaya başladıkları ya da araçları birkaç farklı segmente bölerek özellikleri ayrı ayrı sunmak yerine paket halinde sundukları görülmektedir<sup>6</sup>. Aynı şekilde, her bir bilgisayar uygulamasını ayrı ayrı CD'ler içinde satmak yerine birbirlerini tamamlayıcı uygulamaları bir paket olarak satmak üretici açısından üretim ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf sağlayacaktır<sup>7</sup>. Konuya ilişkin bir başka örnek de, bir kablo TV sağlayıcısının abonelerine aynı zamanda internet ve telefon hizmetleri sunarak kapsam ekonomilerinden<sup>8</sup> yararlanmayı tercih etmesidir<sup>9</sup>.

Bağlama ve paket satış uygulamaları kullanıcılar açısından da avantaj sağlamakta; örneğin kullanıcıları farklı bilgisayar parçalarını entegre etme zahmetinden kurtarmaktadır. Üreticinin bunu yapması durumunda asgari kaliteyi veya işlevselliği sağlayacak parçaların bir araya getirilmesi ve herhangi bir arıza durumunda diğer parçaları suçlayan donanımcılar yerine tek bir üretici ile muhatap olunması tüketici faydasını arttıracaktır. Benzer şekilde farkı sigorta üreticilerinden ev, araba, sağlık sigortası poliçeleri alınması yerine bir sigorta şirketinin paketinin benimsenmesi durumunda hangi boşlukların oluştuğu ve hangi risklerin kapsam dışında kaldığı ya da aynı risk için birden fazla ödememe yapılıp yapılmadığı gibi sorular da ortadan kalkmış olacaktır<sup>10</sup>. Keza

<sup>5</sup> AHLBORN, C., D. S EVANS, ve A. J. PADILLA (2004). Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality, The. *Antitrust Bulletin* 49: 287.

<sup>6</sup> Otomobil aksesuarları, soğuk algınlığı ilaçları ve priz adaptörlerine yönelik paket satışları konusundaki ayrıntılı çalışmalar için bkz. Evans ve Salinger, 2004.

<sup>7</sup> Nalebuff 2003, s.31.

<sup>8</sup> Kapsam ekonomisi, iki ürünün bir arada üretilmesi durumunda katlanılacak toplam maliyetin, bunların ayrı ayrı firmalar tarafından üretilmesi durumunda katlanılacak maliyetten daha az olmasını ifade eder. "Başka bir deyişle,  $X$  ve  $Y$  iki ayrı mal ve " $f$ " maliyet fonksiyonu iken " $f(x,y) < f(x,0) + f(0,y)$ " ise kapsam ekonomileri söz konusudur." (REKABET KURUMU, (????), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayınları, 1. Baskı.

[http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1\\_BASKI%20REKABET\\_TERIMLERI.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1_BASKI%20REKABET_TERIMLERI.pdf), s. 113) Erişim: 09.01.2010

<sup>9</sup> Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.34-36

<sup>10</sup> Nalebuff 2003, s.32

ayakkabıların çift olarak satılması -tek ayağı olan ya da ayakkabısının tekini kaybetmiş olan müşteriler açısından refah kaybına yol açmakla beraber- genel olarak tüketicilerin arama maliyetini, üreticilerin de pazarlama ve dağıtım maliyetini düşürecektir<sup>11</sup>.

## ii. Fiyatlamada Etkinliği Arttırma

Ürün bağlama ve paketleme uygulamaları açısından fiyatlama etkinliğine iki farklı cepheden yaklaşmak mümkündür:

### a. Çifte Tekelci Fiyatlamayı Önleme

Cournot 1838 yılında tamamlayıcı mallara ilişkin iki ayrı tekel yerine tek tekel olması durumunda fiyatların ucuzlayacağını göstermiştir<sup>12</sup>: Buna göre, pirinç yapmak için gerekli olan bakır ve çinko üreticilerinin ayrı ayrı tekelci fiyatlama yapması durumunda her iki ürüne de ihtiyaç duyan müşteriler ya bu ürüne olan taleplerini kısacaklar ya da hiç almamayı tercih edeceklerdir. Bunun nedeni her bir piyasadaki tekelin diğeri üzerinde negatif dışsallık yaratmasıdır. Oysa, bu firmaların birleşmesi durumunda tekelci firmanın belirlediği fiyat daha düşük olacak ve toplam talebin daha büyük bir kısmı karşılanabilecektir<sup>13</sup>. Bu nedenle, özellikle tamamlayıcı mallar söz konusu olduğunda bir firma bunları paket olarak sunmayı tercih edebilecektir. Ancak, söz konusu tamamlayıcı mallar sabit oranlarda değil de değişken oranlarda tüketiliyor ise ürünleri paket olarak sunup toplam kârı arttırma olanağı ortadan kalkmaktadır.

Ayrıca, birleşme ya da anlaşma sonucunda oluşacak fiyat, ürünlerin ayrı ayrı fiyatlarının toplamından az olsa dahi, bunun yine de tekelci fiyat olacağı unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra, satıcının fiyat ayrımcılığı yapabildiği ya da tüketicinin değerlendirmesine ilişkin tam bilgi sahibi olduğu durumlarda tüketici rantı yine azalacaktır. İkinci olarak modelin iki firmaya göre tasarlandığı, ancak bu tür bir durumun oligopolistik piyasalarda gerçekleşmesi durumunda rakiplerin dışlanmasına yol açabileceği unutulmamalıdır<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> CARLTON, D.W., ve M. WALDMAN. 2005. Theories of Tying and Implications for Antitrust. *SSRN eLibrary* (Temmuz). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=809304](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304), s.3-4. (Erişim: 12.10.2010)

<sup>12</sup> COURNOT, A. (1838). *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris: Hachette. İngilizce çevirisi: çev. N. Bacon, *Research into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, James and Gordon, Mountain Center, CA 1995.

<sup>13</sup> NALEBUFF, B. ve D. MAJERUS. (2003), "Bundling, Tying and Portfolio Effects Part 2: Case Studies", *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s.25

<sup>14</sup> Nalebuff 2003, s.38.

*b. Fiyat Ayrımcılığını Gerçekleştirme*

Fiyat ayrımcılığı ile ürün bağlama ya da paket satışlar ilişkisine ilişkin iki temel yaklaşımdan söz etmek mümkündür. Stigler müşterilerin farklı ürünlere farklı değerler atfettikleri durumlarda satıcının paket satış yaparak toplam kârını arttırabileceğini<sup>15</sup>, Bowman ise bir dayanıklı tüketim malına sarf malzemelerinin bağlanması suretiyle söz konusu mala daha çok talep gösteren tüketicilerden daha fazla gelir elde edilebileceğini<sup>16</sup> göstermiştir.

Evans ve Salinger tarafından basitleştirildiği haliyle Stigler'in örneği şu şekildedir<sup>17</sup>: Bir piyasada A ve B olmak üzere iki ürünün; I ve II olmak üzere de iki müşteri grubunun bulunduğunu ve her iki ürünün de marjinal maliyetinin "0" olduğunu varsayalım. Bunun yanı sıra Müşteri I, A ürünü için 10 TL<sup>18</sup>, B ürünü için 4 TL ödemeye razı iken Müşteri II A ürünü için 4, B ürünü içinse 11 TL ödemeye razıdır. Paketlemenin olmadığı durumda firma A ürünü için 10, B ürünü için de 11 TL talep edecek, toplam 21 TL kazanacaktır. Bu durumda tüketici rantı ise sıfır olacaktır. Firma ürünleri paket halinde satar ve pakete de 14 TL değer biçerse her iki grup tüketici iki ürünü de almış olacak; II. Müşteri grubu 1 TL rant elde edecek, firmanın kârı da 21 TL'den 28 TL'ye çıkacaktır. Bu örnekte görüldüğü üzere paket satış hem tüketiciler açısından hem de üreticiler açısından kazançlı bir alternatif olabilir<sup>19</sup>. Bu tür bir strateji özellikle ürünlerin değerlerinin negatif olarak ilişkilendirildiği veya birbirlerinden bağımsız olduğu durumlarda kârlıdır: Bu sayede tek el A-B paketini sunarak tüketicileri daha homojen bir değerlendirmeye yönlendirmekte ve tüketici rantının daha büyük bir kısmını alabilmektedir. Bir anlamda tek bir indirimle iki farklı ürün için talep yaratılmakta ve sayede klasik indirimlere oranla daha etkili olmaktadır<sup>20</sup>. Diğer yandan bu örneğin paketlemeden kaynaklanacak yararları odaklandığı, maliyetler hakkında herhangi bir şey demediği ve tüketicilerin zarar görmemesinin her zaman için genelleştirilemeyeceği unutulmamalıdır.

Bowman'ın yaklaşımı<sup>21</sup> ise dinamik ürün bağlama (ölçümleme) uygulamalarına ilişkindir. Buna göre, sağlayıcı dayanıklı tüketim malı ile sarf

<sup>15</sup> STIGLER G. J. (1968), *Organization of Industry*, The University of Chicago Press. s.165.

<sup>16</sup> BOWMAN, W. S. Jr. (1957) "Tying Arrangements and the Leverage Problem" *The Yale Law Journal* 67:19.

<sup>17</sup> Evans ve Salinger 2005, s.18.

<sup>18</sup> Orijinal metinde verilen örnekte para birimi olarak ABD doları kullanılmış iken, kolaylık açısından burada TL tercih edilmiştir.

<sup>19</sup> Bakos ve Brynjolfsson, özellikle de marjinal maliyetin sıfıra yakın olduğu yeni ekonomi ürünlerinde paketlemenin ürün maliyetini arttırmadan talebi arttırabileceğini belirtmektedir. Bkz. BAKOS Y. ve E. BRYNJOLFSSON (1999) Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency, *Management Science*, 45:1613

<sup>20</sup> Nalebuff, 2003, s.35-36.

<sup>21</sup> Bowman, 1957, s.23-24.



malzemesini birbirine bağlamakta, bu sayede dayanıklı tüketim malını daha ucuza satarak talebi arttırmakta, satıştan sonra ise kullanıcılardan sarf malzemeleri vasıtasıyla kullanım oranına göre bedel almaktadır. Bunun tüketiciler açısından faydası ise, ana ürünün (örn. yazıcı) görece ucuza satılması sayesinde ürünü daha az kullanacak olanların da ürüne erişebilmeleridir.

### iii. Rakipleri Dışlama ve Piyasayı Kapatma

#### a. Mevcut Rakipleri Dışlama

Daha önce değinilmiş olan Cournot modelinin oligopolistik piyasalara uyarlanması durumunda Nalebuff, bir firmanın ürün gamında bulunan tamamlayıcı iki ürünü paketleyerek -ya da tamamlayıcı mal üreticisi ile paketleme anlaşması yaparak - rakiplerini dışlayabileceğini göstermiştir. Yapılan simülasyonda, paketleme uygulamasını yapan firmanın kârı düşmesine rağmen rakibine daha çok zarar vermeyi başarabildiği görülmüş ve bu nedenle paketleme uygulamasının rakibi dışlama amacıyla da kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmıştır<sup>22</sup>. Bu uygulama kısa dönemde fiyatların düşmesi ile sonuçlanacağından tüketicinin yararına görünse dahi, özü itibarıyla yıkıcı fiyat uygulamasına karşılık gelmekte<sup>23</sup> ve uzun dönemde tekelleşmeye yol açabilmektedir.

#### b. Piyasaya Yeni Girişleri Engelleme

Klasik dönemdeki endişelerin temelini teşebbüsün bağlama aracılığıyla bir piyasadaki tekeli koruması ya da ikinci piyasayı tekelleştirmesi oluşturmakta iken Şikago Okulu<sup>24</sup>, iki piyasada tekeli olursa dahi elde edilebilecek tek bir tekeli kâr olduğu dikkate alındığında herhangi bir firmanın bunu yapmasının makul olmayacağını savunmuştur.

<sup>22</sup> Nalebuff, 2003, s.39-42.

<sup>23</sup> Bağlama uygulamaları ve yıkıcı fiyat ilişkisi için bkz. TIROLE, J. (2005), The Analysis of Tying Cases: A Primer, *SSRN eLibrary* (Competition Policy International, Vol. , No. 1, pp. 1-25, Spring 1). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702641](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702641). Tirole'ün aksine bağlama uygulamaları yoluyla yıkıcı fiyat uygulamasına eşdeğer bir etki yaratılmayacağını savunan bir görüş için bkz. CRANE, D. A. (2005) "Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation", *The University of Chicago Law Review*, Vol.72., No.1. s.27-84.

<sup>24</sup> Çoğunluğunu Şikago Okulu öğretim üyelerinin oluşturduğu bu grup, rekabet kurallarının amacının rakiplerin değil de tüketicilerin korunması olduğunu, bu nedenle devletin piyasalara gerekli olmadıkça müdahale etmemesi gerektiğini, çünkü bu tür müdahalelerin yarardan çok zarar getireceğini, bu bağlamda, fiyat tespiti ve pazar paylaşımına neden olan karteller, tekeli yaratan birleşmeler gibi piyasadaki etkisi net olan davranışlar dışında müdahaleye yer olmadığını savunmaktadır.

Ancak, Şikago sonrası yazına bakıldığında, her iki piyasada da tekell konumunda olan bir teşebbüsün, paketleme ya da bağlama uygulamaları vasıtasıyla olası rakiplerinin piyasaya girişini engelleyebileceği gösterilmiştir:

Whinston'un öne sürdüğü modele göre, A ve B ürünlerine ilişkin iki piyasada da tekell konumunda olan bir teşebbüs, bağlama anlaşmaları kullanarak ölçek ekonomileri gerektiren B ürünü piyasasına girmek isteyen potansiyel rakibinin asgari ölçüğe ulaşmasını engelleyebilir. Whinston çalışmasında (i) bağımsız ürünler ve homojen tüketici tercihleri, (ii) bağımsız ürünler ve heterojen tüketici tercihleri ve (iii) tamamlayıcı ürünler açısından ürün bağlama uygulamalarının tekell açısından kârlı bir strateji olacağını; tekellci firmanın bağlama ve düşük fiyatlama stratejisi sonucunda piyasaya girişini engelleyebileceğini ortaya koymuş; ancak teşebbüslerin çok farklı nedenlerle bağlama yapabileceğini ve bu kuramsal senaryoların gerçek yaşamdaki ve özellikle tüketici refahı üzerindeki etkilerini tam olarak kestirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>25</sup>.

Carlton ve Waldman'ın modeli de bağlama anlaşmalarının rekabetçi olan piyasadaki daha yüksek fiyat elde etmek amacıyla değil de tekellci piyasaya girişini engellemek için kullanılabileceğini göstermektedir: Söz konusu modelde tekellci piyasada üretilen ana ürüne rekabetçi piyasada üretilen tamamlayıcı ürünün bağlanması söz konusudur. Tekellci ürün tek başına kullanılabilir iken tamamlayıcı ürünün ana ürün ile birlikte kullanılması gereklidir. Tekellci firmanın tamamlayıcı ürün piyasasını da tekelleştirmesi durumunda ekstra kâr elde etmesi mümkün olmamasına rağmen tamamlayıcı ürün üretenlerin kendi piyasasına girebileceği yönünde bir tehdit algıladığı takdirde bu piyasadaki rakiplerini dışlama amacıyla bağlama uygulamasına başvurması ve bunda başarılı olması ihtimal dahilindedir<sup>26</sup>.

Her iki model de gerçek yaşamda çok rastlanmayacak derecede kısıtlama getiren önerilere ve varsayımlara dayanmaları yüzünden uygulanabilirliklerinin sınırlı olması ve rekabeti kısıtlamaya odaklanıp aynı süreçteki etkinlik kazanımları konusunda sessiz kalmaları nedeniyle eleştirilmiştir<sup>27</sup>.

Nalebuff, Whinston'un (1990) modelindeki varsayımları gevşeterek tekellci firmanın herhangi bir fiyat savaşına girmeksizin de tüketici

<sup>25</sup> WHINSTON, M. D (1990), "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *The American Economic Review* 80, no. 4 (Eylül): 837-859.

<sup>26</sup> CARLTON, D. W., ve M. WALDMAN (2002) "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", *The RAND Journal of Economics* 33, no. 2 (Summer): 194-220.

<sup>27</sup> Eleştiriler için bkz. Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.40-42; Evans ve Salinger 2005, s.3 ve 20.

tercihlerindeki farklılaşmadan yararlanarak rakiplerin yeterli ölçüğe ulaşmalarının engellenebileceğini göstermiştir<sup>28</sup>:

Buna göre, A ve B ürünlerine farklı oranlarda değer veren iki tüketici grubunun olduğunu, piyasadaki firmanın A ile B ürünlerini ürettiğini, piyasaya girmek isteyen rakibin ise yalnızca B ürünü ürettiğini; piyasadaki firmanın A+B paketini 1 TL'ye<sup>29</sup> sattığını varsayalım. Piyasaya girmek isteyen firma, B ürünü piyasadaki A+B paketinin fiyatının yarısına, yani 0,5 TL'ye sattığı takdirde ürünleri yalnızca B ürününe 0,5 TL'den fazla değer verenler ve A ürününe gerek duymayanlar tarafından tercih edilecektir. A ürününe 0,5 TL'den daha fazla değer verenler ise paketi almaya devam edecektir. Bir başka deyişle, A ürününe de ihtiyaç duymamaları halinde yeni giren firmanın B ürününe alacak potansiyel müşteriler, yerleşik firmanın paketleme stratejisi nedeniyle A+B paketini tercih edecek, yeni giren de potansiyel müşterilerin çok daha azına ulaşabilecektir. Bu sayede, yeni giren örneğin B ürününe talep edenlerin yarısına satış yapabilecek iken, paketleme uygulaması nedeniyle potansiyel alıcıların ancak % 25'ine satış yapacak; toplam kârı da ona göre düşecektir<sup>30</sup>.

Bu tür bir ortamda yerleşik firmanın A+B paketinin fiyatını düşürmesi de piyasaya girecek rakibini zorlayabilecek ikinci bir adımdır. Söz konusu stratejiyi oyun teorisi çerçevesinde değerlendiren Nalebuff, Nash Dengesinde<sup>31</sup> yerleşik firmanın fiyat indirimine giderek rakibini piyasaya girişini engelleme ve olası bir giriş sonrasında oranla daha fazla kâr elde etme olanağı yakalayabileceğini iddia etmektedir. Şöyle ki, yerleşik firmanın belirli bir ölçekte ve optimumda fiyatlamayı yaptığını, ancak paket satışları nedeniyle yeni girecek firmaya pazarın görece küçük bir kısmını bıraktığını dikkate alırsak, yerleşik firmanın fiyat indirimleri yeni gireni daha yüksek oranda fiyat indirimi yapmaya zorlayacak, yeni girenin kârları yerleşik firmaya oranla daha keskin bir şekilde düşecektir<sup>32</sup>. Dolayısıyla, paketleme uygulaması piyasaya girişi engellemekte etkin bir strateji olarak karşımıza çıkabilmektedir.

<sup>28</sup> Nalebuff, 2003,s.42-45.

<sup>29</sup> Orijinal metinde verilen örnekte para birimi olarak ABD doları kullanılmış iken, kolaylık açısından burada TL tercih edilmiştir.

<sup>30</sup> Nalebuff, 2003,s.42-45.

<sup>31</sup> Nash dengesi rakibinin stratejileri veri iken (oyuncunun rakipleri ile etkileşimde bulunma imkanının olmadığı durumda) her oyuncunun yapabileceğinin en iyisini yaptığına ilişkin bir strateji setidir. Dolayısıyla hiçbir oyuncunun seçimini değiştirerek kazancını arttıramadığı durum Nash dengesi olarak tanımlanabilir.

<sup>32</sup> Yerleşik firmanın paket satış stratejisi nedeniyle tek ürünle piyasaya girmek isteyen ancak sınırlı bir alanın kaldığı bir kurguda; Nalebuff'un Nash Dengesini dikkate alarak yaptığı hesaplamalar sonucunda, yerleşik firmanın paket fiyatını indirerek rakibinin yeterli kâr elde etmesini ve piyasaya girmesini engellemesi mümkündür. Örneğin, yerleşik firmanın paket fiyatının

Ayrıca, paketlemenin fiyat ayrımcılığı aracı olarak kullanılması durumunda ürünlerin değerleri arasında negatif bağıntı (korelasyon) olması esas iken burada ürünlerin değerleri arasında pozitif korelasyon bulunduğu takdirde piyasaya girenin her iki ürüne yönelik müşteri kitlesini de memnun etmesi gerekeceğinden, paketleme yerleşik firmanın her iki cepheyi de aynı anda korumasını sağlayacaktır. Dolayısıyla, ürünlerin değerleri arasında pozitif ilişkinin bulunduğu durumlarda paketleme uygulamalarının piyasaya girişi engelleme açısından başarı şansı daha yüksek olacaktır.

Tüm bu senaryolardaki en önemli husus bir piyasadaki tekel gücünün diğer piyasayı da tekelleştirmek amacıyla kullanılması değil, her iki piyasada tekel konumunda olan bir teşebbüsün bu konumunu korumak amacıyla paketleme uygulamasına başvurmasıdır. Bu tür bir durumda rakip, her iki piyasaya birden girmek durumunda bırakılacaktır. Örneğin, yalnızca Microsoft Word'e rakip bir ürünü üretebilen şirketin tüm Ofis paketi karşısında başarı şansı düşecektir. Bu nedenle, tüm pakete rakip bir ürün ortaya koyamadığı müddetçe sınırlı sayıda müşteriye hitap edebilecek ve ayakta kalabilecek ölçüğe ulaşması mümkün olmayabilecektir.

Bir kasaba otelinin öğle ve akşam yemeklerini konaklama hizmetine bağlaması durumunda ya da bunlar için rekabetçi piyasadakine yakın bir ücret talep etmesi durumunda civardaki lokantaların yeterli ölçüğe ulaşması mümkün olmayabilir; keza Microsoft'un Internet Explorer'ı öntanımlı olarak Windows işletim sistemine eklemesi Netscape'in kullanım oranını, dolayısıyla da Netscape için yazılacak uygulamaların sayısını azaltabilir; fotokopi makinelerine ilişkin servis hizmetlerinin makinelere bağlanması durumunda, bir yandan bağımsız servis sağlayıcılar piyasadan çıkmak durumunda kalabilir bir yandan da fotokopi makinesi üretmek isteyen kendi dağıtım ağını kurmak durumunda bırakılabilir<sup>33</sup>.

Yukarıdaki senaryolar dikkate alındığında, paketleme ve ürün bağlama uygulamalarının rakiplerin belirli ölçüğe ulaşmasını engelleme ya da onları iki piyasaya birden girmek durumunda bırakma sonucunu doğurabileceği,

---

1 TL'den 0.42 TL'ye düşürmesi durumunda elde edeceği kâr %25 oranında azalacaktır; ancak bu uygulama sonucunda rakibini de B ürününü fiyatını indirmeye zorlayacak ve rakibinin toplam kârının da % 87 oranında azalmasına neden olacaktır! Ayrıntılı bilgi için bkz. NALEBUFF, B. (2000), "Bundling", Yale ICF Working Paper, No. 99-14, [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=185193](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=185193) (Erişim: 10.02.2010), s. 10-12.

<sup>33</sup> Nalebuff 2003, s.54-55

dolayısıyla piyasayı kapatma ve rakiplerin maliyetini yükseltme amacıyla kullanılabilirliği anlaşılmaktadır<sup>34</sup>.

#### iv. Piyasaları Bölmek

Rakibin piyasaya girişinin engellenemediği durumlarda bile bağlama uygulamalarının piyasadaki rekabeti kısıtlamak amacıyla kullanılabilirliğini gösteren iki önemli çalışma mevcuttur.

Bunların ilkinde Carbajo, De Meza ve Seidman tekeli A ürünü ve rekabetçi B ürünü piyasalarını dikkate alarak, hem A hem de B ürününü üreten teşebbüsün paketleme yapmak yerine ürünlerini ayrı ayrı sunmayı tercih etmesi durumunda yalnızca A piyasasında tekeli fiyatlandırma yapabileceğini, B piyasasında ise rekabetçi fiyata razı olacağını; A ve B'yi saf paket olarak satmaya karar vermesi durumunda ise B ürününe yüksek değer atfeden müşterileri de çekebileceğini ve rakibine yalnızca B ürününe düşük değer atfeden müşteri bırakabileceğini ve bu sayede pazarı bölebileceğini göstermektedir. Bu durumda, B piyasasındaki rakip de kendisine kalan tüketicilere rezerv fiyatları<sup>35</sup> üzerinden ürün satma imkanını bularak bu uygulamadan kazançlı çıkabilecek; paketleme uygulaması bir anlamda uyumlu eylem için uygun zemin hazırlamış olacaktır<sup>36</sup>.

Chen'in modeline göre ise A ürünü piyasası düopolist bir piyasadır ve A ürününü üreten iki şirket de aynı zamanda rekabetçi bir piyasada satılan B ürününü de üretme kabiliyetine sahiptir. Ancak, bu firmaların her ikisi de A ürününü satıp kâr marjlarını düşürmek yerine bunlardan birisi A-B paketini, diğeri ise yalnızca A ürününü satarak pazarı bölüşebilir ve daha çok kâr elde edebilir. Bu durumda yalnızca A ürününü satan, B ürününü tercih etmeyen müşterilerin, diğeri de her iki ürünü birden talep eden müşterilerin ihtiyaçlarını karşılayacaktır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Ürün bağlama ve paketleme uygulamalarının yanı sıra, münhasırlık anlaşmaları yoluyla da rakiplerin maliyetini yükseltme, yeterli ölçüğe ulaşmasını engelleme, rakipleri iki piyasaya birden girmek zorunda bırakma ve dolayısıyla da piyasayı kapatmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, bağlama ve paket satış uygulamaları ile münhasırlığın etkileri aynı olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EKDİ, B. (2010), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisans Üstü Tez Serisi No.16., Ankara.

<sup>35</sup> Tüketicinin belirli bir mal için nihai olarak takdir ettiği değer. Fiyat ayrımcılığının temelinde alıcıları farklı gruplara bölerek ve alıcılar arasındaki arbitrajı engelleyerek tüketicilerin ürünlere rezerv fiyatlarına yakın bir miktarda bedel ödemelerini sağlama çabası vardır.

<sup>36</sup> CARBAJO, J., D. de MEZA, ve D. J SEIDMANN (1990), "A Strategic Motivation for Commodity Bundling", *Journal of Industrial Economics* 38: 283-98.

<sup>37</sup> CHEN, Y. (1997), "Equilibrium Product Bundling", *Journal of Business*, s.85-103.

*v. Gerçek Fiyatı Gizleme veya Fiyata Yönelik Algıyı Yönetme*

Teşebbüslerin ürün bağlama ya da paket satış uygulamalarını tercih etmelerinin bir diğer nedeni de, paket içindeki ürünlerin fiyatlarını gizlemek ve bu sayede tüketicinin daha az tercih edeceği ürünü daha yüksek fiyatla satma imkanına kavuşmak ya da tek başına satılan ürüne bilinçli olarak yüksek değer biçerek ürünün kalitesine yönelik algılamayı etkilemek olabilir.

Seyahat acentelerinin sigorta satışı bu durumlardan ilkinde örnek olarak verilebilir: Seyahat sigortasının zorunlu olduğu durumlarda acenteler seyahat (uçuş, konaklama vb.) ücretlerini düşük tutarak ve reklamlarında sigorta maliyetine değinmeyerek müşterileri çekmekte; ancak sigorta için rekabetçi piyasada olacağından daha fazla bedel talep ederek maliyet altında fiyat biçtikleri seyahat programlarını bu şekilde finanse etmektedir<sup>38</sup>. Söz konusu uygulamayı yapan firmaların iki piyasadan herhangi birinde hakim durumda olmadığı durumlarda, seyahat ile sigortanın bu şekilde paketlenmesinin rekabet hukukundan ziyade tüketici hukukunun konusunu oluşturduğu düşünülmektedir.

Microsoft'un PowerPoint adlı ürünün piyasaya sunma aşamasında uyguladığı taktik de ikinci duruma örnektir: Microsoft söz konusu dönem itibariyle standartların çok altında olan bu ürünü hem Ofis Paketinin içinde hem de ayrı olarak tüketicilere sunmuş, ancak ayrı olarak sunulan ürünün fiyatını çok yüksek olarak belirlenmiştir. Bu sayede tüketicilerin bir yandan ürünün çok kaliteli olduğu yönünde, bir yandan da Ofis paketini satın aldıklarında çok yüksek bir indirim elde ettikleri yönünde algılamaya sahip olması hedeflenmiştir. Ancak ürünün liste fiyatından talep eden kimse olmadığı için paketleme olmadığı durumda ürünün fiyatının gerçekte ne olacağı ve indirimin gerçek mahiyetinin ne olduğunun bilinmesi bir bakıma engellenmiştir<sup>39</sup>.

**2.2. Teşebbüsleri Ürün Bağlama ve Paket Satış Uygulamaları Yapmaya Sevk Eden Nedenlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

Bir önceki kısımda görüldüğü üzere, herhangi bir teşebbüsün paketleme ya da bağlama uygulamalarını tercih etmesinin maliyet etkinliği yaratmaktan rakiplerin piyasaya girişini engellemeye ya da tüketicilerin algısını etkilemeye kadar birçok farklı nedeni olabilir.

Buna karşın, söz konusu nedenlerin iktisat kuramı çerçevesinde ayrıntılı olarak analiz edilebilmesi - iktisat kuramının da gelişmesine paralel olarak ve Şikago Okulu'nun da etkisiyle- ancak son otuz yılda mümkün olabilmektedir.

<sup>38</sup> Nalebuff 2003, s.62

<sup>39</sup> Nalebuff 2003, s.62

Şikago Okulu'nun eleştirilerine dek, kaldıraç (*leverage*) kuramı<sup>40</sup> rağbet görmüş ve bağlama ve paketleme uygulamalarının amacının ancak ve ancak "bağlanan ürün"<sup>41</sup> piyasasını tekelleştirmek olabileceği yönünde bir yargı oluşmuştur.

Şikago Okulu bu yaklaşımı iki farklı cepheden eleştirmiştir: Bunlardan ilki, "tek tekeli kâr kuramı"dır ve bir firmanın ancak tek bir tekeli kâr elde edebileceği, bu nedenle ikinci piyasayı tekelleştirme sonucunda herhangi bir kazancının olmayacağına savına dayanmaktadır.

Bu çerçevede, biri tekeli diğeri de rekabetçi koşullarda üretilen iki ürünün talebi birbirinden bağımsız ise, rekabetçi ürünü tekeli ürüne bağlamak, tekeli ürünün üzerine vergi koymaktan farklı olmayacak ve tekeli ürüne olan talebi azaltacaktır. Diğer yandan biri tekeli diğeri rekabetçi koşullarda üretilen iki üründen bahsediyor ise ve bu ürünler sabit oranlarda tüketiliyor ise, tekeli bu ürünlerden ancak birinden tekeli kâr elde edebilecek<sup>42</sup>, dolayısıyla toplam kârında bir değişiklik olmayacaktır. Bu nedenle rekabetçi piyasayı tekelleştirmeye çalışmasının anlamı yoktur<sup>43</sup>. Hatta, rekabetçi piyasada daha etkin firmaların varlığı söz konusu ise bunların tamamlayıcı ürünü daha ucuza satarak ana ürüne olan talebin artmasını sağlaması mümkündür ve bu nedenle bazı durumlarda tekeli olan firma tamamlayıcı ürün piyasasının rekabetçi olmasını tercih edebilir.

Şikago Okulu'nun klasik yaklaşıma ikinci eleştirisi fiyat ayrımcılığı cephesindedir: Stigler, çalışmanın fiyat ayrımcılığına ilişkin bölümünde verilen örnekte de görüleceği üzere, bir firmanın paketleme uygulaması sayesinde hem toplam kârını hem de tüketici rantını arttırabileceğini; bu nedenle bu tür uygulamaların rekabet hukuku bağlamında yasaklanmaması gerektiğini savunmuştur<sup>44</sup>.

Şikago Okulu'nun savları da 1990'lı yılların başında çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Daha sonraki dönemlerde kaleme alınan eserlerde<sup>45</sup> ise bir yandan Şikago Okulu'nun savlarının ancak sınırlı durumlarda geçerli olduğunu

<sup>40</sup> "Leverage Theory: Bir pazardaki gücün diğeri bir pazara aktarılmasıdır." (Rekabet Kurumu, s. 113)

<sup>41</sup> Bağlama anlaşmalarında alıcı tarafından esas olarak talep edilen birinci ürüne "bağlayıcı veya bağlayan ürün", bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne "bağlanan ya da bağlı ürün" denilmektedir. (Rekabet Kurumu, s.54.)

<sup>42</sup> Tekelin tamamlayıcı iki ürününe birden neden tekeli fiyat uygulayamayacağına dair açıklama için bu çalışmanın "2.1.ii.a. Çifte tekeli fiyatlamayı önleme amacıyla paketleme" başlıklı kısmına bakınız.

<sup>43</sup> Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s 37-38

<sup>44</sup> Stigler (1968).

<sup>45</sup> Örneğin Whinston (1990), Carlton ve Waldman (2002, 2005a); Nalebuff (2000, 2003), Carbajo, De Meza ve Seidman (1990), Chen (1997).

gösterilmiş, bir yandan da yeni modellerle bağlama ve paketleme uygulamalarının iddia edildiği kadar masum olmayabileceğini kanıtlanmaya çalışılmıştır.

Örneğin, yukarıda da görüldüğü üzere Şikago Okulu'nun tek tek elci kâr savında tekecinin neden bağlama uygulaması yaptığı açıklanmamakta, sadece bunu yapmasının kârlı olmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca, iki ürünün farklı oranlarda tüketilmesi durumunda bu kuram geçerliliğini yitirmektedir; çünkü bu durumda tekel fiyat ayrımcılığı uygulama imkanına, dolayısıyla da ürünleri paketleme güdüsüne sahip olabilir.

Bunların yanısıra Whinston (1990), Carlton ve Waldman (2002, 2005a) ve Nalebuff (2003) öne sürdükleri modellerde tek elci bir firmanın bağlama ve paketleme uygulamalarıyla rakiplerinin piyasaya girişini engelleyebileceğini ve/veya tek elci kârını koruyabileceğini, Carbajo, De Meza ve Seidman (1990) ve Chen (1997) ise paket satışlarının piyasaları suni olarak paylaşmak amacıyla kullanılabileceğini göstermişlerdir.

Dolayısıyla, paketleme ve ürün bağlama uygulamalarının etkinlik sağlamanın yanı sıra rekabeti kısıtlama, bozma ya da engelleme amacıyla da kullanılabileceği dikkate alındığında, teşebbüslerin davranışlarını değerlendiren mahkemelerin ya da kurumların bu ayrımı iyi bir şekilde yapmaları önem kazanmaktadır.

### 3. REKABET HUKUKU AÇISINDAN ÜRÜN BAĞLAMA VE PAKET SATIŞLAR

#### 3.1. ABD Uygulaması

Bağlama uygulamaları ilk kez gündeme geldiğinde, ABD mahkemelerince mutlak bir biçimde (*per se*)<sup>46</sup> yasak olarak kabul edilmiş, ancak iktisat kuramındaki gelişime paralel olarak söz konusu yasak zaman içinde daha esnek bir hal almış ve giderek haklı sebep kuralına (*rule of reason*)<sup>47</sup> yaklaşmıştır.

<sup>46</sup> Rekabet hukukunda *per se* kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı saymak üzere benimsenmiştir. Bunlar yargısal sürecin pratik kurallarıdır. *Per se* kurallar, deneyimin ortaya çıkardığı belirli davranışların ciddi rekabet karşıtı sonuçlara neden olacağı ve iş gerekleri bakımından hemen hiç haklı çıkarılma yacağı durumlarda kabul edilmektedir. Bu itibarla, *per se* kurallar sınırlı yargısal kaynakların ekonomik kullanılmasını ve iş adamlarına yasalara uygun davranışlarla ilgili daha açık bir yol gösterme avantajına sahiptir. *Per se* yaklaşımı altında davacı, uygulamanın rekabet karşıtı etkilerini veya pazar etkilerini göstermek zorunda değildir. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.151)

<sup>47</sup> *Per se* kuralının alternatifi olan ve başta pazar yapısı olmak üzere tüm ilgili rekabet faktörlerinin değerlendirmeye alındığı yaklaşımdır. Bu yaklaşım altında, etkinliği ve rekabeti artırabilecek



Bu açıdan bakıldığında kararları üç temel dönem itibariyle incelemek mümkündür:

- *Klasik Dönem: Mutlak İhlâl Değerlendirmesi ve Aktarma (Kaldıraç) Kuramı*

Bağlama anlaşmalarına ilişkin ABD uygulaması 1917 yılında dek gitmektedir: Film gösterim makinelerine ilişkin patente sahip olan Motion Pictures, bu makinelerde rakip filmleri kullananların patent haklarını ihlal etmiş sayılacaklarını belirterek kendi ürettiği filmlerin kullanmasını şart koşturmuş. Yüksek Mahkeme, rakip filmleri kullanmanın patent hakkının ihlali sayılmayacağına, bilakis bu türde bir sınırlama getirilmesinin film gösterim makineleri piyasasındaki tekel gücünün başka bir piyasaya genişletilmesi anlamına geleceğini belirterek, aktarma kuramını ABD içtihadına sokmuştur<sup>48</sup>.

Birkaç yıl sonra ise, pamuklu kravat alan müşterilerine pamuklu çantaları da almayı şart koşan Gratz'ın uygulaması dava konusu olmuş, Yüksek Mahkeme Gratz'ın herhangi bir piyasada tekel konumunda olmadığını, tekelleşmeye yönelik bir niyetinin kanıtlanmadığını ve herhangi bir kamusal zararın ortaya çıkmadığını belirterek uygulamanın ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir<sup>49</sup>.

Bağlama uygulamalarına ilişkin olarak bir dizi dava da IBM firmasına karşı açılmıştır. Bunlardan ilkinde, IBM'in kart-delgi makinelerini kiralama aşamasında müşterilerine yine kendisinin ürettiği delgi kartlarını kullanma koşulunu getirmesini Amerikan Yüksek Mahkemesi ihlâl olarak değerlendirmiştir<sup>50</sup>. IBM davası bağlama anlaşmalarının zararlı etkilerini aktarım kuramına bağlaması ve pazar gücünün önemine dikkat çekmesi açısından önemlidir. Davada ayrıca "uygulamanın minimum kaliteyi sağlama amacıyla zorunlu olduğu" yönündeki savunma için yüksek bir standart getirerek davalının aynı amaca daha az kısıtlayıcı yollarla ulaşamayacağını kanıtlanmasını şart koşturmuş. Yüksek de olsa bağlama uygulamasına haklı nedenlerle izin verilebileceğinin belirtilmiş olması "mutlak ihlal" görüşünün zayıfladığına işaret etmektedir<sup>51</sup>.

Yine bu dönemde ön plana çıkan *International Salt Davası*'nın<sup>52</sup> özünde, konserve üretimine ilişkin iki makinenin patentini elinde bulunduran

---

ancak, bazı durumlarda rekabet karşıtı etkilere de sahip olabilecek teşebbüs davranışları değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.101)

<sup>48</sup> *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917)

<sup>49</sup> *FTC v. Gratz*, 253 U.S. 421 (1920)

<sup>50</sup> *IBM v. United States*, 298 U.S. 131 (1936)

<sup>51</sup> GELLHORN, E. ve W.E. KOVACIC (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Fourth Edition, St.Paul:MN.s.329

<sup>52</sup> *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947)

International Salt Şirketi'nin söz konusu makineleri kullananlara bu makinelerde - piyasa fiyatı ile aynı olduğu müddetçe- kendisi tarafından üretilen tuzu satın alarak kullanmalarını şart koşması yer almaktadır. Mahkeme dava konusu uygulamayı mutlak rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. Münhasırlık anlaşmalarının değerlendirildiği *Standard Stations Davası*'nda<sup>53</sup> da münhasırlığın etkinlik yaratıcı sonuçlarının da olabileceği belirtilir iken "**bağlama anlaşmalarının rekabetin kısıtlanmasından başka bir amaca hizmet etmeyeceği**" vurgulanmış; bu dönemde alınan kararlarda da bu uygulama mutlak ihlal olarak dikkate alınmıştır.

*Times-Picayune Publishing Davası*'nın<sup>54</sup> konusu bir sabah ve bir de akşam gazetesi yayınlayan bir şirketin her iki gazetede reklam yerlerini bağlaması ve reklam verenlere iki gazeteye birden reklam vermelerini şart koşmasıdır. Yüksek Mahkeme bu davada bağlama anlaşmalarının Clayton ve Sherman yasaları açısından farklı testlere tabi olduğunu; firmanın bağlayıcı ürün piyasasında tekel gücüne sahip olması veya bağlanan ürün piyasasındaki rekabeti önemli derecede kısıtlaması durumunda Clayton Yasası uyarınca sorumlu tutulabileceğini, Sherman Yasası açısından ise yukarıda yer verilen iki koşulun da bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme, davalının "hakim durumda" olmadığına ve sabah ve akşam gazetelerindeki reklam yerlerinin "ayrı ürünler" olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla da herhangi bir ihlalin oluşmadığına karar vermiştir.

*Northern Pasific Davası*'nda<sup>55</sup> ise, Amerika'nın kuzeybatı eyaletlerinde milyonlarca dönümlük araziye sahip olan Northern Pasific Demiryolu Şirketi'nin bu arazilerin satışı ya da kiralanması esnasında ilgiliye söz konusu arazide üreteceği malları -taşıma fiyatı rakip demiryollarının uyguladığı fiyatlarla aynı olduğu müddetçe- Northern Pasific vasıtasıyla taşınmasını şart koşması dava edilmiştir. Mahkeme dava konusu uygulamayı mutlak rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda yer verilen klasik bağlama davalarından farklı olarak 1970-1980 döneminde bir dizi "teknolojik bağlama" davası da mahkemelerde karara bağlanmıştır: IBM'in yapmış olduğu tasarım değişiklikleri ile veri disklerini merkezi işlemciye bağlamasına karşı diğer bir disk üreticisi tarafından açılan

<sup>53</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, s.305-306 (1949). Kararda esas itibarıyla Standard'ın yapmış olduğu münhasırlık anlaşmaları değerlendirilmektedir. Ancak, yargıç münhasırlığın olumlu etkileri olabileceğini anlatmak maksadıyla bunu bağlama anlaşmaları ile karşılaştırma ihtiyacı duymuş ve böylelikle herhangi bir tartışmaya dayanmaksızın dosya ile doğrudan ilgisi olmamasına rağmen bağlama anlaşmalarına ilişkin verilen bu hüküm uzun yıllar boyunca bağlama anlaşmalarına ilişkin temel yaklaşımı şekillendirmiştir.

<sup>54</sup> *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953)

<sup>55</sup> *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)

davada mahkeme bu uygulamanın tekelleşme teşebbüsünden ziyade maliyetleri düşürmeye yönelik bir uygulama olduğuna hükmetmiştir<sup>56</sup>. Yine IBM'in ana bilgisayarlara sistem yedekleme araçlarını entegre etmesi, teknolojik olarak birbirlerine bağlı parçaların bir araya getirilmesi olarak değerlendirilerek hukuka uygun bulunmuştur<sup>57</sup>. Bir başka davada ise diskler ile kafa motorlarının birbirlerine bağlanması yine aynı şekilde ihlal olarak kabul edilmemiş<sup>58</sup>; bir diğerinde IBM'in merkezi işlemciler ile bazı çevre birimlerinin birbirlerine bağlanmasını sağlayan arayüzün tasarımında değişikliğe gitmesi (böylelikle işlemci ile çevre birimlerini bağlaması) rekabetin gerektiğinden fazla kısıtlanması olarak kabul edilmemiş<sup>59</sup>, bir başka davada da IBM'in merkezi işlem birimine hafıza ve ekstra kontrol unsurları eklemesinin hukuka aykırı bir bağlama olduğuna dair iddia da reddedilmiştir<sup>60</sup>. Aynı konuda açılan bir başka davada da mahkeme "mahkemelerin ürün tasarımlarına ilişkin karar verme konusunda doğru merciler olmadığı" yönünde karar vermiştir<sup>61</sup>.

Şu ana kadar değinilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, klasik dönemde mahkemeler bağlama anlaşmalarının ardındaki temel motivasyonun pazar gücünün bağlanılan üründen bağlanan ürüne aktarılması kuramına dayanarak görece karmaşık bir mutlak yasak kuralını uygulamışlardır.

Bu çerçevede yapılan analizlerde üç temel unsur bulunmaktadır: (i) Piyasa gücü, (ii) aktarım mekanizması ve (iii) zorlama. Dolayısıyla şikayetçiden her üç unsuru da kanıtlaması beklenmiş ve davalının buna karşı iyi bir mazeretinin olmadığı durumlarda dava kolaylıkla kabul edilmiştir. Ancak mahkemeler zaman zaman "ürün bağlama anlaşmasını karşı tarafa kabul ettirmiş olmanın pazar gücüne delalet ettiği" gibi totolojik sonuçlara yol açabilecek değerlendirmeler yapmış<sup>62</sup>, aktarım mekanizmasının varlığı ve kullanımı herhangi bir iktisadi temele dayanmaksızın neredeyse dogmatik bir şekilde kabul edilmiş; bazı davalarda<sup>63</sup> bağlanan ürüne/hizmete ilişkin koşul ancak söz konusu ürünün ya da hizmetin piyasa koşullarında verilmesi ile sınırlı iken (ve karşı taraf piyasada bağlanan ürünü/hizmeti piyasada daha ucuza bulduğunda bundan yararlanmakta serbest iken) dahi teşebbüslerin "zorlama" yaptıkları kabul edilerek üç koşulu da sağladıklarına hükmedilmiştir.

<sup>56</sup> *California Computer Products Inc v. IBM*, 613 F.2d 727 (1979)

<sup>57</sup> *Innovation Data Processing, Inc. v. IBM*, 585 F. Supp. 1470, 1476 (1984)

<sup>58</sup> *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 448 F. Supp. 228 (N.D. Cal. 1978)

<sup>59</sup> *Memorex Corp. v. IBM*, 636 F.2d 1188 (9 th Cir. 1980)

<sup>60</sup> *Transamerica Computer Co. v. IBM*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 955 (1983)

<sup>61</sup> *Telex Corp. v. IBM*, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973)

<sup>62</sup> Bkz. *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*.

<sup>63</sup> Bkz. *International Salt Co. v. United States* ve *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*.

Söz konusu davaların bir diğer önemli özelliği ise, “tekel gücünün aktarılması” kuramına dayanılmasına rağmen davaların Sherman Yasası’nın tekelleşmeye yönelik 2. maddesinden ziyade “ticareti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklaması”na yönelik 1. maddesi çerçevesinde veya Clayton Yasası’nın dikey anlaşmalara yönelik 3. maddesi uyarınca gündeme gelmiş olmasıdır. Kısaca özetlemek gerekir ise, mahkemelerin bağlama uygulamalarına yaklaşımının bu dönemde genellikle çok katı olduğunu söylemek mümkündür.

Bu davaların istisnasını ise -ya da ürün bağlama anlaşmalarına ilişkin geçerli bir savunmayı- *Jerrold Electronics Davası*’nda<sup>64</sup> görmek mümkündür: Bu dava uyarınca, yeni bir pazara girmek amacıyla yapılan ürün bağlama uygulaması mahkeme tarafından makul bir sınırlama olarak görülmüştür.

Diğer yandan, zaman içinde sözleşme bazlı ürün bağlama anlaşmaları ile teknolojik bağlama (bir bütünü oluşturacak nitelikteki parçaların birbirine bağlanması) anlaşmaları arasında bir farklılık oluşmaya başlamış ve mahkemeler, özellikle son yıllardaki Microsoft davasına kadar teknolojik bağlama uygulamalarından uzak durma eğiliminde olmuştur.

- *Şikago Okulu’nun Etkileri: Mutlak İhlâl Kuralının Yumuşaması*

Şikago Okulu neredeyse karteller dışındaki tüm eylemlerin etkinlik yaratma amacına hizmet ettiğini ve bu nedenle mutlak olarak hukuka uygun sayılması gerektiği yönündeki iktisadi savları ile ABD antitröst uygulamasını büyük ölçüde etkilemiştir. Şikago Okulu’nun iktisat kuramı çerçevesindeki savları bir sonraki bölümde değerlendirilecek olmakla beraber bağlama anlaşmalarına ilişkin bu döneme denk gelen belli başlı mahkeme kararlarında öne çıkan hususlar aşağıda belirtilmiştir:

*Fortner II Davası*<sup>65</sup>, US Steel’in arsa satın alıp imar edeceklere söz konusu arsalarda kendi ürettiği prefabrik evleri satın alması koşuluyla kredi kolaylığı sağlamasına ilişkindir. Mahkeme bu olayda kredileri bağlanan ürün, prefabrik evleri de bağlanan ürün olarak değerlendirmeye almış; ancak US Steel’in kredi piyasasında herhangi bir maliyet avantajının olmadığını ve piyasadaki konumunun bağlama uygulamasının ihlal sayılmasına yetecek derecede güçlü olmadığını dikkate alarak davayı reddetmiştir. Mahkeme ayrıca bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından -klasik doktrine uygun bir şekilde- iki yeni ölçüt daha getirerek mutlak ihlal yaklaşımının uygulama alanını daraltmaya çalışmıştır: Bunlardan ilki, bağlanan ürünün değişken miktarlarda piyasaya sunulmadığı ve bu nedenle uygulamanın fiyat ayrımcılığına imkan verecek şekilde kullanılamayacağı görüşüdür ki buradan bağlama anlaşmalarının

<sup>64</sup> *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545, 560

<sup>65</sup> *Fortner Enterprises, Inc v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 513-514 (1969) [Fortner II]

fiyat ayrımcılığı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. İkinci olarak da paketin piyasadaki fiyatı ile karşılaştırma yapılmaksızın bağlama uygulamasının ihlal olduğuna hükmetmek uygun olmayacaktır -ki bu da ihale karar vermeden önce tüketicilerin zarar gördüğünün ispatı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu dava ile birlikte doktrine “fiyat ayrımcılığı” ve “tüketici zararı”nın eklenmesi ile mutlak ihlal yaklaşımının uygulama alanı daraltılmış olmaktadır<sup>66</sup>.

*Jefferson Parish Davası*'nda<sup>67</sup> ise bir hastanenin anestezi hizmetlerini ameliyat hizmetlerine bağlaması dava konusu olmuştur. Söz konusu dava, bağlama uygulamaların değerlendirilmesi açısından iki önemli unsurun daha analiz sürecine katılmasını sağlamıştır: Bunlardan ilki “*ayrı ürün*” unsurudur. Buna göre, bağımsız bir talebe veya kendi başına ticarete konu olabilen iki farklı ürün veya hizmet olmadığı müddetçe ürün bağlamadan söz edilemeyecektir. Söz konusu dava özelinde ise “anestezi hizmetleri” ile “ameliyat hizmetleri” iki ayrı ürün olduğuna hükmedilmiştir. İkinci unsur ise, piyasa gücünün tanımına veya derecesine ilişkindir: Mahkeme hastanenin ilgili yerel coğrafi pazardaki nüfusun yalnızca % 30'luk bir kısmına hizmet verdiği ve bu açıdan bakıldığında Jefferson Parish Hastanesi'nin piyasa gücüne sahip olmadığına, “*klasik doktrinin öngördüğü 'zorlama' şartının kabul edilmesi ve dolayısıyla bağlama anlaşmalarının ihlal olarak değerlendirilebilmesi için Sherman Yasası'nın 2. maddesinin uygulanmasını gerektirecek düzeyde bir piyasa gücüne ihtiyaç duyulduğuna*” hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında, doktrinin *Standard Stations Davası*'nda ortaya konulan algılamadan çok daha farklı bir noktaya geldiğinden ve “mutlak ihlal” kavramının uygulanmasının “iki ayrı ürün” ve “önemli derecede piyasa gücü” koşullarıyla daha da sınırlandırıldığı görülmektedir. Buna rağmen ileride de değinileceği üzere *Jefferson Parish Davası* sonucunda getirilen test de eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır.

- *Şikago Sonrası Dönem: Haklı Sebep Kuralına Doğru*

Şikago sonrası dönemde gündeme gelen *Eastman Kodak Davası*'nda<sup>68</sup> fotokopi makineleri üreten ve aynı zamanda bunlar için yedek parça ve servis hizmetleri sağlayan Kodak'ın yedek parçaları Kodak'tan satın alınan servise bağlaması dava edilmiştir. İlk bakışta bu uygulama klasik bağlama uygulamalarına paralel olarak Kodak'ın servis hizmetlerini de tekelleştirme çabası olarak algılanabilecek iken Kodak'ın kendi yedek parçaları üzerinde tek el konumunda olmasına rağmen fotokopi makinesi piyasasının rekabetçi olması ve Kodak'ın

<sup>66</sup> Hylton ve Salinger 2001, 12

<sup>67</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984)

<sup>68</sup> *Eastman Kodak v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992).

bu piyasada pazar gücüne sahip olmaması bu davayı diğerlerinden farklılaştırmaktadır.

Yüksek Mahkeme bu davada bilgi eksikliği, geçiş maliyetleri (*switching costs*) gibi piyasa aksaklıkları nedeniyle orijinal ekipman (fotokopi makineleri) piyasasındaki rekabetin satış sonrası hizmetlerde tekelleşme oluşmasını engelleme açısından yeterli olmayabileceği kanaatine ulaşmış ve Kodak'ın uygulamalarını hukuka aykırı bulmuştur. Dolayısıyla bu dava bir yandan bağlayıcı ürün piyasasındaki pazar gücü gereksinimini ortadan kaldırmak suretiyle Jefferson Parish Testinden ayrılmakta ve ihlâl olabilecek durumların kapsamını genişletmekte, bir yandan da *Jefferson Parish Davası*'nda ortay konulan “sınırlı mutlak ihlal kuralı” ve “iki ayrı ürün koşulu”nu onaylamaktadır.

Ancak, daha sonraki dönemlerde mahkemelerin hem *Jefferson Parish* hem *Eastman Kodak*'ı aynı anda dikkate aldığına emsal göstermekte zorlandığını ve *Eastman Kodak* ile getirilen ilkelerin sadece teşebbüslerin ürün satıldıktan sonra servis politikalarını değiştirmeleri ile sınırlı durumlarda uygulandığını; orijinal ürün piyasasında hakim durumda olmayan bir firmanın ürünü ile servis hizmetlerini birbirlerine bağlayacağını önceden belirtmesi durumunda Sherman Yasası uyarınca sorumlu tutulmadığını söylemek mümkündür<sup>69</sup>.

ABD'deki uygulamalar açısından dönüm noktası oluşturan bir diğer kararlar ise Microsoft davalarıdır: Daha önceki IBM davalarında görüldüğü üzere, klasik bağlama doktrinin teknolojik bağlama uygulamaları açısından çok sınırlı bir şekilde ve genellikle de şikayet edilenlerin lehine uygulandığını ve mahkemelerin bu uygulamaları ihlal saymadığını söylemek mümkündür. Ancak Microsoft davaları ile teknolojik bağlama uygulamaları bir bakıma dokunulmazlıklarını yitirmişler, bu arada klasik doktrin de haklı sebep kuralına yaklaşmıştır.

*Caldera Davası*'nda<sup>70</sup> Microsoft'un Windows 95'i piyasaya sürmesi ile birlikte Windows'u MS-DOS'dan ayrı satmayı reddetmesi (Windows'u MS-DOS'a bağlaması) mahkeme tarafından klasik IBM davalarından ve teknolojik entegrasyondan farklı olarak değerlendirilmiş ve “iki ürünün bağlanması vasıtasıyla önemli oranda teknolojik gelişme sağlandığının

<sup>69</sup> HYLTON, K. N., ve M. SALINGER (2001), “Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *Antitrust Law Journal* 69:469; s.13. Ayrıca bkz. *Metzler v. Bear Automotive Service Equipment Co.*, 19 F. Supp.2d 1345, 1357 (S.D. Fla. 1998); *Lee v. Life Ins. Co. of N. Am.*, 23 F.3d 14, 19 (1994); *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza Inc.*, 124 F.3d 430, 440 (3d Cir. 1997).

<sup>70</sup> *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp.2d 1295 (D. Utah 1999).

*kanıtlanamadığı durumlarda*” bu uygulamaya izin verilmemesine hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında Caldera Davası “bağlama uygulamasının bazı avantajlar getirdiğine dair makul gerekçeler” sunulduğu takdirde uygulamanın hukuki sayılacağını belirten *Microsoft II Davası*’ndan<sup>71</sup> farklılaşmaktadır. *Caldera* ispat yükünün büyük çoğunluğunu davalıya bırakırken *Microsoft II* ispat yükünün neredeyse tamamını şikayetçiye bırakmakta, bir anlamda teknolojik bağlama anlaşmalarını fiilen mutlak olarak yasal (*per se legal*) hale getirmektedir<sup>72</sup>.

*Microsoft III Davası*’nın<sup>73</sup> konusu ise, Microsoft’un Internet Explorer’ı (IE) Windows İşletim Sistemine bağladığına yönelik iddialardır. Söz konusu iddialar 1997-2002 yılları arasında birçok ardıl karara konu olmuştur: Bu kararlarda gündeme gelen en önemli hususlardan birisi Windows 95 ile IE’nin ayrı ayrı ürünler olarak mı değerlendirilmesi gerektiği yoksa “bütünleşik bir ürün” olarak mı dikkate alınması gerektiğidir. Microsoft, “bütünleşik ürün”ü “ayrı ayrı da kullanılabilen, ancak bir arada kullanıldıkları takdirde birbirini tamamlayan işlevlerden oluşan bir bütün” olarak tanımlamış; Windows ile IE’nin işlevsel açıdan eksiklik yaratma riski olmadan birbirlerinden ayrılamayacağını, bu nedenle de iki farklı ürünün bağlamasından söz edilemeyeceğini savunmuştur<sup>74</sup>. Tüm dava süreci boyunca da Microsoft, Internet Explorer yazılımı, uygulaması ya da ürünü yerine “Internet Explorer Teknolojileri” ifadesini kullanmıştır<sup>75</sup>. Yargıç Jackson, ilk dosyada yukarıda yer verilen tartışmanın ayrıntılarına girmeksizin Microsoft’un işletim sistemini lisanslayanlara IE’yi de lisanslama zorunluluğu getiremeyeceğine ve bu yöndeki uygulamalarına son vermesine yönelik bir tedbir kararı vermiştir<sup>76</sup>.

Bu karara karşı Microsoft’un başvurusunu değerlendiren Temyiz Mahkemesi ise “bütünleşik ürün”ü, “ayrı ayrı da pazarlanabilen nitelikteki farklı işlevleri bir araya getiren ve bu sayede işlevlerin kullanıcı tarafından ayrı ayrı satın alınıp birleştirilmesi durumunda ortaya çıkmayacak avantajları da sunan ürün”<sup>77</sup> olarak tanımlamış ve böylelikle davalı tarafından tüketiciler lehine makul bir avantaj yarattığının ortaya konulabildiği durumlarda “bir araya getirmenin (*combinaton*)” makul görülebileceğine; dava bazında da IE’nin

<sup>71</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998)

<sup>72</sup> Hylton ve Salinger (2001) s.5.

<sup>73</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000)

<sup>74</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537 (D.D.C. 1997), rev’d, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998). s.541

<sup>75</sup> CHIN, A. (2005), “Decoding Microsoft”, *Wake Forest Law Review*, Vol.40(1), s.36.

<sup>76</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. s.541.

<sup>77</sup> “a product that combines functionalities (which may also be marketed separately and operated together) in a way that offers advantages unavailable if the functionalities are bought separately and combined by the purchaser.” *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 948 (D.C. Cir. 1998).

Windows 95 ile sağlanan grafik arayüzünü kullandığı, IE kodlarının ise İnternete erişmenin yanı sıra Windows açısından önemli işlevler üstlendiğini ve aynı kodları paylaşmaları nedeniyle iki farklı üründen bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>78</sup>. Dolayısıyla karar bozularak dava alt mahkemeye gönderilmiş, bu arada da Microsoft, kısmen bu sonuçlardan da yararlanarak Windows 98'i IE ile birlikte piyasaya sürmüştür.

Bunun hemen ardından ABD Adalet Bakanlığı ile 20 Eyalet Microsoft aleyhine muhtelif davalar açmış; bu davalarda toplam altı konuda Microsoft aleyhine suçlamalarda bulunulmuştur<sup>79</sup>. IE'yi Windows'a bağlanması da bu suçlamalar arasında yer almaktadır. Söz konusu davaların hepsi bir araya getirilerek tek bir dava olarak görülmüş, verilen ara kararda "PC işletim sistemlerindeki tekel gücünün İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirmek amacıyla kullanılması"na yönelik "aktarım/kaldıraç" iddiaları yargıç tarafından tek tekelci kâr kuramı çerçevesinde reddedilmekle birlikte<sup>80</sup>, ürün bağlama iddiaları açısından dava devam etmiştir. Dava sonucunda mahkeme *Jefferson Parish Testi*'ni uygulamış ve (i) yazılım sağlayıcıların işletim sistemleri ve internet tarayıcılarını ayrı ayrı üretip satmasını olanaklı kılabilecek yeterli talebin bulunduğunu dikkate alarak, Windows İşletim Sistemi ile IE'nin ayrı ürünler olduğuna (ii) Microsoft'un Windows lisanslayanları IE'yi de lisanslamaya zorladığına, (iii) Microsoft'un PC işletim sistemi pazarındaki gücü sayesinde bu tür bir zorlama yapma imkanına sahip olduğuna, (iv) Microsoft'un IE'yi Windows'tan ayrı olarak sunmaması nedeniyle internet tarayıcıları piyasasını kapatmaya muvaffak olabileceğine ve bu bağlamda rakibi Netscape'i büyük oranda zarara uğrattığına ve Windows ile IE'nin ayrılması gerektiğine karar vermiştir<sup>81</sup>.

Bu karar karşı yapılan temyiz başvurusunda ise Temyiz Mahkemesi, (i) Microsoft'un eylemlerine ilişkin tespitleri kabul etmiş<sup>82</sup>, ancak; (ii) *Jefferson Parish* testinin özellikle yeni teknolojileri içeren piyasalardaki ürün bağlama

<sup>78</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 949-951.

<sup>79</sup> Söz konusu suçlamalar özetle şunlardır: (i) Windows 95 ve 98'in lisanslanması sürecinde OEM'lere işletim sistemi ile birlikte İnternet Explorer'ın da lisanslanması ve dağıtılması koşulunun getirilmesi; (ii) İnternet servis sağlayıcıları ile internet üzerinden içerik sağlayıcıları ile münhasırlık anlaşmaları yaparak rakip internet tarayıcıları aleyhine piyasanın kapatılması; (iii) bilgisayar üreticilerinin işletim sistemi sıralamasını değiştirmesini ve masaüstünü özelleştirmesini engellemesi; (iv) PC işletim sistemi pazarındaki tekelin korunmasını sağlamaya yönelik eylemler; (v) İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirme; (vi) PC işletim sistemlerindeki tekel gücünün İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirmek amacıyla kullanılması.

<sup>80</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, No. CIV.A. 98-1232, 1998 WL 614485, at \*27 (D.D.C. Sept. 14, 1998).

<sup>81</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d s. 50 vd.

<sup>82</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d s. 84-85



eylemleri sonucunda ortaya çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarını değerlendirme açısından yetersiz olduğunu, bu nedenle bu alanda uygulanamayacağını<sup>83</sup>, (iii) söz konusu davanın bağlanan ürünün hem fiziksel hem de teknolojik olarak bağlayıcı ürüne bağlanması ve bu işlemin kullanıcılar ve tamamlayıcı ürün üretenler açısından artı değer yaratması nedeniyle klasik ürün bağlama davalarından farklılaştığını ve bu tür bir davada mutlak ihlal yaklaşımın kullanılmasının “ürün geliştirmenin kolay kestirilebilecek doğrusal bir rota izlemediği dinamik piyasalarda ortaya çıkabilecek etkinlikleri göz ardı etme riski taşıdığını”<sup>84</sup> belirterek, dosyayı *haklı sebep kuralı çerçevesinde yeniden incelenmesi* amacıyla alt mahkemeye iade etmiştir. Davanın yeniden görülmesi sürecinde ise eyaletler uzlaşma yolunun tercih etmişler; mahkeme eyaletlerin IE kodlarının Windows’tan kaldırılması talebini kabul edildiği takdirde mahkemenin ürün tasarımına karışmış olacağı gerekçesiyle reddetmiş ve kullanıcıların IE’yi sistemden kaldırabilmesine yönelik bir ekle/kaldır düğmesinin yeterli olacağını belirtmiş, tarayıcı ile ilgili kodların açıklanmasına yönelik talepleri fikri mülkiyet haklarının çiğnenmesi olarak değerlendirerek reddetmiştir<sup>85</sup>. İki eyalet, söz konusu kararın yeterli yaptırımlar içermediğini öne sürerek davayı tekrar temyiz sürecine taşımış, Temyiz Mahkemesi bu kez alt mahkemenin emrettiği yaptırımların yeterli olduğuna hükmederek kararı bütün olarak onamıştır<sup>86</sup>.

Dolayısıyla söz konusu dava bağlama ve paketleme uygulamalarında haklı sebep kuralının dikkate alınmasını zorunlu kılan ilk karar olması açısından önceki tüm kararlardan ayrılmakta ve yeni bir dönemin başlangıcına işaret etmektedir.

Kararı değerlendiren Whinston, toplumsal refahı korumanın Netscape’i korumaktan farklı olması gerektiğini, Microsoft’un kısa dönemde daha az etkin olan rakibini dışlayacakmış gibi görünen kararının uzun dönemde toplumsal refah üzerindeki etkilerinin kestirilemeyeceğini, diğer yandan iktisadi analiz kesin cevaplar vermediği durumlarda bile mahkemelerin mevcut iktisadi birikimden yararlanarak bir karara varması gerektiğini, bu kararın da özellikle bağlama anlaşmalarının uzun dönemde toplumsal refah üzerindeki etkileri konusundaki bilgimizin ne kadar sınırlı olduğunu göstermesi bakımından önem taşıdığını belirtmiştir<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> *United States v. Microsoft*, 253 F.3d s.87.

<sup>84</sup> *United States v. Microsoft*, 253 F.3d s.94.

<sup>85</sup> *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76, 192 (D.D.C. 2002).

<sup>86</sup> *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d at 1204.

<sup>87</sup> WHINSTON, M. D. (2001), “Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know”, *The Journal of Economic Perspectives* 15, no. 2 (Spring): 63-80.

Diğer yandan Chin, söz konusu Microsoft Davalarında gündeme gelen bağlama iddialarının, kısmen Microsoft'un yönlendirmesi, kısmen de mahkemelerin alternatif seçenekleri değerlendirmede yetersiz kalmaları nedeniyle kod ekleme/çıkarma ve ürün bütünlüğünü tehlikeye düşürme, ürün tasarımına müdahale gibi algılandığını, bunun sonucunda yazılım ürünlerinin yalnızca kodlardan ibaret olduğuna yönelik bir algılama ve doktrin oluştuğunu, halbuki Microsoft'un bilgisayar üreticilerine Windows ile IE'yi ayrı disklerde sunduğu, ancak bunları bir arada yükleme koşulunu getirdiği, diğer İnternet tarayıcılarının işletim sistemlerine sorunsuzca yüklenip kaldırılabilirdiği ve bunlara ayrı bir talep bulunduğu, işletim sistemleri ile tarayıcıların birlikte üretilmelerinin (kodlanmalarının) zorunlu olmadığı dikkate alındığında, ortada iki ayrı ürünün bulunduğu ve bu bağlamda *Jefferson Parish Testi*'nden ayrılmaya ve en azından bu dava özelinde haklı sebep kuralını uygulamaya gerek olmadığı görüşündedir<sup>88</sup>.

Posner ise bu olayı açıklamak amacıyla "kırılğan tekeli" kavramını öne sürerek, Microsoft'un işletim sistemlerinden bağımsız olarak görev yapabilen bir tarayıcının (*Netscape*) üzerine yapılacak eklentilerle ve yeni yazılımlarla Windows'a rakip olabilecek bir işletim sisteminin çekirdeğini oluşturabileceğinden endişe duyduğunu ve bağlama eylemi ile münhasırlık eyleminin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>89</sup>.

Ancak, kararın Temyiz Mahkemesi tarafından alındığı ve hukuken yalnızca bir Bölge Mahkemesini bağladığı; bunun yanı sıra karar metninde muhakeme uygulamasının yalnızca "yazılım platformları piyasasındaki ürün entegrasyonları" ile sınırlı tutulduğu dikkate alındığında *Jefferson Parish* testinin hâlâ ürün bağlama ve paketleme uygulamalarına ilişkin genel yaklaşımı temsil ettiğini söylemek mümkündür<sup>90</sup>.

### 3.2. AB Uygulaması

Ürün bağlama ve paketleme anlaşmaları açısından Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamalarının ABD'deki kadar zengin olduğunu söylemek güçtür. Tetrapak ve *Hilti* bu alandaki klasik davaları oluştururken *GE/Honeywell* ve *Microsoft* davaları son dönemdeki yaklaşımı göstermesi açısından önemlidir:

*Hilti Davası*'nda bağımsız çivi üreticileri olan Eurofix ve Bauco Hilti'nin çivilerin satışını kartuşların satışına bağlamak suretiyle piyasadaki

<sup>88</sup> Chin 2005, s.78-82; 101-111.

<sup>89</sup> POSNER, R. A. (2005), "Keynote Address: Vertical Restrictions and 'Fragile' Monopoly", *The Antitrust Bulletin*, 50(3), pp. 499-509.

<sup>90</sup> Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.18.

rekabeti kısıtladığını ve AT Anlaşmasının 102. maddesini<sup>91</sup> ihlal ettiğini iddia etmiştir. AB Komisyonu yaptığı incelemeler sonucunda çivi tabancaları alanındaki pazar payını dikkate alarak Hilti'nin hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hilti aynı zamanda sahip olduğu patentler nedeniyle de kartuş piyasasında da hakim durumda bulunmuştur. Piyasada Hilti'nin ürettiği tabancalarda kullanılacak nitelikte kartuş ve çivi üretenler olsa dahi Hilti'nin bu alandaki önemli derecede pazar payına sahip olduğu, Hilti'nin çivi satışlarını kartuş satışlarına bağladığı ve gerekli miktarda çivi satın almayanlara kartuş satmayı reddettiği, bazı durumlarda da Hilti'nin Hilti kartuşu alan ancak Hilti çivisi satın almayanların indirim oranlarını azalttığı ve bu eylemleri nedeniyle AT Anlaşması'nın 102. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır<sup>92</sup>. Söz konusu karar İlk Derece Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır<sup>93</sup>.

Nalebuff ve Majerus<sup>94</sup>, Hilti'nin uygulamalarının tam da Şikago Okulu'nun belirttiği örneklere denk düştüğünü ve iktisadi açıdan analiz edildiğinde Hilti'nin uygulamalarının rekabet hukuku açısından herhangi bir engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır: Çünkü, pazarın doğru tanımlandığı ve Hilti'nin hakim durumda olduğu kabul edilse bile; Hilti'nin bağlama olmaksızın da patent hakkına sahip olduğu kartuşları zaten tekeli fiyatla satabileceği, ancak Hilti'nin çivileri kartuşlara bağladığı ve bunun sabit oranlı olduğu dikkate alındığında -tek tekeli kâr kuramı uyarınca- Hilti'nin bu işlem sonucunda ekstra tekeli kâr elde etmesinin mümkün olmadığı görülecektir. Anılan yazarlar ayrıca, piyasaya girişte ölçek ekonomilerinin önemli bir rol oynamadığı göz önüne alındığında, rakiplerin minimum ölçekten mahrum bırakılarak dışlanması da söz konusu olamayacağına ve bu nedenlerle Hilti'nin ürün güvenliği savının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

*Tetra Pak II Davası*<sup>95</sup>, süt ve süt ürünlerini paketlemede kullanılan kartonların ve dolun teçhizatının satışında yıkıcı fiyat uygulanması ve ürün bağlama anlaşmaları suretiyle hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkindir. İlgili olayda AB Komisyonu; (a) UHT işleminden<sup>96</sup> geçirilen içeceklerin paketlenmesi amacıyla kartonların sterilize edilmesi ve dolun işleminin yapılması amacıyla kullanılan makinelerle ilişkin pazar, (b) buna karşılık gelen

<sup>91</sup> Kararın alındığı tarih itibarıyla AT Anlaşması'nın 86. Maddesi.

<sup>92</sup> AB Komisyonu Kararı (22.12.1987), *Eurofix-Bauco v Hilti*, OJ 1988 L 65.

<sup>93</sup> *Hilti AG v Commission*, Case C-53/92 P., 02.03.1994

<sup>94</sup> Nalebuff ve Majerus 2003, s.19-21.

<sup>95</sup> AB Komisyonu Kararı (24.07.1991), *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72.

<sup>96</sup> UHT (*ultra high temperature*) teknolojisi sütün özel bir işlemle 135-150 santigrat derecede 2-4 saniye tutulmak suretiyle sütün bozulmasına neden olan ve hastalık yapan etkenlerden arındırılmasını müteakip steril (aseptik) kutulara doldurulması işlemidir. Bu sayede bir yandan sütün besin değerinin korunması bir yandan da herhangi bir katkı maddesi olmaksızın sütün dört aya kadar oda sıcaklığında muhafaza edilebilmesi sağlanmış olmaktadır.

aseptik ambalaj kartonları, (c) taze içeceklerin aseptik olmayan karton ambalajlarda paketlenmesini sağlayan makinelere ilişkin ayrı bir pazar, (d) aseptik olmayan karton pazarı olmak üzere dört ayrı ürün pazarı tespit etmiştir. Tetra Pak'ın ilgili ürün pazarının içecekleri paketlemek amacıyla kullanılan tüm ambalajlama çeşitlerinden oluşması gerektiğini savunmasına rağmen Komisyon cam şişelerin plastik şişelerin, diğer plastik ambalajların, tenekelerin, aseptik kartonların ve aseptik olmayan kartonların her birinin ayrı bir pazar olduğuna karar vermiştir. Komisyon ayrıca Tetra Pak'ın aseptik paketleme ve dolum makineleri piyasasındaki pazar payının % 90-95 oranında olduğu ve piyasaya giriş engellerinin yüksek olduğu gerekçesiyle Tetra Pak'ın hakim durumda olduğuna hükmetmiş; aseptik olmayan paketleme alanında ise Tetra Pak'ın pazar payının % 45-50 civarında olduğunu belirtmekle yetinerek hakim durum analizi yapmaya gerek görmemiştir<sup>97</sup>.

Tetra Pak'ın eylemleri, a) fiyat ayrımcılığı amacıyla ölçümleme, b) tamamlayıcı ürünlere ilişkin piyasada rekabetin kısıtlanması ve c) potansiyel rakiplerin piyasaya girişinin engellenmesi gibi ürün bağlama ve paketleme anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine ilişkin birçok örneği kapsamaktadır: Tetra Pak kendi makinelerinde kendi kartonlarının kullanımını zorunlu kılmış; kendisi tarafından sağlanılmayan kartonların kullanımını önlemek amacıyla da satış sözleşmesine makineleri yerinde inceleme hakkına dair hüküm koymuş ve bu suretle makineyi kullanan teşebbüslerin büyüklüğü ve potansiyel kullanımı hakkında da fikir sahibi olmuştur. Makinelerin bakım ve onarımını da yine kendisinin yapması nedeniyle makinenin kullanım oranı ile kullanılan karton miktarı arasındaki paralelliği ölçme imkanına sahip olmuştur. Ayrıca, makinelerin Tetra Pak'ın izni olmaksızın yeniden satışını da yasaklayarak bu koşulların ikinci el olarak makineyi satın alanlar için de geçerli olmasını sağlamıştır. Bunun yanı sıra farklı ülkelerde UHT süt talebinin - dolayısıyla da müşterilerin ürüne atfettikleri değer farklılaştığını- dikkate alan Tetra Pak, tüm Avrupa'da tek tip fiyat uygulamanın etkin bir fiyat ayrımcılığı olmayacağına kanaat getirerek farklı ülkelerde kartonlar için farklı fiyat uygulamış ve söz konusu kartonların bu ülkelerdeki yetkili satıcılardan alınmasını şart koşmuştur. Sonuçta kartonların makinelere bağlanması ve ülkeler arasında da fiyat ayrımcılığı yapması suretiyle Tetra Pak neredeyse tüm tüketici rantına el koyabildiğini söylemek mümkündür<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Komisyon'un bu alanda Tetra Pak'ın hakim durumda olup olmadığını belirtmeksizin kötüye kullanmaya hükmetmesi İlk Derece Mahkemesi nezdinde itiraza konu olmuş; ancak İDM pazarların "yakından bağlantılı olduğu" durumlara buna gerek olmayabileceğini belirtmiştir. (*Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Case T-83/91, 06.10.1994*)

<sup>98</sup> Nalebuff ve Majerus 2003, s.12-14

Bunların yanı sıra piyasaya yeni giriş olasılığından endişelenen Tetra Pak, anlaşma sürelerini farklılaştırarak potansiyel rakibin belirli zaman diliminde piyasanın ancak küçük bir kısmına erişme imkanı tanımış; ayrıca tıpkı ABD'deki *Eastman Kodak Davası*'nda olduğu gibi yedek parça ve servis hizmetlerini de makineye bağlayarak bağımsız yedek parça üreticilerinin ve servis sağlayıcılarının piyasaya girmesi -dolayısıyla olası bir rakibin giriş maliyetlerini azaltması- engellenmiştir. Ayrıca, kartonların da makineye bağlanması nedeniyle rakip makinelerin kullanabileceği kartonların üretimine ilişkin piyasanın da büyümesi engellenmiş ve bu sayede rakibin her iki piyasaya birden girmesi zorunlu kılınmıştır. Dava sürecinde Tetra Pak'ın şikayete konu bir diğer uygulaması da yıkıcı fiyatlamaya ilişkindir ve Tetra Pak aseptik kartonları maliyetinin altında bir fiyatla satmakla suçlanmıştır -ki bu da rakiplerin aseptik karton piyasasına girmekten caydırmayı amaçlamaktadır.

Tüm bu uygulamaları değerlendiren Komisyon, Tetra Pak'ın makinelerde kendi kartonunun kullanmasını zorunlu tutmasını engellemiş, indirimlerin yalnızca ürünün satış hacmine bağlı olarak yapılabileceğini ve başka ürünün (aseptik olmayan karton) satın alınmasına bağlı olamayacağına ve Tetra Pak'ın "ekonomik olmayan" fiyatlar uygulayamayacağına karar vermiştir.

Avrupa Komisyonu'nun aldığı *GE/Honeywell Kararı*<sup>99</sup> ise, ürün bağlama ve paketleme uygulamaları açısından önceki kararlardan iki önemli farkla ayrılmaktadır: İlk fark, bağlama uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değil de bir birleşme dosyasında gündeme gelmiş olmasıdır. İkinci fark ise, hakim durumu kötüye kullanma eyleminden bağımsız olarak işlem sonrasında ürünlerin paket halinde satışının yaratacağı etkinliğin rakipleri dışlama ihtimalinden endişe edilmesidir!

General Electric ile Honeywell arasındaki birleşme işlemine izin vermeyen Komisyon, kararına ilişkin olarak aşağıdaki sistematiği gerekçe olarak göstermiştir:

1. Büyük ticari uçak motorları konusunda GE hakim durumdadır ve Honeywell de bu tür uçakların elektronik sistemleri (*avionics*) konusunda "lider konumda" bulunmaktadır.
2. Birleşme işlemine izin verildiği takdirde, bu durum yeni firmaya anılan tamamlayıcı ürünleri paket halinde satma olanağı sağlayacak, bu tür bir paketleme stratejisinin yol açacağı indirimler rekabet imkanı tanımayacak derecede rakipleri dezavantajlı konuma getirecektir.

<sup>99</sup> AB Komisyonu Kararı (Case No COMP/M.2220) *General Electric/Honeywell*, OJ L 395, 30.12.1989.

3. Dezavantajlı konuma gelen rakipler piyasadan çıkması GE'nin hakim durumunu güçlendirecektir.

Özetle, “rakiplerin işlem sonrasında oluşacak şirketin uygulayabileceği paketleme stratejisine cevap verecek ürünlere sahip olmaması nedeniyle işlemin piyasayı kapatma ile sonuçlanacağı” kanaatine ulaşılmıştır<sup>100</sup>.

Rekabet hukukunda genellikle birleşme sonrasında fiyatların artmasından endişe edilir iken, bu davada fiyatların düşeceğinden endişe edilmesi genel yaklaşımdan farklılık arz etmektedir. Diğer yandan, söz konusu fiyat düşüşünün maliyet avantajlarından mı kaynaklanacağı yoksa fiyatlama stratejilerinden mi kaynaklanacağını doğru şekilde tespit edilmesi önemlidir; çünkü ilk durumda rekabet hukukunu ihlal eden bir durum söz konusu değil iken ikinci durumda rekabeti engelleyici nitelikte bulunabilir. Ancak, söz konusu olayda Komisyon'un bu tür bir ayrıma gitmediği görülmektedir. Aynı şekilde Komisyon işlem sonrasında oluşacak firmanın hakim duruma geleceğini ya da hakimiyetini güçlendireceğini kanıtlamaktansa bu durumun kuramsal olarak mümkün olduğunu açıklamaya çalışmakla yetinmiştir. Nitekim, kararı çeşitli ekonomik modeller çerçevesinde analiz eden Nalebuff ve Majerus da Komisyon'un işlemi yasaklamak için kullandığı ürün bağlama ve paket satış olasılığına dayanan modellerin hatalı olduğunu savunmaktadır<sup>101</sup>.

AB Komisyonu'nun ürün bağlama ve paketleme uygulamaları konusunda aldığı bir diğer karar ise *Microsoft Kararı*'dir<sup>102</sup>. 1998 yılında Sun Microsystems'in, Windows işletim sistemi ile uyumlu programlar yazılmasını sağlayacak kodları vermediği gerekçesi ile Microsoft'u şikayet etmesi ile başlayan süreçte AB Komisyonu incelemeyi Microsoft'un Windows Media Player (bundan sonra “WMP” olarak anılacaktır) adlı ürününü Windows işletim sistemine bağlamasını da içerecek şekilde genişletmiştir. Komisyon;

- Sunucu işletim sistemi ara yüzüne erişim imkanı vermemesi nedeniyle Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına ve gerekli bilgiyi 120 gün içinde ve makul koşullarda rakiplerine açıklamasına;
- Windows Media Player ürününü Windows İşletim Sistemi'ne bağlamak suretiyle de Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına ve 90 gün içinde Windows'un Media Player içermeyen bir sürümünü satışa sunmasına karar vermiştir.

<sup>100</sup> *General Electric/Honeywell*, para. 355

<sup>101</sup> Nalebuff ve Majerus 2003, s.19-21

<sup>102</sup> AB Komisyonu Kararı (Case COMP/C-3/37.792) – *Microsoft* OJ L 32, 6.2.2007.

Komisyon, bağlama ve paketleme uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için (i) bağlanan ve bağlayıcı ürünlerin ayrı ürünler olması; (ii) teşebbüsün bağlayıcı ürün piyasasında hakim durumda bulunması, (iii) teşebbüsün müşterilerine bağlayıcı ürünü bağlanan ürün olmaksızın sağlamaması, (iv) bağlama uygulamasının piyasayı kapatması koşullarını karşılaması gerektiğini belirtmiştir<sup>103</sup>.

Yapılan incelemeler sonucunda, Microsoft'un WMP kodunu Windows ile entegre etmesi, donanım üreticileri ile Windows ile birlikte WMP'nin de öntanımlı olarak yüklenmesi koşuluna dayanan anlaşmalar yapması, kullanıcıların WMP'i sistemden kaldırma imkanına sahip olmaması gibi unsurlar dikkate alınarak, olayın yalnızca tüketici tercihlerinin kısıtlanmasından ibaret olmadığı, bu uygulamanın medya oynatıcılar için içerik üretenleri WMP uyumlu içerik üretmeye yönlendireceği, rakip medya oynatıcısı geliştiricilerini rekabette dezavantajlı konumda bırakacağı ve nihai tahlilde piyasayı rakip geliştiricilere kapatacağı sonucuna ulaşılmış<sup>104</sup> ve Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Söz konusu kararı değerlendiren Evans ve Padilla<sup>105</sup> Komisyon'un WMP ile işletim sistemlerinin iki ayrı ürün olduğuna karar verir iken medya oynatıcısı olmayan işletim sistemleri için ayrı herhangi bir talebin olup olmadığını araştırmadığını ve bunun büyük bir eksiklik olduğunu savunmaktadır: Çünkü, bütün ticari işletim sistemlerinin bir şekilde medya oynatıcısı ile birlikte geldiği dikkate alındığında bu tür bir talebin olup olmayacağını bilmeksizin Komisyon böyle bir alternatif sunulmamasının olağan, rekabetçi bir ticari faaliyete mi yoksa piyasayı kapatma eylemine işaret ettiğini ayırt edemeyecektir. Yazarlar ayrıca ABD mahkemelerinin bu tür durumlarda mümkün olduğunca az müdahaleyi benimserken Komisyon'un ürün bağlama ve paketleme doktrinini gerektiğinden de katı uyguladığını düşünmektedir.

Bu olaydan sonra Microsoft'un Internet Explorer'ı Windows'a bağlaması da inceleme konusu olmuş; ancak bu inceleme Microsoft'un Mart 2010 itibarıyla işletim sisteminin kurulması veya güncellenmesi esnasında kullanıcılara 12 farklı tarayıcı seçeneği sunacağını taahhüt etmesi ile sonuçlanmıştır<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> *Microsoft para.794*

<sup>104</sup> *Microsoft para.825-34; para. 980-82*

<sup>105</sup> PADILLA, A. J. and D. S. EVANS, "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf.". *World Competition: Law and Economics Review*, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596663>

<sup>106</sup> Bkz. [http://ec.europa.eu/competition/consumers/web\\_browsers\\_choice\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/web_browsers_choice_en.html) (10.04.2010)

Yukarıda değinilen savalara paralel olarak AB Komisyonu 102. (82.) maddenin uygulama ilkelerini belirlemek amacıyla bir çalışma başlatmış ve Aralık 2005’de bir *Tartışma Metni*<sup>107</sup> yayınlanmıştır. Söz konusu metinde bağlama ve paketleme anlaşmalarının AT Anlaşması’nın 82. maddesi bağlamında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dair öneriler yer almakta ve “hakim durum”, “farklı ürünler”, “piyasayı kapama etkisi” ve “objektif gerekçeler ile etkinlikler” başlıkları altında öneriler yer almaktadır. Papandropoulos<sup>108</sup> söz konusu belgeye ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

- Komisyon bu duyuru ile paketleme ve bağlama uygulamalarının rekabetçi etkilerinin de olduğunu kabul etmekte, şu ana kadar uygulanmakta olan “mutlak ihlal” benzeri yaklaşımından vazgeçmektedir. Hatta, hakim durumda olan teşebbüslerin yaptıkları bağlama uygulamalarının da etkinlik yaratabileceğini belirten Komisyon, bu açıdan *GE/Honeywell Kararının* da ötesine geçmiş sayılabilir.
- Hakim durumda bulunma koşulunun net olarak ortaya konulması; Komisyon’un rakiplerin bir teşebbüsün paketleme uygulamasına cevap vermesini ve bu vesileyle fiyatların düşebileceğini öngörmesi ilerleme olarak değerlendirilebilir. Ancak, söz konusu fiyat düşmesinin aynı zamanda yıkıcı fiyat ile de ilişkilendirilebileceğini belirten Komisyon’un bunu ne şekilde değerlendireceği hâlen meçhuldür.
- Komisyon’un bağlama uygulamasının “piyasayı kapatma, fiyat ayrımcılığı ve yüksek fiyatlar gibi rekabete aykırı sonuçlar doğurabileceğini” belirtmesi talihsizlik olarak algılanabilir; çünkü yüksek fiyat uygulamak amacıyla bağlama yapılması olasılığı gerçekçi değildir ve fiyat ayrımcılığının olası refah etkileri gözetilmeksizin otomatikman rekabete aykırı sayılması yanlıştır.
- Komisyon Cournot etkisi sayesinde fiyatlama etkinliğinin artabileceği veya bağlama uygulamalarında ürünün niteliğinin (tamamlayıcı ürün, bağımsız ürün vb.) de dikkate alınması gerektiği konularında sessiz kalmaktadır.

Söz konusu çalışma metnini müteakip yayınlanan “82. Maddenin Uygulanması’na İlişkin Komisyon Duyurusu”nda<sup>109</sup> eleştirilere yol açan

<sup>107</sup> “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses,” Brussels, Aralık 2005.

<sup>108</sup> PAPANDROPOULOS, P. (2006) “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*.

<sup>109</sup> *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* - (2009/C 45/02) 24/02/2009



hususlarının bir kısmı metinden çıkarılmakla beraber herhangi bir iyileştirmeye yer verilmediği; yüksek fiyatlar uygulama amacıyla bağlama uygulaması yapılmasının mümkün olduğu, Cournot etkisinin göz ardı edildiği gibi eleştiri konusu hususlardaki belirsizliğin devam ettiğini söylemek mümkündür.

### 3.3. Türkiye Uygulaması

Türk rekabet hukuku kaynağı AB Antlaşması'ndan almakta olup 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 5 ve 6. maddeleri sırasıyla AB Anlaşması'nın 101(1 ve 2), 101(3) ve 102. maddelerine paraleldir. Bu bağlamda, ürün bağlama anlaşmaları tıpkı AB örneğinde olduğu gibi Kanun'un 4. maddesinin (f) ve 6. maddesinin (c) bendinde ihlallere örnek olarak belirtilmiştir. Bu çalışmanın kapsamında yalnızca 6. madde kapsamındaki olaylar değerlendirmeye alınmıştır<sup>110</sup>.

On üç yıllık uygulamaya bakıldığında, bağlama ve paket satılara ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun önüne gelen şikayetlerden pek azının ihlâl olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Söz konusu kararlar ait oldukları sektörler bazında gruplanarak şu şekilde değerlendirilebilir:

#### *Bankacılık, Sigorta ve Finans Alanına İlişkin Bağlama Uygulamaları*

Kurul tarafından alınan kararların büyük çoğunluğunu "banka sigortacılığı" da olarak adlandırılan ve bankaların verdikleri krediyi belirli bir acenteden sigorta yapılması şartına bağladıkları uygulamalardır<sup>111</sup>. 1999-2009 dönemini kapsayan kararlarda -bir istisna hariç olmak üzere<sup>112</sup>- bağlama uygulamaları 4054 sayılı

<sup>110</sup> Bağlama uygulamasının Rekabet Kurulu tarafından 4. madde kapsamında değerlendirildiği iki uygulama vardır: Bunların ilkinin konusu bir liman işletmecisinin limana yanaşmak isteyen gemileri kendi tayin ettiği bir acente ile anlaşmak zorunda bırakmasıdır. Bu olayda, liman hizmetlerinin acentelik hizmetlerine bağlanması 4. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. (16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Rekabet Kurulu Kararı). İkinci olayda ise Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş. (Doğan Dağıtım)'nin bölge müdürlükleri tarafından başbayilere gazete ekleri dışında satmaları için zorunlu olarak medya dışı ürün adı altında ürün gönderdikleri ve söz konusu ürünleri satmak istemeyen bayilere gazete ve dergi vermediklerine dair şikayet üzerine yapılan inceleme sonucunda; söz konusu eylemin Kanun'un 4. maddesinin (f) bendi bağlamında bağlama anlaşması olarak değerlendirilebileceği kanaatiyle "*Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı olarak, medya ürünlerinin satışını medya dış ürünlerin satın alınmasına bağlama anlamına gelebilecek her türlü eylemine son vermesine*" hükmedilmiştir (4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.).

<sup>111</sup> Bkz. 20.5.1999 tarih, 99-24/211-124 sayılı; 6.7.2004 tarih, 04-45/574-138 sayılı; 13.12.2007 tarih, 07/90/1157-450 sayılı; 24.4.2008 tarih 08-30/376-126 sayılı; 20.5.2009 tarih 09-23/492-118 sayılı; 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

<sup>112</sup> 26.9.2000 tarih ve 00-36/400-226 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda raportörün ön araştırma yapılması talebine karşın Kurul herhangi bir analize gerek duymadan "... genel olarak finansal kiralama sözleşmelerini, özel olarak da şikayet konusu sözleşmeyi 4054 sayılı Kanun'un maddesi çerçevesinde... değerlendirmenin mümkün olmadığı, ayrıca bu tür sözleşmelerde

Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bağlamında değerlendirilmiş ve gerek 4. madde kapsamında ihlal olabileceğine dair herhangi bir anlaşmaya rastlanamaması, gerekse herhangi bir teşebbüsün sigorta hizmetleri piyasasında hakim durumda olmadığı dikkate alınarak 6. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği dikkate alınarak uygulamaların ihlâl teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır. Doğal olarak bu kararlarda hakim durumda bulunan bir teşebbüs olmadığı için, ihlale hükmedilmesi açısından hakim durumda bulunmanın ve bağlama uygulamasının kanıtlanmasının yanısıra herhangi bir koşul gerekip gerekmediği konusunun tartışılmasına gerek duyulmamıştır.

Ancak yine sigorta hizmetlerine ilişkin bir kararda<sup>113</sup> “*bu konuya [bağlama uygulamaları] ilişkin iktisadi ticari hayatta yaygın olarak kullanılan bu uygulamaların pek çok rekabetçi etkisinin bulunduğunu; dolayısıyla genellikle rekabetçi uygulamalar olduğunu; bununla birlikte bazı koşulların varlığı halinde bağlama uygulamalarının tüketici refahını azaltabildiğini ortaya koymaktadır.*” denildikten sonra refah azaltıcı uygulamaların iki türlü olduğu belirtilmiştir: (i) pazardaki tekel konumunun ya da hakim durumun korunması, (ii) “*bağlayan ürün pazarında tekel konumunda olan teşebbüsün bağlama yoluyla bağlanan ürün pazarındaki rakiplerini dışlaması ve böylece bir pazardaki gücünü diğer bir pazara aktarması*”. Yine aynı kararda hakim durumda bulunmanın “gerekli” bir koşul olduğu, ancak ihlale hükmetme açısından tek başına “yeterli” olmadığı ifade edildikten sonra uygulamanın süre, kapsam ve pazara giriş-çıkış olanakları çerçevesinde değerlendirilerek mevcut ve potansiyel rakipleri dışlayacak nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır. Değerlendirmede tekel konumunun korunması, rakipleri dışlama ve aktarma kuramı iç içe geçmiş olsa da söz konusu karar, hem bağlama uygulamalarının olumlu yönleri de olabileceğinin kabul edilmesi açısından hem de bu uygulamaların ihlal sayılması için dışlayıcı nitelikte olmaları gerektiğinin belirtilmesi açısından önemlidir.

Aynı piyasaya ilişkin aynı gün alınan bir kararda<sup>114</sup> ise, bağlama anlaşmalarının “tüketicilerin sömürülmesi” ve “rakipleri dışlama” gibi iki etkisinin olabileceği; “*kredi alan tüketicilerin daha düşük primli alternatifler varken sigorta poliçesini bankadan almak zorunda bırakılarak refah kaybına uğratılmasının sömürücü bir uygulama olarak değerlendirilebileceği*” ifade

---

*kiralayanın sigortalama işlemini aynı ekonomik birlik içinde olduğu veya uygun gördüğü sigorta şirketine yaptırmasının gerek 4054 sayılı Kanun'a gerekse anlaşmanın niteliği ve ticari teamüllere aykırı bir yanının bulunmadığı ve bu sözleşmelerin eşyaya bağlı sigorta hizmetleri pazarında rekabeti kısıtlamadığı*” sonucuna ulaşmıştır.

<sup>113</sup> 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>114</sup> 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

edilmiş, ancak bankanın kredi piyasasında hakim durumda bulunmadığı dikkate alındığında refah kaybının oluşmayacağı kanaatine varılmıştır. Yine aynı kararda teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda bulunmaması nedeniyle banka aracılığıyla gerçekleşen kredi teminatlarının sigortalanması hizmetlerinin diğer sigorta şirketleri için pazarı kapatmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Aynı piyasada aynı konuya ilişkin olarak aynı gün içinde alınan kararlar değerlendirildiğinde; ilk kararda tekel konumunun korunması ve rakibin dışlanması gibi dışlayıcı etkilere odaklanılmış, ancak uygulamanın sömürücü etkisi olabileceğine değinilmemişken, ikinci kararda ise dışlayıcı etkilerin yanı sıra tüketicilerin sömürülmesi gibi bir diğer sonucun da dikkate alındığı, dolayısıyla iki kararın aynı sistematığı izlemediği söylenebilir.

Reysaş'ın sigortanın belli bir acenteden yaptırılmış olması halinde araç muayene hizmetini kolaylaştırmak şeklinde bağlama yoluyla, araç muayene hizmetlerindeki hâkim durumunu sigortacılık pazarında kötüye kullandığına dair şikayetler üzerine yapılan incelemede<sup>115</sup>, “kaldıraç etkisi” tartışılmış, hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulamaları ile hakim durumlarını ikinci bir piyasada kötüye kullanabilecekleri ifade edildikten sonra bu tür bir durumun gerçekleşmesi için (a) iki ayrı ürünün bulunması, (b) ilgili teşebbüsün bunlardan birinde hakim durumda olması, (c) iki ürün arasında ilişki bulunması gerektiği belirtilmiştir. Reysaş'ın araç muayene hizmetleri konusunda tekel konumunda olduğu, sigortacılık faaliyetinde bulunmadığı, fakat Reysaş'ın Sunset'e avantaj sağladığı dikkate alındığında iki şirket arasında bir menfaat ilişkisinin bulunması gerektiği ve inceleme sürecinde iki şirket arasında bir hizmet alışverişinin olduğuna dair duyum alındığı, “*bu çerçevede Reysaş'ın önaraştırma ile tespit edilen davranışlarının kaldıraç etkisi çerçevesinde Kanun'un 6. maddesinin yukarıda anılan iki bendi kapsamında olabileceği neticesine varılmıştır*”. Ancak uygulamanın kısa sürmüş olması ve “*ilgili pazarların ve ürünlerin özellikleri itibarıyla söz konusu uygulamanın kısa sürede rekabetçi sürece zarar vererek tüketici zararına sonuçlar doğurması ihtimalinin düşük olduğu kanaatine varılma*”sı nedeniyle soruşturma açılmayıp teşebbüse görüş gönderilmesi ile yetinilmiştir.

Bankaların üye işyerlerini kredi kartlarının yanı sıra banka kartlarını da kullanmaya zorlamasına (Tüm Kartları Kabul- TTK kuralı) ilişkin uygulamalar, Rekabet Kurumu'nun yaptığı bir sektör araştırması<sup>116</sup> çerçevesinde değerlendirilmiş ve yapılan araştırmada;

<sup>115</sup> 9.12.2009 tarih ve 09-58/1405-367 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>116</sup> “Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması.” (25.11.2009)

- kredi kartının diğer ödeme araçlarından ayırt edici özellikleri ve ikame olanakları dikkate alınarak, “kredi kartı ile ödeme hizmetleri pazarı” ve “banka kartı ile ödeme hizmetleri pazarı” şeklinde iki ayrı pazarın söz edilebileceğine,
- farklı markalı kredi kartlarının ayrı ürünler oluşturmadığına ve bu nedenle üye işyerlerine bir bankaya ait tüm kredi kartları ile çalışma zorunluluğu getirilmesinin ürün bağlama uygulaması olarak değerlendirilemeyeceğine,
- kredi kartları ile banka kartlarının farklı ürünler olması nedeniyle bunların birbirlerine bağlanmasının (üye işyerlerine her iki türde kartla çalışmaya zorlanmasının) diğer koşullar sağlandığı takdirde Kanun’un 4 ve 6. maddeleri bağlamında ihale olarak değerlendirilebileceği

kanaatine ulaşılmıştır. Ancak, uygulamaların ve piyasa yapısının değerlendirilmesi sonucunda, herhangi bir teşebbüsün ilgili pazarlarda hakim durumda olmaması nedeniyle Kanunun 6. maddesinin uygulanamayacağına; diğer yandan bankaların üye işyerleri ile akdettiği dikey nitelikli sözleşmelerden kaynaklanan TKK kuralının rekabeti sınırlayıcı etkilere sahip olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğine; TKK kuralının doğurduğu rekabetçi kaygıların giderilmesine yönelik olarak Visa ve Mastercard’a; Türkiye’de faaliyet gösteren bankalara, ilgili ticaret odalarına iletilmek üzere TOBB’a, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonuna ve ilgili tüketici derneklerine yazı yazılmasının yeterli olacağına hükmedilmiştir.

Bunun yanısıra Araştırmanın 52 ve 53. sayfalarında yer alan şu ifadeler bağlama uygulamalarına değerlendirilmesine ilişkin koşullara yeni bir koşul eklendiğini göstermektedir:

*Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında “hakim durumun kötüye kullanılması” niteliğini taşıyan bir bağlama uygulamasından bahsedilebilmesi için kümülatif olarak birtakım koşulların bulunması gerekmektedir. Bunlar;*

- (a) İki ayrı ürünün varlığı
- (b) Bağlama uygulayan teşebbüsün bu ürünlerin en az birinde (bağlayan üründe) hâkim durumda bulunması (pazar gücüne sahip olması),
- (c) Bir ürünün satışının diğer bir ürünün de alımına bağlı olması,
- (d) Tüketicilerin bu uygulamadan zarar görmesi,
- (e) Uygulamanın yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması

*şeklinde sıralanabilir.*

Yukarıda yer verilen ifadelerle bakıldığında, 6. maddenin uygulanmasına ilişkin koşullar açısından Rekabet Kurulu'nun genel eğiliminden farklılaştığı; tüketicinin uygulamadan zarar görmesinin yanısıra “etkinlik ile tüketici zararının karşılaştırılmasının” da ihlal koşulları arsında eklendiği görülmektedir.

Banka sigortacılığına ilişkin kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kararların sonuçları açısından tutarlı olduğunu söylemek mümkün iken, bu kararlarda uygulanan sistematığın tutarlı olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Ancak, özellikle TKK kuralına ilişkin inceleme dikkate alındığında zaman içinde yapılan analizlerin derinliğinin arttığını ve daha tutarlı bir yaklaşıma doğru gidildiğini söylemek mümkündür.

#### *İçecek Piyasasına Yönelik Kararlar*

Coca-Cola'nın Turkuaz markalı içme suyunu diğer ürünlerine bağladığı ve rakiplerini dışladığı iddiasına ilişkin olayda yeterli delil olmaması nedeniyle ihlal olup olmadığı tespit edilmemiş<sup>117</sup>; İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kiraladığı büfelerde bir iştiraki tarafından üretilen Hamidiye sularının münhasıran satılmasını zorunlu kılması ve buna uymayan büfelerin kira sözleşmesinin sonlandırılması ile tehdit edilmesine dair şikayette ise bu uygulamanın bağlama uygulaması olarak değerlendirilebileceği (büfelerin kiralanmasının belirli markalı suyun satışına bağlanması) ancak uygulamanın iktisadi güce sahip bir teşebbüs yerine kamu gücüne sahip bir idareden kaynaklanıyor olması nedeniyle hakim durumda bulunma koşulunun gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmış ve ilgili belediyeye “münhasırlığın kaldırılması amacıyla” görüş gönderilmesi ile yetinilmiştir<sup>118</sup>.

#### *Sayısal Yayıncılık Piyasasına Yönelik Kararlar*

Sayısal yayıncılık alanındaki *Digiturk* kararında<sup>119</sup>, futbol kulüplerinin lig maçlarına ilişkin yayın haklarını bir bütün olarak Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) devretmeleri, TFF'nin bu hakları ihale yolu ile münhasıran bir yayın kuruluşuna satması, ilgili yayın kuruluşunun da bu maçlara ilişkin görüntüleri paket halinde satışa sunması ve aynı yayın grubuna bağlı bir diğer televizyon kanalı lehine ayrımcılık yapması konu edilmiştir. Karar incelendiğinde, aslında karmaşık bir paketler bütünü karşımıza çıkmaktadır:

<sup>117</sup> 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>118</sup> 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 Rekabet Kurulu Kararı. Bu kararın I.1.2. Bağlama Uygulamasının Değerlendirilmesi başlıklı bölümünde “**Kanunun 4. maddesinin uygulanabilmesi için de hakim durumda bulunma koşulunun arandığının**” belirtilmesinin makul bir açıklaması olmadığından ilgili ifadelerin sehven yazıldığı düşünülmektedir.

<sup>119</sup> 7.9.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Rekabet Kurulu Kararı. (28.8.2002 tarih, 02-50/636-258 sayılı RKK)

Öncelikle her bir kulübün sahip olduğu farklı nitelikteki yayın haklarını (canlı yayın, özet görüntü, sayısal yayın, analog yayın vb.) paketlemesinden, ardından da kulüplerin sahip oldukları yayın haklarını bir paket halinde bir araya getirip satmasından söz etmek mümkündür. Ancak, her iki husus da (lig maçlarına ilişkin yayın haklarının kulüpler tarafından paket halinde ve münhasıran satış) bir idari düzenlemeye dayanması nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemiştir<sup>120</sup>. İhaleyi kazanan ve bu alanda tekel konumuna gelen Digiturk'un paketleme uygulamaları ise hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik iki eylemden birisini oluşturmaktadır: İhale sözleşmesi uyarınca Digiturk'e talep etmeleri halinde diğer yayıncılara “*dakika başına bedeli 4000 ABD Doları'ndan fazla olmamak ve 3 dakika ile sınırlı olmak ... kaydıyla haber amaçlı görüntü temin etme yükümlülüğü*” yüklenmiştir. Digiturk, bunun üzerine “*üç dakikadan az görüntü satmamak*” ve “*hafta boyunca oynan dokuz maça ilişkin görüntüleri paket halinde satmak*” suretiyle diğer yayıncılardan hafta başına 27 dakikalık görüntü bedeli olarak 108.000 ABD doları talep etmiştir<sup>121</sup>.

Yapılan değerlendirmede, ürün bağlama ya da paket satış uygulamasının Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, (i) ayrı ürünlerin varlığı, (ii) ürünlerin bağlanması, (iii) uygulamayı yapan teşebbüsün hakim durumda olması koşullarının gerçekleşmesinin gerektiği ifade edildikten sonra bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği test edilmiştir:

Bu çerçevede, “*ilk olarak her hafta oynanan 9 maçın her birinin görüntülerinin ayrı birer ürün olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği; başka bir ifade ile ortada tek bir ürünün mü (her hafta oynanan maç görüntülerinin tamamı) olduğu yoksa birden fazla ürünün mü (ayrı ayrı 9 maçın görüntüleri) olduğu*” değerlendirilmiş<sup>122</sup>; yayıncıların maç bazında görüntü talep ettikleri ve önceki dönemde yayın hakkına sahip olan yayıncıların da görüntüleri maç bazında satışa sundukları dikkate alınarak, ortada dokuz ayrı ürün olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Digiturk'ün hakim durumda olduğu ve bağlama uygulaması yaptığı da diğer değerlendirmeler arasındadır. Ancak, burada dikkat çeken husus, Digiturk'un bu uygulamasının ardında yatan nedenin ürünleri paket halinde satarak daha çok gelir elde etmeye çalışması değil, bilakis paketleme uygulaması nedeniyle görüntülerin karasal yayıncılık alanındaki kardeş kuruluşu Show TV'ye rakip olan yayıncılar tarafından temin edilmesini zorlaştırmasıdır. Bu nedenle de Digiturk'ün hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilmiştir.

<sup>120</sup> Digiturk, § J.1.

<sup>121</sup> Digiturk, § I.2.3.1.

<sup>122</sup> Digiturk, § J.2.

Paket satış uygulamasının değerlendirildiği bölümünde yer alan bir diğer husus ise tartışma yaratacak niteliktedir: Üç dakikadan az görüntü verilmemesi de soruşturma sürecinde tedbire konu olmuş ve Digitürk'e "her bir maç için bir ila üç dakika arasında görüntü temin etme yükümlülüğü" getirilmiştir. Söz konusu tedbir hükmü kararın sonuç bölümüne de aktarılarak Digitürk'e bu kez "yayına uygun kalitede 1-3 dakika arası, (yayıncı tarafından yapılacak pazar araştırması sonucunda belirlenebilecek) standart uzunluklarda görüntüleri (...) maç bitiminden sonra en geç 45 dakika içinde" talep sahiplerine iletme yükümlülüğü<sup>123</sup> getirilmiştir.

Ancak kararda üç dakikadan az süreli görüntü verilmemesinin tek başına ihlal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Zaten bir maça ilişkin farklı uzunluktaki görüntülerin her birinin ayrı ürünler olarak değerlendirilmesi ve uygulamanın bağlama uygulaması olduğunu savunmak da rasyonel görünmemektedir. Diğer yandan, bu husus rakiplerin faaliyetini zorlaştırmanın bir unsuru olarak uygulamanın kümülatif etkisini değerlendirmede dikkate alınmıştır. Kararda bu tür bir yükümlülük getirmeye neden gerek duyulduğuna dair herhangi bir açıklama olmamakla birlikte, üç dakikadan daha az süreli görüntü verilmemesine dair yapılan savunmalara verilen cevaplar<sup>124</sup> dikkate alındığında bunun ardında yatan nedenin yerel kanallar ya da küçük bütçeli kanalların da daha az kısa süreli ama daha çok çeşitlilikte görüntü temin etmesini kolaylaştırmak olduğu düşünülebilir.

Yine bu noktada yayıncı kuruluşun 45 dakika içinde aynı maça ilişkin farklı uzunluktaki görüntüleri içeren bantlar oluşturmasının ekonomik açıdan rasyonel olmayabileceği ve Rekabet Kurulu'nun bu alanda oluşan etkinliği görmezden geldiği de eleştiri konusu olabilir. Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs bu bağlamda bir etkinlik savunması yapmamış olsa dahi Kurul "Bundan önceki yayın hakkına sahip kuruluşların (...) haber amaçlı görüntüleri isteyen kuruluşlara 1-3 dakikalık bantlar halinde verdikleri"ni<sup>125</sup> belirterek konuya ilişkin yaklaşımını netleştirmiştir.

Sayısal yayıncılık alanına alınan iki farklı kararda ise, Digitürk'ün sayısal yayıncılık aboneliğini kendi sattığı uydu alıcılarının da satın alınmasına bağladığı iddia edilmiştir: 2005 yılındaki olayda<sup>126</sup> uydu alıcısının Digitürk'ten alınmasının zorunlu olmadığı abonelik seçeneklerinin de bulunduğu dikkate

<sup>123</sup> Digitürk, § K.(e).

<sup>124</sup> Digitürk, § I.3.2.1.

<sup>125</sup> Digitürk, § I.3.2.1.

<sup>126</sup> 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

alınarak şikayet reddedilmiştir. 2008 yılında alınan kararda<sup>127</sup> ise “teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD receiverlarla ikame edilebilmesi mümkün olmayan DigitürkPlus set-üstü-kutusunun (dekoderinin) abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı” belirtilerek konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği ve “Türkiye’de bu alanda ex-ante düzenleme yapma yetkisi bulunan sektör spesifik regülasyon otoritelerinin uygun hukuki düzenlemeleri yapması gerektiği” sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim, Digitürk’un sayısal yayıncılık hizmetlerini kendi temin ettiği uydu alıcısının satın alınmasına bağlaması sonucunda uydu alıcıları piyasasını kapatma ya da piyasadaki diğer uydu alıcısı üreticilerini dışlama<sup>128</sup> gibi bir davranışta bulunmasının rasyonel olmayacağı dikkate alındığında her iki dosya açısından da rekabet ihlali sonucuna ulaşılmaması şaşırtıcı görünmemektedir.

#### *Bilişim Sektörüne Yönelik Kararlar*

TTNet’in Vitamin adlı ürünü yalnızca kendi abonelerine kullandırması şikayet konusu olmuş, Rekabet Kurulu Vitamin’in önceden CD’ler vasıtasıyla şimdi de internet servis sağlayıcıları vasıtasıyla satışa sunulduğunu dikkate alarak “Bu bağlamda, sözkonusu ilişkinin ‘bağlama’ uygulamalarıyla örtüşmeyeceği” sonucuna ulaşmış, Vitamin’in TTNet’in hakim durumda olduğu internet erişimine bağlanmasının “rasyonel olmadığı”nı, ayrıca ilgili ürünün diğer ISS tarafından da sunulduğunu belirterek uygulamanın ihlal teşkil etmediğine hükmetmiştir<sup>129</sup>.

Rekabet Kurulu’nun bir başka kararında<sup>130</sup> Tekhnelogos adlı yazılım şirketinin doğal gaz tesisat firmalarına sunduğu yazılım programı ZetaCad’in proje tesliminde kullanılan dijital gönderim/online onay sistemi (DİPOS) uygulamasında, dijital sigorta poliçesi düzenlenmesini zorunlu tuttuğu ve bu uygulamayı kendi şirketi olan Üç Elma Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. vasıtasıyla yürüttüğüne dair şikayet üzerine yapılan önaraştırma sonucunda;

- Tekhnelogos’un “doğal gaz tesisat projelerinin online gönderimi pazarı”nda hâkim durumda bulunduğu,

<sup>127</sup> 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>128</sup> Diğer yandan, Digitürk’e uydu alıcısı temin eden bir üreticinin Digitürk ile yaptığı münhasırlık anlaşması sonucunda rakiplerini dışlaması olanak dahilindedir; ancak kararlarda konu bu açıdan araştırılmamıştır.

<sup>129</sup> 15.07.2009 tarih ve 09-33/767-185 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

<sup>130</sup> 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.



- Hem DİPOS vasıtasıyla çevrimiçi proje tesliminde hem de elden proje tesliminde, tesisat firmalarının dağıtım firmalarına projelerini göndermeleri ve sigorta poliçelerini de aynı anda sunuyor olmaları tek bir işlem gibi gözükse de, işlemlerin niteliği ve özellikle sigorta poliçelerini sigorta şirketleri/acenteleri gibi son derece farklı firmaların düzenliyor olması nedeniyle proje gönderimi ve tesisatın sigortalanması işleminin farklı hizmetler olduğuna;
- Tekhnelogos'un DİPOS'da online proje gönderimi hizmetinin yanı sıra sigorta poliçesinin de bu sistem üzerinde kesilmesinin zorunlu tutulmasının iki hizmetin bağlanması olarak değerlendirilebileceğine,

karar verilmiştir. Kararda ayrıca “uygulamanın tesisat firmalarına (tüketicilere) ve sigorta şirketleri/acenteleri aleyhine rekabete zarar veren etkisinin de irdelenmesinin gerektiği” belirtilmiş; yapılan inceleme sonucunda Tekhnelogos'un uygulamalarının “tesisatlarının sigortalanmasına yönelik sigortacılık sektöründeki rekabeti (özellikle yerel sigorta acentelerinin zararına olacak şekilde) olumsuz etkilediği ve tesisat firmalarının fiyat ve istedikleri sigorta şirketinden hizmet alma gibi seçeneklerini kısıtladığı” görüldüğünden eylemin 6. madde kapsamında ürünlerin bağlanması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, uygulamanın sigortacılık sektörünün çok küçük bir bölümünü kapsamaması, rakiplerin alternatif seçeneklerinin bulunması ve teşebbüsün sigortacılık sektöründeki rakiplerinin faaliyetini zorlaştırma amacı taşıdığına dair herhangi bir kanıt bulunamadığı dikkate alınarak, teşebbüse ceza verilmemiş, ancak DİPOS içerisindeki dijital poliçe kesim işleminin zorunlu olmaktan çıkarması yükümlülüğü getirilmiştir.

Yine yazılım endüstrisine ilişkin bir başka kararda<sup>131</sup> Akınsoft tarafından kafe otomasyon ve filtre programlarının birlikte satıldığı tespit edilmesine rağmen anılan teşebbüsün hakim durumda olmaması nedeniyle söz konusu bağlama uygulamasının 4054 bağlamında ihlal teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Hakim durumdaki bir internet sağlayıcısı (TTNet) ile bir GSM operatörünün (Avea) birlikte uyguladıkları bir kampanyada, bağlama/paket satışlar yoluyla hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası üzerine yapılan bir önaraştırmada<sup>132</sup> ise;

- bağlama/paket satış uygulaması yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için; (i) hakim durumun tespiti,

<sup>131</sup> 5.3.2009 tarih ve 09-09/192-59 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>132</sup> 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

(ii) bağlama/paket satış uygulamasına konu ürünlerin farklı/bağımsız ürünler olması (iii) uygulamanın anti-rekabetçi (dışlama/kapama) etki doğurabilecek niteliği haiz olması (iv) objektif haklı bir gerekçenin ve/veya etkinlik doğurucu bir uygulamanın mevcut olmaması koşullarının karşılanması gerektiği;

- uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün bağlama uygulamalarında, bağlayıcı piyasada hakim durumda bulunması gerekli iken, paket satış uygulamalarında ise uygulamaya konu ürünlerin yer aldığı en az bir piyasada hakim durumun tespitinin yeterli (gerekli) olduğu;
- şikayet konusu kampanyanın, “karma paket satış” yöntemine uygunluk gösterdiği; dolayısıyla olay özelinde karma paket satış uygulamasına konu ürünlerden herhangi bir tanesinde hakim durumun tespitinin yeterli olacağı

belirtildikten sonra kampanya;

- a) olası bir kapama etkisinin ve talep kaymasının tespiti açısından talep/kampanyaya katılan kişi sayısı bakımından incelenmiş ve kampanyanın TTNNet’e olan katkısının minimum düzeyde olduğu ve talebin kampanya dolayısı ile rakiplerden TTNNet’e geçmesinin söz konusu olmadığı;
- b) karma paket satışların yıkıcı bir fiyatlama olarak rakiplerin pazardan dışlanmasına yol açabileceği dikkate alınarak “kampanyada sunulan indirimin büyüklüğü” ve TTNNet’in fiyatına etkisi değerlendirilmiş ve kampanyaya katılanların 109 YTL’lik bedava konuşma hakkına sahip olacakları, söz konusu bedelin internet erişim ücretinden düşülmeyeceği ve kampanyadan yararlanmak için yapılacak internet aboneliği, Avea Kamu hat aboneliği, ilgili vergiler ve sabit ücretler gibi harcamaların toplam miktarı dikkate alındığında istisnai durumlarda negatif marj görüldüğü ve bunun da piyasadaki rekabeti sınırlamaktan uzak olduğu;
- c) kullanıcıların ürünlere atfettikleri değer pozitif ilişkili olması durumunda kapama etkisini arttıracığı dikkate alınarak “kullanıcı tercihleri” incelenmiş ve bağlayıcı ürün olarak ifade edilen Avea GSM aboneliğinin, tüketiciler nezdinde halihazırda en az tercih edilen GSM hizmeti olduğu, kampanya süresince Avea kullanıcılarının bile pek azının bu kampanyaya rağbet ettiği ve bu nedene perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında rekabetin engellenmesinin mümkün olmadığı;
- d) paket içerisinde yer alan ürünlerin tamamlayıcılığının kuvvetli olduğu durumlarda paket satışların kapama etkisinin daha fazla olacağı dikkate alınarak “ürünlerin niteliği” (ürünler arası ilişki) incelenmiş ve

internet aboneliği ile GSM aboneliği arasında tamamlayıcılık ilişkisinin bulunmadığı;

yukarıda yer verilen değerlendirmeler dikkate alındığında uygulamanın paketleme uygulamasından ziyade promosyon amaçlı bir kampanya olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle soruşturmaya yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

#### *Yedek Parça, Servis Hizmetleri ve Sarf Malzemelerine Yönelik Kararlar*

Hewlett Packard'ın (HP) yazıcı sarf malzemeleri ve yedek parça fiyatları ile satış sonrası hizmetler kapsamında bakım ve onarım bedellerini yüksek belirlemek, satış sonrası hizmetlerde STREP programının kullanılmasını zorunlu tutmak, yetkili servisler dışındaki kişilere yedek parça satmamak yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak yapılan önaraştırmada Kurul; HP'nin kendi ürünlerinin servis ve yedek parçalarına ilişkin piyasa hakim durumda olduğuna karar vermiş ve "... yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiği" sonucuna ulaşmıştır<sup>133</sup>. Rekabet Kurulu'nun servis hizmetleri ile yedek parça hizmetlerinin bağlanmasına yönelik iddiaları kapsamlı bir şekilde incelemeye gerek görmeksizin aşırı fiyat iddiasına odaklanmasını bu karar açısından önemli bir eksiklik olarak değerlendirmek mümkündür.

HP, Lexmark, Canon gibi yazıcı üreticisi firmaların kartuş ve yazıcı pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak yapılan önaraştırmada<sup>134</sup> da yazıcı üreticisi teşebbüslerin, yazıcılarında kendi lisansları altında üretilen kartuş, toner veya şeritlerin kullanılmasına yol açacak şekilde iki ayrı ürünü bağlayarak rekabeti engelledikleri iddiasına ilişkin olarak somut belge ve bulgulara ulaşılamaması nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir ihlalin varlığından söz edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararın en ilginç yanı -Ardıyok'un<sup>135</sup> da haklı olarak dikkat çektiği üzere- Kurul'un inceleme ve değerlendirmelerin Kanun'un 4. maddesi mi yoksa 6. maddesi kapsamında yapıldığına dair herhangi bir açıklama yapmayı gerekli görmemiş olmasıdır.

<sup>133</sup> 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>134</sup> 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>135</sup> ARDIYOK, Ş. (2007) "Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Motorlu Taşıtlar Tebliği'nin Ampirik Analizi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara. s.72

Rekabet Kurulu, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarına yönelik olarak re'sen başlattığı bir önaraştırmada<sup>136</sup> ise ilgili ürün pazarını her bir teşebbüs için, dolayısıyla “*her marka için, ayrı ayrı olmak üzere tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı*” olarak tanımlamış;

- ana ürün ile servis hizmetleri ve yedek parçaların tamamlayıcı ürün niteliğinde olmalarından ve bu nedenle birbirlerinin fiyat ve talebi üzerindeki etkisi nedeniyle firmaların, bu ürün bakımından rekabet güçlerini arttırmak amacıyla yedek parça fiyatlarını düşürmek ya da yaygın servis hizmeti sağlamak gibi uygulamalar içinde bulunmasının beklenebileceği;
- diğer yandan bu firmaların ya da servis kalitesi ve ürün güvenliğini korumak amacıyla ürüne ilişkin servis hizmetini sadece kendisinin sağlamayı hedefleyebileceği ve bu nedenle kendi servis ağı dışındaki servis sağlayıcıyla yedek parça sağlamamayı isteyebileceği, ya da arıza tespiti için gereken özel alet veya yazılımların bu tür bir durumu zorunlu kılabileceği;
- ancak, Avrupa Birliği'nde gündeme gelen Hilti<sup>137</sup> ve Hugin<sup>138</sup> kararları dikkate alındığında, firmanın yedek parçalarını veya sarf malzemelerini bağlamasının ya da bağımsız servis sağlayıcılara yedek parça sağlamaktan imtina etmesinin bağımsız servis sağlayıcılarının pazardan dışlanmasına, dolayısıyla da rekabetin kısıtlanmasına neden olabileceği;
- bu bağlamda “pazardaki bazı teşebbüslerin kendi markası altında bulunan tıbbi cihazların yedek parçalarındaki hakim durumundan faydalanarak müşterilerini bağlamaya ve rakip servis sağlayıcıların faaliyetini zorlaştırmaya yol açabilecek uygulamalarda buldukları, halihazırda servis pazarında bu tür sorunlarla karşılaşılmasa da bunun potansiyel olarak ciddi sakıncalar barındırdığı”;

gibi gerekçeleri dikkate alarak, ilgili teşebbüslerin;

- en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerini Internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan etmesine;
- (hastaneler tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılım koşullarının sağlanabilmesi açısından) müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan

<sup>136</sup> 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>137</sup> *Hilti AG v Commission, Case C-53/92 P., 02.03.1994*

<sup>138</sup> *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission, Case 22/78, 31.05.1979.* Karar, İsveçli yazar kasa üreticisi Hugin'in Birleşik Krallık'taki yetkisi satıcısı ve servisi Lipton'un rakip ürünler satmaya başlaması üzerine bu teşebbüse yedek parça vermeyi kesmesine ilişkindir.

gelen yedek parça fiyat taleplerini en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırmasına;

- tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin etmelerine,
- cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye teslim etmelerine;
- bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlemelerine,
- cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterileri yazılı olarak bilgilendirilmelerine,
- yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapmaktan kaçınmalarına

karar vermiştir.

#### 4. UYGULAMA İLE KURAMSAL TEMELLERİN KARŞILAŞTIRILMASI, TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN ÖNERİLER VE SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri açısından bağlama ve paket satışı uygulamalarına ilişkin mahkeme kararlarının “*mutlak ihlal*”den “*haklı sebep kuralı*”na doğru evrimleştiğini söylemek mümkündür. Söz konusu sürecin iki eksenine vardır:

Bunlardan ilki iktisat disiplininin de gelişmesine paralel olarak Şikago Okulu ve sonrası dönemde iktisadi analizlerinin rekabet hukuku sürecinin bir parçası haline gelmesidir. Bu bağlamda Şikago Okulu’nun en önemli zaferi, bağlama ve paketleme anlaşmalarına ilişkin olarak *Standard Stations Davası*’ndan<sup>139</sup> çok açık bir şekilde ifade edilen ve “aktarma kuramının” iktisadi temellere dayanmaksızın körü körüne uygulanmasına dayanan önyargının kırılması olmuştur.

<sup>139</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949)

Şikago Okulu, bağlama ve paketleme uygulamalarının mutlak ihlal sayılmaktansa mutlak yasal (*per se legal*) sayılması amacıyla bağlama ve paketleme anlaşmalarının rekabetçi piyasalarda da sıklıkla kullanılmasının bir hikmeti olduğunu belirtmiş ve bu yöndeki savlarına dayanak olarak “*tek tek elci kâr kuramı*” ve “*fiyat ayrımcılığı*” kuramından yararlanmıştır. Bu vesile ile bağlama ve paketleme anlaşmaları ile maliyet ve fiyat etkinliği arasındaki bağ kurulmuştur.

Diğer yanda, Şikago Okulu sonrası dönemde ise Okul’un dayandığı modellerin uygulama alanının kısıtlı olduğu, bağlama ve paketleme uygulamalarının etkinlik yaratmanın yanı sıra rakipleri dışlama ve piyasaları kapatma amacıyla da kullanılabilmesine dair modeller gündeme gelmiş ve bu uygulamaların rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tartışılmasına yönelik iktisadi modellerde zenginleşme görülmüş; konu kuramsal açıdan belirli bir olgunluğa erişmiş ve kuramsal açıdan “haklı sebep kuralının” kullanılmasının daha doğru olacağı savunulmaya başlanmıştır<sup>140</sup>.

Ancak, A.B.D. mahkemelerinin iktisat disiplinindeki gelişmeleri içselleştirebildiğini söylemek için henüz erkendir. Klasik dönemdeki katı mutlak ihlal kuralı *Jefferson Parish Kararı*<sup>141</sup> ile birlikte yumuşamaya başlasa dahi, bağlama ve paket anlaşmalarının haklı sebep kuralına tabi tutulmasından ısrarla kaçınılmıştır. *Microsoft III Kararı*<sup>142</sup> haklı sebep kuralının bağlama eylemlerine uygulanabileceğini göstermesi açısından dönüm noktasını değerlendirilmekle birlikte karar metninde muhakeme uygulamasının yalnızca “yazılım platformları piyasalarındaki ürün entegrasyonları” ile sınırlı tutulduğu dikkate alındığında ürün bağlama ve paketleme uygulamalarına ilişkin genel yaklaşımın hâlâ *Jefferson Parish* doktrininin ile temsil ettiğini söylemek mümkündür.

ABD uygulamasının evrimleşmesi sürecindeki ikinci eksen ise, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin mahkemeleri yeni değerlendirmeler yapma ve çözümler bulma konusunda zorlamalarıdır: Muhtelif IBM davalarında da görüldüğü üzere, klasik dönemden *Microsoft III Kararı*’na kadar mahkemelerin genel eğilimi “*teknolojik bağlama uygulamalarına bulaşmama*” yönündedir. Dolayısıyla, ABD hukuku açısından klasik bağlama uygulamaları “mutlak ihlal” yaptırımı ile cebelleşirken, teknolojik bağlama uygulamaları bir bakıma “mutlak yasal” statüsünden yararlanmıştır. Söz konusu ikilik “yeni ekonomi”nin ağırlığının artması ile birlikte sürdürülemez hâle gelmiştir. Ancak ABD

<sup>140</sup> Bu alandaki tartışmalar için bkz. Hylton ve Salinger (2001); Ahlborn, Evans ve Padilla (2004); Evans ve Salinger (2005).

<sup>141</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984)

<sup>142</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000)

mahkemelerinin bu problem karşısında nasıl bir tutum izleyeceğine dair bir ipucu yoktur.

Yeni ekonominin bağlama ve paketleme uygulamalarının analizi ve değerlendirmesi açısından yeni kurallar ya da araçlar gerektirip gerektirmediği akademik çevrelerde de tartışma konusu olmaya başlamıştır: Bu bağlamda Posner, bağlama uygulamalarının piyasayı kapama açısından yeni ekonomide klasik ekonomiye oranla daha etkili olabileceğini, ancak bunun için ayrı bir kurala ya da yeni bir doktrine gerek olmadığını, Sherman Yasası'nın ikinci maddesinin yeterli olacağını belirtmekte, ancak Clayton Yasası'ndaki "rekabeti kısıtlama" değerlendirmesinin değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>143</sup>.

Atlantiğin diğer yakasındaki uygulamalara bakıldığında ise, Avrupa Komisyonu'nun Hilti Kararı'nın<sup>144</sup> iktisadi rasyonaliteden uzak bulunduğunu söylemek mümkündür. Ahlborn, Evans ve Padilla (2004) da, AB Komisyonu'nun ve ATAD'ın değerlendirmelerinde açıkça zikredilmese bile Jefferson Parish Testi'nin şablon olarak kullanıldığını, ancak uygulamada bağlama ve paketleme eylemlerine ABD'den çok daha katı yaklaşıldığını belirterek AB uygulamalarını eleştirmektedir.

Ancak bu eleştirinin hakim durumun kötüye kullanılmasının değerlendirilmesi ile sınırlandırılması makul olacaktır. Olaya rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar bağlamında bakıldığında, AB'de bağlama ve paketleme anlaşmalarının dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinden yararlanabildiği, ancak ABD'de mutlak ihlal sayıldığı dikkate alındığında bu kez de anlaşmalar açısından ABD'deki yaklaşımın daha katı olduğunu söylemek mümkündür<sup>145</sup>.

AB'nin Microsoft Kararı ise ABD ile paralellik arz etmekte ve ürün bağlama anlaşmalarının piyasayı kapatma potansiyeline dikkat çekmektedir. Tek fark, ABD'de Internet Explorer'ın bağlanması dava konusu yapılması iken

<sup>143</sup> POSNER, R. A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press. s.207. Posner aynı sayfada ayrıca Clayton Yasası'nın bağlamaya ilişkin hükmünün hâlâ kaldıraç kuramına dayandığını ve iktisadi rasyonaliteden uzak olduğunu, diğer yandan mahkemelerin bu yasayı uygulamaktan kaçınmayacaklarını, ancak söz konusu yasanın uygulanması için "rekabeti sınırlama etkisinin kanıtlanması" gerektiği dikkate alındığında mahkemelerin "rekabeti kısıtlama" algısını değiştirerek -bu durum herhangi bir faaliyetin anılan kural kapsamında cezalandırılmasını engellese bile- kuralın çağdaş algılamaya göre uygulanmasını sağlayabileceklerini savunmaktadır.

<sup>144</sup> *Hilti AG v Commission, Case C-53/92 P., 02.03.1994*

<sup>145</sup> Bu makalenin değerlendirilmesi aşamasında "bağlama ve paket satış uygulamalarının hakim durum açısından değil de anlaşmalar bakımından ele alınması durumunda ABD yaklaşımının daha katı olabileceğine" ve bu hususun da belirtilmesi gerektiğine dikkat çeken hakeme teşekkür ederim.

AB’de Windows Media Player’ın bağlanması soruşturulmasıdır<sup>146</sup>. *GE/Honeywell Kararı*<sup>147</sup> ise, hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili değil de birleşme ve devralma incelemesinde gündeme gelmiş ve “yeni şirketin bağlama ve paket satışları uygulaması yapma ihtimali sonucunda oluşacak etkinliğin fiyatların düşmesine ve dolayısıyla rakiplerin dışlanmasına neden olma olasılığı” işleme izin verilmemesinin dayanağı olmuştur.

Hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında cezaya konu olabilecek eylemlerin ne şekilde değerlendirilebileceğini açıklamaya yönelik olarak yayınlanan “82. Maddenin Uygulanması’na İlişkin Komisyon Duyurusu”nun<sup>148</sup> da en azından ürün bağlama ve paketleme anlaşmalarının değerlendirilmesi açısından beklentileri karşılamaktan uzak olduğu söylenebilir.

Çeşitli ABD ve AB kararlarını inceleyen ve mahkemelerin iktisadi savları değerlendirmede sıklıkla geç kaldıklarından yakınan Hylton ve Salinger (2001), Ahlborn, Evans ve Padilla (2004), Carlton ve Waldman (2005a) ile Evans ve Salinger (2005), mutlak ihlal kuramının iktisadi açıdan rasyonel olan ve toplumsal refah üzerinde olumlu etkisi bulunan bağlama ve paketleme uygulamalarını da cezalandırma riski taşıdığını belirtmekte ve haklı sebep kuralına dayalı yaklaşıma geçilmesini önermektedirler.

Tirole (2005) ise bir adım daha ileri giderek, bağlama/paketleme uygulamalarının tek başına bir ihlal sayılmaması gerektiğini ve bu tür uygulamaların “yıkıcı fiyat” açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Carlton ve Waldman da, bağlama uygulamalarının toplumsal refahı azaltabileceğini, ancak birçok durumda bağlama anlaşmalarının etkilerinin sosyal refahı artırıcı nitelikte olduğunu, bu nedenle uygulamaların etkilerinin tam olarak kestirilememesi durumunda dahi rekabet otoritelerinin müdahaleden kaçınmaları ve ancak rekabeti kısıtlama etkisinin net olduğu durumlarda müdahale etmeleri gerektiğini; bu durumda dahi olası zarar ile olası etkinliklerin dengesinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> Microsoft’un Internet Explorer’ı bağlaması da AB’de inceleme konusu olmuş, ancak AB Microsoft’un verdiği taahhütleri yeterli görmüştür.

<sup>147</sup> AB Komisyonu Kararı (Case No COMP/M.2220) *General Electric/Honeywell*, OJ L 395, 30.12.1989.

<sup>148</sup> *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* - (2009/C 45/02) 24/02/2009

<sup>149</sup> CARLTON, D. W., ve M. WALDMAN (2005b), “How Economics Can Improve Antitrust Doctrine Towards Tie-In Sales: Comment on Tirole's 'An Analysis of Tying Cases: A Primer'”, *Competition Policy International*, Vol. , No. 1, pp. 27-40, Spring 1.



Türkiye uygulamasında bakıldığında ise, rekabet hukukunun ülke açısından görece genç bir hukuk dalı olmasına karşın uygulamaların sonuçlar açısından genel itibariyle tutarlı olduğundan bahsetmek mümkündür. Bir başka deyişle, Rekabet Kurulu'nun önüne gelen davalarda bağlama/paketleme uygulamalarının rekabeti kısıtlaması için hakim durum koşulu aranmış; hakim durumun bulunduğu olaylarda da eylemin piyasadaki etkileri değerlendirilmiştir.

Ancak, sonuçların tutarlı olması, bu sonuçlara ulaşmada kullanılan yöntemin de tutarlı ve sistematik olduğu anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, değerlendirilen kararlarda hakim durum analizi görece standart olmakla birlikte, bağlama/paketleme uygulamalarının niteliği, piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesi ve uygulamaların ihlal sayılması için gerekli koşullar konusunda karardan karara değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin bir kararda<sup>150</sup> ihlal için rakiplerin dışlanması yeterli olacağı belirtilirken, bir diğer kararda<sup>151</sup> bağlama uygulamalarının dışlanmasının yanı sıra tüketicinin sömürülmesine yol açması nedeniyle zararlı olabileceği belirtilmiş -ki bu diğer kararlarda değinilmeyen bir durumdur -, bir diğerinde<sup>152</sup> ise, uygulamanın ihlal sayılmaması için “yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması” gerektiği belirtilmiştir. Son olayda öne sürülen “orantılılık” hususu aslında 4 ve 5. maddeler bağlamında “muafiyet analizi” çağrışımı yapsa da, ilgili metinde 6. maddenin değerlendirilmesi amacıyla kullanılacağı belirtildiğinden, hakim durumun kötüye kullanma eylemine karar verilmesi açısından “etkinlik savunması”nın da kabul göreceği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, Türkiye uygulamasının şekilde bir yaklaşımdan çok -kısmen rastlantısal olarak- muhakeme bazlı bir şekilde evrimleştiğini, Rekabet Kurulu kararlarında yer alan analizlerin iktisat disiplininin feyz alarak biçimlendiğini ve bu nedenle mevcut uygulamalara yönelik genel bir eleştiriye yer bulunmadığını, ancak bağlama/paket satışı uygulamalarının analizi açısından bir standarda ihtiyaç duyulduğunu söylemek mümkündür.

---

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702645](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702645).

<sup>150</sup> 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>151</sup> 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>152</sup> “Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması.” (25.11.2009)

**KAYNAKÇA**

AHLBORN, C., D. S EVANS ve A. J. PADILLA (2004). Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality, *Antitrust Bulletin*, 49: 287.

ARDIYOK, Ş. (2007) “Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Motorlu Taşıtlar Tebliği'nin Ampirik Analizi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

BAKOS, Y. ve E. BRYNJOLFSSON (1999) “Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency”, *Management Science*, 45:1613

BORK, R.H (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, Free Press, New York.

BOWMAN, W. S. Jr. (1957) “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *The Yale Law Journal*, 67: 19.

CARBAJO, J., D. de MEZA ve D. J SEIDMANN (1990), “A Strategic Motivation for Commodity Bundling”, *Journal of Industrial Economics* 38: 283-298.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN (2002) “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *The RAND Journal of Economics* 33, no. 2 (Summer): 194-220.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN. (2005a). Theories of Tying and Implications for Antitrust. *SSRN eLibrary* (Temmuz).

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=809304](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304),

Erişim Tarihi: 12.02.2010.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN (2005b), “How Economics Can Improve Antitrust Doctrine ToW.s Tie-In Sales: Comment on Tirole's 'An Analysis of Tying Cases: A Primer’”, *Competition Policy International*, Vol. , No. 1, pp. 27-40, Spring 1.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702645](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702645),

Erişim Tarihi: 12.02.2010.

CHEN, Y. (1997), “Equilibrium Product Bundling”, *Journal of Business*, s.85-103.

CHIN, A. (2005), “Decoding Microsoft”, *Wake Forest Law Review*, Vol.40(1), s.1-157.

CRANE, D. A. (2005) “Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.72., No.1. s.27-84.

COURNOT, A. (1838). *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris: Hachette. İngilizce çevirisi: çev. N. Bacon, *Research into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, James and Gordon, Mountain Center, CA 1995.

EKDİ, B. (2010), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisans Üstü Tez Serisi No.16., Ankara.

EVANS, D. S. ve M. SALINGER (2005). “Why Do Firms Bundle and Tie - Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law.” *Yale Journal on Regulation* 22: 37.

GAYNOR, D. E. (2006) “Technological Tying”, *FTC Working Papers*, No.284.

GELLHORN, E. ve W.E. KOVACIC (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Fourth Edition, St. Paul: MN.

HYLTON, K. N ve M. SALINGER (2001), “Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *Antitrust Law Journal* 69: 469.

KOCABAŞ, B. (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi, Ankara.

NALEBUFF, B. (2000), “Bundling”, Yale ICF Working Paper, No. 99-14, [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=185193](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=185193), Erişim Tarihi: 10.02.2010.

NALEBUFF, B. (2003), “Bundling, Tying and Portfolio Effects Part I: Conceptual Issues”, *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16.

NALEBUFF, B. ve D. MAJERUS (2003), “Bundling, Tying and Portfolio Effects Part 2: Case Studies”, *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16.

PADILLA, A.J. and D.S. EVANS, “Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf.”. *World Competition: Law and Economics Review*, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596663>.

PAPANDROPOULOS, P. (2006) “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*.

POSNER, R.A. (2005), “Keynote Address: Vertical Restrictions and ‘Fragile’ Monopoly”, *The Antitrust Bulletin*, 50(3), pp. 499-509.

POSNER, R.A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press.

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayınları, 1. Baskı.

[http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1\\_BASKI%20REKABET\\_TERIMLERI.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1_BASKI%20REKABET_TERIMLERI.pdf)

SCHWARTZ, R.M. (2010), “Confusing 'Bundling' with 'Tying' Under Article 82 Ec: 'Batteries included' or 'It only comes with fries’”, *Hastings Business Law Journal*, 6:145.

STIGLER, G. J. (1968), *ORGANIZATION of INDUSTRY*, The University of Chicago Press.

TIROLE, J. (2005), “The Analysis of Tying Cases: A Primer”, *SSRN eLibrary* (Competition Policy International, Vol. , No. 1, pp. 1-25, Spring 1).

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702641](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702641).

ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi, Ankara.

WHINSTON, M.D (1990), “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, *The American Economic Review* 80, no. 4 (Eylül): 837-859.

WHINSTON, M.D. (2001), “Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know”, *The Journal of Economic Perspectives* 15, no. 2 (Spring): 63-80.

## TEK YANLI DAVRANIŞLARA NASIL YAKLAŞALIM? HOW SHALL WE APPROACH UNILATERAL CONDUCT?

**Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN\***

*“Varsayımlarınızı sorgulamaya başlayın. Varsayımlarınız dünyaya açılan pencerelerinizdir. Arada bir onları silip temizleyin, yoksa içeri ışık girmez.”<sup>1</sup>*

*“İşimiz kişilere karar verdirmek değil onların zihinlerini açmak ve karar vermelerini o kadar acılı bir süreç haline getirmek ki bu acıdan ancak düşünerek kaçınabilsinler.”<sup>2</sup>*

### Öz

*Bu makalede teşebbüslerin tek yanlı davranışları için sui generis bir düzenleme önerilmektedir. Bu çerçevede, önce Rekabet Kurulunun (Kurul) teşebbüslerin tek yanlı davranışlarına genel yaklaşımı ve rekabet mevzuatının amacı (ratio legis) çerçevesinde bu yaklaşımın yerindeliği irdelenmiştir. Daha sonra aynı konuda A.B.D., Alman ve A.B. yaklaşımları karşılaştırılmıştır. Mevcut düzenlemenin bu yaklaşımların neresinde olduğu ve uygulamada doğurabileceği sorunlar irdelenmiştir. Rekabet mevzuatının amacı çerçevesinde en uygun düzenlemenin bileşenleri araştırılmıştır. Bu kapsamda önce Kanun Koyucunun ve Kurulun önündeki hukuki yöntem seçenekleri saptanmış ve sınıflandırılmıştır. Daha sonra konunun esasının incelemesine geçilmiş ve tek yanlı davranışlara ilişkin genel, maddi hukuk kuralları önerilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Kurallar ve Standardlar, Tüketici Refahı, Verimlilik, Azami Fiyat Tespiti.*

### Abstract

*In this article, sui generis legislation relating to unilateral firm conduct is proposed. Within this framework, the general approach of the Competition Board towards unilateral conduct and its appropriateness vis-a-vis the ratio legis of competition law are analysed. Then, the U.S., German and EU approaches on the same subject are compared. The status of the present*

\* Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir. Yazar, hakemlere değerli katkılarından dolayı içtenlikle teşekkürlerini sunar.

<sup>1</sup> Alan Alda, <http://timelesslifeskills.co.uk/node/157>

<sup>2</sup> Anonim, <http://www.quotegarden.com/thinking.html>

legislation within the context of these approaches and the problems it may give rise to in practice are dealt with. The components of the most appropriate legislation within the context of the ratio legis of competition law are sought. For this purpose, the choices of legal tools before the legislator and the Board are determined and classified. Then the substance of the law is analysed and general substantive rules applicable to unilateral conduct are proposed.

**Keywords:** Abuse of Dominant Position, Rules and Standards, Consumer Welfare, Efficiency, Setting Maximum Prices.

### 1. TÜRK REKABET OTORİTESİNİN YAKLAŞIMININ ANALİZİ: DEĞER YARGILARI TERCİHİ VEYA REKABET HUKUKUNDAN BEKLENTİLER

Eleanor Fox, 2006'da yayınlanan makalesinde teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından A.B.D. ve A.B. yaklaşımlarını şöyle karşılaştırıyor:

*“Antitröst hukuktur; ekonomi değildir. [Otoritelerce] uygulanabilen, [teşebbüslere karşı] icra edilebilen ve onlara yol gösteren kurallara ihtiyaç gösterir. Bununla birlikte, ekonomik modeller varsayımları gerektirir ve varsayımlar genellikle değerlere, inançlara, [öngörülen] büyük resimlere ve kavramsal çerçevelere uyacak şekilde seçilirler. A.B.D. hukukunun tek firmanın davranışına öncelik tanınması ve ağırlıklı olarak yanlış mahkumiyet kararlarından (false positives) çekinmesi, A.B. hukukunun ise tekelleşmiş pazarların -özellikle şebeke pazarları- yarışılabilirliğine öncelik tanınması ve ağırlıklı olarak bu pazarların kapanmasından endişe etmesi şaşkıncı değildir. Burada mesele denge[leme] ile ilgili olduğu kadar, değer [yargılarıyla da] ilgilidir. Çoğulculuk ve zayıf olana adil davranma değerlerinin yükselişte olduğu bir dönemde Profesör Demsetz'in dediği gibi: ‘Görmek inanmaktır’ atasözü iki açıdan doğruluk içerir; çünkü “inanmak görmektir” anlayışında da bir hayli doğruluk payı vardır. Olgular yorumlanmaya başlanmadan önce bir inanç sisteminin içine yerleştirilmelidir. Ekonomistlerin monopol ve rekabetle ilgili ortak bir inanç sistemini benimsedikleri yolunda bir izlenim var...[a]ncak böyle değil...”<sup>3</sup>*

Bu alıntı, Türk rekabet otoritesinin tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşması gerektiğine dair bir makale için iyi bir başlangıç noktası sunuyor. Alıntıda sava uygun şekilde, ilk tespit, Türk rekabet otoritesinin tek yanlı davranışlara ilişkin değer yargıları tercihi olacak. İkinci aşamada -eğer

<sup>3</sup> FOX, E. (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide”, *Utah Law Review*, No: 3, s. 740.

saptanabilirse- bu tercihin, rekabet hukukunun -yazara göre ideal- *ratio legis*'iyle ne kadar örtüştüğü sorgulanacak:

Bu kapsamda, ilk aşamada, Kurulun, tek yanlı davranışları değerlendirirken teşebbüsleri koruma saikiyle hareket edip etmediğini saptamak önemlidir. *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* kararında, Kurul, teşebbüsleri değil rekabeti korumayı hedeflediğini açık şekilde ifade etmiştir.<sup>4</sup>

Diğer yandan, Kurulun, tek yanlı davranışları incelediği kararlarda, verimlilik (etkinlik) kavramına da vurgu yaptığı gözlemlenmektedir: Yine *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* kararında, "ihlal kararının etkin<sup>5</sup> bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği" sorusuna yanıt aranmıştır.<sup>6</sup> *Algıda* kararında giriş engelleri, "bir teşebbüsün potansiyel rakipleri karşısında, daha etkin (verimli) olması nedeniyle değil, daha önce pazara girmesi, üretim ya da dağıtımda özel bir konumda bulunması veya temel girdileri daha kolay elde edebilmesi bakımından sahip olduğu avantaj" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>7</sup> *TCDD Liman Depoları* kararında, "ekonominin gerekleri uyarınca verimlilik ve kârlılık ilkeleri" doğrultusunda hareket etmeleri nedeniyle, kamu sermayesine sahip teşebbüslerin dahi ekonomik faaliyette buldukları ve bu nedenle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Kanun") kapsamında bir teşebbüs kabul edilecekleri belirtilmiştir.<sup>8</sup> Daha önceki bir kararda<sup>9</sup> kompozit gübre pazarındaki potansiyel hakim durumuna değinilen Toros Gübre'nin münhasır dağıtım sisteminin incelendiği *Toros Gübre Bayileri* kararında, aktif satış yasağına, "münhasırlığın sağlanabilmesinin bir unsuru olarak, münhasırlıktan doğan etkinlik (verimlilik) artışlarının elde edilebilmesi için" izin verilebileceği ifade edilmiştir.<sup>10</sup> *Microsoft Danışmanlık Hizmeti* kararında da, Kurul, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapıldığı iddiasına karşı, Microsoft'un maliyet tasarrufu ve müşterilere daha nitelikli hizmet sunulması savunmalarını kabul etmiştir.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, 6.8.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı karar, s. 19, paragraf 870-880.

<sup>5</sup> Burada "etkin" ifadesi ile, iktisat biliminde kullanılan "verimli (efficient)" kavramı kastedilmektedir.

<sup>6</sup> Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 15-16, 677-732'nci paragraf, s 19, 870-873'üncü paragraf.

<sup>7</sup> Algıda, 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı karar, s. 28, paragraf 1183-1187. Bu kararda, ilgili teşebbüsün satış noktalarıyla yaptığı münhasırlık içeren sözleşmelerin muafiyet kapsamında yer alıp almadığı Kurul tarafından re'sen Kanun'un 4'üncü ve 5'inci maddeleri uyarınca incelenmekle birlikte, teşebbüsün pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığı da araştırılarak olumlu sonuca varılmıştır. Bkz: aynı karar, s. 35, 1500'üncü paragraf.

<sup>8</sup> TCDD Liman Depoları, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1468-386 sayılı karar.

<sup>9</sup> Mazıdağı, 21.2.2008 tarih ve Karar Sayısı : 08-16/189-62 sayılı karar.

<sup>10</sup> Toros Gübre Bayileri, 19.08.2009 tarih ve 09-36/906-219 sayılı karar.

<sup>11</sup> Microsoft Danışmanlık Hizmetleri, 06.08.2009 tarih ve 09-35/879-205 sayılı karar.

Yukarıdaki kısa değerlendirme göstermektedir ki Kurul, genel olarak, tek yanlı davranışları değerlendirirken ilgili pazardaki rekabetin korunması hedefini benimsemekte, diğer yandan hedef tahtasındaki teşebbüsün genel olarak verimliliğini ve dava konusu davranışın verimlilik artırıcı olup olmadığını dikkate almaktadır.

Tek yanlı davranışlara yönelik kararlarda tüketicinin davranıştan zarar görmesi olasılığı da hesaba katılmaktadır. Kurul, pazardaki diğer teşebbüslerin korunması sonucunu doğuran müdahalelerinde dahi,<sup>12</sup> teşebbüslerin korunmamasının tüketiciye zarar verdiği veya bir süre sonra zarar vereceği varsayımıyla hareket etmektedir.

Bu makalede ileri sürülecek savlar açısından, yukarıda değinilen kararlarda davranışları incelemeye tabi tutulan teşebbüslerin verimliliğine, davranışın verimlilik artırıcı olup olmadığına ve davranıştan tüketicinin zarar görüp görmediğine vurgu yapılması önemli olgulardır.

Bu noktada rekabet hukukunun amacını, yani *ratio legis*'ini bir kere daha sorgulama ve belirleme gereksinimi doğuyor: Amacın rakipleri korumak olmadığı açık görünüyor. Acaba “tüketici refahını sağlamak için pazarlardaki rekabet ortamının korunması” doğru amaç mı?<sup>13</sup> Bu noktada birbirini takip eden iki önerme saptanabilir; (i) ancak potansiyel rakiplerin girişlerinin veya mevcut rakiplerin rekabet etmelerinin “fazla” zorlaştırılmadığı pazarlarda rekabet ortamı korunabilir ve (ii) ancak rekabet ortamının bu şekilde korunduğu pazarlarda tüketici refahı sağlanabilir.<sup>14</sup> Bu varsayım, bir öznel kavram (zorlaştırmanın ve hatta rekabetin kabul edilebilir düzeyi) ve ispatlanmamış iki önerme içermektedir. Bu nedenle doğruluğunu ispatlamak zor görünmektedir. Diğer yandan yukarıdaki amaç cümlecini oluşturan “tüketici refahını sağlamak” ile “pazarlardaki rekabet ortamının korunması” birbirinden ayrıldığına, yalın ve sağlanıp sağlanmadığı nesnel olarak ölçülebilen “tüketici refahı” kavramına ulaşılır.<sup>15</sup> Rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler, sadece tüketici

<sup>12</sup> Örneğin bkz.: Algıda, s. 65-66; Turkcell-GSM Faydası (23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı karar), s. 36; Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 19, 850. paragraf vd.

<sup>13</sup> Bu konuda Aşçıoğlu Öz şöyle demektedir: “Rekabet hukuku kurallarının doğrudan ve öncelikli amacı pazarda rekabeti korumaktır.... rekabet hukuku kuralları, ne rakiplerin, ne tüketicilerin ve ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatini korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması bir nihai hedef olarak, tüketicinin genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarından korunmasıyla gerçekleşir.” Bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 22.

<sup>14</sup> DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), *Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, s. 2, 6.

<sup>15</sup> Bu kavramın da ölçülebilirliğini tartışan bir çalışma için bkz.: WERDEN, G. J. (2009), *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, <http://ssrn.com/abstract=1352032>, Erişim Tarihi: 08.06.2010.



refahının sağlanmasına hizmet ederler, etmelidirler. Bu kapsamda, belirli bir pazarda belirli bir zaman diliminde rekabetin düzeyinin azalmış olması -eğer bu azalma teşebbüsler arası danışıklılıktan kaynaklanmıyorsa- tek başına bir sorun teşkil etmemelidir. Eğer bu ortamda dahi tüketici refahı sağlanabiliyorsa, rekabetin korunmasına yönelik düzenlemelerle pazara müdahale edilmemelidir. Bu yaklaşımın tek yanlı davranışların denetlenmesine yansımaları çok önemlidir. Bir yandan tüketici refahının sağlanması için teşebbüslerin daha verimli işletilmesini arzu ederken bir yandan da teşebbüslere, kendilerini bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik davranışlardan alıkoyacak kısıtlamalar getirilmesi doğru değildir. Teşebbüslerin verimliliğe odaklanması isteniyorsa rekabet düzenlemelerinde ve uygulamalarında da bu hedefe odaklanılmalıdır. Bu paradigma değişikliği, düzenlemelerin de hem esas hem şekil açısından değiştirilmesini gerektirmektedir.

Bu tartışma ışığında ABD, AB ve Alman düzenlemelerinde tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşıldığı ele alındıktan sonra Kanun'un 6'ncı maddesindeki düzenleme eleştirel gözle değerlendirilecektir.

## 2. ABD, ALMAN, AB REKABET MEVZUATI VE UYGULAMASININ TEK YANLI DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI

### 2.1. ABD Yaklaşımı

ABD antitröst hukuku, tamamen kendi iç dinamikleriyle gelişen, *sui generis* bir hukuktur. Farklı iktidarların ekonomik hayata, büyük firmalara ("*big business*") yaklaşımı, ülkedeki ekonomik dokunun nasıl olması gerektiğine dair tercihleri, antitröst hukuku uygulamasına yön verebilmektedir. Ayrıca antitröst hukuku, tarihsel süreç içerisinde, popülist bir yaklaşımdan teknokrat bir yaklaşıma doğru evrimleşmiştir.<sup>16</sup> Bu genel değerlendirme ışığında ABD antitröst hukukunun tek yanlı davranışlara yaklaşımı şöyle özetlenebilir: İkinci maddesi ile "ticareti tekelleştirmeyi" suç haline getiren Sherman Kanunu yuzon yaşındadır.<sup>17</sup> Bir

<sup>16</sup> CRANE, D. (2008) "Technocracy and Antitrust", *Texas Law Review*, Vol. 86, No.: 6, s. 1159-1221. Ayrıca Fox'un şu ifadeleri de bu tarihsel gelişimi açıklamaktadır: "*Her iki hüküm de (Sherman Act Section 1 ve 2) tüketicinin menfaati, verimlilik ve rekabetçilik pahasına verimsiz rakipleri koruma potansiyeline sahiptir ve bazen korudular da...1980ler değişim zamanıydı. ...[a]ntitröst için yeni bir paradigma sunuldu. Önceki eklektik yaklaşımın yerini, karteller dışında çok daha kısıtlı bir antitröst müdahalesini öngören ekonomik bir model aldı. Artık, ilgili davranışın veya işlemin tüketici artışı azaltması ve (pek çok halde) sağlam bir ticari gereksesi olmaması halleri dışında antitröst kuralları uygulanmayacaktı.*" FOX (2006), s. 26

<sup>17</sup> "§ 2. Ticareti tekelleştirme cürmü; cezası Eyaletler arasında veya yabancı ülkelerle yapılan iş veya ticaretin herhangi bir kısmını tekelleştiren veya tekelleştirmeye teşebbüs eden veya tekelleştirmek üzere başka kişi veya kişilerle birlikte hareket eden veya işbirliğine girişen kişi cürüm işlemiş kabul edilir ve mahkum olması halinde, mahkemenin takdirine bağlı olarak, eğer

çerçeve kanun niteliğindedir; özellikle tekelleştirmeye ilişkin hüküm, mahkeme içtihatlarıyla yorumlanmış ve şekillendirilmiştir. Geri çekilen bir A.B.D. Adalet Bakanlığı raporu dışında<sup>18</sup>, salt tekelleşmeye özgülenen bir kılavuz veya politika belgesi dahi yayınlanmamıştır.<sup>19</sup> Fox, tek yanlı davranışlara yönelik ABD yaklaşımını şöyle özetlemektedir: “ABD hukuku, hakim durumda bir firmanın (rakiplerle değil, tek başına hareket ediyorsa) davranışlarının hemen her halde pazar için yararlı olduğu ve rakiplerin dışlanmasının kendi başına anlamsız bir olgu teşkil ettiği varsayımıyla hareket ederek 2nci maddenin uygulamasında minimalizme gitmiştir. Rekabetçi bir değeri bulunmayan davranışlarla tüketici artışının azaltılması ise ihlale işaret eder.”<sup>20</sup>

## 2.2. Alman Yaklaşımı

Tek yanlı davranışlar, Alman Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun (*Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschaenkungen-GWB*) içerisinde beş maddede (19-23. maddeler) düzenlenmiştir. Üst başlık “Pazar Hakimiyeti, Kısıtlayıcı Uygulamalar”dır. Başlıkla maddelerde değinilen hallerin tümü birbiriyle örtüşmemektedir. Alman rekabet hukukunun haksız rekabet hukukundan içerdiği esintiler<sup>21</sup>, bu başlık altında düzenlenen 20(2)’nci, 21(1)’inci ve 23(3)(2)’nci maddelerde özellikle göze çarpmaktadır. Diğer yandan, 19’uncu maddede hakim durumda teşebbüs ve teşebbüslerin tanımı yapılırken ve sonraki hükümlerde bu teşebbüslerin davranışlarının hukuki akıbetinin düzenlenmesi beklenirken, “üstün pazar gücüne sahip teşebbüs” [20(4)’üncü madde], “ticaret ve sanayi birlikleri” [20(6)’ncü madde] gibi sujelerin bu başlık altındaki

şirket ise 100.000.000 \$’ı aşmayan, başka bir kişi ise 1.000.000 \$’ı aşmayan para cezasına, veya 10 yılı aşmayan hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılır.” *15 U.S.C. § 1-7.*

<sup>18</sup> 2008’de A.B.D. Adalet Bakanlığı’nın yayınladığı tek firma davranışlarına dair rapor [US DOJ (2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008, Erişim Tarihi: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>], 5 Kasım 2009 tarihinde geri çekilmiştir.

<sup>19</sup> Yalnız A.B.D. Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından 2007’de yayınlanan “Antitröst Uygulaması ve Fikri Mülkiyet Hakları: Yenileşim ve Rekabeti Teşvik Etmek” başlıklı kılavuzda tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşılacağı, fikri mülkiyet haklarının kullanımı çerçevesinde açıklanmaktadır. Bkz.: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N (2007), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2010.

<sup>20</sup> FOX (2006), s. 728.

<sup>21</sup> Haksız rekabet hukuku açısından Alman ve Anglo-Amerikan yaklaşımlarının karşılaştırması ve haksız rekabet hukuku ile rekabet hukukunun alanlarının ayırımına yönelik açıklamalar için bkz.: ODMAN BOZTOSUN, N.A., “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi”, *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde, 9-10 Aralık 2005, Ankara, 2006, s. 200-201.

hükümlerin kapsamına girdiği görülmektedir. GWB'nin bu başlık altındaki düzenlemeleri de kanun koyucunun kazuistik yaklaşımını yansıtmaktadır. Kazuistik yaklaşımın temel sorunu, tüm hayat olaylarını öngörme çabasının beyhudeliğinden ziyade, girilen ayrıntılı düzenleme çabasının, bütünlüklü yaklaşımı alabildiğine zorlaştırmasıdır. GWB'ye özgü ve “pazar hakimiyeti” başlığı altında ağırlaşarak ortaya çıkan bir diğer önemli sorun, “haksız” (“*unbillig*”) kavramının bu Kanunun temel dayanakları arasında yer almasıdır. 19-23'üncü maddeler içerisinde “haksız” (“*unbillig*”) terimi altı kere geçmektedir. Bu kavram rekabet hukuku kapsamında kullanılmamalıdır; hukuki bir kavramdır, haksız rekabet hukukundan ithal edilmiştir ve rekabet hukuku içerisinde kendisine meşru bir zemin bulamaz. Rekabet hukuku bir gözetim hukukudur, ancak rakiplerin birbirine adil davranmasını gözetmez; nihai amacı tüketici refahıdır ve bu gerekçeyle pazarlardaki aktörlerin davranışlarını denetler. Bu genel eleştiriden sonra, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 102'nci [eski Treaty Establishing the European Community (TEC) 82'nci] madde ve Kanun'un 6'ncı maddesine paralel nitelikteki 19'uncu maddenin değerlendirmesine geçildiğinde hakim durumun saptanmasına yönelik ölçütler içeren ve bazı hakim durum hallerini örnekseme yoluyla belirten iki kısımdan oluştuğu görülmektedir. Hakim durum saptanırken teşebbüsün (i) tek başına veya (ii) beraber hareket ettiği diğer teşebbüslerle birlikte hakim durumda bulunması ayrımı yapılmıştır. Buna göre, bir teşebbüsün tek başına en az üçte bir payına, üç veya daha az teşebbüsün toplam pazarın yarısına, beş veya daha az teşebbüsün ise en az üçte iki pazar payına sahip olması durumunda bir hakim durum karinesi kabul edilmiş; teşebbüse aksini ispatlama olanağı tanınmıştır. Diğer yandan, pazar payı dışında, yine örnekseme yoluyla “rakiplere nazaran üstün bir pazar konumunda bulunma”nın ölçütleri yine örnekseme yoluyla sayılmıştır. Sayılan ölçütler, ilgili teşebbüsün finansal gücü, kaynaklara veya pazarlara erişim olanağı, diğer teşebbüslerle bağlantıları, pazara hukuki veya fiili giriş engelleri, fiili veya potansiyel rekabet olasılığı, ilgili teşebbüsün tedarik veya arzını diğer mal veya hizmetlere kaydırabilme yetisi ve teşebbüsün muhatabının diğer teşebbüslere yönelebileme olanağıdır. İkinci kısımda kötüye kullanma halleri örnekseme yoluyla sayılmıştır; ancak kullanılan ifade mutlaklıdır: Hakim durumdaki bir teşebbüs sayılan davranışlardan birini gerçekleştirirse kötüye kullanmanın varlığına hükmedilir. Sayılan davranışlardan üçü için, hakim durumdaki teşebbüse nesnel gerekçe ileri sürme olanağı tanınmıştır. Bu davranışlar, (i) rakiplerin rekabet etme yetisine pazardaki rekabeti etkileyecek şekilde zarar vermek, (ii) ilgili teşebbüsün karşılaştırılabilir pazarlardaki alıcılardan kendisi için talep ettiği ödeme ve diğer iş koşullarından daha kötü ödeme ve iş koşulları dayatmak, (iii) rakiplerin aşağı veya yukarı pazardaki kendisiyle rekabet etmek için ihtiyaç duydukları şebekelerinden veya altyapı tesislerinden, kendisine yeterli bir bedel teklif

edilmesine rağmen yararlandırmamaktır. İlgili teşebbüse nesnel gerekçe ileri sürme olanağının tanınmadığı hal ise, rekabetin varlığı halinde farklı tezahür etmesi muhtemel ödeme veya iş koşullarının dayatılmasıdır. Bu durumun varlığının tespitinde rekabetin var olduğu benzer pazarlardaki teşebbüslerin davranışlarıyla karşılaştırma yapılacağı belirtilmektedir.

Ortaya çıkan tablo, bir yaklaşımın eseridir. Bu yaklaşım, Freiburg Okulu diye de anılan ordoliberal teoriden etkilenmektedir. Ordoliberal teori, Devlete pazardaki rekabet ortamını sürekli muhafaza etme görevini yüklemektedir: *“Devletin rekabeti güçlendirmek için aktif şekilde sürekli uğraşmadığı durumda monopol veya oligopol gücüne sahip teşebbüslerin ortaya çıkacağından ve bu teşebbüslerin pazar ekonomisinden beklenen yararları, hatta ekonomik gücün siyasi güce dönüşmesi yoluyla adil bir yönetimin varlığını da ortadan kaldıracığından endişe edilmektedir.”*<sup>22</sup>

Bu çerçevede, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması amacı da, monopol veya oligopol gücüne sahip teşebbüslerin ortaya çıkmasını önlemek veya etkilerini azaltmak hedefine bağlı olarak, rekabet hukukuna ithal edilmiştir.<sup>23</sup>

### 2.3. Avrupa Birliği Yaklaşımı

ABD ve Alman yaklaşımlarının özünü yansıtmaya yönelik bu açıklamalardan sonra AB hukukuna bakıldığında, tek yanlı davranışlar açısından AB rekabet mevzuatının Alman yaklaşımını bir ölçüde yansıttığı ileri sürülebilir.<sup>24</sup> Yine de Alman mevzuatına nazaran daha çerçeve, içi doldurulmaya müsait bir yapı

<sup>22</sup> WIKIPEDIA (2010), Erişim Tarihi: 09/04/2010. <http://en.wikipedia.org/wiki/Ordoliberalism>. Ayrıca bkz.: VANBERG, V.J. (2004), “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism, Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics”, [http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04\\_11bw.pdf](http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04_11bw.pdf), Erişim Tarihi: 12.04.2010.

<sup>23</sup> Bir Rekabet Uzmanlığı tezinin özünde, bu amacın rekabet hukukunun etkinlik (verimlilik) sağlama amacıyla bağdaşmadığının ileri sürülmesi ilginçtir: *“...görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan hukuk düzenlemelerinin ekonomik etkinliği temel kriter alan bir rekabet hukuku sistemi için eksiklik olamayacakları, ancak izlenen ekonomik ve sosyal politikaların tercihleri olarak rekabet hukuklarına girdikleri sonucuna ulaşılmıştır.”* CENGİZ, S. (2003) *Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelî Güçlü Teşebbüs Kavramı Ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No.: 99, Ankara, s. 70.

<sup>24</sup> AB yaklaşımı ile Alman yaklaşımının ayrıştığını ve AB yaklaşımının verimli işletmelerin korunması kaygısını taşıdığını TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci/86’nci) maddenin hazırlık sürecini analiz ederek ileri süren bir çalışma için bkz.: AKMAN, P. “ (2009) “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2, s. 267–303. *“Bu durum, madde 82EC’nin gerisindeki niyet ile ordoliberalizm arasındaki en önemli farkı ortaya koymaktadır: ordoliberaler için verimlilik sadece rekabetten kaynaklanan bir sonuç iken, Anlaşma’nın rekabet kurallarını tasarlayanlar için bir amaçtı. Madde 82 EC klasik ordoliberalizmden hakim durumun kendisini değil sadece kötüye kullanılmasını yasaklayarak ayrılmaktadır.”*

içermektedir. Ayrıca AB rekabet mevzuatı ve uygulamasının sırtında “pazar entegrasyonunu sağlama” yükünün de bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Son yıllarda AB rekabet otoritesinin gittikçe ABD yaklaşımına paralel şekilde ekonomik analizlere odaklanması, yani kötüye kullanma hallerini soyut olarak tespit eden kurallar geliştirmekten kaçınması, Alman yaklaşımından gittikçe uzaklaşdığına dair bir işaret olarak algılanabilir. Dolayısıyla AB rekabet hukuku, tek yanlı davranışlar açısından da kazuistik yaklaşımla esnek yaklaşım arasında bir çekişmeye sahne olmaktadır.

TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) madde, GWB 19’uncu maddeye benzer şekilde iki kısımdan ibarettir. İlk kısımda, hedefteki teşebbüslerin ortak pazarda veya bu pazarın esaslı bir kısmında “hakim durum” a sahip teşebbüsler olduğu belirtilmiştir. İkinci kısımda ise bu durumun kötüye kullanılması teşkil edebilecek davranışlar örnekseme yoluyla sayılmıştır. Bu davranışlar, “(i) doğrudan veya dolaylı şekilde haksız (*unfair*) alımsatım fiyatlarının veya ticaret koşullarının dayatılması, (ii) üretimin, pazarların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına kısıtlanması, (iii) eşit nitelikteki işlemlerde farklı koşullar uygulanarak işlem yapılan tarafların rekabet açısından yarar yitimine uğratılmaları ve (iv) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri veya olağan ticari kullanım gereği bu sözleşmelerin konularıyla ilgileri bulunmayan ek yükümlülüklerin kabulüne tabi tutulması” şeklinde ifade edilmiştir. GWB 19’uncu maddenin aksine burada hakim durumdaki teşebbüsün “nesnel gerekçe” ileri sürmesi olasılığında bahsedilmemektedir.<sup>25</sup> Buna karşın, kötüye kullanma halleri mutlak bir ifade ile sayılmamıştır, “kötüye kullanma halleri özellikle şunları içerebilir” denerek otoriteye takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme yöntemi tercih edilmiştir. Bu kapsamda TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) maddede açıkça belirtilmeyen bazı davranışlar da kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. AB uygulamasında hakim durum ölçütleri içtihat yoluyla geliştirilmiş<sup>26</sup>, TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) maddede açıkça belirtilmeyen

<sup>25</sup> Yalnız hem Komisyon hem de Topluluk Mahkemeleri, nesnel gerekçelendirme ve ölçülülük kavramlarını hakim durumun kötüye kullanılması davalarında sıklıkla kullanmışlardır. Bu konudaki açıklamalar için bkz.: WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, Suffolk, s. 207-208. Kılavuz’da da “nesnel gerekçelendirme” iki başlık altında incelenmiştir. “Nesnel gereklilikler (objective necessities) ve verimlilik artırıcı uygulamalar (efficiencies)”. Teşebbüsün hangi koşullar altında davranışının nesnel gereklilikten kaynaklandığını ileri sürebileceği genel olarak açıklanmıştır. Diğer yandan, farklı türden dışlayıcı davranışların herbiri için “verimlilik artırıcılığın” haklı gerekçe olarak gösterilebilme olasılığı incelenmiştir. Ayrıca mal vermeyi reddetme ve marj sıkıştırması bağlamında, reddedilen girdinin, ilgili teşebbüslerin rekabet edebilmesi için nesnel gerekliliğinin olup olmadığının değerlendirileceği de belirtilmiştir.

<sup>26</sup> Hakim durumun varlığının saptanmasında ilk aşamayı teşkil eden ilgili pazarın belirlenmesinde uygulanan SSNIP testi önce kararlarda ABD’den ithal edilerek kullanılmış, daha sonra bu teste İlgili Pazarın Belirlenmesine Dair Komisyon Notu (EU COMMISSION (1997), Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law,

bazı davranışlar da kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Geçmişte Komisyonun ve AT Mahkemelerinin tek yanlı davranışlara yaklaşımlarındaki belirsizlik ve bazı davranışların neden yasaklandığına dair ekonomik gerekçelendirmenin yeterince tatmin edici olmaması eleştirilmiştir.<sup>27</sup> AB Komisyonu, 2009'da, teşebbüslerin dışlayıcı uygulamalarına ilişkin yaklaşımına açıklık getirmek amacıyla bir kılavuz çıkarmıştır.<sup>28</sup>

#### 2.4. Kanun'un 6'ncı Maddesinin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi

Bu yaklaşımların ve düzenlemelerin ışığında Kanun'un 6'ncı maddesi (6'ncı madde) değerlendirildiğinde ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır:

6'ncı madde hazırlanırken TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) madde örnek alınmıştır. TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddeye benzer şekilde, önce bu maddenin kapsamına sadece hakim durumdaki teşebbüs veya birlikte hareket eden teşebbüslerin gireceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci kısmında ise bazı kötüye kullanma halleri örneksene yoluyla sayılmıştır. Sayılan haller i) teşebbüslerin pazara girişinin engellenmesi veya rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, ii) eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması iii) ürünlerin birlikte satışının, aracılara ürünlerin birlikte teşhir edilmesinin veya asgari satış fiyatının dayatılması (iv) bir pazardaki üstünlüğün bir başka pazardaki rekabeti bozma amacıyla kullanılması ve (v) tüketicinin zararına üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlandırılmasıdır. Bu hallerin veya diğer kötüye kullanma hallerinin varlığı halinde, hakim durumdaki teşebbüse, nesnel gerekçeler ileri sürmesi koşuluyla davranışının 6'ncı maddeye aykırılık teşkil etmediğini ispatlama olanağı da getirilmemiştir.

---

Official Journal C 372, 09.12.1997'nda da yer verilmiştir. Komisyon, ikinci aşamayı teşkil eden "ilgili pazarda hakim durumun varlığının saptanması" ile ilgili özel bir belge yayınlamamıştır; ancak yayınladığı bazı belgelerin yararlı olabileceği vurgulanmaktadır. Bkz.: WHISH (2003), s. 178-179. Diğer yandan, teşebbüslerin dışlayıcı uygulamalarına ilişkin yaklaşımına açıklık getirmek amacıyla çıkardığı kılavuzda [EU COMMISSION (2009), *Guidance On The Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 Of The EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings* ("Kılavuz"), Official Journal C 45, 24.2.2009, s. 7-20], pazar gücü kavramını açıklayarak pazar gücünün varlığını tespit ederken dikkate alacağı unsurları belirtmektedir.

<sup>27</sup> Bkz.: WHISH, R. (2003), s. 199-200. Yazar, kötüye kullanma kategorilerini - Topluluk Mahkemelerinin içtihadını yansıtabilecek şekilde- tanımlamaya çalışmayı ikinci iyi (second-best) seçenek olarak ifade etmekte, ancak kötüye kullanma hallerini entellektüel açıdan ikna edici şekilde sentezleyen bir yaklaşımın yokluğu durumunda, ne kadar yavan kalsa da bu yola başvurmak gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz.: FOX (2006), s. 727; KELLERBAUER, M. (2010), *The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?*, Cilt 31(5), s. 186.

<sup>28</sup> Bkz. yuk. 26'ncı dipnot.

6'ncı madde çeşitli hukuki sorunlar içermektedir:

1. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının nasıl saptanacağına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir, bir çerçeve çizilmemiştir, bu ölçütlerin veya çerçevenin belirlenmesine yönelik açık bir görev tanımı yapılmamıştır.
2. “Anlaşmalar veya birlikte davranışlar yoluyla hakim durumu kötüye kullanma” şeklinde, anlaşmaların da tek yanlı davranışların kapsamında değerlendirilmesine yol açan ve 6'ncı maddeyi Kanun'un 4'üncü maddesi ile kısmen üstüste bindiren bir düzenleme tercih edilmiştir.
3. Mevzuatın TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddenin çevirisi sırasında önemli bir hata yapılmıştır ve “*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır*” denilmiştir. Bu, hukuki açıdan kesin bir ifadedir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışı burada tanımlanan davranışlar arasında yer alıyorsa, hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilmesi gerekmektedir. Halbuki TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddedeki ifade farklıdır. “*Such abuse may, in particular, consist in...*” cümlecisi “*kötüye kullanma halleri özellikle ... davranışları kapsayabilir.*” şeklinde Türkçeye çevrilebilir.<sup>29</sup> Mevzuatını sonradan AB mevzuatı ile uyumlaştıran bazı üye ülkeler de bu ifadeyi tercih etmişlerdir.<sup>30</sup>
4. Kötüye kullanma halleri ne AB hukukunda ne de Türk hukukunda sistematik bir yaklaşımla belirlenmiştir; eklektik bir yaklaşımın ürünüdürler. AB ve Türk rekabet otoriteleri tarafından hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmediği sıklıkla araştırılan bazı davranışlara bu düzenlemelerde yer verilmediği görülmektedir.<sup>31</sup> Rekabet Kanunu'ndaki kesin ifade, bu eklektik yaklaşımın olumsuz sonuçlarını daha da ağırlaştırmakta ve yanlış mahkumiyet kararlarına (*false positives*) zemin hazırlamaktadır.
5. Sayılan kötüye kullanma hallerinden “rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”, “eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması”, aracı teşebbüse mal/hizmet tedarikinin diğer bir

<sup>29</sup> Aşçıoğlu Öz, TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci/86'nci) maddenin çevirisini “...*kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır...*” şeklinde yapmayı tercih etmiştir; ancak maddenin açık ifadesi bu farklı çeviriye olanak tanımamaktadır. Bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ (2000), s. 127.

<sup>30</sup> Örneğin bkz.: UK Competition Act, section 18(2): “*Conduct may, in particular, constitute such an abuse if it consists in...*”(Davranışlar özellikle aşağıda sayılanları içerirlerse bu şekilde bir kötüye kullanma teşkil edebilirler”.

<sup>31</sup> Gürzumar, Kanun'un 6'ncı maddesindeki sayılan kötüye kullanma halleri ile TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddede sayılanları karşılaştırarak her iki düzende kötüye kullanma kabul edilen, ancak ilgili mevzuatta sayılmayan davranışları örneklemiştir. Bkz.: GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 218-219. Ayrıca bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ (2000), s. 127 vd., 193-194; WHISH, R. (2003), s. 194, 201-206.

mal/hizmetin de teşhiri şartına bağlanması” ağırlıklı olarak haksız rekabet hallerini çağrıştırmakta ve kötüye kullanma için yerinde örnekler teşkil etmemektedir.

6. Kötüye kullanma teşkil ettiğine hükmedilebilecek davranışları gerçekleştiren teşebbüsün, nesnel gerekçeler ortaya koyarak, davranışının 6’ncı maddeye aykırılık teşkil etmediğini ispatlayabileceği öngörülmemiştir. Bu doğrultuda Kurul tarafından re’sen bir değerlendirme yapılacağına dair bir hüküm de yer almamaktadır.
7. Mutlak tekellerin (yasal veya doğal nedenlerle oluşan) davranışları ile diğer tek yanlı davranışlar arasında Kurulun yetkisi bağlamında bir ayırım yapılmamıştır.

Bu hukuki sorunlar hem Kanun’un uygulayıcılarını hem de teşebbüsleri büyük bir belirsizlikle karşı karşıya bırakmaktadır. 6’ncı maddenin bu haliyle hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirdiği söylenemez. Rekabet hukukunun amacı ile örtüşen bir düzenleme getirdiğini ileri sürmek de mümkün değildir. Bu nedenle, tek yanlı davranışlara yönelik rasyonel içtihatların oluşturulabilmesinin önündeki ilk ve en büyük engel bu konudaki temel düzenlemenin yetersizliğidir.

6’ncı maddeye ilişkin sağlıklı çözüm önerileri getirebilmek için yukarıda kısaca açıklanan ABD, Alman ve AB yaklaşımlarını sentezlemekte yarar var. Bunu yapabilmek için ise “Rekabet hukukunun amacı nedir? Ne olmalıdır?” tartışmasına dönmek gerekiyor: Bir teşebbüsün tek başına diğer teşebbüslerle rekabet etmesi, serbest pazarın doğası gereğidir. Serbest pazarın doğasına aykırı olan teşebbüslerin rekabet etmemesidir ve karteller bu nedenle hemen hemen tüm hukuk düzenlerinde *per se* yasaklanmıştır. Diğer yandan teşebbüsler rekabet ediyorsa (edebiliyorsa), bu rekabetin yöntemine, agresiflik düzeyine veya haklılığına/haksızlığına yönelik değerlendirmelerin özneliği kaçınılmazdır. Bu nedenle, özünde rekabet içeren tek yanlı davranışlara yönelik farklı ölçütlerin geliştirilmesi ve mevzuatın bu ölçütlere göre düzenlenmesi gerekir. Bu süreçte, rekabet hukukunun nihai amacını teşkil eden tüketici refahı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer ekonomik analize ağırlık verilecekse ve tek yanlı davranışın tüketici refahına doğrudan etkisi mümkün olan en nesnel şekilde ölçülmeye çalışılacaksa Alman veya AB mevzuatı tarz düzenlemeler bu yaklaşımı karşılayamaz. ABD mevzuatı bu açıdan avantajlıdır, ancak risklidir. Sherman Kanunu’nun 2’nci maddesi çerçevede bir düzenlemedir; yüzyıldan uzun bir süredir gelişen içtihatla birlikte okunur, yorumlanır ve uygulanır. AngloAmerikan hukuk geleneği böyle düzenlemeleri kaldırabilir, taşıyabilir ve etkinlikle yönetebilir.



Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, rekabet hukukunun amacına hizmet eden bir düzenlemenin Türk hukuk sistemine uygun şekilde yapılabilmesi için şu olguların da dikkate alınması gerekir: 80 yılı aşkın Cumhuriyet hukuk geleneği, ağırlıklı olarak Kara Avrupası hukuk sisteminin etkisi altındadır. Tek yanlı davranışlar için önerilecek düzenlemenin de bu olguyu kesinlikle göz ardı etmemesi gerekir. Yani yargı işlevini gören kurumlarımız, öncelikle ve aslen yazılı hukuk kurallarını (*statutory law*) uygularlar. İçtihat hukuku yöntemleri ve uygulaması (*case law*) gelişmemiştir; hukuk sistemi içerisinde de ağırlıklı yeri yoktur. Yalnız bu alanda Türk rekabet hukuku uygulamasının farklı bir yön aldığı, başlarda daha çok AB içtihatlarında, daha sonra giderek Kurul içtihatlarında ortaya konan ilkelere atıfta bulunulduğu, yargılama sırasında bu ilkelere dayanılarak yararlanıldığı görülmektedir.<sup>32</sup> Hatta denilebilir ki, ağırlıklı olarak Kurul kararlarıyla oluşan rekabet hukuku uygulaması, Türk hukuk geleneğinin ötesinde, içtihat hukukunun ülkemizde ilk, yaygın ve başarılı uygulamasını teşkil etmektedir. Diğer yandan, yine rekabet mevzuatımızın Kurula düzenleyici işlem yapma konusunda geniş yetki tanıdığını, yani bu alandaki yazılı hukuk kurallarının Kanun ile sınırlı kalmadığını, düzenleyici işlem yapma olanağının da bulunduğunu (*regulatory law*) dikkate almak gerekir.<sup>33</sup> Bu kapsamda Kurul kararlarından damıtılan ilkelerin düzenleyici işlemlere dönüştürülmesi de olasıdır. Tek yanlı davranışlar açısından en uygun düzenlemenin nasıl yapılabileceğini, bu hukuki dokuyu göz önüne alarak, esas ve yöntem açısından irdelemek gerekir.

### 3. MEVCUT DÜZENLEMENİN KURULA TANIDIĞI DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANI

Tek yanlı davranışlara yönelik 6'ncı madde düzenlemesinin genel değerlendirmesi yukarıda yapılmıştı. Şimdi bu madde salt hukuki açıdan incelenip yorumlanarak, maddenin, düzenleme yapma yetkisi ve uygulama açısından Kurula ne kadar hareket alanı bıraktığı irdelenecektir:

#### 3.1. Kurallar ve Standartlar

“Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri” konulu Sempozyum<sup>34</sup> için yapılan yarışma çağrısında<sup>35</sup> özellikle “standart” kavramının

<sup>32</sup> Hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında “*Rekabet Kurulunun genel olarak Komisyon’un geleneksel analiz yöntemlerini benimsediği ve uyguladığı*” yolundaki görüş için bkz.: HANÇER H. ve Ö. İÇÖZ (2007), “Roma Anlaşmasının 82. maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 165

<sup>33</sup> Kanun, 27'inci madde: “*Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:... f) Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak,*”

<sup>34</sup> Rekabet Kurumu-Bilgi Üniversitesi, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 22 Haziran 2010, Bilgi Üniversitesi.

kullanılması ilgi çekicidir. Bu kavramın kullanılmasından, Rekabet Kurumunun bir arayış içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Önce bu arayışın neyin arayışı olduğunu saptamak gerekir. “Standart” kavramı, Türk hukukuna özgü değildir: Anglo-Amerikan hukukunda yer alan “rules and standards”, yani kurallar ve standartlar arasındaki ayırım kısaca şöyle açıklanabilir: Anglo-Amerikan hukukunda “kurallar” belirgin ve kesindir: Örneğin, “18 yaşından küçükler araba kullanamaz.” Standartlar ise daha az kesin ve yoruma açıktır: “Okul önlerinde arabanızı yavaş sürünüz.” Bir araba yarışçısı için 90 km/s. pekala yavaş olabilir ve “okulun önü”nün nerede başlayıp nerede bittiği de yoruma muhtaçtır. Bu ayırım Kara Avrupası hukukuna uyarlandığında “takter yetkisi” kavramı ile karşılaştırılır.<sup>36</sup> Bu hukuk sisteminde yargıca takter yetkisi tanıyan ve tanımayan kurallar vardır. Yargıca takter yetkisi tanındığı, bazen açıkça hükümde belirtilir, bazen de hükümde kullanılan kavramların içi doldurulmaya ihtiyaç gösteren niteliğinden anlaşılır.

### 3.2. 6’ncı Maddenin Hukuksal Anatomisi

6’ncı madde iki kısımdan oluşmaktadır:

İlk fıkra:

- a. İlk fıkrada bir yasak davranış hali belirtilmektedir; hakim durumun kötüye kullanılması. Bu davranış yasaklanmıştır; yani ilk fıkra emredici bir kural içermektedir.
- b. Bu fıkrada hangi koşulların varlığı halinde hakim durumun varlığının kabul edileceği ile ilgili bir kural (veya standart) bulunmamaktadır. Bu konuda Kurula düzenleme yapma yetkisi tanıyan veya böyle bir görev yükleyen bir hükme de yer verilmemiştir. Yalnız Kanun’un 3’üncü maddesinde, hakim durum, “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” şeklinde tanımlanmıştır. Bu, tanımlayıcı bir kuraldır. Tanımlayıcı kurallar sınırlayıcı niteliktedir; uygulamada Kurul, Danıştay veya teşebbüslerin hakim durumu başka türlü tanımlaması mümkün değildir.
- c. Yine ilk fıkrada kullanılan “kötüye kullanma” kavramı da tanımlanmamıştır. Bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin nasıl tespit

<sup>35</sup> REKABET KURUMU (2010),

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/SempozyumProgramDuyurusu.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.06.2010.

<sup>36</sup> Türk Medeni Kanunu, m. 4: Hakimin takter yetkisi “Kanunun takter yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

edileceğine ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Kurula bu konuda kural koyma yetkisi tanıyan veya böyle bir görev yükleyen özel bir hüküm de getirilmemiştir. Bu haliyle “kötüye kullanma”dan ne anlaşılacağı tamamen yorum yoluyla belirlenecektir. Kavram, niteliği gereği yoruma muhtaçtır. İkinci fıkra dikkate alınmazsa denilebilir ki kötüye kullanma teşkil eden davranışları tespit etmekte Kurul tamamen serbest bırakılmıştır.

İkinci fıkra:

- a. Bu fıkra örneksene yoluyla bazı kötüye kullanma hallerini saymaktadır. Örneksene yolu tercih edildiğinden, Kurula hangi davranışların kötüye kullanma sayılacağı ile ilgili geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir.
- b. Diğer yandan, ikinci fıkranın ilk cümlesindeki ifade açık ve emredicidir. Yani “kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır” emredici bir hükümdür. Dar yorumlanarak uygulamasının bertaraf edilmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun bu sonucu amaçlamamış olması veya Kurulun bu yolda bir algılamaya sahip olmaması bu hukuki gerçeği değiştirmez. Dolayısıyla, bu maddede sayılan davranışların tespiti halinde, Kurulun bu davranışların kötüye kullanma teşkil etmediğini kabul etmesi de mümkün görünmemektedir. Bu durumda örneğin, ilgili pazarda hakim durumda olduğu saptanan (X) şirketi, “[r]akiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”e girişmişse 6’ncı maddeyi ihlal etmiştir ve Kurulun bu halde ihlal bulunmadığına hükmetme yetkisi yoktur.

### 3.3. Kurulun Hareket Alanı

Kurulun düzenleyici işlem yapma yetkisi Kanun’un 27’inci maddesinin (f) bendi ile öngörülmüştür. Bu yetkinin kapsamı, “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*” şeklinde, bir hayli geniş belirlenmiştir. Bilindiği üzere yürütmenin idari işlem yapabilmesi, işlemin kanuna dayanmasına bağlıdır. Ayrıca yapılan işlemin kanuna aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Bu açıdan, “kanun, yürütme organının düzenleme yetkisinin hem şartı, hem de sınırıdır.”<sup>37</sup> Diğer yandan, Kurula 6’ncı maddenin uygulanması ile ilgili düzenleme yapma konusunda özel bir yetki tanınmadığı gibi görev de yüklenmemiştir.<sup>38</sup> Bu kapsamda, Kurulun, 6’ncı maddenin uygulanmasına yönelik düzenleme yapma konusunda, madde hükmünün emredici sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, Kanun’un 27’inci maddesi (f)

<sup>37</sup> GÖZLER, K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 626.

<sup>38</sup> Buna karşın örneğin Kanun’un 7’inci maddesinin 2’nci fıkrasında “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*” denilerek Kurula izne tabi birleşme ve devralmaları belirleme konusunda tebliğ çıkarma görevi verilmiştir.

bendi çerçevesinde geniş bir hareket alanına sahip olduğu söylenebilir. Madde hükmünün emredici sınırları tekrar ifade edilecek olursa; Kurul, Kanun tarafından ayrıca yetkilendirilmedikçe (veya görev verilmedikçe), Kanun'un 3'üncü maddesindeki tanımdan farklı bir "hakim durum" tanımı öngöremez. Kurulun, ayrıca, 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen davranışların kötüye kullanma teşkil etmeyeceğini öngören bir düzenleme yapması da mümkün görünmemektedir. 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasında sayılan davranışlar açısından, hükümdeki mutlak ifadeden dolayı, Kurul'un, hakim durumdaki teşebbüslerin nesnel gerekçe ileri sürerek sorumluluktan kurtulmalarına olanak tanınması dahi engellenmiştir.<sup>39</sup>

Kurulun 6'ncı madde uygulamasında ne ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunu belirlemek için önce 6'ncı maddenin lafzını incelemek gerekir. Bilindiği üzere kanunun yorumunda lafzî (sözel) yorum asıldır. Kanunun sözü açık değilse veya farklı yorumlara olanak tanıyorsa sistematik, tarihsel veya amaçsal yorum yöntemleri uygulanabilir. Ayrıca kanunun lafzıyla ruhunun (sözyle özünün, yani *ratio legis*'inin) örtüşmediği durumlarda da amaçsal yorum tercih edilebilir. Diğer yandan, bu yorum yönteminin tercihi halinde kanun koyucunun iradesini bertaraf edecek şekilde hareket etmemek gerekir. Bu çerçevede, öncelikle, Kurulun hangi davranışların kötüye kullanma teşkil edeceğini saptamaya yönelik takdir yetkisinin, 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılan örnekler yoluyla bir hayli kısıtlandığını belirtmek gerekir. Kanunun ifadesi açıktır. Lafzî değerlendirmeye göre 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılan davranışlar, hakim durumdaki teşebbüsler açısından "kötüye kullanma halleri" teşkil etmektedir. Dolayısıyla özellikle bu maddede sayılan davranışların incelendiği hakim durumun kötüye kullanılması davalarında Kurulun eli kolu epeyi bağlı iken, fazla serbest ve "standartsız" kaldığı yolunda bir algılamının varlığı çelişik bir durumdur.

### 3.4. 6'ncı Maddenin 2'nci Fıkrasının (a) ve (d) Bentlerindeki "Amaç" Hükümleri

6'ncı maddenin 2'nci fıkrasının ilk cümlesinin emredici ifadesi, kötüye kullanma halleri arasında "amaç" hükümlerine yer verilmesi dolayısıyla, rekabet

<sup>39</sup>Kurulun, AB uygulamasını örnek alarak bu olanağın bulunduğunu varsaydığı bir karar örneği için bkz.: Frito-Lay-II, s. 54, 2480-2490'ıncı paragraf. 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasında sayılmayan davranışlar açısından Kurulun, adil yargılanmaya yönelik evrensel hukuk ilkesini gerekçe göstererek teşebbüslere bu olanağı tanıması düşünülebilir; Bu bağlamda, örneğin KİŞOT kararında (23.12.2009 tarihli, 09-60/1470-388 sayılı karar) Kurul, bir olanaktan mahrum bırakma (otogarda yer tahsis etmeme) davranışına yönelik olarak, zorunlu unsur doktrini kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için davranışın nesnel gerekçesinin bulunmadığının tespitinin gerektiğini belirtmiştir.

mevzuatı uygulamasının *ratio legis*'e aykırı sonuçlar doğurma riskini iyice artırmaktadır.

Durum bir örnekle şöyle açıklanabilir: 6'ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin ikinci cümlecığının önermeleri şu şekildedir: 1. önerme: (X) hakim durumdadır. 2. önerme: (X) rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlere girişmektedir. Çıkarım: (X), hakim durumunu kötüye kullanmaktadır ve 6'ncı maddeyi ihlal etmiştir.<sup>40</sup> Burada (X)'in, sadece, eyleminin, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlamaya yönelik olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması olanağı vardır.<sup>41</sup> Böyle bir "amaç yokluğunu" ispatlamanın, yani "niyet ispatının" zorluğu bir yana, acaba hakim durumda olma dışında hiçbir özel koşul -veya standard- aranmadan, herhalde (X)'in rakiplerin işini zorlaştırmama gibi bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmek rekabet hukukunun amacına uygun mudur? "Rekabet" kavramının özünde rakipleri zorlamak vardır. Rakipler zorlandıkça daha iyisini, daha uygununu bulacaklar ve daha etkin üretim, dağıtım, pazarlama yöntemleri geliştireceklerdir. Amacını tüketici refahı olarak belirleyen bir rekabet hukuku sisteminde 6'ncı madde bu şekliyle iş göremez. Bu kapsamda "amaç" hükümlerinin hükmünün amaçsal yoruma tabi tutularak, "sadece tüketici

<sup>40</sup> İnan ve Piker, 6'ncı maddenin (a) ve (d) bentlerinin "amaç" hükümleri olduğunu ortaya koymuşlardır; ancak 4'üncü maddenin (d) bendini de aynı başlık altında değerlendirmişlerdir. Halbuki bu bentte bizatihi amacı mahkum eden bir ifade bulunmamaktadır. Bu yöndeki saptama, yazarları, 4'üncü maddenin (d) bendi ve 6'ncı maddenin (a) ve (d) bentleri için ortak bir değerlendirme yöntemi önermeye götürmüştür: "...amaca yönelik örneklerde, Kurul'un ispat görevi iki değil üç aşamalı olacaktır. Burada Kurul önce bir anlaşmanın belirli bir hükmünün varlığını, sonra bu hükmün örneğin rakiplerin faaliyetini zorlaştırdığını, daha sonra da bu durumun rekabeti sınırladığını ispat edecektir." Bu yorum, 6'ncı maddedeki tek yanlı davranışlar düşünülmeden, anlaşmalar dikkate alınarak yapılmıştır. İlk aşamada "anlaşma" yerine "eylem" konulsa dahi, amaç hükümleri açısından ikinci ve üçüncü aşamaların uygulanması gerektiğini ileri sürmek, mevcut düzenlemenin açık lafzı karşısında mümkün görünmemektedir. Bkz.: İNAN, N. ve M.B. PİKER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 72. Aslan da 4'üncü maddenin (d) bendi ile 6'ncı maddenin (a) bendinin paralellğine dikkat çekmiştir. Yalnız "arada ufak bir ifade farklılığı" bulunduğunu belirterek "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" ifadesine olumsuz yaklaşmıştır. Bkz.: ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Yayınevi, Ankara, s. 468. Sanlı da bu ifadenin "iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanma[s]ı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını büyük ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar bu kavram dahilinde değerlendirilme[s]i" gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 263. 6'ncı maddenin (d) bendi açısından ise "hakim teşebbüsün sadece diğer piyasalardaki rekabet şartlarını bozmayı amaçlaması[nın], ekonomik açıdan rasyonel bir davranış biçimi [o]lmadığını" vurgulamıştır. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 271.

<sup>41</sup> Nitekim Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II kararında, Kurul, "Anadolu Cam'ın Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunması" gerekçesine dayanarak Anadolu Cam aleyhine karar vermiştir. Bkz.: Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 21, 944. paragraf vd.

refahının zarar gördüğü durumlarda” bu davranışların Kanuna aykırılık teşkil edeceğinin öngörülmesi düşünülebilir; ancak Kanununun lafzı bu düzeyde bir zorlamayı kaldıramaz. Bu serbestlikte bir yorum Kanununun bertaraf edilmesi ve Kurulun iradesinin Kanun Koyucunun iradesi yerine geçmesi anlamına gelir. Nitekim *Solmaz Mercan-I*<sup>42</sup> kararıyla ilgili Danıştay tarafından verilen Yürütmeyi Durdurma kararında<sup>43</sup> bu yorum şeklinin kabul görmeyeceği anlaşılmıştır ve Kurul, *Solmaz Mercan-II*<sup>44</sup>’de Kanununun lafzına uygun şekilde karar vermek zorunda kalmıştır:

*Solmaz Mercan-I* kararında raportörler cam ambalaj ürünlerine plastik ek yaparak züccaciye üreten Solmaz Mercan’a cam ambalaj ürünlerini vermeyi büyük ölçüde azaltan Anadolu Cam’ın 6’ncı madde (a) bendi uyarınca “mal tedarikini zorlaştırmak suretiyle” ve 6’ncı madde (d) bendi uyarınca hakim durumunu kötüye kullandığı ve bu teşebbüse idari para cezası verilmesi gerektiği yolunda görüş bildirmişlerdir. Kurul ise Anadolu Cam’ın ilgili pazarda hakim durumda bulunduğunu ve Anadolu Cam’ın mal tedarikini büyük ölçüde kısma davranışının 6’ncı madde (a) ve (d) bentlerine “örnek teşkil edebileceğini” belirtmiştir. Yalnız bu aşamadan sonra, Kanunda dayanağı bulunmayan bir değerlendirme yöntemini benimsemiştir ve mal vermeyi kesmeyle ilgili “*AB içtihatlarında da yerleşik uygulamaya dönüşmüş bulunan genel ölçütlerden hareket edilmesi gerektiğini*” beyan ederek Kanununun lafzında kesinlikle yer almayan iki ölçütü kullanmıştır: “Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması” ve “Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması”. Kurul, davranışın nesnel gerekçesi bulunmadığına hükmetmiş, ancak rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığını saptamadığı için 6’ncı maddeye aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.<sup>45</sup> Bununla birlikte, Anadolu Cam’a, hakim durumda bulunduğu için bu davranışların ihlale dönüşme riski taşıdığına bildirilmesine karar verilmiştir.

<sup>42</sup> Solmaz Mercan-I, 5.6.2007 tarihli, 07-47/506-181 sayılı karar.

<sup>43</sup> T.C. Danıştay 13. Daire, Esas No: 2007/13574

<sup>44</sup> Solmaz Mercan-II, 26.8.2009 tarihli, 09-39/949-236 sayılı karar.

<sup>45</sup> Kurul, benzer bir yaklaşımı *Frito-Lay-II* (6.4.2006 tarihli, 06-24/304-71 sayılı karar, s. 61) kararında da sergilemiştir: “*Bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar geçmiş dönemlerde rakip faaliyetlerinin zorlaştırılması amacıyla yönelik olarak bazı bölgelerde münferit eylemler gerçekleşmişse de, tespit edilebildiği kadarıyla bu eylemlerin etkilerinin sınırlı olması ve Frito Lay’in anılan faaliyetlerinin kapsamlı bir uygulama alanı bulamaması nedeniyle, soruşturma konusu eylemler rakip faaliyetleri zorlaştıran eylemler olarak değerlendirilmemiştir.*” Aynı doğrultuda bkz.: *Turkcell-GSM Faydası*, s. 17: “*...hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmasa bile, eylemleri pazardaki rekabeti sınırlandırıyor, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir.*” Her iki karardaki etki temelli yaklaşım, kanundaki “amaç” hükümlerini, yani kanunun lafzını göz ardı etmektedir.

Danıştay, önüne gelen davada şu gerekçeyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir: Anadolu Cam'ın mal vermeyi kesme eylemi, "Yasada açıkça kötüye kullanma hali olarak değerlendirilen" 6'ncı madde (a) ve (d) bentlerinde öngörülen davranışlar kapsamındadır. Danıştay, Kurulun "rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığı" ölçütünü kullanmasını kabul etmemiştir. Gerçekten de bu hükümler "amaç" hükümleridir: 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasının kararda atıfta bulunulan ikinci cümlecığı uyarınca "rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma amacı", ilgili davranışın bir kötüye kullanma hali sayılması için yeterlidir. Aynı fıkranın (d) bendi ise davranışın kötüye kullanma teşkil etmesi için "bir piyasadaki hakimiyetin yarattığı avantajlardan yararlanarak başka bir piyasadaki rekabetin bozulması amacı"nın varlığını aramaktadır. Hükümler, yoruma imkan vermeyecek derecede açıktır. Yani bu hükümler uyarınca, hakim durumdaki teşebbüs, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma amacıyla veya bir piyasadaki hakimiyetinin yarattığı avantajı kullanarak başka bir piyasadaki rekabeti bozma saikiyle bazı davranışlara girişmişse, bunda başarılı olamasa da, davranışı bir kötüye kullanma teşkil eder. Kararda iki hukuki hata söz konusudur: Kurul, 6'ncı madde (a) ve (d) bentlerine gönderme yaparken "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması"ndan ve "bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması"ndan bahsetmektedir. Dolayısıyla, herhangi bir gerekçe göstermeden Kanun'daki ifadeden ayrılarak amaç hükümlerini etki hükümlerine dönüştürmektedir. Bu yaklaşımın devamında da, yine hukuki dayanak göstermeden AB içtihatlarında yer aldığını ifade ettiği bir ölçütü değerlendirmeye dahil etmektedir. Hukuki açıdan aksak bu değerlendirmenin sonucu, Danıştay'ın ilgili hükümlere yönelik değerlendirmesine uygun nitelikte ve ilk kararlarla tamamen zıt yönde bir Kurul kararı<sup>46</sup> alınması olmuştur. "Amaç" unsurunun varlığının somut olay bağlamında açık olması, "rekabet üzerindeki etki" testinin tamamen bertaraf edilmesini gerektirmiştir.

Kurul, bir yol ayrımındadır. Mevcut hükümlerle tek yanlı davranışlara ilişkin, rekabet hukukunun *ratio legis*'ine uygun bir değerlendirme yapılmasının zorluğu Solmaz Mercan-I ve Solmaz Mercan-II kararlarıyla açık bir şekilde ortaya çıkmıştır. Kurulun, özellikle amaç hükümleri bağlamında, yorum yoluyla dahi, "rekabet üzerindeki etki"yi veya bir başka ölçütü, değerlendirmeye dahil etme olanağı bulunmamaktadır. Kanun'un yapısı buna uygun değildir. En uygun çözüm yolu mevzuat değişikliğidir.

Yalnız bu aşamada Kurul, "amaç" hükümlerine ilişkin Kanun'un *ratio legis*'ine uygun olarak şöyle bir yorum ve değerlendirme şekli benimseyebilir: Hakim durumdaki teşebbüsün "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırma amacı" ile hareket ettiğinin kabulü için, Kanun kapsamında tüm teşebbüslerden

<sup>46</sup> Solmaz Mercan-II, s. 9.

beklenen “meşru rekabet”in sınırlarının aşılması gereklidir. “Meşru rekabet”, bir teşebbüsün rakiplerine karşı sergilemesi beklenen doğal davranıştır. Örneğin hakim durumdaki bir teşebbüs pazar payını korumak için yeniden satıcılara indirimler öneriyorsa burada amacın “rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırma” değil, “hakim durumdaki teşebbüsün pazar payını koruma” olduğu varsayılabilir.<sup>47</sup> Böylece bu hüküm dar yorumlanarak Kanun’un 6’ncı maddesinin (e) bendine ağırlık verilebilir. Bilindiği üzere Kanun’un 6’ncı maddesinin (e) bendi “tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”nı bir kötüye kullanma hali saymaktadır. Böylece “rakiplere zarar verme amacı” ölçütünden “tüketiciye zarar verme” ölçütüne geçiş sağlanabilir. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması davalarında Kurulun mümkün olduğunca Kanun’un 6’ncı maddesinin (a) bendinin ikinci cümleciğini, benzer şekilde 6’ncı maddenin (d) bendini dayanak göstermemesi yerinde olacaktır.

Yalnız, yukarıda önerilen çözümün palyatifliği hatırdan çıkarılmamalıdır. Yukarıda sayılan hükümler “amaç” hükmü şeklinde düzenlenmeseydiler dahi 6’ncı maddenin 2’nci fıkrasının ilk cümlesinin mutlak ifadesi sorun teşkil etmeye devam edecektir. Yani ifade “rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıran eylemler” olsaydı dahi, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı tespit edildiği her durumda hakim durumun kötüye kullanıldığına hükmetmek gerekecekti. Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı bir hukuki değerlendirmeye girişilmeyecektir; çünkü aşağıda 6’ncı maddenin farklı bir yaklaşımla bütünüyle değiştirilmesi önerilmektedir.

#### 4. SUI GENERIS DÜZENLEME ÖNERİSİ

Genel olarak kural koyarken nasıl bir yaklaşım benimsenmelidir? Bu soruya farklı şekillerde yanıt verilebilir; yine de şu kesindir ki yapılacak tercih, tek yanlı davranışlarla ilgili birincil düzenleme niteliğindeki 6’ncı maddenin şu veya bu şekilde, ancak kesinlikle değiştirilmesini gerektirecektir. Bu haliyle 6’ncı maddenin tutarlı ve bütünlüklü bir yaklaşımı bulunmamaktadır. A.B. mevzuatına uyum sürecinde mevzuat benzerliğinin uygulama kolaylığı sağlayacak olmasının, farklı ve özgün bir yaklaşım benimseme yolunda bir engel teşkil edeceği ileri sürülebilir. Bu makalenin yazarı daha önce de düzenleme yapma konusunda kesinlikle böyle bir kısıtlama bulunmadığını, Türkiye’nin, kurguladığı rekabet politikası bağlamında en uygun düzenlemeleri yapmak ve

<sup>47</sup> Kurul, Turkcell-BizBizeKamu kararında (04.03.2010 tarih, 10-21/271-100 sayılı karar, s. 18) benzer bir yorum şeklini benimseyerek teşebbüslerin tekelleşme sayılmayan rekabetçi davranışlarına (“*competition on the merits*”) müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı doğrultuda bkz.: Frito-Lay-II, s. 53, 2420’nci paragraf ve devamı.



etkili şekilde uygulamak dışında bir yükümlülüğü bulunmadığını savunmuştu.<sup>48</sup> Aynı yaklaşım çerçevesinde, *sui generis* bir yaklaşımın benimsenmesi önünde hiçbir engel görünmemektedir.

*Elhauge*, tek yanlı davranışlar ile ilgili makalesinde, bu davranışlara rekabet hukukunun amacı çerçevesinde nasıl yaklaşılması gerektiği ile ilgili önemli saptamalar yapıyor:

*“Hepimiz hukukta biraz belirsizliğe alıştık. Bazen hayatın karmaşıklığını tamamen öngöremezsiniz veya karşılayamazsınız, ve böyle olduğunda, hukukun yapabileceği en iyi şey mahkemelerin ...belirli olgulara uygulayabileceği genel, yol gösterici hükümler getirmektir. Fakat yıllardan beri tekelleştirme doktrini sadece belirsiz değil, içi boş standartlara tabi tutulmuştur. Belirsiz standartlar kesin olgulara uygulandıklarında, sınır noktalarında muğlak olabilirler, yine de en azından gerçekten yönlendirici normatif ilkeler sunarlar. ...Buna karşın içi boş standartlar, tamamıyla peşin hükümler içerirler, iyi davranışları kötülerinden ayırmaya ve hatta bazı olgulara yönelik çıkarsamaların hangi yargıya yol açacağını bilmeye gerçekten hizmet eden tutarlı bir norm ortaya koymaktan acizdirler. ...Sorunu çözmeye yönelik mevcut öneriler, tekelleştirmeyi, davalının kısa vadeli kârını, rakipleri dışlayarak uzun vadede tekelden nemalanmak amacıyla feda edip etmediği çerçevesinde yeniden tanımlamaya odaklanmaktadır. Yalnız bu kâr-feda etme testi temeldeki sorunu sürdürmektedir, çünkü kısa vadeli kârın bu şekilde feda edilip edilmediğinin davranışın arzulanıp arzulanmadığıyla hiçbir mantıksal bağlantısı bulunmamaktadır....Ödülü ertelemek bir antitröst suçu değildir, böyle bir suçu işlemek için bir ön koşul da teşkil etmez....Öğretide diğer akımlar ilgili davranışın*

<sup>48</sup> ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 359-362; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2003), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Tamamlayıcı Kısıtlamaların Değerlendirilmesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt 2 içinde, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 67-69; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2005), “2003/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği Işığında Rekabet Hukukumuzda Ar-Ge İşbirliklerinin Değerlendirilmesi”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 509-511; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2008), “Avrupa Birliği Komisyonu Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu Işığında Türk Uygulamasına Bu Türden Birleşmelerin Denetlenmesi”, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye Sempozyumu*, Çağ Üniversitesi, 29-30 Nisan 2008, s. 1-2, 9-10 (yayınlanmamıştır); ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2009), “Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Hukuku Mevzuatı ve Uygulaması?”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* içinde, 17-18 Nisan 2009, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 76-78.

*verimliliğine odaklanmış görünüyorlar. Bu yaklaşım bize doğru yönü göstermeye başlıyor...”<sup>49</sup>*

Buradaki saptamalar, Türk rekabet hukukunun tek yanlı davranışlara yaklaşımına da ışık tutabilecek niteliktedir. Aşağıda verimliliğe odaklanan bir genel yaklaşım çerçevesinde Türk rekabet hukuku için esaslı değişiklik önerileri getirilmektedir; bu yaklaşım, uygulamada belirlilik ve hukuki güvenlik sağlayacak, nispeten az masraflı denetleme yöntemleri ile desteklenmektedir. Önce Kanun Koyucunun ve Kurulun önündeki yöntem seçenekleri değerlendirilecektir. Daha sonra maddi hukuk kurallarına ilişkin önerilere geçilecektir.

#### 4.1. Yöntem Önerileri

Toplumsal hayatın düzenleme gerektiren diğer alanlarında olduğu gibi, tüketici refahını sağlamak amacıyla pazarlardaki aktörlerin davranışların denetlenmesi konusunda da, hem kuralı uygulayacak idari otorite veya yargı organı hem de kuralın uygulamasının muhatabı olan kişiler, isabetli kurallara ihtiyaç duyarlar. İdareye ve yargıya aşırı takdir yetkisi tanıyan kurallar, hem uygulayıcılar hem muhataplar açısından belirsizlik ve rahatsızlık yaratabilir. Nitekim Rekabet Kurumu da “hakim durumun kötüye kullanılmasında standartların belirlenmesi” başlığıyla bir etkinlik düzenleyerek kendisi açısından bu durumun gerçekleştiğini ortaya koymuştur.

Aşağıda Kanun Koyucunun önündeki yöntem seçenekleri iki parametre - (i) birincil/ikincil düzenleme ve (ii) bağlayıcı(kurallar veya standartlar)/bağlayıcı olmayan düzenleme- ekseninde sistematik bir şekilde sıralanmaktadır:

1. Birincil düzenleme ayrıntılı kurallar koyar. İkincil düzenlemeye alan bırakmaz.
2. Birincil düzenleme standartlar koyar. Bu durumda Kanun Koyucunun amacı ilgili otoriteye hareket alanı bırakmaktır. İlgili otoritenin bu standartları ikincil düzenleme yoluyla kurallar koyarak daraltmasını amaçlamamıştır (Eğer böyle bir amacı varsa, bunu ilgili düzenlemede açıkça belirtmesi beklenir). İlgili otorite bu durumda kendine ve teşebbüslere yol gösterici kılavuzlar çıkarabilir.
3. Birincil düzenleme sadece çerçeve tanım koyar. Böylece ikincil düzenlemelerle kural veya standard koyarak çerçeve kuralım içeriğini doldurma yetkisini ilgili otoriteye bırakır. Burada da üç alt seçenek düşünülebilir.

<sup>49</sup> ELHAUGE (2003), s. 255.

- a. İlgili otorite ikincil düzenleme ile bağlayıcı kurallar koyar.
- b. İlgili otorite ikincil düzenleme ile bağlayıcı standartlar koyar.
- c. İlgili otorite, bağlayıcı olmayan, yol gösterici, genel yaklaşımını ortaya koyan kılavuzlar çıkarabilir.

Bu seçenekler çerçevesinde önce genel bir tercih önerilebilir: Rekabete aykırılık olgusunu saptamaya yönelik ölçütler mümkün olduğunca belirgin kılınmalıdır. Bu konuda elden geldiğince kesin ve açık düzenleme yapmakta yarar vardır. Bu ölçütleri de (i) hakim durumun saptanmasına yönelik ve (ii) hakim durumdaki teşebbüsün davranışının Kanuna aykırılık teşkil edip etmediğine yönelik ölçütler şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

Hakim durumun saptanmasında dikkate alınacak ölçütlerin çeşitliliği ve somut olayın özelliğine göre değişen düzeydeki önemleri dikkate alındığında bu konuda şöyle bir yöntem önerilebilir: Birincil düzenlemede, Kurulu, hakim durum ölçütlerini belirleme konusunda görevlendiren bir kural getirmekle yetinilebilir. Böylece Kurul, kendisine uygulama sırasında ve bu ölçütlere atfedeceği görelî önemi belirleme konusunda esneklik tanıyacak, aynı zamanda teşebbüslerin ihtiyaç duyduğu belirliliği sağlayacak bağlayıcı bir ikincil düzenleme yapabilir. Kurul, bilgi ve deneyim birikimine ve düzenleyici yaratıcılığına bağlı olarak, seçenekli (örneğin asgari pazar payının veya rakiplerin azami pay oranlarının pazar yapısına bağlı olarak belirlendiği) kurallar geliştirebilir. Kurul, ilk aşamada, henüz standarda (ve giderek kurala) dönüştürebileceği bir bilgi ve deneyim birikimine sahip olmadığı kanaatindeyse, önceki kararlardaki yaklaşımını derleyen bir kılavuz da hazırlayabilir.

Diğer yandan, hakim durumda olduğu saptanan teşebbüsün davranışının Kanuna aykırılık teşkil edip etmediğine dair ölçütlerin belirlenmesi açısından şöyle bir yaklaşım tercih edilebilir: Tek yanlı davranışlar açısından, özellikle kötüye kullanma halleri ile ilgili, sayma yoluyla kural belirlemek sakıncalıdır.<sup>50</sup> Bu tercihten hem birincil hem ikincil düzenleme aşamalarında kaçınılması gerekir. Birincil düzenlemede sadece “verimlilik ölçütü, azami fiyat eşiği tespiti” gibi kavramlar kullanılarak kavramsal çerçevenin oluşturulmasıyla yetinilebilir<sup>51</sup> ve Kurula verimlilik oranlarını ve azami fiyat eşiğini belirleme görevi verilebilir. Bu oran ve eşikleri belirleme yöntemlerini seçme konusunda Kurula takdir yetkisi tanınabilir; ancak Kurul seçtiği yöntemleri ve bu yöntemleri seçme gerekçelerini de açıklamalıdır. Böylece şeffaflık ve hukuki güvenlik yolunda önemli adımlar atılabilir. Dolayısıyla genel olarak, tek yanlı davranışlarda kanuna aykırılık olgusunun saptanması açısından, (i) birincil

<sup>50</sup> Bkz.: yuk. 3.3 ve 3.4 altındaki açıklamalar.

<sup>51</sup> Bkz.: aş. 4.2.5.3, 4.2.5.4 ve 4.2.7 altındaki açıklamalar.

düzenlemede kavramsal çerçevenin oluşturulması ve (ii) çerçevenin iinin doldurulması konusunda, Kurulca düzenlenecek konular açıkça belirtilerek ikincil düzenleme yapma görevinin Kurula verilmesi uygun görünmektedir. Kurulun bilgi ve birikimi arttıkça, yapılacak düzenlemelerin niteliğinin, standartlara ve oradan da isabetli kurallara doğru bir geçiş göstermesi olasıdır.

Kanuna aykırılık olgusunun saptanmasından sonraki aşama, teşebbüsün kaçınması veya yerine getirmesi gereken davranışların belirlenmesi ve ceza verilmesidir. Acaba bu konuda birincil düzenleme-ikincil düzenleme ilişkileri nasıl olmalıdır? Teşebbslerin Kanun’u tek yanlı davranışlarıyla ihlal ettiklerine hükmedilmesi durumunda, davranışlarının niteliğine bağlı olarak neleri yapma veya yapmama yükümlülüğüyle karşı karşıya kalabilecekleri konusunda birincil düzenlemede önemli boşluklar vardır: Birincil düzenleme ile Kurula birel kararlar alma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır<sup>52</sup>; ancak ilgili teşebbüsün malvarlığını doğrudan etkileyebilecek nitelikteki, zorunlu lisans veya işletmenin bölünmesi gibi konularda Kurulun yetkisine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>53</sup> Birincil düzenleme ile, Kurulun yetkilerinin sınırlarını açık bir şekilde çizecek kurallar konulması gerekir. Bu kapsamda davranışların belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak devamına izin verilebilmesini mümkün kılacak bir koşullu izin mekanizmasının öngörülmesi de düşünülebilir. Kurulun, ihlalin varlığını saptaması halinde ihlalin niteliğine göre hangi tür önlemleri tercih edebileceği konusunda genel fikir veren bir kılavuz çıkarması da düşünülebilir. Diğer yandan, hakim durum tespiti yapılmadan bir teşebbüse ceza verilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden, Kurul tarafından hakim durumun tespit eden bir karar alınmasına yönelik bir kural getirilmeli ve bu tespitin yapılmamış olduğu davalarda, dava sonucunda cezaya hkmedilemeyeceğine dair açık bir kural (birincil düzenleme)

<sup>52</sup> Kanun, 9’uncu madde, 1’inci fıkrası: “Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”

<sup>53</sup> Rekabet Kurumu, Kurulun Kanun’un 9’uncu maddesi kapsamında zorunlu lisansa hükmetme yetkisinin bulunduğunu teyit etmiştir (rneğin bkz.: REKABET KURUMU (2006), “Patent ve Faydalı Model Kanun Taslağı Hakkında Görüş”,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/gorusler/gorus14.doc>, Erişim Tarihi: 08.06.2010);

ancak şirketin bölünmesine hükmedip hkmedemeyeceğine dair açık bir beyanı bulunmamaktadır. Birleşme ve devralmalarda işletmenin bir kısmının veya bazı gayrimaddi hakların nc kişiye devrinin ilgili işleme izin verilmesinin bir ön koşulu olarak ileri sürüldüğü görülmektedir (rneğin bkz.: Intergum, 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı karar). Yalnız bu yndeki koşullu izin kararları, tek yanlı firma davranışının ilgili pazardaki rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilmesi açısından teşebbüsün bölünmesine karar verilmesi ile aynı nitelikte değildir.

öngörülmalıdır. Kurul, Ceza Yönetmeliği<sup>54</sup> ile şeffaflık ve hukuki güvenlik konusunda bir hayli yol almıştır; ancak Kurula bir hayli takdir yetkisi tanıyan bu düzenlemeyi de özellikle tek yanlı davranışlar açısından öngörülen cezalar yönünden incelemek gerekir.

Bu açıklamalar bağlamında, genel olarak, birincil düzenlemenin kavramsal çerçeveyi ortaya koyması ve ayrıntılı, teknik düzenlemeleri yapma konusunda Kurula görev vermesi uygun görünüyor. “Görev verme” “yetki tanıma”dan farklıdır ve Kurula, öngörülen alanda bağlayıcı ikincil düzenleme yapma yükümlülüğü getirir. Böyle bir düzenleme şekli hukuki güvenliğe daha çok hizmet eder. Kurula, özel olarak belirlenen konularda ikincil düzenleme yapma yükümlülüğü yüklenmesi, Kanun’un 27’nci maddesinin (f) bendi ile tanınan düzenleme yapma yetkisinin bertaraf edilmesi anlamına gelmez.

Kurul, (standart geliştirmek veya kılavuz çıkarmak yerine) kural koyma yolunu, belirli sayıda aynı veya benzer özelliklere sahip davayı gördükten sonra tercih edebilir. Burada Kurulun hangi tip düzenlemeyi neden tercih ettiğini açıklaması önemlidir. Kendisine hareket alanı bırakmak istiyorsa bunun makul bir gerekçesi olmalıdır. Hareket alanını daralttığı oranda hukuki güvenlik kaygıları azalacak, teşebbüsler açısından durum daha öngörülebilir hale gelecektir. Diğer yandan, bu dar alanda Kurul ve teşebbüsler arasındaki paslaşmalar da kısa olacaktır; kuralın lafzı hem Kurulu hem teşebbüsleri bağlayacaktır. Kurul, standart belirlemeyi tercih ederek hareket alanını geniş tutarsa daha esnek, bir değerlendirme yapabilecektir; ancak bu durumda Kurulun hareket tarzı -kural belirlediği durumlara oranla- daha az öngörülebilir olacaktır.

#### **4.2. Esasa Yönelik Düzenleme**

Tek yanlı davranışlara ilişkin farklı hukuk sistemlerindeki yaklaşımlar, 6’ncı maddenin genel değerlendirmesi, önerilen genel yaklaşım ve uygun yöntem seçenekleri ışığında, amaca en uygun düzenlemenin bileşenleri şöyle saptanabilir:

##### **4.2.1. Tek yanlı Davranışlara Odaklanma**

Düzenleme, teşebbüslerin tek yanlı davranışlarına odaklanmalıdır. Kanun’un sistematigi teşebbüsler arası danışıklılık ve tek yanlı davranışlar ayırımı üzerine kuruludur. Dolayısıyla “anlaşmalar veya birlikte davranışlar yoluyla” hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde bir tanıma yer verilmemelidir. Bu gibi birlikte gerçekleştirilen davranışlar, “teşebbüsler arası danışıklılık” halleri

<sup>54</sup> Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete: Sayı 27142, 15.02.2009.

çerçevesinde değerlendirilmelidir ve kendileri için öngörülen muafiyet sistemine tabi olmalıdır. Diğer yandan, birlikte hakim durum (“collective dominance”) kavramı, özellikle oligopol bağımlılığının bulunduğu pazarlardaki nispeten “büyük veya etkili” aktörlerin bazı davranışlarının önlenmesi için bir araç olarak kullanılmak istenmiştir.<sup>55</sup> Bu pragmacı yaklaşım, ciddi sakıncalar barındırmaktadır. Bu sakıncalardan ilki, tek yanlı olmayan bir davranış şeklinin tek yanlı bir davranış imiş gibi değerlendirilmesidir. Halbuki teşebbüsler arasındaki danışıklılık halleri ile, zorluklarına rağmen, kendi sistematiği içerisinde mücadele edilmelidir. Tek yanlı davranışlara yönelik bu makalede önerilen değerlendirme ölçütleri, “birlikte hakim durumluk” haline uymamaktadır. Teşebbüsler arasında danışıklılık varsa bu danışıklılığın amacının rekabete aykırı olduğunun ortaya konulması ihlalin varlığını tespit için yeterlidir. Halbuki tek yanlı davranışlar için bu şekilde değerlendirme yapmak söz konusu değildir: *Kekevi*’nin belirttiği üzere, hakim durum davalarında ayrıntılı bir pazar tanımı yapılmalıdır. Ardından da pazardaki birlikte hakimiyet gösterilmelidir.<sup>56</sup> İkinci önemli sakınca da yine *Kekevi* tarafından ifade edilmiştir: Bu yaklaşım, oligopolistik bağımlılığın “hakim durumun kötüye kullanılması” şeklinde değerlendirilmesine ve paradoksal bir şekilde teşebbüslerin rekabet etmemelerine neden olabilir.<sup>57</sup>

#### 4.2.2. Doğal ve Yasal Tekeller İçin Ayrı Düzenleme

Doğal ve yasal tekeller için ayrı bir düzenleme yapılmalıdır.<sup>58</sup> Yasal tekeller açısından rekabet hukuken mümkün olmadığı için aslında bu konumdaki teşebbüslerin davranışları da konu itibarıyla “rekabet mevzuatı”nın kapsamında

<sup>55</sup> Bu sorunun, çeşitli ülke uygulamaları ve doktrindeki gelişmeler göz önüne alınarak kendi içerisinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması düşünülebilir. Örneğin bkz.: KON, S. (2009), “Experience of Complex Monopoly and Market Investigations in UK and Europe”, *BIICL/RBB Economics Conference. South African Developments in Light of Recent European Experience*, Johannesburg, 17 June 2009, [http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen\\_Kon2.pdf](http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen_Kon2.pdf) (Erişim Tarihi: 18.05.2010). Ayrıca Kanunumuzda uyumlu eylem karinesine yer verildiği göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>56</sup> KEKEVİ (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 64.

<sup>57</sup> KEKEVİ (2003), s. 64-65. *Sanlı* ise, birlikte hakimlik olgusunun AB ve Türk hukukunda doğurduğu yorum ve uygulama sorunlarına dikkat çekmekle birlikte, Türkiye gibi yoğunlaşma oranı yüksek ekonomilerde bu kavramın uygulanmasının önemini vurgulamaktadır. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 256-259.

<sup>58</sup> ASLAN, Y. (2005), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi (Maddeler ve Madde Gereççeleri)”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III* içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara. *Aslan*’ın önerisi doğal ve yasal tekellerin ayrı düzenlemeye tabi tutulması fikri açısından dikkate alınmalıdır. Diğer yandan, bu önerinin de Rekabet Kurumu ile düzenleyici kurumlar açısından doğan yetki karmaşasını çözmede yetersiz kalabileceği görünmektedir. Doğal ve yasal tekellerle ilgili, Rekabet Kurumuna bir kanunla açıkça yetki tanınmadığı (ve görev verilmediği) sürece Rekabet Kurumunun yetkisiz olduğunun kabulü, bu tekellerin daha sağlıklı ve şeffaf bir şekilde regülasyonunu sağlayacaktır.

değildir. Yani Rekabet Kurumu'na, rekabet savunuculuğu yoluyla, bu yasal tekellere son verilmesini sağlamak için çaba gösterme dışında yapacak bir iş düşmemektedir.<sup>59</sup> Ayrıca yasal tekellerin regülasyonu ile ilgili, Rekabet Kurumuna kanunla görev ve yetki verilirse bu durumda Rekabet Kurumu regülasyona girebilir. Bu önemli bir siyasi tercihtir, Kurumun yetkinliği göz önünde bulundurularak bu görevin kendisine muhakkak özel bir yasal düzenlemeyle verilmesi gerekir. Aksi halde Rekabet Kurumu yasal tekellerin davranışları açısından yetkisizdir.

Doğal tekeller açısından rekabet, doğal tekel konumunda bulunan teşebbüs bu konumunu koruduğu sürece fiilen mümkün değildir. Bu nedenle doğal tekellerin davranışlarının da rekabet analizine değil regülasyona tabi tutulması asırdır. Deregülasyon sürecine girildiği andan itibaren Rekabet Kurumuna yetki tanınması/görev verilmesi düşünülebilir. Bu geçiş sürecine ilişkin Rekabet Kurumunun görev tanımının da açık bir şekilde kanunla yapılması gerekir.<sup>60</sup>

#### 4.2.3. Hakim Durumu Saptamaya Yönelik Ölçütlerin Belirlenmesi

Kanunda hakim durum ölçütlerini saymak yerine bu ölçütlerin belirlenmesi konusunda Kurulu görevlendiren bir kural öngörmek uygun olacaktır. Kurul ise, bugüne kadarki içtihat birikimini de dikkate alan, örneğin en az belirli bir yüzdenin üzerinde bir pazar payının varlığı, diğer rakiplerin az sayıda ve küçük pazar paylarına sahip oluşu, pazarın doygunluğu, talep esnekliğinin derecesi gibi ölçütleri içeren bir hakim durumun saptanması yöntemini kurala bağlayabilir. Bu ölçütler ne kadar belirli hale gelirse, hukuki güvenlik o oranda artacaktır. Dolayısıyla Kurulun bu konuda bağlayıcı bir düzenleme yapması tercih edilir. Diğer yandan, mevcut düzenleme kapsamında dahi, Kurulun, bilgi ve deneyim birikimine bağlı olarak, hakim durumun saptanmasına yönelik bir kılavuz yayınlaması düşünülebilir.

#### 4.2.4. Kanunda “Hakim Durumun Tespiti” Kararının Öngörülmesi

Hakim durumun varlığının belirlenmesi ilgili teşebbüs açısından o kadar önemli bir işlemdir ki bu işlemin, süreçte ilgili teşebbüsün de söz hakkının bulunacağı ayrı bir hukuki düzenlemeye tabi tutulması gerekir. Hakim durum tespitinin,

<sup>59</sup> Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 5'inci maddesi, Kanun'un 8'inci maddesi ile, Kuruma, Kanun'un *ratio legis*'ine aykırı idari işlem ve düzenlemelerin iptali için dava açma yetkisi tanınmasını öngörmektedir.

<sup>60</sup> Karş.: ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 77, Ankara, s. 212, 9. paragraf.

soruşturma sürecinden bağımsız olarak, muafiyet/menfi tespit hallerinde olduğu gibi, ilgili teşebbüsün talebi üzerine veya re'sen yapılabileceği öngörülmelidir.<sup>61</sup>

Re'sen, şikayet veya ihbar üzerine Kurul tarafından ilgili teşebbüsün tek yanlı davranışlarına yönelik yapılacak soruşturma sonucunda teşebbüse ceza verilebilmesinin ön koşulu, bu şekilde bir hakim durumun tespiti kararının varlığı olmalıdır. Bu halde dahi, ilgili teşebbüse, davranışın gerçekleştiği tarihte durumunun değiştiğini ileri sürme olanağı tanınmalıdır. Böyle bir düzenleme olmadan, hele henüz 6'ncı maddenin uygulama standartlarının dahi tartışıldığı bir aşamada, teşebbüslere tek yanlı davranışları dolayısıyla ceza vermek, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Teşebbüslere ceza verilmesinin meşruluğu ve hukukun genel ilkelerine uygunluğu, ancak, hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilen bir teşebbüsle ilgili önceden bir hakim durum tespiti kararı verilmesi ile sağlanabilir.

#### **4.2.5. İlgili Teşebbüslerin Davranışlarının İncelenmesine Yönelik Düzenlemeler**

Bu aşamada, makalenin başında ele alınan yaklaşım konusuna geri dönmek gerekir. Mevcut yaklaşımlar, doğrudan tüketici refahına yönelik somut veya yakın vadeli bir zarar görmedikçe müdahaleden kaçınan anlayışla, pazarlardaki rekabet ortamını, daha doğrusu rekabet etme olanağını korumaya çalışan korumacı anlayış arasında gidip gelmektedir. Türk rekabet hukukunu yapan ve uygulayanlar da bu yaklaşım farkının neresinde yer alacaklarına karar vermek durumundadır. Şu anda Türk rekabet hukuku uygulaması değil ise de Türk rekabet mevzuatı, yukarıda açıklandığı üzere, bu yaklaşımın dışında ve altındadır. Mevzuat, bu yaklaşım yelpazesinde bir yer alabilir veya bu yaklaşımları aşabilir. Bu çerçevede temkinli müdahalede anlayışı amaca uygun bir yaklaşım tarzı ve iyi bir başlangıç sunmaktadır; çünkü tek yanlı davranışın tüketici refahı üzerindeki doğrudan etkisine bakmaktadır ve bu etki, korumacı yaklaşımın “pazarın gelecekteki olumsuz durumu”na yönelik öngörüsünden daha saptanabilir veya ispatlanabilir niteliktedir. Peki mevcut yaklaşım yelpazesi nasıl genişletilebilir, bir adım ileriye nasıl taşınabilir? Bunu sağlamak için ilk yapılması gereken, özellikle tek yanlı davranışlara ilişkin bir frekans karışmasına yol açan, haksız rekabet kavramlarıyla düşünme işinden vazgeçilmesidir. Aşağıda önce bu konuya değinilmektedir; daha sonra önerilen düzenleme ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

<sup>61</sup> GAL, M. (2006), “Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism To Limit Abuse of Monopoly Power”, *New York University Journal of Law and Business*, Cilt: 2, s. 404-428.



#### 4.2.5.1. Salt Hukuki Jargondan Kurtulmak

Tıpkı gıda mevzuatı veya ürün standartlarına ilişkin mevzuat gibi, rekabet mevzuatı da aslında teknik bir mevzuattır, teknik bir mevzuat olmalıdır. Kullanılan teknikler ekonomik tekniklerdir. Bu nedenle, rekabet mevzuatının, “kötüye kullanma (abuse), adil olmayan (unfair), hakiki bozulmamış rekabet (genuine undistorted competition)<sup>62</sup> eşit durumdaki kişiler, ayrımcılık, rakiplerin işini zorlaştırmama” gibi, haksız rekabete ilişkin (veya buna benzer hakkaniyet gözetilen) düzenlemelerde rastlanması beklenen<sup>63</sup> salt hukuki jargondan sıyrılması gerekir.

Bu hukuki jargona rekabet mevzuatında yer verilmesi önemli bir risk doğurmaktadır; bu risk, rekabetin ekonomik doğası hakkında aslında bilgi sahibi olmayan hukukçuların konu ile ilgili yorum yaparak yargıya varmak durumunda kalmalarıdır. Hatta daha da kötüsü, bazen hukukçu olmayan kişilerin bile, görev ve yetkilerinin kapsamında olduğu için bu kavramların içeriğini doldurarak karar vermeleri gerekebilir. Takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiği<sup>64</sup>, hukuki yorum ve boşluk doldurma yöntemleri konusunda bilgi sahibi olmadan bu kavramlardan yararlanarak karara varmaya çalışmak ise zifiri karanlıkta el yordamıyla aranmaya benzer. İki riski de ortadan kaldırmanın yolu rekabet kurallarını ekonomik gerekçelerle temellendirmektir.

Bu yaklaşım, kuralların konulmasında kesinlikle hukukun dışlandığı anlamına gelmez; tam tersine ekonomik yöntemlerle ortaya çıkarılan ve genel geçerliliği olan, nesnel önermelerin kurallaştırılması, sağlıklı bir rekabet politikası uygulamasının olmazsa olmazıdır. Hukuk, kamu yararını ve menfaatler dengesini gözeterek hayat olaylarına ilişkin kurallar koyar. Koyulan kuralların amaçlarının ortak özelliği kamu yararadır. Rekabet hukukunun *ratio legis*'i ise gittikçe daha belirgin bir şekilde, “pazarlarda rekabetin korunması” yerine, “tüketici refahının sağlanması” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Pazarlarda

<sup>62</sup> EU COMMISSION (2009), 1. paragraf: “However, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market. (Yalnız ilgili teşebbüs, davranışının ortak pazardaki hakiki, bozulmamış rekabete zarar vermesine müsaade etmeme yolunda özel bir sorumluluk altındadır.)”

<sup>63</sup> Türk doktrininde haksız rekabet düzenlemeleri ile rekabeti koruyan kurallar arasındaki ayırımı hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında ortaya koyan görüşler için bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 259; AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), s. 18-19, ASLAN, İ.Y. (2007), s. 463.

<sup>64</sup> EDİS, S. (1973), “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, s. 169-196.

<sup>65</sup> BRODLEY, J. (1987) “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”, *New York University Law Review*, Cilt 62, s. 1020 vd.; CRANDALL, R.W. ve C. WINSTON (2003), “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, *Journal of Economic Perspectives*, Cilt 17, No: 4, s. 3-26. BROCK, J.W. ve N.P.

rekabetin korunması tüketici refahının sağlanması için bir araçtır. Soyut olarak pazarlardaki rekabet ortamını korumanın meşru bir gerekçesi yoktur. Bu tartışma özellikle tek yanlı davranışlar için daha büyük önem taşımaktadır. Örneğin kartel anlaşmaları açısından “pazardaki rekabet ortamının korunması” ibaresi anlamlandırılabilir; çünkü bu bağlamda düzenlemenin amacı, pazardaki teşebbüslerin anlaşarak aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmalarının engellenmesidir. Halbuki tek yanlı davranışlar açısından “pazardaki rekabet ortamının korunması” nihai amacını benimsemek, keyfiliğin tehlikeli sularına doğru yol alınmasına neden olacaktır. Özellikle bu noktada “tüketici refahının sağlanması” nihai amacını gözden kaçırmamak gerekir. Geleceğe yönelik varsayımlarla tüketici refahı pazardaki rekabet ortamının korunmasına feda ediliyorsa bu yöndeki düzenleme ve uygulamalar rekabet hukukunun ruhuna aykırı demektir. Amaç tüketici fazlasını en fazlalaştırmaya çalışmaktır. Bu sonuca ulaşmak için mevcut dağıtım kanallarını mevcut veya potansiyel rakiplere herhalde açık tutmak gerektiği yolundaki varsayımın ekonomik bir temeli de yoktur. Eğer hakim durumdaki firma, tüketiciye, istediğini, ödemeye razı olduğu fiyattan veriyorsa, bu, yapılacak incelemede dikkate alınması gereken bir olgudur.

Bu genel saptamadan hareket ederek, tek yanlı davranışlar açısından yapılacak ilk önerme, Kanunda “kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar”ın sayılmasından kaçınılmasıdır.<sup>66</sup> Kötüye kullanma (abuse), tercih edilmemesi gereken bir terimdir. Davranışların örnekseme yoluyla sayılmasının da hukuki güvenliğe hizmet ettiği veya bütünlüklü bir teknik teşkil ettiği ileri sürülemez. Tek yanlı davranışların denetlenmesine yönelik düzenlemede ne tür davranışların gerçekleştirilebileceğine odaklanmak ve Kanunun sistematikliğini farklı davranış tiplerine göre (münhasır iş görme, indirim uygulama, mal vermeyi reddetme gibi) oluşturmaya çalışmak doğru değildir. Uygulamada çok çeşitli davranışlar birlikte veya münferiden sergilenebilmektedir.

Bunun yerine, Kanun, “tüketicinin (son, bireysel tüketici) söz konusu davranıştan zarar görmesinin engellenmesi” hedefine odaklanmalıdır. Hakim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışından tüketicinin herhangi bir

OBST (2009), “Market Concentration, Economic Welfare, and Antitrust Policy”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Cilt 9, Sayı 1, s. 65-75.

<sup>66</sup> Karş.: GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 344: “Hakim durumun kötüye kullanılması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Sınırlı bir sayım mümkün değildir. Çünkü en yaygın olan kötüye kullanma halleri belirlendikten sonra teşebbüsler yaptırma tabii olmamak için bunlardan kaçınacak, başka yollar arayacaklardır...” Aksi yönde bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 259: “Hukuka aykırılık olarak kabul edilen kötüye kullanma kavramı, oldukça geniş ve muğlak bir kavramdır ve bu itibarla uygulamada yol gösterici olması bakımından, ikinci fıkrada, belli başlı kötüye kullanma örneklerinin belirtilmesi yerinde olmuştur.”

şekilde zarar gördüğü tespit edilirse başka herhangi bir araştırmaya gerek olmadan bu davranış yasaklanmalıdır. Bununla birlikte, diğer teşebbüsleri olumsuz etkileyen ve rekabet olanaklarını azaltan davranışlar açısından hakim durumdaki teşebbüsün verimli çalışıp çalışmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Verimli çalışan hakim durumdaki bir teşebbüs ise hakim durumunun ve dışlayıcı faaliyetlerinin kendisine sağladığı olanakları tüketiciye yansıtmazsa, yani aşırı fiyat uygularsa bu durum ayrıca farklı değerlendirme ölçütleriyle değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, Kanun'da "ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar" ve "ilk elden tüketiciyi etkileyen davranışlar" ayrımına gidilmelidir.

#### 4.2.5.2 Doğrudan Tüketiciye Zarar Veren Davranışlar

Hakim durumdaki teşebbüslerin bazı davranışları, hem diğer teşebbüsleri hem tüketicileri, davranışın gerçekleştirildiği anda olumsuz etkileyebilir. Örneğin hakim durumdaki teşebbüslerin bir ürünün satışını diğer bir ürünün de satın alınmasına bağlı tutması, hem tüketicilere hem de rakip teşebbüsler üzerinde etki doğurabilir. Benzer şekilde –tüketicilere değil, rakiplere zarar vermek amacıyla da olsa- bir faydanın sadece belirli bir ürünü kullanan tüketicilere sunulması ve bu davranış sonucu diğer tüketicilerin bu olanaktan mahrum bırakılması tüketicilere de diğer teşebbüslere de zarar verebilir. Hakim durumdaki bir teşebbüs, diğer teşebbüsleri bir olanaktan mahrum bırakabilir, bu durum, söz konusu teşebbüslerin tüketiciye bazı mal veya hizmetleri sunmalarını önleyebilir. Böyle durumlarda tüketici üzerindeki doğrudan o anda oluşan etkiye ağırlık verilmelidir. Dolayısıyla yukarıdaki örneklerde bağlamanın, dışlamanın veya reddetmenin tüketici açısından avantajlı yönleri bulunmadığı, tüketiciye bir dayatma, tüketiciyi faydalardan veya yeniliklerden mahrum bırakma teşkil ettiği sonucuna varılırsa, başka bir analize girilmeden bu davranış yasaklanmalıdır.<sup>67</sup>

Bu bağlamda Kılavuz'daki şu ifadeler dikkat çekicidir:

*"Bazı hallerde Komisyon, ayrıntılı bir değerlendirme yapmadan söz konusu davranışın tüketici zararı doğurma olasılığı bulunduğuna hükmedebilir. Davranışın sadece rekabet önünde engeller çıkardığı ve verimlilik yaratmadığı ortadaysa rekabete aykırı etkisi bulunduğu sonucuna varılabilir. Hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerini rakiplerin ürünlerini denemekten alıkoyması veya bu ürünleri*

<sup>67</sup> Yeni veya teknik açıdan daha üstün bir mal veya hizmetin pazara sürülmesinin geciktirilmesi gibi davranışların son tüketiciye zarar vereceği ileri sürülebilirse de buraları rekabet hukuku, tüketicinin korunması hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun karıştığı gri alanlardır. Bu alanda Kurulun proaktif bir yaklaşım sergilemek yerine, konunun fikri mülkiyet, haksız rekabet, tüketicinin korunması mevzuatında dayanak bulabilecek çeşitli taleplere müsait olduğunu dikkate alarak, elzem görmediği sürece müdahale etmemesi daha doğru olur.

*denememeleri kaydıyla müşterilerine finansal olanaklar sağlaması veya bir dağıtıcıya veya müşteriye rakibin ürününü pazara sunmasını geciktirmesi için ödeme yapması bu haller arasında sayılabilir.”<sup>68</sup>*

Doğrudan, o anda oluşan tüketici zararı tespiti açık ve şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde yapılamıyorsa ikinci değerlendirme aşamasına geçilmelidir ve mesele, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar bağlamında incelenmelidir. Aşağıda, bu ikinci aşamaya dair açıklamalar yer almaktadır.

#### 4.2.5.3. İlk Elden Teşebbüsleri Etkileyen Davranışlar: Verimlilik Analizi

Tek yanlı davranışlar pazarlardaki rekabeti koruma yaklaşımıyla ele alındığında şu sorunlarla karşılaşmaktadır: Pazarların rekabete açık tutulmasını hedefleyen yaklaşım, potansiyel rakiplerin pazara girmek istedikleri varsayımıyla hareket etmektedir. Davranışsal ekonomiyle birlikte ortaya atılan ve kişilerin her zaman rasyonel karar aldıkları varsayımını sorgulayan savlar da göz önüne alınırsa pazarları rakiplerin rekabeti için açık tutmaya çalışmanın ne derece meşru bir çaba teşkil ettiği tartışılır. Acaba rekabete açık tutulmaya çalışılan bu pazarlara rakiplerin girme olasılığı nedir, potansiyel rakip teşebbüslerin rasyonel davranacaklarını ve verimli işletileceklerini varsaymak doğru mudur? Yoksa bu çaba bir kaynak israfına mı yol açmaktadır? Verimlilik analizi yapılmadan, ilk elden teşebbüsleri etkileyen tek yanlı davranışlara müdahale edilmesi, verimli çalışan bir teşebbüse zarar verme riskini taşımaktadır.

Genel olarak tek yanlı davranışların amaçlarına odaklanmak yerine<sup>69</sup>, “verimlilik” gibi ölçülebilir bir kavrama odaklanmak<sup>70</sup>, önerilecek hukuki

<sup>68</sup> EU COMMISSION (2009), Introduction, 22’nci paragraf.

<sup>69</sup> Sadece tek yanlı davranışlar açısından değil, rekabet mevzuatına tabi diğer işlem ve eylemler açısından, şu saptamaları da göz önünde bulundurmamak gerekir: “Her ne kadar stratejik yönetimle ilgili kaynakların pek çoğu antitröste pek ağırlık vermese de, stratejik yönetimle kâr maksimizasyonu arasındaki ilişkiyi irdelemektedir. Fiyat teorisinden gelen Chicago okulu varsayımı, işletmelerin rasyonel bir şekilde kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarıdır. ... fakat Profesör Norman Hawker akademik literatürü taradığında, bir işletme okulunda stratejik yönetim dersini veren bu antitröst uzmanı, işletmelerin gerçekten de kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarını açıkça ifade eden tek bir kaynak tespit etmiştir, ve bu kaynak da bu bakış açısının ihtilafli olduğunu belirtmektedir. Bu kaynaklardan hiçbiri kârlılığın önemini yadsımamaktadır, ancak kârlılıkla kâr maksimizasyonu aynı şey değildir ve kaynaklar, pek çok harekete geçiricinin iş başında olduğunu, uygulamada firmaların ne zaman kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarının saptanmasının imkânsız olduğunu, şirketlerin pek çok paydaşı (sadece paysahipleri değil) tatmin etmeye çalıştıklarını ve stratejik yönetimin temelini kâr maksimizasyonundan ziyade sürdürülebilir rekabet avantajının teşkil ettiğini ileri sürmektedirler.”FOER, A. (2005), “The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the U.S.”, *American Antitrust Institute Working Paper 05-09*, Erişim tarihi: 09/04/2010, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1103510](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103510), s. 11. Tek yanlı davranışların analizi için kâr maksimizasyonu varsayımını doğru bir başlangıç noktası sunmuyor ise bu varsayımın kullanımının uygun olup olmadığının sorgulanması gerekir.

<sup>70</sup> Örneğin bkz.: aş. 76’ncı dipnot.

düzenlemenin tutarlılığı, meşruiyeti ve sağlayacağı hukuki güvenlik açısından da kesinlikle tercihe şayandır.

Bu bağlamda, aşağıda teklif edilen önermenin şekillenmesinde özellikle iki Kurul kararı yazara ilham vermiştir: *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* ve *Belko-II* kararları. Daha önce belirtildiği üzere tek yanlı davranışlar açısından Kanun'un 6'ncı maddesi bir hayli sorunludur; ancak Kurul kararlarında doğru yaklaşımın tomurcuklanmaya başladığı gözlemlenmektedir.

*Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* kararında, ilgili teşebbüs, Kurulun kararının "etkin (verimli işletilen) bir firmanın cezalandırılması anlamına geldiği"ni ileri sürmüştür. Kararda ise, bu iddiaya karşı, Anadolu Cam'ın, kıyaslandığı dünya cam ambalaj üreticileri arasında "satışlar/işgücü" göstergesinde sonuncu olmasına rağmen "brüt kar/satışlar" kategorisinde birinci olmasına dikkat çekilmiştir. Bu makalede henüz hangi verimlilik ölçütlerinin benimsenmesi gerektiği irdelenmemektedir; dolayısıyla ilgili karar kapsamında dikkate alınan ölçütün yerindeliği tartışılmamaktadır. Sadece şu husus vurgulanmaktadır: Bu kararda Kurul, prensip olarak, hakim durumdaki teşebbüsün verimlilik düzeyinin tek yanlı davranışlara yönelik bir savunma teşkil edebileceğini benimsemiş görünmektedir.

*Belko-II* kararında ise, tek yanlı davranışlara ilişkin özlü bir ifade kullanılmıştır: "*Bu bağlamda, ...hakim durumdaki bir teşebbüsün konumu itibarıyla taşıdığı özel sorumlulukların başında basiretli ve verimli bir yönetim yatmaktadır.*"<sup>71</sup>

*Belko-II* kararı, aşırı fiyatlandırmaya ilişkin bir karar olmasına rağmen, kararda neredeyse tamamen ilgili teşebbüsün verimliliğinin sorgulanması ilginçtir. Ayrıntılı değerlendirmelerle ilgili teşebbüsün verimli işletilmediği, israfın ve basiretsiz yönetimin hüküm sürdüğü ortaya konmaktadır. Bu kararda aslında hedefe oturtulan, ilgili teşebbüsün aşırı fiyatlandırma davranışı değil, bir teşebbüse, meşru bir gerekçe bulunmadığı halde yasal tekel hakkı tanınmış olmasıdır. Yani diğer teşebbüsleri (potansiyel rakipleri) etkileyen mutlak bir giriş engeli konulmuştur. Dolayısıyla Kurul'un kararı, aslında bu ve bunun gibi verimsiz teşebbüslerin varlığına yol açan, meşru olmayan yasal tekellerin kaldırılmasına yönelik bir manifesto niteliğindedir. Karar, bu mutlak giriş engelinin bir eleştirisi niteliğindedir ve bu nedenle teşebbüsün verimliliği etraflıca sorgulanmıştır. Kurulun bu konuda yetkisinin bulunup bulunmadığı, karardaki hukuki gerekçelendirmenin doğru olup olmadığı bu makalede öne sürülen savlar doğrultusunda ayrıca tartışılmalıdır<sup>72</sup>; ancak Kurulun tek yanlı

<sup>71</sup> Belko II, 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı karar, s. 59.

<sup>72</sup> Bkz.: yuk. 4.2.2 ve aş. 4.2.5.3.

davranışlarla ilgili verimlilik odaklı yaklaşımını ortaya koyması açısından aydınlatıcı bir örnektir.

Bu kararlardaki verimlilik vurgusu yerindedir; tüketici üzerindeki doğrudan zararlı etkisi kesin olarak tespit edilemeyen ve ilk elden teşebbüsleri etkileyen tek yanlı davranışlar açısından işe buradan başlamak gerekir:

Bir firma verimli işletiliyorsa, bu, ilk elden diğer teşebbüsleri olumsuz etkileyen davranışlarının rekabet hukukuna aykırı kabul edilmemesi için önemli bir nedendir. Verimli işletilen bir teşebbüsün pazar payını korumaya yönelik stratejik davranışlarını yasaklamak, hele hele cezalandırmak rekabet hukukunun amacına aykırıdır. Böyle bir teşebbüsün rakipleri olumsuz etkileyebilecek faaliyetlerinin engellenmesi ve cezalandırılması için nesnel bir gerekçe de bulunmamaktadır. Rakipler hakim durumdaki teşebbüsle başa çıkmak için daha etkili rekabet yöntemleri geliştirmeye çalışmalıdır<sup>73</sup> veya daha iyisini yapana kadar beklemeli ve güçlerini toplamalıdır. Diğer yandan, hakim durumdaki teşebbüs belirlenecek asgari düzeyde verimli değilse, pazar payını korumaya ve artırmaya yönelik davranışları rekabet otoritelerince mercak altına alınmalıdır.

Bu yaklaşım nasıl bir kurala dönüştürülebilir?

Temel önerme şöyle ifade edilebilir: “Hakim durumdaki teşebbüs verimli işletiliyorsa bu olgu, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eder.” Bu davranışları gerçekleştiren teşebbüs verimli (burada ölçütün kârlılık değil, verimlilik olduğu vurgulanmalıdır) işletiliyorsa, bu olgu, davranışının Kanun’a aykırılık içermediği yolunda bir adi karine oluşturur. Değerlendirmenin bu aşamasında verimli işletildiğini ispat yükü ilgili teşebbüse yüklenmemelidir; Kurul bu olguyu re’sen araştırmalıdır. Tabii ki ilgili teşebbüse de bu olguyu ispatlama olanağı tanınmalıdır. Bu karineye karşı, etkilenen teşebbüsler, ilgili teşebbüsün verimli işletilmediğini ileri sürebilmelidir.<sup>74</sup> Kurul bu karşı iddiaları da

<sup>73</sup> FOX (2006), s. 737: “A.B.’deki pazar kapama davaları, hakkında soruşturma açılan davranışların rekabet etmenin bir yolunu teşkil etmesi ve tüketiciye daha iyi olanaklar sunması olasılığını gözardı etmektedir. Komisyon, pazardan dışlandıkları iddia edilen rakiplerin karşı rekabete geçerek kısıtlamanın etrafını dolanamayacaklarını göstermeye zorlanmamıştır. Komiser Kroes, Fordham konuşmasında, bu boşluğa üstü kapalı olarak değinmiş ve Komisyonun artık, pazar kapama ve dışlamaların gerçek pazar etkileri ile bağlantılı olduğunu ispatlama görevini üstlenebileceğini ifade etmiştir.”

<sup>74</sup> Elhauge verimlilik testinde ilgili teşebbüsün davranışının diğer teşebbüslerin verimliliğini azaltıp azaltmadığına bakılması da öngörülmektedir. ELHAUGE (2003), s. 320-330. Bu öneri ve testte öngörülen muhakeme şekli çeşitli boyutlarıyla ayrıca tartışılabilir; ancak şu anda bu test, tek firma davranışına ilişkin testler içerisinde, bu makalede savunulan yaklaşıma en uygun testtir ve değerlendirme ölçütlerinin geliştirilmesinde iyi bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Bkz.: Bu testin diğer testlerle karşılaştırması için bkz.: MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden*

değerlendirerek, önceden belirlediği ve düzenlemeye tabi tuttuğu ölçütleri göz önünde bulundurarak kararını vermelidir. Verimlilik ölçütlerini sağlamayan hakim durumdaki teşebbüse dahi davranışının verimlilik artırıcı olduğunu ileri sürme olanağı tanınmalıdır.<sup>75</sup> Teşebbüs bu iddiasını ispatlayabilirse Kurulun belirleyeceği ölçütleri sağlamamasına rağmen davranışına izin verilebilir.

Bu noktada hukuka uygunluk nedeni teşkil edecek verimlilik oranının hangi yöntemle belirleneceğine ve bu oranın eşik değerine ilişkin kurallar (standartlar değil) getirilmesi hem amaca uygun bir düzenleme teşkil eder hem hukuki güvenlik sağlar. Kural belirleme aşamasında hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışlarıyla verimlilikleri arasında kesinlikle bağlantı kurulmalıdır. İlk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar açısından verimliliği (efficiency) belirlemeye yönelik ekonomik analizlere odaklanmak elzemdir.<sup>76</sup> Bu analizlerin nesnellüğünün teyidinde bağlı olarak, analiz sonuçlarını dikkate alan kurallar öngörülebilir.<sup>77</sup> Bu kapsamda teşebbüsün bütününe mü yoksa ilgili pazarda faaliyet gösteren biriminin mi verimliliğinin ölçüleceğine dair bir kural öngörülmesi de gerekebilir. Kurala bağlanması gereken diğer bir önemli mesele de ilgili teşebbüsün hangi dönem itibarıyla verimliliğinin ölçüleceğidir. Bu ölçütlerin belirlenmesinde ülkemiz açısından üretim verimliliğine mi, dinamik verimliliğe (etkinliğe) mi öncelik tanınması gerektiği ayrıca ve etraflıca tartışılması gereken bir konudur.<sup>78</sup> Bu açıdan, ürün yenileşim hızının yüksek

---

*Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara, s. 16-45.

<sup>75</sup> Bu bağlamda bkz.: EU COMMISSION (2009), 28-31'inci, 46'ncı, 62'nci, 74'üncü, 89-90'ıncı paragraflar.

<sup>76</sup> Bu tür analiz yöntemlerinin derlendiği ve belirli bir sektöre uygulandığı bir örnek için bkz.: HAILU, G., E.W. GODDARD ve S.R. JEFFREY (2005), "Measuring Efficiency in Fruit and Vegetable Marketing Co-operatives with Heterogeneous Technologies in Canada", Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Providence, Rhode Island, July 24-27, 2005,

<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19507/1/sp05ha08.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2010.

<sup>77</sup> *Anadolu Cam* kararında verimlilikle kârlılık kavramlarının ayrıldığı ve işgücünün (emeğin) satışlara oranının verimlilik ölçütü olarak kullanıldığı görülmektedir. Verimliliği ölçmek için sadece bu oranın kullanımının yerindeliği ayrı bir tartışma konusudur. *Anadolu Cam II*, s. 15, 680-690. paragraf.

<sup>78</sup> Üretimde verimlilik ile dinamik verimlilik arasında tercihin gündeme geldiği önemli bir dava Intel davasıdır. Japonya, Güney Kore ve AB rekabet otoritelerinden sonra ABD'de de Federal Ticaret Komisyonu'nun Intel'e karşı açtığı davada tartışılan konulardan biri de Intel'in, yeni oluşmaya başlayan GPU pazarını baskılamaya yönelik ve bu alanda yenileşimin (inovasyonun) önünü tıkayan davranışlarıdır. Intel, kamuya yönelik beyanlarında mikroişlemci fiyatlarının çok düştüğünü ve üretimin (hatta yenileşimin ve ar-ge harcamalarının da) fazlasıyla arttığını ileri sürmektedir. Yani dinamik verimliliğin üretimde verimliliğe feda edilmemesi gerektiğini ima etmektedir. Davanın ilk duruşması 2010 Eylül'ünde görülecektir. Bu konuyla ilgili bkz.: BALTO D. (2010), "The FTC's Challenge to Intel, Predictions of Doom Are Exaggerated and Misplaced-the FTC Has a Straightforward Case", 6 Nisan 2010,

olduğu, dinamik, yüksek teknoloji pazarlarıyla bu özellikleri taşımayan pazarlar arasında da bir ayırımı gidilebilir.

Bu kapsamda şu olasılık da göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer tek yanlı davranışlar açısından nesnel ve uygun verimlilik ölçütleri saptanarak bu ölçütler kurala dönüştürülebilirse önemli bir uygulama kolaylığı sağlanabilir. İncelemeye hakim durum analizinden başlamak yerine, davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinden başlamak, uygulamada benimsenen bir yöntemdir.<sup>79</sup> Bu kapsamda, vakanın uyduğu hallerde, davranışı incelenen teşebbüsün verimliliğinin ölçülmesiyle işe başlanarak hakim durumun belirlenmesine yönelik incelemeden de tasarruf edilebilir.

Verimlilik ölçütü temelli bir kuralın benimsenmesi, yanlış bir yasaklama ve cezalandırma kararı riskini (*false positive*), mevcut düzenlemeye nazaran bir hayli azaltacaktır.

#### 4.2.5.4. İlk Elden Son Tüketiciyi Etkileyen Özel Bir Davranış: Aşırı Fiyatlandırma

Aşırı fiyatlandırma, ilk elden son tüketiciyi etkileyen ve özel olarak ele alınması gereken bir tek yanlı davranıştır.

“Aşırı fiyatlandırma” iddialarının dinlenebilmesinin veya re’sen inceleme başlatılmasının ön koşulu, fiyatın aynı düzeyde seyrettiği süre ve talep esnekliği ölçütü göz önüne alınarak saptanmalıdır. Son tüketici açısından o mal veya hizmetin talep esnekliği Kurul tarafından kurala bağlanacak bir oranın altında ise ve bu fiyat düzeyi -yine Kurul tarafından saptanacak- asgari bir süre boyunca muhafaza ediliyorsa, aşırı fiyatlandırma ile ilgili inceleme başlatılabilir.

İncelemenin sonraki aşamalarında, fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde rekabetçi pazarlarla karşılaştırma ve bu pazarlardaki ortalama kârlılık düzeyi bir değerlendirme ölçütü olarak belirlenebilir. Aşırı fiyatlandırmanın tespiti ve gerekiyorsa cezalandırılması, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışların denetlenmesinden ayrı bir meseledir. Aşırı fiyatlandırma, doğrudan rekabet mevzuatının *ratio legis*’ini teşkil eden tüketici refahını hedef alan bir davranıştır. Burada hakim durumdaki teşebbüsün verimliliğini bir hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürmesine izin verilmemelidir; çünkü

[http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto\\_ftc\\_intel.html](http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto_ftc_intel.html), Erişim tarihi: 12.04.2010.

<sup>79</sup> İzmir Jeotermal, 15.7.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı karar, s. 59s. 9, 400. paragraf: “Ancak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, incelemeye konu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı analiz edilerek incelemeye başlanabileceği gibi, başlangıç olarak şikayete konu eylemin bir kötüye kullanma hali içerip içermediği de irdelenebilmektedir.”



davranışın muhatabı teşebbüsler değil, doğrudan son tüketicidir. İncelemeye konu teşebbüs ister verimli işletilsin ister işletilmesin hakim durumun varlığı saptanmışsa, o teşebbüsün aşırı fiyat uygulamaması gerekir. Bu bağlamda, teşebbüsün verimli işletilip işletilmediğinden bağımsız olarak, teşebbüsün uyguladığı fiyatların Türkiye'deki veya yurtdışındaki rekabetçi piyasalardaki fiyatlarla karşılaştırmasının yapılması gerekir. İlgili ürün açısından böyle bir karşılaştırma yapmak mümkün değilse ürün maliyetine odaklanarak doğal tekelde yapılan fiyat regülasyonuna benzer şekilde fiyat düzeyi belirlenebilir. Genel olarak, satış fiyatının maliyetin dahi altında kalması, aşırı fiyatlandırmaya karşı bir savunma teşkil etmemelidir. Burada ürün maliyeti esas alınarak hesaplanan kâr marjı, yani birim kâr oranı ölçüt olmamalıdır.<sup>80</sup> Şirket verimli işletilmiyorsa, yani işletme maliyetleri yüksek ise, kârlılık düşük çıkacaktır; ancak bu fahiş fiyat uyguladığı iddiasını bertaraf etmeye yetmez. Yapılacak hesaplamada kullanılacak maliyet değeri hesaplanırken verimsizlikten kaynaklanan maliyet artışları düşülmelidir. Diğer yandan, teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazara özgü –kendi dışında- maliyet artırıcı nedenler mevcutsa<sup>81</sup>, tabii ki bu nedenler de göz önüne alınmalıdır. Kurul, bu değerlendirme sonucunda aşırı fiyat uyguladığı sonucuna varırsa, teşebbüsün aşmaması gereken azami fiyatı da belirlemelidir<sup>82</sup>; ancak uygulanacak fiyatı kesinlikle saptamamalıdır.

Burada şöyle bir düzenleme şekli de düşünülebilir: Teşebbüse önceden hakim durum bildiriminde bulunulmuşsa<sup>83</sup> teşebbüs, ilgili ürün için hangi eşğin üzerinde fiyatlandırmanın aşırı fiyatlandırma teşkil edeceği konusunda Kurul'dan görüş talep edebilir. Bu hakkını kullanmazsa ve re'sen veya şikayet veya ihbar üzerine yapılan inceleme sonunda teşebbüsün aşırı fiyat uyguladığı sonucuna varılırsa, teşebbüse -uyguladığı fiyatın aşırılık düzeyini, pazar payını,

<sup>80</sup> İzmir Jeotermal, s. 15: “Aşırı fiyat değerlendirmesi yapılırken ne ölçüde bir kâr marjının aşırılığın göstergesi olacağına dair genel kabul görmüş bir kuraldan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte en az % 100 oranındaki bir kâr marjının aranması gerektiği yönünde görüşler vardır.”

<sup>81</sup> Örneğin Botaş kararında, Botaş'ın kamu kurumlarından alacaklarını tahsil edemediği için çeşitli giderlerini karşılamak üzere bankalardan borçlanması ve bu nedenle oluşan finansman giderlerinin kaçınılmazlığı dikkate alınmıştır. Botaş, 9.9.2009 tarih ve 09-41/999-256 sayılı karar, s. 6-7.

<sup>82</sup> Burada Kurul tarafından belirlenmesi önerilen “uygulanacak fiyat” değil, aşılması gereken “azami fiyat”tır. Bu belirleme, hakim durumdaki teşebbüsün hukuki güvenliği açısından elzemdir. Bu belirlemenin yapılmadığı ve durumun azami hız sınırının ilan edilmediği bir yolda araba kullanan sürücünün aşırı hızdan dolayı cezalandırılmasına benzetildiği Güney Afrika'daki Mittal kararının eleştirisi için bkz.: PARR, G. (2007), “South Africa: Excessive Pricing - Don't Get Caught In The Mittal!”, Comment posted on 7 September 2007,

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=52022#twitter>, Erişim Tarihi: 07.04.2010. Ürünler için idari otoritelerce azami fiyat belirleme uygulaması hukukumuza yabancı bir uygulama değildir. Örneğin bkz.: Milangaz-Muafiyet kararı (12.10.1999 tarihli, 99-47/503-319 sayılı Karar)'nda atıf yapılan düzenlemeler, s. 6-7.

<sup>83</sup> Bkz.: yuk. 4.2.4.

uygulamanın süresini dikkate alan- bir ceza verilir ve aşmaması gereken eşik değer kendisine bildirilir. Hakkını kullanarak uygulayabileceği azami fiyat konusunda bilgilendikten sonra bu fiyatı aşan bir uygulamaya girişirse cezalandırılır; ancak bu karara varılmadan önce, kendisine bildirimde bulunulduğu tarihteki koşullarla azami fiyatı aşan fiyat uygulamasına giriştiği tarihteki koşullar arasında esaslı bir farklılık olduğunu ileri sürmesine izin verilmelidir. Bu durum saptanırsa teşebbüse verilecek ceza indirilebilir. Teşebbüse önceden hakim durum bildiriminde bulunulmamışsa ve yapılan inceleme sonucunda aşırı fiyatlandırma yapıldığına hükmedilirse ceza verilmez, ancak o tarihten sonra uygulayabileceği azami fiyat kendisine bildirilir.

#### 4.2.6. Kurulun Tek Yanlı Davranışlar ile İlgili Alabileceği Önlemler

Kanunda, yapılacak değerlendirme sonucunda rekabeti kısıtlayıcı tek yanlı davranışa izin verilmesine veya davranışın yasaklanmasına karar verilebileceği gibi, doğrudan tüketiciye zarar veren davranışlar müstesna tutularak, diğer teşebbüsleri etkileyen davranışlara, Kurul tarafından öngörülen koşulları kabul etmeleri veya taahhütlerinin Kurul tarafından uygun görülmesi hallerinde izin verilebileceği<sup>84</sup> de düzenlenmelidir.

#### 4.2.7. Yeni Bir 6'ncı Madde ve 16'ncı Madde 3'üncü Fıkra Önerisi

Yukarıda yapılan değerlendirmeler doğrultusunda, 6'ncı maddenin ve 16'ncı maddenin 3'üncü fıkrasının aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir:

##### *“TEK YANLI DAVRANIŞLAR*

*Madde 6- İlgili piyasada hakim durumdaki bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışlarla tüketiciye doğrudan zarar vermesi yasaktır.*

*Doğrudan tüketici zararının varlığının saptanamadığı hallerde, rekabeti kısıtlayıcı davranışı gerçekleştiren teşebbüsün Kurul tarafından saptanacak verimlilik ölçütlerini sağlayıp sağlamadığına bakılır. Bu ölçütleri sağlayan teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışına, diğer*

<sup>84</sup> COMPETITION COMMISSION (2000), “The Supply of Impulse Ice Cream: A Report on the Supply in the UK of Ice Cream Purchased for Immediate Consumption”, [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/436ice.htm#full](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/436ice.htm#full), Erişim Tarihi: 12 Nisan 2010. Bu rapordaki şu ifadeler koşullu izin mekanizmasının tek yanlı davranışlar için kullanılmasına bir örnektir: “Saptanan olumsuz etkileri bertaraf etmek için gereken önlemleri saptarken amacımız mümkün olan en az regülasyonla rekabetin etkili olabileceği bir çerçeve çizmek olmuştur. Buzdolabı münhasırlığına dair, BEW’in, vitrin ve dolap hacminin en az yarısı başka üreticilerin kullanımına tahsis etmedikçe bu yolda anlaşmalara girişmesinin yasaklanmasını önerdik.”

teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırsa dahi izin verilir. Bu ölçütleri sağlamayan teşebbüsün davranışına ise, ilgili davranışın teşebbüsün verimliliğini artırdığının belirlenmesi durumunda izin verilir. Kurul, ölçütleri sağlamayan teşebbüsün davranışına, bu teşebbüsün Kurulun öngöreceği yükümlülükleri kabul etmesi veya bu teşebbüsün sunacağı taahhütleri Kurulun onaylaması kaydıyla izin verebilir.

İlgili piyasada hakim durumdaki bir teşebbüsün, tüketiciye, Kurul tarafından belirlenecek azami fiyatı aşan bir fiyat uygulaması yasaktır. Kurul tarafından belirlenecek talep esnekliği düzeyinin ve asgari uygulanma süresinin altında kalan aşırı fiyat uygulamaları oluşturulmaz.

Kurul, bir teşebbüsün bir piyasada hakim durumda olup olmadığının saptanmasına yönelik ölçütleri, uygulayacağı asgari verimlilik ölçütlerini, azami fiyat eşiğinin belirlenmesinde uygulayacağı yöntemi, talep esnekliği düzeyi ve asgari uygulama süresi eşiklerini tebliğ ile belirler.

Kurul, re'sen veya ilgili teşebbüsün talebi üzerine, bu teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda bulunup bulunmadığına veya hakim durumdaki teşebbüslerin tüketiciye uygulayabileceği azami fiyata dair karar verebilir. Bu kararlar aleyhine tek başına Danıştay'a başvurulamaz; ancak karar tarihinden itibaren en az bir yıl sonra, Kurul tarafından bir soruşturmaya başlanmamış olması koşuluyla, Kurul'dan tekrar karar talep edilebilir.

#### İDARİ PARA CEZASI

##### Madde 16- ...

3üncü fıkra, 2nci cümle: Hakkında önceden hakim durum kararı verilmemiş bir teşebbüs aleyhine, tek yanlı davranışları dolayısıyla idari para cezasına hükmedilemez. Hakim durum kararına karşı, ilgili teşebbüsün, aleyhine yürütülen soruşturmanın her aşamasında hakim durumda bulunmadığını ileri sürmesi mümkündür. Kurulun bu hususta alacağı karara karşı, ancak nihai kararla birlikte Danıştay'a başvurulabilir. 6'ncı maddenin 2nci fıkrası uyarınca Kurulun öngördüğü yükümlülüğü kabul eden veya taahhüdü kabul edilen bir teşebbüsün yükümlülüğünü veya taahhüdünü yerine getirmemesi halinde de bu fıkra öngörüldüğü şekilde idari para cezasına hükmedilir.”

#### 4.2.7. Önerilere Getirilebilecek Eleştiriler

Böyle bir yaklaşıma ve önerilen düzenleme yöntemlerine getirilebilecek ilk ve belki de en haklı eleştiri Kurulun olanaklarının, bilgi ve deneyim birikiminin bu şekilde teknik düzenlemeler yapmak için yetersiz olduğudur. Yalnız unutulmamalıdır ki kuralların bulunmadığı durumda, Kurul aslında, her vakada kendi kendine, o vakaya özgü değerlendirme yöntemleri ve hatta maddi hukuk kuralları geliştirmek ve uygulamak zorunda kalmaktadır. Bu zahmetli bir iş olduğu kadar, hukuki güvenlik açısından da sakıncalıdır. Diğer yandan, kurallar hangi verilerin değerlendirmede dikkate alınacağını açık bir şekilde saptadıkları zaman, bu verilerin elde edilmesi ve Kurula sunulması konusunda teşebbüslere de iş yüklenebilir. Yani birleşme ve devralma değerlendirmelerinde ilgili pazara dair veriler nasıl ilgili teşebbüslerden talep ediliyorsa, tek yanlı davranışlara yönelik incelemelerde de verimlilik analizini ve fiyat düzeylerinin değerlendirilmesini mümkün kılacak veriler ilgili teşebbüslerden talep edilebilir<sup>85</sup>. Böylece Kurum uzman yardımcılarının, uzmanlarının ve Kurulun iş yükü oldukça hafifletilebilir.

Önerilen yaklaşıma getirilecek bir diğer eleştiri ise, bu şekilde verimlilik ve azami fiyat eşiği belirlemelerinin yapılmasının zorluğuna dair olabilir. Halbuki eşik belirleme Kurulun daha önce yapmadığı bir şey değildir. Birleşme ve devralmalarda pazar payı ve ciro eşiklerine, yine grup muafiyetlerinde pazar payı eşiklerine yer verildiği hatırlanırsa eşik belirleme işlevinin Kurulun işlevleri arasında yer aldığı görülecektir. Hatta verimlilik ve azami fiyat eşiği açısından yapılacak eşik belirlemenin ekonomik dayanaklarını ortaya koymak daha olasıdır.

#### SONUÇ

Kurul, 6'ncı maddenin uygulamasıyla ilgili sorunlar yaşamaktadır ve gelecekte de sorun yaşama olasılığı yüksektir. Bunun en önemli nedeni 6'ncı maddenin Kanun'un *ratio legis*'ine uygun bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. Mevzuat AB düzenlemesinden çeviri yapılırken hata yapılması, "amaç" hükümlerinin düzenlemeye dahil edilmesi, kötüye kullanma hallerinin eklektik bir yaklaşımla sayılması, cezalandırma için önceden hakim durumun tespitine yönelik bir kararın aranmaması, 6'ncı maddeyi işlevsiz ve uygulaması riskli bir kural kılmaktadır. Bu kuralın değiştirilmesinin acilen gündeme alınması gerekir. Değişiklik Tasarısı henüz yasalaşmadan bu konuda girişimde bulunulabilir. Makalede, rekabet hukukunun nihai hedefini teşkil eden tüketici refahının sağlanmasını gözetken anlayış ışığında "Tek Yanlı Davranışlar" başlıklı yeni bir

<sup>85</sup> Nitekim Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II kararında (s. 16, 21inci dipnot), Kurul, Anadolu Cam'dan ürün maliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgi talep etmiştir.

madde önerilmektedir. Bu madde, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6’ncı maddeden farklı olarak haksız rekabet kavramlarından kurtarılmış, karar verme sürecini nesnel ekonomik ölçütlere bağlayan, Kurulun görev tanımını açık bir şekilde yapan bir maddedir. Bu madde ile bağlantılı olarak, hukuki güvenlik ve suçta ve cezada kanunilik ilkelerini sağlayacak şekilde, tek yanlı davranışların cezalandırılması, önceden hakim durumun tespiti kararı verilmesi koşuluna bağlanmıştır. Önerilen yeni madde ilk okuyuşta yadırganabilir; ancak sonraki okuyuşlarda gitgide akla nüfuz edeceği ve en azından 6’ncı maddenin nasıl olmaması gerektiğine ışık tutacağı ümit edilmektedir.

## KAYNAKÇA

AKMAN, P. (2009), "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2, s. 267-303.

ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 77, Ankara.

ASLAN, İ. Y. (2005), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi (Maddeler ve Madde Gerekçeleri)", N.A. Odman Boztosun (der.), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III* içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara.

ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Yayınevi, Ankara.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

BALTO, D. (2010), "The FTC's Challenge to Intel, Predictions of Doom Are Exaggerated and Misplaced-the FTC Has a Straightforward Case", 06.04.2010, [http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto\\_ftc\\_intel.html](http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto_ftc_intel.html), Erişim Tarihi: 12.04.2010.

BROCK, J.W. ve N.P. OBST (2009), "Market Concentration, Economic Welfare, and Antitrust Policy", *Journal of Industry, Competition and Trade*, Cilt 9, Sayı 1, s. 65-75.

BRODLEY, J. (1987) "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress", *New York University Law Review*, Cilt 62, s. 1020 vd.

CENGİZ, S. (2003), *Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı Ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No. 99, Ankara.

CRANDALL, R.W. ve C. WINSTON (2003), "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives*, Cilt 17, No: 4, s. 3-26.

CRANE, D. (2008) "Technocracy and Antitrust", *Texas Law Review*, Cilt 86, No.: 6, s. 1159-1221.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), *Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

- EDİS, S. (1973), “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, s. 169-196.
- ELHAUGE, E. (2003), “Defining Better Monopolization Standards”, *Stanford Law Review*, Cilt 56, No: 2, s. 253-344.
- EU COMMISSION (2009), *Guidance On The Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 Of The EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings*, Official Journal C 45, 24.2.2009, s. 7-20.
- FOER, A. (2005), “ The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the U.S.”, American Antitrust Institute Working Paper 05-09, Erişim Tarihi: 09/04/2010, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1103510](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103510).
- FOX, E. (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide”, *Utah Law Review*, No: 3, s. 725-740.
- GAL, M. (2006), “Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism To Limit Abuse of Monopoly Power”, *New York University Journal of Law and Business*, Cilt 2, s. 404-428.
- GÖZLER, K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- HAILU, G., E.W. GODDARD ve S.R. JEFFREY (2005), “Measuring Efficiency in Fruit and Vegetable Marketing Co-operatives with Heterogeneous Technologies in Canada”, Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Providence, Rhode Island, July 24-27, 2005, <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19507/1/sp05ha08.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2010.
- HANÇER, H. ve Ö. İÇÖZ (2007), “Roma Anlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 125-175.
- İNAN, N. ve M.B. PİKİR (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KEKEVİ, H.G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu, Ankara.

KELLERBAUER, M. (2010), The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?, *European Competition Law Review*, Cilt 31(5), s. 175-186.

KON, S. (2009), "Experience of Complex Monopoly and Market Investigations in UK and Europe", *BIICL/RBB Economics Conference. South African Developments in Light of Recent European Experience*, Johannesburg, 17 June 2009, [http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen\\_Kon2.pdf](http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen_Kon2.pdf), Erişim Tarihi: 18.05.2010.

MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Ankara, Seçkin Yayınevi.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2003), "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Tamamlayıcı Kısıtlamaların Değerlendirilmesi", *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 2* içinde, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 47-69.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2005), "2003/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği Işığında Rekabet Hukukumuzda Ar-Ge İşbirliklerinin Değerlendirilmesi", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 475-511.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2006), "Haksız Rekabet Hukukunda Emegın Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi", *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde, 9-10 Aralık 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 195-235.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2008), "Avrupa Birliğı Komisyonu Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu Işığında Türk Uygulamasına Bu Türden Birleşmelerin Denetlenmesi", *Avrupa Birliğı Hukuku ve Türkiye Sempozyumu, Çağ Üniversitesi*, 29-30 Nisan 2008, s. 1-2, 9-10 (henüz yayınlanmamıştır).

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2009), "Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Hukuku Mevzuatı ve Uygulaması?", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* içinde, 17-18 Nisan 2009, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 71-107.



PARR, G. (2007), "South Africa: Excessive Pricing - Don't Get Caught In The Mittal!", Comment posted on 7 September 2007, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=52022#twitter>, Erişim Tarihi: 07.04.2010.

REKABET KURUMU (2006), "Patent ve Faydalı Model Kanun Taslağı Hakkında Görüş", <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/gorusler/gorus14.doc>, Erişim Tarihi: 08.06.2010

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

SCHAUER, F. (2009), *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press.

U.K. COMPETITION COMMISSION (2000), "The Supply of Impulse Ice Cream: A Report on the Supply in the UK of Ice Cream Purchased for Immediate Consumption", <http://www.competition-commission.org.uk/reppub/reports/2000/436ice.htm#full>, Erişim Tarihi: 12 Nisan 2010.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N (2007), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2010.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008, Erişim Tarihi: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>

VANBERG, V.J. (2004), "The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism, Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics" 2004/11, [http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04\\_11bw.pdf](http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04_11bw.pdf), Erişim Tarihi: 07.04.2010

WERDEN, G. J. (2009), *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, <http://ssrn.com/abstract=1352032>, Erişim Tarihi: 08.06.2010

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, Suffolk.

#### **DANIŞTAY KARARLARI**

Solmaz Mercan-I Yürütmeyi Durdurma Kararı, Danıştay 13. Dairesi, Esas No: 2007/13574, Tarih: 24.04.2008.

## **REKABET KURULU KARARLARI**

Algıda, 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı karar.

Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, 6.8.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı karar

Belko-II, 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı karar.

Botaş, 9.9.2009 tarih ve 09-41/999-256 sayılı karar.

Frito-Lay-II, 6.4.2006 tarihli, 06-24/304-71 sayılı karar

Intergum, 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı karar

İzmir Jeotermal, 15.7.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı karar.

KİŞOT, 23.12.2009 tarihli, 09-60/1470-388 sayılı karar.

Mazıdağı, 21.2.2008 tarih ve Karar Sayısı : 08-16/189-62 sayılı karar.

Microsoft Danışmanlık Hizmetleri, 06.08.2009 tarih ve 09-35/879-205 sayılı karar.

Milangaz-Muafiyet, 12.10.1999 tarih ve 99-47/503-319 sayılı karar.

Solmaz Mercan-I, 5.6.2007 tarihli, 07-47/506-181 sayılı karar

Solmaz Mercan-II, 26.8.2009 tarihli, 09-39/949-236 sayılı karar

TCDD Liman Depoları, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1468-386 sayılı karar.

Toros Gübre Bayileri, 19.08.2009 tarih ve 09-36/906-219 sayılı karar.

Turkcell-BizBizeKamu, 04.03.2010 tarih ve 10-21/271-100 sayılı karar.

Turkcell-GSM Faydası, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı karar.

**REKABET HUKUKU VE ÖZEL HUKUK AÇISINDAN  
AKARYAKIT DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ II:  
GELİNEREN NOKTA, SORUNLAR VE DEĞERLENDİRMELER**

*FUEL DISTRIBUTION CONTRACTS FROM  
COMPETITION AND PRIVATE LAW PERSPECTIVE:  
CURRENT STATE, PROBLEMS AND EVALUATIONS*

**Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI\***

**Öz**

*Akaryakıt dağıtım piyasasındaki dikey ilişkiler bir süreden beri Rekabet Kurumu'nu meşgul etmektedir. Genellikle 15 sene süreli intifa ve 5 sene süreli bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin ihtilaf konusu yapılmasının temel nedeni, bayinin sağlayıcı olan dağıtım şirketine ekonomik açıdan bağlanmasıdır. Ekonomik tabiiyet sorunu olarak adlandırabileceğimiz bu sorun, esas itibarla taraflar arasındaki bir özel hukuk sorunudur. Fakat rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmenin, intifa sözleşmesi nedeniyle fiilen 5 seneden uzun olması, bunu aynı zamanda bir Rekabet Hukuku sorunu haline getirmekte ve özellikle bayiler Rekabet Hukukunu manivela olarak kullanmaktadırlar.*

*Rekabet Kurulu yakın dönemde verdiği kararlar ile içtihat değişikliğine gitmiş ve intifa sözleşmelerinin de Rekabet Hukuku kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, bu dikey ilişkilerin grup muafiyetinden yararlanmaları için azami 5 sene olarak akdedilmeleri gerekmektedir. Pek çok sözleşme ise, 18.9.2010 tarihinden itibaren grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak ve geçersizlik riskine muhatap olacaktır. İşte bu makalenin konusu da, bu sorunun özel hukuk ve Rekabet Hukuku açısından incelenmesidir. Bu bağlamda, mevcut hukuki durum açıklandıktan sonra, sözleşmelerin süresinden önce sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan geçersizlik ve sebepsiz zenginleşme gibi sorunlar ele alınacak ve gelecek dönem hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Akaryakıt, Bayilik, İntifa, Geçersizlik, Sebepsiz Zenginleşme.

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Yardımcı Doçenti. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir. Bu çalışmanın yayımlanma sürecindeki katkılarından dolayı hakemlere ve editör H. Göksin Kekevi'ye teşekkür ederim.

## **Abstract**

*The problems stemming from the vertical relations in fuel distribution market have been prepossessed the agenda of the Turkish Competition Authority for sometime. The reason why these relations have been a subject matter of an intense legal dispute has to do with the problem of economic subordination of dealers to fuel suppliers/distributors. In this unique vertical relation, the supplier first acquires the usufructs rights in property with a contract in rem for 15 years and then appoints the owner as his dealer in the same property with a 5 year dealership contract. In effect, the duration of this vertical relation is determined by the duration of usufructs right given that the dealer has no viable economic option to terminate the dealership contract. The legal disputes stemming from these relations have a predominantly private law character. However, 15 years duration coupled with non-competition clauses in dealership contracts converts these disputes to a competition law issue as well. Accordingly the dealers use competition law as a leverage in their private law conflicts.*

*The Competition Board recently changed its opinion in this issue and began to apply the Competition Law prohibitions to usufructs contracts which had been previously considered solely as a private law matter. Resulting from this new case law, duration of both these contracts should be limited with five years maximum in order to benefit from the block exemption Regulation. The contracts which are currently in effect will be uncovered from the Regulation and exposed to the nullity risk unless they are revised until 18.9.2010, the deadline which is designated by the Competition Board.*

*The subject matter of this paper is to analyze this particular problem from competition and private law perspectives. In this context after explaining the current legal state of affairs, the nature of nullity sanction and unjust enrichment problems that are caused by advance termination of these contracts will be discussed and possible issues that are expected to come out in the forthcoming term will be brought in to the spotlight.*

**Keywords:** *Fuel, Distribution, Rights in Rem, Nullity, Unjust Enrichment*

## **GİRİŞ**

Akaryakıt dağıtım sektöründeki bayılık anlaşmaları bir süredir Rekabet Kurulu (Kurul) gündemini meşgul etmektedir. Bu durum, temelde akaryakıt dağıtım şirketleri ile istasyon malikleri arasında kurulan dikey ilişkinin vasfından kaynaklanmaktadır. Dağıtım şirketi ile istasyon maliki, malikin arazisindeki kullanma (ve semelerinden yararlanma) hakkını, aralarında yaptıkları 15 ila 20 senelik bir intifa (veya şerh edilmiş kira) sözleşmesi ile dağıtım şirketine tahsis etmekte, akabinde dağıtım şirketi bu hak çerçevesinde malik ile 5 sene

sürelî bayilik (veya işletmecilik) sözleşmesi akdetmektedir<sup>1</sup>. Dolayısıyla malik (bayi)<sup>2</sup>, arazi ve üzerindeki yapıda kuru mülkiyete sahip olmakta, dağıtım şirketi ile kurduğu bayilik ilişkisinde tamamen dağıtım şirketine tabi olmaktadır.

“*Ekonomik tabiiyet sorunu*” olarak adlandırabileceğimiz bu sorun, dağıtım şirketleri ile bayiler arasında, ekonomik bir asimetri yaratmakta ve bu durum bayilerin şikâyetlerine yol açmaktadır. Nitekim bu ilişkilerin Kurulun önüne gelmesinin temel nedeni budur. Fakat özellikle son yıllarda Kurulun bu konuda çok sayıda şikâyet almasına neden olan husus, Kurulun içtihat değiştirmesi ve yeni içtihadın pratik açıdan bazı sorunlar doğurmasıdır<sup>3</sup>. Kurul, bayilik ve intifa sözleşmelerinden oluşan ilişkinin 5 seneyi geçemeyeceğini ve 2005 yılı öncesinde akdedilen akitlerin 18.9.2010 tarihi itibarıyla geçersiz olacağını belirtmiştir. Bu durum sektörde ciddi tereddütlere yol açmıştır. Nitekim bu nedenle Rekabet Kurumu (Kurum) bu tereddütleri gidermek için bir Görüş<sup>4</sup> yayımlamıştır<sup>5</sup>. Mevcut durum itibarıyla hukuki sorunların tam olarak giderildiği söylenemez.

İşte bu çalışmanın amacı da, yeni içtihadın neden olabileceği sorunlara biraz olsun ışık tutabilmektir<sup>6</sup>. Bu amaçla, hukuki/ekonomik sorun ortaya konduktan sonra Kurul kararları neticesinde gelinen nokta izah edilecek ve

<sup>1</sup> Terminoloji ile ilgili bazı hususların açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır. Bundan böyle, istasyon maliki bayi, sadece bayi olarak adlandırılacak, bayi ile dağıtım şirketi arasındaki kısa süreli sözleşme (somut olayda ne olursa olsun) bayilik sözleşmesi; uzun süreli sözleşme ise intifa sözleşmesi olarak isimlendirilecektir.

<sup>2</sup> Bu çalışmada malik ve bayi terimlerini birbirlerini ikame edecek şekilde, Rekabet Hukuku terminolojisi ile yeniden satıcıyı ifade etmek üzere kullanıyoruz.

<sup>3</sup> Bkz. aşağıda 3 ve özellikle 3.1.

<sup>4</sup> Rekabet Kurumu'nun Birinci Dairesi tarafından yayımlanan görüş için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge381/intifaweb.pdf>

<sup>5</sup> Bkz. aşağıda 2.3.2.

<sup>6</sup> Dolayısıyla bu çalışma dağıtım şirketleri ve istasyon malikleri arasındaki sözleşmelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia ettiğimiz ve tapudaki kaydın durumunu ele aldığımız Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar birlikte kaleme alınan makalenin bir devamı mahiyetindedir. Bu çalışmaya temel teşkil eden bu ön sorunlar hakkında bkz. GÜRZUMAR O. B ve SANLI K. C., *Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi Halinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında*, Haluk Konuralp Anısına Armağan C.III, Yetkin Yayınları, Ankara 2009 s.549-577. Bu konudaki diğer çalışmalar için bkz. ASLAN Y. İ (2009), *Türk Akaryakıt Dağıtım Piyasasının Yapısı, Petder için Hazırlanan Rapor*; GÜVEN P. (2009), *Esas Sözleşme ile Bağlantılı Olarak Yapılan İntifa Hakkının Tanınması veya Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Yapılmasının Rekabet Hukukundaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Açısından İncelenmesi*, Legal Hukuk Dergisi, S.76, Nisan 2009, s.1085-1101; BÜYÜKAY Y. DOĞAN M (2009), *İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, ŞEN M., BOZTOSUN A., TEKDEMİR Y. ve SABUNCU H. (der.), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII* içinde, s.449-480; KARACEHENNEM N. (2006), *Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?*, Rekabet Forumu S.25, s.10-16

bunun bilhassa medeni hukuk açısından yansımaları üzerinde durulacaktır. Sözleşmelerin yenilenmesi, geçersizliğe bağlı ortaya çıkan; sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin kapsamı, zamanaşımı süresi ve tapu kaydının terkinin gibi meseleler incelenecek temel konuları teşkil etmektedir. Önemle belirtelim ki, dikey ilişkilerin piyasadaki rekabet üzerindeki etkilerinin analizi bu çalışmanın konusu değildir. Dolayısıyla bu ilişkilerin gerçekten piyasada giriş engeli yaratıp yaratmadığını değerlendirmeyeceğiz<sup>7</sup>.

### 1. DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNİN YARATTIĞI HUKUKİ ve EKONOMİK SORUN

Dağıtım şirketleri ile istasyon sahipleri arasındaki dikey ilişkiler, birbiriyle bağlantılı (en azından)<sup>8</sup> iki sözleşme üzerine inşa edilmektedir. Bunlardan ilki kira ya da intifa sözleşmesi, diğeri ise; bayilik veya işletmecilik sözleşmesidir. İlk sözleşmenin temel vasıfları, resmi şekle tabi ve uzun süreli olması (15 ila 20 sene), tapuya tescil edilmesi ve sözleşmeden doğan hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesidir<sup>9</sup>. Bu, kira akitlerinde şerh anlaşması ve bunun tapuya şerh edilmesi ile tescil edilen intifa akitlerinde ise, zaten bunların mahiyeti icabı sağlanmaktadır. Bu sözleşmeler ile arazi ve/veya istasyon üzerinde uzun süreli kullanım hakkını elde eden dağıtım şirketi, malik ile akdettiği 5 senelik bir bayilik sözleşmesi ile istasyonda kendi ürünlerinin yeniden satımı için malike bayilik vermektedir.

Her ne kadar iki ayrı sözleşme bulunsun da, uygulama dikkate alındığı zaman, aslında bu sözleşmelerin bir bütünün parçaları olduğu görülmektedir. Uygulamada dağıtım şirketleri, elde ettikleri kullanım hakları çerçevesinde istasyonları kendileri kullanmadığı gibi, 3. kişilerle de bayilik sözleşmeleri

<sup>7</sup> Söz konusu sözleşmelerin giriş engeli yarattığını ileri süren Rapor, ASLAN tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. ASLAN Y. İ. (2009), s.46 vd. Hemen belirtelim ki ASLAN, söz konusu politika değişikliğinin grup muafiyetinin geri alınması ile aynı “etkiyi” doğurduğunu belirtmektedir ki biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira burada söz konusu olan şey, başlangıçtan bu yana birlikte ele alınması gereken iki sözleşmenin, bir arada değerlendirilmeye başlanmasıyla yeniden tanımlanan bu dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygun hale getirilmesidir. Biz başlangıçta bu dikey ilişkinin analizinde hataya düştüğümüzü kabul ettiğimiz için, hatadan dönülmesini de grup muafiyetin geri alınması olarak yorumlamıyoruz. Bu açıdan grup muafiyetin geri alınması kararları ile yapılan mukayeseyi de yerinde bir mukayese olarak görmüyoruz (krş ASLAN İ. Y. (2009), s.91,99,138).

<sup>8</sup> Uygulamada pekâlâ bu iki sözleşme dışında ariyet, (faizsiz) kredi ve inkişaf gibi başka sözleşmelerin de akdedilmesi muhtemeldir. Ama soruna neden olan temel sözleşmelerin bu ikisi olduğunu ve Kurul kararlarında da bunlara atf yapıldığını dikkate alarak, biz de bu iki sözleşme üzerinden meseleyi incelemeyi uygun gördük.

<sup>9</sup> Akaryakıt Sektörü Raporu’ndaki verilere göre, mevcut istasyonlar ile yapılan sözleşmelerin % 95’ten fazlası aynı zamanda intifa sözleşmesi de içermektedir. Bunların çok önemli bir kısmı 15 veya daha uzun süreli olarak akdedilmiştir (bkz. YOLCU İ.A., ÜNAL Ç. Ve GÜNDÜZ H., (2008), Akaryakıt Sektör Raporu, Rekabet Kurumu, Ankara, s.109,110).

akdetmemekte, daima malik ile sözleşme yapmaktadırlar. Dolayısıyla bu iki sözleşme daima aynı taraflar arasında akdedilmekte; malik, fiilen intifa hakkı süresi boyunca kendi taşınmazında bayi sıfatıyla ekonomik faaliyet yürütmektedir.

Bu sözleşmelerin neden bir arada akdedildiği, örneğin neden bayilik sözleşmesi ile yetinilmediği hususunda farklı gerekçeler bulunabilir<sup>10</sup>. Ama genel olarak bayilik sözleşmesinin, dağıtım şirketi tarafından yapılan yatırımların korunması açısından yeterli olmaması temel neden olarak görülebilir<sup>11</sup>. İntifa sözleşmesi, dağıtım şirketinin sağladığı finansman için aynı teminat işlevini yerine getirmektedir. Dağıtım şirketi, istasyonun inşası ve donanımı için yaptığı yatırımların geri dönüşü için, uzun süreli münhasır ilişki kurmakta ve “*ayni etki*” vasıtasıyla sağlam bir teminata sahip olmaktadır<sup>12</sup>. Bu itibarla aslında bu sözleşmeler birbirlerine bağlı olarak akdedilmektedirler. Borçlar Hukuku açısından burada atipik sözleşmelerden “*birleşik sözleşme*”<sup>13</sup> bulunduğu söylenebilir.

Bu ilişki, uygulamada muhtelif sorunlar doğurmaktadır. Bayi açısından temel sorun, dağıtım şirketine ekonomik açıdan tabi olmasıdır. Bayi, uzun süreli intifa sözleşmesi nedeniyle, dağıtım şirketi ile bayilik ilişkisinde ihtilafa düştüğü bir kurguda, (çoğu kez aleyhlerine kaleme alınan) sözleşmeye dayalı talepler haricinde bir iddia ileri sürememektedir. Dolayısıyla maliki olduğu istasyonu terk etmek<sup>14</sup> veya dağıtıcının öngördüğü şartlar ile faaliyete devam etmek

<sup>10</sup> Örneğin bu hususta ileri sürülebilecek olan bir diğer gerekçe Petrol Piyasası Kanunu'nun (PPK.) dağıtım şirketinin mülkiyetinde olabilecek istasyon sayısını sınırlaması karşısında, mülkiyete en yakın olacak şekilde azami kontrol sağlayacağı bir dağıtım ağı kurmak için bu yolun tercih edildiği söylenebilir. Nitekim bayilerin şikâyetine yol açan husus, dağıtım şirketlerinin bu kontrolünden başka bir şey değildir. Keza bir başka gerekçe, dağıtım şirketinin, uzun süreli sözleşme vasıtasıyla yatırımlarını daha iyi planlama imkânına sahip olmasıdır (bkz. YOLCU İ. A. vd. (2008), s.40,41)

<sup>11</sup> Dağıtım şirketlerinin intifa ve kira sözleşmelerini uzun süreli akdetmelerinin yapılan yatırımların geri dönüşümünü sağlamaya yönelik olduğu hakkında dağıtım şirketlerinin görüşleri hakkında bkz. Rapor, s.39

<sup>12</sup> Burada ilginç olan husus, intifa sözleşmesinin işlevine ilişkindir. Kanun hükümleri incelendiği zaman, intifa sözleşmesinin hak sahibinin taşınır veya taşınmazdan yararlanması, onu kullanması için akdedildiği görülmektedir (TMK.m.803). Her ne kadar hak sahibi, hak konusu nesneyi başkasına kullandırabilirse de (TMK.m.806), asıl olan kendisinin zilyet olmasıdır. Oysa burada, bilhassa kullanımın malike bırakılması ile (bkz. TMK.m.807,808) intifa sözleşmesinin tipik işlevini yerine getirmediği, bir anlamda “*amacına yabancılaştığı*” söylenebilir.

<sup>13</sup> Birleşik sözleşme, hukuken tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerin (intifa ve bayilik), taraflarca birbirine bağlı duruma sokulmasıdır. Sözleşmeler adeta birbirinin edim-karşı edimi gibi işlevsel olarak birbirlerine bağlanmıştır (bkz. YAVUZ C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.19; GÜMÜŞ A., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.10 vd.).

<sup>14</sup> Bayilerin istasyonun bulunduğu taşınmazı dağıtım şirketine terk etmesi ve dağıtım şirketinin başka bir bayi ile anlaşması, ekonomik açıdan çok makul gözükmemektedir. Zira bayinin istasyonu

durumunda kalmaktadır. Dağıtım şirketi açısından sorun (eğer somut olayda söz konusu ise), taşınmaza yapılan yatırımların finansmanı ve bunun teminat altına alınmasıdır<sup>15</sup>. Uzun süreli aynı etkili bir sözleşme, bu ihtiyaca cevap vermektedir<sup>16</sup>. Sürenin bayi tarafından kısaltılmak istenmesi durumunda ise, doğal olarak yapılan yatırımların geri dönüşümü sorunu ile karşılaşılmaktadır<sup>17</sup>.

Tabiatıyla uzun süreli bir ilişkide, bu zıt menfaatlerin çeşitli nedenler ile çatışması muhtemeldir. Bilhassa ekonomik asimetri, ihtilaf çatışması olasılığını arttırmaktadır. Fakat bu tür ihtilaflardaki menfaat uyumsuzluğu, doğrudan Rekabet Hukuku ile ilgili değildir. Sözleşmenin süresinin uzun olması veya haksız/adaletsiz bazı hükümlerin varlığı, olsa olsa özel hukuk sorunudur<sup>18</sup>. Açıkçası mahkemeler bu tür ihtilaflara müdahale etmekten imtina etmektedirler<sup>19</sup>. Dolayısıyla bu sözleşmesel ihtilaflara (özellikle bayiler tarafından) Rekabet Hukukunun da dâhil edilmesi, bu hukuk dalının bir tür *manivela* olarak kullanılması niyetinden ibarettir.

Burada Rekabet Hukuku açısından birbiriyle ilintili iki sorun vardır<sup>20</sup>. Teknik/pozitif hukuk açısından sorun sözleşmelerin süresinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, (2002/2 sayılı Tebliği) karşısındaki durumudur. Akaryakıt sektöründeki dikey anlaşmalar, Rekabetin

---

çok az bir bedelle uzun bir süre boyunca dağıtım şirketine teslim etmiş olacaktır (ASLAN Y. İ (2009), s.18).

<sup>15</sup> Akaryakıt Sektör Raporu'nda yapılan tespitlerden biri de, dağıtım şirketlerinin istasyonlara yaptığı yatırım büyüklüğünün, sektördeki ticaret hacmi dikkate alındığı zaman oldukça küçük bir paya sahip olmasıdır. Rapor yatırım büyüklüğünün sadece %0,1 olduğunu ortaya koymaktadır. Bu rakam, intifa bedelleri için dağıtım şirketleri tarafından ödenen meblağ toplamıdır.

<sup>16</sup> Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Rekabet Kurulunun 2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Shell-Cabbaroğlu Kararı

<sup>17</sup> Bkz. aşağıda 3.1.3

<sup>18</sup> Nitekim bu tür uyumsuzluklar Yargıtay'ın kararlarına konu olmuştur. Bkz. HGK. 6.6.2001 T ve E. 2001/11-426; K. 2001/481

<sup>19</sup> Sözleşmeye aykırılık ihtimalini bir kenara bırakırsak, bayilerin, anılan sözleşmeleri, gabin (BK.21), ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olacak derece kısıtlanması (BK.m.23/2 ve BK.m.19,20) gibi hukuki gerekçeler bağlamında geçersizliğini ileri sürmeleri, mahkemeler tarafından kabulü güçtür. Bilhassa her iki tarafın da tacir konumunda olması, bu tür taleplerin genellikle reddine yol açacaktır.

<sup>20</sup> Esasen pek de tartışma konusu yapılmayan, dolayısıyla da burada zikretmeye değer bulmadığımız üçüncü (gölge) sorun, intifa sözleşmesinin akdedilmesi ve tapuya intifa hakkının tescili ile ekonomik faaliyetin kontrolünün dağıtım şirketine geçip geçmediğidir. Zira eğer geçtiği kabul edilirse, 15 sene boyunca ekonomik faaliyetin dağıtım şirketinin kontrolünde yürütülmesi 4. madde değil; 7. madde anlamında bir (dikey) devralma olarak kabul edilmelidir. Tabiatıyla kontrolün devralınıp alınmadığı somut olayda belirlenmesi gereken bir husustur. Fakat burada intifa sözleşmesinin bu ölçüde (yani intifa sözleşmesinin işlevine uygun bir şekilde) kontrol sağladığı şüphelidir. Nitekim bu genel olarak pek de tartışma konusu yapılmamıştır. Belki bunun bir başka nedeni de, kontrolün devrine yol açtığı kabul edilirse, bu sözleşmelerin PPK.m.7/4 engeline takılacak olmasıdır.



Korunması Hakkında Kanun (Kanun) kapsamındadır. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren sözleşmeler 4. maddeye aykırı olabilir. Burada bir tereddüt, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin durumudur. Bu konuda Petrol Piyasası Kanunu'nun (PPK.) 8. maddesi nedeniyle, 4. maddenin uygulama imkânı olup olmadığına tereddüt edilebilir. Fakat daha önce de açıkladığımız üzere<sup>21</sup>, Petrol Piyasası Kanunu'nun ilgili maddesi, 4. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez. Kurul bu noktada daha da ileri giderek sadece 4. maddeyi değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in<sup>22</sup> (2002/2 sayılı Tebliğ) de aynen uygulanacağını kabul etmektedir<sup>23</sup>. Tebliğ, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin en fazla 5 sene süreli olacağını öngörmektedir (bkz. m.5). Oysa bu sözleşmelerin süresi pratikte 15 ila 20 sene arasında değişmektedir. Dolayısıyla sözleşmelerin geçerli olabilmeleri için Tebliğ'e uyumlaştırılmaları veya bireysel muafiyet almaları gerekmektedir.

Hukuken diğer sorun ise (ki bu ilk sorunun bir anlamda ekonomik gerekçesidir), bu sözleşmelerin münhasırlığa bağlı olarak, dağıtım seviyesinde giriş engeli yaratması ve/veya piyasanın kapanmasıdır (*market foreclosure*)<sup>24</sup>. Daha açık bir ifadeyle, akaryakıt istasyonları uzun süre boyunca sadece belirli bir dağıtım şirketi ile (münhasıran) çalıştığı için, piyasaya giriş yapan dağıtım şirketlerinin perakende satış noktası bulması güçleşmektedir. İntifa sözleşmeleri ile yaratılan giriş engelleri, yeni dağıtım şirketlerinin rekabetçi baskı uygulamasını önlemektedir. Nitekim Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Akaryakıt Sektör Raporu'ndaki (*Rapor*) bulgular da buna işaret etmektedir<sup>25</sup>.

Önemle belirtelim ki, her ne kadar ikinci sorun ilkinin ekonomik gerekçesini teşkil etse de, Tebliğ'in uygulanması için mutlaka sözleşmelerin ilgili piyasayı kapatmış olması gerekmez. Piyasa kapanma etkisi doğarsa (veya sözleşmeler ciddi giriş engeli yaratırsa) bile, Tebliğ'in 5. madde hükmü gereği sözleşmenin 5 sene ile sınırlı olması şarttır. Bu Tebliğ'in uygulama alanı bulunduğu dair varılan sonucun ve dolayısıyla pozitif hukukun doğal sonucudur.

<sup>21</sup> Gürzumar ve Sanlı 2009, s.564 vd.

<sup>22</sup> R.G. 14.7.2002 T ve 24815 S.

<sup>23</sup> Bu görüşe katılmadığımızı daha önce belirtmiştik. Mevcut durum itibarıyla bu konudaki içtihatlar kökleştikten ve bu konudaki görüşümüzü detaylı bir şekilde açıkladığımızdan dolayı burada bu tartışmalara girmiyoruz. Bkz. bu konudaki görüşümüz için Gürzumar ve Sanlı 2009, s.568 vd.

<sup>24</sup> Piyasanın kapanması kavramı için bkz. EKDİ B. (2009), *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalarla Piyasayı Kapatması*, Lisansüstü Tez Serisi 16, Rekabet Kurumu Yayını Ankara. Bu konuda grup muafiyetinin geri alınması tahtında verilen Rekabet Kurulu kararları ve bunların analizi için bkz. SANLI K. C. (2009), *Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım*, SANLI K. C. (der.), Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar Derlemesi içerisinde, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, s.87-146

<sup>25</sup> YOLCU vd.2008, s.90,91

Nitekim biz içtihat değişikliğinin, Rapor'da yer verilen bulgular etkili olmakla birlikte, (Rekabet Kurulu'nun benimsediği yorum ışığında) pozitif hukukun bir gereği olduğunu düşünüyoruz. Sözleşmelerin 4. madde yasağından kurtulması ise, ancak bireysel muafiyet almaları ile mümkün olur.

Aşağıda Rekabet Kurulu'nun bu sorunlara olan yaklaşımı, Kurul kararları, Rapor ve Danıştay kararları çerçevesinde ele alınacak ve gelinen nokta özetlenecektir.

## **2. DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA VERİLEN REKABET KURULU KARARLARININ KRONOLOJİSİ VE MEVCUT DURUM**

Rekabet Kurumu'na akaryakıt sektöründeki dağıtım anlaşmalarını konu olan çok sayıda şikâyet yapılmış ve Kurul bu konuda onlarca karar vermiştir. Burada tüm kararlar ele alınmayacak; sadece temel prensipleri açıklayan kararlara yer verilecektir. Kararlar incelendiği zaman, sorunu ele alış biçimi açısından üç kategori karar olduğu ve bunların da kronoloji olarak da birbirlerini izlediği söylenebilir. Dolayısıyla sorunun ele alış seyrini kolay bir şekilde algılamak açısından, üç ayrı dönem altında inceleme yapabiliriz.

### **2.1. İlk Dönem**

İlk dönem kararların ayırt edici özelliği Kurulun bu sözleşmeleri birbirinden ayırması ve Rekabet Hukuku açısından sadece bayilik sözleşmesini analiz etmesi, buna karşılık intifa sözleşmesini (özel hukuka ait olmaları nedeniyle) Rekabet Hukuku kapsamı dışında görmesidir. Bunun sonucu olarak, sözleşmelere dair şikâyetler Kurul tarafından genellikle reddedilmiş ve Tebliğ'e uygunluk denetimi sadece bayilik sözleşmesi açısından yapmıştır. Yine bu dönemde açıklığa kavuşturulan bir başka husus, Tebliğ'in kapsamı, yani sözleşmelerin hangi ana kadar grup muafiyetinden yararlanacağı meselesi olmuştur. Aşağıda bu iki sorunu ayrı başlıklarda ele alıyoruz.

#### **2.1.1. İntifa ve Bayilik Sözleşmeleri Ayrı Değerlendirilmelidir**

Bu konuda verilen ilk karar olan Shell-Cabbaroğlu<sup>26</sup> uyuşmazlığında Kurul, 1 sene süre için akdedilen ama zımnî yenileme hükmü içeren bir belirsiz süreli işleticilik sözleşmesi ile 10 senelik kira sözleşmesini değerlendirmiştir. Diğer bazı hususların yanı sıra, münhasırlık açısından yapılan analizde sözleşmenin belirsiz süreli<sup>27</sup> olması hususunun Tebliğ'e uygun olmadığı belirtilmiştir. Bunun

<sup>26</sup> Bkz. 2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Rekabet Kurulu kararı

<sup>27</sup> Tebliğ, sözleşmenin zımnî yenilenmesi imkânının varlığı halinde, Rekabet Hukuku açısından sürenin belirsiz olduğunu kabul etmekte ve grup muafiyetinin (bu rekabet etmeme yükümlülüğü açısından) uygulanmayacağını belirtmektedir. Bunun altında yatan basit mantık ise, zımnî

hemen akabinde, kira sözleşmesinin aslında bu sözleşmelerin süresini belirlediği ifade edilmiş ve değerlendirmenin son kısmında: “*Bu çerçevede, Rekabet Hukuku açısından sözleşme sürelerinin tespiti haricinde, işletme sözleşmesinin geçersizliği, edinilmiş hakların nasıl geri verileceği veya kira/intifa hakkı ya da ariyet sözleşmeleri gibi taraflar arasındaki diğer anlaşmaların ne ölçüde işletme sözleşmesinin esaslı bir parçası olduğu ve ne şekilde etkileneceğine ilişkin hususların özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.*” şeklinde bir hükme varılmıştır.

Kararda ilginç olan husus, aslında işletme sözleşmesinin süresinin doğrudan kira sözleşmesine göre belirlendiğinin kabul edilmesidir. Fakat buna rağmen, kararın başka yerinde bu tespite gönderme yapılmamış ve sonuç kısmında bu husus dikkate alınmamıştır<sup>28</sup>. Nitekim bu dönemdeki sonraki kararlarda da bu hususun hiç göz önünde tutulmadığı görülmektedir.

Örneğin bir yıl sonra Opet Petrolcülük A.Ş.’nin sözleşmeleri hakkında yapılan değerlendirmede, 10 senelik bayilik sözleşmesi Tebliğ kapsamında değerlendirilmiş, 20 sene süre için akdedilen intifa sözleşmesi herhangi bir şekilde dikkate alınmamıştır<sup>29</sup>. Benzer şekilde Akdağ-Total arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Kurul, 20 senelik intifa sözleşmesini Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirmeyi reddetmiştir<sup>30</sup>. Shell hakkında verilen bir başka kararda ise, sadece 5 sene süre için akdedilen bayilik sözleşmesinin Tebliğ’e uygunluğu analiz edilmiş; 20 sene süreli kira sözleşmesi, Shell-Cabbaroğlu kararına atıfta bulunularak analizin dışında görülmüştür<sup>31</sup>. Kurul, 2006-2007 yıllarında benzer yönde pek çok karar vermiş ve bu içtihadını pekiştirmiştir<sup>32</sup>.

Bu içtihadın hukuken doğru olmadığında tereddüt yoktur. İntifa sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olması, bu sözleşmeleri Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutmaz. Bu olaylardaki bayilik sözleşmeleri dahil, esasen Rekabet Hukuku kapsamına giren sözleşmelerin neredeyse tamamı özel hukuk

---

yenilenen sözleşmelerde alıcıların (ve sağlayıcıların) alternatif teklifleri değerlendirmeksizin (ve pazarlık etmeksizin) çoğu kez sözleşme ilişkisini yenilemeye yatkın olmalıdır. Dolayısıyla Tebliğ’in arzu ettiği düzende, tarafların her dönem sonunda bir araya gelerek pazarlık yapmaları ve alternatif tekliflerin değerlendirme imkânı fiilen ve hukuken bulunmalıdır.

<sup>28</sup> Bu karar, yapılan iptal başvurusu üzerine Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunmuştur. Bkz. 13. D. 2005/1026 E. ve 2005/3388 K.

<sup>29</sup> Bkz. 19.10.2004 T. ve 04-66/947-225 sayılı Opet Kararı

<sup>30</sup> Bkz. 26.1.2006 T. ve 06-04/57-15 sayılı Akdağ-Total Kararı

<sup>31</sup> Bkz. 26.01.2006 T. ve 06-04/56-14 sayılı Shell-Aypet Kararı ve bu karara karşı açılan iptal davası sonucunda Danıştay’ın verdiği hukuka uygunluk kararı için 13. D. 15.1.2007 T. ve 2006/1287 Esas, 2007/145 Karar.

<sup>32</sup> Mesela bu konuyla ilgili şikayetlerin bir arada değerlendirildiği 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar; 11.7.2007 T. ve 07-59/689-244 sayılı Eropet Kararı

sözleşmesidir. Rekabet Hukuku açısından değerlendirme ölçütü, bunun hukuki vasfı değil, ilgili piyasa üzerindeki fiili/ekonomik etkileridir. Dolayısıyla özel ya da kamu hukuku karakterine bakılmaksızın, sözleşme piyasadaki rekabeti sınırlama potansiyeline sahipse (özel bir kanun istisna getirmediği sürece) Rekabet Hukuku kapsamına girer<sup>33</sup>.

Bu çerçevede bakıldığı zaman bu kararlardaki temel yanlış, Kurulun bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırması olmuştur. Oysa bu sözleşmeler hukuken ve ekonomik olarak bir bütündür. Kurulun da bu gözle değerlendirme yapması ve intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiyi bütünsel bir perspektifle analiz etmesi gerekirdi.

### 2.1.2. Tebliğ'in Zaman Açısından Uygulanması:

#### “Kalan Süre” ve “Azami Hadde İndirme” İlkeleri

İlk dönem kararlarında açıklığa kavuşturulan bir başka husus ise, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde 2003 yılında yapılan değişikliğin<sup>34</sup>, akaryakıt dağıtım anlaşmaları açısından ne şekilde uygulanacağına dair prensip getirmesidir<sup>35</sup>. İlk olarak Shell-Cabbaroğlu kararı ile ortaya konan prensipler, Total Mevlana<sup>36</sup> ve diğer kararlarda detaylandırılarak teyit edilmiştir. Buna göre, 2003 yılı (ve hatta 18.9.2005 tarihi) öncesinde akdedilip de, Tebliğ'in öngördüğü 5 yıllık süreden daha uzun olan anlaşmaların, 2005 yılına kadar süre açısından Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi gerekir. Bu uyumun nasıl sağlanacağı hususunda ise, tarafların tekrar bir araya gelerek sözleşme yapmaları gerekli görülmemiştir. Örneğin

<sup>33</sup> Bkz. bu konuda Gürzumar ve Sanlı 2009, s.554,555

<sup>34</sup> Bkz. 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği, RG. 18.9.2003 T. ve 25233 S.

<sup>35</sup> Tebliğ'in 5/1 maddesinin eski hali aynen şu şekildedir: “Ancak alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının % 35’den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, beş yılı aşan kısmı sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalmak kaydıyla, on yıla kadar olabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkra da belirtilen süreleri aşacak şekilde zimnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.” Bu hüküm, 2003 yılındaki değişiklik ile uygulama zorlukları gerekçe gösterilerek kaldırılmış ve 5 sene kuralı muhafaza edilmiştir (bkz. gerekçe hakkında 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar). Değişiklikler için de Tebliğ'in geçici maddesi ile 2 senelik bir geçiş hükmü öngörmüştür. Bu maddeye göre: “Bu Tebliğ'in [2003/3] yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten [18.09.2003] itibaren iki yıl içerisinde yukarıdaki 1 inci madde ile getirilen [5.maddenin (a) bendinin ikinci fıkrasındaki] değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz”

<sup>36</sup> Bkz. 26.1.2006 T. ve 06-04/55-13 sayılı Total Mevlana Kararı

sağlayıcının bu hususta tek taraflı olarak bayiyi belli yükümlülüklerden serbest bırakmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir<sup>37</sup>.

Fakat taraflar uyumlaştırma konusunda gerekli işlemleri yapmasa bile, Kurul yine de sözleşmelerin 18.9.2010 yılına kadar 2002/2 sayılı Tebliğ'in öngördüğü muafiyetten yararlanacağını belirtmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla 18.9.2003 tarihinden önce yapılan bayilik anlaşmalarının, bu tarihten 18.9.2005 tarihine kadar uyumlaştırma yapmaları gerekmektedir. Ama yapmadıkları bir durumda da, bu anlaşmayı hukuka aykırı hale getirmez. Zira her durumda bu geçiş sürecinde anlaşmalara 4. madde uygulanmayacağı için, 5 senelik süre 18.9.2005 tarihinden itibaren işlemeye başlayacak ve *yasal hadde indirilmiş* varsayılarak anlaşma 2010 yılına kadar Tebliğ kapsamında olacaktır<sup>39</sup>. İntifa sözleşmeleri ise zaten bu değerlendirme kapsamı dışında tutulmuştur.

Dolayısıyla Kurul fiilen 18.9.2010 tarihine kadar, 5 seneden daha uzun süreli olsa bile, dağıtım (bayilik) sözleşmelerini hukuken geçerli kabul etmekte ve haklarında bir işlem yapmamaktadır. Bu durumda teşebbüslerin geçiş

<sup>37</sup> Total-Mevlana Kararında Kurul aynen şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır: “Öte yandan, söz konusu uyumlaştırmanın hangi metotla yapılacağı esas itibarıyla anlaşmanın taraflarına bırakılmıştır. Tarafların aralarında anlaşıp orijinal anlaşmayı değiştirmeleri biçiminde bir yol izlenebileceği gibi sağlayıcının tek taraflı olarak, yeniden satıcıyı grup muafiyetinin uygulanabilmesini engelleyecek yükümlülüklerden azade kılması biçiminde bir yol da izlenebilir. Burada önemli olan nokta, sağlayıcının tek taraflı olarak yapacağı değişikliğin sadece rekabet mevzuatına uyumu sağlamaya yönelik olması, anlaşmanın kapsamının kişi, yer ya da konu olarak genişletmemesi yahut anlaşmaya rekabeti kısıtlayıcı ilave yükümlülükler dahil etmemesi ve tarafların yükümlülüklerinin doğasının veya şumulünün esaslı bir şekilde değiştirmemesidir.”

<sup>38</sup> Kurul Marshal kararına (20.7.2006 tarih, 06-53/709-201 sayılı Karar) atfen, süresi 5 seneden fazla olsa bile, değerlendirme anı itibarıyla 5 senenin geçmemiş olması durumunda, sözleşmeler hakkında ihlal kararı vermeyeceğini ve soruşturma açmayacağını belirtmektedir (bkz. 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar).

<sup>39</sup> Tabii bu durumda uyumlaştırma ancak rekabet etme yasağı süresi 5 yılı aşmış da, 18.9.2005 tarihi itibarıyla uygulama süresi de 5 yıldan fazla olan anlaşmalar için söz konusu olacaktır. Örneğin 2002 yılında akdedilip de 7 yıllık süresi olan bir (münhasır) anlaşma için uyumlaştırma yapmaya (süresi 7 sene olsa bile) gerek olmamaktadır. 2005 yılı itibarıyla “kalan süre prensibi” uygulanmaktadır. Buna karşılık 2002 yılında akdedilip de 9 senelik rekabet etmeme yasağı içeren bir anlaşmanın, geçiş sürecinde uyumlaştırılması gerekir. Ama yine Kurul’a göre uyumlaştırılmasa bile, yasal hadde indirme ilkesi gereğince, 5 senelik süre boyunca anlaşma hakkında herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur. Bu konuda Kurulun değerlendirmeleri aynen şu şekildedir: “Bu noktada, 18.9.2005 tarihinden itibaren 5 yıldan fazla rekabet yasağı getiren sözleşmelerle ilgili soruşturma açılıp açılmayacağına ilişkin belirlenmesi gerekmektedir. Kurul Marshall Kararı’nda, rekabet etme yasağının süresi 5 yılı aşan sözleşmelerle ilgili olarak, bunların uygulama sürecinin henüz 5 yılı aşmadığı, bu nedenle herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığına, bu nedenle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, ancak ilgili teşebbüse 5 yıllık azami uygulama süresinin aşılması halinde ilgili sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanamayacağına ilişkin bir yazı gönderilmesine karar vermiştir”. Bkz. 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar

sürecinde uyumlaştırma yapmaları için bir gereklilik kalmamış olmaktadır. Zira 5 sene, kalan süre ilkesi çerçevesinde anlaşmanın akdedildiği ya da uyarlamanın yapıldığı değil, 18.9.2005 tarihinden itibaren işletilmektedir.

## 2.2. İkinci Dönem

İkinci dönemi karakterize eden özellik, içtihat değişikliğinin sinyallerinin verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla henüz ilk dönem içtihadı değişmemiştir, ama intifa sözleşmelerinin Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilebileceğine dair bazı gelişmeler olmuştur. Bunlardan ilki Kurul tarafından verilen Güney-Poaş kararı<sup>40</sup>, diğeri ise Kurumun Birinci Dairesi tarafından kaleme alınan Akaryakıt Sektör Raporudur<sup>41</sup>. Aşağıda bunları ayrı başlıklarda ele alıyoruz.

### 2.2.1. Kurul Kararı: Güney Petrol-POAŞ. Kararı

Kurul, Güney-POAŞ kararda aynen şu değerlendirmeleri yapmıştır: “...*Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, tek taraflı bildirim yapılmamış dahi olsa, söz konusu sözleşmelerde yer alan rekabet yasağının süresi (18.9.2005 tarihinden önce yapılanlar açısından) 18.9.2010 tarihine kadar muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, rekabet yasağının ve dolaylı olarak da intifa hakkının Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal kabul edilmesi ve geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin söz konusu 18.9.2010 tarihine kadarki dönem açısından mümkün olmadığı görülmektedir... ..Bu noktada, yukarıdaki paragraflarda yer verilen genel bilgilere yeniden dönülecek olursa, taraflar arasındaki bayilik/işleticilik sözleşmesinin süresi uzun süreli olsa dahi, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ve dolaylı olarak bayilik sözleşmesinin, 4054 sayılı Kanun ve 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından 18.9.2010 yılına kadar muafiyet kapsamında olduğu ve geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Dolayısıyla, intifa senedi bakımından da 18.9.2010 tarihine kadar bir sorun bulunmadığı söylenebilir. Başka bir ifadeyle, 'rekabet etmeme yükümlülüğü' bakımından bayilik sözleşmesine (ve buna bağlı olarak intifa hakkının süresine) ilişkin 18.9.2010 tarihine kadar Rekabet Hukukundan kaynaklanan bir ihlalden (ve dolayısıyla geçersizlikten) bahsetmek yersiz olacaktır.*”

Görüldüğü üzere Kurul açık bir şekilde içtihadını değiştirmemiş, ama değiştirmiş olsaydı da hukuki neticenin farklı olmayacağını eklemiştir. Bu itibarla intifa sözleşmelerinin Tebliğ kapsamında mütalaa edilebileceğini dolaylı

<sup>40</sup> Bkz. 7.2.2008 T. ve 08-12/123-40 sayılı Güney-POAŞ Kararı

<sup>41</sup> Rapor Haziran 2008 tarihli olmakla birlikte, içtihat değiştiren Danıştay kararı (daha önce verilmiş olmasına rağmen) Rapor'da yer almamaktadır. Keza üçüncü dönemi karakterize eden Rekabet Kurulu kararları da henüz verilmemiştir. Dolayısıyla Raporu da, içtihat değişikliği öncesinde, bunun değişeceği sinyallerinin verildiği ikinci dönemde zikredebiliriz.

olarak belirtmiştir. Nitekim bu karardan sonra, eski içtihadı teyit eden başka bir karar verilmeksizin, intifa sözleşmelerine Rekabet Hukuku denetiminin yapıldığı üçüncü dönem kararları verilmiştir.

### 2.2.2. Akaryakıt Sektörü Raporu ve Özellikle Repsol Kararı

Bu dönem içerisinde görülebilecek olan bir başka gelişme ise, Birinci Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Akaryakıt Sektör Raporu'dur. Rapor, sektörde karşılaşılan rekabet sorunları hakkında ayrıntılı değerlendirmeler içermekte ve intifa/bayilik sözleşmelerinden oluşan uzun süreli dikey ilişkileri de, bu sorunların önemli bir nedeni olarak görmektedir<sup>42</sup>.

Rapor net bir şekilde rekabet açısından intifa sözleşmelerinin süresinin dikkate alınması gerektiğini, nitekim dağıtım şirketlerinin yatırımlarının geri dönüşümü için bu sözleşmeleri akdetmelerinin de bunu teyit ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Tebliğ açısından sözleşmelerin süresinin 5 yıla sınırlandırılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır<sup>43</sup>. Öte yandan bu tespitle sınırlı kalınmamış, Tebliğ'deki sürenin uygulanması halinde nasıl bir fayda sağlanacağına dair de bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

Bu noktada Rapor, yoğunlaşmış<sup>44</sup> olan akaryakıt sektöründe, perakende ve dağıtım seviyesinde<sup>45</sup> rekabet yaratılmasının pazardaki rekabet şartları açısından son derece önemli olduğunu ve fakat bu sözleşmelerin, yeni ve daha ufak ölçekteki dağıtıcıların piyasaya girişlerine engel teşkil ettiğini belirtmektedir<sup>46</sup>. Hatta Rapor, serbest fiyatlandırmaya geçilmiş olunmasına rağmen, fiyat rekabetinin olmamasını da bir ölçüde bu olguya bağlamaktadır<sup>47</sup>. Dolayısıyla sözleşme sürelerinin kısaltılması, giriş engellerini azaltarak dağıtım seviyesinde (ve dolayısıyla da piyasanın genelinde) rekabetçi baskı unsuru olacaktır. Tebliğ hükmü bu piyasada aynen uygulanırsa, bu faydalar sağlanabilecektir.

<sup>42</sup> YOLCU vd. 2008, s.33,90,91,116

<sup>43</sup> YOLCU vd. 2008, s.91

<sup>44</sup> Piyasanın % 90'ı, 5 teşebbüs tarafından kontrol edilmektedir. Bu nedenle Rapor piyasayı oligopolistik bir pazar olarak nitelendirmektedir.

<sup>45</sup> Rapor perakende seviyesinde rekabet yaratılmasının da pek anlamlı olmadığını ifade etmekte ama buna kilometre tahdid dışında anlamlı bir gerekçe zikretmemektedir (bkz. YOLCU vd. 2008, s.94,95).

<sup>46</sup> Özellikle Petrol Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan bazı yükümlülükler nedeniyle de, satış hacmi yüksek olan istasyonların serbest olması önemlidir. Bu noktada bilhassa Petrol Piyasası Kanunu'nun 9/2. maddesinde ve Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 17. maddesinde yer alan minimum tonaj yükümlülüğü zikredilebilir. Bu tonajı yakalamak için dağıtım şirketlerinin ticari hacmi yüksek olan istasyonlar ile anlaşma yapmaları zaruret arz etmekte, ama bu noktalarının uzun süreli sözleşmeler ile kapanmış olması, bu konuda engel yaratmaktadır (bkz. YOLCU vd. 2008, s.94,95,111).

<sup>47</sup> YOLCU vd. 2008, s.96, 120

Rapor bu konuyla ilgili benzer bir ihtilaf<sup>48</sup> içeren Repsol CPP (Comercial de Productos Petroliferos SA) kararına<sup>49</sup> da geniş vermekte ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun (Komisyon) rekabet yasağının süresi açısından benzer bir değerlendirme yaptığını belirtmektedir. Karar, İspanya'da akaryakıt piyasasında rafinaj dâhil dikey bütünleşik yapıda faaliyet gösteren ve hakim durumda olan Repsol'ün<sup>50</sup>, dikey sözleşmelerini Komisyon'a bildirmesi üzerine alınmıştır. Komisyon rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin ve bilhassa uzun süreli intifa haklarının Roma Antlaşması'nın 101. maddesine aykırı olabileceğini belirtmiş ve Repsol'ün bu aykırılıkları gidermek üzere verdiği taahhütler neticesinde, soruşturmasını sonlandırmıştır.

<sup>48</sup> Repsol kararına konu ihtilaf, sadece muhteva değil; başlangıç ve gelişimi açısından Türkiye'dekine son derece benzemektedir. Akaryakıt istasyonu sahipleri, Repsol (ve diğer sağlayıcılar) ile akdedilen uzun süreli intifa sözleşmelerinin İspanyol Rekabet Hukukuna aykırı olduğunu iddialarını dilemişlerdir. Mahkemeler tarafından verilen çelişkili kararlar neticesinde Repsol sözleşmelerini menfi tespit/muafiyet için Komisyona bildirmiştir. Repsol ihtilafına benzer dikey ilişkiyi konu alan ve Adalet Divanı'nın önüne bekletici mesele (preliminary ruling, EC .m.234) yoluyla gelen bir başka karar için bkz. Pedro IV Servicios SL v. Total Espana SA, C-260-07, 2.4.2009. Bu karara konu olan olay yine dağıtım şirketinin çeşitli sözleşmeler ile uzun süre ile istasyon malikini kendisini bağlaması ve aralarındaki ihtilafta rekabet hukukunun manivela olarak kullanılmasıdır. Pedro IV (Servicios SL) adlı istasyon maliki, Total (Espana SA) ile dört ayrı sözleşmeden (üst hakkı kuran sözleşme, kira sözleşmesi, ipotek sözleşmesi ve münhasır sağlama sözleşmesi) oluşan uzun süreli dağıtım ilişkisinin rekabet hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle İspanyol mahkemelerinde geçersizliğini iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi iddiayı reddetmiş ve temyiz (Barcelona Bölge) mahkemesi, sözleşme ilişkisinin iki yönden Avrupa Birliği rekabet hukukuna aykırı olup olmadığını belirlemek amacıyla Adalet Divanı'na dört ayrı soru yöneltmiştir. Soruların ikisi fiyat tespitini, diğer ikisi de sözleşme sürelerinin Tüzük kapsamında muafiyet kapsamında olup olmadığına ilişkindir. Konumuz açısından ikinci soru önem taşımaktadır. Soru, 2790/1999 nolu Tüzüğün 5(a). maddesinde yer alan istisna kuralın, sağlayıcının baştan itibaren hem taşınmazın hem de istasyonun maliki olmasını gerekli kılıp kılmadığını konu almaktadır. Mahkeme istisnanın uygulanabilmesi için, sağlayıcının gerek taşınmazın gerekse istasyonun mülkiyetine sahip olmasının gerekli olduğuna karar vermiştir. Bunun ihtilaf açısından anlamı ise, Total'ın yaptığı 20 sene süreli sözleşmelerin 2790/1999 nolu Tüzüğün kapsamı dışında kalmasıdır.

<sup>49</sup> Case Comp/B-1/38-348-Repsol CPP; 12.4.2006.

<sup>50</sup> Repsol'ün piyasa payı sattığı ürünlere göre perakende seviyesinde %35 ila 50'ler arasında değişmektedir. Cepa hariç, Repsol'un bu piyasadaki rakiplerinin (BP, Shell) payları %10'un altındadır. Dolayısıyla piyasa çok yoğunlaşmış olduğu gibi, piyasada ciddi bir dikey bütünleşme söz konusudur.



Repsol, sekiz farklı tipte sözleşmelerini Komisyon'a bildirmiş<sup>51</sup> ve Komisyon bunlardan özellikle 25 ila 40 yıllık süreler ile akdedilen intifa sözleşmelerinin anti rekabetçi etkileri olduğu tespitini yapmıştır<sup>52</sup>. Komisyon'a göre bu uzunluktaki sözleşmeler, özellikle bir dağıtım ağı kurmanın maliyeti ve piyasada bu tür dağıtım ağlarının varlığı nedeniyle dağıtım şirketlerinin piyasaya girişi yönünde engel oluşturabilir<sup>53</sup>. Ayrıca alıcıların zayıf konumu, sürelerin uzunluğu ve perakende seviyesinde satıcıların %25 ila %35'lik bir kısmının bu sözleşmeler ile bağlanmış olması, sözleşmelerin piyasanın kapanmasına ciddi bir etkisi olduğuna işaret etmektedir.

Bu bulgular neticesinde Repsol bu anti-rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmak için 31.10.2010 tarihine kadar geçerli olmak üzere çeşitli taahhütlerde bulunmuştur. Buna göre Repsol: **a.** Uzun süreli intifa hakkı doğuran sözleşmeler<sup>54</sup> için, malikin Repsol tarafından yapılan yatırımlar için makul bir bedel ödemesi kaydıyla karşı tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyi<sup>55</sup>; **b.** Uzun süreli bayilik anlaşması yapmamayı; **c.** 31.12.2007 tarihine kadar kendisinden münhasıran ürün almayan bağımsız istasyon (DODO) satın almamayı; **d.** Sözleşmelerin sona erme tarihleri ve sözleşmeyi önceden feshetme imkânları konusunda gereken tanıtım ve bilgilendirmeyi yapmayı ve **e.** Sözleşme sürelerinin sona ermesini takiben yenileme için istasyonlar üzerinde herhangi bir

<sup>51</sup> Repsol sözleşmelerini 20.12.2001 tarihinde Komisyon'a bildirmiş ve fakat 1/2003 nolu yeni Tüzük'ün yürürlüğe girmesi nedeniyle bu başvuru zamanaşımına uğramıştır. 16 Haziran 2004 tarihinde Komisyon yeni Tüzük çerçevesinde inceleme başlatmış ve 18.06.2004 tarihinde ön değerlendirme notu hazırlamış ve Repsol'e görüşlerini bildirmesi için süre vermiştir. Ekim 2004'te Komisyon'un konu ile ilgili rekabetçi endişesi, bunun için öngörülen tedbirler hakkında ilgililerin görüş sunmaları istenmiş ve 25 görüş gelmiştir. Bu görüşler çerçevesinde Komisyon 7.03.2005 tarihinde Repsol tarafından sunulan tedbirlerin yeterli olmadığını ve yeni bir teklifle gelinmesi gerektiğini belirtmiştir. Repsol bunun akabinde çeşitli teklifler ile gelmiş ve son teklif 12.3.2006 tarihinde Komisyon'a sunulmuştur. Komisyon bu teklifi 12.4.2006 tarihinde kabul etmiştir.

<sup>52</sup> İnceleme konusu yapılan husus sadece rekabet etmeme yükümlülüğü değil, aynı zamanda Repsol tarafından uygulandığı iddia edilen yeniden satış fiyatının tespit edildiğidir. Komisyon bu konuda önemli bir etkinin olmadığı gerekçesiyle incelemesini derinleştirmemiştir.

<sup>53</sup> Komisyon özellikle üç tip sözleşme (Dodo-perakendeci, İntifa-acente ve İntifa perakendeci) nedeniyle rekabetçi sorunların doğabileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilkinde esasen süre 5 senedir. Diğerlerinde ise uzun süreler vardır. İlgili çekici olan bir başka husus ise, acente olarak adlandırılırsalar dahi rekabet etmeme yükümlülüğü açısından acentelik iddiası Komisyon tarafından dikkate alınmamıştır.

<sup>54</sup> Sözleşmenin feshedilebilmesi için bunun ya 1.1.2010 tarihinden veya sona erme tarihinden 12 sene önce herhangi bir zaman içerisinde diğer tarafa gönderilmesi gerekir. Bu açıdan örneğin 1.1.2010 tarihi geçmişse, sözleşmenin feshedilmesi için, sözleşmenin sona ermesine 12 seneden daha az bir zaman kalmış olması gerekir.

<sup>55</sup> Bu imkân borçlar hukukundaki dönme cezasına benzetilebilir (BK.m.158/3). Fakat burada şart, taraflarca değil, bir idari otoritenin kararı neticesinde (ya da en azından onun yaptırım tehdidi nedeniyle) uygulama alanı bulmakta ve bu haktan yararlanmak sadece sözleşmenin bir tarafına tanınmaktadır.

baskı kurmamayı; f. bu taahhütlere uyulup uyulmadığını denetlemek için de bağımsız bir kişinin denetimine tabi olmayı taahhüt etmiştir. Komisyon bu taahhütlerin söze konu anti-rekabetçi endişelerin giderilmesi için yeterli olduğu kanaatine vararak, soruşturmasını derinleştirmeden dosyayı kapatmıştır.

Taahhütler ile ilgili olarak bir nokta üzerinde durmakta yarar vardır. Komisyon, kararın verildiği esnada devam eden sözleşmeler ile ilgili olarak, bunların belirli bir tarihte sonlandırılmasına karar vermemiş; buna karşılık Repsol'un alıcılara makul bir tazminat ödemek kaydıyla sözleşmeyi fesih hakkı tanınmasını şart koşmuştur. Repsol tarafından alıcılara duyurulacak olan bu fesih sonucunda, ödenecek tazminat miktarı da Komisyon tarafından belirlenmiştir. Hatta bu tazminatın nasıl hesaplanacağı o kadar önemlidir ki, Repsol tarafından daha önce sunulan taahhüdün kabul edilmeme nedenlerinden birini oluşturmuştur<sup>56</sup>. Yeni tazminat yönteminin ana ilkesi, Repsol'un bayilere sözleşmeyi feshetmeleri yönünde finansal güdü yaratacak mahiyette bir tazminat (*fee*) ödemesidir. Bu tazminat, 16 seneyi aşmayacak şekilde senelik (*annual*) olarak hesaplanabilir<sup>57</sup>, yine maksimum 16 sene olmak kaydıyla hakkın (ekte belirlenen yöntemle göre hesaplanan) değeri temel alınarak veya yekün olarak takdir edilebilir. Fesih hakkının doğumu anından üç ay önce Repsol bayilere, bu hakkın nasıl kullanılacağı ve tazminatın nasıl takdir edileceği konularında açıklama içeren bir mektup göndermeyi de taahhüt etmiştir.

### 2.3. Üçüncü Dönem

Son dönem kararlarda Kurul, intifa sözleşmelerine dair içtihat değişikliğine gitmiş ve sözleşmeleri Tebliğ açısından değerlendirmeye başlamıştır. Dolayısıyla intifa sözleşmelerinin Rekabet Hukuku açısından değerlendirilebileceği kabul edildiği gibi, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin bir bütün olarak ele alınması gerektiği fikri de benimsenmiş olmaktadır. Fakat bu yeni içtihat halihazırdaki sözleşmeler açısından önemli bazı hukuki sorunları beraberinde getirmiş ve ilgili Daire konu

<sup>56</sup> Daha önce teklif edilen hesap yöntemi, Repsol'un sözleşme vasıtasıyla elde ettiği kazanç ile kalan sürenin çarpılmasından ibaretti. Dolayısıyla bu yöntem de Repsol tarafından yapılan yatırımın "kalan" (residual) tutarını esas almıyordu. Tutarda uyumsuzluk çıktığı takdirde ise, İspanyol istisna hukukunun uygulanacağı belirtilmişti.

<sup>57</sup> Örneğin burada tazminat şu formüle göre hesaplanmaktadır:  $C$  (yıllık tazminat) =  $R$  (net yıllık kira bedeli) +  $(\%60D_i \times v$  (senelik ortalama litre bazında satış hacmi)). " $D_i$ " değeri ise, her bir yıl için ilgili yıldan geriye doğru son üç yıl içerisinde MD (DODO tipi anlaşmada her litrede kazanılan karın  $\%70$ 'i) ve MU/S değerleri arasındaki oluşan farkların satış hacmine göre ağırlıklandırılmış ortalama değerini ifade eder. DODO tipi anlaşma ise, bağımsız bayiler ile akdedilen (ve herhangi bir intifa sözleşmesinin olmadığı) olağan 5 senelik bayilik anlaşmalarını ifade etmektedir.

ile ilgili bazı soruları yanıtlayan Görüş yayımlamıştır. Aşağıda önce Kurul kararlarını akabinde Görüş'ü ele alıyoruz.

### 2.3.1. Kurul Kararları

Kurulun Shell-Cabbaroğlu kararında oluşturduğu içtihadın, Danıştay'ın Rekabet Kurulu'nun Akdağ-Total kararını iptal etmesi üzerine, gözden geçirilmesi zorunluluğu doğmuştur<sup>58</sup>. Danıştay söz konusu kararda özetle, işletme sözleşmesinin kira sözleşmesi ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini zira kira sözleşmesinin fiilen ilişkiyi uzattığını ve dolayısıyla da taraflar arasında işletme ve kira sözleşmelerinden oluşan anlaşmayı belirsiz süreli hale getirerek Tebliğ'in kapsamı dışına çıkardığını belirtmiştir<sup>59</sup>. Bu çerçevede intifa/kira sözleşmelerine de Rekabet Hukuku denetimi yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Bu karar üzerine Kurul, Total-Akdağ arasındaki uyumsuzluğu tekrar ele almış ve Danıştay'ın bu iki sözleşmeyi 4. madde anlamında tek bir anlaşma olarak gördüğünü belirterek, bu anlaşmanın da Tebliğ'e uygun hale getirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>60</sup>. Bu uygunluğun nasıl sağlanacağı hususunda ise, yine ilk dönem verilen kararlardaki "azami hadde indirme" ve "kalan süre" prensipleri benimsenmiştir<sup>61</sup>. Dolayısıyla uyarılama yapılmamış dahi olsa, 2005 yılından itibaren 5 senelik süre uygulanacak ve (bu iki sözleşmeden ibaret olan) anlaşmanın 18.9.2010 tarihine kadar grup muafiyetten yararlanacağı söylenebilecektir. Bu tarihten sonra ise, anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Fakat taraflar uyumlaştırmayı yapmamış olsa bile, anlaşma 2010 yılına kadar grup muafiyeti kapsamı içinde olduğundan, bir işlem yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kurulun bu yaklaşımı, dağıtım anlaşmalarını çeşitli nedenlerle sonlandırmak (feshetmek) isteyen pek çok bayinin, Kuruma başvurmasına neden

<sup>58</sup> Bkz. Danıştay 13. D. 13.5.2008 T. ve 2006/1604 E., 2008/4196 K

<sup>59</sup> Karar'da aynen şu ifadeler yer almaktadır: "İşletme sözleşmesinin birer yıl süreli yapıldığı ve bu sözleşmenin 1.3.2005 tarihinde Total tarafından tek taraflı olarak feshedildiği anlaşılacakla birlikte, kira sözleşmesinin işletme sözleşmesine olan etkisi nedeniyle işletme sözleşmesi de kira sözleşmesiyle birlikte 2017 yılı itibarıyla sona erecek bulunduğundan, taraflar arasında imzalanan işletme sözleşmesinin süresinin belirsiz hale geldiği yolunda ciddi bulguya ulaşılmaktadır. Bu durumda, 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca, belirsiz bir süre için veya beş yıldan daha uzun bir süre için anlaşma yapılarak bayiye rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmesi, anlaşmayı Tebliğ dışına çıkarabileceğinden, şikayete konu olan işletme sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine uygunluk denetiminin yapılması gereklidir..."

<sup>60</sup> Bkz. 30.10.2008 T. ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ Kararı

<sup>61</sup> İlk dönem kararlarından farkı, burada bayilik sözleşmesinin değil, intifa sözleşmesinin süre açısından değerlendirilmesidir.

olmuştur. Kurul bu tarihten sonra konu ile ilgili çok sayıda karar almıştır<sup>62</sup>. Kararlarda bu prensipler büyük ölçüde tekrar edilmiş ve 5 yıllık sürenin işleme açısından da iki sözleşmenin oluşan ilişkinin başlangıç süresinin esas alınacağı belirtilmiştir. Örneğin Barbaros-Alpet kararında<sup>63</sup>, bayilik sözleşmesi daha sonraki tarihte yenilense dahi sürede gerçek anlamıyla bir kesintiden bahsedilemeyeceği, intifa sözleşmesinden kaynaklanan tabiiyet nedeniyle bayilik değil, intifa sözleşmesi süresinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>64</sup>. Bu çerçevede 2010 yılına kadar dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceği, ama bu tarihten sonra tarafların ortak rızası haricinde uzatılmaya çalışılması halinde 4. madde bağlamında işlem tesis edileceği bildirilmiştir.

Dolayısıyla Kurul, bu kararlar ile birlikte sadece bayilik sözleşmelerine değil, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiye, (Tebliğ'in kapsamı açısından) ilk dönem kararlarda benimsenen ilkeleri uygulamıştır. Bunun sonucunda 18.9.2010 yılına kadar bu sözleşmelere müdahale etmeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

### 2.3.2. Birinci Daire Görüşü

Daire Görüşü, Kurulun intifa sözleşmeleri ile ilgili yeni içtihadının uygulamada yaratabileceği sorunları hafifletmeye yönelik, (farazi olayların yer aldığı) soru ve cevaplardan oluşan ve Kurul'u bağlamayan açıklayıcı bir metindir<sup>65</sup>. Metin

<sup>62</sup> Bkz. 5.3.2009 T. ve 09-09/186-56 sayılı Polpet-Moil Kararı; 24.6.2009 T. ve 09-30/644-152 sayılı Shell-Gürpet Kararı; 15.7.2009 T. ve 09-33/773-186 sayılı Bulutlar-Altınbaş Kararı; 5.8.2009 T. ve 09-34/795-198 sayılı Selyak-Total Kararı, 5.8.2009 T. ve 09-34/799-202 sayılı Delta Petrol Kararı;

<sup>63</sup> Bkz. 5.3.2009 T. ve 09-09/187-57 Sayılı Barbaros-Alpet Kararı

<sup>64</sup> Burada Danıştay ve daha önceki Kurul kararı haricinde, 2002/2 sayılı Tebliğ'in Açıklanmasına Dair Kılavuz'un 37. maddesine de atıfta bulunulmuştur. Maddeye göre: *Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunluluğudur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmiş ise, bu kredinin geri ödemesi, alıcının beş yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, beş yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından sonra varsa kalan borçları geri ödeme olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hallerde, alıcının beş yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânına sahip olması gerekmektedir.* İlginç olan daha önce de var olan bu hükmün değerlendirmelerde hiç dikkate alınmamış olmasıdır.

<sup>65</sup> İdare hukuku açısından bu metin "görüş bildirici işlem" kategorisinde değerlendirilebilir olmakla birlikte (bkz. GÖZÜBÜYÜK Ş. ve TAN T., *İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.307,308; ayrıca Rekabet Kurumu'nun idari işlemlerinin tasnifi konusunda bkz. BOZOĞLU S. (2007), *Rekabet Kurulu Kararları ve Kararların Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Yüksek Lisans Programı, s.39 vd.), bu işlemin olası etkileri dikkate alındığı zaman "atipik düzenleyici işlem" olarak nitelendirilmesi daha doğru gözükmektedir (benzer görüş için bkz.

incelendiği zaman temel ilkenin, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin<sup>66</sup> hiç bir şart altında 5 seneden uzun olmaması gerektiği ve yenileme iradesinin varlığı halinde de, iki ilişkinin de yenilenmesi şartlarının arandığıdır. Daire Görüşü'ne göre, 5 senenin aşılması halinde anlaşma geçersiz hale geleceği gibi idari yaptırımlar da uygulanacaktır.

Sürenin hesaplanması açısından ise, kesintisiz devam eden ilişki dikkate alınacak, örneğin bir anlaşmanın diğerinden sonra akdedilmesi halinde, ilk anlaşmanın başlangıç tarihi, sona erme açısından tüm ilişkinin bittiği zaman esas alınacaktır<sup>67</sup>. Süre sonunda bayilerin sözleşmeyi yenilemek istememeleri halinde, dağıtım şirketi tapudaki kaydı terkin ettirecektir. Yenileme iradesi varsa, bu iradenin her iki sözleşme açısından açık bir şekilde tezahür etmesi, örneğin intifa açısından tapuda terkin ve yeniden tescil veya iradenin yansıdığı ve şekil şartlarını taşıyan sözleşmenin akdedilmesi gerekmektedir<sup>68</sup>.

Görüş metninde dile getirilen bir başka husus ise, dağıtım şirketinin daha uzun süreli intifa hakkına dayanarak, süre nedeniyle bayilik sözleşmesi sona eren bayi yerine, başka bayi ile anlaşma yapmasının da uygun olmadığıdır.

---

ASLAN İ. Y. (2009), s.42; atipik düzenleyici işlem için bkz. ODER B ve AYANOĞLU T., *İdare Hukuku Notları*, Basılmamış ders notları 2009-2010). Nitekim bu işlem aleyhine iptal davası açılmış olup, bu çalışmanın kaleme alındığı dönemde Danıştay henüz bir karar verilmemiştir. Fakat Danıştay açılan davalarda yürütmenin durdurulması taleplerini reddetmiş ve muhtemelen esasa girmiştir. Bkz. Danıştay 13. D. 2009/3044 E ve 13. D. 2009/5154 E.

<sup>66</sup> Metin dikey ilişkiyi: taraflar arasında bayilik, intifa hakkı, kira, emanet, kredi ve benzeri sözleşmelerden oluşan hukuki ve iktisadi ilişki bütünü olarak tanımlamaktadır.

<sup>67</sup> Örneğin kiranın önce, bayilik sözleşmesinin sonra akdedildiği ve bayilik sözleşmesinin daha sonra biteceği bir ihtimalde, başlangıç açısından kira, bitiş açısından bayilik sözleşmesi dikkate alınacaktır. Hatta halihazırda yenilenen bir sözleşme açısından da bu kural geçerlidir. Diyelim ki 2003 yılında başlayan bir bayilik ilişkisi olsun ve aynı yıl akdedilen 15 senelik bir intifa sözleşmesi bulunsun. Yine varsayalım ki bayilik sözleşmesi 2008 yılında yenilensin. Bu durumda sözleşmenin bitiş tarihi 2013 değil, 18.9.2010 tarihidir. Zira burada ilişkinin başlangıç tarihi 2003 yılıdır. Yenileme sadece bayilik sözleşmesi için yapıldığı için bu yenilemenin gerçek bir yenileme olmadığı, Rekabet Hukuku açısından süreyi kesmediği varsayılmaktadır.

<sup>68</sup> Yine somutlaştırmak gerekirse, 18.9.2010 tarihinde sona ermesi gereken bir ilişki için, taraflar ilişkinin uzatılması iradesini (en azından intifa açısından) resmi senette beyan edecekler ve hatta tapuya gidip bu hususta işlem yapacaklardır. Tabi ki tescil/terkin işlemi yapma zarureti her zaman ortaya çıkmayabileceği gibi, çıktığı hallerde de bazı hallerde uzatma; bazı hallerde kısaltma şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin 2000 yılı Ağustos ayında akdedilen 15 senelik bir intifa sözleşmesi için, tarafların her durumda 2010 yılında yenileme iradelerini beyan etmeleri gerekir. Ama burada (süre açısından 1 aylık sapma göz ardı edilirse) tapuda bir tescil işlemi yapmaya gerek kalmaz. Buna karşılık 13 senelik bir sözleşme söz konusu ise, 2013 yılında zaten süre nedeniyle sona erecektir. 2010 yılında iradenin açıklanması halinde, tapuda yapılacak işlemde süre uzatması yapılacaktır (18.9.2015). Nihayet eğer 20 senelik bir intifa söz konusu ise, taraflar 18.9.2010 tarihinde tapuda resmi senette iradelerini beyan edecekler ve bu beyan çerçevesinde süre kısaltımı işlemi de yapılacaktır. Dolayısıyla son iki ihtimalde, resmi senette vücut bulan iradeler ile aynı zamanda tapu kaydında bir değişiklik yapılması gerekecektir.

Burada ticari faaliyet ile istasyon arasında sıkı bir ilişki olduğu ve dağıtım şirketlerinin piyasaya girişi (korunan yarar) açısından 5 yıllık rekabet yasağı süresinin bir dağıtıcının bir istasyonu tek seferde yapacağı sözleşmeler ile kapatmasının üst sınırı olarak yorumlandığı belirtilmiştir.

### **3. ÜÇÜNCÜ DÖNEM SONRASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK OLASI SORUNLAR**

Yukarıdaki açıklamalar, Kurulun yeni içtihadının uygulamada bazı sorunlar doğurabileceğine işaret etmektedir. Örneğin bundan böyle dağıtım şirketleri bayiler ile farklı sözleşmeler akdederek, dağıtım sistemini yenilemek durumunda kalacaklardır. Bilhassa istasyona yapılacak yatırımlar ve bunların nasıl güvence altına alınacağı, üçüncü dönem içtihatları ile başlayan dönemde dağıtım şirketlerini bekleyen sorunlardan bazılarıdır. Ama asıl sorun, içtihatlar sonrasında akdedilecek sözleşmeler değil, daha önce akdedilmiş olan ve bu içtihatlar nedeniyle öngörülen süreden önce sonlandırılacak olan sözleşmelerde karşımıza çıkacaktır. Nitekim önce bu sorunu ele alacağız.

#### **3.1. Azami Hadde İndirme İlkesinin Uygulandığı Dikey İlişkiler**

Kurulun Shell-Cabbaroğlu ve Total Mevlana kararlarında ortaya koyduğu ilkeler, 3. dönem kararları ile sadece bayilik değil, intifa sözleşmeleri için de uygulanmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, daha önce bayilik sözleşmelerinde (bilhassa yenilenen sözleşmeler açısından) süre değişikliğine gitmek durumunda kalan dağıtım şirketleri, bu kararlar ile birlikte intifa sözleşmelerini de uyarlayacaklardır<sup>69</sup>. Kurul 18.9.2010 yılına kadar sözleşmeler uyarlanmamış olsa bile herhangi bir müdahalede bulunmamaktadır; fakat bu tarihin gelmesiyle çok sayıda bayinin sözleşme değişikliğine gideceği tahmin edilmektedir<sup>70</sup>.

Bu içtihatların neden olacağı biri nazari diğeri ikisi de pratik olmak üzere üç tür sorundan bahsedilebilir: İşlem maliyetleri, geçersizlik ve ilişkinin tasfiyesi. Aşağıda sırası ile bunları ele alıyoruz.

<sup>69</sup> Üçüncü dönem kararlarının verilmesinden önce yapılan tüm sözleşmeler açısından bu sonucun ortaya çıkabileceği söylenebilir. Hatta bu dönem kararlarının gereğini yerine getirmeyen dağıtım şirketleri açısından 1. Daire Görüşünün yayımlanmasına kadar akdedilen uzun süreli sözleşmeler de bu kapsamda süresinden önce sona erdirilecektir. Bu bağlamda 2007 ve 2008 yıllarında akdedilen (ve muhtemelen 2022-2023 yıllarında sona erecek olan) bayilik/intifa sözleşmeleri 2012-2013 yıllarında sonlandırılacaktır.

<sup>70</sup> Örneğin Aslan bu sayının 13.000 olacağını belirtmektedir. ASLAN Y. İ. (2009), s.39. EPDK tarafından yayınlanan istatistikler kontrol edildiği zaman 14.5.2010 tarihi itibarıyla 12728 istasyonlu akaryakıt bayisi olduğu görülmektedir (<http://www.epdk.gov.tr/lisans/petrol/bayilik/bayilik.asp> erişim tarihi 14.5.2010). Kurulun 3. dönem kararları ve web duyuru tarihi dikkate alındığı zaman, bu sayının 10 bin civarında olduğu söylenebilir.

### 3.1.1. İlişkilerin Sona Erdirilmesi Nedeniyle Ortaya Çıkan İşlem Maliyetleri

İlk sorun işlem maliyetlerinin doğacak olmasıdır. Özellikle intifa sözleşmelerinin resmi şekle ve tescile tabi olmaları nedeniyle, ilişkilerin sona erdirilmesi taraflar açısından yüksek bir işlem maliyetine (*transaction cost*)<sup>71</sup> neden olacaktır<sup>72</sup>. Üstelik bu işlem maliyeti, sadece sözleşme ilişkisini sona erdirecek olan taraflar için değil, aynı zamanda ilişkiye devam etmek isteyen taraflar için de doğacaktır. Zira Görüş'e göre, ilişkiye devam etmek isteyen taraflar, yenileme iradelerini mutlaka beyan etmek durumundadır. İntifa sözleşmesinin varlığı nedeniyle, bu beyanın yazılı olması yetmeyecek, tapuda resmi şekilde yapılması ve tescil edilmesi, örneğin intifa süresinin kısaltılması gerekecektir.

İlişkiye devam iradesinin bu şekilde açıklanması şartı, dağıtım şirketlerinin baskısına muhatap olması nedeniyle, gerçekte devam iradesi olmaksızın, bayinin ilişkiye devam etmek zorunda kalması riskini bertaraf etmek düşüncesine dayanmaktadır<sup>73</sup>. Zira ilişkilerin her 5 senede bir yenilenmesi, bayinin alternatif dağıtım şirketlerinden teklif almasına imkân verecek, bu durum karşısında hâlihazırdaki dağıtım şirketi daha rekabetçi bir teklif verme yönünde güdülenecek ve bayi en iyi teklifi değerlendirecektir. İşte bu işlemlerin yapılmaması, alternatif dağıtıcıların piyasaya girmesini ve istenilen rekabetçi yapının sağlanmasını güçleştirecektir. Dolayısıyla işlem maliyeti, bayilerin her beş senede bir serbest kalarak alternatif dağıtıcıların pazara girme olasılığının artması tahtında meşru kılınmaktadır.

### 3.1.2. Nasıl Bir Geçersizlik? Azami Hadde İndirme İlkesi?

#### 3.1.2.1. Mevcut Uygulama

Üçüncü dönem sonucunda ortaya çıkan bir başka sonuç (ki bu Kılavuz<sup>74</sup> ve daha önceki Kurul kararlarında<sup>75</sup> da benimsenmiştir) Tebliğ'de öngörülen 5 senelik

<sup>71</sup> SANLI K. C. (2007), Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Arıkan Yayınevi, İstanbul, s.131 vd.

<sup>72</sup> Aynı yönde ASLAN İ. Y. (2009), s.12

<sup>73</sup> Gerçi şunu da belirtelim, dağıtım şirketlerinin zorlaması olmasa dahi, yani bayi tamamen serbest iradesi ile yenilemeyi arzu etse dahi, yukarıda ifade edilen prensipler geçerlidir.

<sup>74</sup> Kılavuz'un 36. paragrafı aynen şöyledir: "Tebliğ'de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edilirse, Kurul, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirebilecektir. Bu takdirde, şayet alıcı konumundaki teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü henüz Tebliğ'de öngörülen limiti doldurmamış ise, alıcı bu kalan süre kadar, başka bir ifadeyle Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar, rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalacaktır. Şayet, bu üst sınırı geçen bir süredir rekabet etmeme yükümlülüğü altında ise rekabet etmeme yükümlülüğü geçersiz olacak ve alıcı konumundaki teşebbüs tamamen bağımsız kalacaktır..."

süreden daha uzun bir rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılırsa, 5 seneden sonrası için sözleşmenin geçersiz olacağıdır<sup>76</sup>. Örneğin Görüş bu hususta aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet koşullarını da taşımadığı takdirde, aynı Kanun’un 4. maddesi kapsamında yasak bir anlaşma olarak değerlendirilecektir. Bu durumun özel hukuk alanındaki sonucu, anlaşmanın beş yılı aşan süreler bakımından 4054 sayılı Kanun’un 56. maddesi gereği geçersiz hale gelmesidir. Kanun’un 56. maddesine göre, geçersiz anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez...”.

Görüldüğü üzere Kurul, grup muafiyetinden yararlanmayan ve bireysel muafiyet şartları da taşımayan sözleşmelerin, Kanun’un 56. maddesi gereği 5 seneden sonra geçersiz olarak kabul etmektedir. Sözleşme akdedildiği tarihten 5 senelik sürenin dolmasına kadar ise geçerli sayılmaktadır. Bu prensip ise

<sup>75</sup> Örneğin 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Kararda Kurul aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “18.9.2005 tarihi itibarıyla rekabet yasağının süresi 5 yılı geçenler, imzadan itibaren “**en yüksek yasal hadde indirilmekte**” ve 5 yıllık azami süre dolana kadar 2002/2 sayılı Tebliğ’in öngördüğü koşulları sağladığı kabul edilmektedir”.

<sup>76</sup> Sözleşmenin geçersizliği sonucu Tebliğ’den değil, Petrol Piyasası Kanunu’nun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. İlgili madde istasyonlar ile yapılacak sözleşmelerin münhasır olması (rekabet etmeme yükümlülüğü içermesi) gerektiğini öngördüğü için, olağan şartlarda sadece rekabet etmeme yükümlülüğü açısından uygulanabilecek olan kısmi butlan yaptırımı, burada tatbik imkânını yitirmektedir. Diğer bir anlatımla Tebliğ (ilgili hükmüm sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrılabilmesi kaydıyla bkz. para. 36) sadece rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersizliği gerektirmekte; örneğin alıcı (ya da yeniden satıcı) bunun sonucunda alternatif dağıtıcılardan da (uygun olduğu ölçüde) mal veya hizmet alabilmektedir. Oysa Kanun burada münhasırlığı şart koştuğu için, rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersizliği, sözleşmenin geçersizliği sonucunu beraberinde getirmektedir. Gerçi Kurulun son dönem kararlarına bakıldığı zaman, Kurulun 5 seneden sonraki dönem açısından, PPK.m.8 değil, kısmi geçersizlik kuramı ve 2002/2 sayılı Tebliğ’in Açıklanmasına Dair Kılavuz’un 36. paragrafının ilk cümlesinin gereği olarak sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu kabul etmiş gözükmektedir. Mesela 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik kararında aynen şu ifadelere yer verilmektedir: “Bu doğrultuda, bildirim konusu Bayilik ile Kiralama Sözleşmeleri, tek bir anlaşma şeklinde değerlendirilmiş ve 15’er yıl süreli Bayilik ve Kira sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin, 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinde öngörülen beş yıllık süreyi aşar nitelikte rekabet etmeme yükümlülüğü içerdiği anlaşılmıştır. Diğer taraftan yeni bir yatırım yapılmasına yönelik ve yatırımın geri dönüşü de dikkate alınarak belirli bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmüş olan bir anlaşmada, rekabet yasağına ilişkin hükmün sözleşmenin geri kalanından ayrılabilmesi mümkün gözükmediğinden, sözleşmenin beş yılı aşan süreler bakımından bir bütün olarak 2002/2 sayılı Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.” (para. 90) Kurulun geçersizlik ile ilgili bu tür bir tespit yapma yetkisinin bulunmadığını daha önce belirttiğimiz için buna dair açıklama yapma gereği duymuyoruz. Öte yandan PPK. m.8 hükmü var iken, Kurulun neden bu tür bir değerlendirme yaptığı anlaşılabilir.



TTK.'nun 1466. maddesinden esinlenilerek *azami hadde indirme ilkesi* olarak adlandırılmaktadır<sup>77</sup>.

### 3.1.2.2. Mevcut Uygulamanın Eleştirisi

Bu noktada geçersizlik ile ilgili bazı tespitleri yapmakta yarar vardır. Kurulun yaptığı geçersizliğe dair bu değerlendirmenin, pratik, pragmatik ve açıkçası (en azından ilk bakışta) menfaatler dengesi açısından da makul bir çözüm sunduğunu kabul etmek gerekir<sup>78</sup>. Bu nedenle uygulamada mahkemeler tarafından da aynı çözümün benimsenme olasılığı hiç düşük değildir. Fakat *pozitif hukuk* açısından bu çözüm tarzına bazı açılardan itiraz edilebilir<sup>79</sup>.

- Daha önce de dile getirdiğimiz itirazlardan<sup>80</sup> ilki, Kurulun geçersizliğe dair değerlendirme yapmasının mümkün olmamasıdır. Kurul, ancak sözleşmenin (*süresi daha uzun olsa bile*) ilk beş sene grup muafiyetinden yararlanamayacağı tespitini yapabilir. Buna paralel olarak idari yaptırımları uygulamaktan imtina edebilir; ama bunun ötesinde geçersizlik tespiti yapmamalıdır. Bunu yapacak olan adli mahkemelerdir.
- İkinci itiraz, azami hadde indirme ilkesinin ve grup muafiyeti tebliğlerinin mahiyetiyle ilgilidir. Azami hadde indirme ilkesinin hukukumuzdaki pozitif dayanağı TTK.'nun 1466. maddesidir<sup>81</sup>. Hükme göre, Kanun veya yetkili makamlar tarafından herhangi bir sözleşme edası hakkında azami had kabul edilmişse, bunu aşan sözleşmelerin (ilgili eda açısından), azami had üzerinden yapıldığı kabul edilmekte; ayrıca sözleşmedeki bu geçersizlik açısından kısmi butlanın uygulanmasındaki subjektif şart (BK.m.20/2) aranmamaktadır<sup>82</sup>. Dolayısıyla tarafların iradesi aksi yönde olsa bile,

<sup>77</sup> Bu uygulamanın ortaya çıkışından önce bu yönde hukuki analiz yapılabileceğine ilişkin olarak bkz. SANLI. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s.487 dnp.248

<sup>78</sup> GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.574

<sup>79</sup> Belirtelim ki bu eleştirilerimiz sadece süresinden önce sona erdirilmesi gereken anlaşmalar değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in uygulama alanı bulduğu tüm dikey anlaşmalar açısından geçerlidir.

<sup>80</sup> Daha önce dile getirdiğimiz eleştiriler için bkz. GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.571,572 ve özellikle 29 nolu dnp.

<sup>81</sup> Önemle belirtelim ki geçersizliğin bu şekilde "dikey" uygulanması (değişik kısmi butlan yaptırımı) sadece TTK. 1466. maddeden değil, MK.m.23 hükmünden ve ahlaka aykırılık kavramlarından da doğabilir. Örneğin kişilik haklarını aşırı derecede sınırlayan çok uzun bir sözleşmenin geçersizliği halinde pekala hakim tarafların farazi iradelerine göre uygun süreyi belirleyerek, sözleşmeyi kısmen ayakta tutabilir. Bu manada TTK.m.1466, geçersizliğin bu halinin özel bir görümüdür (bkz. HATEMİ H. (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, s. 217 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.576, 606, 607).

<sup>82</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesi aynen şu şekildedir: "*Ticari hükümlerle yasak edilmiş muamele veya şartlar, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça batıldır; şu kadar ki; bir akit hükmünce*

sözleşme Kanun veya yetkili makamın kabul edeceği haddten yapılacak, tam butlan söz konusu olmayacaktır. Kurul tarafından benimsenen yoruma göre, Rekabet Kurulu *yetkili makam*, rekabet etmeme yükümlülüğüne dair 5 senelik süre *azami had* ve Tebliğ (5. madde)<sup>83</sup> de *yasaklama* hükmüdür.

Azami hadde indirme ilkesi doktrinde, kısmi butlanın bir türü olan *değişik (değiştirilmiş) kısmi butlan* kavramı<sup>84</sup> altında ele alınmaktadır<sup>85</sup>. Genel kabul gören yoruma göre burada kanunun (veya yetkili makamın) öngördüğü süre ya da bedelin aşılması halinde, bir indirme yapılmamakta; ilgili hüküm batıl sayılarak yerine yeni bir anlaşmanın yapıldığı varsayılmaktadır<sup>86</sup>. Nitekim 1466. madde lafzı da (“...yapılmış sayılmaktadır” demek suretiyle) bu yorumu desteklemektedir. Tebliğ’in de eğer 1466. maddede öngörülen türden bir kural getirdiği kabul ediliyorsa, o zaman taraf iradelerinin yerini (kanunun ya da) yetkili makamın öngördüğü azami had ikame etmektedir. Üstelik bu durumda artık taraf iradelerinin farklı olması da dikkate alınmamaktadır. Zira ikame hüküm (benimsenen yoruma göre) emredicidir.

---

*yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahi yetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılır ve bu haddten fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.”* Bu maddenin uygulanması hakkındaki tartışmalar için bkz. BAŞPINAR V. (1998) *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s.163-171.

<sup>83</sup> Bu yorum tarzının detayları açıklanmadığı için, Kurulun bu yaklaşımı benimserken Kanun 4. maddesini yasaklayıcı norm kabul etmiş olması da mümkündür.

<sup>84</sup> Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. (1996), *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*, Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, s.25-33; BAŞPINAR 1998, s.152 vd.

<sup>85</sup> Kısmi butlanın diğer türü ise, *basit kısmi butlandır*. Burada geçersizlikten etkilenen sözleşme hükmü hukuken değer taşımamakta, buna karşılık sözleşme diğer hükümleri ile aynen ayakta kalmaktadır. Geçersizlikten etkilenen sözleşme hükmünün yerine bir ikame kural da (ne farazi irade ne de kanun hükmü gereği) gelmemektedir. *Değişik (değiştirilmiş) kısmi butlan* halinde ise, sözleşmedeki bir veya birkaç hüküm geçersiz sayılmakta, fakat bunların yerine yedek veya ikame hüküm geçmektedir. İkame hüküm, geçersiz kalan kısım ile ortaya çıkan sözleşme boşluğunu doldurmaktadır. İkame hüküm, bazı hallerde kanunun emredici bir kuralı, bazen ise tamamlayıcı kuralı olabilir. Hatta böyle bir hüküm olmasa bile, hakimin tarafların farazi iradelerine dayanan hükmü bulup boşluk doldurabileceği kabul edilmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU. 1996 s.26,32; BAŞPINAR. 1998 s.152 vd.). Önemle belirtelim ki BK.m.20 değişik kısmi hükümsüzlük nazariyesine dair açık bir kural ihtiva etmemekle birlikte, doktrinde bu durumun bu nazariyeyi kabule engel teşkil etmediği kabul edilmektedir (BAŞPINAR 1998, s.153).

<sup>86</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 1996, s.31,32; BAŞPINAR 1998, s.169; ATAMER Y. M. (2001), *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* Beta Yayınevi, İstanbul, s.233. Gerçi burada farklı görüşlerin olduğu belirtilim. Bazı yazarlar ilgili hükmün tamamen geçersiz kabul edilmeyip, sadece süre açısından kısmi butlanın uygulanabileceğini (dikey geçersizlik) kabul etmektedirler (Görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, 606; BAŞPINAR 1998, s.164).

- Bu ilkeler çerçevesinde yapılması gereken ilk tespit dikey anlaşmaların 5 sene olarak kabulü, kısmi butlanın sözleşme süresini (düşey olarak) azaltacak şekilde uygulanmadığıdır. Süre öngören hüküm tamamen geçersiz kılınmakta, bunun yerini ise Tebliğ'in 5. maddesindeki süre almaktadır. Dolayısıyla taraf iradelerinin yerini de, (düzenleyici işlem ile) Kurulun iradesi almaktadır<sup>87</sup>. Oysa Kanun'a baktığımız zaman Kurulun taraf iradelerinin yerine geçecek bir işlemde bulunma yetkisinin verildiğine dair bir düzenleme yoktur.
- Keza grup muafiyeti tebliğlerine de bu tür bir işlev yüklenmesi hukuken isabetli görünmemektedir<sup>88</sup>. Zira tebliğler, 4. maddeye aykırı olma riski taşıyan anlaşmaları, tebliğlerdeki şartların varlığı halinde, 4. madde yasağından bir bütün olarak dışarı çıkarmaktadır. Tebliğ hükümleri incelendiği zaman, dikey anlaşmalarda yer alması gereken hükümlerin değil, bulunmaması gereken hükümlerin olduğu görülmektedir. Hatta bu 2002/2 sayılı Tebliğ'in, bundan önceki dönemden önemli bir (avantajı ve) farkıdır<sup>89</sup>. Bu manada 5. madde sadece sözleşmelerin 5 seneden uzun olması halinde Tebliğ'in anılan hüküm açısından uygulanmayacağını belirtmektedir. Yoksa daha uzun süresi olan anlaşmaların "tamamının" 5 sene süreye tabi olacağı anlamını yüklemek, amacı aşmaktadır.
- Bu açıklamalar çerçevesinde aslında burada kısmi geçersizliğin yerine ikame edilecek bir "emredici kuraldan" bahsedilemez<sup>90</sup>. Bu kural olsa olsa bir tamamlayıcı kuraldır. Somut olayın özelliklerini dikkate alan bireysel muafiyet halinde dahi öngörülmeleyen bu yetkinin, grup muafiyetinde

<sup>87</sup> Aksi görüşte GÜVEN (2009), s.1094. Yazar'a göre "Azami hadde indirilmiş olarak değerlendirilmede ise, sözleşme sürelerine Rekabet Kurulu tarafından müdahalede bulunulmamakta, ancak taraflar arasında daha uzun bir süre kararlaştırılmış olsa bile bunun beş yıllık olan kısmi muafiyet kapsamında değerlendirilmekte, daha uzun kısmi ise muafiyetten yararlanamamaktadır. Bu kapsamda teşebbüsler sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme ile ilgili hükmün grup muafiyetten yararlanmasını fiilen bu durumu ortadan kaldıran ve esas sözleşme ile bağlantılı olarak yapılan sözleşmelerdeki daha uzun süreler ile ilgili hükümleri ya da daha uzun süreli olarak tanınan intifa hakkının süresini esas sözleşme ile uyumlu hale getireceklerdir. Aksi halde muafiyetten yararlanamayacaklardır." Yazarın kabul ettiği sonuç doğru olmakla birlikte, bunu azami hadde indirme ilkesi ilişkisi zayıftır. Netice itibarıyla grup muafiyetten yararlanmayan anlaşmalar geçersizlik riski ile karşılaşmaktadır ve azami hadde indirme ilkesi esas bu noktada tartışma konusu olmaktadır.

<sup>88</sup> Aynı yönde GÜVEN (2009), s.1096,1097

<sup>89</sup> Bkz. ASLAN Y. İ (2007), *Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.342

<sup>90</sup> Bu konuda HATEMİ, TTK.m.1466 kuralının genel bir kural olduğunu ve BK.m.20/2 kuralının uygulanmasını dışlayacağını kabul etmektedir (bkz. HATEMİ 1976, s.228,229).

olduğunu düşünmek için hiçbir neden yoktur<sup>91</sup>. Aksi düşüncenin benimsenmesi halde, bu yorum sadece 5. madde değil, Tebliğ'in 4. maddesi açısından da yapılabilir ki bu kabul edilemez. Örneğin yeniden satış fiyatının tespit edildiği bir sözleşme, 4/a maddesine aykırıdır. Acaba burada da sözleşmedeki bu hükmün yerini, Tebliğ'de izin verilen tavsiye veya maksimum satış fiyatı mı almıştır? Bu retorik soru, pekâlâ Kurulun düzenleyici işlem ile taraf iradelerini ikame edebileceğine dair yorumun varabileceği bir noktadır.

- Daha da ötesinde, grup muafiyeti kapsamı dışında kalan bir sözleşme, mutlaka hukuka aykırı ve geçersiz değildir. Sözleşmenin her zaman bireysel muafiyet alma imkânı mevcuttur. Hatta bizzat Tebliğ'in açıklanmasına dair Kılavuz, Tebliğ kapsamı dışında kalan dikey anlaşmaların kendiliğinden 4. maddeye aykırı olmayacağını da belirtmektedir (para. 41)<sup>92</sup>. Hal böyle olunca, Tebliğ'deki süreden daha uzun süreli bir münhasır anlaşmanın, pekâlâ 4. maddeye aykırı olmaması veya daha muhtemel olarak bireysel muafiyet alması mümkündür. Bu durumda ise, herhalde anlaşmanın geçersizliğinden ve azami hadde indirilmesinden bahsedilemeyecektir. Daha önce de açıkladığımız üzere burada askıda bir geçersizlik söz konusudur<sup>93</sup>. Ne TTK. 1466 ne de değişik kısmi butlanın uygulama alanı bulduğu diğer ihtimaller, askıda geçersizliğin söz konusu olduğu bu durumda uygulanabilir.

Bu nedenle, bu ilkeye kaynak oluşturan Kılavuz'un 36. paragrafı da isabetli değildir. Diğer itirazlar bir kenara burada "*bireysel muafiyet şartlarını taşımayan*" ifadesinin yer verilmesi gerekirdi. Nitekim bu eksiklik daha sonra hissedilmiş olacak ki, 1. Daire Görüşü'nde bu şarta isabetli bir şekilde açıkça yer verilmiştir.

Netice itibarıyla ancak, *bireysel muafiyet şartlarını taşımayan anlaşmalar açısından değişik kısmi butlandan bahsedilebilir*. Bu ihtimalde dahi, Tebliğ'in 5. maddesi, TTK. 1466 kuralı gibi, tüm geçersizlik hallerinde emredici bir ikame norm olarak uygulanmaz. Fikrimizce Tebliğ'in 5. maddesi

<sup>91</sup> Bireysel muafiyet kararı somut olayın özelliklerini dikkate alması itibarıyla, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin daha isabetli ve doğru değerlendirildiği bir mecradır. Buna karşılık burada bile, Kurul, taraf iradelerinin yerine geçecek şekilde bir karar alamaz. Kurul, ancak yükümlülük ve şart müesseseleri aracılığı ile tarafları belirli bir şekilde davranmaya zorlayabilir (RKHK.m.5/3, 13(b) ve 17(a)).

<sup>92</sup> Bu yönde değerlendirmeler içeren kararlar da vardır. Örneğin: 10.9.2007 T. 07-70/864-327 sayılı Coca Cola kararı ve 15.5.2008 T. ve 08-33/421-147 sayılı Unilever kararı

<sup>93</sup> SANLI K.C. (2008), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Rekabet Dergisi, S.30, s.18

tamamlayıcı bir kural olarak tatbik edilebilir. Bu yorumun doğal sonucu ise, tamamlayıcı hükmün her şart altında sözleşme hükmünü ikame etmemesi, ancak sözleşmenin diğer hükümleri ile uyum içerisinde olması halinde tatbik edilmesidir. Bu anlamda 5 senelik süre hükmünün, sözleşmenin ruhuna uygunluğu hakim tarafından değerlendirilebilir. Uygunsuzluk halinde pekâlâ tarafların farazi iradeleri nazara alınabilir. Örneğin tarafların sözleşmeyi 5 seneden daha kısa süre için akdedecekleri veya (daha muhtemel olarak) hiç yapmayacakları tespit edilebiliyorsa, sözleşme süresi daha kısa olabilir ya da sadece intifa sözleşmesi geçersiz kılınabilir<sup>94</sup> veya tam butlan uygulanabilir.

Yaptığımız bu yoruma yapılabilecek olası bir itiraz, zaten olayların tamamında 5 senelik sürenin sözleşme düzenine (ve taraf iradelerine) uygun olacağıdır. Bu gerçekçi bir itirazdır; yapılacak değerlendirme ile bu sonuca varılabilir. Fakat bu durum, Tebliğ'deki süreyi aşan *tüm* dikey anlaşmaların *mutlak olarak* 5 sene sürelili olacağını kabul etmeyi gerektirmez. Bu manada hâkimin takdir yetkisini kullanarak, süreyi kısaltması ve daha da önemlisi sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz sayması, (pozitif hukuka daha uygun olması bir kenara) bazı olaylarda menfaatler dengesine daha uygun düşebilir. Yukarıdaki eleştirilerimizi bu şekilde anlamak gerekir.

İkinci bir itiraz ise, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması halinde, bunun bayi aleyhine sonuçlarının olabileceğidir. Nitekim bu nedenle 1466. madde BK.'nin 20/2 maddesinin uygulanma imkânını ortadan kaldırmıştır. Biz burada 1466. maddenin tatbik kabiliyeti olmadığını kabul ettiğimiz için, hukuken 20/2. maddenin uygulanmayacağını kabul etmek gibi bir zorunluluk yoktur. Benimsediğimiz yorum, 20/2. tarafların farazi iradelerinin araştırılarak Tebliğ'deki süreden farklı sonuca varılmasına müsaittir.

Peki, buna rağmen menfaatler dengesi ve özellikle bayi menfaatleri açısından, (farazi irade analizi sonucu) 5 senelik süreden farklı bir esasın benimsenmesi olumsuz bir durum yaratır mı? Hayır. Kısaca açıklayalım. Bir kere Rekabet Hukukunun (veya Tebliğ'in ilgili hükmünün) amacı bu sözleşme ilişkisinde bir tarafın (bayinin) menfaatini korumak değildir<sup>95</sup>. Tebliğ'de yer alan sürenin amacı, yeniden satıcıların çok uzun olmayacak aralıklarla serbest kalması ve alternatif dağıtıcı veya sağlayıcılar ile çalışma olasılıklarının açık

<sup>94</sup> Gerçi intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan ilişki bütününe bir birleşik sözleşme olduğunu kabul ettiğimizde, sözleşmelerden biri açısından oluşan (kısmi) geçersizliğin, diğerini de geçersiz kıldığını kabul etmek gerekebilecektir. Bu anlamda birleşik sözleşmelerde bu tür bir kısmi geçersizliğin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir (bkz. GÜMÜŞ 2008, s.11,12).

<sup>95</sup> Tabi ki hükmün bazı hallerde bayinin ekonomik menfaatine hizmet ettiği söylenebilir. Örneğin bu şekilde bayiler, sağlayıcıların uzun süreli sözleşme taleplerini geri çevirecek ve sağlayıcılardan (rekabet baskısı sayesinde) daha rekabetçi şartlarda mal veya hizmet alabileceklerdir. Ama bu, hükmün asıl amaçladığı şey olmayıp, asıl amacın doğal bir neticesidir.

tutulmasıdır. Bu şekilde, üst pazarda piyasaya girişler kolaylaştırılmakta ve rekabet baskısı yaratılmaktadır. Dolayısıyla bayi menfaatine aykırı olması, BK.m.20/2 hükmünün tatbik edilmemesini gerektirmez.

Ayrıca bayinin menfaatine aykırı bir sonuç da doğmayacaktır. Önerdiğimiz çözüm, bireysel muafiyet alma imkanı olmayan sözleşmeler açısından maksimum süre 5 sene olmakla birlikte, hakimin sözleşmenin daha az bir süre üzerinden akdedilmiş sayabileceğine işaret eder. Bu ise, bayinin menfaatine aykırı değildir. Keza bu çözüm tarzı Rekabet Hukuku ve Tebliğ ile elde edilmek istenen amaçlar ile de uyumludur. Yukarıda belirttiğimiz üzere önemli olan yeniden satıcının alternatif sağlayıcılar ile çalışma imkânının açık tutulmasıdır ki her iki ihtimal de bu sonucun elde edilmesine elverişlidir. Örneğin sözleşmenin 3. senesinde taraflardan birinin mahkemede geçersizliği iddia ettiğini ve hâkimin sözleşmeyi başlangıçtan itibaren geçersiz olduğuna karar verdiğini düşünelim. Böyle bir durumda yeniden satıcı, derhal alternatif dağıtıcılar ile sözleşme yapma imkânına kavuşacağı için, 5. maddenin amaçladığı sonuca aykırı olmayacaktır.

Diğer taraftan önerdiğimiz çözümün önemli bir yararı olduğu söylenebilir. O da, taraflara 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun bir sözleşme hazırlama konusunda (Kurulun mevcut çözümüne kıyasla) daha kuvvetli bir güdü yaratmasıdır. Zira mevcut yorum tarzında, tarafların uzun süreli bir sözleşme akdetseler dahi 5 sene için bu sözleşme geçerli sayılmakta ve idari yaptırımlar da tatbik edilmemektedir. Bu ise, tarafların Tebliğ'e uygun sözleşme hazırlama güdülerini zayıflatır. Oysa bu sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olması riski, tarafların hukuka uygun davranma ve eğer gerekiyorsa bireysel muafiyet analizi başvurusu yapma güdülerini arttırır.

### **3.1.2.3. Geçersizliğin Pratikte Uygulanması: Kaos!**

Bu nazari değerlendirmeler ışığında, geçersizliğe dair olası uygulamanın nasıl gerçekleşeceği hakkında bazı somut değerlendirmeler yapılabilir. Süresinden önce sona erdirilecek anlaşmalar, 18.9.2005 tarihi öncesi akdedilmiş olabileceği gibi, 3. döneme kadar (hatta bu dönem içerisinde) imzalanmış da olabilir. Bu anlaşmaların pratikte nasıl değerlendirileceği hakkında, çok çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Bilhassa bireysel muafiyet alma olasılığı, ihtimallerin sayısını arttırmaktadır.

Burada tüm ihtimalleri ele almamak adına, bireysel muafiyet olasılığına dair şu tespitleri yapmakla yetinelim: Bu dönemde akdedilen anlaşmalar da, diğer tüm dikey anlaşmalar gibi bireysel muafiyet şartlarını taşıyabilir. Örneğin yeni kurulacak olan bir istasyon için yatırım yapıp, malik/bayiye finansman sağlayan dağıtım şirketinin 2003 yılında malik ile akdettiği 15 senelik bir intifa

sözleşmesi, pekâlâ bireysel muafiyet şartlarını taşıyabilir. Dolayısıyla 18.9.2010 tarihinden önce dağıtım şirketlerinin Kuruma anlaşmalarını bireysel muafiyet için bildirmelerinde önemli yarar vardır. Eğer bu anlaşmalar bildirilmiş ve bireysel muafiyet kararı verilmiş ise, zaten 18.9.2010 tarihinde sözleşmelerin geçersizliğe tabi olmasından bahsedilemez<sup>96</sup>. Nitekim Kurul yakın (dördüncü) dönemdeki bazı kararlar ile sözleşmelere bireysel muafiyet vermiştir<sup>97</sup>. Bireysel muafiyet talebi reddedilmişse, bu durumda sözleşmeler geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacaktır. Aşağıda ilke olarak bu olasılığı (yani bireysel muafiyet şartlarını taşımayan anlaşmaları) ele alıyor; fakat gecikmiş bir bireysel muafiyet başvurusu ihtimalini de bazı senaryolarda değerlendiriyoruz<sup>98</sup>.

### 3.1.2.3.1. Tarafların Dikey İlişkiyi Sonlandırmak Arzusunda Olmaları

Bu ihtimalde mesele görece basittir. 18.9.2005 tarihi öncesinde akdedilen sözleşmeler, bireysel muafiyet şartlarını taşıyorlarsa<sup>99</sup> 18.9.2010 tarihinde geçersiz hale geleceklerdir. Taraflar sözleşme ilişkisine devam etmek istemiyorlarsa, hukuken bir sorun yoktur. Sağlayıcı intifa hakkının terkinini tapu idaresinden talep edecek (MK.m.796) ve taşınmaz istasyon sahibine fiilen teslim edilecektir. Taraflar dilerlerse bir ikale anlaşması akdedebilirler fakat bu sözleşmenin sona erdirilmesinden ziyade<sup>100</sup>, ekonomik ilişkinin tasfiye sürecinde tarafların birbirlerinden ne gibi haklar talep ettiğini belgeleyen bir anlaşma olarak karşımıza çıkar<sup>101</sup>.

### 3.1.2.3.2. Tarafların Dikey İlişkiye Devam Arzusunda Olmaları

Bu ihtimal aslında basit gözükmeyle birlikte son derece karmaşık bazı hukuki sorunlar doğurabilir. Sözleşme bireysel muafiyet şartlarını taşıyorsa, 18.9.2010 tarihinde geçersiz hale geleceği için, sözleşmeye devam etme iradesinin açık bir şekilde beyan edilmesi gerekir. Mesela taraflar tapuya

<sup>96</sup> Bu sözleşmeler bireysel muafiyet kararı geri alınıncaya kadar (askıda) geçerlidir.

<sup>97</sup> Bkz. aşağıda 4.

<sup>98</sup> Bu değerlendirmelerimizi Kurul kararları ve Görüş'te kabul edilen esaslara göre yaptığımızı vurgulayalım.

<sup>99</sup> Anlaşmalar bireysel muafiyet şartlarını taşıyor, fakat başvuru yapılmamışsa durum biraz karışıktır. Kanun'da 2005 yılında yapılan değişik sonrasında, bildirim olmaksızın da muafiyet kararı verilebildiği ve bu kararın başlangıçtan itibaren hüküm ifade ettiği dikkate alınır, pekâlâ başvuru yapılmayan anlaşmalar da (sonradan verilecek bir muafiyet kararına bağlı olarak) 18.9.2010 tarihi sonrasında geçerli olabilir. Bu durumda bunlar için yapılacak olan anlaşma bir ikale anlaşması olacaktır.

<sup>100</sup> Burada anılan tarihten itibaren sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu kabul edildiği için, geçersiz bir sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi mümkün değildir.

<sup>101</sup> Tabiatıyla taraflar tasfiye sürecinde anlaşmazlığa da düşebilirler. Eğer bu konuda ihtilaf çıkarsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK.m.61 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Fakat taraflar tasfiye sürecine ilişkin sözleşme akdetmişler ve bu sözleşmenin yorumunda ihtilafa düşmüşlerse, bu durumda sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

gidecekler ve intifa sözleşmesini ve bununla bağlantılı tapu kaydını tadil edeceklerdir<sup>102</sup>. Yeni yapılan sözleşme (ve tapudaki intifa süresi) de 18.9.2015 tarihine kadar geçerli olacaktır. Birinci Daire Görüşü de bu esası benimsemiştir.

Burada tabi ki sorun, yenileme<sup>103</sup> işleminin yapılmaması durumunda geçersizliğin söz konusu olup olmayacağıdır. Acaba tarafların sözleşmeye devam etme yönündeki iradeleri geçersizliği önler mi? Pozitif hukuk açısından bakılırsa, 18.9.2010 tarihinde intifa ve bayilik sözleşmeleri geçersiz olacak; tapu kaydı yolsuz hale gelecek; taraflar dikey ilişkiye devam etseler dahi, intifa sözleşmesi açısından taraf iradeleri resmi şekilde beyan edilmediği için geçerli olmayacaktır. Bu durumda tapu kaydı yolsuz olmaya devam edecektir.

Bayilik sözleşmesinde şekil şartı aranmamaktadır. Bu durumda bu sözleşme açısından tarafların sözleşmesel ilişkiye aynen devam etmeleri geçersizliği bertaraf eder mi? Bu sorunun cevabı sadece akaryakıt değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in genel uygulama alanı açısından önemlidir. Cevap ise, hükmün amacında yatmaktadır. Rekabet Hukuku yönünden geçersizlik yaptırımının uygulanması, özellikle bayinin "tek" bir sözleşme ile aralıksız uzun bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlı olmasını önlemeye yöneliktir. Sözleşme tarafları belirli aralıklar ile serbest kalmalı ve alternatif dağıtıcılardan teklif alma olasılığı bulunmalıdır. Tarafların 2010 yılında *gerçekten serbest kaldıkları* bir kurguda, (*geçersizlik yaptırımı uygulamak suretiyle*) sözleşme ilişkisine devam etmelerini önlemek Rekabet Hukukunun amacı değildir.

Tabi sorun, bu durumda, tarafların hür iradeleri ile sözleşme ilişkisine devam edip etmediğinin belirlenmesi sorunudur. Fakat akaryakıt sektöründe, bayilerin devam iradesinin hür olmadığını kabul etmek için neden yoktur. Bilhassa idari yaptırım tehdidi, bilgisiz, zor durumdaki bayinin baskı altında kaldığı ihtimalini ortadan kaldırmaktadır<sup>104</sup>. Dolayısıyla geçersizlik yaptırımı, bu

<sup>102</sup> Tabiatıyla bu tadilin nasıl olacağı, intifa sözleşmesinin süresine bağlı olacaktır. Eğer 2015 yılından önce sona erecek bir intifa sözleşmesi ise, bu durumda tadil intifa sözleşmesinin süresinin uzatılmasını, 2015 yılından sonra sona erecek bir sözleşme ise süre kısaltılmasını gerektirecektir.

<sup>103</sup> Burada yenileme ile sözleşmeyi sona erdiren işlem değil, sona ermiş olan bir sözleşmenin aynı şartlar altında devamı yönünde irade beyanında bulunmak kastedilmektedir. Olağan şartlar altında yenileme, tarafların sözleşmeyi sona erdirerek, yeni bir sözleşme yapmalarını ifade etmektedir. Bu anlamda borcu sona erdiren bir nedendir. Burada sözleşme zaten geçersizlik nedeniyle sona erdiği için, yenileme sadece aynı şartları taşıyan sözleşme ilişkisine devam iradesinin karşılıklı beyanını içermektedir.

<sup>104</sup> Kurul içtihatları ve 1. Daire görüşü bayilerinin konumunu güçlendirmiştir. Rekabet Hukukunun sözleşmeler üzerindeki etkisi Kurum tarafından tüm sektöre duyurulmuştur ve dağıtım şirketinin herhangi bir bayinin bilgisizliğinden yararlanması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca dağıtım şirketlerinin aksi yönde bir uygulama yapması halinde idari yaptırımı muhatap olması riski söz konusudur. Bu şartlar altında bayilerin dağıtım şirketiyle ilişkiye devam ettiği bir senaryoda, özgür irade vardır.



tür bir senaryoda gerekli olmadığı gibi amacı aşmaktadır. Fikrimizce burada Kurul tarafından uygulanacak idari yaptırımlar yeterli görülmelidir. Özetle tarafların 18.9.2010 sonrasında ilişkiye aynen devam etmeleri karşısında, sona ermiş olan bayilik sözleşmesini yenileme iradesi ile hareket ettiklerini varsaymak ve (aynı şartları haiz) yeni bir bayilik sözleşmesinin<sup>105</sup> geçerli bir şekilde kurulduğunu kabul etmek gerekir<sup>106</sup>.

Tarafların ilişkiye devam etmeleri ve tapudaki kaydı terkin/tadil etmemeleri, intifa sözleşmesini geçerli hale getirir mi? Olağan şartlar altında sözleşmeye devam edilmesi yeterli iken, iradenin şekle bağlı olarak ileri sürülmesi gerektiği hallerde, yenilemenin de şekle bağlı olması şarttır. Burada hukuki sorun artık şekle aykırı sözleşmelerin yaptırımının ne olacağı sorunudur. Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte, hâkim görüş bu sözleşmelerin butlan yaptırımına tabi olduğunu kabul eder<sup>107</sup>. Fakat doktrinde<sup>108</sup> ve uygulamada<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Peki, yeni sözleşmenin süresi ne olacaktır? Kural olarak bunu eski sözleşmenin süresi belirler. Tereddüt halinde bu sözleşmenin süresiz olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>106</sup> Bir an için aksi yorumu benimsediğimizi düşünelim. 18.9.2010 itibarıyla sözleşme geçersiz olsun ve taraflar geçersiz sözleşme ilişkisinin hak ve yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etsinler. Şimdi bu ilişki, salt tarafların fiilen ilişkiye son vermeyip, alternatif tedarikçiler ile sözleşme olasılıklarını değerlendirmedikleri için geçersiz mi sayılmalıdır? Rekabet Hukuku tarafların alternatif tedarikçiler ile pazarlık yapmalarını ve rekabetçi teklifler almalarını arzu etmekle birlikte, böyle bir yükümlülüğü yüklemekte midir? En azından geçersizlik yaptırımı ile değil! Tarafların ilişkiye devam etmeleri, onların hür iradelerinin ve alternatifler karşısında mevcut ilişkinin daha rekabetçi olduğuna delalet eder. Aksinin ise ispatı gerekir. Öte yandan bilhassa dağıtım şirketinin (ya da sağlayıcının) baskısı nedeniyle ilişkiye devam edileceği endişesi ise, idari yaptırımlar ile bertaraf edilebilir. Buna bir de geçersizliği eklemenin yararı yoktur.

Bu ilişkinin kendiliğinden geçersiz olduğunu kabul ettiğimizde, zaten herhangi bir ihtilaf çıkmadığı sürece pratik olarak geçersizliğin bir anlamı olmayacaktır. Taraflardan birinin geçersizliği ileri sürmesi ise, iki nedenden dolayı geçmiş dönem açısından sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. *İlk olarak* bayilik/intifa sözleşmelerinden oluşan dikey ilişki, sürekli edimli borç ilişkisi vasfını taşır. Bu tür bir ilişkide ise geçersizliğin geçmişe etkili olarak uygulanması, pratik güçlüklerden dolayı kabul görmez. *İkinci olarak* ise, geçersizliği bilen ve buna rağmen ilişkiye devam eden taraflardan birinin (sözleşme ilişkisinden sıyrılmak amacıyla) geçersizliği ileri sürmesi, (büyük olasılıkla) hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır. Dolayısıyla zaten geçmiş dönem açısından geçersizlik uygulama alanı bulmayacaktır.

Tabiatıyla bu yorum tarzının bazı ihtilaflara sebebiyet vermesi muhtemeldir. Örneğin ilişkiye devam eden bayiler, 18.9.2010 dönemi sonrasında başka bir nedenden dolayı ihtilafa düştükleri takdirde de, söz konusu ilişkiye baskı ile devam ettiklerini ileri sürerek Kuruma başvuru yapabilirler. Bu ise idari yaptırımların uygulanması riskini doğurur. Nitekim bundan dolayıdır ki dağıtım şirketlerinin basiretli davranarak ilişkileri yenilemeleri daha isabetlidir. Ama eğer yenilememişlerse, sırf bu nedenden dolayı devam ettirilen bayilik ilişkisinin geçersiz olduğunu kabul etmek de hukuk mantığına ve ekonomik realiteye uygun düşmemektedir.

<sup>107</sup> TEKİNAY S.S., AKMAN S., BURCUOĞLU H. ve ALTOP A. (1994), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, s.100; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, s.308,311; OĞUZMAN K. ve ÖZ T. (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi,

(MK.m.2/II hükmü ile) tarafların durumu bilerek sözleşme ilişkisine devam ettikleri hallerde, butlan yaptırımının törpülenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Peki, bu yorum somut olayda aynen kabul edilebilir mi? Tarafların ilişkiye devam etmeleri durumunda bayilik sözleşmesinin zaten geçerli bir şekilde kurulduğunu varsaydığımız için, ancak 5 seneden daha uzun süresi olan intifa sözleşmeleri açısından meselenin tartışılması anlamlıdır<sup>110</sup>. Pratik olarak tarafların ve bilhassa bayinin 5 seneden daha uzun süresi olan bir intifa sözleşmesine devam etme iradesine sahip olduğunu kabul etmek güçtür. İlişkiye devam halinde karine, sadece bayilik sözleşmesinin kurulduğudur. Nitekim intifa sözleşmesi, işlevi itibarıyla amacına yabancılaştığı, teminat ve kontrol aracı olarak kullanıldığı için, uygulamada bu ilişkiye de devam edilip edilmediğini belirlemek güçtür.

Dağıtım şirketinin intifanın geçerli olduğu varsayımıyla hareket ettiği bir kurguda ise, (yarattığı asimetrik ilişki nedeniyle) bayi ile aralarında bir ihtilafın çıkması son derece muhtemeldir. Bu ise Kurul kararlarını dikkate aldığımızda dağıtım şirketinin hiç de arzu etmediği bir sonuçtur. Sözün özü, pratik açıdan neredeyse intifa sözleşmesinin geçerliliği tartışma konusu yapılmayacaktır. Ama yapıldığını varsaydığımızda, Borçlar Hukukundaki yorumun Rekabet Hukukunda da benimsenebileceğini düşünüyoruz<sup>111</sup>.

### 3.1.2.3.3. Taraflardan Birinin İlişkiyi Sonlandırmak Arzusunda Olması

Nihayet *son olasılık*, taraflardan sadece birinin sözleşmeye devam etmeme iradesine sahip olmasıdır. Arz ettiği önem nedeniyle, sadece bayinin ilişkiyi sonlandırmak istemesi ihtimalini değerlendirelim. Sözleşme 18.9.2010 tarihinde kendiliğinden geçersiz hale geleceği için, esasen bayinin bozucu yenilik doğuran bir beyanda bulunmasına, mesela feshi ihbar etmesine gerek yoktur. Bayinin

İstanbul, s.121,122; farklı görüş için bkz. EREN F. (2001), *Borçlar Hukuku* 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, s.270,271

<sup>108</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Genel Hükümler, s.312 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.102 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.123 vd. YAVUZ N. (1998), *Uygulamada Sebepsiz İktisap*, Adil Yayınevi Ankara, s.146,147; Bu konudaki geniş bilgi için bkz. ALTAŞ Hüseyin (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara

<sup>109</sup> Bkz. Yargıtay 30.9.1988 T. ve E.1987/2, K. 1998/2 sayılı İBK.; 13. HD. 2.12.1991 T. ve E.1991/7217, K. 1991/10901

<sup>110</sup> Daha kısa süresi olanlar zaten bayilik sözleşmesi devam ederken sona erecektir. Dolayısıyla 18.9.2015 tarihinden daha uzun süresi olan intifa sözleşmelerinin durumu önem taşır.

<sup>111</sup> Her ne kadar Rekabet Hukukunda ortaya çıkan bu geçersizlik atipik özellikler arz etse de, burada farklı bir değerlendirmenin gerekli olduğunu düşünmüyoruz. Taraflardan biri, geçersizliği sonradan ileri sürdüğü takdirde, pekala bu itiraz hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilerek dikkate alınmayabilir (bu konudaki olasılıklar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, s.315 vd.).

sözleşmesel yükümlülükleri bu tarih itibarıyla sona ermektedir. Bayinin sadece, dağıtım şirketinin menfaatine hanel getirmemek ve sözleşmesel tasfiyenin dürüstlük kuralına uygun gerçekleşmesi adına, devam etmeme yönündeki iradesini dağıtım şirketine ihbar etmesi uygun olur.

Burada bir sorun tapudaki tescildir. Dağıtım şirketi bu kaydı terkinini talep etmediği sürece yolsuz tescil olarak varlığını korur. Dağıtım şirketi bu kaydı terkin ettirirse bir sorun ile karşılaşmaz. Aksi durumda istasyon maliki, tapu kaydının düzeltilmesi davası açarak (TMK.m.1025), intifanın terkinin mahkemeden talep edebilir. Malik burada, intifa sözleşmesinin RKHK'nin 4. maddesine aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ve bunun tescili yolsuz hale getirdiğini ortaya koyacaktır. Malik aynı zamanda dağıtım şirketinin menfi davranışını Rekabet Kurumu'na şikâyet edebilir. Kurul da, bu durumda ilgili teşebbüse kaydı terkin etmesi yönünde bir karar alabilir (RKHK.m.9/3)<sup>112</sup>.

Yargılamada gündeme gelebilecek bir konu, dağıtım şirketinin yargılama öncesi veya esnasında, sözleşmenin bireysel muafiyet alabileceğini ileri sürmesidir. Mahkeme bireysel muafiyet analizi yapma yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda, iddia eden tarafın Kuruma başvurusu ve bu esnada mahkemenin sorunu bekletici mesele yapması uygun olur. Zira burada Kurulun müspet yönde bir kararı, geriye yürüyecek ve ihtilafın esasını doğrudan etkileyecektir. Kurul ret kararı verirse, sözleşme geçersiz olacağı için mahkeme tapu kaydını düzeltecektir. Bireysel muafiyet kabul edildiği bir ihtimalde ise, sözleşme zaten geçersiz olmadığı için, mahkeme tapu kaydının düzeltilmesi talebini reddedecektir. Şüphesiz bundan sonraki senaryo, taraflar arasındaki ihtilafın mahiyetine göre yargılama konusu olabilecektir.

### 3.1.3. Geçersizliğin Mali Sonuçları: Sebepsiz Zenginleşme

Tartıştığımız senaryodaki üçüncü sorun, sözleşme ilişkisinin süresinden önce sonuçlanması nedeniyle, tarafların birbirlerine sözleşmenin süresinde sona ereceği varsayımıyla yaptığı kazandırmaların tasfiyesidir. Akaryakıt dağıtım ilişkilerinde, yatırım dağıtım şirketi tarafından yapıldığı için, pratikte bayinin zenginleşmesinin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, dağıtım şirketi bayiye yatırım yapmakta, bayi bu yatırımların karşılığını derhal ödemeyip, 15 senelik dağıtım ilişkisi süresince elde ettiği kazançtan pay vermek suretiyle geri ödemektedir. Nitekim Rapor'da da ifade edilen bu durum, intifa sözleşmelerinin aynı zamanda varlık nedenidir. Bu sözleşmeler uzun ekonomik ilişkinin hukuki zeminini oluşturduğu gibi; aynı etkileri nedeniyle sağlam bir

<sup>112</sup> Kurulun dava açma yetkisi olmadığı görüşü hakkında bkz. GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.561

teminat işlevi icra etmektedirler. Keza bazı dikey ilişkiler açısından, dağıtım şirketleri intifa hakkı karşılığında intifa bedelleri ödemektedirler.

Bu ilişkinin 5 senenin sonunda geçersizlik nedeniyle son bulması (dolayısıyla tarafların ilişkiye devam etmemesi), dağıtım şirketinin sözleşme ile beklediği geliri elde edememesine; bayinin de (somut olaya göre) zenginleşmesine sebebiyet verecektir. İşte bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın ise gelir kaybına uğramasına neden olan geçersizliğin mali sonuçları, hukuken nasıl tasfiye edilecektir? Tabiatıyla sözleşme geçersiz olduğu için, dağıtım şirketi bayiye sözleşmeye dayalı bir talep ileri süremez. Dolayısıyla talep hakkı doğrudan kanundan doğmalıdır.

Bu olgu, tipik bir *sebepsiz zenginleşme* teşkil eder (bkz. BK.m.61 vd. ayrıca bkz. RKHK.m.56). Sözleşme ilişkisinin öngörülen süreden önce geçersiz hale gelmesi, istasyon malikinin kendisine yapılan kazandırmalar nedeniyle dağıtım şirketi aleyhine haksız zenginleşmesine sebebiyet vermiştir. Bayinin zenginleşmesinin, geçerli bir hukuki sebebi yoktur. Zira sözleşmeler geçersiz hale geldiği için, hukuki sebep sonradan ortadan kalkmıştır (*condictio ob causam finitam*)<sup>113</sup>. Dağıtım şirketi, Borçlar Kanunu'nun 61 vd. hükümleri çerçevesinde bayiye karşı bir alacak hakkına sahiptir.

### 3.1.3.1 Alacak Hakkının Kapsamı

Bu alacak hakkının kapsamı nedir? Kurul kararları ve Birinci Daire Görüşü, bu konuda herhangi bir açıklama öngörmemektedir<sup>114</sup>. Doğal olarak iadenin kapsamı, genel hükümler yani Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64. maddeleri dikkate alınarak belirlenecektir<sup>115</sup>. Söz konusu hükümler incelendiği zaman aslında iade borcunun kapsamının büyük ölçüde hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlendiğini söylemek yanlış olmaz<sup>116</sup>.

Bu başlık altında, iadenin kapsamının nasıl belirleneceği, örneğin alacak hakkının hesaplanması konusunda açıklama yapılmayacaktır. Fakat bazı

<sup>113</sup> Bu sebepsiz zenginleşme görünümünden BK.m.61'deki ifadesi ile: "*vücudu nihayet bulmuş bir sebebe müsteniden*" zenginleşmedir.

<sup>114</sup> Daire Görüşü'nde aynen şu ifadeler yer almaktadır: "*4054 sayılı Kanunun 56. maddesinde, daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizlik nedeniyle geri istenmesi halinde, tarafların iade borcunun Borçlar Kanunu (BK)nun 63. ve 64. maddelerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar bu durumda beş yılı aşan süreler bakımından karşılıklı olarak münasip bir tazminat ödemek durumunda kalabileceklerdir.*" Bu konuların Kurul tarafından Repsol kararına benzer şekilde düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. ASLAN Y. İ. 2009, s.41

<sup>115</sup> BK.m.63 iyiniyetli ya da kötünüyetli olmasını dikkate alarak, zenginleşenin neyi iade edeceğini, 64. madde ise, mala yaptığı masraflardan hangisi ya da hangilerini davacı fakirleşenden talep edebileceğini düzenlemektedir.

<sup>116</sup> ULUSAN İ. (1984), *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, s.175,176

hususların altını çizmek uygun olur. İlk olarak iadenin kapsamının neye göre belirlenmeyeceğini vurgulamakta yarar vardır. Burada davacı dağıtım şirketi, ilişki devam etseydi kazanç payı ödemesinin toplam tutarını ya da yaptığı yatırım neticesinde davacının taşınmazındaki değer artışını talep edemez. Daha doğru bir deyimle bunlar iadenin kapsamının belirlenmesinde esas alınacak referanslar değildir. İlki sözleşmeye dayalı bir talebin konusu (müspet zararın tazmini), diğeri ise, kazandırmadan dolayı ortaya çıkan dolaylı zenginleşmelerdir<sup>117</sup>. Oysa sebepsiz zenginleşmede, ilk plandaki kazandırma dikkate alınır. Bu konuda doktrinde talep anındaki zenginleşme miktarının dikkate alınacağı belirtilmekteyse de<sup>118</sup>, bunun kanundan doğan bir hak olduğu dikkate alınırsa şartların gerçekleştiği anın esas alınması daha doğru gözükmektedir<sup>119</sup>. Bunun kapsamının belirlenmesinde de yine fark kuramı esas alınmakta<sup>120</sup>, fakat fakirleşme tutarı iadenin üst sınırını teşkil etmektedir<sup>121</sup>.

Kanun'un sistemine göre iadenin kapsamı, davalı zenginleşenin iyiniyetli olup olmamasına göre belirlenmektedir. Davalı iyiniyetli ise, ancak zenginleşme konusu kazandırmadan iktisaden faydalandığı ölçüde iade ile yükümlüdür<sup>122</sup>. Eğer kötüniyetli ise, bu durumda iktisaden faydalanmasa bile, tüm kazandırmadan sorumlu olur. Akaryakıt dağıtım ilişkilerinde ise, istasyon maliklerinin iyiniyetli olduklarını kabul edebiliriz. Fakat üçüncü dönemdeki kararlar ve özellikle Daire Görüşü ile birlikte artık bayının bir "ihtimal" olarak ilişkinin 18.9.2010 tarihinde bitebileceğini öngörmesi ve buna göre davranması beklenmelidir. Dolayısıyla (her ne kadar somut olayda belirlenmesi gerekirse

<sup>117</sup> Şartları gerçekleşmiş olsaydı bu ancak vekâletsiz işgörmeye temeline dayanan bir talebin konusu olabilirdi.

<sup>118</sup> ÖZ T. (1998), *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, s.149; OĞUZMAN ve ÖZ 1998, s.703; TEKİNAY vd. 1993, s. 750; ULUSAN 1984, s.33. Fakat meselenin Türk hukukunda tartışmalı olduğunu da belirtelim. Aksi görüşler için bkz. EREN 2001, s.589; SEROZAN R. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III. Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.363

<sup>119</sup> Bu şekilde yorumlanabilecek bir Yargıtay kararı için bkz. HGK. 19.1.1983, 1771/13 (karar için bkz. YAVUZ (1998) s.169-171). Bu durumda bir miktar para şeklindeki kazandırmalar açısından, kazandırmanın gerçekleştiği an ile iade talebinin söz konusu olduğu zaman arasındaki süre açısından paranın alım gücü dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde enflasyon nedeniyle iade alacaklısı daha kötü bir duruma sokulmuş olur (13. HD. 15.4.1997; 3132/3529; 13. HD. 22.5.1997; 11385/1392 kararlar için bakınız YAVUZ (1998), 565 vd.).

<sup>120</sup> Zenginleşenin malvarlığının iktisaptan sonra ifade ettiği değer ile bu iktisap gerçekleşmeseydi taşıyacak olduğu değer arasındaki fark zenginleşmenin kapsamını oluşturur (ÖZ, s.28; krş. ULUSAN, s.38). Fakat buradaki değişik kısmi hükümsüzlük nedeniyle fark kuramı aynen uygulama alanı bulmayacak, katsayı devreye girecektir.

<sup>121</sup> ÖZ 1998, s.36,37

<sup>122</sup> Davalının iade ile yükümlü olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması halinde iyiniyetli olduğu söylenebilecektir.

de) olası bir yargılamada dağıtım şirketinin, görüşün yayımlanma tarihinden itibaren bayinin iyiniyetinin ortadan kalktığını ispatlaması mümkündür<sup>123</sup>.

Peki, (iyiniyetli) bayinin sebepsiz zenginleşmeden doğan borcunun kapsamı nedir? Dağıtım şirketinin sözleşmenin geçerli olduğu inancıyla yaptığı tüm kazandırmalar aynen iade konusu olur mu? Şüphesiz olmaz. Burada iade borcunun kapsamı (somut olayın özellikleri farklı bir değerlendirmeyi gerektirmediği sürece) sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilen sürenin, toplam süreye oranlanması ile ortaya çıkan *katsayıya* göre belirlenecektir. Zira yapılan kazandırma, sözleşmenin tamamen geçersiz olmasından dolayı değil, öngörülen süreden önce sona ermesi nedeniyle sebepsiz hale gelmiştir. Bu bağlamda örneğin 15 senelik bir süre için akdedilen bir bayilik sözleşmesi 10. sene geçersizlik nedeniyle sona ermişse; buradaki katsayı 2/3 olacaktır. Dolayısıyla bayiye yapılan kazandırma tutarı her ne ise, bu tutarın katsayı ile çarpılması gerekecektir.

Zenginleşmenin kapsamı konusunda tartışma yapılabilecek bir husus, yapılan yatırımın vasfı nedeniyle, malikin gerçekten zenginleşip zenginleşmediğidir. Yatırımın vasfı ve tutarı her ilişkide farklı özellikler gösterebilir. Dağıtım şirketinin intifa bedeli adı altında ödeme yapması veya doğrudan nakdi yardım yapması durumunda sebepsiz zenginleşme açısından bir özellik yoktur<sup>124</sup>. Bu durumda fakirleşme ve zenginleşme birbirine eşit olacaktır<sup>125</sup>. Ama aynı yatırımlar açısından durum farklılaşabilir<sup>126</sup>. Eğer bu yatırımlar istasyonun ilgili dağıtım şirketinin ticari politikaları ve kurumsal değerleri dikkate alınarak yapılmışsa, en azından bir kısmının “*batık maliyet*”

<sup>123</sup> Burada olası bir itiraz, sözleşmelerin 5 sene ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, bayinin ve dağıtım şirketinin ilişkiye devam iradelerinin bulunması ihtimalidir. Yani bayi pekala henüz bu Görüş yayımlandığında, dağıtım şirketinden mal ve hizmet almaya devam etme iradesine sahip olabilir. Bu durumda ise iade yükümünde olduğu kesin değildir. Kanımızca bu kurguda dahi, olasılık olarak ilişkinin 18.9.2010 tarihinden süresinden önce biteceği bayiler tarafından bilinmektedir. Dolayısıyla bayinin bu olasılığı dikkate alarak tasarruflarda bulunması gerekir.

<sup>124</sup> Gerçi bu durumda da nakdi yatırımın belirli bazı amaçlar (istasyonun belirli şekilde inşa edilmesi, donanımların yapılması vs.) doğrultusunda kullanılması şartı öngörülebilir. Bu durumda ise aynı yatırımlardan farklı bir durum yoktur.

<sup>125</sup> Burada nakdi yardımın yapılma anı ile zenginleşmenin gerçekleştiği an aynı olmakla birlikte, bunun sebepsiz hale gelmesi sonraki bir tarihe tekabül etmekte; iade ise bundan da sonrasına denk gelmektedir. İadenin kapsamı talep anındaki zenginleşmeye göre belirlendiğine ve temerrüt faizi de talep öncesi de söz konusu olmayacağına göre, dağıtım şirketinin bir an önce talepte bulunmasında yarar vardır. Fakat burada nakdi kazandırmanın daha ilişkinin başında yapılması halinde, en azından talep anına kadar (paranın değerindeki değişmelerin telafisi için) kanuni faizin uygulanması gerektiği kabul edilebilir (bkz. ÖZ 1998, s.173).

<sup>126</sup> Yapılan aynı yatırımların (depolama sisteminin kurulması, makinelerin montajı, bina inşaatı, çevre düzenlenmesi vs.), bayinin taşınmazı üzerinde yapılmasından bahisle doğrudan kazandırma sayılacağından şüphe yoktur.

(*sunk costs*) vasfı taşıması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, bu yatırımlar büyük ölçüde o ilişki dikkate alınarak (*ilişki spesifik*) yapılmıştır. İlişkinin son bulması halinde ise bayi açısından ekonomik değeri olmayabilir. Altyapı yatırımları ve teçhizat, bu kapsamın dışında olmakla birlikte, dağıtım şirketinin marka ve logolarını taşıyan donanımı bu kabilden sayabiliriz. İşte bu yatırımlar nedeniyle bayinin gerçekten zenginleştiği söylenemez. Bu durumda iadenin kapsamı, dağıtım şirketinin fakirleştiği tutardan çok daha düşük olabilecektir.

### 3.1.3.2. Rekabet Hukuku Alacak Hakkını Talep Etmeye Engel Oluşturur mu?

Yine iadenin kapsamı ile ilgili olarak, dağıtım şirketinin bayiye, yüksek tutarlı bir eda davası açacağını beyan eden bir ihtar göndermesi acaba rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen fiili durum sayılabilir mi? Kılavuz'un 37. paragrafında belirtilen bu kaygı, Görüş'te de ifadesini bulmuştur<sup>127</sup>. Nitekim Avrupa Birliği hukukundaki Repsol kararında da bu kaygının ön planda olduğu ve bu nedenle de Repsol'un verdiği taahhütleri çeşitli defalar uyarladığı görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere<sup>128</sup> bu karara konu olayda yapılan kazandırmaların tasfiyesi ulusal hukuka bırakılmamış, Komisyonun soruna müdahil olması ile, bayiler tarafından ödenecek tutarın nasıl hesaplanacağı hususunda bir hesap yöntemi oluşturulmuştur.

Bu esasen yerinde bir kaygıdır. Bayinin finansman yapısına göre, yapılan yatırım tutarının kısmen dahi iadesinin talep edilmesi, bayinin ekonomik açıdan zorlanmasına sebebiyet verebilir. Bu durumda ise, 18.9.2010 sonrasında bayinin gerçekte aynı dağıtım şirketi ile devam etme iradesi olmasa bile, bu ekonomik yükün altına giremeyeceği için ilişkiye devam edebilir. Tabiatıyla bu, Kurul kararlarıyla varılmak istenen sonucu sekteye uğratabilecektir. Peki, bu gibi durumlarda Kurul müdahale edebilir mi? Fikrimizce çok istisnai haller dışında bu kabul edilmemelidir. Kurul ancak dağıtım şirketi ile bayinin

<sup>127</sup> Görüş'te yer alan açıklama aynen şu şekildedir: "İntifa sözleşmesi karşılığında dağıtıcı şirket tarafından bayiye yapılacak yatırımın tutarı ve geri dönüş süresi de; beş yılın sonunda bayinin bayilik sözleşmesini sona erdirmesini engellemeyecek şekilde belirlenmelidir. Örneğin bayiye gerekli olandan yüksek miktarda kredi ya da borç verilmesi ve beş yılın sonunda bu bedellerin bayiden talep edilerek bayinin sözleşmesini sona erdirmesinin engellenmesi ya da zorlaştırılması, duruma göre "fiili bir engel" olarak nitelendirilebilir. Böyle bir durumda söz konusu bedellerin beş yılın sonunda talep edilmesi gibi yükümlülükler, 2002/2 sayılı Tebliğ'in açıklanmasına ilişkin kılavuzun 37. paragrafında belirtilen anlamda, bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen fiili bir durum olarak nitelenebildiği surece geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca asıl olan; anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren her beş yılın sonunda, bayinin mevcut anlaşmayı sonlandırmak ya da yeniden müzakere ederek azami beş yıllık bir süre için yenilemek konusundaki özgür iradesinin tam olarak ortaya konulabilecek olmasıdır."

<sup>128</sup> Bkz. 2.2.2.

sözleşmenin süresinden önce herhangi bir nedenden dolayı sona ermesi halinde yapılacak ödemeler konusunda yaptıkları bir protokolün veya dağıtım şirketinin salt baskı altına amaçlı eylemlerinin<sup>129</sup> olması halinde müdahale edebilir. Yoksa dağıtım şirketinin yaptığı kazandırmaları, zaten kendisi açısından pek de elverişli olmayan sebepsiz iktisap yoluyla talep ettiği bir durumda, bunun Rekabet Hukuku engeline takılması söz konusu olmamalıdır<sup>130</sup>. Dağıtım şirketi, kazandırmayı bayiden talep edecek ve eğer bayiyle tutar konusunda uyuşma olmazsa, dava yoluna gidecektir. Dağıtım şirketinin dava açtığı bir ihtimalde Kurulun bu işleme yaptırım uygulaması; mesela RKHK'nin 9. maddesine göre bir karar olması söz konusu değildir<sup>131</sup>. Bu Anayasa ile teminat altına alınmış hak arama özgürlüğüne (m.36) aykırı olduğu gibi, RKHK'nin 56. maddesiyle de çelişkili olur.

İktisadi açıdan da bu yaklaşımın olumsuz bazı yansımaları vardır. Sebepsiz zenginleşme taleplerine olası bir müdahale, dağıtım şirketlerinin (bu içtihatlar nedeniyle) zaten olumsuz etkilenen yatırım yapma güdülerini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu sadece akaryakıt değil, diğer tüm sektörleri olumsuz etkileyebilir. Daha da önemlisi, kazandırmayı iade ile yükümlü olmayan bayiler için bu durum sözleşmeyi sonlandırma yönünde güdü yaratacak ve/veya bu dağıtım şirketlerine karşı (pazarlık sürecinde) ilave bir koz olarak kullanılacaktır. Bu ise kaynak tahsisinde etkinsizliğe neden olacaktır.

### 3.1.3.3. Zamanaşımı Sorunu

Nihayet tartışma konusu yapılabilecek bir konu da, zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağıdır. Bu konu, inceleme konusu ihtilaflar açısından özellik arz etmektedir. Kısaca açıklayalım. Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, davacının geri alma hakkının varlığını öğrenmesinden itibaren 1 sene (sübjektif

<sup>129</sup> Bkz. mesela 12.1.2010 T. ve 10-04/52-26 sayılı Total Başol Kararı

<sup>130</sup> Kanun, sebepsiz iktisap davasında iadenin kapsamı sınırlandırdığı gibi (elde kalan savunması - BK.m.63-, masrafların talebi imkânı -BK.m.64- hakkaniyet sınırlaması vs.), yukarıda bahsettiğimiz aynen yardım gibi bir kurguda somut olayın özelliği gereği dağıtım şirketi fakirleştiği tutarın tamamını (zenginleşmenin daha az olması nedeniyle) talep edemeyecektir. Dolayısıyla somut bir olayda, hukuken iadeye tabi iade tutarı zaten Kılavuz'un 37. maddesinde bahsedilen türden bir fiili engel sayılmayacaktır. Sayılsa bile biz artık burada Rekabet Hukukundan doğan bir müdahale olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

<sup>131</sup> Bu kurguda Kurul dava açılmasını bir ihlal olarak nitelendirip, dağıtım şirketine dava açmaktan kaçınması ya da talep ettiği alacak tutarını uyarlamasını emreden bir yazı gönderecek; dağıtım şirketi buna uygun davranmazsa soruşturma açacaktır. Soruşturma neticelendiği durumda ise, idari para cezası verilecektir. Tabi burada mahkeme talep edilen tutar hükmederse o zaman Kurul kararının durumu ne olacaktır? Dolayısıyla pratik açıdan da aksi çözümün benimsenmesi mümkün gözükmemektedir. Kurul hiçbir şekilde dağıtım şirketinin dava açmasına engel olabilecek bir müdahalede bulunamaz. RKHK sadece sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir, yoksa hak arama ve dava açma özgürlüğüne değil.



ve nispi)<sup>132</sup> ve her durumda hakkın doğduğu tarihten itibaren 10 sene (mutlak ve objektif) içerisinde zamanaşımına uğrar (BK.m.66). Olağan bir sebepsiz zenginleşme kurgusunda hak sahibi zenginleşme olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte ya da bundan sonra zenginleşeni ve kapsamını öğrenir. Oysa akaryakıt dağıtım sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda geçersizlik gelecekteki belirli bir tarihte gerçekleşeceği için, hak sahiplerinin öğrenme tarihi de ilişkinin sona ermesinden önce bir tarihe tekabül etmektedir. Eğer öğrenme anı esas alırsa, bu durumda zamanaşımı süresinin, henüz ilişki sona ermeden dolması riski söz konusudur.

Peki, bu risk gerçekçi midir? Yani mesela akaryakıt istasyonu sahibinin kendisine karşı açılan sebepsiz iktisap davasında, davacının öğrenme anının 1. Daire Görüşü'nün yayınlandığı tarih (veya üçüncü dönem Kurul kararlarının tarihi) olduğunu iddia ederek, 1 senelik zamanaşımı süresinin dolduğu yolunda bir defa ileri sürebilir mi? Netice itibarıyla pekâlâ dağıtım şirketi ilişkinin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağını ve başlangıçta yapılan yatırımların sebepsiz hale geldiğini (basiretli tacir olarak) öngörebilir. Mahkemeler bu tür bir savunma (defi) karşısında nasıl karar vermelidirler?

Bu kaygı yerinde olmakla birlikte, zamanaşımı süresinin ilişki sonlanmadan başlamayacağını düşünüyoruz. Bize göre zenginleşme, ilişkinin geçersiz olduğu andan önceki bir zamanda gerçekleşmemektedir. Bu an ise, en erken 18.9.2010 tarihidir. Dolayısıyla örneğin Kurulun bu sözleşmeler ile ilgili politikasının ana hatlarını açıklayan 12.3.2009 tarihli duyuru, öğrenme anına (ve dolayısıyla 1 senelik sürenin başlangıcına) esas oluşturmaz. Zira bu tarihte sözleşmeler geçerlidir ve zenginleşme şartı gerçekleşmemiştir. Zenginleşme gerçekleşmeksizin, zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz<sup>133</sup>. Nihayet tüm sözleşmeler açısından bireysel muafiyet olasılığı bulunduğu göre, 18.9.2010 tarihinde bile süre kendiliğinden işlemeye başlamaz. Sürenin Kurul tarafından verilecek bir bireysel muafiyet talebinin reddi kararından itibaren işlemeye

<sup>132</sup> Davacının dava açma hakkını kesin olarak bilmesi gerektiği gibi, zenginleşen kişinin kimliğini, zenginleşmenin kendisine ait olduğunu ve nihayet haksız zenginleşmenin miktarını fiilen bilmesi de şarttır (EREN 2001, s.894; OĞUZMAN ve ÖZ 1998, s.765; ÖZ 1998, s.177; krş. SEROZAN 2009, s.384).

<sup>133</sup> Zenginleşme olgusu gerçekleşmeden, öğrenme anında zamanaşımı süresinin başlayacağını kabul ettiğimizde, hukukten kabul edilemez bazı sonuçlar doğabilir. Farz edelim ki taraflar 12.3.2009 tarihinde sözleşmelerin sona ereceğini ve kendilerinin de iade ile yükümlü olduğunu öğrenmiş olsunlar. Bu durumda süre 12.3.2010 tarihinde sona erecektir. Dağıtım şirketinin de 12.3.2010 tarihinden önce dava açması gerekmektedir. Peki, bu durumda zenginleşme gerçekleşmiş midir? Hayır. Ortada henüz dava konusu yapılabilecek bir zenginleşme yoktur zira henüz sözleşme geçerlidir. Bu durumda dava açılmaz. Dolayısıyla öğrenme, en erken zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren zamanaşımı süresine esas teşkil edebilir.

başlayacağını düşünüyoruz<sup>134</sup>. Zira bu karara kadar sözleşmelerin geçersizliği “olasılık”tan ibaret olduğuna göre, kesin öğrenme şartı gerçekleşmiş kabul edilemez. Nihayet bireysel muafiyet ihtimalinden bağımsız olarak<sup>135</sup>, ilişkiler anılan tarihte (veya 18.9.2005 tarihinden daha sonra kurulanlar 5 senelik sürelerin dolmasıyla birlikte) geçersiz hale gelecek olmakla birlikte, mutlaka sonlanmayacaktır. Yani Kurul kararları, her ilişkinin 5 senelik maksimum süreye sahip olacağını söylememektedir. Taraflar pekâlâ 5 senenin sonunda ilişkiye devam edebilecekleri için, henüz 5 sene dolmadan zenginleşmenin gerçekleştiğini ve dağıtım şirketlerinin durumu “kesin” öğrendiğini ileri sürmek<sup>136</sup>, aynı zamanda kâhin olmayı gerektirir<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Burada da karşımıza iki olasılık çıkacaktır. Taraflar sözleşmelerini Kurum’a bildirmiş olabilirler. Bu durumda sorunun çözümü yukarıdaki gibidir. Peki başvurmamışlarsa? Bu ihtimalde dahi sözleşmelerin otomatik olarak geçersiz olmayacağını düşünüyoruz. Fakat eğer taraflar tasfiye sürecine girmişlerse, bu durumda pratik olarak sürenin 18.9.2010 tarihinde başlayacağını kabul etmek gerekir. Bunun nedenine gelince, 18.9.2010 tarihinde bayinin devam etmeme yönünde iradesi nedeniyle, tasfiye sürecine girildiğini varsayalım. Eğer dağıtım şirketi bireysel muafiyet talebinde bulunmayıp, bir seneden fazla bir süre geçtikten sonra mesela 18.10.2011 tarihinde sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir dava açmışsa, bireysel muafiyet itirazı yapılamaz. Burada bayi/malik zamanasını defî ileri sürdüğü zaman, dağıtım şirketi buna karşılık olarak ilişkinin bireysel muafiyet koşullarını taşıdığını ileri süremez. Zira kendisi sebepsiz iktisap davası açmakla, sözleşmenin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Keza 18.9.2010 tarihinden itibaren uzun bir zamanın geçmesini bekleyip bireysel muafiyet başvurusu yaparsa, yine burada hakkın kötüye kullanılması kuralının işletilmesi düşünülebilir. İlişkinin geçersizliği ihtimalinin bu kadar yüksek olduğu bir senaryoda, dağıtım şirketinin ilişkinin zaten geçerli olduğunu düşünerek geç bir tarihte bu tür bir başvuru yapmasını hukuken himaye etmek anlamlı değildir. Pratikte de bunun gerçekleşeceğini düşünmüyoruz.

<sup>135</sup> Billhassa Kurul kararları ışığında pratikte bireysel muafiyet alma olasılığının düşük olduğunu kabul edebiliriz. Yukarıdaki senaryo daha ziyade bu ihtimale ilişkindir.

<sup>136</sup> Gerçi şunu da belirtelim bireysel muafiyet olasılığını bir kenara bırakırsak, taraflar ilişkinin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağını bilmektedirler. Taraflarda devam etme iradesi olsa bile, artık bu taraf iradeleri ile yenilenen bir sözleşmedir. Dolayısıyla denilebilir ki, yenileme sonucunda yeni bir sözleşme ortaya çıktığına göre tarafların devam iradesine sahip olması, sebepsiz iktisap alacağının doğumuna engel oluşturmaz. Yani dağıtım şirketinin ilk sözleşmeden doğan bir alacak hakkı vardır. Bu durumda herhalde yenileme ile birlikte, dağıtım şirketinin bu haktan feragat ettiğini kabul etmek gerekir. Fakat bu teorik mülahazaya rağmen bize göre zamanasını süresinin başlangıcı açısından, yenileme ihtimali kesin öğrenme şartının gerçekleşmemesine neden olmaktadır.

<sup>137</sup> Dolayısıyla sebepsiz iktisap davasında olası bir zamanasını defî açısından risk, istasyon malikinin kesin olarak 18.9.2010 tarihinden itibaren ilişkiye devam etme iradesine sahip olmadığını dağıtım şirketine ihbar etmesi halinde söz konusu olabilir. Zira bu kurguda ilişkiye tarafların anılan tarihten sonra devam etmeyecekleri ve pratik olarak bireysel muafiyet alma olasılıklarının da bulunmadığı söylenebilir. Gerçi şunu da belirtelim, bu ihtimalde dahi halen bireysel muafiyet olasılığı mevcuttur. Çünkü muafiyet, yeniden satıcı tarafın iradesinden bağımsız olarak, ilişki şartları taşıyorsa uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla pekâlâ dağıtım şirketi (ihtilafın olduğu somut) ilişkinin bireysel muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığına dair Kuruma bir başvuru yapabilir. İlişki şartları taşıyorsa Kurul muafiyet kararı vereceği için, yeniden satıcı bayi

Bir an için zamanaşımı süresinin 12.3.2009 tarihinden itibaren başladığını düşünelim. Bu durumda 5 senelik ilişki dolmadan (yani 18.9.2010 tarihi gelmeden), dağıtım şirketleri zamanaşımı riskini bertaraf etmek amacıyla sebepsiz iktisap davası açacaklardır. Davaların açılması ise, arzu edilmeyen bazı sonuçlar doğuracaktır. Bir kere davanın açıldığı bir kurguda, dağıtım şirketi ile istasyon arasındaki ticari ilişki sekteye uğrayacaktır. Taraflar, aralarında yargılama devam ederken, ticari ilişkiyi verimli bir şekilde yürütemezler. Dolayısıyla iktisadi açıdan ilişkiye devam etme iradesine sahip olan taraflar, sırf bu nedenle ilişkilerini sonlandırabilirler<sup>138</sup>.

İkinci bir husus ise, arzu edilenin (ve bu durumun) tam aksine, talep edilen alacak tutarının, bayinin üzerinde bir baskı unsuru oluşturma ihtimalidir. Eğer bu davalar, zamanaşımı kaygısı nedeniyle ilişkinin hukuken sonlanmasından önce açılacak olursa, talep tutarından ötürü bayilerin olağan şartlarda devam etmeyecekleri ilişkiye devam etme hususunda güdüleri olabilir<sup>139</sup>. Bu ise, Rekabet Kurulu kararları ile istenilenin tam aksine neticeler doğurur. Dolayısıyla bayi ve dağıtım şirketlerinin iktisadi açıdan (daha) doğru kararlar vermeleri açısından da zamanaşımı süresinin ilişkinin sonlanmasından sonraki bir dönemde başlamış olması isabetli gözükmektedir.

Özetle, zamanaşımı süresi hiçbir şekilde 18.9.2010 tarihinden önce başlamayacaktır. Zira bu tarihten önce ilişkinin bireysel muafiyet alma ve/veya devam etme olasılığı bulunduğu için, henüz “kesin öğrenme” şartı dağıtım şirketi açısından gerçekleşmez. Dolayısıyla 1 senelik süre en erken 18.9.2010 tarihinden itibaren başlar. Fakat bu tarih bile, tarafların ilişkiye devam etme ve bireysel muafiyet imkanı nedeniyle 1 senelik sürenin başlangıcına esas olmaz. Burada ikili ayırım yapmak gerekir. Taraflar ilişkiye devam ediyorsa, ortada halen bir zenginleşme olmadığı (ve olup olmayacağı da belli olmadığı için) süre işlemeye başlamaz. Eğer taraflar ilişkiyi sonlandırmışlarsa, bu durumda

---

rekabet hukuku nedeniyle ilişkiyi sonlandıramayacak, olsa olsa olağanüstü fesih yoluna gidebilecektir. Bu itibarla, bu gibi kurgular açısından zamanaşımı riski, dağıtım şirketinin Kuruma bireysel muafiyet yapması ile tamamen bertaraf edilebilir. Fakat tekrar belirtelim, burada da sübjektif zamanaşımı süresi 18.9.2010 tarihinden önce başlamamaktadır. Zira ne olursa olsun, bu tarihten önce dağıtım şirketinin geçersizlik ve zenginleşme konusundaki bilgisi kesinliğe değil, bir olasılığa dayanmaktadır.

<sup>138</sup> Bir başka olasılık ise, dağıtım şirketinin (özellikle ilişkiye devam etme niyetindeyse) bayi ile olan ticari ilişkiyi bozmamak kaygısıyla, dava açmaktan imtina etmesidir. Zira dava açtığı bir kurguda, ilişkiye devam niyeti olsa bile pekala bayi fikrini sırf davanın açılmış olması nedeniyle değiştirecektir.

<sup>139</sup> Dağıtım şirketlerinin sebepsiz iktisap davası açmalarının rekabet hukuku engeline de takılmayacağını kabul ettiğimiz için, (bkz. 3.1.3.2) bu davaların ilişki üzerinde çift yönlü olumsuz etkileri olacaktır.

18.9.2010 tarihi itibarıyla geçersizliğin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz<sup>140</sup>. Zamanaşımı süresinin ise, ancak bu tarihten itibaren başlaması söz konusu olacaktır<sup>141</sup>. Buna karşılık dağıtım şirketi ilişkiyi devam etme arzusunda ise ve ilişkinin de muafiyet koşullarını taşıdığı düşünüyorsa, bireysel muafiyet başvurusunda bulunmalıdır. Böyle bir durumda ise zamanaşımı süresi ancak Kurulun bu talebi reddettiği andan itibaren işlemeye başlar.

### 3.2. Üçüncü Dönemden Sonra Kurulan Dikey İlişkiler

Bu dönemde kurulan dikey ilişkilerin özelliği, tarafların süre konusundaki Kurul içtihatlarını ve uzun süreli sözleşmelere karşı olası hukuki yaklaşımı biliyor

<sup>140</sup> İlişki fiilen sonlandırılmış ve bireysel muafiyet başvurusunun reddedilmişse (veya böyle bir başvuru yoksa), bu durumda geçersizlik 18.9.2010 tarihinden itibaren başlar ve her durumda objektif zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlar ve 18.9.2020 tarihinde sonlanır.

<sup>141</sup> Burada ise çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir. İlk olasılık, tarafların ve özellikle dağıtım şirketinin ilişkinin bireysel muafiyet alamayacağını bilmesi ve bu nedenle geçersizlik konusunda kesin bir yargıya sahip olmasıdır. Bu ihtimalde artık süre 18.9.2010 tarihinde başlayacaktır. İkinci olasılık, istasyon sahibinin iradesi nedeniyle tarafların ilişkiye devam etmemeleri durumudur. Bu durumda ilişkinin fiilen son bulması, ancak bireysel muafiyet şartlarını taşımaması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla dağıtım şirketi eğer ilişkiye devam etmek niyetindeyse, bu durumda ancak bireysel muafiyet şartları var ise bu iradesi hukuken geçerlilik kazanacaktır. Bu noktada en uygun yaklaşım ise dağıtım şirketinin ilişki son bulmadan evvel bayilik ve intifa sözleşmelerini Kuruma bildirmesidir. Kurul kararı verilmeye kadar dağıtım şirketi geçersizliği ve zenginleşmenin gerçekleştiğini “kesin” olarak bilmeyeceği için bu durumda zamanaşımı süresi (ilişki muafiyet talebinin reddedilmesinden dolayı 18.9.2010 tarihinde geçersiz olsa bile) Kurulun red kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Burada ilginç bir olasılık tabi dağıtım şirketinin bireysel muafiyet başvurusunda bulunmamasıdır. Yukarıda bu gibi kurguda açılan sebepsiz iktisap davasında, istasyon malikinin zamanaşımı defni ileri sürmesi karşısında ilişkinin bireysel muafiyet kapsamında olduğunu itiraz olarak ileri süremeyeceğini belirtmiştik. Zira bu çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturur. Peki dağıtım şirketi sözleşmeye dayalı alacak davası açarsa ne olacaktır? Burada da çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bir kere dağıtım şirketinin bu davayı 18.9.2010 tarihinden çok geç bir tarihte açmamalıdır. (bu teorik olasılığı) Pratik olarak düşündüğümüz zaman 18.9.2010 tarihinden geç olmayacak bir tarihte istasyon maliki dağıtım şirketi ile yeni bir sözleşme yapmak istemediğini beyan edecek, dağıtım şirketi ise (eğer sözleşmenin geçerli olduğunu düşünüyorsa) bu ihtar cevaben sözleşmenin geçerli olduğunu zira bireysel muafiyet kapsamında olduğunu ve dolayısıyla da sözleşmeden doğan borcuna riayet etmesi gerektiği ihtar edecektir. Kurul kararları çerçevesinde (her ne kadar bireysel muafiyet başvurusu yapma yükümlülüğü yoksa da) dağıtım şirketinin bu aşamada derhal Kuruma başvuru yapması tavsiye edilir. Eğer yapmamışsa, ilişkinin fiilen sonlanması üzerine ise, dağıtım şirketi alacak davası açacaktır. Bu davada ise istasyon maliki Kurul kararları ve Daire Görüşü’nü gerekçe göstererek ilişkinin anılan tarihten itibaren geçersiz olduğunu itiraz olarak ileri sürecektir (veya ileri sürmese bile hakim tarafından resen gözetilecek) ve davanın reddini talep edecektir. Dağıtım şirketi de ilişkinin bireysel muafiyet kapsamında olduğu savunma olarak ileri sürecektir. Mahkeme bu iddiayı değerlendirme iktidarına sahip olmadığı için, sorunu (takdirine göre) bekletici mesele yapacak ve ihtilaf konusu sözleşmeleri Kuruma gönderecektir. Kurumun red kararıyla birlikte sözleşme 18.9.2010 tarihinden itibaren geçersiz kabul edilecek, ama sübjektif zamanaşımı Kurumun red kararından itibaren başlayacaktır.

olmalarıdır. Bu bağlamda artık sözleşmelerin uzun süreli olarak akdedilmesi ihtimali zayıftır. Bu nedenle de, yukarıda bahsedilen geçersizlik, sebepsiz iktisap ve işlem maliyetlerine dair sorunlar bu evrede görülmeyecektir. Bu dönemden sonra kurulan dikey ilişkilere dair iki sorundan bahsedebiliriz.

İlk sorun, dağıtım şirketlerinin bundan böyle uzun süreli intifa sözleşmesi akdetme imkânlarının zayıflaması nedeniyle, dağıtım sisteminin yenilenmesi sorunudur. Tabiatıyla sorun olan yenilemenin kendisi değil; bunun neden olacağı belirsizliktir. Bilhassa sözleşmelerin halen bireysel muafiyet alma olasılıklarının varlığı, dağıtım şirketlerinin uzun süreli sözleşmeler akdederek Kuruma başvurmalarına yol açacaktır ki bunun olası sonuçlarını aşağıda ele alıyoruz<sup>142</sup>. Bu durumda akaryakıtın ne şekilde dağıtılacağı, bunun hukuki esasları yakın dönemde Kurul tarafından verilecek kararlar ile netleşecektir.

İkinci sorun ise dağıtım şirketlerinin yatırım yapma güdülerinin olumsuz etkilenmesidir. Bu, sözleşmelerin 5 sene süre ile sınırlanmasının doğal neticesi olarak görülmelidir. Bunun istasyon malikleri açısından sonucu, gereken altyapı ve donanım maliyetlerinin yükselmesidir ki bu son tahlilde istasyon kurulmasının maliyetlerini arttırabilir<sup>143</sup>. Muhtemelen buna bağlı olarak daha az istasyon kurulacak<sup>144</sup>, kurulan istasyonlardaki altyapı ve donanım kalitesi de düşebilecektir. Bunun ise tüketici refahını olumsuz etkilemesi riski vardır<sup>145</sup>.

#### 4. GELECEK (DÖRDÜNCÜ) DÖNEM HAKKINDA ÖNGÖRÜLER

##### 4.1. Dördüncü Dönem Kararları

Üçüncü dönemde verilen kararlar, 18.9.2010 tarihinden itibaren akaryakıt dağıtım sektöründe yeni bir döneme girileceğine işaret etmektedir. *Dördüncü dönem* olarak adlandırabileceğimiz bu dönemde, Kurulun sektörde oluşan belirsizliği giderecek tarzda düzenlemeler yapması veya en azından kararlar

<sup>142</sup> Bkz. 4.

<sup>143</sup> Tabiatıyla burada yapılan zımnî varsayım, kredi piyasalarının etkin bir şekilde işlemediğidir ki bunun tartışılabilir olduğunu kabul ediyoruz.

<sup>144</sup> Belki de daha doğru bir ifade her sene açılan istasyon sayısında bir azalmanın olması yani piyasanın büyüme hızının yavaşlamasıdır.

<sup>145</sup> Bunun her durumda tüketici refahını olumsuz etkilediğini iddia etmiyoruz. Zira daha az kaliteli altyapı ve donanım olsa bile, son tahlilde bunun ürün fiyatına yansıtacağı kabul edilebilir. Daha ucuz ürün ve kalitesiz istasyon ikileminde pekala tüketicilerin önemli bir kısmı ilkin tercih edebilir. Bu tüketicilerin bu parametrelerden hangisini daha çok değerledikleri ile ilgilidir. Ama belirtmek gerekir ki (kartelleşme gibi bir olgu yoksa) mevcut durumda istasyon yatırımının bu seviyede yapılması, (eğer dağıtım şirketleri rasyonel davranıyorlarsa) tüketicilerin ikincisine de en az ilki kadar değer attiklerinin işaretidir. Diğer taraftan istasyon sayısının azalması da, optimum istasyon sayısını bilmediğimize göre başlı başına olumsuz bir durum değildir.

alması gerekmektedir. Burada ideal olan, daha önce de belirttiğimiz üzere<sup>146</sup> aynen otomotiv sektöründe olduğu gibi, sektöre özgü bir düzenleme yapılmasıdır<sup>147</sup>. Ama şu ana kadarki uygulamalar, Kurulun bu politika tercihinde bulunmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Kurul vereceği kararlar belirsizliğin giderilmesinde temel rolü oynayacaktır.

Nitekim 2010 yılı başından bu yana Kurul bu belirsizliği azaltacak bazı kararlar vermiştir<sup>148</sup>. Bu makalenin hazırlandığı esnada henüz sadece iki gerekçeli karar yayımlandığı için, bu kararlarda benimsenen ilkelerin, gelecek dönemde ne ölçüde izleneceği tartışılabilir. Ama bu iki karardaki genel ifadelerden ve (henüz gerekçesi yayımlanmayan) diğer kararların sonuç kısımlarından anlaşıldığı üzere, Kurulun ikili bir ayırım yaptığı ve bundan sonraki politikasını bu ikili ayırım üzerinde inşa edeceği söylenebilir.

Bu konuda ilk verilen karar Opet-Mehmetçik kararıdır<sup>149</sup>. Opet ve Mehmetçik İnşaat, 15 sene süreli bayilik ve kira sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiyi Kuruma bireysel muafiyet için bildirmişler ve Kurul dikey ilişkiye 10 sene süre ile bireysel muafiyet vermiştir. Kurul ilk tespit olarak sözleşmenin Tebliğ'in izin verdiğinden daha uzun süreye sahip olması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin kapsamının dışında olduğunu tespit etmiş ve bireysel muafiyet analizine geçmiştir. Analizin ilk koşulu açısından Kurul, yeni ürün veya üretim tekniklerinin bulunmasına imkan vermeyen akaryakıt dağıtımında, sadece yapılan yatırımın büyüklüğü nedeniyle bir etkinlikten bahsedilebileceğini belirtmiş ve bu konuda mehzadaki uygulama ve doktrine atıfta bulunmuştur.

Kurul, yeni istasyon kurulacak olması nedeniyle dağıtım şirketinin ilişkiye özgü bazı yatırımlar yapacağı ve bunun da arazinin değerlendirilmesi, istihdam sağlanması ve Mehmetçik İnşaat'ın piyasaya girmesine imkân vereceği gerekçeleriyle 5/2.a. maddesi şartının yerine getirildiği tespitini yapmıştır. Tüketicinin bu sınırlamalardan sağladığı yarar ise, bölgede yeni bir istasyonun faaliyet göstermesi ve finansman sayesinde daha kaliteli ve güvenli hizmetin sunulmasıdır. Kurulun analizinde belirleyici olan ise, 5/2.c maddesindeki değerlendirmedir. Kurul benzer nitelikleri dağıtım ağları nedeniyle ortaya çıkabilecek piyasa kapama etkisinden bahsetmiş, ama burada piyasa payı temelli

<sup>146</sup> GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.576

<sup>147</sup> Bkz. 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ, 12.11.2005 T. ve 25992 sayılı RG.

<sup>148</sup> Bkz. 31.3.2010 T. ve 10-27/410-156 sayılı BP-Akata Petrol Kararı, 31.3.2010 T. ve 10-27-408-154 sayılı Petrol Ofisi-Öz Petrol Kararı; 18.3.2010 T. ve 10-24/338-122 sayılı Total Kararı; 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı; 25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Petrol Kararı

<sup>149</sup> 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı

bir yaklaşımdan ziyade, yapılacak yatırımın mahiyetini esas alan bir değerlendirmenin tercih edileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede, yalnızca “ilk kez kurulacak istasyonlar” bakımından ve “istasyona özgü yatırımın dağıtıcı tarafından üstlenildiği” hallerle sınırlı kalmak kaydıyla 5 yılı aşan süreler bakımından muafiyet tanınabilir. Bu durumda ortaya çıkacak kümülatif etki, piyasanın rakiplere ya da yeni girişlere kapanmasına sebebiyet vermeyecektir. Son şart açısından ise Kurul tarafların talep ettiği 15 senelik sürenin, yapılan yatırımın amorti edilmesi için gerekli olmadığını, bunun için 10 senelik sürenin yeterli olabileceğini belirtmiştir<sup>150</sup>.

Fakat karar aynı zamanda bir “koşul” (şart) içermektedir<sup>151</sup>. Buna göre, 5. seneden sonra, bayinin ilişkiye özgü yatırımın kalan tutarını tazmin etmesi kaydıyla sözleşmeyi feshetmesine imkan veren bir sözleşme hükmü konulması şartıyla muafiyet verilmiştir. Bu şekilde hem dağıtım şirketlerinin yatırım güdülerinin olumsuz etkilenmemesi sağlanmış, hem de bayinin makul bir süreden sonra ilişkidenden kurtulması imkânı teminat altına alınmıştır.

Bu konudaki diğer karar, Delta Akaryakıt ile muhtelif bayiler arasındaki sözleşmelerin bildirilmesi üzerine alınmıştır<sup>152</sup>. Burada kira yerine intifa sözleşmesi yer almakta ama bildirim konu sözleşmeler ve buna temel olan ekonomik ilişkiler büyük paralellik arz etmektedir. Kurul 15 sene süreli olan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışında kaldığını tespit ettikten sonra, doğrudan bireysel muafiyet analizine geçmiştir. Bu analiz ise, bir önceki Opet-Mehmetçik İnşaat kararındakiyle tamamen örtüşmektedir. Kurul burada da aynı gerekçeler ile aynı sonuca varmıştır. Dolayısıyla sözleşme bayiye, dağıtım şirketinin ilişkiye özgü yatırımın kalan kısmını tazmin etmesi suretiyle fesih hakkı vermesi şartıyla, 10 sene süre ile bireysel muafiyet olacaktır.

İkinci kararın bir özelliği, dağıtım şirketinin yeni ve piyasa payı itibarıyla küçük bir teşebbüs olmasıdır. Kurul buna rağmen ayrı bir değerlendirme yapmamış, hatta bu analizin küçük ya da büyük tüm dağıtım şirketleri açısından uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bu iki

<sup>150</sup> Taraflar anlaşma ile kurulacak olan istasyona yapılacak yatırım tutarının, işletme giderleri düşülmek suretiyle sıfırlanabilmesi için, istasyonun bir bayi tarafından Opet markası altında asgari beş yıl üç ay süre ile işletilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Buna karşılık anlaşma süreleri 15 senedir. Kurul bu yatırımların dahi bir kısmının ilişkiye özgü olmadığını, kalan 10 senelik sürenin neden gerekli olduğu hususunda tatmin edici bir açıklamanın yapılmadığı gerekçeleriyle bu süreyi gereğinden uzun bulmuştur. Dolayısıyla Kurul’a göre 15 sene, somut olayda rekabetin gereğinden fazla sınırlanması anlamına gelmektedir.

<sup>151</sup> Kurul, tarafların iradesi yerine geçerek sözleşmeye müdahale edemeyeceğine göre, bu uygulama ancak bireysel muafiyete eklenecek bir şart vasıtası ile sağlanabilir. Kurul, tarafların sözleşmeye fesih imkânı öngören bir hüküm koymaları şartıyla bireysel muafiyet vereceği kararını verirse, taraflar da (dilerlerse) sözleşmelerini bu şekilde uyarlayacaklardır.

<sup>152</sup> Bkz. 25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Akaryakıt Kararı

karar çerçevesinde 10 senelik bireysel muafiyetin ancak yeni kurulacak istasyonlar için, ilişkiye özgü yatırımların varlığı halinde verileceği söylenebilir. Kurul muhtemelen Repsol kararından etkilenecek, ayrıca sözleşmelerde *dönme cezası* hükmüne yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>153</sup>. Fakat Repsol kararından farklı olarak burada ödenecek tazminat tutarının ne şekilde hesaplanması gerektiğine ayrıntılı ilkeler öngörmemiş, sadece “*ilişkiye özgü yatırımın kalan tutarı*” ölçütünü öngörmüştür. Dolayısıyla muhtemelen bu cezanın çok ağır olması ya da bu tutardan çok yüksek olması halinde muafiyet alma olasılığı düşecektir. Esasen sözleşmenin Kurul önüne geleceği ve bu hükme (ya da şarta) dair yapılacak denetim sonucunda muafiyet alacağı dikkate alınır, ayrıntılı bir karar verilmesinin de gerekli olmadığı söylenebilir.

Bu kararlar ışığında yeni kurulacak bir istasyon söz konusu değilse, bayi ile yapılacak 5 seneden daha uzun sözleşmelerin bireysel muafiyet alması güç gözükmektedir. Muhtemelen yapılan yatırım ve sözleşmeyi çevreleyen piyasa şartları dikkate alınmaksızın, sözleşmelerin süresinin 5 sene olması gerektiğine hükmedilecektir.

#### 4.2. Dördüncü Dönem Kararları Hakkında Kısa Değerlendirme

Dördüncü dönem kararları olarak adlandırabileceğimiz bu kararlar neticesinde, piyasada iki tip sözleşmenin yapılacağı söylenebilir. Yeni kurulacak akaryakıt istasyonları için, beşinci senede bayının tazminat ödemek suretiyle feshetme imkânına sahip olduğu 10 sene süreli sözleşmeler ve mevcut istasyon malikleri ile akdedilecek 5 senelik sözleşmeler. Muhtemelen bunlardan ilkinde mevcut ilişkilere benzer bir şekilde intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan ikili sözleşme yapısı muhafaza edilecek, buna karşılık 5 senelik sözleşmeler açısından intifa sözleşmesi akdedilmeyecektir. Dolayısıyla dördüncü dönemde, hâlihazırda ekonomik faaliyet yürütmekte olan istasyon sahibi ile kurulacak dikey ilişki salt 5 sene süreli bayilik sözleşmesi olacaktır.

Bu tahminlerimizin gerçekleşeceğini varsayarsak, aslında Kurulun bir anlamda piyasayı bireysel muafiyet yoluyla “*regüle ettiğini*” söyleyebiliriz. Varılan sonuç isabetli kabul edilse bile, her şeyden önce tercih edilen yöntemin hukuken doğru olmadığını düşünüyoruz. Dağıtım şirketleri kurdukları ilişkilerde nasıl intifa hakkını işlevine yabancılaştırıyorsa, Kurul da bireysel muafiyet hükmünü bu uygulama ile amacına yabancılaştırmaktadır<sup>154</sup>. Piyasanın genel kuralları ile düzenlenmesi isteniyorsa, daha önce de belirttiğimiz üzere, bunun sektörel bir Tebliğ (veya en azından Tebliğ değişikliği) ile yapılması uygun olurdu. Bireysel muafiyet, somut olayın özelliklerini dikkate alan ve anti-

<sup>153</sup> Repsol kararı için bkz. yukarıda 2.2.2

<sup>154</sup> Bkz. yukarıda 1.



rekabetçi etkileri ve rekabetçi yararları dengeleyen bir analiz yöntemidir. Eğer söz konusu dördüncü dönem kararları öngörümüz doğrultusunda uygulamaya yol açacaksa, bireysel muafiyet hükmü bu piyasada fiilen uygulanmamış olacaktır. Bu durumda somut olayda rekabetçi yararları nedeniyle bireysel muafiyet alması gereken ilişkiler, sırf ilkelerin dışında kaldığı için muafiyet alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır.

Bir örnek ile somutlaştıralım. Varsayalım ki, kırsalda bulunan eski bir istasyon, yeni ve yerel bir dağıtım şirketi ile anlaşma yapacak olsun. Fakat dağıtım şirketi, istasyonun eski olmasından dolayı, güvenlik ve marka imajı kaygısı ile tamamını yıkıp yenilemek istesin. Bunun maliyetinin ise (yeni kurulacak bir istasyondan yüksek olması nedeniyle) bayinin bu tür bir yapım faaliyeti için yeteri ölçüde finansal kaynağı bulunmadığını düşünelim. Bu şartlar altında dağıtım şirketinin bu yatırımı yapabilmesi için, 5 senelik süre yeterli olmayabilecektir. Acaba bu ilişki daha uzun süre için bireysel muafiyet alabilir mi? Tarafların başvuru yapması gerekir mi? Şüphesiz bu soruların cevabı somut olayda yapılacak analiz ile verilebilir. Buna benzer nitelikte, kararlarda öngörülen ayırımın dışında kalan çeşitli kurgular düşünülebilir<sup>155</sup>. Fakat Kurul bunlar için bireysel muafiyet analizi yapmaktan imtina ederse, gerçekten piyasadaki rekabeti olumsuz etkilemeyen anlaşmalar hiç kurulmayabilecektir. Bunun Rekabet Hukukunun arzu ettiği bir sonuç olduğunu düşünmüyoruz. Bu, meselenin genel kurallar ile çözümlenmek istenmesinin doğal sonucudur. Eğer bu kurallara istisna tanınırsa bu sefer, ilk planda amaçlanan sonuç gerçekleşmeyecek, belirsizlik artacak; bu da bireysel muafiyet başvurusu yapılmasına sebebiyet verecektir. Kurulun iş yükü de kaçınılmaz olarak artacaktır<sup>156</sup>. Nitekim bu nedenle genel kuralların genel düzenleyici işlem ile

<sup>155</sup> Netice itibarıyla Kurul kararlarında benimsenen ölçütler, yapılacak yatırımın büyüklüğü ile doğrudan ilgili olduğu için, istasyonun yenileme maliyetlerinin yüksek olduğu her kurgu, 5 değil 10 senelik ya da belki de 7 senelik bir bireysel muafiyeti gerektirebilir. Örneğin istasyon alanı büyük olabilir veya dağıtım şirketi yeni ve pahalı bir teknoloji tatbik etmek isteyebilir. İşte tüm bu kurgularda 5 sene yeterli olmayabilir. Öte yandan tam aksi kurguları da düşünebiliriz. Mesela yeni kurulan istasyon alanı çok küçük olabilir ve yapılacak yatırım tutarı çok düşük olabilir. Bu ilişkilerin de belki de 10 senelik muafiyet almasına gerek olmayabilir. Genel ölçütler benimsenmesinin kaçınılmaz sonucu olan bu tür çelişkili durumlar, en azından dağıtım şirketlerinin yatırım güdülerini koruyacak şekilde bireysel muafiyet ile sağlanabilirdi. İşte dördüncü dönem kararlarında öngördüğümüz politik tercih yapılırsa bu imkan ortadan kalkacaktır. Bunun kaçınılmaz bir sonucu, dağıtım şirketlerinin yenilik ve yatırım güdülerinin olumsuz etkilenme riskidir. Örneğin inşaat alanı açısından daha büyük daha eski istasyonların yeni dağıtım şirketleri ile anlaşma yapma olasılıkları bu tür bir kurguda daha az olacaktır.

<sup>156</sup> Hemen belirtelim ki aslında mevcut uygulama da Kurulun iş yükünü arttırabilir. Bir kere yeni istasyonların kurulmasına vesile olan bayilik ve intifa sözleşmelerinin bireysel muafiyet için Kurul'a bildirilmesi gündeme gelecektir. Her ne kadar bireysel muafiyet için bildirim ve izin mecburiyeti yoksa da, en azından bu prensipler netleşinceye kadar çok sayıda bildirim yapılması muhtemeldir. Keza kararlarda belirtilen kapsamın dışında kalan, ama yatırım tutarı itibarıyla yeni

koyulması, buna karşılık özellikli durumların da bireysel muafiyet aracılığı ile somut olayda değerlendirilmesini öneriyoruz.

Varılan sonuç açısından ise, yapılan yatırım tutarı dikkate alınarak bireysel muafiyet verilmesini ve muafiyetin de şarta bağlanmasını olumlu bir uygulama görüyoruz. Bir olasılık olarak Kurul, bireysel muafiyeti hangi şartlar altında vereceğini daha açık bir şekilde ortaya koyabilirdi. Gerçi Kılavuz hükümleri ve daha önce içtihatlar dikkate alınınca, (belki de iyimser bir yaklaşımla) dağıtım şirketinin dönme cezasını bayinin fiilen feshetmesini engelleyecek tarzda düzenlemeyeceğini söyleyebiliriz<sup>157</sup>. Fakat tabii ki salt yeni kurulacak istasyonlar için yapılan yatırımlar değil, başka bazı sözleşme ilişkileri de bireysel muafiyet almayı gerektirebilir. Bu içtihatlar çerçevesinde diğer tip sözleşmelerin muafiyet alma imkanı kalmamışsa olumlu uygulamanın sınırlı bir kapsamı olacaktır.

## SONUÇ

Bu çalışmada yaptığımız tespitleri ve vardığımız sonuçları “*de lege ferenda*” gözlemlerimizle birlikte şu şekilde özetleyebiliriz:

- Kurulun üçüncü dönem kararları, akaryakıt dağıtım sektöründeki dikey anlaşmaların analizinde bir hatayı düzeltmiştir. Hiç şüphe yok ki, dağıtım şirketi ile bayi arasındaki dikey ilişkinin değerlendirilmesinde, intifa ve bayilik sözleşmeleri bir bütün olarak dikkate alınmalı ve her ikisi de Rekabet Hukuku kapsamında analiz edilmelidir. Bu manada Kurulun bu yaklaşımı isabetlidir. Sözleşme sürelerinin kısaltılması, Rapor’da da

---

istasyon kurulmasının maliyetinden daha fazla yatırım gerektiren istasyon yenilemeleri açısından da tarafların başvuruda bulunması muhtemeldir.

<sup>157</sup> Burada şu tür bir soru akla takılabilir: acaba dağıtım şirketi sektörde yapılan ortalama yatırım ölçeğinden daha yüksek bir yatırım yapmışsa ve bu tutar fiilen bayinin ilişkiyi feshetmesini önlüyorsa Rekabet Kurulu duruma müdahale edebilir mi? Görüş bu gibi hallerde müdahale edilebileceğine dair bazı ifadeler içermektedir. Örneğin 6. nolu sorunun cevabında aynen: “*İntifa sözleşmesi karşılığında dağıtıcı şirket tarafından bayiye yapılacak yatırımın tutarı ve geri dönüş süresi de; beş yılın sonunda bayinin bayilik sözleşmesini sona erdirmesini engellemeyecek şekilde belirlenmelidir. Örneğin bayiye gerekli olandan yüksek miktarda kredi ya da borç verilmesi ve beş yılın sonunda bu bedellerin bayiden talep edilerek bayinin sözleşmesini sona erdirmesinin engellenmesi ya da zorlaştırılması, duruma göre “fili bir engel” olarak nitelendirilebilir*”. Biz bayi tarafından bu tür bir iddia ile yapılacak şikayetin hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiğini ve prensip olarak da bu tür iddialara itibar edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Dağıtım şirketi tarafından yapılacak yatırım tutarının ne zaman “optimum” olacağını belirlemek son derece güçtür. Dolayısıyla çok bariz ve açık vakalar dışında bu iddiaların reddedilmesi gerekir. Somut olayda yapılan değerlendirmede gerekli olandan yüksek miktarda bir kredi verilmiş ve bu dönme cezasına aynen konu olmuşsa, hakim burada BK..161/3 kuralını “*kıyasen*” uygulayarak meblağı indirebilir. Önemle belirtelim ki bu uygulama Borçlar Kanunu değil, RKHK gereğidir.

belirtildiği üzere, toptan dağıtım seviyesinde rekabet baskısı yaratarak bazı ekonomik yararlar sağlama potansiyeline sahiptir.

- Hal böyle olmakla birlikte, biz 2002/2 sayılı Tebliğ'in bu ilişkiye doğrudan tatbik edilebilir olduğunda tereddüt ediyoruz. Fakat tatbik edildiğini kabul etsek bile, burada tüm dikey sözleşmelerin 18.9.2010 tarihine kadar geçerli, bundan sonra geçersiz olacağına, daha uzun süreli sözleşmelerin sürelerinin azami hadde inmiş sayılacağına dair ilk dönem kararlardan itibaren benimsenen yaklaşımın hukuken isabetli olmadığını ve çeşitli pratik ve teorik sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz.
- Tebliğ'in 5. maddesi şartlarını taşımayan ve daha uzun süre ihtiva eden sözleşmeler değişik kısmi butlan yaptırımına tabidir. Fakat bu doğrudan Türk Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesinin uygulama alanını oluşturmaz. Bu anlamda Tebliğ'in 5. maddesi emredici bir ikame kural değil, tamamlayıcı ikame kuraldır. Hâkim somut olayın özelliklerine göre, tarafların farazi iradesi farklı bir çözümü gerektiriyorsa bunu da uygulayabilir. Nitekim bu noktada Kurulun geçersizlikle ilgili yaptığı değerlendirmeler mahkemeler açısından ancak tavsiye mahiyetini taşır.
- Ayrıca bu sözleşmelerin her şart altında 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağı da, bireysel muafiyet olasılığı karşısında isabetli bir önerme değildir. Kurul, sözleşmelerin uygulanacağı piyasa şartlarını analiz etmeden, bunların bireysel muafiyet alamayacağını *ex ante* öngöremeyeceğine göre, tüm sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna varılamaz. Dolayısıyla değişik kısmi geçersizlik de ancak bireysel muafiyet alma imkânı olmayan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulabilir.
- Sözleşmelerin tamamının 18.9.2010 tarihinden itibaren geçersiz olacak olması, sektörde pratik bazı sorunlar da yaratabilir. Tarafların sözleşmeye devam etmek istemeleri durumunda bile doğacak işlem maliyeti ilk akla gelen sorunlardan biridir. Bunun yanı sıra dağıtım şirketleri tarafından yapılan yatırımların iadesinin nasıl sağlanacağı da dördüncü dönemi bekleyen önemli sorunlardan diğeridir.
- Dağıtım şirketinin bayiye yaptığı nakdi veya ayni kazandırmalar, sözleşmenin öngörülen süresi öncesi sonra ermesine bağlı olarak sebepsiz iktisap talebine konu olacaktır. Geçersizlik nedeniyle kalan sürenin, sözleşme süresine oranlanması ile bulunacak katsayı, ilke olarak iadenin kapsamının tespitinde belirleyici olacaktır. Yapılan yatırımların batık maliyet vasfı taşıyan kısmı için, iyiniyetli zenginleşen konumunda olan bayi, zenginleşmenin elinde kalmadığı ya da olmadığı savunması yapabilecektir. Rekabet Hukuku, sebepsiz zenginleşmeden doğan talebin

(bayiyi fiilen bağladığı gerekçesiyle) ileri sürülmesine engel teşkil etmeyecektir. Bu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı da, en erken 18.9.2010 tarihinden itibaren başlayacak ve öğrenme anı açısından da, bayinin bireysel muafiyet başvurusunun reddi esas alınacaktır.

- 18.9.2010 tarihi ile başlayan dördüncü dönemde Kurulun oluşan belirsizliği ortadan kaldıracak düzenlemeler yapması gerekmektedir. İdeal olan bunun genel düzenleyici bir işlem ile sağlanmasıdır. Fakat Kurulun verdiği bazı yeni kararlardan, bu şekilde bir tercih yapılmadığı, bireysel muafiyet rejimi ile piyasanın regüle edildiği görülmektedir. Biz bunun yerinde bir hukuk politikası tercihi olduğunu düşünmüyoruz. Bireysel muafiyet mahiyeti itibarıyla genel kurallar konulmasına elverişli bir müessese değildir.
- Son dönem kararları incelendiği zaman, iki tip anlaşmanın olduğu ve bunlardan birinin 10 sene süre ile bireysel muafiyet aldığı görülmektedir. Anlaşma yeni bir istasyon kurulumuna yönelikse Kurul, bunun riskleri ve yatırımın büyüklüğünü dikkate alarak, dağıtım şirketine yatırım güdüsü sağlamak için 10 sene süre ile bireysel muafiyet tanımaktadır. Buna karşılık halihazırda ekonomik faaliyetin yapıldığı bir istasyon maliki ile yapılacak anlaşma açısından bireysel muafiyet verilmemekte, grup muafiyetinin öngördüğü 5 senelik süre yeterli görülmektedir.
- Her ne kadar bu ayırım iktisadi açıdan anlamlı gözükse, bireysel muafiyet kararları ile sorunu çözümlenememesi problematiktir. Uygulamada yapılan yatırım ölçüğü ve/veya yatırım yapanın piyasadaki konumu gibi faktörler, mevcut istasyon maliki ile yapılacak sözleşme süresinin 5 seneden fazla olması durumunda dahi rekabetçi yararlar sağlayabilir. Dolayısıyla kararlarda benimsenen ölçüt, bu gibi hallerde muafiyet tanınmasına imkân vermeyebilir. Kurulun olaylar karşısında yeni ölçütler benimsemesi ise, sorunun genel kurallar ile çözümlenmesi amacını sektete uğratar. Kararlar yol gösterici olmaktan çıkabilir ve bireysel muafiyet başvuruları karşısında Kurulun iş yükü artar. Bu kaygılar, sorunun bireysel muafiyet yerine genel düzenleyici bir işlem ile düzenlenmesinin daha doğru olduğuna işaret etmektedir.

Bireysel muafiyet şarta bağlı olarak verilmektedir. Bu şart ise, bayinin 5. seneden itibaren ilişkiye özgü yapılan yatırım tutarının kalan kısmını tazmin ederek ilişkiyi feshetmesine imkan veren bir *dönme cezasının* sözleşmelere konulmasıdır. Repsol kararından esinlendiği görülen bu çözüm, dağıtım şirketlerinin yatırım yapma güdülerini olumsuz etkilemeksizin, bayilerin alternatif dağıtım şirketleri ile sözleşme fırsatlarını değerlendirmesine imkan vererek bir denge kurmaktadır. Bu açıdan olumlu bir düzenlemedir.

**KAYNAKÇA**

- ALTAŞ, H. (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara
- ASLAN, Y. İ (2007), *Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa
- ASLAN, Y. İ (2009), *Türk Akaryakıt Dağıtım Piyasasının Yapısı*, Petder için Hazırlanan Rapor
- BAŞPINAR, V. (1998) *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara
- BÜYÜKAY Y. ve M. DOĞAN (2009), “İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII* içinde, s.449-480
- EKDİ, B. (2009), *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalarla Piyasayı Kapatması*, Lisansüstü Tez Serisi 16, Rekabet Kurumu Yayını Ankara
- EREN, F. (2001), *Borçlar Hukuku* 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul
- GÜMÜŞ, A. (2008), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- GÜRZUMAR O. B ve K. C. SANLI (2009), *Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi Halinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında*, Haluk Konuralp Anısına Armağan C.III, Yetkin Yayınları, Ankara, s.549-577
- GÜVEN, P. (2009), *Esas Sözleşme ile Bağlantılı Olarak Yapılan İntifa Hakkının Tanınması veya Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Yapılmasının Rekabet Hukukundaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Açısından İncelenmesi*, Legal Hukuk Dergisi, S.76, Nisan 2009, s.1085-1101
- HATEMİ, H. (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul
- KARACEHENNEM, N. (2006), *Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?*, Rekabet Forumu S.25, s.10-16
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (1996), *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*, Selim Kaneti'ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, s.23-33

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ODER B. ve T. AYANOĞLU (2009), *İdare Hukuku Ders Notları 2009-2010*, Basılmamış notlar.
- OĞUZMAN K. ve T. ÖZ (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ÖZ, T. (1998), *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınevi, İstanbul
- SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara
- SANLI, K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul
- SANLI, K.C. (2008), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, *Rekabet Dergisi*, S.30, s.3-73
- SANLI, K.C. (2009), *Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım*, SANLI K.C. (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar Derlemesi* içerisinde, Onikilevha Yayınevi, İstanbul
- SEROZAN, R. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III. Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- TEKİNAY, S., S. AKMAN, H. BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1994), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul
- ULUSAN, İ. (1984), *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, Kazancı Yayınevi, İstanbul,
- YAVUZ, C. (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002
- YAVUZ, N. (1998), *Uygulamada Sebepsiz İktisap*, Adil Yayınevi Ankara
- YOLCU, İ.A., Ç. ÜNAL ve H. GÜNDÜZ (2008), *Akaryakıt Sektör Raporu*, Rekabet Kurumu, Ankara

## **YARARLANILAN KARARLAR**

### **Rekabet Kurulu Kararları**

2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Shell-Cabbaroğlu Kararı

19.10.2004 T. ve 04-66/947-225 sayılı Opet Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/55-13 sayılı Total Mevlana Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/57-15 sayılı Akdağ-Total Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/56-14 sayılı Shell-Aypet Kararı

20.7.2006 tarih, 06-53/709-201 sayılı Marshall Kararı

15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar;

11.7.2007 T. ve 07-59/689-244 sayılı Eropet Kararı

10.9.2007 T. 07-70/864-327 sayılı Coca-Cola kararı

7.2.2008 T. ve 08-12/123-40 sayılı Güney-POAŞ Kararı

15.5.2008 T. ve 08-33/421-147 sayılı Unilever kararı

30.10.2008 T. ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ Kararı

5.3.2009 T. ve 09-09/186-56 sayılı Polpet-Moil Kararı

5.3.2009 T. ve 09-09/187-57 Sayılı Barbaros-Alpet Kararı

24.6.2009 T. ve 09-30/644-152 sayılı Shell-Gürpet Kararı

15.7.2009 T. ve 09-33/773-186 sayılı Bulutlar-Altınbaş Kararı

5.8.2009 T. ve 09-34/795-198 sayılı Selyak-Total Kararı

5.8.2009 T. ve 09-34/799-202 sayılı Delta Petrol Kararı

12.1.2010 T. ve 10-04/52-26 sayılı Total Başol Kararı

25.2.2010 T. 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı

25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Petrol Kararı

31.3.2010 T. ve 10-27/410-156 sayılı BP-Akata Petrol Kararı

31.3.2010 T. ve 10-27-408-154 sayılı Petrol Ofisi-Öz Petrol Kararı

18.3.2010 T. ve 10-24/338-122 sayılı Total Kararı

**Yargıtay Kararları**

- 19.1.1983 T ve 1771/13 sayılı H.G.K. Kararı  
30.9.1988 T. ve E.1987/2, K. 1998/2 sayılı İ.B.K.  
2.12.1991 T. ve E.1991/7217, K. 1991/10901  
15.4.1997 T. ve 3132/3529 sayılı 13. H.D. Kararı  
22.5.1997 T ve 11385/1392 sayılı 13. H.D. Kararı  
6.6.2001 T ve E. 2001/11-426; K. 2001/481 H.G.K. Kararı

**Danıştay Kararları**

13. D. 2005/1026 E. ve 2005/3388 K.  
13. D. 15.1.2007 T. ve 2006/1287 E., 2007/145 K.  
13. D. 13.5.2008 T. ve 2006/1604 E., 2008/4196 K  
13. D. 2009/3044 E ve 13. D. 2009/5154 E.

**Komisyon Kararı**

- Case Comp/B-1/38-348-Repsol CPP; 12.4.2006

**Avrupa Adalet Divanı Kararı**

- Pedro IV Servicios SL v. Total Espana SA, C-260-07, 2.4.2009



**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**  
*THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS*

**(01.04.2010 - 30.06.2010)**

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ****REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	10-29/430-159	Kayseri İli'nde faaliyet gösteren bazı fırınların ekmeği maliyetinin altında fiyatla satmak suretiyle rekabeti kısıtladığı iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
2	10-29/431-160	Kırmızı et sektörünün önde gelen teşebbüslerinin anlaşarak büyükbaş hayvanlardan elde edilen eti stoklayıp, fiyatları arttırdıktan sonra piyasaya sürdükleri iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
3	10-29/434-161	Bolu İli'nde faaliyet gösteren şehirlerarası otobüs işletmelerinin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
4	10-29/442-170	OPET Petrolcülük A.Ş.'nin, 10 defa kendisinden yakıt alınmaması durumunda FIAT marka otomobillerin garanti kapsamı dışında kalacağına ilişkin Yakıt Güvence Sistemi uygulamasına yönelik iddianın 24.7.2008 tarih ve 08-47/647-244 sayılı Rekabet Kurulu kararında incelenmiş ve sonuca bağlanmış olması nedeniyle dosya konusu başvuruya ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
5	10-29/445-168	Akçansa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Çanakkale'de bulunan fabrikasının, kendi bayilerine dökme çimentoyu fahiş fiyatlarla sattığı ve diğer çevre illerdeki çimento fabrikalarıyla anlaşma yapmak suretiyle bayilerinin başka marka çimento teminini ve bu bölgeye başka çimento fabrikalarının dökme çimentosunun girmesini engellediği iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
6	10-29/446-169	Form Group'un, Türkiye distribütörlüğünü yaptığı cihazlara teknik servis hizmeti veren bir firmaya, yedek malzeme, müdahale aparatları ve çeşitli yazılımları sağlamayarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.04.2010
7	10-31/466-172	Türkiye-Suudi Arabistan hattında faaliyet gösteren Türk Hava Yolları A.O.'nun aşırı fiyat uyguladığı iddiası ile ilgili olarak Türk Hava Yolları A.O. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca bu aşamada soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	13.04.2010
8	10-31/478-179	Uluöz Medikal İnşaat Gıda Tarım Hayvancılık Emlak Temizlik Su Ürünleri San. Tic. Ltd. Şti.'nin, Bursa Çekirge Devlet	13.04.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		Hastanesi'nde yapılan ihalelerde doktorlar ve satın alma birimi ile birlikte hareket ettiği, kendi temin ettiği yan tekliflerle ihalelere girdiği iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	
9	10-31/486-182	Sigara üreticisi firmaların 2010 yılının ilk günlerinde perakende noktalarına mal vermedikleri, ÖTV artışı sonrası anlaşmalı fiyat artışına gittikleri ve sigara üreticilerinin aldıkları ortak kararlar satış noktalarının kar marjlarını düşürdükleri iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	13.04.2010
10	10-33/505-183	Opet Petrolcülük A.Ş. ve Aygaz A.Ş. tarafından başlatılan "Taksilere Özel Ücretsiz Kasko" kampanyasının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu iddiasına yönelik olarak Opet Petrolcülük A.Ş. ve Aygaz A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.04.2010
11	10-33/510-185	KWS Türk Tarım Ticaret A.Ş.'nin 09-57/1365-357 sayılı Rekabet Kurulu kararına ve 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliğine aykırı olarak fiyat belirlediği ve bölge düzenlemesi yaptığı iddiasına yönelik olarak KWS Türk Tarım Ticaret A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.04.2010
12	10-33/514-187	Vapur Donatanları ve Gemi Acenteleri Derneğinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanmış olan "Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğ"de düzenlenen fiyat tarifelerini bir sirküler ile yayımladığı, bu tarifenin altında hizmet veren gemi acenteleri hakkında ceza uyguladığı ve bu acentelerin acentelik lisanslarını iptal ettiği iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	22.04.2010
13	10-34/538-190	Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş. ve Dalsan Alçı San. ve Tic. A.Ş.'nin uygun fiyatlı alçı levha satılmasını engellemek amacıyla Oskay Yapı Malzemeleri İnş. San. Paz. Tic. Ltd. Şti.'ne marka ve logolarını kullanmalarını konusunda ihtarda bulunduğu iddiasına soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	06.05.2010
14	10-34/539-191	Vestel Angel güvenlik sistemlerinde benimsenen şifreleme uygulamaları sayesinde gözlem hizmetlerinin sadece MGİ Elektronik Cihazlar ve Kimyevi Ürünler San. Tic. A.Ş.'den temin edilebildiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	06.05.2010
15	10-34/540-192	TTNet A.Ş. aboneliğini iptal ettiren ve başka internet servis sağlayıcılarından hizmet almak isteyen abonelerin, TTNet tarafından internet bağlantılarının kesilmesine rağmen portlarının dört ila beş gün boyunca boşaltılmaması suretiyle TTNet aboneliğinden çıkmalarının ve rakip internet servis sağlayıcılarının hizmet vermeye başlamasının zorlaştırıldığı iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	06.05.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
16	10-34/541-193	Nuh Çimento Sanayi A.Ş.'nin, Detaş Beton Sanayi A.Ş.'nin çimento taleplerini karşılamayarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	06.05.2010
17	10-34/546-194	Kararılan Belediyesinin almış olduğu kararla İskenderun Demir Çelik Fabrikası Lojmanları'nın bulunduğu sitedeki nihai satış noktalarına belediye başkanının yakını tarafından işletilmekte olan bir fırından ekmeğe sağlama zorunluluğu getirerek rekabeti kısıtladığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi çerçevesinde soruşturma açılmasına gerek olmadığına; ancak belde sınırları dışında üretilen ekmeğin belde içinde satılmasının tespit edilmiş bir neden olmaksızın engellenmesine yönelik karar ve uygulamaların 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu hususunda Hatay ili İskenderun ilçesine bağlı Kararılan Belde Belediyesine; bahse konu uygulamaların Hatay ilindeki diğer belediyeler tarafından da gerçekleştirilmesi ihtimali nedeniyle bu tür karar ve uygulamalardan kaçınılması konusunda il içindeki tüm belediyelerin uyarılmalarını teminen Hatay Valiliği'ne görüş bildirilmesi konusunda Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	06.05.2010
18	10-34/547-195	Şalgam suyu üreticisi firmaların anlaşarak şalgam suyunun fiyatını maliyetlerinin çok üzerinde belirledikleri ve anılan durumun tüketici aleyhine sonuçlar doğurduğu iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	06.05.2010
19	10-34/550-196	Denizli ilinde faaliyet gösteren tüm yapı denetim firmalarının dernek çatısı altında Denizli Belediyesi ile protokol imzalayarak bir havuz sistemi oluşturdukları ve bu suretle pazarı paylaşıp müşterilere ücret empoze ettikleri iddiasına ilişkin olarak; Denizli ili yapı denetim sektöründe uygulanan rotasyon sisteminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna, uygulamanın sektördeki birtakım aksaklıklardan kaynaklanması, Denizli Belediyesi ve Denizli Ticaret Odasının da uygulamaya destek vermesi ve uygulamanın taraflarından olması, sistemin kısa bir süredir uygulanması dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi çerçevesinde bu aşamada soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, bununla birlikte, ilgili protokoldeki rotasyon uygulamasına ilişkin maddenin kaldırılarak gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Kurum'a tevsik edilmesi, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağı hususlarının, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Yapı Denetim Kuruluşları Birliği Derneği Denizli Şubesine bildirilmesi; ayrıca protokole imzası bulunan Denizli Belediyesi, Denizli Ticaret Odası, Makine ve İnşaat Mühendisleri Odaları Denizli Şubeleri ile sektörün denetiminden sorumlu olan Bayındırlık ve İskan Bakanlığına görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	06.05.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
20	10-34/551-197	Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş. Yönetim Kurulu'nun İstanbul Otogarı içerisindeki yazıhanelerde şehirlerarası yolcu taşımacılığı faaliyetinde bulunan otobüs firmaları ile ilgili olarak almış olduğu 16.10.2009 tarih ve 224 no'lu "yazıhanelere tabelaların asılma koşulları" konulu kararının 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiği iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	06.05.2010
21	10-36/573-203	Çayeli'nde faaliyet gösteren fırıncıların aralarında anlaşarak ekmek fiyatını belirledikleri iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte Çayeli'nde faaliyet gösteren fırınların bağlı oldukları odaların belirledikleri fiyat tarifelerinin azami hadleri belirttiği yönünde bilgilendirilmelerini teminen üyelerine iletmek üzere Rize Esnaf ve Sanatkarlar Odası, Çayeli Esnaf ve Sanatkarlar Odası ile Çayeli Ticaret ve Sanayi Odası'na görüş bildirilmesi hususunda Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	12.05.2010
22	10-36/574-204	Şeker Piliç ve Yem Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Erpiliç Entegre Tavukçuluk Üretim Pazarlama ve Ticaret Ltd. Şti.'nin hipermarketlere daha ucuza ürün sağlamak suretiyle rekabet koşullarını bozduğu iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.05.2010
23	10-36/575-205	25.9.2007 tarihinde açılan Mediamarkt Media-Saturn Yönetim Hizmetleri Ltd. Şti'nin düşük fiyat uyguladığı iddiasına yönelik alınan 4.10.2007 tarihli, 07-77/950-M sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin kararı ile iptali ertesinde, dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda; dosya konusu iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.5.2010
24	10-36/577-207	Çakıroğlu Sinop Liman İşletmesi A.Ş. tarafından liman hizmetlerinde aşırı fiyat uygulandığı iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.05.2010
25	10-36/578-208	Pegasus Hava Yolları'nın 2004 yılından itibaren her yıl Haziran-Eylül döneminde Viyana-İstanbul seferleri için Viyana'da bulunan koordinatörü aracılığı ile bu şehirde bulunan Akın, Side ve Yılmaz Seyahat acenteleri ile "gizli koltuk satış anlaşması" yaptığı, bu şekilde sezonluk biletlerin takriben % 17'sinin hiçbir duyuru yapılmaksızın sadece adı geçen acentelere verildiği, kendileri gibi diğer acentelerin ise mağdur olduğu, haksız rekabete neden olduğu iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.05.2010
26	10-36/579-209	Tokat ili merkez olmak üzere yolcu taşımacılığı hizmeti sunan Tokat Seyahat Tur. Ar. Nak. San. ve Tic. A.Ş. ve Topçam Turizm Seyahat A.Ş. unvanlı şirketlerin aralarında anlaşarak sabit fiyat uyguladıkları iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, ilgili piyasada rekabet kısıtlaması	12.05.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		yaratacak fiyat tespiti gibi davranışlardan kaçınmaları hususunda 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anılan teşebbüslere görüş bildirilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine; Tokat Seyahat Tur. Ar. Nak. San. ve Tic. A.Ş. ve Topçam Turizm Seyahat A.Ş.'nin dernek çatısı altında otobüs başına her ay 450,00 TL ücret aldıkları yönündeki iddianın 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	
27	10-36/606-210	Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makine Mühendisleri Odası Karaman İl Temsilciliği üyesi makine mühendislerinin aralarında anlaşmak suretiyle faaliyetlerini sıraya koydukları ve istenilen makine mühendisi ile çalışılmasını engelledikleri iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	12.05.2010
28	10-38/635-212	Petrol Ofisi A.Ş. ile Gönülcü Petrol Tic. Koll. Şti. arasında akaryakıt istasyonuna ilişkin olarak yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesinden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 7.6.2007 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle Petrol Ofisi A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	27.05.2010
29	10-38/636-213	Shell&Turcas Petrol A.Ş. ile Levent KARADENİZ arasında yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesinden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle Shell&Turcas Petrol A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	27.05.2010
30	10-38/637-214	Manisa ili Turgutlu ilçesindeki bazı akaryakıt istasyonlarının kırsal motorin satışında düşük fiyatlar belirlediği iddiasına yönelik olarak Marev Akaryakıt Gıda İnş. Turizm San. Tic. Ltd. Şti., DEN-AR Petrol Tarım Ürün. Nak. Tic. San. Ltd. Şti. ve Hamzaoğulları Petrol (Özcan SAYILGAN) hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	27.05.2010
31	10-38/638-215	Petrol Ofisi A.Ş. ile Yazıcılar Enerji Dan. Pet. Turz. Tic. Ltd. Şti. arasında yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesinden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 21.3.2006 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle Petrol Ofisi A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	27.05.2010
32	10-38/639-216	Petrol Ofisi A.Ş. ile Tahsin ÇETİN arasında yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesinden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 18.5.2006 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle	27.05.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		dosya konusu iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	
33	10-38/654-221	İstanbul İli Ümraniye İlçesi sınırları içerisinde bulunan Göksu Sürücü Kursları ve Ezber Sürücü Kursu'nun yapmış olduğu haksız ve gerçeği yansıtmayan reklamlar ile diğer sürücü kurslarını ve sürücü adaylarını mağdur ettikleri yönündeki iddianın 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, İstanbul İli Ümraniye İlçesi'ndeki sürücü kurslarının iki ayda bir yapılan toplantılarında birlik ve beraberlik içinde hareket etme kararı aldıkları iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, bununla birlikte, ilgili pazarda, rekabetin kalıcı bir şekilde tesisi ve benzer eylemlerin tekerrür etmesinin önlenmesi bakımından; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Özel Sürücü Kursları Konfederasyonu ve Federasyonu ile hakkında inceleme yapılan Ezber Eğitim Otomotiv İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti., Tümbay Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ve Göksu Özel Eğitim Kurumları Turizm San. Tic. Ltd. Şti.'ne görüş bildirilmek üzere Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
34	10-38/659-226	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin SIM kart, kontör kart, dijital kontör, aktivasyon ve diğer abonelik hizmetlerinin toptan ve perakende satışı pazarındaki hâkim durumunu fiili münhasırlık uygulamalarıyla kötüye kullanarak Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'nin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasının 11.11.2009 tarihli ve 09-54/1289-M sayılı Rekabet Kurulu kararı ile yürütülmekte olan soruşturma kapsamında değerlendirilmesine; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde geçici tedbir kararı alınması yönündeki talebin ise bu aşamada reddine karar verilmiştir.	27.5.2010
35	10-38/662-227	Bursa'da Çay-Kur bayiliği yapan iki teşebbüsün tekelleşmeye çalıştıkları ve Çay-Kur bayilerinin kendilerine tahsis edilen bölge dışına çay satışı yapmasının engellendiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	27.05.2010
36	10-40/687-228	Bankaların maaş ödeme hizmetleri çerçevesinde kurumlara ödedikleri promosyonlardaki düşüşün bankalar arası anlaşmadan kaynaklandığı iddiasına ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, başvurunun reddine karar verilmiştir.	03.06.2010
37	10-40/691-229	Total Oil Türkiye A.Ş. ile Durmuş Ali ÇIKLA arasında imzalanmış olan 14.3.1997 tarihli Protokol, akaryakıt bayilik sözleşmesi ve bununla bağlantılı 7.3.1997 tarihli intifa sözleşmesinden oluşan rekabet yasağına dayalı dikey ilişkinin, 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle, Total Oil Türkiye A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma	03.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine; intifa hakkının tapudan terkinine karar verme yetkisinin hukuk mahkemelerinde olduğu hususunda başvuru sahibinin bilgilendirilmesine; ilgili pazarda tek başına hakim durumda olan bir teşebbüsten söz edilemeyeceğine, gerek mahkeme gerekse Rekabet Kurulu kararlarıyla akaryakıt sektöründeki rekabet yasağına dayalı dikey anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında 5 yılla sınırlandırıldığına; konunun Kanun'un 6. maddesi ile herhangi bir ilişkisinin olmadığına; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde geçici tedbir kararı alınması yönündeki talebinin reddine karar verilmiştir.	
38	10-42/717-230	Ankara Büyükşehir Belediyesinin kontrolünde bulunan Ankara Halk Ekmek ve Un Fabrikası A.Ş.'nin işletme hakkını verdiği ekmek satış büfeleri vasıtasıyla ekmek üretim pazarında rekabeti bozucu üretim ve pazarlama faaliyetleri içinde bulunduğu iddiası ile ilgili olarak alınan 15.11.2007 tarih, 07-86/1085-421 sayılı Kurul kararının Danıştay kararları ile iptali ertesinde, dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda, iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	10.06.2010
39	10-42/718-231	Görevli raportörler tarafından yerinde inceleme yapılmasının engellenmesi sebebiyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinin (a) bendi delaletiyle, 1) Eski 17. maddenin (d) bendi ve 31.12.2005 tarih, 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca Sodexho Motivasyon Çözümleri A.Ş. (Sodexho Restoran Servisleri A.Ş.)'nin, a) İstanbul'da bulunan genel merkezinde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile, b) Ankara'da bulunan bölge müdürlüğünde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile, c) İzmir'de bulunan bölge müdürlüğünde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile cezalandırılmasına, 2) Eski 17. maddenin (d) bendi ve 31.12.2005 tarih, 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca, Accor Servisleri International A.Ş.'nin a) İstanbul'da bulunan genel merkezinde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile, b) Ankara'da bulunan bölge müdürlüğünde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL	10.06.2010



SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile, c) İzmir’de bulunan bölge müdürlüğünde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile, cezalandırılmasına, 3) Eski 17. maddenin (d) bendi ve 31.12.2005 tarih, 26040 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca, İstanbul’da bulunan genel merkezinde yerinde inceleme yapılmasını engellemesi dolayısıyla Network Servisleri A.Ş.’nin 636 (Altyüzotuzaltı) TL tutarında 19.4.2006 tarihinden başlamak üzere 1 gün süreli idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.	
40	10-42/719-232	Şok Market ODTÜ Şubesinin; Ortadoğu Teknik Üniversitesi sınırları içerisindeki çay pazarında hakim durumda bulunduğu, tüketicilerin talep ettiği “Doğuş” markalı çayları, “Lipton” markalı çay stoklarını eritmek amacıyla satmadığı ve bu yolla hem Doğuş Çay A.Ş.’nin piyasaya girmesini engelleyerek hem de tüketicilerin seçim özgürlüğünü kısıtlayarak haksız uygulamalarda bulunduğu iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	10.06.2010
41	10-42/727-234	Fethiye Esnaf ve Sanatkarlar Odası’nın kararı üzerine Fethiye Belediyesi’nin aldığı Encümen kararı ile Fethiye İlçesi’nde hafta sonu sadece iki berbere çalışma izni verildiği iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal teşkil edebilecek nitelikte eylemlerden kaçınılmasına yönelik olarak ilgili Oda ve Birliğe görüş bildirilmesi hususlarında Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	10.06.2010
42	10-42/728-235	Burdur Dershaneler Birliği toplantı tutanağında yer alan fiyat ve taksitlendirmeye ilişkin kararların piyasada uygulanmaması ve tavsiye niteliği olması, indirim oranlarının ise bazı dershaneler tarafından kısa bir süre uygulanması dikkate alınarak bu aşamada soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına; bununla birlikte, teşebbüs birliği kararlarının bağlayıcı olmasının ve uygulama zorunluluğu bulunmasının 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilecek nitelikte olduğunun, 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ilgili teşebbüslere bildirilmesi ve Burdur Dershaneler Birliği tüzüğünde yer alan ücret birlikteliğine ilişkin hükmün 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırı olduğunun ve ilgili Tüzük’ten çıkarılması gerektiğinin Burdur Dershaneler Birliği’ne bildirilmesi hususlarında Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	10.06.2010
43	10-42/731-238	Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar ve İstihsal End. A.Ş. ve Yalçın Ticaret Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Makine Sanayi’nin Sivas Numune Hastanesi’ne tıbbi oksijen gazı vermediği ve	10.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		Karabük'te bulunan ve Habaş bayisi olan Pelenkoğlu Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin, Karabük'te oksijen yoğunlaştırıcı cihaz kullanan hastanelere sisteme destek veya yedekleme amaçlı olarak alınması planlanan medikal oksijen ve azot gazı için bayisi olduğu Habaş tarafından engellendiği için teklif veremediği iddialarına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına; Sağlık Bakanlığı tarafından oksijen yoğunlaştırıcı cihazlar ve tüplü medical oksijenin yer yer bir arada kullanımının çerçevesinin belirlenmesi ve varsa oluşabilecek sorunlarda sorumluluğun denetim ve tespitine ilişkin usul ve esasların tespit edilmesinin, Rekabet Hukuku yönünden ileride yapılabilecek muhtemel değerlendirmeler bakımından önem taşıdığı hususlarında Sağlık Bakanlığının bilgilendirilmesini teminen Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	
44	10-42/732-239	Milangaz LPG Dağıtım Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin Kırıkkale'de bayisi ve ana dağıtım bayisi adı altında kendisi tarafından düşük fiyatlardan satış yapıldığı iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	10.06.2010
45	10-42/733-240	Opet Petrolcülük A.Ş. ile Durmuş Ali ÇIKLA arasında imzalanmış olan bayilik sözleşmesi ve bununla bağlantılı 10.10.2002 tarihli intifa sözleşmesinden oluşan rekabet yasağına dayalı dikey ilişkinin, 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle, Opet Petrolcülük A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine; intifa hakkının tapudan terkinine karar verme yetkisinin hukuk mahkemelerinde olduğu hususunda başvuru sahibinin bilgilendirilmesine; ilgili pazarda tek başına hakim durumda olan bir teşebbüsten söz edilemeyeceğine, gerek mahkeme gerekse Rekabet Kurulu kararlarıyla akaryakıt sektöründeki rekabet yasağına dayalı dikey anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında 5 yıllı sınırlandırıldığına; konunun Kanun'un 6. maddesi ile herhangi bir ilişkisinin olmadığına; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde geçici tedbir kararı alınması yönündeki talebinin reddine karar verilmiştir.	10.06.2010
46	10-42/734-241	Petrol Ofisi A.Ş. ile Güney Petrol Turz. İnş. Kuy. San. ve Tic Koll. Şti. arasında akaryakıt ve LPG satışına ilişkin olarak imzalanan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne ve 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiası ile ilgili olarak alınan 7.2.2008 tarih, 08-12/123-40 sayılı Kurul kararının Danıştay kararları ile iptali ertesinde, dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda; başvuru konusu akaryakıt istasyonuna ilişkin olarak yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesinden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında	10.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		grup muafiyetinden yararlandığına; bu nedenle dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	
47	10-42/756-243	Toshiba ultrason cihazı yedek parçası için TMST Tıbbi Sistemler Pazarlama Ticaret ve Servis A.Ş.'nin yüksek fiyat talep ettiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	10.06.2010
48	10-44/761-245	Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TNet A.Ş.'den oluşan ekonomik bütünlüğünün, son kullanıcılara sunulan metro ethernet internet hizmetine ilişkin fiyatlandırma ve yan uygulamalar yoluyla fiyat sıkıştırması yaparak sektördeki hakim durumunu kötüye kullandığı ve dolayısıyla rekabetin bozulduğu iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
49	10-44/765-248	United International Pictures Filmcilik ve Tic. Ltd. Şti.'nin Mersin Cep Sineması'nın talep ettiği filmleri temin etmediği iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
50	10-44/766-249	Türk Eczacılar Birliğinin hazırlanmış olduğu eczane yazılımını ücretsiz olarak dağıtmasının 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddesini ihlal ettiğine dair şikayet üzerine verilen Rekabet Kurulunun 09-33/741-177 sayılı kararının hüküm gerekçelerinin geçerliliğini yitirdiği ve benzer nitelikte yeni ihlallerin ortaya çıktığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
51	10-44/768-251	Net Ankara Telekomünikasyon Elektronik ve Bilgisayar Teknolojileri A.Ş.'nin Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'den çağrı sonlandırma hizmeti alamadığı ve bu nedenle elektronik haberleşme sektöründe rekabetin kısıtlandığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.06.2010
52	10-44/771-253	Samsung Electronics İstanbul Pazarlama ve Ticaret Ltd. Şti. tarafından üçüncü kişi tamircilere yedek parça sağlanmadığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
53	10-44/772-254	Tesco Kipa İzmir Çiğli AVM'sinin bazı cep telefonu modellerinde piyasadaki rayiç bedelin altında olacak şekilde indirim giderek zararına satış yaptığı ve yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
54	10-44/773-255	Mango, Beymen ve Migros'un içinde bulunduğu bazı	17.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		mağazaların alışveriş merkezlerinde toplu pazarlık yöntemiyle düşük bedellerle dükkan kiraladığı iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	
55	10-44/774-256	Migros Ticaret A.Ş.'nin Egeden Gıda Tüketim Malları Ticaret ve Sanayi A.Ş., Ades Gıda Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Amaç Gıda Ticaret ve Sanayi A.Ş. ile imzalamış olduğu bayilik sözleşmeleri çerçevesinde gerçekleştirdiği uygulamalarla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
56	10-44/775-257	Red Bull Gıda Dağıtım ve Pazarlama Ticaret Ltd. Şti. ile yerinde tüketim noktaları arasında imzalanan sözleşmelerde yer verilen fiyata ilişkin kısıtlayıcı hükmün sözleşmelerden çıkarılması ve fiilen de bu tür uygulamalardan kaçınılması gerektiği yönünde 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anılan teşebbüse görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
57	10-44/785-262	Roche Müstahzarları San. A.Ş.'nin, ürün satışında bulunmak için yurt dışına satış yasağı düzenlemesini içeren sözleşmenin imzalanmasını şart koştuğu, bu şartı kabul etmeyen Co-Re-Na Ecza Deposu Dış. Tic. Ltd. Şti.'ye 2010 yılından itibaren mal vermeyi reddettiği, anılan depoya diğer ecza depolarının Roche ürünlerini satmasına engel olduğu, bu çerçevede 4 ve 6. maddeleri kapsamında 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.06.2010
58	10-44/786-263	Kurum kayıtlarına 1.6.2001 tarih ve 2339 sayı ile intikal eden şikâyet başvurusunun reddine dair işlemin, Danıştay 13. Dairesi'nin 29.3.2010 tarih, 2008/5295 E. ve 2010/2583 K. sayılı kararı ile iptali ertesinde, dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda, dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.06.2010
59	10-45/801-264	Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin Eskişehir-Topçular, Kabatepe-Gökçeada, Çanakkale Boğazı hatlarında gerçekleştirilen arabalı vapurla yolcu ve araç taşıma ilgili pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından hakim durumda olduğuna ve söz konusu hakim durumunu Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kötüye kullandığına; 4054 sayılı Kanun'a aykırı uygulamaları nedeniyle, lehe olan hükmün uygulanması gerektiğinden aynı Kanun'un olayın vuku bulduğu tarihte yürürlükte olan 16. maddesi ve 2005/2 sayılı Tebliğ uyarınca Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	24.06.2010
60	10-45/803-265	Türkiye Seyahat Acenteleri Birliğinin hac ve umreye yönelik seyahat acenteliği hizmetleri pazarında ayrımcı uygulamalarda	24.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		bulunduğu; seyahat acenteliği hizmetleri ile ilgili bankacılık ve sigortacılık faaliyetlerinde üyelerini belirli firmalara yönlendirdiği ve ayrıca uçak bileti satış acenteliği hizmetleri pazarında etkin rekabeti bozmak suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	
61	10-45/804-266	İstanbul Sabiha Gökçen Uluslararası Havalimanı Yatırım Yapım ve İşletme A.Ş.'nin dış hat yolcu servis ücretlerini İstanbul Atatürk Havalimanı'nda 15 Dolar olarak uygulanan ücretin üzerine çıkartarak 12 Euro'dan 15 Euro'ya yükselttiği ve böylece fahiş fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	24.06.2010
62	10-45/811-269	İpragaz A.Ş. ve Demirören Grubu'nun Eskişehir'de tüplü LPG pazarında düşük/maliyet altı fiyatlardan satış yaptığı iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	24.06.2010
63	10-45/812-270	Şikayetçinin yeni açmış olduğu eczanesine mal sağlama talebinin Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş., Selçuk Ecza Deposu Tic. A.Ş., S.S. İstanbul Eczacılar Üretim, Temin ve Dağıtım Kooperatifi, S.S. Bursa Eczacılar Kooperatifi, Çınar Ecza Deposu ve Dış Tic. A.Ş., Galenos Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. ve As Ecza Deposu Ticaret A.Ş. tarafından anlaşmalı bir şekilde reddedildiği iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	24.06.2010
64	10-45/813-271	Vizyon Asansör ve Yürüyen Merdiven San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin monte ettiği asansörlere şifre uyguladığı ve bu sebeple başka firmalarca bu asansörlere bakım-onarım yapılamadığı iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına; "Asansör Bakım ve İşletme Yönetmeliği"nin 6(ç) maddesinin, söz konusu iddia kapsamında uygulanmasının uygun olacağı yönünde Sanayi ve Ticaret Bakanlığına görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir.	24.06.2010

**MENFİ TESPİT/MUAFİYET**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	10-29/436-162	Petrol Ofisi A.Ş. ile Petrol-Tur Petrol ve Turizm Tic. ve San. Ltd. Şti. arasında imzalanan akaryakıt bayilik sözleşmesi, protokol ve intifa hakkına ilişkin resmi senetten oluşan dikey anlaşmada; 1.5.2008 tarihli bayilik sözleşmesi, 30.5.2008 tarihli protokol ve 20.8.2008 tarihli intifa hakkı tesisi ile tarafların iradelerinin yenilediği değerlendirilerek, dikey ilişkinin 1.5.2008 tarihli bayilik sözleşmesi tarihinden itibaren 5 yıl süreyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; söz konusu anlaşmaya 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınmayacağına karar verilmiştir.	08.04.2010
2	10-31/472-176	Petrol Ofisi A.Ş. ile Akaryakıt Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan dikey anlaşmanın 15 yıllık intifa süresi sonuna kadar, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 5/a maddesinde düzenlenen istisna hükmüne uyduğuna, bu nedenle Petrol Ofisi A.Ş. lehine tanınan intifa hakkının süresinin dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkin olarak 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen 5 yıllık süre sınırına tabi olmadığına; ancak Petrol Ofisi A.Ş. ile malikler, 15 yıllık intifa hakkı süresinin sonunda işletici şirket olan Akaryakıt Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'nin tüm hisselerinin maliklere devredileceği hususunda anlaşmışlarından, bu devrin gerçekleşmesi halinde taşınmaz maliki aynı zamanda akaryakıt istasyonunun işleticisi olacağından, dikey ilişkinin istisna hükmününün kapsamından çıkacağına karar verilmiştir.	13.04.2010
3	10-31/474-177	Akpet Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. ile Halis Koca Petrol İşletmeciliği arasında yapılan bayilik sözleşmesi ile intifa hakkı tanıyan sözleşmeden oluşan ve rekabet yasağı içeren dikey ilişkinin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	13.04.2010
4	10-31/485-181	Marks&Spencer plc. ile Marka Mağazacılık A.Ş. arasında 8.1.2010 tarihinde akdedilen franchise sözleşmesinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	13.04.2010
5	10-33/512-186	Bayraktar Otomotiv ve Servis Hizmetleri A.Ş.'nin yapmış olduğu "İnfinity Yetkili Servis ve Yedek Parça Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; Ancak 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin amaçladığı "çok markalılık" ve "rekabetçi piyasa yapısı" hedefleri ile uyumlu olacak şekilde tadil edilmesi halinde, sözleşmenin 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanabileceğine karar verilmiştir.	22.04.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
6	10-33/530-189	Petrol Ofisi A.Ş. ile Gönülcü Petrol Tic. Koll. Şti. arasında akdedilen "Madeni Yağ Bayilik Sözleşmesi" ve zeyilnamesinin 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında yer almadığına, buna karşılık 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	22.04.2010
7	10-36/572-202	Paşabahçe Cam Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin cam ev eşyalarının dağıtımı için hazırlanan "Yetkili Satıcılık Sözleşmesi"nin "cam ev eşyası pazarı" bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ'de düzenlenen % 40 pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle aynı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamadığına; bununla birlikte bahse konu pazar bakımından anılan sözleşmeye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	12.05.2010
8	10-38/656-223	Shell&Turcas Petrol A.Ş. ile Ferhat ETÖZ arasında iki ayrı istasyona ilişkin olarak imzalanan 1.1.1994 tarihli işletme sözleşmeleri, aynı tarihli kira sözleşmeleri ve son olarak 14.2.2005 tarihli kira kontratlarından oluşan dikey anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte söz konusu anlaşmaların 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanma ve uygulanma olanağının mevcut olduğuna karar verilmiştir.	27.05.2010
9	10-38/657-224	S&B Endüstriyel Mineraller A.Ş., Pabalk Maden San. ve Tic. A.Ş. ile gerçek kişiler Orca Kırker ve Bülent İper tarafından 14.1.2010 tarihli Hissedarlar Sözleşmesi ile kurulan ve perlit pazarında faaliyet gösterecek olan ortak girişimin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında olmadığına, söz konusu ortak girişim anlaşmasının taraflar arasındaki rekabeti sınırlandıran amaç ya da etki taşıması nedeniyle, bahse konu işleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığına, bununla birlikte söz konusu işleme, Kanun'un 5. maddesinde öngörülen şartların tamamını karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	27.05.2010
10	10-42/723-233	Akbank A.Ş. ve Citibank A.Ş. arasında 12.5.2008 tarihinde imzalanan ve 27.6.2008 tarih ve 08-41/551-204 sayılı Kurul kararı ile muafiyet tanınan "Citi-Axess Kredi Kartı İşbirliği ve Marka Lisans Sözleşmesi"nde 5.4.2010 tarihinde "Citi Axess Tadil Sözleşmesi" ile yapılan değişikliklerin, muafiyet kararına esas teşkil eden unsurlarda değişikliğe yol açacak nitelikte olmadığına, Yapılan değişikliklerin 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine, 27.6.2008 tarih ve 08-41/551-204 sayılı Kurul kararı ile söz konusu Sözleşme'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde imza tarihi olan 12.5.2008 tarihinden itibaren tanınan muafiyetin geri alınmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	10.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
11	10-42/730-237	Petrol Sanayi Derneği İktisadi İşletmesi ile Rafinasyon & Rejenerasyon tesisleri arasında akdedilen "Atık Motoryağı Teslim ve Rafinasyon & Rejenerasyon Sözleşmesi"ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	10.06.2010
12	10-44/782-259	Starpet Garzan Akaryakıt Dağıtım Pazarlama A.Ş. ile Ali EGE arasında başvuruya konu istasyona ilişkin olarak imzalanan 5.9.2005 tarihli intifa hakkı kurulmasına ilişkin resmi senet ve Starpet Garzan Akaryakıt Dağıtım Pazarlama A.Ş. ile Ali EGE kiracısı Ümit İnşaat arasında imzalanan bayilik sözleşmesinden oluşan dikey anlaşmanın 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanma ve uygulanma olanağının mevcut olduğuna; bununla birlikte intifa hakkının tapudan terkinine karar verme yetkisinin hukuk mahkemelerinde olduğu hususunda başvuru sahibinin bilgilendirilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
13	10-44/784-261	Allergan Grubu şirketleri ile Abdi İbrahim Grubu şirketleri arasında imzalanan Lojistik Dağıtım Sözleşmesi'nin bireysel muafiyet bakımından değerlendirilmesi talebine ilişkin işlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan izin alınması gereken Birleşme ve Devralmalar Tebliği kapsamında bir devir işlemi olmadığına; Allergan Grubu şirketleri ile Abdi İbrahim Grubu şirketleri arasında imzalanan Lojistik Dağıtım Sözleşmesi'ne münhasırlık ve rekabet yasağına ilişkin hükümler içermesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; başvuru konusu Lojistik Dağıtım Sözleşmesi'nin, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içermesi ve sözleşme konusu bazı ürünler bakımından Abdi İbrahim İlaç Pazarlama A.Ş.'nin pazar payının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde belirlenen %40 oranını aşması nedeniyle, anılan Tebliğ kapsamında olmadığına; yalnızca dağıtım faaliyetlerini içeren Lojistik Dağıtım Sözleşmesi'nin 2.9. maddesindeki rekabet yasağının, Allergan ürünleri ile rekabet edebilecek eşdeğer ürünlerin Abdi İbrahim Grubu tarafından piyasaya sürülebilmesini engellediğine; anılan sözleşmenin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendinde yer alan koşulu karşılamadığına, bu nedenlerle Lojistik Dağıtım Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet verilemeyeceğine karar verilmiştir.	17.06.2010
14	10-45/806-267	Shell&Turcas A.Ş. ile bayileri arasında 18.9.2005 tarihinden önce yapılan ve bu tarih itibarıyla bakiye süreleri beş yıldan uzun olan bildirim konu dikey anlaşmaların 18.9.2010 tarihine kadar; süresi 18.9.2010 tarihinden önce sona erecek olan anlaşmaların ise sürelerinin sonuna kadar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti kapsamında olduğuna; bildirim konusu anlaşmalara 18.9.2010 tarihinden itibaren iki yıl süreyle daha muafiyet tanınmasına yer olmadığına karar verilmiştir.	24.06.2010



**BİRLEŞME VE DEVRALMALAR**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	10-29/428-157	Doysan Tarım Ürünleri ve Ticaret A.Ş.'ye ait taşınmazların Bunge Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işleme izin verilmesine; Bunge Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Doysan Tarım Ürünleri ve Ticaret A.Ş. arasında akdedilen İşletim ve Üretim Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	08.04.2010
2	10-29/429-158	Mega Yağ Sanayi A.Ş.'ye ait tohum işleme tesisinin Bunge Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işleme izin verilmesine, Bunge Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Mega Yağ Sanayi A.Ş. arasında akdedilen Yağlı Tohum İşleme Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	08.04.2010
3	10-29/437-163	Çamlıbel Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Anadolu Doğalgaz Dağıtım A.Ş., Cengiz Elektrik Toptan Satış A.Ş. veya Çalık Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna; adı geçen teklif sahiplerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemi sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	08.04.2010
4	10-29/438-164	Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin %100 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Limak İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. veya Çalık Enerji ve Sanayi Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna; adı geçen teklif sahiplerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemi sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	08.04.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	10-29/439-165	Fırat Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Aksa Elektrik Perakende Satış A.Ş., Çalık Enerji ve Sanayi Ticaret A.Ş. veya KCETAŞ-Ayen Ortak Girişim Grubu tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna; adı geçen teklif sahiplerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemi sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	08.04.2010
6	10-29/440-166	Vangölü Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Aksa Elektrik Perakende Satış A.Ş. veya Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna; adı geçen teklif sahiplerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemi sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	08.04.2010
7	10-29/443-167	Merve İnşaat Taahhüt Müh. Nak. Ltd. Sti.'ye ait hazır beton tesisinin Çimbeton Hazırbeton ve Prefabrik Yapı Elemanları San. ve Tic. A.S. tarafından kiralama yoluyla devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	08.04.2010
8	10-31/464-171	Rheinmetall AG tarafından Man Nutzfahrzeuge AG'nin Man Askeri Bölümü'nün devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	13.04.2010
9	10-31/469-173	Areva T&D Holdings SA'nın dağıtım faaliyetlerinin bir kısmının ve iletim faaliyetlerinin tümünün Alstom Holdings tarafından devralınması ve Areva T&D Holdings SA'nın dağıtım faaliyetlerinin Schneider Electric Industries SAS tarafından devralınması işlemlerine izin verilmesine karar verilmiştir.	13.04.2010
10	10-31/470-174	SABIC Industrial Investment Company ve gerçek kişi hissedarların SABIC Polimer Endüstrisi A.Ş.'de sahip oldukları toplam % 70 oranında hissenin Petroline Dış Tic. Ltd. Şti. ve gerçek kişiler tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	13.04.2010
11	10-31/471-175	TKS Ambalaj San. ve Tic. A.Ş.'nin Ayvalık'ta kurulu ambalaj üretimi tesisinin, üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyeti ve	13.04.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		tesiste bulunan makine ve teçhizattan oluşan demirbaşlarla birlikte Sartan Ambalaj San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine; bahse konu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, Sartan Ambalaj San. ve Tic. A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilgili ürün pazarında 2009 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	
12	10-31/477-178	Siemens Medical Holding GmbH'nin tam kontrolünün Drägerwerk AG & Co. KGaA tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	13.04.2010
13	10-31/483-180	Egeden Gıda Tüketim Malları Ticaret ve Sanayi A.Ş., Ades Gıda Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Amaç Gıda Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin sermayelerinin % 100'ünü oluşturan hisselerin Migros Ticaret A.Ş., Sanal Merkez A.Ş., Şok Marketler Tic. A.Ş., Fevzi Büleld ÖZAYDINLI ve Ömer Özgür TORT tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	13.04.2010
14	10-33/507-184	Alaluf Grubu ve New Age Investment Ltd.'nin Luxottica Gözlük Endüstri ve Ticaret A.Ş.'de bulunan hisselerinin Luxottica Group S.p.A. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	22.04.2010
15	10-33/529-188	Nezih Kitap Kırtasiye San. ve Tic. Ltd. Şti. hisselerinin tamamının Turkish Youth Investments BV ve Osman Kerem MUTLU tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	22.04.2010
16	10-34/553-198	İçkale Enerji Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş. hisselerinin tamamının Akenerji Elektrik Üretim A.Ş. ile Raif Ali DİNÇKÖK, Ayça DİNÇKÖK, Gamze DİNÇKÖK YÜCAOĞLU ve Alize DİNÇKÖK EYÜBOĞLU tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	06.05.2010
17	10-34/565-199	Nitromak DNX Kimya Sanayi A.Ş.'nin sermayesinin % 50'sini oluşturan hisselerin, Incitec Pivot Explosives Holdings Pty Ltd. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	06.05.2010
18	10-36/570-200	Erma İnşaat Yatırım ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin tamamını oluşturan hisselerin Corio Gayrimenkul Yönetimi ve Yatırım Ticaret A.Ş., Corio N.V., VIB North America B.V., Bocan B.V. ve Hoog Catharijne B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.05.2010
19	10-36/571-201	Tab Gıda San. ve Tic. A.Ş. ve gerçek kişi hissedarları tarafından Çelebi Hiz. Restorant İşl. ve Gıda Tur. İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.05.2010
20	10-36/576-206	Turkland Bank A.Ş.'nin % 9 oranındaki hissesinin BankMed tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.05.2010
21	10-36/608-211	Styron LLC'nin limited şirket olarak sahip olduğu hakların	12.05.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		tamamı ile Stryon B.V.'nin ortaklık paylarının tamamının Dow Chemical Company'den ve Dow Chemical Company'nin bazı iştiraklerinden, Bain Capital Investors tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	
22	10-38/641-217	Borares Enerji Üretim Dağıtım Madencilik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin % 95 oranındaki hisselerinin Batıçim Enerji Elektrik Üretim Anonim Şirketi tarafından devralınması işlemine izin verilmesine; Bahse konu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, devralan teşebbüs olan Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
23	10-38/650-218	Ray Sigorta A.Ş. aracılığıyla sigorta sektöründe faaliyet gösteren TBIH Financial Services Group N.V.'nin pay sahipleri olan Vienna Insurance Group Wiener Stadtische Versicherung AG ve Kardan Financial Services B.V.'nin, TBIH üzerindeki kontrollerinin, 29 Aralık 2009 tarihinde imzaladıkları "Değişiklik Protokolü" ile yeniden yapılandırılması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
24	10-38/652-219	Proser Koruma ve Güvenlik Hizmetleri A.Ş. ile Mettek Güvenlik A.Ş.'nin aynı ekonomik bütünlük içinde olmaları nedeniyle, Mettek Güvenlik A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte Proser Koruma ve Güvenlik Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	27.05.2010
25	10-38/653-220	ICTS Global Güvenlik Hizmetleri A.Ş.'nin % 85,14 oranındaki hisselerinin Securitas Securidad Holding S.L.U. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
26	10-38/655-222	RBS Sempra Commodities LLP şirketine ait iştirakler ve The Royal Bank of Scotland plc'nin mali tablolarında görülen emtia ticaretine ilişkin bazı aktiflerinin JP Morgan Chase&Co. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
27	10-38/658-225	Trinity Biotech Plc'nin, diagnostic kan pıhtılaşma sistemleri (hemostaz sistemleri) iş kolunu oluşturan tüm sözleşmelerinin, çalışanlarının, şirketlerinin ve malvarlıklarının belirli koşullarla Stago International S.A.S.'a devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.05.2010
28	10-42/729-236	Ramateks Metal San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin Mechel Service Global B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	10.06.2010
29	10-42/737-242	Maxi TV Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün TMSF tarafından satış ihalesinde en yüksek iki teklifi veren Sebül Televizyon Yayıncılık A.Ş. ile Er Televizyon Yayıncılık Hizmetleri A.Ş. tarafından	10.06.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	
30	10-44/760-244	14.1.2010 tarih ve 406 sayılı izin başvurusunun geri çekilmesi sebebiyle, Umut Diyaliz Sağlık Medikal Malzemeleri Nakliye Akaryakıt Gıda Ticaret Sanayi Ltd. Şti.'nin hisselerinin tamamının International Dialysis Centers B.V. tarafından devralınması işlemi hakkında başlatılan nihai incelemenin sonlandırılmasına ve 4054 sayılı Kanun ile 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	17.06.2010
31	10-44/762-246	Raymarine PLC tarafından sahip olunan Raymarine Holdings Limited'in sermayesini temsil eden tüm ihraç edilmiş hisselerinin, Flir Systems, Inc. bağlı ortaklığı Flir Systems Holding AB tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine; bahse konu işlemin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, Flir Systems Holding AB'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 2010/1 sayılı "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.12.2010 tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca 11.446,4 TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
32	10-44/763-247	C/G Electrodes LLC'nin tamamının tam kontrolünün GrafTech International Ltd. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
33	10-44/767-250	Mikroelektronik Araştırma Geliştirme Tasarım ve Ticaret Limited Şirketi hisselerinin % 85'lik kısmının ASELSAN Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
34	10-44/778-258	Ford Motor Company'ne ait Volvo Cars of North America LLC ve Volvo Car Corporation şirketlerinin Shanghai Geely Zhao Yuan International Investment Co., Ltd. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	17.06.2010
35	10-44/783-260	Ebewe Spezial-Pharma Holding GmbH şirketlerinin hisselerinin tamamının Novartis AG tarafından devralınması işleminin 4054	17.6.2010

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına; işleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	
36	10-45/829-268	Saya Grup İç Dış Ticaret ve Sanayi A.Ş., Abdulrezzak SANCAK, Abdulhaluk SANCAK, Sadi SANCAK, Mesut SANCAK kontrolünde bulunan İpek Giyim Mağazaları Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin hisselerinin tamamının CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. tarafından devralınmasına izin verilmesine karar verilmiştir.	24.06.2010

## DİĞER

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	10-44/769-252	31.7.2008 tarih ve 08-49/688-M sayılı Kurul kararının alınması sonucunu doğuran koşullarda herhangi bir değişiklik olmaması nedeniyle, ilgili yargı süreci sonuçlanana kadar Uzel Makine Sanayi A.Ş.'nin hisselerinin bir kısmının hukuk dışı yollarla ve Rekabet Kurulu izni olmadan SS Distribution Pte. Ltd.'ye devredilmesinin ardından, söz konusu şirketin Uzel Makine Sanayi A.Ş.'nin genel kurul toplantısına katılarak karar alma mekanizmasında yer almaya başladığı iddiasına ilişkin olarak herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.6.2010

**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**  
*THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS*

**(01.04.2010-30.06.2010)**



**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
1	Danıştay 13. Daire	05/161	05/2120	Frito Lay Gıda San. A.Ş.	29.02.2000 tarih ve 00-09/89-44 sayılı kararına karşı açılan davada davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai karar mümkün olduğundan bahisle para cezası verilmesi işleminin iptaline, karar verilmiştir.
2	Danıştay 13. Daire	05/33	05/2117	Jim Nafez ZAZA	29.02.2000 tarih ve 00-09/89-44 sayılı kararına karşı açılan davada davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai karar mümkün olduğundan bahisle para cezası verilmesi işleminin iptaline, karar verilmiştir.
3	Danıştay 13. Daire	05/160	05/2119	Mehmet Emin BURAT	29.02.2000 tarih ve 00-09/89-44 sayılı kararına karşı açılan davada davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai karar mümkün olduğundan bahisle para cezası verilmesi işleminin iptaline, karar verilmiştir.
4	Danıştay 13. Daire	05/34	05/2121	Hatice Ümran BEBA	29.02.2000 tarih ve 00-09/89-44 sayılı kararına karşı açılan davada davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
					uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai karar mümkün olacağından bahisle para cezası verilmesi işleminin iptaline, karar verilmiştir.
5	Danıştay 13. Daire	05/35	05/2118	Dilek DOĞRUL	29.02.2000 tarih ve 00-09/89-44 sayılı kararına karşı açılan davada davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai karar mümkün olacağından bahisle para cezası verilmesi işleminin iptaline, karar verilmiştir.
6	Danıştay 13. Daire	05/1565	05/4938	Armatörler Liman A.Ş	12.01.1999 tarih ve 670 sayılı işlemi iptali istemiyle açılan davada davacının 4054 sayılı kanuna dayanarak yaptığı başvurunun Rekabet Kurulu'nca değerlendirilmesi gerekirken, böyle bir değerlendirmeye yetkili olmayan Rekabet Kurumu Başkanlığı'nca davacının başvurusunun değerlendirilerek kabul edilmemesinin hukuka aykırı olduğundan bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
7	Danıştay 13. Daire	05/6362	06/2533	Tekel ,Tütün, Tütün Mamülleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü	25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
8	Danıştay 13. Daire	05/6635	06/1385	Recep Konuk	01.04.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
					para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
9	Danıştay 13. Daire	05/6606	06/2535	Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.	01.04.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
10	Danıştay 13. Daire	05/7409	06/889	Hüseyin Çetin	25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
11	Danıştay 13. Daire	05/7629	06/1473	Mehmet Akbay	25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
12	Danıştay 13. Daire	05/6947	06/2248	Ömer Lütfi Evren	01.04.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
13	Danıştay 13. Daire	05/7474	06/2534	Taner Çağatay	25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
14	Danıştay 13. Daire	05/9603	06/4635	Tahsin ÜNAL	01.04.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
15	Danıştay 13. Daire	06/1150	08/4392	Özmaya San A.Ş. (Saf Maya A.Ş)	23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Kararın iptali için açılan davada kurulca eylem tarihinden bir önceki yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerekirken soruşturma açılması tarihi esas alınarak ceza verilmesinin hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
16	Danıştay 13. Daire	06/1531	07/405	Yağmur Unlu Mamuller Gıda Maya ve Petrol Ürünleri Besicilik İnş. ve Tic. Ltd. Şti.	18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin şiket yönünden iptaline yönetim organlarında görev yapanlar yönünden ise davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.
17	Danıştay 13. Daire	06/1521	08/4391	Akmaya San. Tic. A.Ş	23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Kararın iptali için açılan davada kurulca eylem tarihinden bir önceki yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerekirken soruşturma açılması tarihi esas alınarak ceza verilmesinin hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
18	Danıştay 13. Daire	06/2149	08/3357	Selçuk Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.	09.03.2006 tarih ve 06-18/212-53 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
19	Danıştay 13. Daire	06/5335	09/3856	Büyük Aygın Süt Ürünleri Gıda İht. Maddeleri Ltd. Şti.	26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
20	Danıştay 13. Daire	07/2382	09/9210	Denizli Çimento Sanayi A.Ş.	19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
21	Danıştay 13. Daire	07/4556	09/9204	Ado Hazır Beton San. Nakliyat Tic. A.Ş.	03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
22	Danıştay 13. Daire	07/9669	10/1039	Veli Ekin (Benli Ekmek Fırını)	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
23	Danıştay 13. Daire	07/9658	10/1041	Çağdaş Un ve Unlu Mamülleri Gıda İhtiyaç Maddeleri San. ve Tic.Ltd. Şti	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
24	Danıştay 13. Daire	07/9662	10/1036	Ahmet Özden (Fazilet Unlu Mamülleri)	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
25	Danıştay 13. Daire	07/9667	10/1038	Fimpaş Fırıncılık İnş. Maden Kırtasiye Temizlik	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
				Turizm Gıda A.Ş	uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
26	Danıştay 13. Daire	07/9668	10/1037	Özay İşler Un ve Unlu Mamulleri Gıda ve Mobilya İmalat San. ve Tic. Ltd. Şti	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
27	Danıştay 13. Daire	07/9592	10/1040	Seydi Özkardeşler (Örnek Ekmek Fırını)	29.06.2006 tarih ve 06-46/588-160 sayılı kararın iptali için açılan davada dava ihlalin sona erdiği tarihten bir önceki mali yıl için uydulanan Tebliğ uyarınca para cezası verilmesi gerektiğinden karar tarihindeki tebliği uyarınca ceza verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptalına karar verilmiştir.
28	Danıştay 13. Daire	07/13979	10/767	(MOBİSAD) Mobil İletişim Sistemleri ve Araçları İş Adamları Derneği	04.10.2007 tarih ve 07-77/950 M sayılı Kararın iptali için açılan davada davacı iddialarının kanun'un 4 ve 6. maddesi kapsamında ihlal iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanun'a uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
29	Danıştay 13. Daire	08/2210	10/2582	Ankara Ticaret Odası Başkanlığı	15.11.2007 tarih ve 07-86/1085-421 sayılı Kararın iptali için açılan davada davacı iddialarının kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanun'a uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
30	Danıştay 13. Daire	08/2142	10/2588	Farmakom Eczane Bilgisayar	08.11.2007 tarih ve 07-85/1054-413 sayılı Kararın iptali için açılan davada davacı iddialarının kanun'un 4 ve 6. maddesi kapsamında ihlal iddialarına ilişkin

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
				Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş	bulunması nedeniyle, davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanun'a uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
31	Danıştay 13. Daire	08/4987	10/2581	1-Güney Petrol Turz. İnş. Kuy. San. ve Tic. Koll. Şti 2- Şevket Güngör	07.02.2008 tarih ve 08-12/123-40 sayılı Kararın iptali için açılan davada davacı iddialarının kanun'un 4 ve 6. maddesi kapsamında ihlal iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanun'a uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
32	Danıştay 13. Daire	08/5295	10/2583	Ahmet Nevzat GÜVEN	22.05.2002 tarih ve 1138 sayılı işlemin iptali için açılan davada davacı iddialarının kanun'un 4 ve 6. maddesi kapsamında ihlal iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanun'a uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

**YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

**1. YAYIN İLKELERİ**

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, 2010 yılında Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

**2. MAKALE YAZIM KURALLARI**

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında



gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

## 1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

### 1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

#### a) Tek Yazarlı Kitap:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

**Diğer göndermelerde:** Whish 2009, s.173.

**Kaynakçada:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### b) Tek Yazarlı Makale:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

**Diğer göndermelerde:** Wils 2005, s.130.

**Kaynakçada:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

#### c) İki Yazarlı Eser:

**Metin içindeki ilk göndermede:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

**Diğer göndermelerde:** Jones ve Sufrin 2004, s.130.

**Kaynakçada:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

**d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

**Diğer göndermelerde:** Neven vd. 1998, s.61.

**Kaynakçada:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

**e) Derleme İçinde Makale:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

**Diğer göndermelerde:** Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

**Kaynakçada:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

**f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

**Diğer göndermelerde:** OECD 2005, s.42.

**Kaynakçada:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) İnternette Alınan Kaynaklar:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

**Diğer göndermelerde:** Hammond 2006, s.8.

**Kaynakçada:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

**h) Tezler:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

**Diğer göndermelerde:** Kayıhan 1999, s.15.

**Kaynakçada:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

**YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

**1. PUBLICATION POLICY**

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal in 2010. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

**2. NOTES FOR CONTRIBUTORS**

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

## **1. BOLD AND ALL CAPS**

### **1.1. Bold and Only First Letters in Caps**

#### **1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps**

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

#### **a) For Books with one Author:**

**For the first reference in the text:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

**For other references:** Whish 2009, p.173.

**In the bibliography:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### **b) For Articles with one Author:**

**For the first reference in the text:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

**For other references:** Wils 2005, p.130.

**In the bibliography:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

#### **c) For Books and Articles with Two Authors:**

**For the first reference in the text:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

**For other references:** Jones and Sufrin 2004, p.130.

**In the bibliography:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

**d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:**

**For the first reference in the text:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

**For other references:** Neven et al. 1998, p.61.

**In the bibliography:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

**e) For Articles in Edited Publications:**

**For the first reference in the text:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

**For other references:** Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

**In the bibliography:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

**f) For Publications, Reports, etc. without an Author:**

**For the first reference in the text:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

**For other references:** OECD 2005, p.42.

**In the bibliography:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) For Sources from the Internet:**

**For the first reference in the text:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

**For other references:** Hammond 2006, p.8.

**In the bibliography:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

**h) For Thesis:**

**For the first reference in the text:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

**For other references:** Kayihan 1999, p.15.

**In the bibliography:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.