



# REKABET FORUMU

## HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

**Haziran 2014**

**Sayı: 85**

**Sahibi:** Rekabet  
Derneği adına  
Av.İbrahim Gül  
Ayda Bir Yayınlanır.

**Editör:** Erdal Türkkan

**Yazı Kurulu:**Uğur Emek,  
İbrahim Gül, Gönenç  
Gürkaynak, Nejdet  
Karacehennem, Nurkut  
İnan, Ercan Kumcu, Gamze  
Öz, Hamdi Pinar, Kubilay  
Atasayar, Müfit Sonbay,  
Nahit Töre, , Uğur Özgöker,  
Yavuz Ege, Yılmaz Aslan.

**GENEL MERKEZ:**

**Yazışma Adresi:** Tuna  
Caddesi No:27/2 Kızılay  
Çankaya ANKARA  
TURKEY  
**GSM:+90.533 6272474;**  
**İrtibat**  
**Tel:+ 90.312 435 6813**  
**Faks:+90 312 4356816**  
**e-posta:**  
[rekabetgenel@gmail.com](mailto:rekabetgenel@gmail.com)

**EDİTÖR:**

GSM :+905323410739  
e-posta:  
[erdalturkkan@hotmail.com](mailto:erdalturkkan@hotmail.com)

**WEB:**

[www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org)  
**Banka:**TC Ziraat Bankası  
0795 Necatibey Şubesi  
Hesap No: 647 654  
**VERGİ No:**Ankara  
Başkent Vergi  
Dairesi:7340430101

**İSTANBUL ŞUBESİ:**

**Başkan:** Av. Dr. Kemal  
Erol

**Adres:** Süleyman Seba  
Caddesi, Spor Apt. No  
62/4 Akaretler/  
Valideçeşme -BEŞİKTAŞ  
34357 İSTANBUL  
**Telefon:**212- 236 53 00

### İLK YAZI

**\*Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**LAİKLİK VE REKABET KÜLTÜRÜ .....s.2**

### MAKALELER

**\*Doç Dr. Mustafa ATEŞ**

**REKABETİN DANIŞIKLI AYRIMCI**

**UYGULAMALARLA İHLALİ: RKHK MADDE 4/2 (e)  
HÜKMÜ ÜZERİNE NOTLAR.....s.4**

**\*Ahmet Fatih ÖZKAN**

**HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI  
KILAVUZU'NUN KAPSAMLI BİR İNCELEMESİ**

.....s.10

**Duyuru:** Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale

**Ödülü Verecek.....s.43**

**Bu dergide yer alan yazıların telif hakları yazarlarına aittir.  
Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.**

### Rekabet Derneği Hakkında Kısa Bilgi

Rekabet Derneği 20 Mayıs 2004 tarihinde kuruluşunu tamamlamış bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye'de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır. Derneğin Genel Merkezi Ankara'da olup İstanbul Şubesi 10 Mart 2005'ten itibaren faaliyete geçmiştir. Dernek Rekabet Kurumu'nun eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon üzerine çalışan üniversite öğretim üyeleri, bazı gazeteci, sanayici, bankacı ve hukukçular tarafından kurulmuştur. Tüm düzenleyici kurumların eski başkanları Derneğin tabii üyesidir.

Derneğin Yönetim Kurulu: Av. İbrahim Gül (Başkan), Av. Müfit Sonbay (İl.Başkan), Prof. Dr. Erdal Türkkan, , Av. Merttaşk Kılıçlar, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pinar, Onur Arı ve Av. Ömür Kasımay' dan oluşmaktadır.

Derneğin İstanbul Şubesi Av. Dr. Kemal Erol Başkanlığında faaliyetini sürdürmektedir.

Dernek aylık Rekabet Forumu'nu elektronik olarak yayınlamakta ve düzenli aylık bilimsel toplantılar düzenlemektedir.

**İLK YAZI****LAİKLİK VE REKABET KÜLTÜRÜ****Prof.Dr.Erdal TÜRKKAN**

Laiklik, en basit anlamıyla devletin tüm inançlara karşı eşit mesafede olmasını ifade etmektedir. Laiklik ilkesi, din, mezhep ve inanç farklılıklarının önemli olduğu ulusal devletlerde toplumsal barışı ve bütünlüğü sağlamada önemli bir rol oynamıştır. Laiklik ilkesi uluslararası düzeyde din ve mezhep savaşlarının sonlandırılmasında çok önemli katkılar sağlamıştır. Diğer taraftan laiklik ilkesi maddi refah maksimizasyonuna göre kurgulanmış bir ulusal ve uluslararası ekonomik ve sosyal sistemin oluşturulmasında da önemli bir rol oynamıştır. Diğer bir ifade ile laiklik ilkesi ekonomik hayatın dini ve mezhepsel mülahazalar dışında evrensel kurallar üzerine bina edilmesinde de önemli bir işlev görmüştür. Bu anlamda laiklik ilkesi çatışma ve kavga ortamının ve kültürünün yerine rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesinde önemli bir role sahip olmuştur. Ancak özellikle İslam dünyasında mezhep kavgalarının yeniden şiddet ve yaygınlık kazanması, laiklik ilkesinin ekonomik siyasal ve toplumsal yaşamdaki rolünü hangi koşullarda oynayabileceği sorusunun yeniden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Burada Türkiye açısından önem kazanan soru ise çoğunlukçu bir demokrasi anlayışı içinde laikliğin sağladığı nimetlerden yararlanma imkanının olup olmadığıdır. Şüphesiz laiklik geniş ve çok boyutlu bir konudur. Burada bizim üzerinde duracağımız temel soru nasıl bir laiklik anlayışının rekabet kültürünün gelişmesini sınırlandıracağı veya zora sokacağıdır. Bu açıdan beş farklı laiklik anlayışı tanımlamak mümkündür.

a) Şeriatı dayalı laiklik: Şeriatı dayalı sistemlerde devletin tüm inanç gruplarına eşit mesafede durabileceği iddiaları olmakla birlikte, şeriatın kabulü ile laiklik ilkesinin bağdaşmadığı açıktır. Bu çerçevede şeriatı dayalı bir laiklik anlayışı içinde rekabet kültürünün gelişmesi çeşitli engellerle karşılaşacaktır. Çünkü ilke olarak bütün dinler rekabeti desteklemeyen bir yaklaşımı benimsemekte, en azından başat yorumlamalar bu yönde yapılmaktadır. Ayrıca şeriatı dayalı sistemlerde hakim din ve mezhep mensuplarına pozitif ayrımcılık yapılması ve benimsenen inanca sahip olmayanların çeşitli şekillerde baskı altına alınması söz konusu olmaktadır. Nihayet şeriatı dayalı sistemlerde ekonomik ve sosyal sistemin etkinliği destekleyen evrensel referanslara göre dizayn edilmesi söz konusu olamayacaktır. Bu çerçevede sistemin rekabet kültürünün gelişmesini desteklemesi söz konusu olmayacaktır.

b) Totaliter sistem laikliği: Totaliter bir siyasi sistem çerçevesinde laiklik ilkesinin benimsendiği ülkelerde yani demokrasiye dayalı olmayan laik rejimlerde de rekabet kültürünün gelişmesi çeşitli engeller ve sınırlamalarla karşı karşıya olacaktır. Bir defa bu ülkelerde laiklik ilkesi bütün inançlara eşit mesafede olma anlayışına değil, bütün inançlara karşı mesafeli olma veya bu inançları yönlendirme anlayışı içinde uygulanacaktır. Bu durum bir anlamda düşünce ve inanç özgürlüğünün kısıtlanması ve baskı altında tutulması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca böyle rejimlerde dini inançların baskı altına alınması genel olarak tüm özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir ortamda da rekabet kültürünün gelişmesi mümkün olamayacaktır.

c) Çoğunlukçu demokrasi laikliği: Çoğunlukçu demokrasi, sandıkta çoğunluğu elde eden siyasi iktidarın gücünü sınırlayan dengeleme ve denetleme

mekanizmalarının olmadığı veya etkisiz kaldığı bir durumu ifade eder . Laiklik ilkesini benimsemiş olmakla birlikte çoğunlukçu demokrasi anlayışına sahip olan ülkelerde de rekabet kültürünün gelişmesi çeşitli sınırlamalar ve engellerle karşı karşıya olacaktır. Çünkü çoğunlukçu demokrasiye dayalı ülkelerde sandıkta çoğunluğun desteğini alma yarışı ister istemez, hükümetlerin çoğunluğun benimsediği inanç mensuplarını kayıracak yaklaşımları benimsemesine yol açacaktır. Bu çerçevede çoğunlukçu demokrasilerde bizatihi laiklik ilkesi çeşitli, boyutlarıyla hükümetlerin boy hedefi olabilecektir. Laiklik ilkesi güçlü bir anayasal güvenceye kavuşturulmuş olsa da Hükümetler ellerindeki yetkileri sonuna kadar kullanarak laiklik ilkesini işlevsiz hale getirmenin yollarını arayacaklar, laikliği halkın çoğunluğunun irade ve isteklerini sınırlayan bir ayak bağı olarak değerlendirme eğiliminde olacaklardır. Bu durum hükümetlerin demokratik sistemin temel koşulu olan dengeleyici ve denetleyici mekanizmaları etkisiz hale getirme çabalarını yoğunlaştırmalarına ve böylece sadece laiklikten değil, demokrasiden de uzaklaşan bir yol izlenmesine neden olabilecektir. Bu durumda azınlık haklarının eşit yurttaşlık anlayışı çerçevesinde garanti altına alınması söz konusu olamayacaktır. Bundan da önemlisi çoğunlukçu demokrasilerde halkı inançlarına göre kutuplaştırarak oy maksimizasyonu sağlama anlayışı mutlaka ön plana çıkacaktır. Bu durumda da rekabet ve uzlaşma kültürü yerine çatışma, kavga ve gerilim kültürü baskınlık kazanacaktır.

d)Vesayetçi demokrasi laikliği: Demokratik sistem içinde belli bir dini ve mezhepsel çoğunluğun oylarıyla iktidara gelen hükümetlerin laiklik karşıtı eylemlerini önlemek amacıyla askeri veya hukuki bir vesayet sistemi oluşturan rejimler de söz konusu olabilmektedir. Bu tür rejimler ekonomik ve soysal sistemin dini referanslardan bağımsız olarak gelişmesi açısından olumlu sonuçlar vermekle birlikte bazı önemli bireysel özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektirdiğinden rekabet kültürünün gelişmesini engelleyici özelliklere de sahiptir.

e)Çoğulcu demokrasi laikliği:Laiklik ilkesinin rekabet kültürünün gelişmesine katkı sağlayabilmesi için temel koşul, bu ilkenin çoğulcu demokrasi anlayışı çerçevesinde uygulanmasıdır. Çoğulcu demokraside tüm bireylerin eşit vatandaşlık hakkından yararlanması ve ne pozitif ne de negatif ayrımcılığa uğramaması söz konusudur. Bu koşul, rekabet kültürünün gelişebilmesinin olmazsa olmazlarından birisidir. Aynı şekilde çoğulcu demokraside bireysel özgürlüklerin en üst düzeyde ve en geniş anlamda tanınması ve korunması söz konusudur. İleri bir bireysel özgürlük anlayışı da rekabet kültürünün gelişmesinin olmazsa olmaz koşullarından birisidir. Nihayet çoğulcu demokrasilerde mevcut yasal düzenlemeler ve etkin işleyen dengeleyici mekanizmalar siyasi partilerin kutuplaştırma yoluyla oy maksimizasyonuna gitme anlayışını engelleyici etkiler yaratacaktır. Böylece çatışma ve gerilim kültürü yerine rekabet ve uzlaşma kültürünü geliştiren dinamikler önem ve ağırlık kazanacaktır.

Türkiye bugüne kadar yukarıda tanımlanan laiklik uygulamalarını çeşitli derecelerde tecrübe etmiş bir ülkedir. Son on yılda Türkiye çoğunlukçu demokrasi laikliği ile çoğulcu demokrasi laikliği arasında gidip gelen bir ülke görünümü vermektedir.Ancak Türkiye’de çoğunlukçu demokrasi laikliği anlayışının özellikle son yıllarda baskınlık kazandığı görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi bu anlayış rekabet ve uzlaşma kültüründen çok çatışma ve ayrışma kültürünü güçlendirmektedir. 2014 yılının ortalarına doğru komşu ülkelerde görülen kanlı mezhep kavgaları çoğulcu demokrasi laikliği dışındaki anlayışların ne kadar büyük riskler yarattığını ortaya koymaktadır. Türkiye’nin çoğunlukçu demokrasi laikliğinden çoğulcu demokrasi laikliğine geçmesi, Yeni Türkiye hedefine ulaşmanın olmazsa olmaz koşullarından birisini oluşturmaktadır.

## MAKALE

# REKABETİN DANIŞIKLI AYRIMCI UYGULAMALARLA İHLALİ: RKHK MADDE 4/2 (e) HÜKMÜ ÜZERİNE NOTLAR

**Doç. Dr. Mustafa ATEŞ(\*)**

İktisadi ve ticari hayatta asıl olan sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin tarafını, konusunu, şeklini ve şartlarını seçebilmek gibi yetkileri içerir; bu sebeple sözleşme yapan bir kimse, aynı konuda da olsa başka bir kimse ile aynı koşullarda ticari ilişkiye girmek zorunda değildir. Herkes dilediğine dilediği şartlardan mal satmak veya dilediğinden dilediği şartlarda mal almak hak ve yetkisine sahiptir. Dolaysıyla kendisine başka bir kişiden daha farklı şartlarda mal satışı yapılan kişi, hukuka aykırı olarak ayırıcı uygulamaya maruz bırakıldığından söz edemez. Ayırıcı uygulamaya maruz kişi farklı kanallardan ticaret yapabilme imkânı olduğu sürece, muhatap olduğu muamelenin hukuka aykırı olduğunu iddiasında bulunamaz.

Sözleşme ve teşebbüs özgürlüğünün bulunduğu hukuk sistemlerinde durum bu minvalde olmasına karşın, bazı hallerde teşebbüslerin müşterilerine farklı şartlar ileri sürerek onlar arasında ayırmacılık yapılması caiz görülmemektedir. Nitekim rekabet hukukunda birden fazla teşebbüsün anlaşmalı olarak veya hâkim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışıyla rakipleri ya da müşterileri arasında ayırmacılık yapılmasına izin verilmemektedir.

Bu hususa ilişkin yasaklara 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 4/2(e) maddesi ile 6/2(b) maddelerinde yer verilmiştir. Bu makalede, yalnızca RKHK'nun md. 4/2(e) hükmüne aykırı olarak rekabetin birden fazla teşebbüs arasında anlaşma uyumlu, eylem ve teşebbüs birliği kararı niteliğindeki ayırıcı davranışlarla ihlali üzerinde durulmaktadır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 4. maddesinin açıkça sözünü ettiği rekabet ihlallerinden biri de ayırmacılık yapılmasıdır. Bu hususa ilişkin olarak mezkûr maddenin (e) bendinde; *“Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması”* yasak ve hukuka aykırı sayılmıştır. Aynı hükmün, mehzada 101. maddenin (d) bendi olarak yer aldığı ve *“ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı şartlar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme”* şeklindeki lafzıyla 4/2. maddenin (e) bendinden farklılaştığı görülmektedir.

---

(\*) İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve E. Rekabet Kurulu Üyesi.

Kanunumuzda “münhasır bayilik” ayrımcılık yasağı dışında tutulmuşken, AB Antlaşmasında böyle istisnaya yer verilmemiştir. Münhasır bayiliğin kapsam dışında tutulmuş olmasının nedeni, sağlayıcı durumundaki teşebbüslerin kurmuş olduğu bayilik sistemi kapsamında münhasır satım sözleşmeleri vasıtasıyla kurulan satış ağı içindeki müşteriler arasında farklılık gözetilebilmesine imkân sağlanarak, kanunun yürürlüğe girdiği dönemde uygulamada yaygın olarak görülen münhasır satım sözleşmelerinin geçerliliğini korumaktır. O nedenle Türk hukukunda bu hükme göre, yalnızca münhasır bayilik sisteminde ayrımcı uygulamalara gidilebilecektir.<sup>1</sup> Zira münhasır bayilik, mahiyeti itibarıyla dikey anlaşma niteliğinde olup, bu istisna ancak üreticinin dağıtıcıyla dağıtıcının da satıcılarla (bayiler) yapmış olduğu sözleşmelerdeki ayrımcı uygulamalar 4/2(e) maddesinin kapsamı dışında görülebilir.<sup>2</sup>

Buna karşın, münhasır bayilik sisteminin yatay eksende gerçekleşen ayrımcı işlem ve uygulamalarının mezkûr hükmün öngördüğü istisnadan yararlanması mümkün değildir.<sup>3</sup> Nitekim Rekabet Kurulunun kararlarında da 4/2. maddenin (e) bendinde yer alan ayrımcılık hükmünün yatay anlaşmalara uygulanmasında tereddüt bulunmadığını, ancak bu uygulamaların dikey anlaşmalarda da ortaya çıkmasının mümkün olduğu tespitlerine yer verdiği görülmektedir. Bir kararında Kurul; sağlayıcı ile alıcı arasında yapılan bir anlaşmada, alıcının altında yer alan teşebbüslere (örneğin perakendecilere) yönelik ayrımcı uygulamaların yapılmasına ilişkin kayıtların

<sup>1</sup> Ancak münhasır bayilik istisnası yalnızca bu bende özgüdür; 4. maddenin diğer bentleri bakımından böyle bir istisna kabul edilemez. Öğretideki görüşler de bu istikamettir. Bkz. **İ. Yılmaz Aslan**, *Rekabet Hukuku*, 4. Baskı, Bursa 2007, sh. 240; **Kerem Cem Sanlı**, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, RK Yayını, Ankara 2000, sh. 119. Bayilik istisnasının kanuna dâhil edilme sürecine ilişkin arka plan bilgisi için bkz. **M. Akif Ersin**, “4054 Sayılı Kanunun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulu’nun Yetkileri” *Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri*, İTO Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, sh. 39-49.

<sup>2</sup> Rekabet Kurulu, üç operatörün de alt bayisi olduğunu belirten şikayetçinin Turkcell, Vodafone ve Avea adlı mobil telefon işletmecileri tarafından, ana bayilerle alt bayilere kontörü aynı fiyattan vermesine rağmen prim, kira, eleman, eğitim, vergi gibi dolaylı desteklerden dolayı kontörün ana bayilere daha ucuz mal olduğu, bu uygulamalardan dolayı ana bayiler ve alt bayiler arasında haksız rekabet oluştuğu, alt bayilere yönelik uygulanan prim sisteminin takibinin operatör tarafından tek taraflı belirlendiği, primin ne kadar ve ne zaman ödeneceğine operatörün karar verdiği, prim sisteminin şeffaf olmadığı, kısaca üç teşebbüsün üçünün de ana bayi ve alt bayiler arasında şeffaf olmayan prim sistemi yoluyla ayrımcılık yaptığı iddiası üzerine bir ön araştırma yapmıştır. Yapılan inceleme sonucunda Kurul özet olarak şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. “Söz konusu başvuru esas itibarıyla, her bir GSM operatörünün kendi dağıtım kanalına ilişkin ayrımcılık yapmasına yönelik olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında değil, bahse konu dikey ilişkilerdeki ayrımcılığı konu edinen 4. maddesinin (e) bendi çerçevesinde değerlendirilmiştir. / Üç operatörün dağıtım ağları karşılaştırıldığında birbirine paralel bir yapı arz ettiği görülmektedir. Bu yapı kapsamında operatörler nihai tüketiciye hizmet veren bazı teşebbüslerle münhasır çalışmayı tercih etmektedir. Operatörlerin münhasır çalışmayı tercih ettikleri teşebbüsleri seçerken esas aldıkları kriterler, firmanın finansal yapısı, sektördeki güvenilirlikleri, tecrübeleri, sundukları hizmetlerin kalitesi ve mağazalarının konumudur. Bu bağlamda, Turkcell, Vodafone ve Avea’nın çalıştıkları, nihai tüketiciye hizmet sunan teşebbüsler arasında münhasır çalışıp-çalışmama unsuru başta olmak üzere birçok açıdan farklılık bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, üç operatörün dağıtım ağlarında faaliyet gösteren bayiler, ağ içinde bulundukları seviyelere, bayilerin taşıdığı özelliklere ve ilgili operatör ile münhasır çalışıp çalışmamasına göre ana bayi ve alt bayi unvanını almaktadır. Bunlara bağlı olarak da belli özelliklere sahip bayiler, GSM operatörü ile münhasır çalışmaları durumunda ilişkinin doğası gereği prim gibi birtakım avantajlardan faydalanabilmektedir. Bu anlamda, GSM operatörleri ile ana ve alt bayileri arasında var olan bahse konu dikey ilişkilerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (e) bendi çerçevesinde ihlal olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.” RKK: 21.03.2012, 12-13/391-119.

<sup>3</sup> Aynı yönde bkz. **Sanlı**, 119.

düşülmesi, alıcının talebi üzerine alıcıyı rakip konumdaki diğer alıcılara göre rekabette avantajlı duruma getiren hükümler konulması, ön araştırmaya konu olayda görüldüğü gibi sağlayıcının alıcı karşısındaki güçlü konumunun bir sonucu olarak alıcı aleyhindeki birtakım kayıtların anlaşmada yer verilmesini dikey anlaşma yoluyla ayrımcı uygulamalara örnek göstermiştir.<sup>4</sup>

Kanunumuzun madde 4/2(e) hükmünün mehzazını oluşturan AB Antlaşmasında ayrımcılık uygulaması yasağına amaç veya etki bakımından “*rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme*” gibi bir sınırlama getirilmiştir. Ancak uygulamada AB Komisyonu ve Mahkemelerinde görülen ayrımcılığın konu olduğu davaların büyük çoğunluğunun gerçek anlamda ayrımcılık sayılmayabileceği, ulusal temele dayalı ayrımcılığa ya da yerel pazarı uluslararası ve/veya yerel olmayan pazarlar karşısında avantajlı konuma sokma çabalarına ilişkin olduğu ifade edilmektedir.<sup>5</sup>

Bununla birlikte nadiren de olsa Komisyonun md. 101/1(d) hükmünü teşebbüslerin rakiplerini zor duruma düşürmek amacıyla gösterdikleri danışıklı uygulamalara müdahale ettiği, bunların da genellikle teşebbüslerce konulan ödül veya indirim sistemleri gibi uygulamalar olduğu belirtilmektedir. Bu cümleden olarak; *Industrieverbancf* davasında Komisyon, alımlarını teşebbüs birliği üyelerinden yapan müşterilere uygulanan toplu ödül sistemine, birliğe üye olmayan teşebbüslere yönelik suni bir ticaret engeli oluşturduğundan bahisle müdahale etme gereği duymuştur.<sup>6</sup> Komisyon *Roofing Felt* olayında ise, bir üreticinin fiyat indirimi politikasını sonlandırmaya zorlanması amacıyla, rakip teşebbüslerin danışıklı olarak ona karşı hayata geçirdikleri ayrımcı indirim uygulamasını rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>7</sup>

Mehaz mevzuatta ayrımcılık uygulaması amaç bakımından “*rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme*” gerekçesi ile sınırlandırılmış iken, Kanunumuzun lafzı sanki “mutlak anlamda bir ayrımcılık yasağı” getirilmiş intibayı uyandıracak şekilde kaleme alınmıştır. Oysa ticari hayatta aynı pazarda faaliyet gösteriyor olsalar da teşebbüsler çeşitli mülahazalarla ticari partnerleri arasında farklı

<sup>4</sup> Kurul sözkonusu tespitlere yer verdiği 3M Öneri Kararı'nda devamla; “Ancak taraflar arasında dikey bir ilişkinin bulunduğu durumlarda, işlemin sağlayıcının tek taraflı bir eylemi mi olduğu yoksa sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşmanın bir parçası mı olduğu hususunun belirlenmesi güçtür. Taraflar arasında dikey bir ilişkinin bulunduğu durumlarda ayrımcılık uygulamalarının Kanun'un 4 (e) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu ayrımcılığın dikey ilişki içerisindeki en az iki taraf arasındaki açık ve örtülü (zımni) bir irade uyuşmasına atfedilebilir olması gerekmektedir. / Bu durumda, 3M'in Keskin ve Ekay'ın İskonto oranlarında yaptığı değişiklikler, bu bayiler ile şikayete konu şirket arasındaki dikey bir anlaşma olan “3M İş Güvenliği Bölümü .... Yılı İş Planı Protokolü” çerçevesinde gerçekleşmektedir. / 3M'in Keskin ve Ekay adlı bayilerine yönelik olarak yaptığı iskonto oranlarının Keskin'i ve Ekay'ı kendileri ile rakip konumdaki diğer bayiler karşısında rekabette dezavantajlı duruma düşürdüğü de dikkate alındığında, anılan eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (e) bendi kapsamında değerlendirileceği”ni ifade ederek, teşebbüsü Kanunun 9. maddesi çerçevesinde uyarmakla yetindiği görülmektedir. RKK: 4.7.2007, 07-56/669-232 (3M kararı).

<sup>5</sup> Bu konuda örneğin bkz. ECJ, 17 May 1994, Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova, C-18/93, ECR [1994] I-1783; Commission Decision 95/364 of 28 June 1995 OJ, L 216 of 12 September 1995; Commission Decision 1999/199 of 10 February 1999, Portuguese Airports, OJ L 69 of 16 March 1999; Commission Decision, 98/153 of 11 June 1998, Alpha Flight Services/Aéroports de Paris, OJ L 230 of 18 August 1998. (RKK: 30.10.2008, 08-61/996-388 (Rosch II Kararı, dnt 6'dan naklen).

<sup>6</sup> Commission Decision 80/1074, 16.10.1980, *Industrieverbancf Solnhofener Natursteinplatten* eV, OJ L318, 26.11.1980, pp. 32-39.

<sup>7</sup> Commission Decision 86/399, 10.07. 1986 *Roofing Felt*, O.J. L 232, 19.08.1986, pp. 15-33.

uygulamalar yapabilmektedir. Bunlar fiyat, ödeme, taksit, prim, indirim, vade, faiz, teslim şartları, satış sonrası servis gibi geniş bir yelpazeye yayılabilmektedir. Bu, hem sözleşme özgürlüğünün bir parçası, hem de ticari hayatın zaruretlerinden kaynaklanabilen bir durumdur.

Dolayısıyla iktisadi ve ticari hayatta her türlü farklı muameleyi 4. madde kapsamında ayırmacı uygulama olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu kapsamda bir ayrımcılıktan söz edilebilmesi için, uygulamanın amacının, bunun muhatabı teşebbüsü rekabette dezavantajlı duruma düşürmek olması gerekir. Diğer yandan, ayrımcılık uygulamasının objektif bir haklı gerekçeye dayanması da mümkündür. Bu takdirde de 4. maddeye aykırılıktan söz edilemeyecektir. Nitekim Rekabet Kurulu da, mezkûr hükmü uygularken tarafların eşit durumda sayılıp sayılmamalarına ve sözkonusu uygulamanın objektif haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığına bakılması gerektiğine işaret etmekte; objektif bir gerekçeye dayandığı veya muhataplarının eşit durumda sayılamayacağı tespit edilen ayırmacı bir uygulamanın 4/2(e) madde kapsamına girmediği sonucuna varmaktadır.<sup>8</sup>

Şu halde, özel bir amaç güdülmemiş olsa bile, birden fazla teşebbüsün mutabakatına dayanan davranışın, objektif gerekçelerle açıklanamayan bir sebeple rakibin rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi sonucunu doğuran veya doğurabilecek nitelikteki uygulamaların 4. madde anlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmesi mümkündür. O nedenle kanun koyucunun (e) bendinin kaleme alınmasında, mehzaz metinden ayrılması isabetli olmamıştır. Kanunda yapılacak düzenlemede ayrımcılık yasağına mehzazda olduğu gibi sınırlayıcı bir ifadenin eklenmesi<sup>9</sup> veya hiç değilse uygulamada bu düzenlemenin mehzazın ifadesine uygun olarak dar yorumlanması

<sup>8</sup> Nitekim Kurul Mc Donalds kararında, adı geçen teşebbüsün eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürmek suretiyle Kanunun 4. maddesini ihlal ettiği yönündeki iddiaları şu gerekçelerle reddetmiştir. “Bu hükmün (md. 4/e) amacı, işletmelerin aralarında anlaşarak ticari ilişkide bulundukları taraflardan birini diğerlerin göre rekabette daha dezavantajlı duruma düşürmelerini yasaklamaktır. Her türlü ayrımcılık rekabeti sınırlayıcı değildir. Hakim durumda olmayan satıcı konumundaki bir firmanın alıcılara farklı fiyatlarla ürünleri satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi zordur. Benzer biçimde, franchise veren firmaların, franchise alan teşebbüslerin aylık satışlardan ödeyecekleri bedelleri farklı belirlemesi de rekabet ihlali olarak değerlendirilemez. Her lisans anlaşmasında belirtilen yüzdelerin birbirinden farklı olması son derece doğaldır. Aynı sokakta dahi olsa restoranın büyüklüğü, dizaynı gibi özellikler satış hacmini etkilemektedir. Güneri Gıda'nın restoranlarından birisinde oturma yeri bulunmamakta ve sadece pencereden servis yapılmaktadır. Dolayısıyla iki restorana yapılan harcamaların ve ciroların farklı olması beklenmelidir. Bu durumda, satışların her ay ödenmesi gereken belli yüzdesinin restorandan restorana farklılaşmasının da rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir”. (RKK: 24.02.2000, 00-8/70-3 McDonalds Kararı). Aynı şekilde Kurul, Canon Görüntüleme ve Ofis Sistemleri A.Ş'nin rekabet kurallarına aykırı bayi fiyatlandırmaları yaptığı iddialarını değerlendirdiği bir kararında, Canon bayilerinin eşit durumdaki alıcılar olmadıklarından bahisle şikâyet konusu iddiaları reddetmiştir. Kurul kararında özetle şu tespitlere yer verilmiştir: “Canon tarafından sunulan bilgilere göre, bayilerin hiçbirinin 2011 yılı toplam iş hacmi, bir diğeriyle aynı olmadığı gibi, bayilerin alım miktarlarının da girilecek ihale ve satış yapılacak müşteriye göre değişebildiği görülmektedir Bu itibarla, başvuruda iddia edilenin aksine bayilerin eşit durumdaki alıcılar olmadıkları anlaşılmıştır. / Bunun dışında, Canon'un bayilere ilişkin fiyatlandırma politikasına etki eden kriterler arasında, alım miktarı ve toplam iş hacmi dışında yeniden satışın yapılacağı ortamdaki rekabet şartlarının farklılığı, ihale ve büyük müşterilerin mevcudiyeti, kimi zaman da modüler ürün yapısının getirdiği farklılıkların da bulunduğu anlaşılmaktadır. / Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, Canon'un bayilerinin eşit durumdaki alıcılar olarak kabul edilemeyeceği ve bayilere yapılan farklı fiyatlandırmaların objektif gerekçeleri bulunduğu, dolayısıyla Canon ile herhangi bir bayisi arasında, bayiler arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi bulunan bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.” (RKK: 29.03.2012, 12-14/447-128 Canon Kararı).

<sup>9</sup> Aynı yönde. **Aslan**, 241.

gerekir. Nitekim Rekabet Kurulunun uygulamasının da bu doğrultuda olduğu gözlenmektedir.<sup>10</sup>

Rekabet hukukundaki ayrımcılık yasağının amacı, rakiplerini dezavantajlı duruma düşürmek suretiyle rekabeti bozmalarına mani olmaktır. Hukuk düzeni bu kural ile, rekabet oyununda rol alan oyunculara fırsat eşitliği sağlamayı amaçlamakta, bazı oyuncuların aralarında anlaşarak diğerk bir oyuncu veya oyuncular aleyhine rekabet şatlarını bozmalarına cevaz vermek istememektedir. Mamafih, ayrımcılık uygulamasından rakiplerin zarar görmesi söz konusu olabileceğı gibi, müşteriler de zarar görebilir.

Diğerk bir ifadeyle, aynı pazarda faaliyet gösteren bir rakibe karşı ayrımcılık yapabileceğı gibi, alıcılar ve müşteriler arasında da ayrımcılık yapılabilir. Rekabet hukukunda bu tür uygulamaların “birincil” ve “ikincil” olarak nitelendirilen iki türlü zarara sebebiyet verdiğı kabul edilmektedir. Buna göre ayrımcı uygulamadan dolayı, bu uygulamayı yapan teşebbüs veya teşebbüslerin bir veya bir kaç rakibinin zarar görmesi halinde “birincil” seviyedeki zarardan (*primary line injury*), bir veya birkaç müşteriye diğerklerinin aleyhine olacak şekilde yapılan ayrımcılığın neden olduğı zararlara ise “ikincil” seviyedeki zarar (*secondary line injury*) denilmektedir.

Birincil seviyede zarara sebebiyet veren ayrımcı uygulamalar aynı pazardaki rekabeti, ikincil seviyede zarara sebebiyet veren ayrımcı uygulamalar ise, üçüncü kişı durumunda olan teşebbüslerin faal olduğı komşu piyasalardaki rekabeti bozar.<sup>11</sup> Mesela belirli bir piyasada faal iki firmanın, kendilerinden mal alan beş firmadan birine diğerklerine nazaran çok daha yüksek fiyattan satma konusunda anlaşması halinde, daha yüksek fiyattan mal almak durumunda olan firmayı, onun maliyetini artırdıkları için, rekabette daha olumsuz bir hale sokmuş olurlar. Bu uygulama o firmayı, diğerkleriyle rekabet edemez duruma düşürerek, belki de piyasadan çıkmak zorunda bırakabilir. Ayrımcılık sonucunda bir veya birkaç firmanın pazar dışına çıkmamış olması da rekabet ihlalinin olmadığı anlamına gelmez. Ayrımcılık neticesinde bazı oyuncuların pazar gücü elde etmesi mümkündür. Ancak bu sonuç, rekabetin doğal sonucu olmayıp, suni olarak elde edilmiş olduğundan, böyle bir pazarda artık daha düşük yoğunlukta bir rekabet yaşanacağı için, hukuka aykırılık da gerçekleşmiş sayılacaktır.

Ayrımcılık yapma yasağı Kanunun 6. maddesinde yer alan bir rekabet ihlalidir. Bu maddenin (b) bendinde; “eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlölük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” denilerek ayrımcılık uygulaması, hakim durumun kötüye kullanılması eylemi niteliğindeki eylemlerden biri olarak sayılmıştır. Ancak 4. madde kapsamındaki ayrımcılık uygulaması çok taraflı bir davranış mahiyetini taşıırken, 6. madde kapsamına giren ayrımcılık tek taraflı bir davranış niteliğindedir. Dolayısıyla 4. madde kapsamına giren bir ayrımcılık uygulamasından söz edilebilmesi için birden

<sup>10</sup> Kurul bir kararında; “4054 sayılı Kanun açısından mehz mevzuattan farklı olarak, eşit durumdakilere farklı muamele yapılması kötüye kullanma için yeterli sayılmıştır. Ancak, farklı muamele sonucunda ilgili piyasada rekabetin bozulmasının ya da kısıtlanmasının aranması, özelde ilgili hükmün ve genelde Kanun’un amacına uygun olacaktır. Yani yalnızca eşit durumdakilere farklı fiyattan satılarak fiyatın farklılaştırılması ihlal için yeter şart olmamalıdır.” ifadelerine yer vermiştir. RKK: 30.10.2008, 08-61/996-388 (Rosch II kararı).

<sup>11</sup> Sanlı, 117.

fazla teşebbüsün anlaşarak bu uygulamaya girişmeleri gerekir.<sup>12</sup> Buradaki anlaşmadan kasıt ayrımcılık fiilinin uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararıyla yapılamayacağı anlamına gelmez. Önemli olan danışıklı bir ilişki ile bu yola başvurulmasıdır.

Nitekim Kurul bir kararında, “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi rekabeti sınırlandıran teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarını yasaklamaktadır. Dolayısıyla ayrımcı uygulamalara ilişkin hükmün uygulanabilmesi için öncelikle ayrımcılık yapılmasına temel olabilecek bir işbirliği ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Bu işbirliği ilişkisi teşebbüsler arası anlaşmalar ya da uyumlu eylemler yoluyla kurulabileceği gibi teşebbüs birliği kararları ile de kurulabilecektir. Başvuruda ise herhangi bir şekilde böyle bir iddiaya yer verilmediğinden söz konusu şikâyet, Kanun’un 4. maddesinin (e) bendi hükmü çerçevesinde değerlendirilmemiştir” demiştir.<sup>13</sup>

Özetlemek gerekirse yukarıda yapılan izahatın sonucu olarak, 4054 sayılı Kanunun 4/2-e maddesi anlamında bir ayrımcı uygulamanın hukuka aykırılığından söz edilebilmesi için; (i) en az iki teşebbüsünün münhasır bayilik ilişkisi hariç olmak üzere anlaşma, karar veya uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek bir davranış şeklinde tezahür etmesi, (ii) bu davranışın ticari ilişkiye girilecek eşit durumdakiler arasında ayırım gözetme amacı taşıması veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olması, (iii) bu ayrımcılığın muhatabı olan teşebbüsü rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürebilecek olması gerektiği söylenebilir.

<sup>12</sup> Nitekim Kurul bir kararında hem 4 hem de 6. maddeye dayandırılan şikâyet üzerine yapılan ön araştırma sonucunda; “Şikâyetçi, Özlenir Giyim’in faaliyetlerinin zorlaştırılarak piyasa dışına çıkarılması için bazı siparişlerin reddedildiğini, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumda bulunan bayilere ‘Store’ ve/veya ‘Corner’ için farklı koşullar uygulandığını ve Özlenir Giyim’in kar marjının bu bağlamda düşürüldüğünü dile getirmiştir. Kanun’un 4. maddesi anlamında dışlayıcı ve ayrımcı uygulamalardan söz edebilmek için her iki kavram bakımından da olayda danışıklı bir ilişkinin (anlaşma, uyumlu eylem) ya da teşebbüs birliği kararının varlığı gereklidir. / Ortada, üçüncü bir teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmayı ya da bu teşebbüsü dışlamayı amaçlayan bir anlaşma ya da karar olmadıkça bu tür uygulamalar ancak 6. madde çerçevesinde değerlendirilebilir.” denildikten sonra, 4. maddeye dayanan şikâyet, iddia konusu eylemin teşebbüsün tek yanlı davranışı niteliğinde olması, 6. maddeye dayanan şikâyet de teşebbüsün hakim durumda olmadığı tespiti yapılarak reddedilmiştir. RKK: 27.10.201, 10-67/1426-542 (Özlenir Giyim kararı).

<sup>13</sup> Karara konu olayda Sony Ericsson’un alıcıları arasında ayrımcılık yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal ettiği iddia edilmiş olup, Kurul kanunun 6. maddesi bakımından da ihlali varit görmemiştir. (RKK: 22.02.2007, 07-16/149-49).

## MAKALE

# HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI KILAVUZU'NUN KAPSAMLI BİR İNCELEMESİ

**Ahmet Fatih ÖZKAN\***

## Giriş

“Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz” (Kılavuz), 7 Nisan 2014 tarihinde Rekabet Kurulu’nun (Kurul) internet sitesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (Kanun) “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6. maddesinin açıklanmasına yönelik hazırlanan Kılavuz’un yayımlanmasıyla birlikte Türkiye’de, son yıllarda dünya çapında bu alanda öngörülebilirlik ve şeffaflık sağlamak üzere kılavuz hazırlama trendine uygun davranmıştır. Esasen 2004 yılında İngiltere’de,<sup>14</sup> 2008 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD),<sup>15</sup> 2009 yılında Japonya’da<sup>16</sup> ve 2012 yılında Kanada’da<sup>17</sup> bu alanda çeşitli kılavuzlar yayımlanmış, ayrıca Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) tarafından tek taraflı davranışları düzenleyen hukuk sistemlerinin izlediği amaçlar<sup>18</sup> ve belli başlı bazı kötüye kullanma türleri üzerine kapsamlı raporlar<sup>19</sup> hazırlanmıştır. ICN bünyesinde, Rekabet Kurumu’ndan (Kurum) bazı çalışanların da faaliyetlerinde yer aldığı, “Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu” tarafından tek taraflı davranışlar alanında kapsamlı bir kılavuz (*ICN Workbook*) yayımlama çalışmaları ise halen devam etmektedir.

Ancak Kılavuz’un hazırlanması sürecinde yukarıda adı geçen ülkeler ve uluslararası kuruluşlar tarafından yayımlanan kılavuzlar yerine, Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinden esinlendiği görülmektedir. Son on yıl içinde AB rekabet hukukunda da hakim durumun kötüye kullanılması alanında kapsamlı çalışmalar yapılmış ve Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (ABİDA), hakim durumun

\* Doktora Öğrencisi (Rekabet Hukuku, University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Hukuk ve İktisat, Bilkent Üniversitesi), LL.B. (Hukuk, Bilkent Üniversitesi). Bu makale yazarın Rekabet Derneği ve Rekabet Uzmanları Derneği tarafından 29 Mayıs 2014 tarihinde Rekabet Kurumu’nda ortaklaşa düzenlenen “Dışlayıcı Kötüye Kullanmaya RK Kılavuzunun Bakışı” adlı panelde yaptığı konuşmanın metnidir. Yazar, destekleriyle makalenin yayımlanma aşamasına gelmesine zemin hazırlayan Prof. Dr. Erdal Türkkan ve Rekabet Uzmanı Sn. Şamil Pişma’ya teşekkürlerini sunar.

<sup>14</sup> *OFT Guidelines on Abuse of a Dominant Position* (OFT402) ve *OFT Guidelines on Assessment of Market Power* (OFT415).

<sup>15</sup> *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*. Ancak söz konusu Kılavuz 2009 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>16</sup> *Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act*.

<sup>17</sup> *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)*. Esasen bu Kılavuz, ilk kez 2001 yılında yayımlanan önceki kılavuzun güncellenmiş halidir.

<sup>18</sup> *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies* (2007).

<sup>19</sup> *Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws* (2008), *Report on Predatory Pricing* (2008), *Report on Single Branding/Exclusive Dealing* (2008), *Report on Tying and Bundled Discounting* (2009), *Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws* (2009) ve *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws* (2010).

kötüye kullanılmasını yasaklayan 102. maddesine (Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın eski 82. maddesine) ilişkin bir reform süreci yaşanmıştır. Bu bağlamda 2005 yılında "82. Maddeye Ekonomik Bir Yaklaşım",<sup>20</sup> yine aynı yıl içinde "Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanması Hakkında Tartışma Metni"<sup>21</sup> ve son olarak 2008 yılında "Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber" (AB Rehberi) yayımlanmıştır.<sup>22</sup> Kılavuz'un gerek biçimsel gerekse içeriksel olarak AB Rehberi ile büyük benzerlikler taşıdığı, hatta AB Rehberi'nin neredeyse birebir alındığı görülmektedir. Bu durum ABİDA 102. madde reform sürecinde elde edilenengin bilgi birikimine ek olarak, Türkiye'nin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile mehzaz AB müktesabatıyla yoğun bir uyum sağlama yükümlülüğünün gereğini yerine getirmekle açıklanabilir.<sup>23</sup>

AB'ye katılım sürecine ek olarak Türkiye'nin iç dinamiklerinin de 6. maddeye ilişkin bir kılavuzun yayımlanmasını desteklediği görülmektedir. Çeşitli akademik çalışmalarda 6. maddenin farklı unsurlarına yönelik olarak açıklayıcı bir kılavuzun yayımlanması vurgulanmıştır.<sup>24</sup> Devlet Denetleme Kurulu'nun bir raporunda "4054 sayılı Kanun'un en önemli ve tartışmalı hükümlerinden biri olan 6. madde kapsamındaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda kılavuz çıkarılması" tavsiye edilmiştir.<sup>25</sup> Kurum'un 2014-2018 Stratejik Plan'ında "6. madde değerlendirmelerine ilişkin bir kılavuz hazırlanarak, kamuoyu ile paylaşılması[nın] yararlı" olacağı ifade edilmiş ve söz konusu kılavuzun 2014 yılı içerisinde çıkarılması planlanmıştır.<sup>26</sup> Aynı şekilde "Başkan'ın 2014 Mesajı"nda da 2014 yılı içerisinde ikincil mevzuata yönelik çalışmaların aynı yoğunlukta devam edeceği ve bu bağlamda hakim durum konusyla ilgili olarak hazırlanan kılavuzun yayımlanacağına değinilmiştir.<sup>27</sup> Öte yandan 2013 yılı adeta "kılavuz yayımlama yılı" haline gelmiş ve Kurul bir yıl içerisinde tam 6 farklı kılavuz yayımlamıştır.<sup>28</sup> Özellikle 4. ve 7. madde alanında

<sup>20</sup> Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), An Economic Approach to Article 82.

<sup>21</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

<sup>22</sup> Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7.

<sup>23</sup> Council Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council on implementing the final phase of the Customs Union [1996] OJ L 35/1, prg.35 ve 39.

<sup>24</sup> Özkan A. F. (2013) "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), s.311-350; Demiröz A. ve Tunçel Ç. (2011) "Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği", Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara; Özdemir Ü. N. (2010) "Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri", Uzmanlık Tezleri Serisi No. 96, Ankara; Madan Z. (2009) "ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları", Uzmanlık Tezleri Serisi No. 85, Ankara.

<sup>25</sup> Devlet Denetleme Kurulu (2010) "Rekabet Kurumu'nun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi", Rapor No. 2010/7, <<http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk38.pdf>> Erişim Tarihi: 20.06.2014, s.333.

<sup>26</sup> Rekabet Kurumu (2014) "2014-2018 Stratejik Plan", Ankara, s.48 ve 63.

<sup>27</sup> Bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=dGneA0I5fEbqpm2WavX+Dg==H7deC+LxB18>> Erişim Tarihi: 20.06.2014.

<sup>28</sup> Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz; Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz; Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz; Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz; Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz.

sayısı hızla artan kılavuzlar karşısında 6. maddeye ilişkin tek bir kılavuzun dahi hazırlanmamış olması Kurul'u hareket geçirten başka bir neden olmuştur.

Bu makalede Kılavuz'un, AB Rehberi ve Kurul'un Kılavuz öncesi 6. madde uygulaması ile karşılaştırmalı bir analizini içeren kapsamlı bir değerlendirmesi yapılmaktadır. Makale beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Kılavuz'un sistematığı ve hukuki rejimi ele alınmaktadır. İkinci bölümde Kılavuz'un uygulamaya getirdiği yenilikler incelenmekte; bu bağlamda tüketici refahı amacının, etki-bazlı incelemelerin, rekabet karşıtı piyasa kapamanın, eş etkin rakip testinin ve etkinlik savunmasının Kılavuz öncesi Türk rekabet hukukundaki yeri ve önemi değerlendirilmektedir. Üçüncü bölümde; sözleşme yapmayı reddetme, yıkıcı fiyatlama, fiyat sıkıştırması, münhasırlık, indirim sistemleri ve bağlama olmak üzere Kılavuz'da yer alan spesifik kötüye kullanma türlerinin ayrı ayrı kritik analizlerine yer verilmektedir. Dördüncü bölümde AB Rehberi'nin açıkça kapsam dışı bıraktığı alanlar ile Türk rekabet hukukuna özgü olmasından dolayı AB Rehberi'nde yer almayan diğer unsurların, Türk rekabet hukuku açısından önemi göz önünde bulundurularak, Kılavuz'da incelenip incelenmemesi gerektiği tartışılmaktadır. Beşinci ve son bölümde ise Kılavuz sonrası dönemde nasıl bir uygulama beklendiğine ilişkin olarak çıkarımlar yapılmaktadır.

## 1. Kılavuz'un Sistematığı ve Hukuki Rejimi

Kılavuz beş bölümden oluşmaktadır: “1. Giriş”, “2. Hâkim Durum”, “3. Kötüye Kullanma”, “4. Haklı Gerekçe” ve “5. Kötüye Kullanma Halleri”. Birinci bölümde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi tanıtılmakta, ve Kılavuz'un amacına ve kapsamına yönelik açıklamalar yapılmaktadır. İkinci bölüm ilgili pazarın tanımlanması ve hakim durum değerlendirilmesine ayrılmıştır. Üçüncü bölümde hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik genel hükümler düzenlenmekte ve hemen ardından dördüncü bölümde kötüye kullanma nitelendirmesi karşısında hakim durumdaki teşebbüslerin başvurabilecekleri haklı gerekçe savunmaları yer verilmektedir. Beşinci ve son bölümde ise uygulamada yaygın olarak görülen bazı spesifik kötüye kullanma halleri hakkında özel hükümler inceleme konusu yapılmaktadır. Dört bölümden oluşan AB Rehberi'nde ise, sıralama aynı kalmakla birlikte, bölümlerin başlığında ufak değişiklikler bulunmaktadır. Örneğin Kılavuz'daki ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümler, AB Rehberi'nde tek bir bölümde (III. *General Approach to Exclusionary Conduct*) incelenmiş, Giriş bölümünün (I. *Introduction*) hemen ardından “Rehberin Amacı” başlıklı ek bir bölüm (II. *Purpose of this Document*) yer almış, spesifik kötüye kullanma türlerine ilişkin bölüm ise Kılavuz'da da son bölüm (IV. *Specific Forms of Abuse*) olarak düzenlenmiştir.

Kılavuz'un getirdiği yenilikleri incelemeyi önce Kılavuz'un hukuki rejimi üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere içeriğinin neredeyse birebir alındığı AB Rehberi'nin hukuki rejiminin benimsenmesinin ise Kılavuz için tercih edilmediği görülmektedir. AB Rehberi, isminden de anlaşılacağı üzere, bir “rehber” (*guidance*) olarak yayımlanmış, başka bir deyişle bir “kılavuz” (*guidelines*) olarak hazırlanmamıştır.<sup>29</sup> AB Rehberi, Genel Mahkeme (*General Court*) ile Adalet

<sup>29</sup> AB rekabet hukuku literatüründe rehber ve kılavuz ayrımının belirleyiciliği üzerinde duruluyor olsa da Türk rekabet hukuku literatüründe aynı konu hakkında gerekli özenin gösterilmediği gözlemlenmektedir. Bazı akademik çalışmalarda AB Rehberi isabetli bir şekilde “rehber” olarak tercüme edilmiştir (bkz. Arıtürk R. Ö. (2011) “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son

Divanı'nın (*Court of Justice of the European Union*) (AB Mahkemeleri) içtihatları ışığında hazırlanmış ve söz konusu mahkemelerin yorumlarını içeren bir metin olmayıp, esasen AB Komisyonu'nun ABİDA 102. madde uygulamasında hangi durumlarda harekete geçeceğini göstermek üzere uygulama önceliklerini (*enforcement priorities*) içermektedir. Bunun nedeni AB Mahkemeleri'nin eski içtihatlarında tek taraflı davranışlar alanında genel olarak şekilci (*formalistic*) ve katı bir yaklaşımın egemen olması, AB Rehberi'nin ise, bu duruma bir çözüm olarak başlatılan ABİDA 102. madde reform sürecine ana ilkelerine uygun bir biçimde, etki-bazlı ve tüketici refahı odaklı olarak hazırlanmasıdır. AB Mahkemeleri'nin geçmiş içtihadı karşısında hareket alanı daralan AB Komisyonu, çareyi AB Rehberi'ni kendi "uygulama öncelikleri"ni içeren bir metin olarak hazırlamakta bulmuştur.

Türk rekabet hukukunda benzer bir sorunun olduğu, bu bağlamda Danıştay'ın geçmiş içtihatları karşısında Kurul'un hareket alanının benzer bir biçimde daraldığı söylenemez. Öncelikle mehz AB rekabet hukukunun aksine, Türk rekabet hukuku Kurul kararları ile oluşmakta ve gelişmektedir. Danıştay'ın uzun bir süre Kurul kararlarını usul yönünden incelemiş olması ve esasa ilişkin kararlarına da son yıllar dışında nadiren rastlanması sonucu Türk rekabet hukukuna katkısı sınırlı kalmıştır.<sup>30</sup> Bu bağlamda Kılavuz'da sadece tek bir Danıştay kararına atıf yapılmış olması dikkat çekicidir. Buna ek olarak, Türk idare hukuku açısından rehber ile kılavuzun birbirinden ne ölçüde farklılaştığı bile kesin değildir. Bu nedenle Kılavuz'un, esasen kılavuz ya da rehber olmasının belirleyici bir unsur olduğu söylenemez. Ancak Kurul'un daha önceki ikincil düzenlemeleriyle terim birliğinin sağlanması açısından "kılavuz" başlığının tercihi yerindedir.<sup>31</sup> Ayrıca Kurul'un, 4054 sayılı Kanun ile 20 yıla yakın bir deneyiminin olmasına rağmen, 6. madde alanında ilk kez çıkaracağı bir kılavuzu uygulama öncelikleri biçiminde hazırlamak için henüz yeterli deneyime sahip olduğu söylenemez. Yayımlanan bu ilk Kılavuz'un uygulamasından elde edilecek deneyimin göz önünde bulundurularak belki ileride hazırlanacak kılavuzlarda uygulama önceliklerinin gündeme gelmesi mümkün olabilecektir.

---

*Gelişmeler*", K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul; Aslan E. (2011) "*Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu*", K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul. Buna karşın, diğer akademik çalışmalarda ise AB Rehberi'nden "kılavuz" olarak bahsedilmiştir (bkz. Arıöz A. ve Özbek Ö. C. (2011) "*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*", K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul; Odman Boztosun A. (2011) "*Tek Taraflı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?*", K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul; Ünal Ç. (2011) "*Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar*", K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul).

<sup>30</sup> 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un ile 2012 yılından bu yana Kurul kararlarına karşı itiraz merciinin, rekabet hukuku ve ekonomisinde hemen hemen hiç deneyimi ve uzmanlığı bulunmayan Ankara İdare Mahkemeleri olarak değiştirilmesiyle birlikte Türk rekabet hukukunun gelişiminin Kurul'un daha fazla inisiyatifine kalacağı ileri sürülebilir.

<sup>31</sup> AB Rehberi'ne atıf yapılan Kurul kararlarında ise AB Rehberi'nin bir kılavuz mu olduğu yoksa rehber mi olduğu konusunda bir terim birliğinin olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bazı kararlarda AB Rehberi'nden isabetli bir şekilde "rehber" olarak bahsedilmişken (bkz. 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı; 19.12.2013 tarihli ve 13-71/992-423 sayılı **TTNET/Superonline** kararı), diğer kararlarda "kılavuz" terimi kullanılmıştır (bkz. 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell/Avea/Vodafone** kararı; 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Cine 5/Digiturk** kararı).

## 2. Kılavuz'un Uygulamaya Getirdiği Yenilikler Nelerdir?

Kılavuz ile birlikte AB Rehberi'nin birebir alınması sonucu, söz konusu Rehberin ABİDA 102. madde uygulaması bakımından getirdiği yenilikler Türk rekabet hukuku için de geçerli hale gelecektir. Yukarıda da bahsedildiği üzere AB Rehberi, özellikle son yıllarda yoğun olarak AB Komisyonu'na yöneltilen ve ABİDA 102. madde alanında kararların şekilci olduğu, tek taraflı davranışların rekabet yanlısı etkileri ve etkinlik artışlarının göz ardı edildiği, bu yüzden de hatalı pozitiflere (*false positives*) yol açıldığı eleştirileri karşısında, ABİDA 102. madde reform sürecinin sonunda yayımlanmış bir metindir. Bu bağlamda tüketici refahı amacının ön plana çıkarılması, ekonomik analizlere dayanan etki-bazlı yaklaşımın benimsenmesi, “rekabet karşıtı piyasa kapama” kavramının ve “eş etkin rakip testi”nin kullanılmaya başlanması, etkinlik savunmasının kabul edilmesi ve bazı spesifik kötüye kullanma türleri hakkında yeni ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmesi, AB Rehberi'nin getirdiği yenilikler olarak öne çıkmaktadır. Bu düzenlemeler AB rekabet hukukundaki bir ihtiyacın sonucu olarak AB Rehberi'nde yer almış olsa da Türk rekabet hukukunda bu düzenlemelerden bazılarının önceden beri uygulama alanı bulduğu dikkat çekicidir. Aşağıda söz konusu yeniliklerin, Türk rekabet hukuku uygulaması ile karşılaştırmalı bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

### 2.1. 6. Madde ile Tüketici Refahının Arttırılması Amacı İzleniyor Mu?

Genel ve soyut bir norm olan 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, tıpkı mehz ABİDA 102. madde gibi, hakim durumun kötüye kullanılması yasağını düzenlemekte, bu bağlamda sınırlı olmayan bir biçimde birkaç örnek kötüye kullanma hali saymakta, ancak hakim durumun kötüye kullanılması kavramını tanımlamamaktadır.<sup>32</sup> Yasakoyucu tarafından tanımlanması idari otoritelere ve yargı makamlarına bırakılan kötüye kullanma kavramının incelenmesinde belirleyici faktör, 6. madde ile izlenen amaçtır. Bu bağlamda izlenen amaca aykırı veya zarar verici davranışlar, 6. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması sayılacaktır. Ne 6. maddenin madde metninde, ne de madde gerekçesinde 6. madde ile izlenen veya izlenmesi gereken amacın ne olduğu yer almamaktadır. 4054 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde ise rekabet hukukun izlediği amaçlara değinilmiş ve temel amacın “*rekabet sürecinin ya da serbest rekabetin muhafazası*” ve “*etkin rekabetin korunması*” olduğu ifade edilmiştir.<sup>33</sup> Kılavuz ile birlikte tüketici refahı, bizzat kötüye kullanma kavramının odak noktası haline getirilmiştir. Kötüye kullanma hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları olarak tanımlanmaktadır (m.22).

<sup>32</sup> 4054 sayılı Kanun'da “kötüye kullanma” tanımlanmasa da, “hâkim durum” tanımlanmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre hakim durum; belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade etmektedir. Bu tanımın AB rekabet hukukundaki *United Brands* kararından esinlendiği görülmektedir. Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

<sup>33</sup> Genel Gerekçe'de her ne kadar birer “*ikincil amaç*” olarak “küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olunması”, “piyasada doğruluk ve dürüstlüğü yaygınlaşmasına katkıda bulunulması”, “enflasyonun aşağıya çekilmesi” ve “girişimci ruhun yeniden canlandırılması” üzerinde durulmuşsa da, asıl vurgunun “*tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması*” amacına yapıldığı görülmektedir.

Türk rekabet hukukunda tüketici refahı üzerinde ısrarla durulduğu görülmektedir. ICN tarafından hazırlanan ve tek taraflı davranışlar alanında izlenebilecek amaçların tartışıldığı, bu bağlamda etkin rekabetin korunması, tüketici refahının artırılması, etkinliğin ençoklaştırılması, ekonomik özgürlüklerin korunması, hakkaniyet ve eşitliğin sağlanması, küçük veya orta ölçekli teşebbüsler için eşit şartlarda bir rekabet ortamının oluşturulması, tek pazar entegrasyonun sağlanması, serbestleşme ve özelleştirmenin kolaylaştırılması vb. çok sayıda amacın belirlendiği raporun anket çalışmasına katılan Türkiye yanıtında, bu alanda izlenilebilecek amaçlar olarak “tüketici refahının sağlanması”, “etkinliğin ençoklaştırılması” ve “küçük veya orta ölçekli teşebbüsler için eşit şartlarda bir rekabet ortamının oluşturulması” amaçlarına işaret etmiştir.<sup>34</sup> Kurul tarafından yayımlanan çeşitli politika dökümanlarında, tüketici refahı amacına vurgu yapıldığına rastlanmaktadır. Örneğin ana temasını rekabet politikası ile tüketicilerin korunması arasındaki ilişkinin oluşturduğu 2013 Rekabet Mektubu’nda tüketici refahının artırılmasının, “rekabet hukukunun temel amaç ve hedeflerinin başında gel[diği]” ifade edilmiştir.<sup>35</sup>

Kurul kararlarında da tüketici refahının üzerinde durulduğu görülmektedir. *Zincir Süpermarketler* kararında<sup>36</sup> Kurul, rekabet hukukunun amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetçi sürecin korunması yoluyla piyasa ekonomisine işlerlik kazandırarak “toplumsal refah ve ekonomik etkinliğin azamileştirilmesi” olduğunu belirttikten sonra bu noktada “belirleyici unsurun tüketici refahı olduğu üzerinde dünya rekabet otoriteleri arasında mutabakat olduğu[na]” dikkat çekmiştir. Bu kararda, “4054 sayılı Kanun’un nihai amacının tüketici refahını artırmak olduğu” özellikle vurgulanmıştır. U.N. RO-RO kararında<sup>37</sup> hakim durumdaki teşebbüslerin, “tüketici refahını azaltarak bu konumlarından faydalanmalarına ve bu konumlarını korumaya/güçlendirmeye çalışmalarına rekabet hukuku tarafından kayıtsız kalınması mümkün” olmadığı belirtilmiştir. Yakın tarihli *TÜPRAŞ* kararında ise “[h]âkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri[nin] Kanun tarafından yasaklanmakta” olduğunun altı çizilmiştir.<sup>38</sup> Özetle, AB Rehberi’nin tüketici refahını ön plana çıkarmasına rağmen Türk rekabet hukukunda bu amacın halihazırda zaten benimsenmiş olduğu açıkça görülmektedir.

## 2.2. Türk Rekabet Hukuku Etki-bazlı İncelemeler Açısından Hangi Noktada?

ABİDA 102. maddenin geçmiş uygulamasına bakıldığında, AB Komisyonu ve AB Mahkemeleri tarafından verilen kararların genel olarak şekilci yaklaşımlar içerdiği ve tek taraflı davranışların olası rekabet yanlısı etkilerinin göz ardı edildiği ileri sürülmektedir. Bu duruma bir çözüm olarak başlatılan ABİDA 102. madde reform süreci sonucunda hazırlanan AB Rehberi’nde kötüye kullanmanın belirlenmesi noktasında genel olarak etki-bazlı bir inceleme yöntemi benimsenmiştir. Etki-bazlı yaklaşım, tek taraflı davranışların ekonomik analizinde geline son noktayı temsil etse de, söz konusu davranışların pazarda ve tüketiciler üzerinde yol açtığı rekabet

<sup>34</sup> *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies* (EK-A).

<sup>35</sup> Bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2f2013Rekabetmektubu.pdf>> Erişim Tarihi: 20.06.2014, s.5.

<sup>36</sup> 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı *Zincir Süpermarketler* kararı.

<sup>37</sup> 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. RO-RO kararı.

<sup>38</sup> 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı *TÜPRAŞ* kararı.

karşıtı etkilerin daha ayrıntılı incelenmesini öngörmesi sonucu, rekabet otoritelerinin karar alma sürecinde daha fazla kaynak kullanımı gerektirecek ve bunun da bir maliyeti olacaktır. AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu Kılavuz'un pek çok noktasında etki-bazlı incelemelerin Türk rekabet hukukuna da aktarılması gündeme gelecektir. Dolayısıyla Kurul'un halihazırdaki ekonomik analiz kapasitesi ve ekonomik analiz yapma noktasındaki arzusu önem kazanmaktadır.

Kararlarda ekonomik analizlerden yararlanılması noktasında Kurul'un Kılavuz henüz yayımlanmadan önce duyarlılık göstermeye başladığı, ancak bu konudaki girişimlerin genel olarak AB Rehberi'nin yayımlanmasıyla birlikte ivme kazandığı görülmektedir. 2011 yılında yapılan yeniden yapılandırma sonucu Kurum bünyesinde, ekonomik analiz ve araştırmalara yardımcı olmak üzere "Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi" kurulmuştur. Bazı kararlarda Kurul üyelerinin, soruşturma raportörlerinden daha detaylı ekonomik talep ettiğine tanıklık edilmektedir. Örneğin *Türk Hava Yolları/Pegasus* kararında Kurul üyesi Reşit Gürpınar karşı oyunda, dosya kapsamında "elde edilen mevcut bilgi ve belgelere göre yapılan değerlendirme ve *ekonomik analizlerin yeterli olmadığı*[na]" kanaat getirmiştir.<sup>39</sup> Tek tarafları davranışların etkilerinin, yapılan analizin temelini oluşturduğu Kurul kararlarında da Kılavuz öncesi bir artışı görüldüğü söylenebilir. *Turkcell GSM Kampanyaları*,<sup>40</sup> *Turkcell Biz Bize Kamu*<sup>41</sup> ve *Doğan Yayın Holding*<sup>42</sup> kararlarında inceleme konusu olan tek taraflı davranışların etkileri incelenmiş ve ayrıntılı analizlere yer verilmiştir.

Gerek Kurum içinden, gerekse Kurum dışından ekonomik analizlerin önemini vurgulayan mesajlar verilmektedir. Atıyas, Kurum'un önümüzdeki döneme ilişkin en önemli hedeflerinden birinin ekonomik analiz kapasitesini geliştirmek olmasını belirtmiş, Kurum'da AB Komisyonu'nun bünyesindeki gibi bir "baş ekonomist" (chief economist) pozisyonunun açılmasını ve doktoralı ekonomistlerin çalıştırılmasına önem verilmesini tavsiye etmiştir.<sup>43</sup> Yazar, Türkiye'de soruşturmalara konu olan şirketlerin artan biçimde ekonomik analiz kullanacaklarını iddia etmiş, bu analizlere cevap verilmesi gerektiğini ekleyerek cevap verilmemesi halinde de bunun başka sorunlara yol açacağı konusunda uyarmıştır.<sup>44</sup> Senyücel ise Kurul kararlarında basit korelasyon veya fiyat ya da girdi çıktı analizlerinden ekonometriye bir geçişin olduğunu, Kurum bünyesinde çalışan sanayi ekonomisi doktorası sahibi personelin sayısının arttığını, hatta Kurul'un da ekonomik analiz yapılması konusunda daha

<sup>39</sup> 30.12.2011 tarihli ve 11-65/1692-599 sayılı **Türk Hava Yolları/Pegasus** kararı.

<sup>40</sup> 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararı, s.60 ("...kararda Turkcell tarafından da etki bazlı bir analiz içermesi nedeniyle büyük önem atfedilen Frito-Lay kararına uyumlu olarak Turkcell uygulamalarının pazarda nasıl bir etki doğurduğu kapsamlı bir biçimde incelenmiştir").

<sup>41</sup> 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı, s.18 ("[D]ışlayıcı karakterdeki bir eylemin varlığından bahsedilmesi, hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışının pazarda yaratacağı etkilerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle fiyat sıkılaştırması ve yıkıcı fiyat iddiaları kapsamında ihlal olduğu öne sürülen fiillerin değerlendirmeleri etki bazlı bir analiz neticesinde yapılmıştır").

<sup>42</sup> 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı, s.110 ("[K]ararda ilgili pazar, ilgili pazardaki indirim sistemlerinin uygulandığı reklam tarifeleri ve söz konusu indirim sistemleri pazarın bütününi kapsayacak şekilde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuş, ardından Doğan Medya Grubu indirim sistemleri gerek dışlama potansiyeli gerek etki bakımından oldukça kapsamlı ve nitelikli analizlere tabi tutulmuştur").

<sup>43</sup> Atıyas İ. (2007) "Rekabet Kurumu'nun 10. Yılı Üzerine Bir Değerlendirme", Rekabet Kurumu'nun 10. Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, s.117.

<sup>44</sup> a.g.e.

duyarlı olmaya başladığını ileri sürmüştür.<sup>45</sup> Dolayısıyla Kılavuz öncesinde de etki-bazlı incelemeler konusunda Türk rekabet hukukunda belli bir bilinç ve duyarlılığın oluşmaya başladığı görülmekte, bu durumun etki-bazlı hazırlanmış Kılavuz ile kurumsallaşmaya başlayacağı düşünülmektedir.

### 2.3. Rekabet Karşıtı Piyasa Kapama Kavramı 6. Madde Uygulamasına Nasıl Bir Katkıda Bulunacaktır?

AB Rehberi'nin 19. maddesinde kendisine yer bulan "rekabet karşıtı piyasa kapama" (*anti-competitive foreclosure*) kavramı, Kılavuz'un 25. maddesinde düzenlenmiş ve dışlayıcı kötüye kullanmaya yönelik olarak Kurul tarafından yapılan "*değerlendirmenin esasını, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi oluştur[duğu]*" açıkça belirtilmiştir. Dışlayıcı kötüye kullanma analizinin merkezine yerleştirilen rekabet karşıtı piyasa kapama kavramı yine aynı maddede, "hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesi" olarak tanımlanmıştır. Kılavuz'un 26. maddesinde ise rekabet karşıtı piyasa kapamanın varlığı incelenirken; hakim durumdaki teşebbüsün konumu, ilgili pazardaki koşullar, rakiplerin konumu, müşteri ya da sağlayıcıların konumu, davranışın kapsamı ve süresi, fiili piyasa kapamaya ilişkin olası deliller ve dışlayıcı stratejiye ilişkin doğrudan veya dolaylı deliller gibi unsurların dikkate alınacağı öngörülmektedir.

Rekabet karşıtı piyasa kapamanın, esasen Türk rekabet hukukuna yabancı bir kavram olduğu görülmektedir. Örneğin Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde sadece "*piyasa kapama*" kavramına yer verilmiş ve bu bağlamda bu kavram "potansiyel rakiplerin alt veya üst pazarlara girişinin bir veya birden fazla teşebbüs tarafından bir dizi eylemle engellendiği stratejik davranış" olarak tanımlanmıştır.<sup>46</sup> Bazı geçmiş kararlarda "*piyasa kapama etkisi*"nden söz edilmiş ve bu kavram da hakim durumdaki firmanın "piyasaya yeni firmaların girmesini engellemesi ve bu şekilde potansiyel rekabeti ortadan kaldırması" olarak adlandırılmıştır.<sup>47</sup> Yeni tarihli kararlarda ise bu kavramın daha sık kullanılmaya başlandığı görülmektedir: *Doğan Yayın Holding*<sup>48</sup> kararında dosya konusu davranışların "*rekabet karşıtı dışlama/kapama potansiyeline sahip olmasının* 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği" sonucuna varılmıştır. *U.N. RO-RO* kararında<sup>49</sup> tek taraflı davranış sonucunda "*rekabet karşıtı bir piyasa kapamanın muhtemel olup olmadığının araştırılması*[nın] esas" olduğuna dikkat çekilmiştir. *Turkcell/Suponline* kararında<sup>50</sup> ise fiyat sıkıştırması sonucu "*(muhtemel) rekabet karşıtı piyasa kapamanın oluşup oluşmadığı*[nın]" araştırılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

<sup>45</sup> Senyücel O. (2012) "2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012'ye Bakış", Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları, s.122.

<sup>46</sup> Bkz.

<<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2frekabetterimleri.pdf>> Erişim Tarihi: 20.06.2014. 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararında bu tanıma açıkça yollamada bulunulmuştur.

<sup>47</sup> 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı.

<sup>48</sup> 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı.

<sup>49</sup> 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı **U.N. RO-RO** kararı.

<sup>50</sup> 19.12.2013 tarihli ve 13-71/992-423 sayılı **TTNET/Suponline** kararı.

Kılavuz ile birlikte bu kavramın AB Rehberi'nden Türk rekabet hukuku uygulamasına "ithal" edildiği görülmektedir. Düşüncemize göre bu kavram, 6. madde uygulamasında gereksiz bir tekrara yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki 6. madde ile yasaklanan rekabet karşıtı piyasa kapama değil, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Hakim durumun kötüye kullanılması tanımının zorluğu karşısında (dışlayıcı) kötüye kullanmanın, rekabet karşıtı piyasa kapama kavramı ile açıklanmaya çalışılması 6. madde anlamında ek bir kavramın üretilmesi sonucunu doğuracaktır. Üstelik bu durumda rekabet karşıtı piyasa kapama kavramının tanımında yer alan "tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesi" ibaresinde geçen "tüketici zararına olacak şekilde" ibaresinin de belki tanımlanması gerekecek, "tüketicinin zararına olmayacak şekilde" mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesi" halinde ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Dolayısıyla, gereksiz bir tekrara yol açan bu kavramın Kılavuz ile birlikte Türk rekabet hukukuna aktarılması da isabetli olmamıştır.

#### 2.4. Kurul Kararlarında Eş Etkin Rakip Testi Uygulanıyor Mu?

Eş etkin rakip testi (*the as efficient competitor test*), "rakiplerin değil rekabetin korunması" paradigmasına uygun olarak hakim durumdaki teşebbüsün tek taraflı davranışları sonucunda piyasadan dışlanan ya da rekabette dezavantajlı duruma düşen rakipler arasında bir ayırım yaparak hakim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakiplerin dışlanmasının tüketici refahını azaltacağı, etkin olmayan rakiplerin dışlanmasının ise hakim durumdaki teşebbüsün davranışının yol açabileceği etkinlik artışına kıyasla daha önemsiz bir sonuç olduğu düşüncesine dayanan bir testtir. AB Rehberi'nin 23. maddesinde fiyatlama davranışlarına ilişkin AB Komisyonu'nun uygulayacağı test olarak öngörülen eş etkin rakip testi, aynı şekilde Kılavuz'un 27. maddesinde fiyatlama davranışlarında Kurul'un uygulayacağı test olarak yerini almıştır. Buna göre Kurul, somut olayda fiyatlama davranışıyla rekabet karşıtı piyasa kapamayı değerlendirirken hakim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan varsayımsal bir rakibin (eşit etkin rakip) incelenen davranış sonucunda ilgili pazardan dışlanmasının muhtemel olup olmadığını araştıracaktır. Fiyatlama davranışlarında kabul edilen test olması sonucu Kılavuz'da eş etkin rakip testinden, aşağıda görüleceği üzere, yıkıcı fiyatlama, indirim sistemleri ve fiyat sıkılaştırmasına ilişkin analizlerde de yararlanılmıştır.

Kurul kararları incelendiğinde bazı eski tarihli kararlarda eş etkin rakip testinin örtülü olarak uygulandığına rastlanmaktadır.<sup>51</sup> Bu bağlamda *Coca Cola kararı*<sup>52</sup> Kurul, yıkıcı fiyatın ihlal olarak değerlendirilebilmesi için "olağan dışı düşük bir seviyede olması" gerektiğini, bu noktada temel ölçütün "iktisadi verimlilik" olduğunu, maliyet altında satış yapan bir teşebbüsün rekabeti "verimlilik dışında adil olmayan bir alana" çektiğini ve ortalama toplam maliyetin altında bir fiyat uygulamak suretiyle "etkin

<sup>51</sup> Bu durum aslında mehzaz AB rekabet hukukunda da geçerlidir. AB Rehberi'nden uzun zaman önce verdiği *ECS/AKZO* kararında AB Komisyonu, fiyatların toplam maliyetlerin altında belirlenmesi durumunda "küçük ölçekli ama muhtemelen hakim durumdaki teşebbüsten daha etkin olabilecek teşebbüslerin" piyasa dışında kalacağı ve "daha fazla ekonomik kaynağa sahip, çapraz sübvansiyon yapma imkanı da bulunan, büyük ölçekli teşebbüslerin" ise piyasada tutunabileceğini vurgulamıştır. Case IV/30.698 *ECS/AKZO* [1985] OJ L 374/1, prg.77.

<sup>52</sup> 23.01.2004 tarihli ve 07-07/75-18 sayılı *Coca Cola* kararı.

*çalışan rakiplerini*” piyasa dışına itebileceğini belirtmiştir. *TTNET Yaz Fırtınası* kararında<sup>53</sup> Kurul, eş etkin rakip testine fiyat sıkıştırması bağlamında açıkça gönderme yapmıştır. AB Rehberi sonrasında verilen *Kale Kilit* kararında<sup>54</sup> ise Kurul hakim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığı iddiası karşısında doğrudan eş etkin rakip testini uygulamış ve “yasal fiyat rekabeti ile yıkıcı fiyatlama özelinde ihlal niteliğindeki fiyatlama uygulamalarının birbirinden ayrılmasına ilişkin analizin *açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir bir şekilde tesis edilmesini teminen eşit etkinlikteki rakip testi[ni] benimse[diğini]*” ifade etmiştir.

Düşüncemize göre Kılavuz ile birlikte fiyatlama davranışlarına ilişkin olarak uygulanacak olan eş etkin rakip testi, Türk rekabet hukukuna yabancı bir kavram olmayıp, önceki kararlarda örtülü bir biçimde uygulanmıştır. Bu testin yakın tarihli kararlara kadar fiyatlama davranışlarında ön plana çıkmamasının nedeni Kurul’un yıkıcı fiyatlama davranışında maliyet hesaplamaları yerine daha çok “niyet” (*intention*) ve “hasat” (*recoupment*) unsurlarına yoğunlaşması<sup>55</sup> ve bu unsurların bulunmadığı gerekçesiyle de detaylı maliyet hesaplamaları yapmaya gerek duymadan dosyayı kapatmasıdır. Zira fiyat sıkıştırmasını inceleyen az sayıda kararda eş etkin rakip testinin rolünün daha belirgin olduğu, hatta fiyat sıkıştırmasının tanımında dahi bu teste atıf yapıldığı görülmektedir.<sup>56</sup> Etki-bazlı incelemelerde olduğu gibi, eş etkin rakip testinin de özellikle AB Rehberi sonrasında verilen kararlarda açık bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Türk rekabet hukuku uygulamasında kendisine yer bulmuş olan eş etkin rakip testinin, modern rekabet ekonomisi literatüründe genel olarak kabul görmüş bir test olmasının da bir sonucu olarak, Kılavuz ile birlikte kararlarda tutarlı bir biçimde uygulanacağı düşünülmektedir.

## 2.5. Etkinlik Savunması 6. Madde Uygulamasında Kabul Görmekte Midir?

Ne ABİDA 102. maddede, ne de 6. maddede hakim durumun kötüye kullanılması değerlendirmesi karşısında teşebbüslere, ABİDA 101(3). maddedeki veya 5. maddedeki gibi, bir muafiyet imkanı tanınmaktadır. Başka bir deyişle, tek taraflı davranışının ABİDA 102. maddeye veya 6. maddeye aykırı olduğu belirlenen bir teşebbüsün, ilgili maddeler altında başvurabileceği bir hukuki yol bulunmamaktadır. Bu durumun hakim durumdaki teşebbüsler aleyhine sonuçlar doğurması sonucu AB Rehberi’nde bir haklı gerekçe (*objective justification*) olarak “nesnel gereklilik” (*objective necessity*) ve “etkinlik” (*efficiency*), daha doğru bir ifadeyle etkinlik savunması (*efficiency defence*), olmak üzere iki farklı yeni düzenleme getirilmiştir. AB Rehberi’nin 30. maddesinde ve Kılavuz’un 32. maddesinde düzenlenen etkinlik savunması değerlendirilirken; etkinliklerin inceleme konusu davranış sonucu

<sup>53</sup> 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı, s.72 (“Fiyat sıkıştırmasının tespitinde öncelikle teşebbüsün perakende fiyatı ile toptan fiyatı arasında marjın negatif olup olmadığına ve eğer negatif değilse bu iki fiyat arasındaki marjın teşebbüs kadar eşit etkinlikteki bir firmanın inceleme konusu ürüne özgü artan (ürünün üretilmesi sonucunda oluşan) perakende pazar maliyetlerini karşılayıp karşılamadığına bakılmaktadır.”).

<sup>54</sup> 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı.

<sup>55</sup> Bkz. “3.2. Yıkıcı Fiyatlama”.

<sup>56</sup> 19.12.2013 tarihli ve 13-71/992-423 sayılı **TTNET/Superonline** kararı, prg.24 ve 170 (“Fiyat sıkıştırması, dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren ve üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün üst pazar ürünü fiyatı ile alt pazar ürünü fiyatı arasındaki marjı, alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte belirlemesidir... Soruşturmaya konu fiyat sıkıştırması üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün alt pazardaki faaliyetleriyle eşit etkinlikteki rakiplerinin dahi varlıklarını uzun vadede sürdüremeyecekleri kadar kâr marjını düşürmesi olarak tanımlanmaktadır.”).

gerçekleşmesi, davranışın söz konusu etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olması, davranışın rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerinin ortaya çıkması muhtemel etkinlikler tarafından telafi edilmesi ve son olarak davranışın etkin rekabeti ortadan kaldırmaması olmak üzere dört koşulun birlikte varlığı öngörülmüştür.

Tarihsel olarak AB rekabet hukukunda etkinlik savunmasının AB Komisyonu ve AB Mahkemeleri tarafından bugüne kadar hemen hemen hiç kabul görmediği literatürde yaygın bir şekilde eleştirilmektedir.<sup>57</sup> Buna karşın, Türk rekabet hukukunda ise etkinlik kavramının 6. madde uygulamasının temel noktalarından biri olduğu görülmektedir. 6. maddenin madde gerekçesinde dahi “[b]ir teşebbüsün *kendi iç dinamikleri sayesinde* büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi[nin] rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum” olmadığı belirtilmiş, sadece “piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını... rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları[nın] yasaklan[dığı]” vurgulanmıştır. Kurul tarafından “kendi iç dinamikleri” kavramı birçok kararda tekrarlanmış ve bu ibare, “kendi iç etkinliği” ibaresinin alternatifi olarak kullanılmıştır.<sup>58</sup> Dolayısıyla madde gerekçesinde etkinlik, hakim durumun kötüye kullanılmasının karşıtı bir kavram olarak ele alınmıştır; teşebbüsün davranışının etkinlik yaratıcı veya etkinliği artırıcı bir özelliğe sahip olması halinde hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

6. maddenin gerekçesinde bahsedilen etkinlik kavramının, Kurul kararlarında da kendine açıkça yer bulduğu görülmektedir. Kurul bir kararında,<sup>59</sup> ilgili pazarda yaşanan rekabet sonucu “*etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışında kalması[nin] son derece doğal bir durum*” olduğunu belirtmiş, diğer bir kararında da<sup>60</sup> “rekabetin doğası gereği, piyasaya zaman içinde *daha kaliteli ve daha ekonomik çözümler sunamayan teşebbüsler[in]*, rekabetçi diğer teşebbüsler tarafından piyasa dışına çıkarıl[acağı]nı” tekrarlamıştır. Kavramsal olarak kabul edilen etkinliğin, bir savunma olarak da benimsendiği görülmektedir. *Frito Lay* kararında<sup>61</sup> Kurul, eğer teşebbüs “*eylemlerini kendi iç etkinliği ile ilişkilendirebiliyorsa*, bu durumda eylemler rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozuyor olsa bile, *uygulamanın normal karşılanması ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi gerek[tiğini]*” ifade etmektedir. *Turkcell*

<sup>57</sup> O’Donoghue R. ve Padilla J. (2013) “*The Law and Economics of Article 102 TFEU*”, 2. Baskı, Hart Publishing, İngiltere, s.82; Bellis J. F. ve Kasten T. (2010) “*Will Efficiencies Play an Increasingly Important Role in the Assessment of Conduct Under Article 102?*”, Etro F. ve Kokkoris I. (eds.), Competition Law and the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, İngiltere, s.130; Motta M. (2009) “*The European Commission’s Guidance Communication on Article 82*”, European Competition Law Review, 30(12), s.598.

<sup>58</sup> 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı **Karbogaz** kararı, s.55 (“...4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yasakladığı bir hakim duruma sahip olmak değil, ancak bu hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu ayrımın temel amacı, teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri sonucu başarılı bir şekilde pazar paylarını artırmalarına imkan tanınması ihtiyacıdır.”); 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı, s.53 (“*Rekabet teşebbüsler arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkanlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkanı tanınmalıdır.*”); 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı **U.N. RO-RO** kararı, prg.136 (“...hâkim durumdaki teşebbüslerin kendi iç etkinliklerinden bağımsız yöntemlerle, tüketici refahını azaltarak bu konumlarından faydalanmalarına ve bu konumlarını korumaya/güçlendirmeye çalışmalarına rekabet hukuku tarafından kayıtsız kalınması mümkün değildir.”).

<sup>59</sup> 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı.

<sup>60</sup> 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı.

<sup>61</sup> 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı.

*GSM Kampanyaları* kararında<sup>62</sup> “inceleme konusu eylem ya da sonuçların objektif ya da haklı ticari, ekonomik (etkinlik, üstün ürün)... sonuçlara bağlı olup olmaması[nın]”, kötüye kullanma analizinde “göz önünde bulundurulması gerekli unsurlar[dan]” biri olduğunun altı çizilmiştir.

Bu bilgiler ışığında Türk rekabet hukukunda etkinliğin 6. maddenin madde gerekçesinde yer aldığı, Kurul kararlarında birçok kere vurgulandığı ve etkinlik savunmasının da yine kararlarda, teorik de olsa, kabul edildiği görülmektedir.<sup>63</sup> Ancak ihlal tespiti yapılan bazı kararlarda teşebbüslerin etkinlik savunması yoluna başvurduğuna, fakat bu savunmanın Kurul tarafından kabul edilmediğine de rastlanmaktadır.<sup>64</sup> Kılavuz’da etkin savunmasına ilişkin ispat yükünün hakim durumdaki teşebbüse ait olması Kılavuz öncesi uygulamada da kabul edilmiş, bu bağlamda *Bilsa* kararında<sup>65</sup> “verimlilik artışının tüketicilere nihai faydasının rekabetin engellenmesinin zararından fazla olacağını[n]” teşebbüs tarafından ispatı halinde hakim durumun kötüye kullanılması değerlendirilmesinin çürütülebileceği dile getirilmiştir. Dolayısıyla, AB rekabet hukukunun aksine, Türk rekabet hukuku uygulamasında etkinlik savunmasının genel olarak kabul edilmesi ve Kurul kararlarında birçok kere vurgulanması karşısında, Türk rekabet hukuku uygulamasının bu alanda AB Rehberi’nden daha ileri bir noktada olduğu ve Kılavuz’daki düzenlemenin etkinlik savunmasını sadece daha somut (ve daha ağır) koşullara bağladığı düşünülmektedir.

### 3. Kılavuz’da Yer Alan Spesifik Kötüye Kullanma Türleri Hangi Düzenlemeler Getirmektedir?

Yukarıda ifade edildiği üzere, Kılavuz’un beşinci ve son bölümünde uygulamada yaygın olarak görülen bazı spesifik kötüye kullanma türleri hakkında özel hükümler inceleme konusu yapılmaktadır. Tıpkı AB Rehberi gibi Kılavuz’un da söz konusu spesifik kötüye kullanmalar hakkında oldukça uzun detaylı hükümler içerdiği; bu bağlamda toplam 94 maddeden oluşan Kılavuz’da, 61 maddenin (m.34-94) beşinci bölümde yer aldığı görülmektedir. Spesifik kötüye kullanma türleri olarak “sözleşme yapmayı reddetme”, “yıkıcı fiyatlama”, “fiyat/marj sıkıştırması”, “münhasırlık/tek marka anlaşmaları”, “indirim sistemleri” ve “bağlama” düzenlenmiştir. Bu kötüye kullanma türlerinin varlığı halinde genel hükümlerdeki düzenlemelere ek olarak (m.22-33), ilgili davranışın kapsamına girdiği kategorideki özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu haller dışında kalan kötüye kullanma türleri için ise, örneğin ürün tasarımları veya fikri mülkiyet hakları suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması, sadece genel hükümler geçerli olacaktır. Böylece Kılavuz’da, bazı geçmiş Kurul kararlarında incelenen diğer dışlayıcı kötüye kullanma türlerinin de, örneğin seçici

<sup>62</sup> 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararı.

<sup>63</sup> Bugüne kadar sadece etkinlik savunmasının dikkate alınarak dosyanın kapatıldığı bir Kurul kararına rastlanılmamakla birlikte, ilgili teşebbüsün haklı gerekçe savunmasının kabul edilerek 6. maddenin ihlal edilmediğine yönelik birçok karar bulunmaktadır. Bkz. 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı **CNR/NTSR** kararı; 05.08.2009 tarihli ve 09-34/796-199 sayılı **Shell/Turcas** kararı; 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1356-349 sayılı **Sentim Şifreleme** kararı; 17.06.2010 tarihli ve 10-44/765-248 sayılı **United International Pictures/Mersin Cep Sineması** kararı; 03.04.2014 tarihli ve 14-13/239-105 sayılı **TÜPRAŞ/Batı Karadeniz Akaryakıt** kararı.

<sup>64</sup> 06.08.2009 tarihli ve 09-35/877-206 sayılı **Anadolu Cam/Marmara Cam** kararı.

<sup>65</sup> 21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı **Bilsa** kararı.

fiyatlama<sup>66</sup> ve idari süreçlerde manipülasyon,<sup>67</sup> hiç düzenlenmediği ortaya çıkmaktadır.

AB Rehberi ile Kılavuz arasında spesifik kötüye kullanma türlerinde gerek sıralama gerekse içerik açısından birtakım farklılıklar bulunmaktadır. AB Rehberi'nin spesifik kötüye kullanmalarının incelendiği bölüm "münhasır anlaşmalar" (*exclusive dealing*) ile başlarken, Kılavuz'da ilk olarak "sözleşme yapmayı reddetme" (*refusal to deal*) düzenlenmektedir. AB Rehberi'nin "münhasır anlaşmalar" bölümünde, Kılavuz'da bağımsız bir bölümde incelenen, "indirim sistemleri" (*rebates*) de yer almaktadır. Yine AB Rehberi'nde "bağlama ve paketleme" (*tying and bundling*) düzenlenmişken, Kılavuz'da sadece "bağlama" yer almaktadır. Ayrıca, AB Rehberi'nde "bağlama ve paketleme" başlığı altında yer alan "paket indirimleri" (*multi product rebates* ya da *bundled rebates*), Kılavuz'da "indirim sistemleri" bölümüne eklenmiştir. AB Rehberi'nde sözleşme yapmanın reddi başlığı altında ve son bölümde düzenlenen "fiyat/marj sıkıştırması" (*margin squeeze*), Kılavuz'da bağımsız bir bölümde incelenmekte ve AB Rehberi'ne göre çok farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Sonuç olarak Kılavuz'da "fiyat/marj sıkıştırması" ve "paket indirimleri" dışındaki bölümlerin AB Rehberi'yle genellikle aynı olduğu görülmektedir.

### 3.1. Sözleşme Yapmayı Reddetme

Sözleşme yapmayı (veya mal vermeyi) reddetme, Türk rekabet hukukunda en fazla incelenen kötüye kullanma türü olup, muhtemelen de bu nedenle Kılavuz'da ilk sırayı almıştır. Ancak bu alanda birçok Kurul kararının<sup>68</sup> varlığına rağmen Kılavuz'da, esasen AB Rehberi'nden esinlenen bir karar dışında,<sup>69</sup> hiçbir Kurul kararına yer verilmemesi şaşırtıcıdır. İlk olarak Kılavuz'da asıl olanın sözleşme yapma özgürlüğü olduğu, sadece istisnai bazı durumların varlığı halinde hakim durumdaki teşebbüslere rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebileceği hatırlatılmıştır (m.35). Kılavuz'a göre bir teşebbüsün, ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına herhangi bir neden gösterilmeksizin doğrudan veya makul olmayan nedenler ileri sürerek dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınacaktır (m.38). Mevcut müşteriler ile potansiyel müşteriler açısından bir ayırım yapmayan Kılavuz'da (m.39), sözleşme yapmayı reddetmenin koşulsuz olması gerektiği üzerinde durulmuş, koşullu reddetme hallerinde bu davranışın bağlama veya münhasırlık gibi başka bir kötüye kullanma türü başlığı altında incelenebileceğine dikkat çekilmiştir (m.40).

Kılavuz'un, genel olarak hakim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olmayan müşterileri yerine kendisiyle rekabet eden rakipleri aleyhine

<sup>66</sup> 08.02.2010 tarihli ve 10-14/175-66 sayılı **İZOCAM** kararı; 06.08.2009 tarihli ve 09-35/877-206 sayılı **Anadolu Cam/Marmara Cam** kararı.

<sup>67</sup> 30.12.2011 tarihli ve 11-65/1692-599 sayılı **Türk Hava Yolları/Pegasus** kararı.

<sup>68</sup> Sözleşme yapmayı reddetme iddialarının incelendiği, uygulamada öne çıkmış bazı kararlar için bkz.; 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı **Ulusal Dolaşım** kararı; 10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı **Kablo TV** kararı; 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı **Türk Telekom/TİSSAD** kararı; 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı **ÇEAŞ** kararı; 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı **BBD-YAYSAT-BİRYAY** kararı; 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı **CNR/NTSR** kararı; 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı **Anadolu Cam/Solmaz Mercan** kararı; 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Cine 5/Digiturk** kararı.

<sup>69</sup> 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Cine 5/ Digiturk** kararı.

sözleşme yapmayı reddetmesi durumu esas alınarak hazırlandığı sonucuna varılmaktadır (m.42).<sup>70</sup> Kılavuz'da sözleşme yapmayı reddetmenin hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için, AB Rehberi'ne paralel olarak, üç koşulun birlikte varlığı aranmaktadır (m.43): sözleşme yapmayı reddetmenin (i) alt pazarda rekabet edebilmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması (m.44-45), (ii) alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması (m.46) ve (iii) tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması (m.47). Kılavuz öncesi kararlarda bu üç koşuldan bazen daha fazla ve daha farklı koşulların arandığı, bazen de bu üç koşuldan bir veya birkaçının hiç aranmadığı görülmektedir. Örneğin *Ulusal Dolaşım* kararında<sup>71</sup> aranılan koşullardan birisinin "*talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması*", *Bausch & Lomb* kararında<sup>72</sup> ise "*teşebbüsün bazı müşterilere mal satarken bazılarına ürün vermeyi reddetmesi*" olarak belirlenmiştir. *Anadolu Cam/Solmaz Mercan* kararında<sup>73</sup> vazgeçilmezlik kriterine yönelik, *CNR/NTSR* kararında<sup>74</sup> ise hem vazgeçilmezlik kriterine hem de rekabeti kısıtlayıcı etki kriterine yönelik herhangi bir koşulun aranmadığı, sadece haklı bir gerekçe üzerinde durulduğu görülmektedir. Tüketici zararının ise hiçbir kararda açıkça incelenmediği gözlemlenmiştir.<sup>75</sup>

Türk rekabet hukukunda sözleşme yapmayı reddetmenin değerlendirildiği kararlarda aranılan koşullar arasındaki tutarsızlıkların, 6. madde uygulamasında bir sorun alanı oluşturduğu ileri sürülebilir. Bu noktada Kılavuz'un bu alanda verilecek kararlar arasında bir içtihat birliği sağlayacağı düşünülebilir. Ancak Kılavuz'un, Türk rekabet hukukunda yaygın bir uygulama alanı bulmuş ve bununla bağlantılı pek çok ihlal kararı<sup>76</sup> verilen "zorunlu unsur" doktrinine hiçbir atıf yapmaması isabetli değildir; bu doktrinin ve ihlal kararlarında benimsenen analiz yöntemlerinin vazgeçilmezlik koşulu altında içselleştirilmesinin daha isabetli olabileceği düşünülmektedir. Bunun dışında, geçmiş kararlarda genel olarak Kılavuz'daki koşullar temel alınarak sözleşme yapmayı reddetme iddialarının değerlendirildiği, bu koşullara ek olarak haklı gerekçenin bulunmaması koşulunun da çoğu zaman arandığı, ancak haklı gerekçe iddialarının göz önünde bulundurulacağının Kılavuz'da zaten kabul edildiği (m.48), tüketici zararı koşulunun da uygulamaya yabancı bir koşul olmasına karşın Kılavuzla benimsenen etki-bazlı incelemelerin bir gereği olduğu görülmektedir. Sonuç olarak

<sup>70</sup> Bu durumun geçmiş kararla uyum içinde olduğu ileri sürülebilir. Bkz. 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı **CNR/NTSR** kararı, s.29 ("*Mal vermeyi reddetmenin en sık görüldüğü durumların başında üst pazarda faaliyet gösteren hakim durumdaki bir teşebbüsün alt pazarda faaliyete başlaması gelmektedir.*"); 02.09.2010 tarihli ve 10-57/1155-439 sayılı **Paşabahçe/MSD Züccaciye** kararı, s.8 ("*...önemle belirtilmelidir ki, rekabet hukuku mal vermeyi reddetme eyleminin değerlendirilmesinde temel olarak hakim durumdaki bir firmanın alıcısı konumundaki bir teşebbüsü dışlamak için bu teşebbüsün belli bir girdiye erişimini reddetmesi durumuna ve özellikle de bu teşebbüsün girdinin gerekli olduğu ekonomik faaliyet bakımından hakim durumdaki teşebbüsün rakibi olduğu duruma yoğunlaşmaktadır.*"); 19.03.2013 tarihli ve 13-15/224-109 sayılı **Aurubis Bulgaria/Dostel Alüminyum** kararı ("*4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında mal vermeyi reddetme eyleminin bir ihlal olarak ortaya çıktığı durumlar; genellikle dikey olarak bütünleşmiş ve üst pazarda hakim durumda olan firmanın ürünlerinin, kendisinin de faaliyette bulunduğu alt pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri açısından kaçınılmaz olması... şeklinde sayılabilir.*").

<sup>71</sup> 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı **Ulusal Dolaşım** kararı.

<sup>72</sup> 05.04.2007 tarihli ve 07-30/302-115 sayılı **Bausch & Lomb** kararı.

<sup>73</sup> 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı **Anadolu Cam/Solmaz Mercan** kararı.

<sup>74</sup> 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı **CNR/NTSR** kararı.

<sup>75</sup> Kılavuz'un yayımlanmasından henüz bir hafta önce verilen bir sözleşme yapmayı reddetme kararında dahi tüketici zararına yönelik herhangi bir koşulun aranmadığı dikkat çekicidir. 03.04.2014 tarihli ve 14-13/239-105 sayılı **TÜPRAŞ/Batı Karadeniz Akaryakıt** kararı.

<sup>76</sup> 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı **Ulusal Dolaşım** kararı; 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı **ÇEAŞ** kararı; 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı **Türk Telekom/TİSSAD** kararı.

Kılavuz'da yer alan koşulların genel olarak olumlu düzenlemeler olduğu iddia edilebilir.

### 3.2. Yıkıcı Fiyatlama

Kılavuz'da düzenlenen ikinci spesifik kötüye kullanma hali olarak yıkıcı fiyatlama gelmektedir. Rekabet hukukunda belki de üzerinde en fazla literatürün olduğu kötüye kullanma hali olan yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak, rekabetçi düşük fiyatlama (low pricing) ile rekabet karşıtı yıkıcı fiyatlamamanın (predatory pricing) birbirinden ayrılması dünya çapında yazarları uzun süre meşgul etmiştir. Bugüne kadar yıkıcı fiyatlama iddiasının ele alındığı sayısız Kurul kararlarından birinde bu duruma Kurul tarafından da dikkat çekilmiş ve *“bu alandaki güçlüklerden biri[nin] de rekabeti bozan yıkıcı fiyatlarla, rekabetçi düşük fiyatlar arasındaki ayırımı yapabilmek”* olduğunun altı çizilmiştir. Kılavuz'da yıkıcı fiyatlama, hakim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünü korumak veya artırmak üzere mevcut veya potansiyel rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak, disipline etmek ya da diğer biçimlerle rakibin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisi olarak tanımlanmıştır (m.50). Fiyatlama davranışları için uygulanacak test olan eş etkin rakip testinin, yıkıcı fiyatlama açısından da geçerli olduğu hatırlatılmıştır (m.51).

Yıkıcı fiyatlamamanın değerlendirilmesinde kullanılacak olan maliyet ölçütleri açısından Kılavuz yeni düzenlemeler getirmektedir. Bu bağlamda Kılavuz'da hakim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabilir maliyetleri (OKM) ve uzun dönem ortalama artan maliyetleri (UDOAM) esas alınmıştır. AB Rehberi'ne uygun bir şekilde Kılavuz'da, teşebbüsün ürünleri için OKM'nin altında bir fiyat uyguladığı taktirde kısa vadede kardan feragat ettiği ve eşit etkinlikteki bir rakibin zarara katlanmadan ilgili pazarda rekabet edemeyeceği kabul edilmiştir (m.53). Fiyatın UDOAM'in üzerinde olduğu durumlarda ise Kılavuz teşebbüsler için bir güvenli liman (*safe harbour*) öngörmekte ve bu durumun yıkıcı fiyatlama olarak değerlendirilmeyeceğini ilan etmektedir (m.54).<sup>77</sup> Ancak fiyatın OKM ile UDOAM arasında belirlenmesi halinde yıkıcı fiyatlamadan bahsedilip bahsedilemeyeceği, AB Rehberi'nde olduğu gibi, Kılavuz'da da yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu durumla ilgili olarak pazarın eşit etkinlikteki bir rakibe “kapatılabileceği” ihtimalinden bahsedilmektedir (m.54). Dolayısıyla bu durumda Kurul'un, varsa teşebbüsün niyetini gösteren doğrudan delillerden yararlanabileceği (m.55) veya başkaca unsurlara bakabileceği (m.56), aksi taktirde Kılavuz'un genel hükümlerinin uygulaması yoluna gideceği düşünülebilir.

Kurul'un bazı yeni tarihli yıkıcı fiyatlama kararlarında<sup>78</sup> OKM ve UDOAM'nin kabul edildiği ve uygulandığı, ancak diğer bazı yeni tarihli kararlarda<sup>79</sup> ise ortalama değişken maliyet (ODM) ve ortalama toplam maliyete (OTM) ilişkin eski ölçütlerin kullanımına devam edildiği görülmektedir. Yine Kılavuz öncesi uygulamaya bakıldığında, yıkıcı fiyatlamamanın koşulları arasında “niyet” unsurunun aranmasına

<sup>77</sup> Dolayısıyla Kılavuz'da maliyet üstü seçici fiyatlamamanın (*above cost selective pricing*) düzenlenmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Kılavuz sadece hakim durumdaki teşebbüsün *maliyet altı fiyatlarını*, yalnızca belirli müşterilere yönelik olarak seçici bir biçimde uygulaması halinde yıkıcı fiyatlamada bulunmasının daha kolay olabileceğine işaret etmektedir (m.59).

<sup>78</sup> Bkz. 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı **U.N. RO-RO** kararı; 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı.

<sup>79</sup> 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı.

yönelik bir eğilim olduğu, özellikle OKM (ODM) ile UDOAM (OTM) arasında kalan fiyatlamada, dışlama niyetini ortaya koyan teşebbüsün kendi belgeleri gibi doğrudan delillerin varlığının arandığına rastlanmaktadır.<sup>80</sup> Aynı şekilde Kılavuz öncesi birçok kararın aksine,<sup>81</sup> “hasat” unsuru yıkıcı fiyatlamının hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi açısından Kılavuz’da zorunlu bir koşul olmaktan çıkarılmıştır (m.58). Kurul’un geçmiş kararlarına bakıldığında bu unsurun bulunması gereği bazı kararlarda<sup>82</sup> ilgili teşebbüs tarafından ileri sürülmüş ancak Kurul tarafından gerekli görülmemiş, bazı kararlarda<sup>83</sup> ise bu unsurun bulunmamasından hareketle dosya kapatılmıştır. Sonuç olarak Kılavuz’daki düzenlemelerin Kılavuz öncesi uygulama ile pek de uyum içerisinde olmamasına rağmen, son yıllarda gerek ABD gerekse AB rekabet hukuku uygulamasında yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak OKM ve UDOAM ölçütlerinin kullanılması ve eş etkin rakip testinin benimsenmesi trendine uygun olduğu düşünülmektedir. Hasat unsurunun gerekli görülmemesi ise, ispat açısından barındırdığı güçlükler sonucu, düşüncemize göre isabetlidir.

### 3.3. Fiyat Sıkıştırması

Kılavuz’da fiyat sıkıştırması; dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren ve bu bağlamda üst pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün üst pazardaki ürünün fiyatı ile alt pazardaki ürünün fiyatı arasındaki marjı, alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibin dahi karlı bir şekilde kalıcı olarak faaliyette bulunmasına imkan vermeyecek nitelikte belirlemesi olarak tanımlanmıştır (m.61). Kılavuz’un AB Rehberi’nden en büyük farklılığı fiyat sıkıştırmasının bağımsız bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilmesi ve bu bağlamda sözleşme yapmayı reddetmeden ayrı olarak ele alınmış olmasıdır. AB Rehberi’ne hakim olan düşünceye göre eğer bir teşebbüsün sözleşme yapma veya mal verme yükümlülüğü bulunmuyorsa, kendi isteğiyle sözleşme yaptığı veya mal verdiği bir durumda bu işlemin koşullarını da serbestçe belirleyebilmesi esastır. Bu noktadan hareketle fiyat sıkıştırması, bir bakıma dolaylı bir sözleşme yapmanın reddi hali olarak düşünülmüştür. Ancak AB Rehberi’nde benimsenen bu yorum, AB Mahkemeleri tarafından açıkça reddedilmiş ve birbiri ardına verilen kararlarda<sup>84</sup> fiyat sıkıştırmasının sözleşme yapmayı reddetmeden bağımsız bir kötüye kullanma hali olduğu, hatta bu noktada hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği alt pazarda yıkıcı fiyatlama veya üst pazarda aşırı fiyatlamının dahi ispat edilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmiştir.

Sözleşme yapmayı reddetmeden farklı olarak değerlendirildiği için fiyat sıkıştırmasına yönelik Kılavuz’daki koşulların AB Rehberi’nde bulunmadığı, ancak söz konusu

<sup>80</sup> 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı, p.33 (“[Y]ıkıcı fiyatlamadan bahsedilebilmesi için UDOAM’nin altındaki bir fiyatlamaya, eşit etkinlikteki bir rakibi dışlama niyetinin eşlik etmesi gerekmektedir.”).

<sup>81</sup> 23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı **Coca Cola** kararı; 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı **Toprak Mahsülleri Ofisi** kararı; 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı; 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı; 17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı **Kipa İzmir Çiğli AVM** kararı; 19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı **Ajan Makina** kararı; 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı.

<sup>82</sup> 23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı **Coca Cola** kararı.

<sup>83</sup> 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı **Toprak Mahsülleri Ofisi** kararı; 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı.

<sup>84</sup> Case C-280/08 **Deutsche Telekom AG v Commission** [2010] ECR I-9555; Case C-52/09 **Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB** [2011] ECR I-0527; Case T-336/07 **Telefónica and Telefónica de España v Commission** [2012] ECR I-0000.

koşulların yine AB rekabet hukukunda bu alanda verilmiş kararlar ışığında derlendiği görülmektedir. Buna göre üretim zincirinin birbiriyle bağlantılı üst ve alt pazarlarda faaliyet gösteren bir teşebbüs bulunmalı, bu teşebbüs en azından üst pazarda hakim durumda olmalı, üst pazarda üretilen veya sunulan ürün alt pazarda faaliyet gösterebilmek için teşebbüsler açısından vazgeçilmez olmalı ve son olarak üst ve alt pazar ürünleri arasındaki kar marjı, üst pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kar elde edemeyecek ve kalıcı şekilde faaliyet gösteremeyecek kadar düşük olmalıdır (m.62). Eş etkin rakibin karlı şekilde faaliyet gösterip gösteremeyeceğinin belirlenmesinde hakim durumdaki teşebbüsün maliyetlerinin dikkate alınacağı ifade edilerek eş etkin rakip testi benimsenmiştir (m.62). Ayrıca pazar koşullarının fiyat sıkıştırmasına sebep olduğu, üst pazar arzı ve alt pazar talebinde yaşanan değişimlerden dolayı kar marjının daraldığı, düşük fiyatla sunulan ürünün piyasaya yeni sunulduğu gibi durumlar haklı gerekçe olarak dikkate alınabilecektir (m.63).

Bu alanda AB Rehberi'nde yararlanılabilecek detaylı hükümlerin bulunmamasının da bir sonucu olarak, Kılavuz'da fiyat sıkıştırması son derece kısa olarak sadece 3 maddeden (m.61-63) oluşmaktadır. Diğer spesifik kötüye kullanma halleriyle kıyaslandığında bu durum dikkat çekicidir. Fiyat sıkıştırması başlığı altında Kılavuz'da tartışılabilir başka unsurların olduğu ileri sürülebilir. Örneğin mehz uygulamada kabul edilen<sup>85</sup> ve bazı durumlarda makul etkinlikteki rakip testinin de (*reasonably efficient competitor test*) kullanılabileceğine yönelik bir düzenleme Kılavuz'da bulunmamaktadır. Buna ek olarak, sektörel düzenleyiciler ile rekabet otoriteleri arasında görev açısından hukuki belirsizlik yaratma ihtimali karşısında, Kurul'un hangi şartlarda fiyat sıkıştırması iddialarını 4054 sayılı Kanun altında inceleyeceği veya incelemeyeceği, ilgili düzenleyici otoritenin görüşünün alınıp alınmayacağına yönelik birkaç madde Kılavuz'a eklenebilirdi. Fiyat sıkıştırması iddialarının özellikle telekomünikasyon sektöründe görülmesi ve Kurul'un da bu sektöre ilişkin sayısız kararının bulunması karşısında bu durumun Kılavuz'da ele alınması, Kılavuz ile ulaşılmak istenen belirlilik ve şeffaflık amaçlarına katkıda bulunabilirdi. Her şeye rağmen fiyat sıkıştırması, Kılavuz'un en başarılı düzenlemelerinden biri olarak öne çıkmaktadır.

### 3.4. Münhasırlık

Kılavuz'da münhasırlık anlaşmaları, bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu içeren sözleşmeler olarak tanımlanmıştır (m.64). Türk rekabet hukukunun aksine<sup>86</sup> AB rekabet hukuku uygulamasında münhasırlığın, en şekilci ve *per se*

<sup>85</sup> Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-0527, prg.45.

<sup>86</sup> Kurul'un münhasırlığa karşı *per se* hukuka aykırılık yaklaşımını açıkça reddettiği görülmektedir. Bkz. 14.10.2009 tarihli ve 09-47/1160-294 sayılı **Türk Telekom/Grid Telekom** kararı, s.7 ("*...hakim durumdaki teşebbüslerin bu özel sorumlulukları çerçevesinde nihai satış noktaları ile hiçbir şekilde yazılı veya sözlü münhasır anlaşma yapamayacağını ileri sürmek ve yaptığı belirli sayıdaki münhasır anlaşmayı bu satış noktalarından rakiplerin çıkartılması sonucunu doğurması gerekçesiyle "per se" bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak değerlendirmek zaten sınırlı olan hareket alanının daha fazla sınırlandırılması anlamına gelmektedir.*"). Buna karşın, bazı kararlarda *per se* hukuka aykırılığı çağrıştıracak ifadeler de bulunmaktadır. Bkz. 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1435-373 sayılı **Türk Ytong** kararı, s.12 ("*[T]ek marka yükümlülüğü içeren anlaşmalarda, alıcıların ihtiyaç duydukları ürün miktarının tamamının veya önemli bir kısmının hakim durumdaki teşebbüsten sağlamlarının öngörülmesi nedeniyle, bu tür anlaşmaların doğası gereği pazarda kapama etkisi yaratma potansiyeline sahip olduğu kabul edilmektedir.*").

hukuka aykırı olarak değerlendirilen bir kötüye kullanma türü olduğu, ancak AB Rehberi ile birlikte etki-bazlı bir yaklaşıma konu edilmeye çalışıldığı görülmektedir. AB Rehberi'nden farklı olarak Kılavuz'da münhasırlık, indirim sistemleri ile birlikte aynı bölümde değerlendirilmemiş, başka bir deyişle münhasırlık ile indirim sistemleri birbirlerinden farklı bölümlerde incelenmiştir.<sup>87</sup> Düşüncemize göre bu durum Kılavuz'un bir artısıdır; her ne kadar indirim sistemlerinin temelini esasen münhasırlık oluşturmaktaysa da, indirim sistemlerinde ekonomik analiz ve maliyet hesaplamaları ön plana çıkmışken, münhasırlık anlaşmalarında daha çok davranışsal ve yapısal faktörler incelenmektedir. Bu yüzden bu durum salt sistematik bir seçim olmaktan çok, indirim sistemlerine ve münhasırlık anlaşmalarına uygulanacak analizlerin birbirlerinden ayrılması açısından önemlidir.

İlk olarak Kılavuz münhasırlık anlaşmalarının rekabet yanlısı etkiler doğurabileceğini kabul ederek münhasırlığa ilişkin olarak şekilci bir yaklaşım benimsemediğini göstermektedir (m.65). Kılavuz'da münhasırlığın; alıcılar arasında yaşanabilecek "bedavacılık sorunu"nu (*the free rider problem*) önleyebileceği ve sağlayıcının ticari ilişkiye özgü yatırımda bulunma güdüsünü artırabileceği, alıcıya düzenli bir ürün akışı sağlayabileceği, aynı şekilde sağlayıcı için de düzenli bir satış kanalı oluşturabileceği, bunun yanında alıcının daha etkili promosyon yapabilmesine zemin hazırlayabileceği ve böylece ürün kalitesinin artmasını sağlayarak tüketici faydasına katkıda bulunabileceği ifade edilmiştir. Diğer yandan münhasırlık anlaşmalarının, mevcut ve potansiyel rakiplerin gerekli dağıtım kanallarına erişimini engellemek suretiyle ilgili pazarları kapatabileceğinin ve böylece hakim durumdaki teşebbüs karşısında rakiplerin etkin birer rakip olarak ortaya çıkma olanaklarını kısıtlayabileceğinin de altı çizilerek, söz konusu anlaşmaların yaratabileceği rekabet karşıtı etkiler de göz ardı edilmemiştir (m.66). Böylece münhasırlığın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkilerinin, AB Rehberi'nde söz konusu etkilerin neredeyse hiç tartışılmaması karşısında, iyi bir şekilde özetlendiği söylenebilir.

Münhasırlığın kötüye kullanmaya yol açıp açmadığının belirlenmesi açısından Kılavuz öncesi uygulamanın özellikle münhasırlığın süresini dikkate aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>88</sup> Kılavuz'da ise münhasırlığın süresine ek olarak (i) incelenen davranışın kapsamının, (ii) ticaretin seviyesinin, (iii) pazara giriş engellerinin ve (iv) hakim durumdaki teşebbüsün müşteriler açısından "vazgeçilmez bir ticaret ortağı" (*unavoidable trading partner*) olup olmasının dikkate alınacağı öngörülmüştür (m.67). AB Rehberi ile karşılaştırıldığında söz konusu unsurların Kılavuz'da daha açık bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Aynı şekilde Kılavuz'da münhasırlığın sözleşmesel olmasının aranmaması, bu bağlamda fiili (de

<sup>87</sup> Ancak Kurul kararlarında münhasırlık ile indirim sistemlerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmadığı görülmektedir. Örneğin bir kararında Kurul indirim sistemlerini, "*satın alma davranışının yapılandırılması yoluyla yaratılan fiili münhasırlık*" olarak değerlendirmiştir. 14.10.2010 tarihli ve 10-65/1363-505 sayılı **Coca Cola Münhasırlık** kararı. Bu kararda ayrıca "miktar indirimleri" yoluyla da fiili münhasırlık yaratılmasının "teoride mümkün olduğu" ifade edilmiş, ancak uygulamada miktar indirimlerinin fiili münhasırlığa sebebiyet verdiğinin nadiren kabul gördüğü vurgulanmıştır.

<sup>88</sup> 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı **Karbogaz** kararı, s.34 ("*Sözleşmelerde yer alan münhasırlık hükümlerinin en temel sonucu pazarın alternatif sağlayıcılar açısından rekabete kapanmasıdır. Ancak sözleşme süreleri, burada önemli bir belirleyici rol üstlenmektedir. Sözleşme süresi ne kadar uzun olursa münhasır sözleşmenin pazardaki rekabet üzerinde etkisi o kadar çok olumsuz olmaktadır.*"); 18.06.2009 tarihli ve 09-29/632-148 sayılı **Fida Film Reklam** kararı, s.5 ("*Burada üzerinde durulması gereken asıl konu, bu sözleşmelerin süresi ile ilgilidir. Zaten piyasada önemli bir pazar payı ile hakim durumda bulunan bir firmanın, müşterileri ile çok uzun süreli anlaşmalar yapması, piyasaya yeni girecek, veya halihazırda faal olup da yeni sinema salonları ile anlaşmak isteyen firmalar açısından sorun oluşturabilecektir.*").

*facto*) münhasırlığın da Kılavuz'un kapsamı dahilinde olduğunun belirtilmesi isabetlidir. Zira Türk rekabet hukuku uygulamasında, hakim durumdaki teşebbüsün çalışanları tarafından darp, şiddet ve tehdit gibi ekonomik zorlaştırma niteliğinde olmayan birtakım eylemler ile münhasırlığın fiilen sağlanmaya çalışıldığı Kurul kararlarına yansımıştır.<sup>89</sup> Ayrıca diğer kötüye kullanma halleri ile karşılaştırıldığında Kılavuz'da münhasırlığa ilişkin olarak daha fazla Kurul kararına atıf yapıldığı göze çarpmaktadır.<sup>90</sup> Sonuç olarak Kılavuz'un münhasırlığa ilişkin bölümünün, 6. maddenin 4. madde ile ilişkisini içermemesi dışında,<sup>91</sup> son derece başarılı olduğu düşünülmektedir.

### 3.5. İndirim Sistemleri

Kılavuz'da indirim sistemleri, müşterilere belirli bir satın alma davranışında bulunmaları karşılığında sunulan fiyat indirimleri olarak tanımlanmıştır (m.69). Münhasırlık gibi indirim sistemlerinin de AB rekabet hukukunda en şekilci ve *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirilen bir kötüye kullanma türü olduğu, ancak AB Rehberi ile birlikte yepyeni bir ekonomik analiz yöntemi kullanılarak incelenmeye çalışıldığı görülmektedir. ABİDA 102. madde reformu sürecinde, hatta AB Rehberi'nin yayımlanmasından sonra bile AB Mahkemeleri'nin bu tutumunda bir değişiklik olmamış ve indirim sistemleri alanında AB Rehberi'nin etki-bazlı analizleri, kararlarındaki<sup>92</sup> şekilci yaklaşımı henüz değiştirememiştir. Bu kötüye kullanma halini ilginç kılan özellik ise indirim sistemlerinin, mehz AB rekabet hukukunda bu kadar katı bir yaklaşıma konu edilmelerine rağmen, ticari hayatta son derece yaygın ve çeşitli bir şekilde kendilerine yer bulmalarıdır. Kılavuz'da indirim sistemlerinin ticari hayatın dinamik koşulları altında çok farklı görünümde ortaya çıkabilmekte oldukları ve yapıları, işleyişleri ve etkileri bakımından çeşitlilik gösterdikleri kabul edilmiş ve bu doğrultuda farklı indirim sistemlerine yer verilmiştir (m.69). Karmaşık yapılarına rağmen indirim sistemlerinin Kılavuz'da genel olarak açık ve anlaşılabilir bir biçimde ele alındığı görülmektedir.

Öncelikle Kılavuz'da “tek ürün indirimleri”<sup>93</sup> ile “paket indirimleri” arasında temel bir ayırım yapılmış, ayrıca indirimin biçimine göre “geriye dönük indirimler” (*retroactive*

<sup>89</sup> 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı; 27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı **Microsoft/Gelecek Bilişim** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell/Avea/Vodafone** kararı; 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı **Mey İçki** kararı.

<sup>90</sup> 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı **Karbogaz** kararı; 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell/Avea/Vodafone** kararı.

<sup>91</sup> Münhasırlık niteliği itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un hem 4. maddesi hem de 6. maddesi başlığı altında değerlendirilebilmeye elverişli olup, hakim durumda olsun veya olmasın tüm teşebbüsler için belli şartlar altında 4054 sayılı Kanun'a aykırı duruma gelebilecek bir davranıştır. Bu nedenle münhasırlık konusunda hakim durumdaki teşebbüsler tarafından 6. maddeye ek olarak hangi şartlar altında 4. maddenin de ihlal edileceğinin ya da sadece 6. madde ışığında mı bir değerlendirme yapılacağının Kılavuz'da tartışılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. Kılavuz'da, münhasırlık anlaşmalarının 4. madde kapsamında da ele alınabileceği ilişkin dipnotun yeterli olmadığı açıktır. Bu bağlamda örneğin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un konu ile ilgili düzenlemelerine atıf yapılabilir.

<sup>92</sup> Case C-95/04 **British Airways v Commission** [2007] ECR I-2331; Case T-57/01 **Solvay SA v Commission** [2009] ECR II-4621; Case T-155/06 **Tomra Systems ASA v Commission** [2010] ECR II-0297; Case C-549/10 P **Tomra Systems and Others v Commission** [2012] ECR I-0000.

<sup>93</sup> AB Rehberi'nde tek ürün indirimleri yerine “koşullu indirimler” (*conditional rebates*) teriminin kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu ibare ile kastedilen indirim sistemlerinin, bir satın alma koşuluna bağlandığı indirimlerdir. Örnek olarak satın alma koşulunun alım yapılan miktara bağlı olarak belirlenmesi halinde “miktar indirimleri”nden (*volume rebates*); alıcının belli bir dönemdeki alımlarının tamamını ya da hemen hemen tamamını sağlayıcıdan yapmasına bağlı olarak belirlenmesi halinde ise “sadakat indirimleri”den (*loyalty rebates*,

*rebates*) ve “üst dilim indirimleri” (*top slice rebates*), indirim kapsamına göre ise “kişiselleştirilmiş satın alma hedefleri” (*individualised threshold*) ve “tüm müşteriler için geçerli satın alma hedefleri” (*standardised threshold*) olmak üzere farklı ayrımlar da yapılmıştır (m.70-71).<sup>94</sup> Tek ürün indirimlerine ilişkin olarak Kılavuz’da benimsenen analizin, yıkıcı fiyatlamada olduğu gibi, OKM ve UDOAM maliyet ölçütlerinin ve eş etkin rakip testinin kullanılması olduğu anlaşılmaktadır.<sup>95</sup> Ancak söz konusu analize tabi tutulacak fiyatın belirlenmesine ilişkin olarak son derece teknik ve pek de kolay olmayan bir hesaplama yöntemine yer verilmiştir. Buna göre Kurul, hakim durumdaki teşebbüsün, müşterilerinin indirim sistemi konusu ürüne olan talebinin rekabete açık olmayan kısmından (*non-contestable share*) elde ettiği finansal avantaj ile talebin rekabete açık olan kısmında (*contestable share*) uygulayabildiği fiyat karşısında rakiplerin, söz konusu müşterilerin rekabete açık kısım için kendilerinden alım yapması nedeniyle toplamda kaybedecekleri indirim miktarını telafi etmek için sunmaları gereken etkin fiyat (*effective price*) esas alınarak, yıkıcı fiyatlamadaki gibi bu fiyat hakim durumdaki teşebbüsün o ürün için OKM ve UDOAM’si ile karşılaştırılacaktır (m.76-78).

Paket indirimlerine ilişkin olarak ise daha farklı bir analiz benimsenmiştir: Rakiplerin hakim durumdaki teşebbüsün sunduğu paket karşısında bu paketin tamamıyla rekabet edebilecek makul bir alternatif paket sunmalarının mümkün olduğu durumlarda paket fiyatının yıkıcı fiyat olup olmadığı araştırılacaktır (m.79). Rakiplerin böyle bir paket sunmalarının mümkün olmadığı durumlarda ise (örneğin rakiplerin hakim durumdaki teşebbüs kadar geniş bir ürün yelpazesine sahip olmaması) indirim paket içerisinde rekabet edilebilen spesifik ürüne (örneğin diğer ürünler yerine rakipler tarafından da üretilebilen, paketteki sadece bir veya birkaç ürüne) atfedilecek ve bu ürün için (ürünün tek başına satış fiyatından paketin tamamı için yapılan indirim çıkarılması ile elde edilecek) etkin fiyatın hakim durumdaki teşebbüsün UDOAM’sinden düşük olup olmadığına bakılacaktır (m.80). Tek ürün indirimlerinin aksine, paket indirimlerine ilişkin kısmın Kılavuz’da daha karışık ve anlaşılması güç olduğu fark edilmektedir. Bu kısım ile ilgili olarak AB Rehberi’nin tercümesinin başarıyla yapılmadığı ve söz konusu eksik tercüme sonucu, öngörülen analizin de eksiklikler içerdiği ortaya çıkmaktadır. Kılavuz’daki bu kısım ancak AB Rehberi’nin ilgili kısmının karşılaştırmalı olarak okunması suretiyle anlaşılabilir.

---

*fidelity rebates*) bahsedilmektedir. Satın alma koşuluna bağlı olmayan indirim sistemleri ise çoğu zaman tüm müşterilere eşit koşullarda ve objektif bir biçimde belirlenmedikleri için (örneğin indirim sağlayıcı ile “iyi ilişkiler içinde” olan müşterilere sağlanıp diğer müşterilere sağlanmaması), hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulandıkları durumlarda ayrımcı kötüye kullanma riskine yol açmaktadırlar. AB Rehberi’ndeki koşullu indirim ibaresinin sadece satın alma koşuluna bağlı indirimlerin, dışlayıcı kötüye kullanmaya yönelik hazırlanan AB Rehberi kapsamında olduğunu ima etmek için kullanıldığı düşünülmektedir. Kılavuz’da ise bu ayrıntıya dikkat edilmemiş, tüm indirimlerin satın alma koşuluna bağlı olduğu varsayılmıştır.

<sup>94</sup> İndirim sistemlerinin sınıflandırılması noktasında başka bir ayrım olan, indirimlerdeki hedefin sayısı ve oranına göre yapılabilecek “sabit oranlı indirimler” (*fixed rebates*) ve “artan oranlı indirimler” (*incremental rebates*) ayrımına ise Kılavuz’da değinilmemiştir.

<sup>95</sup> Kılavuz’da, satın alma koşulunun belirli bir referans dönemi ile sınırlandırılmadığı indirim sistemlerine ilişkin olarak yıkıcı fiyatlamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir (m.74). AB Rehberi’nde bulunmayan bu düzenleme, Kılavuz’un bir artısıdır. Zira, müşteriye getirilen satın alma koşulunun belli bir referans dönemine bağlanmaması halinde müşteri zaman zaman rakip teşebbüslerden de mal veya hizmet alabilecek, böylece söz konusu indirim sisteminin dışlayıcı etkisinden de bahsedilemeyecektir. Burada belirleyici olması gereken unsur ise, Kılavuz’da açıklandığı üzere, hakim durumdaki teşebbüsün indirimli fiyatının yıkıcı fiyatlamaya dönüşmemesidir.

Yukarıdaki analizlerden görülebileceği üzere Kılavuz'da indirim sistemleri için son derece teknik ve ciddi kaynak kullanımı gerektirecek analizlere yer verilmekte; talebin rekabete açık kısmı ile açık olmayan kısmı, etkin fiyat gibi gerek AB gerekse Türk rekabet hukukuna yabancı yeni kavramlar, etki-bazlı yaklaşımın da bir sonucu olarak, uygulamaya kazandırılmaya çalışılmaktadır. Bu kavramların, indirim sistemlerinin sadakat artırıcı veya haksız olup olmadığına yönelik eski şekilci yaklaşıma göre daha somut olduğu düşünülse de pratikte ne ölçüde hayata geçirilebilecekleri şüphelidir. Bu noktada Kılavuz'un, özellikle indirim sistemlerine ilişkin olarak iş dünyasının belirlilik ve öngörülebilirlik beklentilerini karşıladığı söylenemez. Etkin fiyatın UDOAM'nin üzerinde kaldığı durumlar için güvenli liman oluşturulmaya çalışılması, bu fiyatın belirlenmesinin güç olması karşısında önemini kaybetmektedir. Kılavuz öncesi kararlara bakıldığında genellikle tek ürün indirimleri üzerinden münhasırlık karşılığında verilen indirimler ile sadakat indirimlerinin tartışıldığı, Kurul'un şekilci bir yaklaşım benimsemediği ve detaylı maliyet analizlerine girmese bile etki analizi yaptığı görülmektedir.<sup>96</sup> Düşüncemize göre Kılavuz'da indirim sistemlerine ilişkin olarak öngörülen detaylı analizlerin uygulamaya yansımayacağı ve Kurul'un, bugüne kadarki uygulamasında dikkate aldığı faktörlere ağırlık vermeyi tercih edebileceği iddia edilebilir.

### 3.6. Bağlama

Bağlama, Kılavuz'da düzenlenen sonuncu kötüye kullanma hali olup, bağlamadan sonra Kılavuz, AB Rehberi'nde olduğu gibi, başka hiçbir madde içermeden bir anda bitmektedir. Kılavuz'da bağlama, bir ürünü (bağlayan ürün) hakim durumdaki teşebbüsten satın alan müşterilerin bir başka ürünü de (bağlanan ürün) aynı teşebbüsten almasını gerektiren durumlar olarak tanımlanmıştır (m.82). Rekabet hukuku uygulamasında uzun bir geçmişe sahip bağlamaya ilişkin olarak zamanla farklı teorik modellerin geliştirildiği ve pratik uygulama biçimlerinin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda Kılavuz'da pazar gücüne ve pazar gücünün bağlayan ürün pazarından bağlanan ürün pazarına aktarılmasına (*leveraging*) dayalı klasik teorilere ek olarak, tüketici zararı odaklı ve zorlama unsurunun yokluğunda iki ayrı ürün analizine yoğunlaşan modern teorilerin benimsendiği görülmektedir. Bağlama uygulamalarının, ayrı ürünler olarak kabul edilebilecek birden fazla ürünün sözleşmeler yoluyla (sözleşmesel bağlama) ya da birbirlerine entegre edilmek suretiyle (teknolojik bağlama) bir arada sunulması sonucu gerçekleştirilebileceği ifade

<sup>96</sup> *Frito Lay* kararında Kurul, hakim durumdaki teşebbüsün uyguladığı münhasırlık karşılığı indirimlerine ilişkin olarak isabetli değerlendirmeler yapabilmek için söz konusu indirimlerin pazardaki rekabetçi süreç üzerinde olumsuz fiili veya potansiyel etkiler taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiğini belirtmiş, indirimlerin kısa süreli yapılmış olması ve etkilerinin sınırlı olmaları sonucu da hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmadığına karar vermiştir. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı. *Amadeus* kararında Kurul yine hakim durumdaki bir teşebbüsün uyguladığı münhasırlık karşılığı indirimleri, söz konusu indirimlerin sadece beş müşteri için uygulandığını, bu müşterilerin bu durumu kendi istekleriyle kabul etmiş olmalarını ve ilgili pazarın küçük bir bölümünün etkilendiğini ifade ederek kötüye kullanma olarak değerlendirmemiştir. 03.01.2008 tarihli ve 08-01/6-5 sayılı **Amadeus** kararı. *Doğan Yayın Holding* kararında ise Kurul hakim durumdaki teşebbüsün birbirinden farklı indirim türlerini incelemiş ve teşebbüsün vazgeçilmez bir ticaret ortağı olduğunu, indirim sistemlerinin pazarın çok büyük bir kısmını kapsadığını, geriye dönük olmak üzere artan oranlı ve kişiselleştirilmiş nitelikteki indirimlerin uygulandığını, indirim oranlarının “dramatik düzeylere” yükselebildiğini ve son olarak indirimlerin yüksek düzeyde sadakat yaratıcı nitelikte ve rakipleri dışlama potansiyeline sahip olacak biçimde tasarlandığını gerekçe göstererek 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı.

edilmiştir (m.82). Türk rekabet hukukunda bağlamaya ilişkin olarak halihazırda etki-bazlı ve tüketici refahı odaklı bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.<sup>97</sup>

Kılavuz'da bağlama uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmeleri için iki koşulun varlığı aranmaktadır (m.86): (i) bağlayan ve bağlanan ürünlerin iki farklı ürün olması (m.87) ve (ii) bağlama uygulamasının rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açmasının muhtemel olması (m.88-91 ve 93). Kurul'un geçmiş kararlarında Kılavuz'da sayılan koşullara ek olarak başka koşulların varlığının da arandığı, bu bağlamda kararlar arasında bir tutarlılık bulunmadığı görülmektedir. *TFF/Digiturk* kararında<sup>98</sup> Kurul, "üç noktaya dikkat edilmesi"nin gerektiğini ifade ederek bunları, (i) ayrı ürünlerin varlığı, (ii) ürünlerin bağlanması ve (iii) hakim durumun bulunması şeklinde özetlemiştir. *TÜVTÜRK* kararında<sup>99</sup> Kurul, bağlama uygulamalarının 6. maddeye aykırı olabilmesi için (i) iki ayrı ürünün bulunması, (ii) ilgili teşebbüsün bu ürün pazarlarından birinde hakim durumda olması ve (iii) bu iki ürün arasında bir ilişkinin olması gerektiğine karar vermiştir. *TTNET/Avea* kararında<sup>100</sup> ise Kurul, (i) hakim durumun bulunması, (ii) farklı veya bağımsız ürünlerin bulunması, (iii) bağlamanın "anti-rekabetçi" etki doğurabilecek nitelik taşıması ve (iv) objektif bir haklı gerekçenin ve/veya etkinlik doğurucu bir uygulamanın bulunmaması koşullarını aramıştır.

Kılavuz öncesi uygulamada, sistematik bir analizin benimsenmediği ve kararlarda tutarlılık bulunmadığı söylenebilir. Genel hatları itibarıyla iki ayrı ürünün bulunması ve bu ürünlerin birbirlerine bağlanması koşulları her kararda kabul edilmişken, uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurması ve haklı gerekçenin olmaması koşullarının ise her kararda aranmadığı görülmektedir. Kılavuz öncesi uygulamada değişik koşulların aranmış olmasına rağmen Kılavuz'da bağlama uygulamalarına ilişkin olarak öngörülen iki koşulun ana hatlarıyla yeterli olduğu düşünülmektedir. Hakim durumda bulunma koşulu, bağlama uygulamalarının 6. madde altında değerlendirilmesi açısından zaten bir önkoşul olup, haklı gerekçeye ilişkin koşul ise yine Kılavuz'un hem genel hükümlerinde (m.30-33) hem de bağlamaya ilişkin bir özel hükümde (m.94) öngörülmüştür. Kılavuz'un bir eksisinin, bağlama uygulamalarının sömürücü kötüye kullanmaya da yol açabileceğine hiç vurgu yapmaması olduğu ileri sürülebilir. Oysa Kurul'un geçmiş kararlarında bağlamanın "tüketicilerin sömürülmesi"ne yol açabileceği kabul görmüştür.<sup>101</sup> Yine de Kılavuz'da yer alan koşulların genel olarak olumlu düzenlemeler olduğu iddia edilebilir.

<sup>97</sup> Bkz. 05.08.2009 tarihli ve 09-34/786-191 sayılı **Sigorta Acenteliği Yapan Bankalar** kararı, s.6 ("Bağlama uygulamalarının rekabet hukukunda yasaklanmasının ardında yatan temel kaygı, bu uygulamaların tüketici refahını azaltması ihtimalidir. Bu konuya ilişkin iktisadi çalışmalar, 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."); 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı **TÜVTÜRK** kararı, s.13 ("Pazar gücünün başka pazarlarda kötüye kullanılması aslında tartışmalı bir alandır. Bu tür davranışların tüketiciler açısından ciddi sonuçları olabilmekle beraber, uygulamada çok sık karşılaşılmaması da beklenmemektedir. Çünkü hâkim durumdaki bir firmanın bunu yapabilecek gücü olsa da motivasyonu olmayabilmekte veya bu tür uygulamalar iktisadi bakış açısından her zaman tüketici aleyhine rekabet karşıtı etkiler de yaratmayabilmektedir.").

<sup>98</sup> 07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı **TFF/Digiturk** kararı.

<sup>99</sup> 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı **TÜVTÜRK** kararı.

<sup>100</sup> 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/Avea** kararı.

<sup>101</sup> 05.08.2009 tarihli ve 09-34/787-192 sayılı **Garanti Bankası** kararı.

#### 4. Kılavuz'da Başka Hangi Düzenlemeler Yer Almalıydı?

Daha önce de belirtildiği üzere Kılavuz'un, AB Rehberi'nin neredeyse birebir alınması yoluyla hazırlandığı görülmektedir. Bu bağlamda AB Rehberi'nin içeriği ve getirdiği yeni düzenlemeler Türk rekabet hukukuna aktarılmıştır. Bu durumun diğer bir sonucu da AB Rehberi'nin içermediği düzenlemelerin, başka bir deyişle AB Rehberi'nin kapsamı dışında olan kötüye kullanma türlerinin, analizlerin, testlerin vb. Kılavuz'da da yer almaması sonucu Türk rekabet hukukunda bir ikincil düzenlemede düzenlenmemiş olmasıdır. Öncelikle AB Rehberi, sadece dışlayıcı kötüye kullanmalara (*exclusionary abuses*) ilişkin olarak hazırlanmış olup, sömürücü kötüye kullanmalar (*exploitative abuses*) ile ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmaları (*discriminatory abuses*) kapsam dışı bırakmıştır. Bu durumun nedeni AB rekabet hukuku uygulamasında dışlayıcı kötüye kullanmaların, sömürücü ve ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalara oranla uygulamada daha yaygın olarak görülmekte olmasıdır. Bu doğrultuda Kılavuz'da, kapsamın “bu aşamada” sadece dışlayıcı kötüye kullanmalar ile sınırlandırıldığı açıkça belirtilmiştir (m.6). Dolayısıyla Kılavuz'da sömürücü kötüye kullanmaya ilişkin olarak hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>102</sup>

Türk rekabet hukuku uygulamasında sömürücü kötüye kullanma, özellikle aşırı fiyatlama, iddialarının Kurul kararlarına sıkça rastlandığı görülmektedir. Bir akademik çalışmada 6. maddeye ilişkin Kurul kararlarının yaklaşık beşte birinde sömürücü kötüye kullanma iddialarının incelendiği gözlemlenmiştir.<sup>103</sup> Aşırı fiyatlama iddialarının bu derece yaygın olmasına rağmen sadece iki ihlal kararının bulunması ise ilginçtir. İlk karar, Türk rekabet hukukunun ilk yıllarında verilmiş olan *BELKO* kararıdır.<sup>104</sup> Bu kararda rekabet hukukunun temel amacının “*özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması*” olduğu ifade edilmiş ve buna sebep uygulamaların başında gelen tekelleri fiyatlamaya “tolere edilmesinin” bu amaca aykırı olacağı vurgulanmıştır. Diğer karar ise yakın zamanlarda verilmiş olan *TÜPRAŞ* kararıdır.<sup>105</sup> Kurul'un uygulamasına bakıldığında sömürücü kötüye kullanmaya ilişkin kararların Türk rekabet hukukunun sadece ilk yıllarına özgü olmadığı, bu bağlamda Kılavuz yayımlanmadan 3 ay önce dahi bir aşırı fiyatlama kararı verildiği görülmektedir.

<sup>102</sup> Kılavuz henüz taslak halindeyken sömürücü kötüye kullanmaya ilişkin olarak; teşebbüsün tekel ve tekele yakın konuma sahip olduğu ve ilgili piyasaya yönelik düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda tüketici refahı üzerindeki olumsuz etkileri olabilecek sömürücü kötüye kullanmalara karşı sınırlı bir müdahalede bulunulabileceği (bu müdahalenin nasıl olacağı açıklanmamıştır), buna karşın sömürücü davranışların esas kaynağının pazarın yapısı olduğu ve bunun kalıcı olarak ancak pazarın yapısının değiştirilmesiyle mümkün olabileceği durumlarda ise pazarın rekabete açılması veya düzenlenmesi yönünde Kurul'un rekabet savunuculuğu faaliyetlerinde bulunabileceği öngörülmüşse de yayımlanan Kılavuz'da bu düzenlemeler kapsam dışı bırakılmıştır.

<sup>103</sup> Sanlı K. C. (2011) “*Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul. Bu çalışmada Kurul'un 6. maddeye ilişkin olarak 1998 – 2009 yılları arasında verdiği 205 karardan, 46'sının (başka bir deyişle tüm kararların yüzde 22'sinin) aşırı fiyatlama iddialarını konu edindiği belirlenmiştir.

<sup>104</sup> 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı **BELKO** kararı.

<sup>105</sup> 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı **TÜPRAŞ** kararı. Bu kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Özkan A. F. (2014) “*The Turkish Competition Authority fines an ex-state-owned oil refinery for abusing its dominant position by charging excessive prices and imposing unfair trading conditions (TUPRAS)*”, e-Competitions Bulletin June 2014-I, Article No 66728, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/June-2014-I/The-Turkish-Competition-Authority-66728?lang=en>>, Erişim tarihi: 20.06.2014.

Dolayısıyla Kılavuz'da aşırı fiyatlamaya ilişkin olarak hangi test veya testlerin kullanılabileceğine, kar-maliyet hesabının nasıl yapılacağına, aşırı fiyatlamaya yol açabilecek kar marjının nasıl belirleneceğine vb. yönelik hiçbir açıklayıcı düzenlemenin bulunmaması isabetli olmamıştır.

Ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar da Kılavuz'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak söz konusu türden kötüye kullanmalara ilişkin olarak bir kılavuz ihtiyacı olduğu söylenebilir. Zira ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar, esasen hakim durumdaki teşebbüsle rekabet içerisinde olmayan müşterileri arasında rekabetin bozulmasına ve böylece ikinci seviye zarara (*secondary line injury*) neden olup, dışlayıcı kötüye kullanmalarının aksine rakipler seviyesinde görülen birincil seviye zarara (*primary line injury*) yol açmamaktadırlar. Ancak gerek AB gerekse Türk rekabet hukuku uygulamasında ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar, ayrımcılık unsuru içeren ama birincil seviye zarara yol açan bazı dışlayıcı kötüye kullanma halleri ile karıştırılmıştır. Buna ek olarak, 6. maddenin (b) bendinde,<sup>106</sup> ABİDA 102. madde (c) bendinden farklı olarak, "*rekabette dezavantajlı duruma düşme*" koşulu aranmadığından, söz konusu bendin herhangi bir rekabet zararına yol açmayan davranışlara da uygulanma riski bulunmaktadır.<sup>107</sup> Diğer yandan söz konusu koşulun bulunmaması, Kurul'un ilgili bendi hakim durumdaki teşebbüsün nihai tüketiciler arasında ayrımcılık yapması durumunu içerecek biçimde yorumlayıp yorumlandığına ilişkin olarak da belirsizlik yaratabilir.<sup>108</sup> Bu nedenlerden dolayı Kılavuz'da, Kurul'un ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalara ilişkin olarak yaklaşımını gösteren herhangi bir düzenlemenin bulunmaması isabetli olmamıştır.<sup>109</sup>

AB Rehberi gibi, Kılavuz'un sadece hakim durumun tek bir teşebbüs tarafından kötüye kullanıldığı durumları kapsadığı, hakim durumun birlikte kötüye kullanılmasının ise Kılavuz'da düzenlenmediği görülmektedir. Düşüncemize göre hakim durumun birlikte kötüye kullanılması, gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda fazla gelişmemiş ve AB'de birleşme ve devralmalara ilişkin yeni "etkin rekabetin engellenmesi testi"nin benimsenmesiyle birlikte de hızla önemini

<sup>106</sup> 6. maddenin (b) bendine göre "*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*" hukuka aykırı ve yasaktır.

<sup>107</sup> Kurul bir kararında ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmanın üç şartı arasında haklı olarak "*uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi*" koşulunu aramıştır. 26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı **Coca Cola/TAB Gıda** kararı. 6. maddenin metninden anlaşılamayan ve Kurul kararlarında açıklığa kavuşan bu koşulun Kılavuz'da tartışılmaması bir eksikliklerdir.

<sup>108</sup> Kurul'un, hakim durumdaki teşebbüsün doğrudan nihai tüketici seviyesinde uyguladığı ayrımcılığı 6. madde ihlali olarak değerlendirdiği bir kararı bulunmamaktadır.

<sup>109</sup> Bazı kararlarda Kurul'un ayrımcılık iddialarını, hakim durumdaki teşebbüsün müşterileriyle birlikte kendisinin de alt pazarda rekabet ettiği durumlar açısından birbiriyle çelişik bir biçimde ele aldığı görülmektedir. 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararında alt pazarda faaliyet göstermeyen hakim durumdaki teşebbüsün, müşterilerine farklı vadeler uygulamaya başlayarak satış koşullarını değiştirmesi sonucu 6. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmişken, 20.03.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı **Gillette** kararında, yine alt pazarda faaliyet göstermeyen hakim durumdaki bir teşebbüsün, dağıtıcı konumundaki müşterilerinden bazılarının sözleşmelerini sonlandırması karşısında Kurul, söz konusu teşebbüs ile müşterileri arasında rekabet ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edilmediğini ifade etmiştir. 15.06.2006 tarihli ve 06-44/540-142 sayılı **Cevahir AVM** kararı ve 07.10.2010 tarihli ve 10-63/1320-496 sayılı **Reckitt Benckiser/Akyüz Gıda** kararında ise Kurul; alt pazarda faaliyet göstermeyen hakim durumdaki teşebbüsün, alt pazardaki rekabeti bozma veya bu pazarda bir müşterisini diğerine göre dezavantajlı duruma sokma niyetine sahip olamayacağını, zira alt pazardaki rekabetçi yapıdan bizzat ek bir fayda elde edeceğini ifade etmiştir. Ancak bu kararlarda alt pazardaki müşterinin, rakip bir sağlayıcıyla da çalışması ve buna karşı hakim durumdaki teşebbüsün misilleme yapabilme güdüsü göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla ayrımcı kötüye kullanmanın ekonomik temellerine ilişkin olarak Kurul'un tutarlı yaklaşımlar sergilediğini söylemek güçtür.

kaybetmeye başlamış bir alan olduğundan, bu kavrama Kılavuz'da yer verilmemesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak birlikte hakim durum konusunda Türk rekabet hukuku uygulamasına özgü bir durum olarak 6. maddenin, hakim durumdaki teşebbüslerin “başkaları ile yapacağı anlaşmalar” suretiyle de hakim durumlarını kötüye kullanabileceğinden bahsetmesi tartışmalıdır. Zira bu ibarenin, 6. madde ile 4. madde arasında gereksiz bir bağlantıya yol açtığı ileri sürülebilir. Hakim durumdaki teşebbüslerin başkaları ile yapacağı anlaşmalara ilişkin olarak 4. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı ya da hangi hallerde 6. ve 4. maddelerin birlikte uygulanacağı açık değildir. Ancak Kılavuz'da bu konu hakkında bir düzenleme yapmak yerine, esasen ilgili ibarenin yasa değişikliği suretiyle 4054 sayılı Kanun'dan tamamen çıkarılmasının daha isabetli olacağı ileri sürülebilir.

Açıkça kapsam dışı kalan yukarıdaki konulara ek olarak AB Rehberi'nin, AB hukuku ve bu bağlamda AB rekabet hukukunun ulus üstü (*supra national*) bir hukuk sistemi olma ilkesi gözetilerek hazırlanmış olması sonucu, üye devletlere bırakılmış olan bazı unsurların da Kılavuz'da *ipso facto* düzenlenmediği görülmektedir. Örneğin Kılavuz, hakim durumlarını kötüye kullanmaları durumunda hakim durumdaki teşebbüslerin ve/veya yöneticilerinin karşılaşacağı yaptırımlar hakkında hiçbir bilgi içermemektedir. 4054 sayılı Kanun'da yer alan teşebbüslerin cirosunun yüzde 10'una kadar idari para cezası verilebileceğine ilişkin maddeden ve birtakım ek düzenlemelerden hiç bahsedilmemesi isabetsizdir.<sup>110</sup> Ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanılmasından dolayı zarar gören ilgililerin tazminat hakkının bulunduğu, 58. madde uyarınca da ortaya çıkan zararın üç katı oranında bir tazminatın (*treble damages*) istenebileceğinin Kılavuz'da yer almaması başka bir eksikliktir. Kılavuz'u okuyan bir teşebbüsün, 6. maddenin ihlali durumunda ne gibi sonuçlarla karşılaşacağını bilmemesi, Kılavuz'un yol göstericiliğini ciddi bir şekilde zedelemektedir.

Bu bağlamda diğer bir konu da 6. maddeye ilişkin olarak rekabet hukuku ile sektör spesifik regülasyon arasındaki ilişkidir. AB hukukunda regülasyonun üye devletlerin iç hukuklarına bırakılması sonucu, ulus üstü özellik taşıyan ABİDA 102. maddeye ilişkin AB Rehberi'nde söz konusu ilişki düzenlenmemiştir.<sup>111</sup> Türk hukukunda ise düzenlenmiş sektörlerde faaliyet gösteren ve aralarında özelleştirilmiş ve/veya ayrıştırılmış eski kamu tekellerinin de bulunduğu teşebbüslerden bazılarının hakim durumda bulunması ve düzenlenmiş sektörlerle ilişkin olarak Kurul'un, aralarında

<sup>110</sup> 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, 6. maddenin ihlali durumunda ihlali gerçekleştiren teşebbüslere, Kurul'un nihai kararından bir önceki mali yıl sonunda oluşan, veya bunun hesaplanmasının mümkün olmadığı takdirde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan, ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde 10'una kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. 16. madde uyarınca verilecek idari para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere çıkarılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca 6. maddenin ihlali durumunda, ilgili teşebbüse bir önceki mali yıl sonunda oluşan cirosunun binde 5'i ile yüzde 10'u arasında temel bir idari para cezası verileceği ifade edilmektedir. Kılavuz'da bu en temel bilgilerin bile yer almamasının hiçbir açıklaması bulunmamaktadır.

<sup>111</sup> AB hukukunda ABİDA'da yer alan rekabet kuralları ulus üstü bir özellik taşımaktadır. Bunun sonucu olarak iç hukuktaki düzenlemelerin AB rekabet kurallarına aykırı olması durumunda, AB hukukunun üstünlüğü ilkesi (*supremacy*) gereği AB rekabet kuralları önce gelecektir. Türk hukuk sisteminde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun yerine Türk hukukunda “genel kanun” ve “özel kanun” tartışması bulunmaktadır. Buna göre 4054 sayılı Kanun'un genel kanun olma özelliği taşıması sonucu, bu Kanun'dan sonra yayımlanan özel kanunların rekabete ilişkin düzenlemeleri, 4054 sayılı Kanun'a göre uygulama önceliğine sahip olacaktır. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ateş M. (2013) “*Rekabet Hukukuna Giriş*”, Adalet Yayınevi, Ankara, s.413-419.

ciddi ihlal kararlarının da olduğu sayısız kararının bulunması sonucu, söz konusu ilişkinin önem taşıdığı ileri sürülebilir. Türk hukukunda Kurum'un, düzenlenmiş sektörlerdeki düzenleyici ve denetleyici kurumlardan bazıları ile protokoller imzaladığı<sup>112</sup> ve ilgili sektörlerdeki rekabet sorunlarının çözümünde iş birliği yapma yoluna gittiği görülse de özellikle 6. madde alanında rekabet ile regülasyon arasındaki adeta bu "gri alan"a ilişkin hala belirsizliklerin olduğu düşünülmektedir. Düzenlenmiş sektörlerde 6. madde uygulamasının nasıl olacağı ve Kurul'un 6. madde ihlali iddialarını ele alırken düzenleyici kurumlarla olan ilişkiler açısından nasıl bir yol izleyeceği Kılavuz'da açıklanabilir, konuyla ilgili kesinleşmiş Danıştay kararlarından<sup>113</sup> çıkan ilkeler Kılavuz'a, örneğin Kılavuz'un kapsama ilişkin 6.maddesine, eklenebilirdi.

Doğrudan bir yasa maddesinin uygulanmasını açıklamaya yönelik hazırlanan Kılavuz'da, 6. maddenin kaleme alınış biçiminden kaynaklanan bazı sorunlara yönelik hiçbir açıklama getirilmemesi çok büyük bir eksiklik. Bu bağlamda 6. maddenin (a) ve (d) bendlerinde<sup>114</sup> düzenlenen örnek niteliğindeki kötüye kullanma hallerinde geçen "amaç" ibaresinin, Türk rekabet hukuku uygulamasında sorun yarattığı görülmektedir. "Amaç" unsurundan yola çıkan Danıştay'ın, bu bendlere ilişkin Kurul kararlarının yargısal denetimi sırasında şekilci bir yaklaşım benimsediği ve ilgili davranışın, rekabeti kısıtlayıcı bir etkisi olmasa bile rekabeti kısıtlayıcı bir amacının bulunması halinde 6. maddenin ihlal edileceğine yönelik kararlar verdiği görülmektedir.<sup>115</sup> 6. maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmeyi amaçlayan bir Kılavuz'da, söz konusu bendlere

<sup>112</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü; Kamu İhale Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü.

<sup>113</sup> Bkz. Danıştay 13.D, 13.02.2012, E.2008/13184, K.2012/359 ("[D]avacı şirketin bazı şikâyeteye konu iddialarına ilişkin Telekomünikasyon Kurumu kararlarının alınmasına sebep olan Türk Telekom davranışlarının, hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun saptanması... halinde, konu hakkında Rekabet Kurulu'nca soruşturma açılması ve ihlalin kesin olarak tespiti halinde yaptırım uygulamasının önünde bir engel bulunmamaktadır... Türk Telekom'un şikâyeteye konu olan uygulamalarına ilişkin bazı ihlâl iddialarının... ortaya çıkabilecek rekabetçi zararı önlemeye yönelik spesifik düzenlemelerin ve Telekomünikasyon Kurumu kararlarının bulunması veya Telekomünikasyon Kurulu onayıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında bu aşamada bir kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyeceği, şikâyeteye yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına yönelik dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.).

<sup>114</sup> 6. maddenin (a) bendi uyarınca "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler", (d) bendi uyarınca da "belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler" hukuka aykırı ve yasaktır.

<sup>115</sup> Danıştay bir kararında Anadolu Cam'ın, Solmaz Mercan adlı bir müşterisine mal vermeyi durdurması sonucu, ilgili davranışın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmaması nedeniyle soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kurul kararını iptal etmiş ve Anadolu Cam'ın cam ambalaj pazarında hakim durumda olması ve bu hakim durumunu mal vermeme suretiyle cam ev eşyası pazarında kötüye kullanmasının (d) bendine girdiğinin "kuşkusuz" olması sonucu "rekabeti kısıtlayıcı etki... olması şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık" bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K.2011/486. Bu karardan kısa bir süre verdiği başka bir kararında ise Danıştay, Cine5'in Digiturk platformunda yayınlanmamasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına yer olmadığına yönelik Kurul kararını benzer bir biçimde iptal etmiş ve Kurul kararında, Digiturk'ün dijital hizmetler pazarında hakim durumda bulunduğunun ve televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri pazarına Cine5'in girmesinin engellendiğinin belirlenmesi üzerine soruşturma açılması gerekirken "girişin engellendiği pazar bölümünün tüm pazara göre küçük, rekabeti sınırlayıcı etkisinin de az olduğu dikkate alınarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uyarlık" bulunmadığını ifade etmiştir. Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525.

“amaç” unsuru karşısında somut olayda ilgili bendlerde ifade edilen türden bir amacın bulunmasına rağmen inceleme konusu davranışın rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir etki doğurmadığı (veya bu etkinin sınırlı olduğu) durumlarda 6. madde uyarınca otomatik olarak bir kötüye kullanmadan bahsedilemeyeceği, buna karşın Kılavuz’un 26. maddesi uyarınca bu amacın olay bazında göz önünde bulundurulabileceği ifade edebildi.

6. maddenin (a) bendi başka bir açıdan da sorun yaratmaktadır. Söz konusu bendde ifade edilen “*rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” son derece geniş bir kategoriye işaret etmektedir. Bazı kararlarında Kurul, isabetli bir şekilde bu bendin dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve ilgili pazardaki rekabetten kaynaklanan zorlaşma ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı davranışlarından kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayırım yapmaya çalışmıştır.<sup>116</sup> Aslında 6. maddenin (a) bendi dar yorumlanmadığı takdirde ilgili bende dayanılarak hakkında soruşturma başlatılan bir teşebbüsün, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasının bizzat rekabet olgusunun bir sonucu olduğuna ve rekabette üstünlük sağlayacak her davranışın kaçınılmaz olarak rakiplerin faaliyetini zorlaştıracağına yönelik savunması son derece haklı olacaktır.<sup>117</sup> 6. maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmeyi amaçlayan bir Kılavuz’da, Kurul’un bu bende ilişkin olarak yaklaşımının açıklanması gerekirdi.<sup>118</sup> Özetle, yayımlanmasındaki amacın 6. madde uygulamasında göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak ve maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek olduğu Kılavuz’un (m.3), kapsam dışı bırakılan tüm bu unsurlar açısından bu amacı sağlayamayacağı ileri sürülebilir.

## 5. Kılavuz Sonrası Dönemde Nasıl Bir Uygulama Beklenmektedir?

Kılavuz’un yayımlanmasıyla birlikte Kurul kararlarında tutarlılık ve içtihat birlikteliğinin sağlanacağı, uygulamada öngörülebilirlik ve yol göstericiliğin artacağı, daha şeffaf ve daha hızlı bir karar alma sürecinin oluşmaya başlayacağı, kararlarda ekonomik analizler yapılmasının kurumsallaşacağı ve mehz AB rekabet hukuku uygulaması ile

<sup>116</sup> Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı, s.55 (“...‘zorlaştırma’ kavramının çok dikkatli irdelenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu bağlamda, *rakip faaliyetlerinin pazarda olması beklenen rekabetten kaynaklanan zorlaşması ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabetçi olmayan bir takım eylemlerinden kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayırma gitmekte yarar vardır*. Böyle bir ayırma gidilmemesi durumunda, yapılacak olan müdahaleler ve yasaklamalar sadece hakim durumdaki teşebbüslerin cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır... ‘zorlaştırma’ kavramı tamamiyle iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanmalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını önemli ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar anılan kavram altında değerlendirilmelidir.”); 05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı **Akkaya Buz** kararı, s.5 (“*Rekabet hukukunda ‘rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması’ kavramına temkinli yaklaşılmaktadır... Bu nedenle rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin piyasanın gereği, arzu edilen rekabet sonucu mu yoksa hakim durumdaki teşebbüsün anti-rekabetçi eylemleri sonucu mu zorlaştığının sağlıklı saptanması gerekmektedir. Hakim durumdaki teşebbüsün kendi iç dinamikleriyle gerçekleştirdiği rekabetçi faaliyetlerin rakiplerinin faaliyetini zorlaştırması kaçınılmazdır.*”).

<sup>117</sup> 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararında gerçekten böyle bir savunma ile karşılaşmış ve ilgili teşebbüs tarafından; söz konusu bendin dar yorumlanması, soruşturma konusu davranışın varlığının otomatik olarak kötüye kullanmanın gerçekleştiği şeklinde yorumlanmaması ve dışlayıcı etkinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca tespit edilmesi gerektiğine yönelik bir savunma yapılmıştır. Bu kararda ilgili teşebbüsün, sırf zorlaştırma amacı nedeniyle kendisine ceza verilmesini Kurul’un “*şekilci ve gerçek dünyadan uzak bir yorum yapması olarak*” değerlendirdiğini ifade etmesi dikkate değerdir.

<sup>118</sup> Kılavuz sonrası verilen kararlarda da bu bende dayanıldığı görülmektedir. Bkz. 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı **Mey İçki** kararı (yayımlanmamıştır).

daha üst düzey bir yakınsamanın görüleceği umut edilmektedir. Kılavuz sonrası uygulamaya ilişkin olarak Kılavuz'da öngörülen yeniliklerin Türk rekabet hukukunda kendilerine daha sık yer bulacakları; bu bağlamda, Kurul kararlarının tüketici refahı amacının sıklıkla vurgulanacağı, kararlarda yoğun olarak ekonomik analizlerin görüleceği, tek taraflı davranışların piyasadaki etkilerinin araştırılmasına daha fazla önem verileceği, fiyatlama davranışlarına ilişkin olarak eş etkin rakip testinin yaygın bir uygulama alanı bulacağı, dışlayıcı davranışın rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmayacağına hakim durumun kötüye kullanılması değerlendirilmesinde daha belirgin bir rol oynayacağı, Kılavuz'da spesifik kötüye kullanma türlerine ilişkin öngörülen analizlerin ve testlerin daha tutarlı bir biçimde Kurul kararlarına yansıtacağı ve genel olarak Kılavuz'un etkisinin uygulamada daha yoğun bir biçimde hissedileceği ileri sürülebilir.

Şüphesiz Kılavuz'un uygulamadaki rolünün ağırlığını belirleyecek olan unsur, Kurul'un çıkardığı Kılavuz ile bağlı kalıp kalmayacağıdır. Kılavuz'u yayımlamak suretiyle Kurul, 6. maddeye ilişkin değerlendirmelerindeki takdir yetkisini gönüllü olarak sınırlamıştır. Kendi hazırladığı bir kılavuzla bağlı kalmak Kurul'un takdir yetkisi altında olsa da, Kılavuz'a bağlı kalarak ticari hayatta faaliyetlerini yürüten teşebbüsler açısından haklı beklentiler (*legitimate expectations*) oluşabileceğinden, Kurul'un mümkün olduğunca Kılavuz'dan sapmaması, saptığı durumlarda da bunun için haklı gerekçeler göstermesi gerekmektedir. Uygulamada Kurul'un, Kılavuz'u içselleştirip içselleştirmeyeceği merak konusu olsa da bazı geçmiş kararlarında Kurul'un, AB Rehberi'ne açıkça göndermelerde bulunduğu ve AB düzenlemeleri ışığında kendi analizini gerçekleştirdiği görülmektedir.<sup>119</sup> Buna ek olarak, Kılavuz henüz taslak halindeyken verilmiş bazı kararlarda Kurul'un, dosya kapsamındaki davranışa yönelik taslak halindeki Kılavuz'da yer alan düzenlemeleri de tartışması kayda değerdir.<sup>120</sup> Tüm bu gelişmeler karşısında Kurul'un Kılavuz ile bağlı kalacağı ve Kılavuz'u uygulamak konusunda istekli olacağı beklenmektedir.

Kılavuz sonrası dönemde Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın nasıl bir tutum sergileyeceği de önem taşımaktadır. Kurul tarafından Kılavuz'a atfedilen değerin, söz konusu mahkemeler tarafından da gösterileceği düşünülmemektedir. Bu durumun nedeni olarak Danıştay'ın Kurul kararlarının yargısal denetiminde normlar hiyerarşisini gözeterek temel bir norm olan 4054 sayılı Kanun'u, birer destekleyici norm olabilecek ikincil düzenlemelerin önüne alacak olmasıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin kanunlara aykırı olamayacağına yönelik idare hukuku ilkesini gözeterek Danıştay'ın, Kılavuz'a uygun olarak verilen Kurul kararlarını 4054 sayılı Kanun'a bir şekilde aykırı olarak değerlendirmesi durumunda iptal kararı vermesi çok büyük bir olasılıktır. Yargısal denetimin, Kurul kararlarının Kılavuz'a aykırılık yerine 4054 sayılı Kanun'a ve Danıştay'ın geçmiş kararlarındaki yorumlarına aykırılık gerekçesiyle yapılacağı beklenmektedir. Kılavuz'un bir derece Kurul'u bağlayacağı ileri sürülse bile Ankara İdare Mahkemeleri veya Danıştay'ı bağlamayacağı açıktır. Kılavuz'un, Kurul'un 6. madde uygulamasına doğrudan bir katkısının olacağı, yargısal denetime ise Kurul'un takdir yetkisini hukuka ve objektif kriterlere uygun kullanıp

<sup>119</sup> 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı; 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell/Avea/Vodafone** kararı; 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Cine 5/Digiturk** kararı; 19.12.2013 tarihli ve 13-71/992-423 sayılı **TTNET/Supersonline** kararı.

<sup>120</sup> 26.02.2014 tarihli ve 14-08/159-69 sayılı **Coca Cola Damla Su** kararı.

kullanmadığının denetlenmesi noktasında yapılacak değerlendirmelere yardımcı olma açısından dolaylı bir faydasının olacağı düşünülebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu Kurul tarafından haklı bir gerekçe gösterilmeyerek Kılavuz'un uygulanmaması halinde Kılavuz'un yayımlanmasından önceki durumdan daha da belirsiz bir durumun yaratılma olasılığıdır.<sup>121</sup> Kılavuz, Kurul'un somut olayda nasıl bir değerlendirme yapacağını teşebbüslere önceden ilan etmekte ve teşebbüsler de buna göre davranışlarını uyarlamaktadırlar. Kılavuz'un uygulanmaması halinde teşebbüsler, yine de Kılavuz'a uygun mu davranma yoksa Kılavuz öncesi verilen kararlara göre mi faaliyet gösterme noktasında bir ikileme düşebileceklerdir. Şüphesiz bu durum Kılavuz öncesi duruma göre daha fazla belirsizliğe ve daha az öngörülebilirliğe, böylece Kılavuz ile beklenen amaçların tam tersi bir durumun ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Ayrıca Kılavuz'dan beklenen hedeflere ulaşılabilmesi açısından, Kılavuz'un Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından da içselleştirilmesine çalışılmalıdır.<sup>122</sup> Sonuç olarak Kurul bir taraftan Kılavuz ile ilgili olarak Kılavuz sonrası kararlarında tutarlı davranmalı, diğer taraftan da Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın Kılavuz'un içerdiği düzenlemeler hakkında daha fazla bilgi sahibi olmalarını sağlamak için seminer, konferans vb. eğitim faaliyetlerinde bulunmalıdır.

## Sonuç

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine ilişkin olarak ilk ikincil düzenleme olma özelliğini taşıyan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışları Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, 7 Nisan 2014 tarihinde Kurul'un internet sitesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İçeriği neredeyse AB Rehberi ile birebir aynı olan Kılavuz'un getirdiği yenilikler arasında; tüketici refahı amacının ön plana çıkarılması, ekonomik analizlere dayanan etki-bazlı yaklaşımın benimsenmesi,

<sup>121</sup> Akman Kurul'un, Kılavuz'da hangi şartlarda hakim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına müdahale edip etmeyeceğini ilan ettikten sonra kendi yayımladığı kılavuzuna uymamasının hukuki güvenlik ve kesinliği ihlal edeceğini belirterek, böyle bir durumun teşebbüsler tarafından Kurul'un müdahalesinin geçerliliğinden şüphe edilmesine yol açabileceği gibi Kılavuz'dan önceki duruma göre daha da belirsiz bir hukuki durum yaratabileceğine dikkat çekmiştir. Akman P. (2011) “AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul, s.85.

<sup>122</sup> Kılavuz'da Kurul'un hakim durum analizi yapmaksızın kötüye kullanma unsurunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmakla başlayabileceği kabul edilmiştir (m.7). Kılavuz daha taslak halindeyken verdiği bir kararında Ankara 11. İdare Mahkemesi, itiraz konusu Kurul kararını bozma gerekçelerinden biri olarak Kurul'un ilgili teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını incelemeyen doğrudan kötüye kullanma niteliğindeki davranışları araştırmaya geçtiğini belirtmiş, bunun da “doğru sonuçlara varılmasını engelleyece[ğine]” karar vermiştir. Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, E.2012/1727, K.2013/1083. Bu karar, Kılavuz'un 7. maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırıdır. Aslında usul ekonomisine de uygun olan bu pratik uygulama, Kurul'un uzun süreden beri kararlarında başvurduğu bir yöntemdir. Ankara 11. İdare Mahkemesi kararına gerekçe olarak, “hakim durumda olmayan bir teşebbüsün maliyetin çok altında gerçekleştireceği satışların, rakiplerinin, piyasadan dışlanmasından ziyade teşebbüsün mahvına sebep olabileceği açık olduğundan, Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir inceleme yapılırken öncelikle teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının ortaya konulması”nın gereğini göstermiştir. “Teşebbüsün mahvına sebep olunması” rekabet hukuku literatürüne yabancı bir ibaredir. Bununla kastedilen eğer hakim durumda olmayan bir teşebbüs için yıkıcı fiyatlamanın rasyonel bir davranış olmayacağı ve böylece ilk olarak hakim durumun belirlenmesi gerektiği ise, Kurul'un kötüye kullanma unsurundan başlamasına yine de bir engel bulunmayacaktır. Zira kötüye kullanma yok ise hakim durumun varlığı sonucu değiştirmeyecektir. Yeterince doyurucu bir gerekçe göstermeksizin, üstelik Kurul'un uzun süredir benimsediği bir uygulamaya dahi aykırı karar verebilen itiraz merciinin, Kılavuz'un yepyeni ve görece karmaşık düzenlemeleri karşısında, Kılavuz'a aykırı başkaca kararlar verebilmesinin son derece olası olduğu iddia edilebilir.

rekabet karşıtı piyasa kapama kavramının ve eş etkin rakip testinin kullanılmaya başlanması, etkinlik savunmasının kabul edilmesi ve bazı spesifik kötüye kullanma türleri hakkında yeni ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmesi öne çıkmaktadır. Kurul'un Kılavuz öncesi kararlarında bu düzenlemelerden bazılarının önceden beri uygulama alanı bulduğu ve genel olarak Türk rekabet hukukuna yabancı olmadığı dikkat çekicidir. Özellikle bazı spesifik kötüye kullanma türlerine ilişkin olarak Kılavuz'daki düzenlemelerin Kılavuz öncesi uygulama ile pek de uyum içerisinde olmamasına rağmen, Kılavuz'da yer alan analizlerin ve koşulların genel olarak olumlu düzenlemeler olduğu iddia edilebilir. AB Rehberi'nin birebir alınması sonucu, AB Rehberi'nin açıkça kapsamı dışında olan veya üye devletlerin ulusal mevzuatlarına bırakılan unsurların Kılavuz'da da yer almadığı görülmektedir. Buna ek olarak, Kılavuz'da, 6. maddenin kaleme alınış biçiminden kaynaklanan bazı sorunlara yönelik hiçbir açıklama getirilmemesi Kılavuz'un bir eksikliği olarak değerlendirilmektedir. Her şeye rağmen Kılavuz'un yayımlanmasıyla birlikte Kurul kararlarında tutarlılık ve içtihat birlikteliğinin sağlanacağı, uygulamada öngörülebilirlik ve yol göstericiliğin artacağı, daha şeffaf ve daha hızlı bir karar alma sürecinin oluşmaya başlayacağı, kararlarda ekonomik analizler yapılmasının kurumsallaşacağı ve mehzaz AB rekabet hukuku uygulaması ile daha üst düzey bir yakınsamanın görüleceği umut edilmektedir. Kurul'un, Kılavuz'un yayımlanmasından önce bile kararlarında AB Rehberi'ne açıkça göndermelerde bulunduğu ve AB düzenlemeleri ışığında kendi analizini gerçekleştirdiği dikkate alınınca, Kılavuz ile bağlı kalacağı ve Kılavuz'u uygulamak konusunda istekli olacağı beklenmektedir.

## Kaynakça

- Akman P. (2011) “*AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Ariöz A. ve Özbek Ö. C. (2011) “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Arıtürk R. Ö. (2011) “*İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Aslan E. (2011) “*Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Ateş M. (2013) “*Rekabet Hukukuna Giriş*”, Adalet Yayınevi, Ankara
- Atiyas İ. (2007) “*Rekabet Kurumu'nun 10. Yılı Üzerine Bir Değerlendirme*”, Rekabet Kurumu'nun 10. Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları
- Bellis J. F. ve Kasten T. (2010) “*Will Efficiencies Play an Increasingly Important Role in the Assessment of Conduct Under Article 102?*”, Etro F. ve Kokkoris I. (eds.), Competition Law and the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, İngiltere

- Demiröz A. ve Tunçel Ç. (2011) “*Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği*”, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara
- Devlet Denetleme Kurulu (2010) “*Rekabet Kurumu’nun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi*”, Rapor No. 2010/7, <<http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk38.pdf>> Erişim Tarihi: 20.06.2014
- Madan Z. (2009) “*ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*”, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 85, Ankara
- Motta M. (2009) “*The European Commission’s Guidance Communication on Article 82*”, European Competition Law Review, 30(12), s.593-599
- O’Donoghue R. ve Padilla J. (2013) “*The Law and Economics of Article 102 TFEU*”, 2. Baskı, Hart Publishing, İngiltere
- Odman Boztosun A. (2011) “*Tek Taraflı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Özdemir Ü. N. (2010) “*Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*”, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 96, Ankara
- Özkan A. F. (2013) “*Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı’nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), s.311-350
- Özkan A. F. (2014) “*The Turkish Competition Authority fines an ex-state-owned oil refinery for abusing its dominant position by charging excessive prices and imposing unfair trading conditions (TUPRAS)*”, e-Competitions Bulletin June 2014-I, Article No 66728, <<http://www.concurrences.com/Bulletin/News-Issues/June-2014-I/The-Turkish-Competition-Authority-66728?lang=en>>, Erişim tarihi: 20.06.2014
- Rekabet Kurumu (2014) “*2014-2018 Stratejik Plan*”, Ankara
- Sanlı K. C. (2011) “*Rekabet Kurulu’nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul
- Senyücel O. (2012) “*2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012’ye Bakış*”, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları
- Ünal Ç. (2011) “*Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar*”, K. C. Sanlı (der.), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 12 Levha Yayınları, İstanbul

#### **Rekabet Kurulu Kararları (kronolojik olarak)**

- 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı **BELKO** kararı
- 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı **Ulusal Dolaşım** kararı
- 23.01.2004 tarihli ve 07-07/75-18 sayılı **Coca Cola** kararı
- 10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı **Kablo TV** kararı
- 26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı **Coca Cola/TAB Gıda** kararı
- 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı **Karbogaz** kararı
- 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı
- 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı **Türk Telekom/TİSSAD** kararı
- 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı
- 15.06.2006 tarihli ve 06-44/540-142 sayılı **Cevahir AVM** kararı

07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı **TFF/Digiturk** kararı  
 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı **ÇEAŞ** kararı  
 21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı **Bilsa** kararı  
 05.04.2007 tarihli ve 07-30/302-115 sayılı **Bausch & Lomb** kararı  
 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı **BBD-YAYSAT-BİRYAY** kararı  
 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı **CNR/NTSR** kararı  
 03.01.2008 tarihli ve 08-01/6-5 sayılı **Amadeus** kararı  
 20.03.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı **Gillette** kararı  
 27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı **Microsoft/Gelecek Bilişim** kararı  
 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı **Toprak Mahsülleri Ofisi** kararı  
 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/Avea** kararı  
 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı  
 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararı  
 18.06.2009 tarihli ve 09-29/632-148 sayılı **Fida Film Reklam** kararı  
 05.08.2009 tarihli ve 09-34/786-191 sayılı **Sigorta Acenteliği Yapan Bankalar** kararı  
 05.08.2009 tarihli ve 09-34/787-192 sayılı **Garanti Bankası** kararı  
 05.08.2009 tarihli ve 09-34/796-199 sayılı **Shell/Turcas** kararı  
 06.08.2009 tarihli ve 09-35/877-206 sayılı **Anadolu Cam/Marmara Cam** kararı  
 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı  
 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı **Anadolu Cam/Solmaz Mercan** kararı  
 14.10.2009 tarihli ve 09-47/1160-294 sayılı **Türk Telekom/Grid Telekom** kararı  
 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı  
 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1356-349 sayılı **Sentim Şifreleme** kararı  
 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı **TÜVTÜRK** kararı  
 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1435-373 sayılı **Türk Ytong** kararı  
 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararı  
 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı  
 08.02.2010 tarihli ve 10-14/175-66 sayılı **İZOCAM** kararı  
 17.06.2010 tarihli ve 10-44/765-248 sayılı **United International Pictures/Mersin Cep Sineması** kararı  
 17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı **Kipa İzmir Çiğli AVM** kararı  
 05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı **Akkaya Buz** kararı  
 02.09.2010 tarihli ve 10-57/1155-439 sayılı **Paşabahçe/MSD Züccaciye** kararı  
 07.10.2010 tarihli ve 10-63/1320-496 sayılı **Reckitt Benckiser/Akyüz Gıda** kararı  
 14.10.2010 tarihli ve 10-65/1363-505 sayılı **Coca Cola Münhasırlık** kararı  
 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı  
 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell/Avea/Vodafone** kararı  
 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı **Mey İçki** kararı  
 30.12.2011 tarihli ve 11-65/1692-599 sayılı **Türk Hava Yolları/Pegasus** kararı  
 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Cine 5/Digiturk** kararı  
 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı **U.N. RO-RO** kararı  
 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı  
 19.03.2013 tarihli ve 13-15/224-109 sayılı **Aurubis Bulgaria/Dostel Alüminyum** kararı  
 19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı **Ajan Makina** kararı  
 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı  
 19.12.2013 tarihli ve 13-71/992-423 sayılı **TTNET/Superonline** kararı  
 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı **TÜPRAŞ** kararı  
 26.02.2014 tarihli ve 14-08/159-69 sayılı **Coca Cola Damla Su** kararı

03.04.2014 tarihli ve 14-13/239-105 sayılı **TÜPRAŞ/Batı Karadeniz Akaryakıt** kararı  
12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı **Mey İçki** kararı (yayımlanmamıştır)

#### **Ankara İdare Mahkemeleri Kararları**

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

#### **Danıştay Kararları**

Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K.2011/486

Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525

Danıştay 13.D, 13.02.2012, E.2008/13184, K.2012/359

#### **Avrupa Birliği Komisyonu Kararları**

Case IV/30.698 **ECS/AKZO** [1985] OJ L 374/1

#### **Genel Mahkeme Kararları**

Case T-57/01 **Solvay SA v Commission** [2009] ECR II-4621

Case T-155/06 **Tomra Systems ASA v Commission** [2010] ECR II-0297

Case T-336/07 **Telefónica and Telefónica de España v Commission** [2012] ECR I-0000

#### **Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları**

Case 27/76 **United Brands v Commission** [1978] ECR 207

Case C-95/04 **British Airways v Commission** [2007] ECR I-2331

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

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

Case C-549/10 P **Tomra Systems and Others v Commission** [2012] ECR I-0000

## DUYURU

### Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale Ödülü Verecek

2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ vb. eserler arasından Rekabet Hukuku ve Rekabet İktisadı dalında ayrı ayrı en iyi makale ödülü verilmesine karar verilmiştir.

#### a-Rekabet Hukuku Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Nurkut İnan başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Nurkut İnan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz-Ortadoğu Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

Üye: Av. Kubilay Atasayar-Rekabet Kurulu Emekli Üyesi

Üye: Şamil Pişmaf -Rekabet Kurumu

#### b-Rekabet İktisadı Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Uğur Emek başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Uğur Emek-Kalkınma Bakanlığı

Üye: Yrd. Doç. Dr. Seyit Mümin Cilasun-Atılım Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil Özbuğday-Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Dr. Ekrem Kalkan-Rekabet Kurumu

Ödüle ilişkin eleştiri ve önerilerinizi lütfen **rdrekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine gönderiniz.

## REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **erdalturkkan@hotmail.com** adresine bekliyoruz.