

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**  
**REKABET HUKUKU**

**FOURTH CHAPTER**  
**COMPETITION LAW**

## § 2. Dışlayıcı Eylemler Marifetiyle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

### Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings

Buğra KESİCİ<sup>1</sup>, Numan Sabit SÖNMEZ<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye  
e-posta: bugra.kesici@istanbul.edu.tr

<sup>2</sup> Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye  
e-posta: numan.sonmez@istanbul.edu.tr

DOI: 10.26650/B/SS26.2020.015.31

#### Öz

Hâkim durumun kötüye kullanılması, rekabet hukukundaki kategorik üç ihlal tipinden biri olup; tüketici refahının himayesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu ihlal tipinde geleneksel olarak pazar tanımı ile başlayan, ardından hâkim durum tespiti ile devam eden ve kötüye kullanmanın var olup olmadığı ile sonlanan üç aşamalı bir analiz yapılmaktadır. Özellikle global ölçekte ticaretin formunun değişmeye başlaması ve elektronik ticaret ile platformların ticaret hayatında daha fazla rol üstlenmesi; pazar tanımının gerekliliği, pazar gücüne olan bakış açısı, yeni kötüye kullanma türleri, fikri ve sınai mülkiyet hukuku, veri hukuku ve benzer diğer disiplinler ile rekabet hukukunun ilişkisi gibi muhtelif tartışmaların öneminin artmasına zemin hazırlamıştır. İşte bu kısa çalışmada, sömürücü eylemlerle kötüye kullanma halleri bilinçli bir tercihin ürünü olarak kapsam dışında bırakılarak, dışlayıcı eylemlerle hâkim durumun kötüye kullanılması inceleme konusu haline getirilmiştir. Bu yapılırken; Avrupa Birliği rekabet hukuku ve Türk rekabet hukukundaki temel yasal düzenlemeler dikkate alınarak, rekabet hukukunun içtihadı bir alan olduğu göz önünde bulundurulmak suretiyle iki hukuk sistemi rekabet otoritelerinin ilkesel uygulamaları ışığında konuya ilişkin genel bir bakış açısı oluşturulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Pazar tanımı, Hâkim durum, Hâkim durumun kötüye kullanılması, Dışlayıcı uygulamalar

#### Abstract

Abuse of dominant position is one of three categorical infringements in competition law that has great importance for the protection of consumer welfare. In this type of infringement a three-phase assessment is applied which begins with the definition of market, then continues with determination of dominance and finally analyses the existence of abuse. Meanwhile the form of trade changes and trade flow is getting based on e-commerce and platforms especially on the global scale. That has established a ground for increasing importance of various debates such as necessity of definition of market, concept of market power, new types of abuse and the relationship between competition law and other disciplines such as intellectual and industry property and data law. In this brief study, exploitative practices excluded from the scope and exclusionary practices will be discussed. By doing this, the legal regulations in the European Union competition law and Turkish competition law are exemplified by the principal practices of the competition authorities and an overall perspective on the subject is taken into consideration.

**Keywords:** Definition of market, Dominance, Abuse of dominant position, Exclusionary practices

## I. Mevzuat

### A. AB Mevzuatı

1. **Adı** : Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma m. 102
- Yayın Yeri** : ABRG 7.6.2016, C 202, s. 1-388 (Konsolide Metin)
2. **Adı** : Avrupa Komisyonu'nun Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanımlarına Dair Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 82. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Öncelikleri Hakkındaki Kılavuzu ("Kılavuz")
- Sayısı** : 2009/C 45/02
- Yayın Yeri** : ABRG 24.2.2009, C 45, s. 7-20

### B. Türk Mevzuatı

1. **Adı** : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Rekabet Kanunu" veya "RKHK")
- Kabul Tarihi** : 07.12.1994
- Sayısı** : 4054
- Yayın Yeri** : 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmî Gazete (Tertip: 5, Cilt: 34)
2. **Adı** : Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz ("Dışlayıcı Eylem Kılavuzu" veya "DEK")
- Kabul Tarihi** : 29.01.2014
- Karar Sayısı** : 14-05/97-RM (1)
- Yayın Yeri** : Rekabet Kurumu Resmî İnternet Sitesi

## II. Açıklamalar

### A. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Dışlayıcı Eylemlerle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

#### 1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Başlıca Hukukî Düzenlemeler

Avrupa Birliği rekabet mevzuatının dayanağını oluşturan Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 102. maddesinde, hâkim durumun kötüye kulla-

nılmasına ilişkin temel hukukî düzenlemeye yer verilmiştir<sup>1</sup>. Maddenin İngilizce metni ile Türkçe karşılığı<sup>2</sup> aynen şu şekildedir<sup>3</sup>:

### İngilizce Metin

#### Article 102

*Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.*

*Such abuse may, in particular, consist in:*

*(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*

*(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*

*(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*

*(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

### Türkçe Metin

#### Madde 102

*Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.*

*Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir:*

*a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması,*

*b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması,*

*c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları,*

*d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması.*

<sup>1</sup> Avrupa Birliği rekabet hukuku bağlamında dışlayıcı eylemler marifetiyle hâkim durumun kötüye kullanılması hakkında bilgi ve seçilmiş kaynakça için bkz. (alfabetik sıra ile) Akman, P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economics Approaches* (Hart Publishing, 2012); Bailey, D. (ed.)/John, L. E. (ed.), *Bellamy&Child: European Union Law of Competition* (8th Edition, Oxford University Press, 2018); Colino, S. M., *Competition Law of the EU and UK* (8th Edition, Oxford University Press, 2019); Craig, P./De Burca, G., *EU Law: Text, Cases and Materials* (7th Edition, Oxford University Press, 2020); Ezrachi, A., *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (6th Edition, Hart Publishing, 2018); Jones, A./Sufrin, B./Dunne, N., *Jones and Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (7th Edition, Oxford University Press, 2019); Marinova, M., *Fidelity Rebates in Competition Law* (Wolters Kluwer, 2019); Monti, G., *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007); O'Donoghue, R./Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2nd Edition, Hart Publishing, 2013); Slot, P.J./Farley, M., *An Introduction to Competition Law* (2nd Edition, Bloomsbury, 2017); Van Bael, I/Bellis, J. F., *Competition Law of the European Community* (5th Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2010); Whish, R./Bailey, D., *Competition Law* (9th Edition, Oxford University Press, 2018).

<sup>2</sup> Anılan maddenin Türkçe çevirisi, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı internet sitesinde yer alan "Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma" başlıklı çeviriden alınmıştır. Söz konusu metin için bkz. <<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>> erişim, 25.08.2020.

<sup>3</sup> Metindeki vurgular, anılan ifadelere dikkat çekebilmek amacıyla, tarafımızca eklenmiştir.

Görüldüğü gibi, ABİHA 102’de bir veya birden fazla teşebbüsün birlikte sahip olduğu, belirli bir pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış, belirli kötüye kullanma hallerine de -sınırlayıcı olmamak kaydıyla- özellikle yer verilmiştir. Anılan madde dışında, ABİHA’da doğrudan hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen farklı bir hüküm mevcut değildir. Bu konudaki ayrıntılı düzenlemeler çoğunlukla mahkemeler için bağlayıcı nitelikte olmayan ancak ulusal rekabet otoriteleriyle de fikir alışverişinde bulunularak çıkarılan ve uygulamada uyumluluğun sağlanmasını hedefleyen, özellikle Avrupa Birliği Komisyonu’nun uygulama önceliklerini ortaya koyan metinlerde karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa Konseyi ve Komisyon tarafından hazırlanan, yalnızca ve doğrudan ABİHA 102’ye dair olmasa da yine bu maddenin uygulanması açısından önem arz eden, usule yönelik olanlar dışındaki temel metinler şu şekilde sıralanabilir<sup>4</sup>:

- Komisyon’un Topluluk Rekabet Hukuku Bakımından İlgili Pazarın Tanımlanmasına Dair 97/C 372/03 Sayılı ve 09.12.1997 Tarihli Bildirisi<sup>5</sup>;
- Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinde Yer Verilen Rekabet Kurallarının Uygulanmasına Dair 1/2003 Sayılı ve 16.12.2002 Tarihli Konsey Tüzüğü<sup>6</sup>;
- AB Anlaşmasının 81. ve 82. Maddeleri Doğrultusunda Komisyon’un Usulî İşlemlerine Dair 773/2004 Sayılı ve 07.04.2004 Tarihli Komisyon Tüzüğü<sup>7</sup>;
- Komisyon’un Anlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinde Yer Alan Ticareti Etkileme Kavramına Dair 2004/C 101/07 Sayılı ve 27.04.2004 Tarihli Kılavuz Bildirisi<sup>8</sup>;
- Komisyon’un 1/2003/EC Tüzüğüne Göre Uygulanacak Cezalarda Yönteme Dair C 210/2 Sayılı 01.09.2006 Tarihli Kılavuzu<sup>9</sup>;
- Komisyon’un Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanımlarına Dair AT Anlaşmasının 82. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin

<sup>4</sup> Burada yer verilen metinler dışında ABİHA 102’yi ilgilendirebilecek diğer metinler için bkz. <[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook\\_vol\\_1\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1_en.pdf)> erişim 25.08.2020.

<sup>5</sup> Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5.

<sup>6</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L 1/1.

<sup>7</sup> Commission Regulation 773/2004/EC of 7 April 2004 Relating to the Conduct of Proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty [2004] OJ L 123/18.

<sup>8</sup> Commission Notice - Guidelines on the Effect on Trade Concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty [2004] OJ C 101/81.

<sup>9</sup> Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation 1/2003/EC [2006] OJ C 210/2.

Öncelikleri Hakkındaki 2009/C 45/02 Sayılı ve 24.02.2009 Tarihli Kılavuzu<sup>10</sup>;

- AB Anlaşmasının 101. ve 102. Maddelerini İlgilendiren Usulî İşlemler İçin En İyi Uygulamalara Dair Komisyon'un C 308/6 Sayılı ve 20.10.2011 Tarihli Bildirisi<sup>11</sup>.

Yukarıda başlıklarına yer verilen temel nitelikteki metinler, hâkim durumun kötüye kullanılmasını ilgilendiren düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bunun yanında sektör özelinde yapılmış veya usulî işlemlere dair farklı düzenlemeler de mevcut olmakla birlikte, çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak, söz konusu düzenlemelere yer verilmeyecektir. Devam eden başlıklar altında inceleme konumuz ile alakalı Komisyon tarafından çıkarılan en temel düzenleme olan 2009/C 45/02 sayılı ve 24.02.2009 tarihli Kılavuz esas alınacaktır. Zira son derece benzer bir Kılavuz, aşağıda ana hatlarıyla ortaya konulacağı üzere, Türk hukukunda da bulunmaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku ile AB hukuku arasındaki karşılaştırma, her iki hukuktaki kanuni düzenlemeler, Kılavuzlar ve Komisyon ile Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") ilkesel uygulamaları üzerinden gerçekleştirilecektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, AB rekabet hukuku uygulaması zikredilen metinlerle sınırlı olarak ilerlememektedir. Belki de anılan metinlerden daha önemlisi, bu kuralları uygulayan, yorumlayan, gerektiğinde üye devlet mahkemelerinin soruları karşısında yol gösterici karaktere bürünen AB Mahkemeleri'nin kararlarıdır. Gerçekten de ABİHA 102 çerçevesinde özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") vermiş olduğu birçok önemli karar bulunmaktadır. Aşağıda incelenecek konularda, yeri geldikçe konunun anlaşılması açısından önem arz eden kararlara da atıfta bulunulacaktır.

## 2. Hâkim Durumun Tespitine İlişkin Temel Kavramlar

### a. Pazar Tanımı

Hemen belirtelim ki hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir belirlemede bulunulabilmesi için, doğal olarak öncelikle "hâkim durumun" tespit edilmesi gerekir. Eğer bir teşebbüsün hâkim durumda olmadığı anlaşılırsa, bu teşebbüs hakkında ABİHA 102 kapsamında cezai müeyyide uygulanması mümkün değildir. Bu bağlamda ilk adım olarak ilgili pazar tanımının yapılması ge-

<sup>10</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>11</sup> Commission Notice on the Best Practices for the Conduct of Proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU [2011] OJ C 308/6.

rekmettedir. Ancak ilgili pazar tanımlandıktan sonra inceleme konusu eylemleri gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı anlaşılacaktır.

Burada ilgili pazar tanımı konusunun detaylarına yer verilmeyecektir. Zira “ilgili pazar tanımı” yalnız ABİHA 102 değil, diğer rekabet ihlallerinin tespitinde de ilk koşullardan olan, oldukça kapsamlı ve ayrı bir çalışmada değerlendirilmesi gereken bir kurumdur. Bu nedenle ve ayrıca konumuzun kapsamının da hâkim durumun kötüye kullanılmasından ibaret olduğu düşünülerek, çerçeveyi aşmak adına, pazar tanımı ile ilgili temel düzenlemeye değinilmeye yetinilecektir.

İlgili pazar tanımı, rekabet hukukunun en temel ve önemli kavramlarından birisi olup, AB rekabet hukuku uygulamasında çeşitli düzenlemelerde kendisine yer bulmaktadır. Bu bağlamda en önemli düzenlemelerden birisi, Komisyon’un 97/C 372/03 sayılı ve 09.12.1997 tarihli Bildirisi’dir (“Bildiri”). Bildiri; “I. Giriş”, “II. İlgili Pazarın Tanımlanması”, “III. İlgili Pazar Tanımı İçin Dayanılan Kanıtlar”, “IV. Pazar Payının Hesaplanması” ve “V. Ek Düşünceler” olmak üzere beş başlıktan oluşmaktadır. Rekabet hukuku uygulaması bakımından Bildiri’nin bir bağlayıcılığı olmasa da, rekabet hukukunu ilk elden uygulayan Komisyon’un pazar tanımı ile pazar payını belirlerken dikkate aldığı hususları göstermesi bakımından yol göstericidir.

### b. Hâkim Durumun Tespiti

İlgili pazar tanımı yapıldıktan sonra, davranışı incelenen teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Hâkim durumun tespiti bakımından hem yukarıda yer verdiğimiz Bildiri hem de Kılavuz çeşitli açıklamalar ihtiva etmektedir. Komisyon Kılavuz’da özellikle “III. Dışlayıcı Davranışa Yönelik Genel Yaklaşım / A. Pazar Gücü” başlığı altında hâkim durumun tespitinde dikkate alınması gereken hususlara detaylı olarak yer vermektedir.

Bildiri’de hâkim durum; *bir veya birden fazla teşebbüsün, rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden kayda değer derecede bağımsız olarak hareket edebilmesini sağlayan konumu* şeklinde tanımlanmaktadır (Bildiri, par. 10)<sup>12</sup>. Nitelik Kılavuz’da da aynı tanım tekrar edilerek ayrıca ABAD kararlarında olduğu gibi, ilgili teşebbüsün bu bağımsızlığı sayesinde ilgili pazarda etkin rekabetin sürdürülmesini engelleyecek konumda bulunacağına da işaret edilmektedir (Kılavuz, par. 10).

<sup>12</sup> Söz konusu tespit esasında 13.02.1979 tarih ve 85/76 sayılı *Hofmann-La Roche* [1979] ECR 461 kararında yapılan (par. 38) tanımla aynıdır. Ancak Mahkeme kararındaki tanımda ek olarak, söz konusu bağımsızlık sayesinde teşebbüsün ilgili pazarda etkin rekabeti engelleme kabiliyetini haiz olacağı da ifade edilmiştir. Aynı tanım, 14.02.1978 tarih ve 27/76 sayılı *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR 207 kararında da (par. 65) yer almaktadır.

Hâkim durumun teorik olarak tanımı bu şekilde olmakla birlikte, uygulamada bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesi kolay değildir. Zira hâkim durumun oluşabilmesi için ilgili teşebbüsün, tanımda yer alan bağımsızlığı kendisine sağlayacak derecede bir “pazar gücüne” sahip olması gerekir. Pazar gücünün belirlenmesi noktasında Kılavuz önemli bazı parametrelere yer vermektedir. Öncelikle bir teşebbüsün sunduğu mal ve hizmetlerin fiyatlarını önemli bir süre boyunca<sup>13</sup> rekabetçi seviyenin üzerine kârlı bir şekilde yükseltebiliyor olması (veya -örneğin üretim kapasitesi gibi- diğer rekabeti etkileyecek parametrelere müdahale edebilmesi), bu teşebbüsün etkin rekabetçi baskıya maruz kalmadığının, dolayısıyla hâkim durumda olduğunun göstergesi olarak kabul edilmektedir (Kılavuz, par. 11).

Tam da bu aşamada belirtmek gerekir ki, pazar gücünün, dolayısıyla hâkim durumun belirlenebilmesi bakımından üç ayrı etkenin dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Bunlar; (i) ilgili teşebbüs ve rakiplerinin pazardaki konumları, (ii) halihazırdaki rakiplerin büyümesi veya muhtemel rakiplerin pazara girmesinin ilgili teşebbüs üzerinde yaratacağı baskı, baskı ve son olarak da (iii) ilgili teşebbüsün müşterilerinin sahip oldukları dengeleyici güçtür (Kılavuz, par. 12).

İlgili teşebbüs ve rakiplerinin pazardaki konumları esas olarak bu teşebbüslerin pazar paylarına bakılarak yapılacak bir tespiti ifade eder. %40’ın altında pazar payına sahip olan bir teşebbüsün, rakiplerin kapasite sınırlamaları vb. sebeplerle ilgili teşebbüs üzerinde önemli bir baskı oluşturamaması gibi haller dışında, kural olarak hâkim durumda olmadığı kabul edilmektedir (Kılavuz, par. 14). Yine, pazar payı yükseldikçe ve bu paya ilgili teşebbüs daha uzun bir süre sahip oldukça, teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunması olasılığı artacaktır<sup>14</sup> (Kılavuz, par. 15).

Rakiplerin büyümesi veya muhtemel rakiplerin pazara girişi de ilgili teşebbüs üzerinde baskı oluşturabilecek, dolayısıyla hâkimiyetin tespitinde etkili olabilecek bir diğer etkidir. Böyle bir rekabetçi baskının mevcut olabilmesi için, ilgili teşebbüsün eylemi karşısında mevcut rakiplerin büyümesi veya yeni rakiplerin pazara girmesinin muhtemel, zamanında ve yeterli seviyede olması gerekir<sup>15</sup> (Kılavuz, par. 16). Burada rakipler açısından önem arz eden husus, ilgili pazardaki büyüme ve giriş engelleridir. Bu tip engellerin varlığı, -rakiplerin büyümesini

<sup>13</sup> Kılavuz par. 11 dn. 6’da genel olarak iki yıllık bir sürenin yeterli olacağı ifade edilmiştir.

<sup>14</sup> Nitekim pazar payının hâkim durumun tespitinde önemi bakımından bkz. 13.02.1979 tarih ve 85/76 sayılı *Hofmann-La Roche* (n 12) par. 39-41. Yine, 03.07.1991 tarih ve 62/86 sayılı *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359 kararında %50 pazar payının hâkimiyet için gösterge olduğuna (par. 60) dikkat çekilmektedir. Benzer şekilde, 12.12.1991 tarih ve T-30/89 sayılı *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439 kararında, %70-80 oranındaki pazar payının tek başına hâkimiyetin varlığının delili olabileceğine hükmedilmiştir (par. 92).

<sup>15</sup> Muhtemel, zamanında ve yeterli seviyede büyüme veya girişin ne anlam ifade ettiği hususunda bkz. Kılavuz, par. 16.



veya girişini engellemesi bakımından- hâkim durumun belirleyici göstergelerinden birisidir<sup>16</sup>(Kılavuz, par. 17).

Bunun yanında, ilgili teşebbüsün müşterilerinin sahip olduğu dengeleyici güç, yani alıcı gücünün varlığı da hâkim durumun tespiti açısından önemlidir (Kılavuz, par. 18). Zira özellikle yüksek miktarda alım yapan müşterilerin, ilgili teşebbüsün eylemi karşısında ihtiyacını rakip teşebbüslerden karşılama gücü veya bizatihi müşterinin varlığının potansiyel rakiplerin pazara girişlerini cezbedebilmesi, ilgili teşebbüsün pazar gücünü azaltacaktır. Ancak bunun için müşterinin karşı gücünün, yalnız kendini ilgili teşebbüsün eylemlerinden korumaya yetecek seviyenin ötesinde olması gerekir. Yani bir müşterinin karşıt gücü sayesinde ilgili teşebbüsün rekabet karşıtı eyleminden yalnızca kendini koruyabiliyor ve kendisine karşı girişilecek böylesine eylemlerde bir caydırıcılık sağlıyor olması, ilgili teşebbüsün diğer müşteriler nezdinde bağımsızlığını ve rekabet parametrelerini etkileyebilme gücünü azaltmadığından, bu teşebbüsün hâkim durumda olmasını da etkilemeyecek; diğer bir ifadeyle böyle bir müşterinin varlığı ilgili teşebbüsü hâkim durumda olmaktan çıkarmayacaktır.

Kollektif/birlikte hâkimiyet kavramı ise, Kılavuz'un kapsamı dışındadır. Ancak ABİHA 102'nin açık ifadesinde, yalnızca tek başına hâkim durumda bulunan teşebbüslerin değil, birlikte hâkim durumda olan teşebbüslerin faaliyetlerinin de hükmün kapsamına dâhil olduğu düzenlenmektedir. Zira hükümde, "*bir veya birden fazla teşebbüsün ... hâkim durumunu kötüye kullanması ... yasaktır*" denilerek bu durum ifade edilmiştir. O halde birlikte hâkimiyet kavramının da kısaca açıklanması yerinde olacaktır.

Hemen belirtelim ki, (şirketler topluluğu ve iştirakler bağlamında) teşebbüslerin birinin hâkim, diğerinin bağlı teşebbüs olması gibi durumlarda, farklı teşebbüslerin birlikte hâkimiyetinden söz edilemeyecektir. Zira böyle durumlarda iki ayrı teşebbüsten ziyade, tek ekonomik bütünlük doktrininden hareketle, tek bir teşebbüsün var olduğu kabul edilir. Pek tabii ki bu durumda da tek bir bütünlük olarak kabul edilen ilgili iktisadi varlığın faaliyetinin ABİHA 102 kapsamına girip girmediği ayrıca araştırılacak ve rekabet hukuku ihlalleri bu tek teşebbüs üzerinden cezalandırılabilir. Ancak böyle durumlarda birlikte hâkimiyet kavramından bahsedilemeyecektir.

Birlikte hâkimiyet kavramı, mevzuatta yer almasının yanı sıra, ABAD kararlarına da konu edilmiştir<sup>17</sup>. Bu kararlara göre; ilgili teşebbüslerin davranışlarını

<sup>16</sup> Kılavuz par. 17'ye göre büyüme veya pazara giriş engelleri hukukî, ekonomik, teknolojik formlarda veya müşterilerle uzun süreli sözleşmeler imzalanması gibi bizatihi teşebbüsün fiillerinden kaynaklanıyor olabilir. Kotalar, ölçek ekonomileri, önemli teknolojiler, ağır yatırımlar vb. durumlar büyüme ve giriş engeli oluşturabilir. Nihayet bir teşebbüsün kalıcı şekilde yüksek pazar payına sahip olması da giriş ve büyüme engellerinin varlığının göstergesidir.

<sup>17</sup> Bu konuda aynı grup yapısındaki şirketlerin hâkim durumu ile ilgili olarak bkz. 04.05.1988 ta-

birbirleri ile uyumlu şekilde sürdürebilecekleri bağlantıların bulunması halinde, bu teşebbüsler birlikte hâkimiyet sahibi kabul edilebilirler. Daha açık ifadeyle, birlikte hâkimiyetten bahsedilebilmesi için teşebbüsler arasında sözleşmesel, yapısal, iktisadi bağlantılar bulunması veya pazar koşulları çerçevesinde bu tip bir birlikteliğin tespit edilebilir olması gerekmektedir. Bir ABAD kararına göre; taraflar (teşebbüsler) arasında bir anlaşma bulunması durumunda, her ne kadar ABİHA 101'e göre rekabet karşıtı etkisi değerlendirilecek olan bir anlaşmanın mevcudiyeti doğrudan anlaşmanın tarafları açısından birlikte hâkimiyet oluşturma da, eğer bu anlaşmanın koşulları çerçevesinde teşebbüsler ilgili pazarda rakiplerine, ticaret ortaklarına ve tüketicilere karşı müşterek bir teşekkül olarak hareket ediyorsa, aynı zamanda birlikte hâkimiyet konumuna da sahip olabirler<sup>18</sup>. Birleşme ile alakalı diğer bir kararda ise ABAD, taraflar arasında açık bir anlaşma, yapısal veya sözleşmesel bağlantı olmasa dahi, ilgili pazarın koşulları değerlendirilerek tarafların birlikte hâkimiyet durumunda olup olmadıklarının tespit edilebileceğini ifade etmiş, bunun tespiti için aranması gereken koşulları belirlemiştir<sup>19</sup>.

Görüleceği üzere hâkimiyet ve birlikte hâkimiyet için Kılavuz ve ABAD kararları, her ne kadar tüketildiği iddia edilemese de, birtakım kriterlere yer vermiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, Kılavuz'da yer verilen düzenlemeler, herhangi bir bağlayıcılıkları bulunmamakla birlikte, Komisyon'un pazar gücü ve hâkim durumun varlığının belirlenmesinde gözetileceği unsurları içermesi bakımından dikkate değer hükümlerdir. ABAD kararları ise bir yandan Kılavuz'da yer verilen unsurları detaylandırmakta, diğer yandan Komisyon için de yol gösterici olacak ilkeleri belirlemektedir. Nitekim Komisyon da Kılavuz'da birçok noktada ABAD kararlarını referans alarak, mahkeme kararları ile Komisyon'un politikası arasında uyum yaratmaktadır.

---

rih ve 30/87 sayılı *Bodson v Pompes funèbres des régions libérées SA* kararı, [1988] ECR 2479, par. 27 vd. Ayrıca bkz. 10.03.1992 tarih ve T-68/89, T-77/89, T-78/89 sayılı *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA, PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission* kararı, [1992] ECR II-1403, par. 358 vd. ile 27.04.1994 tarih ve C-393/92 sayılı *Gemeente Almelo and Others v Energiebedrijf IJsselmij NV* kararı, [1994] ECR I-1477, par. 41 vd.

<sup>18</sup> 16.03.2000 tarih ve C-395-396/96 sayılı *Compagnie maritime belge transports SA v Commission* kararı, [2000] ECR I-1365, par. 36 vd., özellikle bkz. 43 vd.

<sup>19</sup> 06.06.2002 tarih ve T-342/99 sayılı *Airtours plc. v Commission* kararı, [2002] ECR II-02585, par. 62. Genel olarak bahsetmek gerekirse bu şartlar; (i) her bir teşebbüsün diğer teşebbüslerin davranışları ve ortak politikaya uygun hareket edip etmedikleri hakkında bilgi sahibi olması, (ii) teşebbüsler arasında birlikte hareketin belirli bir süre devam etmesi ve ortak politikadan sapma yönünde bir iradelerinin bulunmaması ve nihayet (iii) mevcut veya muhtemel rakip teşebbüsler ile müşterilerin öngörülebilir tepkilerinin birlikte hâkimiyet oluşturan teşebbüslerin ortak politikadan beklendikleri sonuçları tehlikeye sokmamasıdır. ABAD tarafından başka bir kararda birlikte hâkimiyet için aranacak faktörler tekrar açıklanmıştır. Bu açıdan bkz. 10.07.2008 tarih ve C-413/06P sayılı *Bertelsmann and Sony v Independent Music Publishers* kararı, [2008] ECR I-4951, par. 121 vd.

### 3. Rekabet Karşıtı - Tüketici Zararına Yol Açan Kapamalar

ABİHA 102 ile birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin tüm davranışları veya doğrudan bir teşebbüsün hâkim durumda olması yasaklanmamıştır. Yasaklanan, ilgili teşebbüsün sahip olduğu bu özel pozisyonu kötüye kullanmasıdır. Hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin rekabet düzenine zarar vermemesi yönünde özel bir sorumluluğu bulunmaktadır (Kılavuz, par. 1). Rekabet düzeninde oluşabilecek bu zarar, Kılavuz çerçevesinde dışlayıcı eylemler bakımından, “rekabet karşıtı - tüketici zararına yol açan kapama” şeklinde somutlaşır.

Rekabet karşıtı kapama; gerçek veya muhtemel rakiplerin pazara veya kaynaklara etkin şekilde erişiminin hâkim durumdaki teşebbüsün eylemleri neticesinde engellenmesi, böylelikle ilgili teşebbüsün kârlı bir şekilde tüketicinin zararına olacak surette fiyatlarını yükseltebilmesini (veya diğer rekabet parametrelerine kendi menfaatine olacak şekilde müdahale etmesini) ifade eder (Kılavuz, par. 19).

Rekabet karşıtı kapamanın tespitinde; (i) hâkim durumdaki teşebbüsün konumu (hâkim durum ne kadar güçlüyse, bu konumun korunması için yapılan eylemler de o kadar rekabeti kısıtlayıcı olacaktır); (ii) pazarın güncel koşulları (pazara giriş ve büyüme engelleri, ölçek ve kapsam ekonomileri ve şebeke etkisinin mevcudiyeti); (iii) hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin konumları (örneğin rakiplerin yenilikçiliği, fiyat indirimine gidebilmeleri, rakiplerin zamanında ve etkin reaksiyonları); (iv) girdi sağlayıcılarının veya müşterilerin konumu; (v) iddia olunan kötüye kullanma durumunun boyutu, satılan ürünlerin ne kadarını kapsadığı, ne kadar uzun sürdüğü; (vi) gerçekleşmiş rekabet karşıtı etkilere yönelik muhtemel deliller (bir süredir devam eden bir eylem varsa bu eylemin somut sonuçları, hâkim duruma sahip teşebbüsün veya rakiplerin pazar paylarındaki değişim, pazara girişlerin bu süreçte mümkün olup olmadığı vb. yönünde deliller) ve (vii) dışlayıcı stratejinin somut delilleri (iç yazışmalar, plânlar gibi deliller) incelenecektir (Kılavuz, par. 20).

Sonuç olarak, tüm bu etkenlerin gözetilmesi suretiyle, hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin rekabet karşıtı kapama etkisi yaratıp yaratmadığı, kötüye kullanma teşkil edip etmediği saptanacak ve bu tespit neticesinde Komisyon ilgili teşebbüs üzerinde çeşitli müeyyidelere başvurabilecektir. Bunun yanında aşağıda izah edileceği üzere, Komisyon Kılavuz’da yer alan her bir ihlal türü bakımından rekabet karşıtı kapama etkisinin belirlenmesinde bazı özel koşulları da gözetecektir.

### 4. Haklı Gerekeç: Nesnel Gereklik ve Etkinlik Savunması

Hâkim durumdaki teşebbüsün eylemleri rekabet karşıtı kapama etkisi yaratsa dahi, yalnızca bu etki, ilgili teşebbüse ceza uygulanması için yeterli değildir. Zira

teşebbüs, söz konusu eylemin haklı gerekçelere dayandığı, rekabet karşıtı etkileri dengeleyecek olumlu sonuçlara da yol açtığı savunmasında bulunabilir. Böyle bir savunma neticesinde eylem yaptırma tâbi olmayabilir.

Teşebbüs, eyleminin nesnel olarak gerekli olduğunu veya rekabet karşıtı etkileri dengeleyecek esaslı etkinliklere sebebiyet verdiğini göstererek olası müeyyidelerden kurtulabilir (Kılavuz, par. 28). Komisyon burada gerçekleşen eylemin, ileri sürülen haklı gerekçeler için kaçınılmaz ve orantılı olup olmadığını değerlendirecektir. Savunmayla alakalı tüm delilleri şüpheli teşebbüsün sunması gerekir (Kılavuz, par. 31).

Eylemin nesnel olarak gerekliliği ve orantılılığı hâkim durumdaki teşebbüs dışındaki olgulara bakılarak değerlendirilir (Kılavuz, par. 29). Örneğin teşebbüsün eyleminin ürünün doğasından kaynaklanan sağlık veya güvenlik gerekçelerine dayanması, savunma için teşebbüs dışında nesnel gereklilik yaratan bir olgu yaratabilir.

Teşebbüsün kendi eyleminin rekabet karşıtı kapama etkilerini dengeleyen ve tüketicilere zarar vermeyen etkinliklerinin de bulunduğunu ispat ederek eylemle ilgili haklı gerekçeleri ileri sürebilmesi için; (i) etkinliklerin incelenen eylemin bir sonucu olarak halihazırda ortaya çıkması veya ortaya çıkmasının muhtemel olması; (ii) incelenen eylemin bu etkinliklerin elde edilmesi için kaçınılmaz olması, diğer bir ifadeyle, aynı etkinliği elde etmek için rekabet karşıtı olmayan farklı davranış alternatiflerinin bulunmaması; (iii) eylemin sağladığı etkinliklerin ilgili pazarlardaki rekabete ve tüketicilere karşı olası zararları dengeleyecek düzeyde olması; (iv) eylemin bu etkinliği sağlarken, mevcut veya muhtemel rekabet kaynaklarını tamamen veya büyük oranda ortadan kaldırmaması koşullarının kümülatif olarak somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir (Kılavuz, par. 30). Şayet eylem neticesinde rekabet tamamen ortadan kalkacak ve pazara muhtemel giriş de gerçekleşmeyecekse, bu durumda etkinlik/haklı gerekçe savunması ile rekabet karşıtı etkinin dengelendiğinden söz edilemez. Bu kapsamda Komisyon tekel durumuna yaklaştıracak seviyede pazar payını yaratan, koruyan ve güçlendiren eylemlerin kural olarak haklı gerekçelerle savunulamayacağını değerlendirmektedir.

## 5. Kılavuz'da Yer Verilen Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri

ABİHA 102'de belirli örnekler ile birlikte kaleme alınan hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında, birçok farklı eylemle ilgili teşebbüse ceza verilmesi mümkün olabilecektir. Gerçekten de hangi eylemlerin hâkim durumun kötüye kullanılması oluşturacağı yönünde sınırlayıcı bir liste öngören herhangi bir hukukî düzenleme veya mahkeme kararı mevcut değildir. Komisyon önündeki olay ve deliller kapsamında farklı eylemleri yasaklayıp ceza uygulayabilmekte,

mahkemeler de söz konusu eylemlerin ABİHA 102 kapsamına girip girmediği hususunda farklı yönde kararlar verebilmektedir. Örneğin ilk başta herhangi bir düzenlemeye konu edilmeyen ve mahkeme kararlarına da konu olmayan, hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu fikrî mülkiyet haklarını kullanmasının, özellikle patent ihlali gerekçesiyle rakip teşebbüslere karşı fikrî mülkiyet temelli davalar açmasının, ABİHA 102'ye aykırı olup olmadığı sorunu, sonraki dönemlerde tartışılmış ve kararlara konu edilmiştir. Dolayısıyla ne incelediğimiz mevzuat açısından ne de bu çalışmanın kapsamı bakımından tahdidi bir kötüye kullanma halleri listesi sunulabilmesi mümkün değildir.

Bu ve benzer gerekçeler ekseninde Kılavuz'da belirli eylemlere yer verilerek bunların hangi koşullarda ABİHA 102'ye aykırı, dolayısıyla bir yaptırıma konu olacağı açıklanmakta, teşebbüsler ve uygulayıcılar için öngörülebilirlik sağlanmaktadır.

Kılavuz'da yer alan düzenlemelere geçmeden önce, genel olarak hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yapılan ikili ayırmadan bahsetmemiz gerekmektedir. ABİHA 102'de böyle bir ayırım bulunmasa da temel olarak bir teşebbüsün sömürücü veya dışlayıcı uygulamalar ile hâkim durumunu kötüye kullanması mümkündür. Sömürücü uygulamalarda ilgili teşebbüs, doğrudan tüketiciye yansıyan aşırı fiyatlandırma gibi eylemler ile diğer teşebbüslerin sahip olamayacağı avantajlar elde etmektedir<sup>20</sup>. Dışlayıcı uygulamalarda ise doğrudan tüketicilerden fayda-

<sup>20</sup> Çalışmamız dışlayıcı eylemler özelinde mevzuat temelindeki bir karşılaştırmayı konu aldığından sömürücü uygulamalar ile ilgili açıklamalara kapsamlı bir başlık altında yer verilmemiştir. Ancak burada mevzuat dışında ABAD kararlarına, özellikle aşırı fiyatlandırma çerçevesinde yansıyan bazı somut uyuşmazlıklara yer verilmesi herhalde uygun olur. Örneğin bir kararda (13.11.1975 tarih ve 26/75 sayılı *General Motors Continental v Commission* kararı, [1975] ECR 1367); bir teşebbüsün sunduğu hizmetlerin iktisadi değerini (aşırı derecede) aşan seviyede fiyatlandırmada bulunması durumunda hâkim durumunu kötüye kullanmış olabileceği belirtilmiş (par. 11-12), somut olayda teşebbüsün bu davranışının sınırlı işlemlere yönelik olduğu, süreklilik taşımadığı ve sonrasında ortadan kaldırıldığı ifade edilerek, Komisyon'un hâkim durumun kötüye kullanıldığı yönündeki tespiti yerinde bulunmamıştır (par. 16-22). Yine bir diğer olayda [*United Brands v Commission* (n 12)], ürünün iktisadi değeri ile herhangi bir makul ilişkisi bulunmayan aşırı fiyatlandırma politikasının hâkim durumun kötüye kullanılması hali oluşturacağı (par. 248-250), bunun -eğer mümkünse- ürünün satış fiyatı ile üretim maliyetinin kıyaslanması ile ortaya çıkarılabileceği, maliyet ile fiyat arasında aşırı fark bulunması halinde kendiliğinden veya diğer rakiplerin ürünlerine kıyasla adil olmayan bir durum mevcudiyetinin tespit edilmesi gerektiği (par. 251-252), farklı bölgelerde uygulanan farklı fiyat politikalarının da belirli koşullar altında bu bakımdan gösterge olabileceği (par. 258 vd.) karara bağlanmıştır. Son olarak daha güncel bir karara değinmek gerekirse (14.09.2017 tarih ve C-177/16 sayılı *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* kararı); bir meslek kuruluşunun telif ücreti uygulamasının aşırı fiyatlandırma teşkil ettiği iddiası ile ilgili olarak belirli kriterlere göre değerlendirme yapılması gerektiğine hükmedilmiş; bu bakımdan öncelikle gerçek maliyet ile fiyat arasındaki aşırı farkın bizatihi veya rakip ürünler ile karşılaştırıldığında adil olmadığını tespit edilmesi gerektiği (par. 36), bir üye ülkede uygulanan fiyat ile diğer ülkedeki arasında tutarlı bir değerlendirme neticesinde kayda değer farklılık bulunmasının kötüye kullanma bakımından bir diğer gösterge olabileceği (par.

lanılmasından ziyade, etkin rekabet ortamının bozulması, rakiplerin engellenmesi gibi dolaylı yoldan tüketici refahına yansıtacak eylemler gündeme gelmektedir.

Çalışmamız kapsamında AB ve Türk mevzuatının uyumu incelendiğinden biz de -her ne kadar pozitif açıdan bağlayıcılığı bulunmasa da- Kılavuz'da yer verilen düzenlemeleri, dolayısıyla dışlayıcı kötüye kullanma hallerini aşağıda ele alacağız. Nitekim Türk hukukunda da hem kanun hem de ikincil mevzuatta benzer bir durum karşımıza çıktığından, mevzuatın karşılaştırılabilirliği açısından bu yöntem herhalde daha yerinde olacaktır.

### **a. Fiyatlandırma Stratejisine Dayalı Dışlayıcı Eylemlere İlişkin Genel Bilgiler**

Kılavuz'da belirli dışlayıcı eylemlerin ayrı ayrı incelenmesine geçilmeden önce, fiyat bazlı dışlayıcı eylemler ile ilgili belirli ön açıklamalarda bulunulmaktadır (Kılavuz, par. 23-27). Bu kapsamda ancak ilgili teşebbüsün eylemlerinin eşit etkinlikteki rakip teşebbüsleri rekabetten engellemesi (eşit etkin rakip testi olarak da anılabilmektedir) durumunda eyleme müdahil olunacağı belirtilmektedir (Kılavuz, par. 23).

ABİHA 102 ve Kılavuz'un amacı doğrudan rakipleri korumak değil, rekabet düzenini ve tüketici refahını korumaktır. Bu nedenle eşit etkinlikte olmayan rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün eylemleri karşısında korunması ihtiyacı bulunmamaktadır. Ancak daha az etkin teşebbüsler bakımından da eğer dışlayıcı eylem olmasaydı bu teşebbüsler etkinliğini artırabileceklerse, yine dışlayıcı eyleme müdahale edilebilecektir (Kılavuz, par. 24).

Eşit etkin teşebbüsün hâkim durumdaki teşebbüsün eylemleri neticesinde rekabet edip edemeyeceğinin belirlenmesi bakımından, fiyat bazlı dışlayıcı uygulamalarda, ilgili ürün veya hizmetle ilgili fiyat ve maliyet esas alınacak, özellikle fiyatın maliyet altında olup olmadığı değerlendirilecektir (Kılavuz, par. 25).

Maliyet incelemesi yapılırken Komisyon tarafından kullanılan Ortalama Kaçınılabilir Maliyet ("AAC"- *Average Avoidable Cost*) ve Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet ("LRAIC"- *Long-Run Average Incremental Cost*) şeklinde iki maliyet analizi bulunmaktadır (Kılavuz, par. 26). Eğer teşebbüsün uyguladığı fiyat ürünle ilgili AAC'nin altında ise, hâkim durumdaki teşebbüs kârından fedakarlıkta bulunmaktadır ve diğer rakipler zarar etmeden bu fiyatlarda rekabet edemeyeceklerdir. LRAIC ise AAC'den daha yukarıda olacaktır, zira LRAIC kötüye

---

38 vd., 53 vd.), ayrıca incelemede farklı kullanıcı kesimleri ile aşırı fiyatlandırma arasındaki bağlantının da dikkate alınması gerektiği (par. 47-51), son olarak üye devletler arasındaki fiyat farklılıklarının ilgili teşebbüs bakımından haklı neden gösterilerek izah edilebilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir (par. 57 vd.).

kullanma eyleminden önce ortaya çıkan ürün özelindeki sabit maliyeti de içinde barındırır. Eğer LRAIC altında bir fiyat varsa, bu ilgili teşebbüsün tüm sabit giderlerini karşılamadığı ve eşit etkinlikteki rakiplerin pazardan dışlanacağı anlamına gelebilir.

Son olarak hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat politikası ile eşit etkinlikteki rakip teşebbüslerin rekabet edip edemeyeceği önem arz etmektedir. Eğer rekabet sürdürülebiliyorsa ilgili eyleme müdahale edilmeyecekse de aksi durumda, diğer rekabet karşıtı kapama kıstasları ile birlikte bir değerlendirme yapılacaktır (Kılavuz, par. 27).

## **b. Münhasırlık İçeren Eylemler**

### **i. Münhasır (tek elden) satın alma anlaşması**

Münhasır satın alma anlaşması, müşterinin alımının tamamı veya büyük kısmını yalnızca ilgili teşebbüsten yapmasını öngören anlaşmalardır (Kılavuz, par. 33). Hâkim durumdaki bir teşebbüs, müşterisinin bu münhasırlıktan kaynaklanan olası zararını giderecek belirli imkânlar tanısa ve bu durum müşteri açısından faydalı olarak görülse de, Komisyon anılan uygulamanın yalnız ilgili müşteri için değil, tüketicilerin genel olarak menfaatine uygun olup olmadığını gözetecektir (Kılavuz, par. 34). Bu tip hallerde öncelikle Kılavuz par. 20’de yer alan koşullar dikkate alınacaktır.

Münhasır satın alma anlaşmalarının rekabet karşıtı kapama etkisi kendisini, münhasırlık koşulu olmadığı takdirde henüz pazarda olmayan bir rakibin pazara girebilmesi veya halihazırdaki rakiplerin kapasitelerini arttırabilmeleri, bu nedenle teşebbüs üzerinde bir rekabetçi baskının mevcut olması durumunda gösterir<sup>21</sup> (Kılavuz, par. 36). Eğer diğer rakipler müşterinin ihtiyacını karşılayabilecek kapasitede ise, münhasır satın alma anlaşmasının rekabeti engelleyici etki göstermesi pek muhtemel değildir, meğer ki uzun süreli sözleşmeler yapılarak, müşterinin farklı rakipten ihtiyacını tedarik etmesi zorlaştırılsın. Dolayısıyla anlaşmanın süresi uzadıkça kapama etkisi de artacaktır. Eğer hâkim durumdaki teşebbüs, bütün müşteriler veya çoğunluğu için kaçınılmaz bir ticari ortak ise bu halde kısa süreli sözleşmelerde dahi kapama etkisi ortaya çıkabilir.

### **ii. Şarhlı indirimler**

Şarhlı indirimler, müşterinin belirli alım koşulları altında indirime kavuştuğu hallerdir. Belirli bir eşiği geçen alımlarda indirim tüm ürünler veya barajı geçen

<sup>21</sup> Münhasır satım anlaşması ile ilgili olarak bkz. 23.10.2003 tarih ve T-65/98 sayılı *Van den Bergh Foods v Commission* [2003] ECR II-4653 kararı.

kısım için kullanılabilir (Kılavuz, par. 37). Yine öncelikle Kılavuz par. 20’de yer alan koşullar mevcut ise Komisyon aşağıda yer verilecek ek faktörleri de göz önünde bulundurarak hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından bir değerlendirme yapacaktır<sup>22</sup>.

Rekabet karşıtı kapama etkisi, rakiplerin müşterilerin tüm talebini eşit koşullarda karşılayabilmelerine imkân bulunmadığı hallerde gündeme gelir (Kılavuz, par. 39). Şartlı indirimde hâkim durumdaki teşebbüs, müşterilerin (bir şarta bağlı indirim olmasaydı da) her hâlükârda kendisinden alacağı talep kısmını, rekabet edilebilir olan (yani müşterinin başka teşebbüslerden de tedarik etmeyi düşüneceği) diğer kısımda fiyatları indirmek ve avantaj sağlamak için koz olarak kullanabilmektedir<sup>23</sup>.

Hemen ekleyelim ki söz konusu indirimler geriye dönük olarak da gerçekleştirilebilir. Eğer müşteriler kalan talebini bir rakipten karşıladığında geriye dönük indirimini kaybedecekse, daha isteksiz davranacak ve pazarda kapama etkisi görülecektir<sup>24</sup> (Kılavuz, par. 40). Ancak burada, yalnızca eşiği aşan ve indirimi sağlayan ürün için yapılan rekabet üzerinde oluşan etki değil, sistemin genel olarak tüm gerçek veya muhtemel rakipler üzerindeki kapama etkisi dikkate alınacaktır. İndirim miktarı ve indirim eşiği yükseldikçe kapama etkisi ihtimali de artacaktır.

Kılavuz par. 23-27 doğrultusunda, indirimlerin yarattığı sonuçlardan eşit etkinlikteki rakiplerin müşterilerin talebini karşılamak için karşılaşacağı zorluk, büyüme ve pazara giriş engelleri dikkate alınacaktır (Kılavuz, par. 41).

Bu bağlamda müşterinin talebinin kalanını farklı yerlerden karşılaması durumunda indirimde yaşadığı kaybı telafi etmesi için rakiplerin bu müşteriye ne kadarlık bir fiyat önermesi gerektiği tahmininde bulunulur. Bu fiyat hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama fiyatı altına düştükçe, yapılan indirimin müşteriye bağlayıcı etkisi de artar (Kılavuz, par. 43). Ancak ilgili teşebbüsün yüklendiği

<sup>22</sup> İndirimler ile ilgili olarak son dönemde en dikkat çekici hadiselerden biri, Komisyon tarafından 2009 yılında, Intel’in ana bilgisayar üreticilerine CPU alımlarının tamamı veya büyük çoğunluğunu kendisinden almaları halinde uyguladığı indirimlerin de dâhil olduğu gerekçelerle, Intel’e yönelik 1.06 milyar Euro tutarında cezai yaptırım uygulanmasıdır. Intel söz konusu cezayı yargısal denetime taşımış, Genel Mahkeme 12.06.2014 tarihinde aldığı karar ile Komisyon’un vermiş olduğu cezayı onamıştır. Ancak bu karara karşı yapılan itiraz neticesinde, ABAD söz konusu sadakat indirimlerinin kendiliğinden rekabeti kısıtladığı yönündeki yaklaşımı doğru bulmamış, burada da eşit etkin rakip analizinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. 06.09.2017 tarih ve C-413/14 P sayılı *Intel Corp. v European Commission* kararı, par. 139 vd. özellikle par. 142.

<sup>23</sup> Bu hususta bkz. 30.09.2003 tarih ve T-203/01 sayılı *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071 kararı, özellikle par. 163.

<sup>24</sup> Bu konuda bkz. 09.11.1983 tarih ve 322/81 sayılı *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission (Michelin I)* [1983] ECR 3461 kararı, özellikle bkz. par. 70-73.



LRAIC altına düşmeyen fiyat seviyesinde eşit etkinlikteki rakibin de rekabet edeceği kabul edilebilecektir. Öte yandan fiyat AAC'nin altına düşerse, bu durumda eşit etkinlikteki rakipler üzerinde kapama etkisinin olduğu kabul edilir (Kılavuz, par. 44). Fiyat, LRAIC ile AAC arasında ise rakiplerin stratejileri dikkate alınarak kapama etkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.

İndirimin uygulanacağı eşik standart değil de müşteri özelinde belirlenmekte ise indirimin o müşteri üzerinde sadakat etkisi yaratması, müşterinin diğer rakipleri seçememesi daha muhtemeldir<sup>25</sup> (Kılavuz, par. 45). Ancak eşik standart olmakla birlikte, ciddi bir müşteri kitlesinin ortalama ihtiyaçlarına yanıt verir nitelikte ise yine kapama etkisi kendisini gösterebilir.

Yine hem münhasır satın alma anlaşmaları hem de şartlı indirimler yönünden, yukarıda etkinliklerle ilgili yapılan açıklamalar çerçevesinde Komisyon etkinlik iddialarını, özellikle tüketicilere yansıtılan maliyet bazlı avantajlar veya diğer avantajları, müşteri özelinde yapılması gereken yatırım vb. gerekçeleri inceleyecektir.

### c. Bağlama ve Paket Satış

Bağlama, müşterinin bir ürünü (bağlayan ürün) aldığı takdirde bu teşebbüsten diğer bir ürünü de (bağlanan ürün) alması gerektiği hallerde gündeme gelir (Kılavuz, par. 48). Bu durum teknik veya sözleşmesel sebeplerden kaynaklanabilir. Paket satışta ise ürünlerin birlikte satışı söz konusu olur. Saf paketlemede her iki ürün de münhasır olarak alınamamakta, yalnızca birlikte sunulmaktadır. Karışık paketlemede ise her iki ürün münhasır olarak alınabilse de iki ürünü ayrı almanın fiyatı birlikte almaktan daha yüksek tutulmaktadır.

Böyle bir durumla yapılacak değerlendirmede, bağlayan ürünün pazarında ilgili teşebbüsün hâkim durumda olmasının yanı sıra; bağlayan ve bağlanan ürünlerin ayrılmış ürünler olması ve bağlama eyleminin rekabet karşıtı kapamaya yol açması koşullarının da gerçekleşmesi aranacaktır (Kılavuz, par. 50).

Yine Kılavuz'da yer alan etkinlik savunmasına ilişkin koşulların karşılanması kaydıyla, Komisyon etkinlik gerekçelerini, özellikle üretim ve dağıtımdaki avantajlar gibi hususları da değerlendirmesinde dikkate alacaktır.

### i. Ayrılmış ürünlerin mevcudiyeti

Ürünlerin ayrılmış olup olmadıkları müşteriler bakımından değerlendirilecektir (Kılavuz, par. 51). Bunun anlamı şudur: Müşterilerin önemli bir kısmı bağ-

<sup>25</sup> Bu hususta bkz. *Hofmann-La Roche* (n 12) par. 89-90.

lama olmadığı bir ihtimalde, bağlayan ürünü alıp diğer ürünü almayabiliyorsa, ürünler ayrııştır<sup>26</sup>.

## ii. Rekabet karşıtı kapama etkisi

Kılavuz'da, par. 20'deki koşulların yanında, bağlama ve paket satışlarla ilgili kapama etkisi bakımından incelenecek ek bazı faktörlere, gündeme gelebilecek farklı kaygılara da yer verilmektedir. Teknik bağlamalarda iki ürünün tekrar ayrı ayrı sunulmasının bir maliyet gerektirmesi sebebiyle rekabet karşıtı etki yaşanabileceği gibi, eğer bağlama uzun süreli etki gösterecek şekilde yapılmışsa rekabet karşıtı etki gösterme ihtimali yükselecektir (Kılavuz, par. 53). Diğer taraftan, paket satışlarda teşebbüsün pakete dâhil olan ürünlerle ilgili hâkim durumda olduğu pazar sayısı artarsa, rekabet karşıtı kapama etkisinin yükseleceğini de belirtmek gerekir (Kılavuz, par. 54).

Bağlanan ürünleri talep eden ancak bağlayan ürünle ilgilenmeyen müşteriler bakımından, özellikle bağlanan ürün için farklı rakipler açısından sürdürülebilir seviyede müşteri bulunmadığı sürece rekabet azalacaktır (Kılavuz, par. 55). Kılavuz'da yer verilen farklı bir ihtimale göre, özellikle iki ürünün birbiri ile değişken olarak üretim sürecinde birlikte kullanıldıkları hallerde, müşterilerin bir ürünlerdeki fiyat artışı nedeniyle diğer ürüne yönelmelerini engellemek için teşebbüsler her iki ürünü birlikte sunarak bağlama yapabilmektedir (Kılavuz, par. 56). Benzer şekilde şayet bağlayan ürünün bulunduğu pazara ilişkin düzenleme varsa, teşebbüs, bağlama ile regülasyon sebebiyle mahrum kaldığı kazancı bağlanan pazardan telif etme yoluna gidebilir (Kılavuz, par. 57). Son olarak bağlanan ürün bağlayan ürünün önemli bir tamamlayıcısı ise bağlanan ürün pazarındaki alternatifin azalması, bağlayan pazara giriş engeli yaratabilir (Kılavuz, par. 58). Tüm bu hususlar Komisyon'un yapacağı değerlendirmede esas alınacaktır.

## iii. Çoklu ürün indirimleri

Eğer birlikte satılan ürünleri ayrı ayrı satan eşit etkin rakipler, ilgili bir ürünü içeren ürün grubundaki indirimli çoklu satış fiyatlarına karşı rekabet edemiyorsa, çoklu ürün indirimleri rekabet karşıtı olabilir (Kılavuz, par. 59). Burada kıstas olarak yine fiyat-maliyet karşılaştırması kullanılır. Şayet çoklu indirime dâhil olanlardan bir ürünün indirimdeki satış fiyatı, hâkim durumdaki teşebbüsün bu ürünle ilgili üstlendiği LRAIC'in üstünde ise eyleme müdahil olunmayacaktır (Kılavuz, par. 60). Eğer hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri de aynı çoklu

<sup>26</sup> Bununla ilgili olarak bkz. 17.09.2007 tarih ve T-201/04 sayılı *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 kararı, par. 917, 921 ve 922; ayrıca bkz. *Hilti v Commission* (n 14) par. 67. Her iki karar da bağlama ile ilgili örnek kararları teşkil etmektedir.

ürün grubunu satışa sunabiliyorsa veya halihazırda sunmasa da caydırıcı düzeyde bir maliyete katlanmadan zamanlı bir şekilde aynı ürün grubunu satışa sunma imkânı varsa; burada ürünlerin münhasır fiyatları ve maliyetlerinin incelenmesi yerine, oluşturulan/oluşması muhtemel ürün gruplarının rekabeti göz önünde bulundurulurken, bu gruplar arasında yıkıcı fiyatlandırmanın mevcut olup olmadığı incelenecektir.

#### d. Yıkıcı Fiyatlandırma

Eğer hâkim durumdaki teşebbüs bilinçli bir şekilde zarara kısa bir süre katlanarak (feragat), gerçek veya muhtemel rakiplerine karşı kapama etkisi yaratmayı ve hâkim durumunu koruma veya güçlendirmeyi amaçlıyorsa, söz konusu eyleme müdahale edilecektir (Kılavuz, par. 63).

Hemen ifade edelim ki Kılavuz'da, yıkıcı eylemlerin etkinlik yaratmasının pek muhtemel olmadığı ifade edilmekte, ancak ölçek ekonomilerinin yaratılması gibi bazı hallerde Kılavuz'daki etkinlik koşullarının sağlanması ile haklı gerekçelerin ileri sürülebileceği belirtilmektedir (Kılavuz, par. 74).

#### i. Feragat

Hâkim durumdaki teşebbüsün, ilgili eylem ile ilgili zaman aralığında, ürünlerinin tamamı veya bir kısmı için düşük fiyatlar belirlemesi veya ürün arzını artırması, böylece aslında kaçınılabileceği zararlara katlanması söz konusuysa, ilgili teşebbüsün feragatte bulunduğu sonucuna varılacaktır (Kılavuz, par. 64). Teşebbüsün ürün için üstlendiği AAC burada önemlidir, zira eğer ürünün satıldığı fiyat AAC altında ise teşebbüs bu ürünü hiç üretmeden daha kârlı durumda bulunacaktır<sup>27</sup>. Dolayısıyla bu ihtimalde teşebbüsün aslında kaçınılabileceği zarara katlandığı, yani feragatte bulunduğu anlaşılacaktır.

Bununla birlikte, yalnız AAC ile karşılaştırma yeterli olmayabilir (Kılavuz, par. 65). Satış fiyatları AAC'nin üzerinde olsa dahi, teşebbüs mantıklı şekilde hareket etse kaçınılabileceği bir zarara, örneğin daha düşük gelire katlanıyorsa,

<sup>27</sup> Nitekim ABAD *AKZO Chemie* kararında, AVC (*Average Variable Cost* - Ortalama Değişken Maliyet) altında bir fiyatlandırmada bulunan hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerini saf dışı bırakma ve sonrasında tekeli pozisyonu sayesinde fiyatları tekrar artırma dışında bir niyeti olamayacağı kanaatinde bulunmuştur; bkz. *AKZO Chemie v Commission* (n 14), par. 71. Ayrıca bkz. 27.03.2012 tarih ve C-209/10 sayılı *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet* kararı, par. 44. Burada Mahkeme, fiyatın ATC (*Average Total Cost* - Ortalama Toplam Maliyet) altında ancak AIC (*Average Incremental Cost* - Ortalama Artan Maliyet) üzerinde olması halinde, bunun tek başına kötüye kullanma teşkil etmeyeceğini, söz konusu fiyat politikasının haklı gerekçe bulunmaksızın, gerçek veya muhtemel bir dışlayıcı etkiye yol açıp açmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

yine feragatte bulunmaktadır. Ancak bu durumda feragatin varlığını incelenirken, varsayımsal rakibin olası hareketleri ile teşebbüsün hareketleri arasında kıyaslama yapılmayacak, mevcut ticari koşullar altında iktisadi açıdan rasyonel ve pratik olan teşebbüsten umulabilen farklı davranış alternatifleri dikkate alınacaktır.

## ii. Rekabet karşıtı kapama etkisi

Yapılacak değerlendirmede öncelikle, eşit etkin rakip analizi kullanılacak, fiyatların LRAIC karşısındaki durumu ölçülecektir. Kural olarak yalnız LRAIC altındaki fiyatların eşit etkinlikteki rakiplere kapama etkisi yaratacağı kabul edilmektedir (Kılavuz, par. 67).

Kılavuz par. 20'de yer alan koşulların yanı sıra, şüpheli eylemin rakiplerin rekabet edebilmesine etkisi ölçülecektir (Kılavuz, par. 68). Örneğin hâkim durumdaki teşebbüs maliyetler veya diğer pazar koşulları hakkında daha bilgili ise veya kârlılıkla ilgili pazar göstergelerini etkileyebiliyorsa, muhtemel rakipleri etkilemek ve caydırmak için yıkıcı fiyatlandırmaya girişebilecektir. Hatta teşebbüs, bu eylemi ile (caydırıcı) bir şöhret elde etmeyi dahi amaçlayabilir.

Kapama etkisinin görülebilmesi için, rakibin tamamen pazardan ayrılmış olması gerekmez (Kılavuz, par. 69). Fiyat politikası ile rakiplerin etkin rekabetten vazgeçirilmesi, tabir caizse rakiplerin disipline edilmesi de yeterli olacaktır.

Tüketici zararı açısından yaklaşıldığında ise, hâkim durumdaki teşebbüsün pazardaki konumunun eylem sonrasında daha güçleneceği kanaatine varıldığı takdirde tüketicilerin de zarar görmesi muhtemeldir (Kılavuz, par. 70). Ancak ilgili teşebbüsün eylemden sonra doğrudan fiyatlarını yükselterek kâr edebilmesi mutlak koşul değildir<sup>28</sup>, teşebbüs örneğin fiyatların kalıcı olarak düşmesi gibi farklı zararlardan kaçınarak veya giriş engelleri yaratarak tüketici refahını etkiliyor da olabilir (Kılavuz, par. 71).

İlaveten, hâkim durumdaki teşebbüsün eylemini yalnız belirli müşterilere yönelik gerçekleştirilmesi halinde zararı daha azalacağından, yıkıcı fiyatlandırma gerçekleştirilmesi de daha kolay olacaktır (Kılavuz, par. 72). Nihayet belirtelim ki eğer eylem uzun süre devam ediyor ve fiyatların genel olarak (belki de kalıcı şekilde) düşmesini sağlıyorsa, bu durumda teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırmaya girişmesi daha az olasıdır (Kılavuz, par. 73).

<sup>28</sup> Nitekim bu yönde bkz. 06.10.1994 tarih ve T-83/91 sayılı *Tetra Pak International v Commission* (Tetra Pak II) [1994] ECR II-755 kararı, par. 150.

### e. Tedarik Etmeyi (Sözleşme Yapmayı) Reddetme ve Marj Sıkıştırması

Tedarik etmeyi (burada genel olarak anacağımız şekilde sözleşme yapmayı) reddetme ve sözleşme akdetme zorunluluğu kurumları, rekabet hukuku enstrümanlarıyla özel hukukun en temel ilkelerinden birisi olan sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırıldığı hallerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme yapma özgürlüğü kapsamında bir teşebbüsün, istediği kişi ile emredici kurallara aykırılık teşkil etmeksizin, istediği koşullarda sözleşme akdetme özgürlüğü bulunduğu gibi, bir sözleşme akdetmek istememesi de söz konusu özgürlüğe dâhildir. Rekabet hukukunda da teşebbüslerin bu özgürlüğüne saygı duyulmakta; dahası, teşebbüsleri sözleşme yapmaya zorlamanın teşebbüs üzerinde yaratacağı yenilik ve yatırım yapma güdüsünün zedelenmesi gibi sonuçları da göz önünde bulundurulmaktadır<sup>29</sup> (Kılavuz, par. 75).

Hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri halinde ise belirli koşulların mevcut olması kaydıyla, ilgili teşebbüsün sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelmektedir. Böylesine bir zorunluluk, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin bu teşebbüsün halihazırdaki yatırımlardan serbestçe yararlanabilmesi gibi tüketici bakımından da zarara yol açabilecek çeşitli ihtimalleri gündeme getirebilecektir. Rekabet hukuku bakımından bu kaygı özellikle, hâkim durumdaki teşebbüsün, aynı zamanda sözleşme yapmayı reddettiği kişilerle alt pazarda da rekabet ediyor olması durumunda ortaya çıkar (Kılavuz, par. 76). Alt pazar, sözleşme yapılmayarak tedarik edilmesi reddedilen ürünün, bu pazarda üretim yapmak veya hizmet sunmak için ihtiyaç duyulduğu ikinci pazardır.

Sözleşme yapmayı reddetme mevcut veya yeni müşterilere ürün tedarik etmemek<sup>30</sup>, fikri mülkiyet haklarını lisanslamayı reddetmek<sup>31</sup>, arayüz bilgileri için

<sup>29</sup> Bazı özel durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğu öngörmek, işletme sahibi veya diğer işletmecilerin yatırım ve yenilik yapmasına herhangi bir zarar vermeyebilir. Özellikle bir regülasyonun varlığı dâhilinde hâkim durumdaki teşebbüse tedarik etme zorunluluğu getirilmesi halinde, zaten düzenleyici kurumun yaratılan zorunluluk sonucundaki olumsuz sonuçları dengeleyici menfaatleri sağladığı ve Kılavuz'da anılan kaygıları gözettiği düşünülür. Yine, üst pazardaki hâkim durumun devlet koruması veya kaynakları ile elde edilmesinde de bu durum söz konusu olabilir. Böyle durumlarda, Kılavuz par. 81'deki üç koşulun gerçekleştiği gözetilmese de eylemin rekabet karşıtı kapama etkilerini gösterme yönündeki genel yaklaşımdan sapılmayacaktır (Kılavuz, par. 82).

<sup>30</sup> Bununla ilgili olarak bkz. 06.03.1974 tarih ve 6/73 ve 7/73 sayılı *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223 kararı.

<sup>31</sup> Bu hususta bkz. 06.04.1995 tarih ve C-241/91 P ve C-242/91 P sayılı *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill)* [1995] ECR 743; 29.04.2004 tarih ve C-418/01 sayılı *IMS Health v NDC Health* [2004] ECR I-5039 kararları. Nihayet güncel bir kararda ABAD, SEP'in (Standart Essential Patents - Standart Esas Patentler) belirli koşullar altında lisanslamanın reddinin hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğini belirtmiştir; bkz. 16.07.2015 tarih ve C-170/13 sayılı *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH* kararı, par. 53. Son olarak ayrıca bkz. 06.12.2012 tarih ve C-457/10 P sayılı *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European*

gerekli lisans sözleşmesini yapmamak<sup>32</sup>, zorunlu unsur veya ağa erişimi engellemek ve benzeri şekillerde gerçekleştirebilmektedir (Kılavuz, par. 78).

Sözleşme yapmanın reddinden bahsedilebilmesi için mutlaka ilgili ürünün halihazırda dolaşımında olması gerekmez, muhtemel müşterilerde oluşan talebe yönelik ret nedeniyle muhtemel pazarın etkilenmesi de davranışa müdahale edilmesi için yeterlidir (Kılavuz, par. 79). Ayrıca mutlaka sözleşme yapmanın gerçek anlamıyla reddedilmesi de aranmaz, ertelemeler, ürün arzını düşürme, mantıksız koşullar dayatma gibi durumlar da ret sayılır.

Bunun yanı sıra, hâkim durumdaki teşebbüs doğrudan sözleşme yapmayı reddetmese de üst pazarda uyguladığı fiyat politikası alt pazardaki rakiplere rekabet etme imkânı tanımayan düzeye çıkabilir (marj sıkıştırması)<sup>33</sup> (Kılavuz, par. 80). Bu ihtimalde fiyatlar arasında yapılacak kıyaslamada kıstas olarak, üst pazardaki fiyatlar ile ilgili teşebbüsün alt pazardaki ürünlerde üstlendiği LRAIC esas alınır.

Ret fiilinin alt pazarda etkin rekabet için nesnel olarak gerekli olan bir ürüne veya hizmete ilişkin olması, alt pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldırması ve son olarak muhtemel tüketici zararına yol açması koşullarının kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde zikredilen uygulamalara Komisyon tarafından öncelikli olarak yaptırım uygulanacaktır (Kılavuz, par. 81).

Etkinlik savunmasıyla ilgili olarak, hâkim durumdaki bir teşebbüsün eyleminin, üst pazardaki yatırımlarını karşılama ve yatırımları sürdürme amacı taşıdığı iddiası değerlendirilecektir (Kılavuz, par. 89). Komisyon aynı zamanda tedarik zorunluluğunun, ayrıca bu zorunluluğun sebebiyet vereceği pazar yapısındaki değişikliklerin, diğer rakiplerin takip ettikleri yenilikler de dâhil olmak üzere, ilgili teşebbüsün yenilikçiliğini zedeleyeceği iddiasını da gözetir. Nihayet bu iddialar dinlenirken daha önce yer verilen etkinlik savunmasına ilişkin koşulların karşılanmış olması aranacaktır (Kılavuz, par. 90). Burada etkinlikleri ispat yükü hâkim durumdaki teşebbüse aittir.

---

*Commission* kararı. Bu konuda özellikle *Huawei* davası ile alakalı olarak bkz. Sönmez N. S., 'Standart Essential Patent (SEP) Issue Under the Article 102 of the TFEU', (2015) 47 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 63.

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. *Microsoft v Commission* (n 26). Bu kararda par. 331 vd. yapılan açıklamalar ayrı bir önem taşımaktadır. Zira burada Mahkeme fikri mülkiyet haklarının lisanslanmamasının tek başına bir kötüye kullanım teşkil etmeyeceğini belirttikten sonra böyle bir ihlal için hangi şartların mevcut olması gerektiğini, diğer bir ifadeyle, hâkim durumdaki teşebbüsün hangi şartlar altında lisans verme zorunluluğu bulunduğunu ortaya koymuştur.

<sup>33</sup> Marj sıkıştırması ile ilgili sorunlar genelde telekomünikasyon sektöründe, üst pazarda sonradan özelleşen ortaklıkların alt yapının hâkimi olması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Marj sıkıştırması ile ilgili özellikle bkz. 14.10.2010 tarih ve C-280/08 P sayılı *Deutsche Telekom AG v European Commission*, 2010 ECR I-9555; 17.02.2011 tarih ve C-52/09 sayılı *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, 2011 ECR I-527 kararları. Özellikle *TeliaSonera* kararında par. 74'te Mahkemenin marjın pozitif olması durumunda kötüye kullanıma dair açıklamaları dikkat çekicidir.

### i. Tedariki reddedilen girdinin nesnel gerekliliği

Yukarıda da yer verildiği üzere, Komisyon'un uygulama öncelikleri arasında, tedariki reddedilen girdinin teşebbüsler için alt pazarda etkin şekilde rekabet edilmesinde nesnel olarak gerekli bir ürün olması durumu yer almaktadır. Anılan koşulun gerçekleşmesi için, alt pazardaki teşebbüslerin en azından uzun dönemde sürdürülebilir olan, ret fiilinin zararını giderebilecek, farklı bir gerçek veya olası kaynak alternatifinin bulunmaması yeterlidir; yani mutlaka ilgili ürün olmaksızın rekabetin tamamen ortadan kalkması veya sürdürülememesi gerekmez<sup>34</sup>. Alt pazardaki teşebbüslerin, ret durumunun etkilerini -en azından uzun dönemde- ortadan kaldırmak için kullanabilecekleri, halihazırda mevcut olan veya muhtemel bir alternatiflerinin olmaması, ilgili girdinin kaçınılmaz/zorunlu olması için yeterlidir<sup>35</sup>. Bu bağlamda teşebbüslerin tedariki reddedilen ürünün/girdinin bir eşini öngörülebilir bir gelecekte etkin bir şekilde ortaya çıkarıp çıkaramamalarına dikkat edilir. Burada girdinin eşinin çıkarılmasıyla kastedilen, alt pazardaki teşebbüslerin hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi bir baskı yaratmalarına yetecek derecede farklı bir arz kaynağı yaratmalarıdır<sup>36</sup> (Kılavuz, par. 83 ve orada yer alan detaylı açıklamalar).

Kılavuz par. 81'deki koşullar hem halihazırdaki tedarikin kesilmesi hem de yeni tedarik edilecek ürün ve hizmetler bakımından uygulanır (Kılavuz, par. 84). Ancak halihazırdaki tedarikin kesilmesi, yeni alıcılara tedarik etmemeye oranla daha yüksek olasılıkla kötüye kullanma teşkil edecektir. Nitekim böyle ürünlerde hâkim durumdaki teşebbüsün haklı bir gerekçesinin bulunması düşük ihtimaldir. Daha önce tedarik edilegelen bir ürün varsa, bunun tedarik edilmesinin zaten ürünün sahibi bakımından kârlı olduğu, dolayısıyla ürün sahibinin yatırımlarının karşılığını aldığı düşünülecektir. Burada koşulların değiştiğini ve reddin haklılığını ispat etmesi gereken hâkim durumdaki teşebbüs olacaktır. Son olarak belirtelim ki alt pazardaki rakip daha önceden ulaşabildiği ancak sonradan tedariki kesilen girdiler özelinde bir yatırım yapmışsa, Komisyon nazarında tedarik edilmeyen girdi, kaçınılmaz bir girdi olarak kabul edilir.

### ii. Etkin rekabetin ortadan kaldırılması

Yukarıda izah ettiğimiz par. 83 ve 84'te yer alan koşullar mevcutsa, alt pazardaki etkin rekabetin derhal veya bir süre içinde ortadan kalktığı varsayılır (Kılavuz, par. 85). Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki pazar payının yüksek olması, rekabetin ortadan kalkması ihtimalini artıracaktır.

<sup>34</sup> Bu yönde bkz. *Microsoft v Commission* (n 26), par. 428 ve 560-563.

<sup>35</sup> Bununla ilgili olarak bkz. 26.11.1998 tarih ve 7/97 sayılı *Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft* [1998] ECR I-7791 kararı, par. 44 ve 45; *Microsoft v Commission* (n 26), par. 421.

<sup>36</sup> Bu konuda bkz. *Oscar Bronner* (n 35), par. 46; *IMS Health* (n 31) par. 29.

### iii. Tüketici zararı

Sözleşme yapmayı reddetme hallerinde bu durumun tüketici üzerinde yarattığı zarar ile sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin yaratacağı genel zarar karşılaştırılacaktır (Kılavuz, par. 86). Hâkim teşebbüsün kapasite kısıtlamaları alt pazardaki rakiplerine göre ne kadar az olursa ve alt pazardaki rakipler ile hâkim teşebbüsün ürünleri arasındaki ikame edilebilirlik ne kadar yakın olursa, alt pazarda rakiplerin daha büyük kısmı etkilenecek, hâkim teşebbüsün lehine olacak şekilde engellenen rakiplerin karşılayabilecekleri taleplerden mahrum kalma ihtimali yükselecektir.

Örneğin ret nedeniyle alt pazardaki rakiplerin yenilikçi ürün ve servis sunmalarının engellendiği veya yenilikçiliğin tıkandığı hallerde tüketici zararının varlığına kanaat getirilebilir<sup>37</sup> (Kılavuz, par. 87). Şayet alt pazardaki rakip yenilikçi ürünleri muhtemel müşterilere sunmayı hedefliyorsa, tüketici zararı ortaya çıkabilecektir<sup>38</sup>.

Yine üst pazarda fiyatın düzenlendiği hallerde eğer hâkim durumdaki teşebbüs alt pazarda sözleşme yapmayı reddederek alt pazardaki rakiplerini engelliyor ve daha fazla kâr ediyorsa, tüketici zararının varlığına kanaat getirilecektir (Kılavuz, par. 88).

## B. Türk Rekabet Hukukunda Dışlayıcı Eylemlerle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

### 1. Genel Bakış: İlgili Mevzuat ve Uygulama Alanı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hâkim durumun tanımına yer verilmesini takiben hâkim durumun kötüye kullanılması, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde hukukî zemine kavuşturulmuştur<sup>39</sup> 40. Bu-

<sup>37</sup> Bu yönde bkz. *Microsoft v Commission* (n 26) par. 643, 647, 648, 649, 652, 653 ve 656.

<sup>38</sup> Bu konuda bkz. *IMS Health* (n 31) par. 49; *Microsoft v Commission* (n 26), par. 658.

<sup>39</sup> Türk rekabet hukuku bağlamında dışlayıcı eylemler marifetiyle hâkim durumun kötüye kullanılması hakkında bilgi ve seçilmiş kaynakça için bkz. (alfabetik sıra ile) Arı, M. H., 'Dışlayıcı Uygulamalara Dair Yaklaşımlar Çerçevesinde İndirim Sistemlerine İlişkin Son Dönem Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi', Kerem Cem Sanlı (ed.), *Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2018* (On İki Levha, 2019); Aslan, İ. Y., *Rekabet Hukuku: Teori-Uygulama-Mevzuat* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin, 2017); Aşçıoğlu Öz, G., *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması* (Rekabet Kurumu, 2000); Çeçen, H., *Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması* (2. Baskı, Legal, 2018); Gündüz, R., *Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar* (Rekabet Kurumu, 2012); Gürzumar, O. B., *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü* (Seçkin, 2006); Güven, P., *Rekabet Hukuku* (Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin, 2008); Karakılıç, H., 'Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hâkim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı



nunla birlikte, bir kötüye kullanma türü olarak dışlayıcı eylemler tahtında her somut olayın kendine özgü şartları ekseninde ele alınması gereken ve Rekabet Kurumu (“Kurum”) tarafından konuyla ilgili Kurulca göz önünde bulundurulacak hususların açıklanması amacıyla, 14-05/97-RM (1) sayılı “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz” 29.01.2014 tarihinde kabul edilmiştir<sup>41</sup>.

Uygulamaları’ (2013) 14 Rekabet Dergisi 3; Karakılıç, H., *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları* (On İki Levha, 2013); Özdemir, Ü. N., *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri* (Rekabet Kurumu, 2009); Özkan, A. F., ‘Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı’nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi’, (2013) 4 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311; Madan, Z., *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları* (Rekabet Kurumu, 2008); Öztunalı, A., *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması* (Seçkin, 2014); Sanlı, K. C., *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği* (Rekabet Kurumu, 2000); Sanlı, K. C., (ed.) *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu* (On İki Levha, 2011); Su, T. K., *Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi* (Rekabet Kurumu, 2003); Yavuz, H., *Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru* (Rekabet Kurumu, 2012); Rekabet Kurulu kararlarını istatistiksel olarak inceleyen özel çalışmalar için bkz. Gündüz, H., ‘Rekabet Kurulu’nun 20 Yıllık Uygulaması Işığında 2018 ve 2019 Yıllarına Bakış’, Kerem Cem Sanlı/Dilan Alma (eds.), *Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019* (On İki Levha, 2020); Gündüz, H., *Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulu’nun 20 Yılıın Bilançosu* (On İki Levha, 2018).

<sup>40</sup> Hemen ekleyelim ki bu çalışma kaleme alınmaktayken 7246 sayılı kanun ile yürürlüğe girdiği tarih itibariyle Rekabet Kanunu’nda yapılan en köklü değişiklik hayata geçirilmiştir (24.06.2020 tarih ve 31165 sayılı RG). Her ne kadar Rekabet Kanunu’nun 6. maddesinde doğrudan bir değişiklik öngörülmemiş olsa da AB rekabet hukuku mevzuatına uyum ve Rekabet Kanunu’nun 6. maddesinin tatbiki açısından önemli kurumların Türk hukuk mevzuatına kazandırıldığını belirtmek gerekir. Rekabet hukuku ihlallerinin özel hukuk tatbikatını da yakından ilgilendiren bu değişikliklerin başında; mahkemelere bireysel muafiyet değerlendirmesinde bulunma yetkisinin tanınması (RKHK 5), birleşme ve devralmaların kontrolünde rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin kabulü (RKHK 7), Rekabet Kurulu’na Rekabet Kanunu’nun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlali halinde yapısal tedbir uygulama yetkisi verilmesi (RKHK 9), yerinde inceleme yetkisinin kapsamının netleştirilmesi (RKHK 15), *de minimis*’in sisteme dâhil edilmesi (RKHK 41), taahhüt ve uzlaşma rejiminin kabulü (RKHK 43) ile usule ve Kurum’un işleyişine ilişkin muhtelif değişiklikler gelmektedir (RKHK 3, 20, 34, 36, 45, Geçici 6 ve 7). Bahsi geçen değişikliklerin önemli bir bölümü Kurul tarafından *de facto* uygulanmakta ise de AB rekabet hukukunda pozitif dayanağı bulunan bu değişikliklerden özellikle Kurul’un yapısal tedbir uygulama yetkisi ile taahhüt ve uzlaşmanın Rekabet Kanunu’nun 6. maddesine ilişkin uygulamayı doğrudan ilgilendirdiği söylenebilir.

<sup>41</sup> Şurasını belirtelim ki doğrudan hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olmasa da Türk hukukunda dolaylı olarak hâkim durumun kötüye kullanılmasına sonuç bağlayan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu açılım öncelikle kanun, ardından ikincil mevzuat ekseninde yapılabilir. Rekabet Kanunu özelinde bir ihlal tipi olması itibariyle Kanun’un amaç, kapsam ve tanım hükümlerinden (RKHK 1, 2 ve 3), yaptırım uygulama yetkisi başta olmak üzere Rekabet Kurulu’na tanınan özel yetkilere (RKHK 14-16) ve giderek geçersizlik ile tazminat sorumluluğuna ilişkin özel hükümlere (RKHK 56-59), ikincil mevzuat özelinde ise Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (5/1-b) ve ilgili olduğu ölçüde diğer Kılavuzlara temasta bulunulabilmesi mümkündür.

Klasikleşen ifadesiyle bahsi geçen düzenleme, hâkim durumdaki teşebbüsün omuzlarına Rekabet Kanunu'ndan kaynaklanan özel bir sorumluluk yüklemektedir. Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin ilk fıkrası aynen şu şekildedir:

*“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”.*

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi ile yaptırıma bağlanan, hâkim durumda olmak ya da hâkim duruma gelmek değil, bu vasfın kötüye kullanılmasıdır<sup>42</sup>. Bu tip bir düzenlemeye yer verilmesindeki temel gerekçe, teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri sonucu rekabette ön plâna çıkmalarına olanak tanınması ve hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından istifade ederek gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı eylemlerin yasaklanmasıdır (DEK, par. 2). Böylelikle işletmelerin ve tüketicilerin de menfaatine olacak şekilde piyasaların ve rekabet sürecinin daha sağlıklı şekilde işlemesine yardımcı olunmaktadır (DEK, par. 3).

Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinden farklı olarak, 6. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için birden fazla teşebbüse ve bunlar arasındaki koordinasyonun bir unsuru olarak anlaşmanın veya uyumlu eylemin ya da teşebbüs birliği kararının varlığına ihtiyaç yoktur. Öte yandan, muafiyet rejimi temelinde yapılan iki aşamalı analiz Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi açısından mevcut değildir. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışının bazı etkinliklere yol açtığı yönündeki savunma, ancak kötüye kullanmanın içeriği değerlendirilirken dikkate alınabilir<sup>43</sup>. Önemli olan, davranışı incelenen teşebbüsün ilgili piyasada hâkim durumda olmasıdır. Dikkat edilecek olursa, hâkim durum tespiti söz konusu olmaksızın Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir. Bu gibi bir durumda şayet koşulları mevcutsa Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinin uygulanma kabiliyeti bulunup bulunmadığı değerlendirilebilir.

Şurasını söyleyelim ki iktisadi analiz en yoğun şekilde hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili uyumsuzluklar özelinde yapılmakta olup; yerleşmiş hale geldiği söylenebilecek bir kötüye kullanma teorisinin bulunmaması dolayısıyla bu konu, tartışmalı meselelerin sıklıkla rastlandığı bir konu başlığıdır. Hükmün uygu-

<sup>42</sup> Bkz. Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine ilişkin Madde Gerekeçesi.

<sup>43</sup> Yeri gelmişken Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi ile 6. maddesi arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi bulunmadığının vurgulanmasında fayda bulunmaktadır. Bir eylemin aynı zamanda hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal edebilmesi mümkündür. Bu durum her iki hükmün uygulanması önünde engel teşkil etmemekle birlikte, yaptırım rejimi açısından önem arz eder (birlikte hâkimiyet açısından bkz. yukarıda dñn. 18 ve 19). Birleşme ve devralmaların kontrolü rejimi açısından yaklaşıldığında ise, Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi ile yasaklanan ve hukuken sonuç bağlanan davranış birlikte dikkate alındığında, 6. madde ile arasında sıkı bir ilişki bulunduğunun belirtilmesi kaçınılmazdır.

lama alanı bulabilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanma oluşturan bir davranışının mevcut olması gerekir<sup>44</sup>. Bu davranış, herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın, anlaşma, tek yanlı bir eylem veya bazı hallerde eylemsizlik şeklinde dahi ortaya çıkabilir. Odaklanılması gereken, pazar gücünün avantajından faydalanılarak uygulanan eylemin piyasadaki rekabet parametreleri ve son tahlilde tüketici refahı üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunmasıdır. Açıktır ki bahsi geçen düzenleme rakip teşebbüsleri değil, bizatihi rekabetin kendisini koruma amacını taşımaktadır. Nitekim Kurul da kural olarak etki temelli bir denetim mekanizması öngörerek, bu çerçevede yorum faaliyetinde bulunmaktadır<sup>45</sup>.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında -tıpkı 4. maddede olduğu gibi- kötüye kullanma sayılacak davranışların sınırlayıcı olmayan örneklerinden oluşan geniş bir listeye yer verilmiştir. Hangi davranışların kötüye kullanma sayılacağı ile ilgili olan bu liste, mutlak şekilde bağlayıcı olmayıp; sınırlayıcı bir niteliğe sahip olmaması dolayısıyla Kurul'un listede yer almayan davranışları kötüye kullanma şeklinde değerlendirmesi önünde bir engel yoktur<sup>46</sup>. İkinci fıkrada sayılan örnek kötüye kullanma halleri sırasıyla şunlardır<sup>47</sup>:

<sup>44</sup> Türk öğretisinde ihlalde bulunan teşebbüsün subjektif durumu ve amacının ihlal niteliğindedir. bulunulurken dikkate alınmadığı ifade edilmekte ve Kurul uygulamasından da buna örnekler verilmektedir. Şurasını belirtelim ki ihlal tespiti açısından kusur tartışması rekabet hukuku ihlalinin temelde bir kabahat niteliğinde olması ve ceza hukukuna ilişkin temel prensiplerin uygulama alanı bulacak olması dolayısıyla kanaatimizce tartışmaya açıktır. Bu gibi bir durumda genel prensipler karşısında ihmal dahi olmaksızın teşebbüslerin idari açıdan sorumlu kılınmayacağı kabulü gerekir. Tazminat sorumluluğu açısından yaklaşıldığında ise kusur, sorumluluğun kurucu bir unsuru niteliğindedir. Nitekim özellikle üç kat tazminat talebi açısından bu duruma RKHK 58/2'de açıkça işaret edilmektedir [sorumluluğun hukukî niteliği başta olmak üzere, özellikle kusur unsuru hakkında değerlendirme için bkz. Kesici, B., *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha, 2017) 14-23, 190-211]. Ekleyelim ki bahsi geçen tartışma bağlamında konu daha ziyade yeni ihlal türleri açısından önem arz edebilir. Yeni ihlal türlerinde hukuka aykırılığın varlığı değil, daha ziyade kusur unsuru tartışma konusu haline getirilebilir, ancak birçok senaryoda basiretli tacir niteliğinde olan teşebbüsler açısından ihmal seviyesinde bir kusur kabulünün beraberinde geleceği de açıktır (nitekim bkz. Kesici, 198-201). İşte buradaki tartışma, ihmalen dahi hareket etmeyen teşebbüslerin her koşulda sorumluluğundan söz edilemeyecek olması noktasında kendisini göstermektedir. Ekleyelim ki niyet unsuru açısından yaklaşıldığında yıkıcı veya seçici fiyatlandırma gibi belirli ihlal tipleri açısından niyet de "ihlalin" zorunlu bir unsuru olabilir.

<sup>45</sup> Örnek kabilinden bkz. Kurul'un 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay*; 04.03.2010 tarih ve 10-21/271-100 sayılı *Turkcell* ve 30.03.2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Medya Grubu* kararları.

<sup>46</sup> Zikredilen örnekler incelendiğinde, kötüye kullanma kavramının birbirinden farklı tipteki davranışları kapsamına aldığı ve oldukça geniş bir yelpazeye sahip olduğu söylenebilir. Bu durum aslında aşağıda yapılan sömürücü ve dışlayıcı eylemlerle hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ayrıma da açıkça kapı aralar niteliktedir. Gerçekten RKHK 6/2-(a) ve (d) bentlerinde zikredilen eylemler rekabeti bozucu ve rakipleri dışlayıcı eylemleri; RKHK 6/2-(e)'deki düzenleme, müşterileri ve alıcıları sömürücü eylemleri kapsamına alır. RKHK 6/2-(b) ve (c)'de yer verilen düzenlemeler ise, müşterileri sömürücü eylemleri kapsamına alabileceği gibi, rekabeti bozucu davranışlar da pekâlâ bu kapsama girebilir.

<sup>47</sup> Metindeki vurgular, anılan ifadelerle dikkat çekebilmek amacıyla, tarafımızca eklenmiştir.

*“a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;*

*b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması;*

*c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi;*

*d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler;*

*e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”.*

Tekrar pahasına vurgulayalım ki bir teşebbüs hakkında Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için *iki koşulun* birlikte mevcut olması gerekmektedir. Bunlar: (i) ilgili piyasada hâkim durumda olmak ve (ii) kötüye kullanma teşkil eden bir eylemin varlığıdır. Kurul iki unsurdan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği hallerde diğer unsura ilişkin analize yer vermeyebilir (DEK, par. 7 ve dñn. 2). Bunun anlamı açıktır: Hâkim durum ya da kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilecek bir eylem yoksa, ikisinden birinin yokluğu gerekçe gösterilerek, prensip olarak, diğer unsur ayrıntılı şekilde değerlendirilmez.

Aşağıda öncelikle ana hatlarıyla hâkim durum ve tespitine ilişkin ölçütlere yer verecek, takiben kötüye kullanma tasnifine temas ederek, DEK ve nitelendirmedeki belirleyici etkisi dolayısıyla Kurul'un örnek uygulamaları ışığında ana hatlarıyla dışlayıcı eylemler marifetiyle kötüye kullanma hallerini ele alacağız.

## 2. Hâkim Durum ve Tespitinde Belirleyici Olan Temel Ölçütler

Yukarıda da belirtildiği üzere, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi açısından davranışı incelenen teşebbüsün öncelikle ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Hâkim durum veya pazar hâkimiyeti temelde yüksek derecede “pazar gücüne” işaret etmektedir. Dolayısıyla kilit kavramın pazar gücü olduğu söylenebilir. Rekabet Kanunu'nun 3. maddesinde hâkim durum kavramı aynen şu şekilde tarif edilmiştir:

“belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”.

Anlaşılabileceği gibi, RKHK 3’de yer verilen bu tanım son derece geniş bir kapsama sahiptir. Burada söz konusu olan, davranışı incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız hareket edebildiği yönündeki soruya cevap aranması faaliyetidir. Bununla birlikte, hâkim durumun tespiti her zaman için kolay olmayabilir. Bunun temel sebebi, bir teşebbüsün rakiplerinden bağımsız davranması veya müşterilerin tercihlerini yeteri derecede dikkate almamasının bir derecelendirme meselesi olmasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, farklı açılardan yaklaşıldığında hâkim durum tespiti ile ilgili muhtelif ve çelişkili sonuçlara ulaşılabilmesi olasıdır. Bu gerekçeyle hâkim durumun tespitinde bazı göstergelerden istifade edilmesi kaçınılmazdır.

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda bu durumun göstergesi olarak ele alınan haller *üç başlık altında* kategorize edilmiştir. Bunlar: Davranışı incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri ve alıcıların gücüdür. Bahsi geçen ölçütler hâkim durum tanımında yer verilen, davranışı incelenen teşebbüsün rakiplerinden bağımsız hareket edebilme iktidarı ile ilgilidir (DEK, par. 10). İşte tam da bu sebeple hâkim durum tespiti ile ilgili sağlıklı bir değerlendirmede bulunulabilmesi için anılan ölçütlerden birlikte istifade edilmesi büyük öneme sahiptir. Zira pazar payına göre bağımsız hareket edebileceği kabul edilen bir teşebbüs, örneğin pazarda yoğunlaşmış alıcı gücü dolayısıyla bağımsız hareket etme kabiliyetinden yoksun olabilir. Bu da değerlendirmede bulunurken anılan ölçütlerden birlikte istifade edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Hâkim durumun tespitindeki *ilk ölçüt*, pazar payıdır (DEK, par. 11). Pazar payının tespiti, öncelikle ilgili pazarın tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak ilgili ürün ve coğrafi pazarın tespitine dair detaylara girilmeyecektir<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde pazar tanımının kural olarak meselenin temelini oluşturduğunu hatırlatmak gerekir. Bunun sebebi basittir: İlgili piyasanın gereğinden dar veya geniş şekilde tanımlanması hâkim durum tespitine doğrudan etki eder. Bu konudaki temel kavramlar; özellikle talep ve arz ikamesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz; ilgili pazarın tanımlanması noktasında Kurul tarafından yararlanılan testler hakkında açıklama için bkz. Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı, 7 vd.

Önemle belirtelim ki pazar tanımı ve pazar gücü özellikle ihlal iddiasında bulunulan endüstri, ihlali gerçekleştiren oyuncuların niteliği ve somut olayın özelliği doğrultusunda özellik arz edebilir. Son yıllarda elektronik ticaret ve platforma dayalı modellerin ticaret hayatındaki rolünün artmasıyla birlikte pazarın tanımlanmasına olan yaklaşım, keza örneğin hâkim durum tespiti açısından pazar payı düşük olmasına rağmen pazar gücünden hareketle farklı sonuçlara ula-

Pazar payının belirlenmesinde değerlendirmeye esas alınan, davranışı incelenen teşebbüsün cirosudur. Bu kapsamda ilgili pazarın ciro açısından büyüklüğü belirlenerek, teşebbüsün yaptığı ciroya göre pazar payı tespit edilir. Bunu takiben rakip teşebbüslerin sayısı ve pazar payı incelenir. Burada ölçülen teşebbüs üzerinde rekabetçi baskının mevcut olup olmadığıdır. Ekleyelim ki hâkim durum tespiti için yüksek pazar payının -kural olarak- geçici olmayacak bir süre devam etmesi aranır. Bu yönüyle pazar paylarındaki sürekli ve esaslı geçişler hâkim durum tespitine engel oluşturabilir<sup>49</sup> (DEK, par. 8, dñn. 3 ve par. 14).

Hâkim durum tespitinde bulunabilmek açısından kesin bir pazar payı eşiği bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bununla birlikte, aksini gösterebilecek bir durum söz konusu değilse, Kurul uygulamasında prensip olarak %40 ve üzeri pazar payına sahip olunması hâkim durumun göstergesi olarak kabul edilmektedir (DEK, par. 12, dñn. 5). Bu oranın %60 ve üzerine çıkması ihtimalinde “hâkimiyet karinesinin” mevcut olduğu şeklinde değerlendirmede bulunulmaktadır. Bu tespitte bulunurken davranışı incelenen teşebbüs dışındaki diğer teşebbüslerin pazar payları kuşkusuz ki büyük bir öneme sahiptir. Örneğin; %40 veya %50 pazar payı, rakip teşebbüsün de bu orana yakın bir pazar payına sahip olduğu bir ihtimalde tek başına hâkim durumun varlığına işaret etmez<sup>50</sup>.

*İkinci ölçüt*, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleridir. Şayet pazara giriş kolay olursa, piyasada faaliyet göstermeyen teşebbüsler pazar payını bir pazar sinyali (fırsatı) şeklinde değerlendirerek, pazara girmek suretiyle ilgili teşebbüs üzerinde rekabet baskısı oluşturabilir. Rekabet baskısının mevcut olduğu pazarlarda teşebbüsün rakiplerinden bağımsız davranamayacağı kabul edilir (DEK, par. 15). Bu tip bir baskıdan söz edilebilmesi için büyümenin ya da pazara girişin muhtemel, uygun zamanda gerçekleşebilecek ve yeterli olması gerekmektedir (DEK, par. 15). Giriş ve büyüme engeli kavramının tam anlamıyla neyi içerdi-

---

şılabilmesi de imkân dâhilindedir. Kuşkusuz ki sağlıklı sonuca ulaşılabilmesi açısından pazar gücünün tespitindeki ölçütlerin belirlenmesi büyük öneme sahiptir. Burada hukuk güvenliği ile ilgili endişeler önemli birer çekince olarak dile getirilecek olmakla birlikte, klasik rekabet hukuku araçlarının özellikli arz eden bu tip vakıalara uygulanmasında ısrarcı davranılacak olursa, rekabet hukuku kurallarının uygulanamaması ya da etkin şekilde uygulanamaması riski ile karşılaşılabilir. Diğer taraftan, bazı ihtimallerde sonuç değişmeyeceği için pazar tanımı yapılması da gerekliliğini yitirebilir.

<sup>49</sup> Hâkim durum tespiti bakımından genellikle iki yıllık sürenin yeterli olacağı şeklinde verilen bir referans için bkz. DEK, s. 2 ve orada dñn. 3’de yer verilen açıklama; süre açısından ürün ve pazar koşullarına bağlı olarak tespitite bulunulacak olmakla birlikte, iki yıllık sürenin yeterli olacağı yönünde ayrıca bkz. AB Kılavuzu par. 11, dñn. 6.

<sup>50</sup> Örnek olarak bkz. Kurul’un 17.10.2000 tarih ve 00-39/436-242 sayılı *Arçelik* ve 11.06.2009 tarih ve 09-27/594-139 sayılı *Panel* kararı. Künyesi zikredilen ilk kararda Arçelik’in %53, rakibi olan Bosch’un ise %47 oranında, takip eden yılda ise anılan teşebbüslerin sırasıyla %54 ve %46 olmak üzere pazar payına sahip olduğu, bu sebeple Arçelik’in rakiplerinden bağımsız hareket edemediği gerekçesiyle hâkim durumda bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

ği ve hangi unsurları bünyesinde barındırdığı tartışmalıdır (DEK, par. 15-20). Bununla birlikte bu kavram oldukça geniş bir şekilde yorumlanmakta ve pazara girmek isteyen bir teşebbüsün önündeki her türlü güçlük bu kapsamda mütalâa edilmektedir. Bu konuda Kurul uygulamasından hareketle kapsamlı bir liste oluşturulabilir. İlk etapta ele alınması gereken, yasal giriş engelleridir: Lisanslar, yetkilendirme ve izin alma yükümlülükleri, fikri mülkiyet hakları ve pazara giriş ile çıkışı düzenleyen regülasyonlar giriş engeli olarak değerlendirilebilir. Keza somut olayın özelliğine göre idari engeller, pazar koşulları da (örneğin ölçek ekonomisi, yüksek batık maliyet, şebeke dışsallıkları gibi) teşebbüsün pazardaki konumunu korumasına ve pazara girişi caydırmasına yardımcı olabilir. Diğer taraftan önemli pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün (örneğin güçlü bir dağıtım sistemi, reklam harcamaları, marka tanınmışlığı, yüksek kaliteli ürünler gibi) davranışları veya performansı da pazara girişi diğer teşebbüsler açısından güç kılabilir<sup>51</sup>.

*Üçüncü ve son ölçüt ise*, alıcıların gücüdür. Davranışı incelenen teşebbüsün müşterileri görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterli ölçüde bilgi sahibi ve makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını oluşturmak şeklinde bir güce sahipse, müşterilerin alıcı gücüne sahip olduğundan söz edilebilir (DEK, par. 21). Dikkat edilecek olursa bu gibi bir durumda alıcı gücü, teşebbüsün rakiplerinden bağımsız hareket etmesini tamamen etkisiz hale getiren bir faktör olarak tezahür etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da davranışı incelenen teşebbüsün hâkim durumda olduğu söylenemez (DEK, par. 21). Hiç şüphesiz ki alıcı gücünün hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde oluşturduğu iddia edilen rekabet baskısının her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekir.

Yeri gelmişken ekleyelim ki Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi, birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olması halinde de uygulanabilir. Nitekim maddenin lafzında "*bir veya birden fazla teşebbüsün*" ifadesi zikredilmek suretiyle açıkça buna vurguda bulunmaktadır (RKHK 3, 6). Her ne kadar Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilmemişse de birlikte hâkimiyet, iki veya daha fazla teşebbüsün aralarındaki ekonomik bağlantılar dolayısıyla rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebildikleri halleri kapsamına almaktadır. Dikkat edilecek olursa birlikte hâkimiyet de tek başına yasaklanan bir durum değildir. Bu kavramla birden fazla teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullanmalarının hukukî denetimi sağlanmıştır. Önemli olan, birlikte hâkim durumda olan teşebbüslerin aralarındaki koordinasyon dolayısıyla tek bir ekonomik bütünlük gibi

<sup>51</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla Kurul, herhangi bir koşulu giriş engeli olarak nitelendirme noktasında isteksiz değildir. Bu sebeple giriş engelleri konusunda sınırlayıcı bir liste çıkartılabilmesi mümkün görünmemektedir. Fikir verebilmesi açısından örnek olarak bkz. Kurul'un 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı *Başarı Elektronik* kararı.

hareket etmesidir. Anılan ekonomik bağlantı, hükmün lafzına göre, anlaşmalarla veya birlikte davranışlarla söz konusu olabilir (karş. RKHK 4). Buradaki birlikte-lik, pazar yapısı sebebiyle pazar koşulları tahtında dahi tesis edilebilir.

Birlikte hâkimiyetin kötüye kullanılması çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Örneğin, kötüye kullanma müştereken yapılabileceği gibi, bireysel olarak da gerçekleşebilir. Diğer taraftan, birlikte hâkimiyet dışlayıcı veya sömürücü eylemlere de konu olabilir. Yine, kolaylaştırılmış eylemler de birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasının sürdürülebilirliğine katkı sağlayabilir. Kurul kararlarına bakıldığında bu kavramın sıklıkla kullanıldığı ve uygulamada önemli bir yere sahip olduğu aklı gelebilirse de kararlar dikkatli bir şekilde incelendiğinde, ihlale konu davranışın aslında Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi değil, 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır<sup>52</sup>.

### 3. Kötüye Kullanma ve Tasnifi

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin öngördüğü hukuka aykırılık ölçütü, kötüye kullanmadır. Kanun'da kötüye kullanma tanımlanmamış, yalnızca sınırlayıcı olmaksızın örneklerle bazı hallere işaret edilmekle yetinilmiştir. Bu sebeple kavramın içeriğinin doldurulmasının Kurul ve mahkeme uygulaması ile öğretiyeye bırakıldığı söylenebilir. Nitekim Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda kötüye kullanma; "*hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak, doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları*" şeklinde tarif edilmiştir<sup>53</sup> (DEK, par. 22). Dikkat edilecek olursa Dışlayıcı Eylem Kılavuzu, kötüye kullanma açısından anahtar kavram olarak tüketici refahına olan etkiyi temeline almıştır.

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilen tanım bir kenara bırakıldığında, Kanun koyucunun tercihi hukuk politikası açısından isabetli olmakla birlikte, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde örnek olarak zikredilen hallerin tam anlamıyla yol gösterici bir içeriğe sahip olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu durum, diğer bir ifadeyle hangi tür eylem ve/veya eylemlerin yaptırıma tâbi olduğunun bilinmemesi, hukuk güvenliği sorununu beraberinde getirmektedir. Ne var ki bunun

<sup>52</sup> Bkz. Kurul'un 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı *Roaming* kararı. Kurul, bu kararla ekonomik bağlantıların yalnızca pazar koşulları temelinde oluşabileceği görüşünü benimseyerek, birlikte hâkimiyetin oligopol problemiyle yapılan savaşta silah olarak kullanılabileceğini ortaya koymuştur. Kararda ekonomik bağlantıların tespiti için kullanılacak bazı koşullar örnek kabilinden sıralanmıştır. Ana hatları itibariyle bunlar: (i) pazarda az sayıda oyuncu olması, (ii) olgunlaşmış pazar yapısı, (iii) talepte durgun ve orta seviyede bir artış olması, (iv) düşük talep esnekliği, (v) yakın pazar payları ve (vi) pazar yapısının şeffaf olmasıdır. Birlikte hâkim durum bağlamında yapılan bir tasnif için örnek olarak ayrıca bkz. Kurul'un 25.03.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı *Yemeksepeti* kararı.

<sup>53</sup> Metindeki vurgular, anılan ifadelerle dikkat çekebilme amacıyla, tarafımızca eklenmiştir.



Türk hukukuna özgü bir sorun olduğu söylenemez. Benzer sorun, yukarıda işaret edildiği gibi, AB rekabet hukuku açısından da söz konusudur. Nitekim Dışlayıcı Eylem Kılavuzu da şeffaflığın tesisi ile hukukî güvenlik ve belirlilik sorununu bir ölçüde olsa hafifletebilmek adına hazırlanmıştır (DEK, par. 3).

Türk rekabet hukukunda her ne kadar Rekabet Kanunu'nda bu yönde açık ve pozitif bir ayırım yapılmamış olsa da kötüye kullanma, eylemlerin etkileri dikkate alınarak, prensip olarak *iki alt tasnif* altında ele alınmaktadır. Bunlar: Sömürücü ve dışlayıcı eylemlerdir (karş. DEK, par. 5). Bu tasnif, kötüye kullanma ve etkilerinin anlaşılabilmesi açısından da son derece önemlidir. Zira iki tip kötüye kullanma da birbirinden farklı özelliklere sahiptir. Bununla birlikte bazı hallerde incelenen davranışın hangi kötüye kullanma tipi içerisine girdiğini tespit etmek güç olabileceği gibi, davranışın her iki tip içerisinde ya da aynı tip içerisinde birden fazla ihlal tipi dâhilinde değerlendirilebilmesi de mümkün olabilir<sup>54</sup>. Bu sebeple anılan tasnifi mutlak ve kesin bir şekilde değerlendirmemek ve meselenin yukarıda ortaya konulan genel esas ve somut olay ekseninde ele alınarak ihlalin mevcut olup olmadığına odaklanmak gerekir<sup>55</sup> (DEK, par. 5 ve 22).

Şurasını belirtelim ki hâkim durumdaki teşebbüsün sömürücü eylemlerinin iktisadi açıdan etkinsizliğe yol açtığı ve rekabet hukuku aracılığıyla müdahaleyi gerekli kılan çok sayıda haklı sebebin mevcut olduğu söylenebilir. Zira rekabet hukukunun önlemeyi hedeflediği kamusal zararın ve tüketici refahına olumsuz etkide bulunduğu sabit olan sömürücü eylemlerin bu kapsamda olduğu noktasında duraksama yoktur. Anılan eylemlere müdahale edilmesi ile birlikte etkinsizliğe yol açan uygulamalar caydırılacak ve tüketici refahı da himaye edilmiş olacaktır<sup>56</sup>. Bununla birlikte rekabet hukukunda sömürücü kötüye kullanmaya konu olan eylemlere nasıl ve ne şekilde müdahale edilmesi gerektiği ve bir adım

<sup>54</sup> Durum bu yönde olmakla birlikte eylemin hukuken nitelendirilmesi faaliyetinin önemine dikkat çekilmesi gerektiği her türlü tartışmanın üzerindedir. Bazı ihtimallerde birden fazla ihlal tipi iç içe geçebilir ve ihlal sonucuna ulaşılabilmesi bakımından hukukî vasıflandırmanın niteliği önemsiz görünebilir. Hatta öyle ki bazı ihlal tipleri -birden fazla nitelendirmede bulunulmasına rağmen- temelde aynı ihlal senaryosunun farklı bir türü niteliğinde de olabilir. Diğer bir ifadeyle, bu ihtimalde ihlalin hukukî temeli aynıdır. Bununla birlikte ihlalin vasıflandırılmasının önem arz edebileceği senaryolarla karşılaşılması mümkündür. Zira kötüye kullanmaya konu oluşturan davranışın farklı şekilde nitelendirilmesi, eylemin unsurlarının/koşullarının ve etkilerinin birbirinden farklılaşması dolayısıyla -ispat faaliyeti de dikkate alınarak- sonuca doğrudan etki eden bir faktör görünümündedir. Örneğin yapılan şikâyet üzerine Kurul tarafından iddia konusu haline getirilenden farklı bir nitelendirmede bulunulması, soruşturma açılmamasına ya da açılan bir soruşturmada yaptırım uygulanmamasına sebebiyet verebilir.

<sup>55</sup> Nitekim Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilen ilke ve esasların tahdidi olmalarının amaçlanmadığı ve burada yer verilen hususların somut olayın kendisine has özellikleri dikkate alınarak uygulanacağına açıkça vurguda bulunulduğunu da eklemek gerekir. Bkz. DEK, par. 6.

<sup>56</sup> RKHK 6/2'deki örnekleyici hallere bakıldığında da bu sonuca rahatlıkla ulaşılabilir. Bkz. ve karş. RKHK 6/2-(b), RKHK 6/2-(c) ve RKHK 6/2-(e).

daha ileri gidilerek, yasaklanmasının gerekli olup olmadığı dahi oldukça tartışmalıdır<sup>57</sup>. Hemen söyleyelim ki bu sorun, Türk hukukuna özgü bir sorun niteliğinde olmayıp, birçok ülkede sömürücü uygulamalara müdahalenin gerekli olup olmadığı ve müdahale esaslarına ilişkin yaklaşım farklılıkları ve buna ilişkin tartışmalar varlığını sürdürmektedir. Dışlayıcı eylemlerle mukayese edildiğinde, her ne kadar şikâyet sayısı epey fazla olsa da ihlal tespitiyle sonuçlanan kararların sayısı oldukça azdır<sup>58</sup>.

Çalışmamızın mevzuat karşılaştırmasını temeline alması sebebiyle aşağıda

<sup>57</sup> Bu durumun temel sebebi, serbest piyasa ekonomisi ile ilintilidir. Örneğin hâkim durumdaki bir teşebbüsün yüksek fiyatla ancak düşük kalitede mal veya hizmet sunması, diğer teşebbüsler açısından piyasa sinyali olarak pazara girişi cezbedecek, bu da rekabeti artıran bir faktör olarak tezahür edecektir. Bu açıdan aksaklık şeklinde nitelendirilecek bu durumun müdahaleye gerek dahi kalmaksızın kendi kendine düzeleceği veya düzelmesi gerektiği düşünülebilir. Ne var ki mesele bu kadar basit değildir. *Bir kere*, sömürücü uygulamaların ihlali sonucuna ulaşmak kolay değildir. Üstelik, sömürücü uygulamalara müdahale ve bu müdahalenin etkinliği ile ilgili de pratik yönü ağır basan önemli soru işaretleri mevcuttur. Mesela fiyat stratejisi ile ilgili ihlaller bakımından ürünün ekonomik değerine kıyasla fiyatının ne zaman aşırı ya da ürün kalitesinin ne zaman düşük olduğuna dair soruların tatmin edici bir cevabı bulunduğunu söyleyebilmek ne yazık ki güçtür. Bu durum Kurul tarafından yapılacak müdahalenin esaslarını belirleme noktasında ciddi bir güçlüklerle karşı karşıya kalınmasına zemin hazırlayabilir. Dahası, Kurul'un bir fiyat denetim otoritesi olmaması ve yapılacak müdahalenin -prensipten- bir kereye özgü bir nitelik arz edecek olması dolayısıyla müdahalenin etkinliği de tartışmaya açık hale gelmektedir. Kurul'un somut olayın özelliğine göre sergilediği yaklaşımın farklılık arz edebilmesi de bu sonuçta etken olarak gösterilebilir. Bugün için bir ölçüde geride bırakılan bu gibi muhtelif tereddütler bir kenara konulduğunda, çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak burada sınırlayıcı şekilde sıralanmayan argümanlardan hareketle konunun; müdahalenin gerekliliği ile yöntemi (şekli) ve etkinliği olmak üzere *temel iki boyutu* bulunduğu söylenebilir.

<sup>58</sup> Sömürücü eylemler açısından da sınırlayıcı bir ihlal listesi hazırlanabilmesi mümkün değildir. Sömürücü uygulamalara ilişkin olarak en sık karşılaşılabilecek örnekler; başta aşırı fiyatlandırma olmak üzere, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sözleşmelerde kullanılan haksız şartlar ve yeniliğin engellenmesidir. Aşırı fiyatlandırma dışında kalan bahsi geçen ihlal tipleri Kurul uygulamasında kayda değer bir yere sahip değildir (fiyat dışı unsurların tek yanlı olarak belirlenmesi bağlamında tespit edebildiğimiz kadariyle incelenebilecek tek karar için bkz. Kurul'un 08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı *İzmirgaz* kararı). Aşırı fiyatlandırma ise temelde malın veya hizmetin maliyetinin oldukça üzerinde satılması anlamına gelen, bünyesinde müdahalenin nasıl ve ne şekilde yapılabileceği ile ilgili çok sayıda tartışmayı barındıran bir ihlal tipidir. Aşırı fiyatlandırmadan söz edilebilmesi için tekele yakın seviyede oldukça yüksek bir pazar gücü, Kurul'un müdahalesine imkân tanyacak bir regülasyonun mevcut olmaması ve -haklı bir sebebi olmaksızın- maliyetin oldukça üzerinde olan bir fiyatın mevzuatı gereği. Aşırı fiyat analizi açısından önem arz eden, fiyat ve maliyet analizi tahtında yapılan karşılaştırma doğrultusunda aşırı fiyatın nasıl ve neye göre takdir edileceğidir. Buradaki güçlük, hangi tip fiyatlandırmanın aşırı olacağı ve bu konuda yapılacak analizin somut olayın özelliklerine bağlı olması dolayısıyla net bir oran/eşik ve süre verilememesi ile ilgilidir. Aşırı fiyatlandırma ile ilgili çok sayıda şikâyet ve değerlendirme bulunmakla birlikte, halihazırda aşırı fiyatlandırma dolayısıyla Kurul'un yaptırım uyguladığı ve tartışmaları beraberinde getiren yalnızca üç (ve kesinleşen tek) ihlal kararı mevcuttur (bkz. Kurul'un 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı *Belko*; 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı *Tüpraş* ve 01.10.2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı *Sahibinden* kararları. Ekleyelim ki zikredilen son karar, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2019 tarih ve 2019/946 E. 2019/2625 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir).

konu, dışlayıcı eylemlerle hâkim durumun kötüye kullanılmasına dair somut bir bakış açısı oluşturulabilmesi gayesiyle ele alınmaktadır<sup>59</sup>.

#### 4. Dışlayıcı Kötüye Kullanma Halleri ile İlgili Genel Esaslar

Hâkim durumunu kötüye kullanacak bir teşebbüsün *temel amacı*, mevcut ve potansiyel rakipleri dışlayarak veya büyümelerini engelleyerek, pazar payını korumak ve giderek artırmaktır. Sömürücü kötüye kullanmadan farklı olarak, dışlayıcı kötüye kullanma hallerinde, genellikle ilk bakışta doğrudan tüketici refahında olumsuz bir etki gerçekleşmez. Hatta aşağıda değinilecek olan yıkıcı fiyatlandırma şeklindeki bazı uygulamalarda en azından kısa vadede tüketicinin bundan yarar sağlayacağı dahi söylenebilir. Ne var ki bu tip davranışlar rakiplerin veya alt pazardaki teşebbüslerin rekabetçi güdülerini olumsuz etkileyerek, orta ve uzun vadede piyasa dışına çıkmalarına ya da piyasaya yeni girişlerin engellenmesine sebep olarak piyasanın yoğunlaşmasına neden olabilir. Bu şekilde tüketici refahı da olumsuz etkilenmektedir. İşte bu sebepler dışlayıcı uygulamaların rekabet hukukunun kapsamına girmelerinin temel gerekçelerini oluşturmaktadır<sup>60</sup> (DEK, par. 8 ve 22 vd.).

Hemen ekleyelim ki Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin dışlayıcı eylemlere tatbiki açısından birtakım ön sorunlarla karşılaşılması mümkündür: *İlk akla gelen*, rekabetçi ve rekabet karşıtı dışlayıcı eylemlerin birbirinden ayırt edilmesindeki güçluktur. Hâkim durumda da olsa davranışı incelenen teşebbüsün rekabetçi davranması ve rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması rekabet hukukunun gerçekleşmesini arzu ettiği bir kurgudur. Zira ancak bu şekilde yoğunlaşmış piyasaların performansı arzu edilen seviyelere ulaşabilir. Ancak rekabetçi davranışlar da özleri itibarıyla rakiplerine zarar verebilir ve piyasa dışına çıkmalarına yol açabilir. Bu sorun rekabetçi ve rekabet karşıtı eylemlerin birbirinden ayırt edil-

<sup>59</sup> Hemen ekleyelim ki COVID-19 salgınının da etkisiyle yaşanan fiyat artışları ile ilgili -rekabet hukukunun uygulama alanını da dolaylı olarak ilgilendiren- farklı pozitif düzenlemeler de devreye girmiştir. Bu kapsamda Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ek 1. maddesi ile fahiş fiyat artışı, stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu'nun hukukî zemine kavuşturulduğunu, takiben bahsi geçen düzenleme ile anılan Kurul'un karar verme mekanizması ve yetkileri ile birlikte Ek 1. maddenin zaman ve konu itibarıyla uygulama alanını belirleyen Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin (özellikle bkz. m. 1 ve 3), yürürlüğe girdiğini eklemek gerekir. Çalışmamızın kapsamında ele alınmaması dolayısıyla bahsi geçen düzenlemelerle fahiş fiyat "artışı" ve stokçuluk eylemlerinin yaptırma bağlandığını belirtmekle yetinelim. COVID-19 döneminde yaşanan fiyat artışlarına müdahalenin hukukî çerçevesi ve Ek 1. madde hakkında genel değerlendirme için bkz. Kesici, B./Sorkun, A. F., 'COVID-19 Salgını Döneminde Gerçekleşen Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilebilir?', (Lexpera Blog, 08.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgin-doneminde-gerceklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/>> erişim 25.08.2020.

<sup>60</sup> Örneğin en çok kayırlan müşteri şartı ("MFC") marifetiyle dışlayıcı etki özelinde verilen bir karar için bkz. Kurul'un 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı *Yemeksepeti* kararı.

mesi gerektiğini göstermektedir. Aksi halde hâkim durumdaki teşebbüslere ait olan hareket alanının amaca aykırı şekilde daraltılması ve bilakis tüketici refahını artıran davranışların yasaklanması şeklinde bir sonuç ortaya çıkar ki bunun rekabet hukukunun *ratio legis*'i ile bağdaşır bir yönü bulunduğu söylenemez. Anılan davranışların birbirinden ayırt edilmesi noktasındaki *temel prensip* ise, yapılan maliyet analizi tahtında, hâkim durumda olan teşebbüs kadar verimli ve etkin şekilde işletilen rakip teşebbüsleri dışlayıcı davranışların kötüye kullanma olarak kabul edilmesidir. Şayet rakip verimli değilse, dışlayıcı eylemler kural olarak rekabetçi kabul edilmeli ve yasaklanmamalıdır. Nitekim Kurul da dışlayıcı eylemleri bu şekilde değerlendirmekte ve tesis ettiği kararlarda Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin rakipleri değil, bizzat rekabetin kendisini koruduğunu vurgulamaktadır<sup>61</sup> (DEK, par. 27 ve 28, istisnai karakterdeki muhtemel etki değerlendirmesi hakkında bkz. DEK, par. 29).

Dışlayıcı eylemler açısından temelde incelenen, davranışın kendine özgü koşulları ile pazardaki fiili ve muhtemel etkileridir. Bu etki, teşebbüsün hâkim durumda olduğu pazarda ortaya çıkabileceği gibi bu pazarla ilişkili başka bir pazarda da söz konusu olabilir. Değerlendirmenin esasını, teşebbüsün davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşısı piyasa kapamaya yol açıp açmadığı oluşturur. Davranış neticesinde tüketicinin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması veya engellenmesi şeklinde bir durum söz konusu ise rekabet karşısı piyasa kapamanın mevcudiyetinden söz edilir. Tüketici zararı; fiyat artışı, ürün kalitesi veya yenilikteki düşüş ya da mal ve hizmet çeşitliliğindeki azalma şeklinde tezahür edebilir. Somut olayın özelliği ve incelenen davranışın niteliğine göre atfedilebilecek önem değişebilecek olmakla birlikte, Kurul, rekabet karşısı piyasa kapamanın mevcut olup olmadığını ele alırken genel olarak; (i) hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu, (ii) ilgili pazardaki koşullar ile müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu, (iii) incelenen davranışın kapsamı ve süresi, (iv) fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller ve (v) dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı delilleri dikkate almaktadır (nitelendirme açısından büyük önem taşıyan genel esaslar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. DEK, par. 24 vd.).

Kurul'un hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen davranışına ilişkin olarak sunduğu "haklı gerekçe" iddialarını da dikkate aldığı önemle belirtmek gerekir. Dikkate alınacak haklı gerekçe savunmaları, nesnel gereklilik ve etkinlik başlıkları altında tasnif edilebilir:

<sup>61</sup> Kurul'un yapılan maliyet analizi sonrasında rakibin hâkim durumdaki teşebbüsle etkin şekilde rekabet edebileceğini tespit etmesi halinde, prensip olarak, davranışın rekabet ve tüketiciler üzerinde olumsuz etkide bulunmadığı kabulüyle müdahalede bulunmadığı, bununla birlikte rakibin pazardan dışlanma potansiyeli bulunduğunu tespit etmesi halinde ise diğer niceliksel ve/veya niteliksel delilleri göz önünde bulundurarak tespitlerini rekabet karşısı piyasa kapamaya ilişkin genel değerlendirmesine dâhil ettiği yönünde bkz. DEK, par. 28.

Nesnel gereklilik analizinde ilk etapta davranış ile korunan meşru bir menfaatin var olup olmadığı ve davranışın korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmadığı değerlendirilmektedir (DEK, par. 31). Diğer taraftan, davranışın nesnel olarak gerekli kabul edilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı kendisi dışındaki sebeplerden kaynaklanmalı ve teşebbüs anılan menfaati korurken rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamamalıdır. Davranışın meşru bir menfaati korumak için vazgeçilmez olduğunu ispat yükü hâkim durumdaki teşebbüse aittir (DEK, par. 31).

Etkinlik gerekçesi değerlendirilirken ise Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsten *dört koşulun* birlikte sağlandığını ispat etmesini beklemektedir. Buna göre: (i) etkinlikler davranışın sonucu olarak gerçekleşmeli ya da gerçekleşmesi muhtemel olmalı, (ii) davranış etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olmalı, (iii) davranış neticesinde ortaya çıkması muhtemel etkinlikler, davranışın etkilenen pazarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerini telafi etmeli ve (iv) davranış, fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmamalıdır<sup>62</sup> (DEK, par. 32).

Rekabet hukuku uygulamasında çok sayıda davranış dışlayıcı eylem kapsamında kabul edilmektedir. Bu kapsamda her bir eylem özelinde farklı analizlerin yapılması gündeme gelmektedir. Dışlayıcı eylemlerin ekseriyeti fiyatlamaya ilişkin uygulamalardır. Nitekim Kurul tarafından verilen kararların çoğunluğunun ana rekabet parametresi olan fiyatlama stratejileri ile ilgili olması da bu durumu açıkça tevsik etmektedir. Ayrımcı fiyatlandırma<sup>63</sup>, yıkıcı fiyatlandırma ve söz-

<sup>62</sup> Haklı gerekçe kavramı hakkında bilgi için bkz. DEK, par. 30-33; DEK’de yer verilen her bir kötüye kullanma hali açısından haklı gerekçe örnekleri için bkz. DEK, par. 48-49, 60, 63, 68 ve 81.

<sup>63</sup> Rekabet Kanunu’nda düzenlenen bir diğer ihlal tipi olarak ayrımcılığın; “*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*” şeklinde tarif edildiğini ekleyelim [RKHK 6/2-(b); alt pazara vurgu içeren bir ifade için bkz. DEK, par. 23; karşı par. 42]. Bahsi geçen tanım göz önüne alındığında, ayrımcı fiyatlandırmanın sömürücü uygulamalar da bu kapsamda olmak üzere, sözleşme yapmayı reddetme, fiyat sıkıştırması ve salt ayrımcılık gibi farklı şekillerde tezahür ettiği söylenebilir. Diğer taraftan, ayrımcılık konusunda genel bir yasağın ve tümüne dair yeknesak prensiplerin mevcut olduğundan söz edilemez (örnek olarak bkz. Kurul’un 20.04.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı *Sanofi Aventis* ve 23.02.2017 tarih ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı). Uygulama açısından rakiplerden en az birini diğer rakipler karşısında rekabette dezavantajlı duruma getirmesi şartının, dolayısıyla eylemin pazarda olumsuz bir etki doğurmasının arandığı örnek kararlar için bkz. Kurul’un 11.10.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı *Cine 5* ve 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı *Coca Cola* kararları. Bununla birlikte rekabetçi bir zarar oluşmamış olmasına rağmen RKHK 6’nın uygulanmasına ilişkin kararlar için karşı Kurul’un 23.09.2005 tarih ve 05-60/893-242 sayılı *IBOIAŞ* ve 11.01.2007 tarih ve 07-01/1-1 sayılı *İZOTAŞ* kararları). Kısaca değinelim ki ayrımcı fiyatlandırma; öğretilerde farklı tasnifler yapılmakla birlikte, temelde birinci seviye ve ikinci seviye olmak üzere *iki farklı şekilde* gündeme gelebilir. Birinci seviye ayrımcılıkta hâkim durumdaki teşebbüs doğrudan rakiplerini dışlamak amacıyla onların müşterilerine ayrımcı fiyatlandırma yapmaktadır. İkinci seviye ayrımcılıkta

leşme yapmayı reddetme en fazla kararın verildiği ihlal tipleri şeklinde tezahür etmektedir<sup>64</sup>. Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda karşılaşılan tüm ihlal tipleri ile ilgili ayrıntılı açıklamaya yer verilmemiş, genel esaslar bir kenara bırakılacak olursa, sık karşılaşılan ihlaller özelinde temel açıklamalarda bulunulmuştur (DEK, par. 34). Çalışmamızın pozitif eksende yapılan bir karşılaştırmayı konu alması dolayısıyla aşağıda yalnızca Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilen ihlal türleri doğrultusunda açıklamada bulunulmaktadır.

## 5. Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda Yer Verilen İhlal Tipleri

### a. Sözleşme Yapmayı Reddetme

Sözleşme yapmayı reddetme, hukukumuzda sözleşme özgürlüğünün; zorunlu unsur doktrini çerçevesinde rekabet hukukuna dayanılarak sınırlandırılabilceği hallerden biridir. Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilen ilk ve en sık karşılaşılan ihlal türlerinden olan bu eylem ile hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış şeklinde değerlendirilebil-

ise, hâkim durumdaki teşebbüs haklı bir neden olmaksızın müşterileri arasında muhtelif sebeplerle ayrımcı fiyatlandırma yaparak, alt pazardaki rekabeti kısıtlamaktadır. Kurul'un her iki ayrımcı uygulama kapsamında da tesis ettiği farklı kararlar mevcuttur. Bunların önemli bir bölümü ikinci seviye fiyat ayrımcılığı ile ilgilidir. Yine, kararların hâkim durumdaki teşebbüsün alt piyasada faaliyet gösterip göstermediğine göre kendi içerisinde de ikiye ayırdığı söylenebilir. Ayrımcılık kapsamında dikkat çekilmesi gereken *bir diğer nokta*, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde yer verilen "*münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması*" şeklinde tasvir edilen ayrımcılığın, uygulama alanının çok daha sınırlı olmasıdır [karş. RKHK 4/1-(e)]. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bahsi geçen ihlal tipiyle ilgili Türk öğretisindeki genel eğilim, ayrımcılığın, genellikle kartel anlaşmaları ya da hâkim durumun varlığına bağlı bir kötüye kullanma tipi olarak uygulanması gerektiği yönündedir. Bunun bir diğer sebebi, hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün tek tarafı olarak belirlediği ticari politikasının Rekabet Kanunu'nun kapsamında kabul edilmemesi şeklinde ifade edilebilir. Bu sebeple Kanun'un 4. maddesi bağlamında ayrımcılığın uygulama alanı oldukça sınırlı kalmıştır. Kurul tarafından tesis edilen karar sayısının az olması da bu durumu açıkça desteklemektedir.

<sup>64</sup> Çalışmamız kapsamında yalnızca Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda yer verilen ihlal tipleri ile sınırlı bir inceleme yapıldığı için bu noktada kısaca da olsa seçici fiyatlandırma kavramından söz edilebilir. Peşinen söyleyelim ki seçici fiyatlandırma ve ihlal niteliği, az sayıda Kurul kararının mevcudiyeti ve bu sebeple kesin bir yaklaşımın varlığından söz edilemeyeceği de eklendiğinde, rekabet hukukunda epey münakaşalı bir ihlal tipidir. Bununla birlikte Kurul uygulamasında seçici fiyatlandırmanın ihlal olarak nitelendirilebilmesi için ana hatlarıyla dile getirilebilecek *dört ayrı koşulun* varlığının gerekli olduğu söylenebilir. Bunlar: (i) teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması, (ii) hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini maliyetlerden bağımsız stratejik davranışlarla zorlaştırabilme olanağına sahip bulunması, (iii) pazarda yalnızca tek bir rakibin mevcut olması ve (iv) hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı bir amaçla hareket ettiği yönünde açık deliller bulunmasıdır (seçici fiyatlandırma bağlamında ceza tesis edilen tek karar için bkz. Kurul'un 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı *Anadolu Cam* kararı; ayrıca bkz. 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam* ve Kurul'un 17.11.2011 tarih ve 11-57/1477-533 sayılı *Trakya Cam* kararları).

mektedir<sup>65</sup> (DEK, par. 36). Bu yapılırken, teşebbüslerin yatırım ve yenilik yapma güdülerinde meydana gelebilecek azalma ve uzun vadede tüketicilerin aleyhinde sonuç ortaya çıkma riski dikkate alınarak, sözleşme yapmayı reddetme şeklindeki davranış Kurul tarafından özellikle kısa ve uzun vadeli etkileri birlikte değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılmaktadır (DEK, par. 37).

Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetlerle sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi, sözleşme yapmayı reddetme şeklinde tanımlanmaktadır (DEK, par. 38). Sözleşme yapmayı reddetme şeklindeki bu davranış, mal, hizmet ya da unsura ilişkin bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde söz konusu olabileceği gibi, potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddi şeklinde de gündeme gelebilir (DEK, par. 39). Dolayısıyla sözleşme yapmayı reddetme ile mal/hizmet vermeyi kesme özü itibarıyla aynı hukukî temele dayanmaktadır. Buradan hareketle -ihlalin nitelendirilmesinin önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle- sözleşme yapmayı reddetmenin diğer ihlal tipleri ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı ve hatta özünde aynıyet ilişkisi içerisinde bulunabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Diğer taraftan, sözleşme yapmayı reddetme şeklindeki davranış muhtelif şekillerde gündeme gelebilir. Bunlar; koşulsuz ya da koşullu reddetme, doğrudan reddetme ya da makul olmayan ertelemeler veya ürün arzının azaltılması ve makul olmayan şartlar ileri sürülmesi şeklindeki dolaylı davranışlarla reddetme ve hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakipleri veya kendisiyle rekabet etmeyen müşterilerine yönelik olmak üzere söz konusu olabilir (DEK, par. 40-42).

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda ihlal tespiti için *üç koşulun* birlikte var olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Bu kapsamda hâkim durumun mevcudiyetine ilâ-

<sup>65</sup> Türk hukukunda 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ("SMK") patentler ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilerek, zorunlu lisans kurumu temelinde patent sahibinin, patent kullanırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunmasına yönelik olarak Rekabet Kurumu'ndan talepte bulunulabileceği hukukî zemine kavuşturulmuştur [SMK 129/1-(e), 129/2 vd.]. Bahsi geçen düzenlemenin kanunla Kuruma tanınan yetkiler arasında zikredilebilmesi mümkündür (RKHK 27). Bununla birlikte, anılan düzenlemenin başvuru sahibi tarafından ne şekilde işletilebileceği ve Kurum'un bu konudaki yetkisi (ve bu yetkinin ne şekilde kullanılmasını gerektiği) birçok açıdan tartışmaya açıktır. Anılan tartışmalar hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Oğuz, E., 'Patent Sahibinin Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetleri Sebebiyle Zorunlu Lisans', Abuzer Kendigelen, Saibe Oktay Özdemir (eds.), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (On İki Levha, 2020). Bunun yanı sıra fikri ve sınai mülkiyet hukuku ile olan ilişkisi dolayısıyla özel bir sorun olarak SEP özelinde Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin ihlali ile ilgili olarak verilen güncel bir karar için bkz. Kurul'un 26.12.2019 tarih ve 19-46/790-344 sayılı *Philips* kararı.

<sup>66</sup> Sözleşme yapmanın reddi suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ihlal koşulların sıralandığı önemli kararlardan örnek olarak bkz. Kurul'un 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı *Roaming*; 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı *Kablo TV*; 22.12.2005 tarih ve 05-87/1199-348 sayılı *UMTH*; 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı *Türk Telekom/Tissad*;

veten; *ilk olarak*, reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı, *ikinci olarak*, reddetmenin, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı ve *üçüncü olarak*, reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel bulunmalıdır (DEK, par. 43). Bahsi geçen unsurlar hem sözleşme yapmanın reddinde hem de mevcut sözleşme ilişkisinin kesilmesi halinde aranır. Bununla birlikte halihazırda var olan bir ilişkinin kesilmesinde ihlal tespitinde bulunulması daha muhtemel görünmektedir. Bunun sebebi, mal veya hizmeti tedarik eden teşebbüsün buna özgü yatırım yapma ihtimali ve bu durumun vazgeçilmezlik değerlendirmesinde etken olarak dikkate alınabilmesidir (DEK, par. 45).

Önemle belirtelim ki Kurul, vazgeçilmezlik koşulunu ele alırken reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin şekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekliliğini değerlendirmektedir. Bu yapılırken hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilir bir gelecekte anılan unsuru etkin şekilde tekrar oluşturup oluşturmayacaklarını dikkate almaktadır. İlaveten Kurul, her dosya özelinde pazarın dinamik yapısını ve unsurun sağladığı pazar gücünün sürdürülebilirliğini de göz önünde bulundurmaktadır (DEK, par. 44). Diğer taraftan, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki payı arttıkça sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkma olasılığı artmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtı bulunması ve ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerinin ürettiği mal ya da hizmetlerle yakın ikame olması durumunda alt pazardaki etkin rekabetin kısıtlanmasının daha yüksek bir olasılık olduğu değerlendirilmektedir. Zira bu ihtimalde sözleşme yapmayı reddetme sonucunda etkilenen rakiplerin oranı ve bu davranış sonucunda pazarın kapatıldığı rakiplere yönelik talebin hâkim durumdaki teşebbüse kayma düzeyi yükselmektedir (DEK, par. 46). Tüketici zararının muhtemel olup olmadığı açısından yapılan değerlendirmede ise tüketiciler bakımından sözleşme yapmayı reddetmenin ilgili pazardaki olumsuz sonuçlarının, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin zaman içinde yaratacağı olumsuz sonuçlardan daha fazla olup olmadığı ele alınmaktadır<sup>67</sup> (DEK, par. 47).

---

05.06.2007 tarih ve 07-47/506-181 sayılı *Solmaz Mercan*; 19.09.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı *CNR/NTSR*; 02.12.2013 tarih ve 13-67/928-390 sayılı *Edirne Otogarı* ve 27.10.2016 tarih ve 16-35/604-269 sayılı *CNR-II* kararları.

<sup>67</sup> Sözleşme yapma talebinde bulunan teşebbüsün ticari kredibilitésinin bulunmaması, arzın kapasite sınırlarına bağlı olarak geçici olarak ya da tamamen durdurulması, çeşitli güvenlik gerekliliklerinin karşılanamaması, nesnel gereklilik; hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleriyle sözleşme yapması halinde yaptığı yatırımları karşılamaya yetecek bir getiri elde edememesi, yatırımlarını devam ettirmek için redde konu unsurdan belirli bir süre yalnızca kendisinin yararlanmasının gerekmesi, aksi halde yatırım güdüsünün olumsuz şekilde etkilenecek olması şeklindeki iddiaların etkinlik savunması bağlamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. DEK, par. 48-49.



## b. Yıkıcı Fiyatlandırma

Yıkıcı fiyatlandırma, hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünü korumak veya artırmak üzere mevcut veya potansiyel rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak, disipline etmek ya da rakibin rekabetçi davranışlarını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek, zarar etmeyi göze aldığı rekabet karşıtı bir fiyatlandırma stratejisidir. Bu yönüyle kısa vadede tüketici lehine olsa da orta veya uzun dönemde yüksek fiyat, düşük kalite ve tüketici tercihlerinin azalması gibi tüketici refahını olumsuz etkileyen yönlerinin mevcut olduğundan söz edilebilir (DEK, par. 50).

Yıkıcı fiyatlandırmada karşılaştırmaya konu olan, uygulanan fiyat ile maliyettir. Karşılaştırma sonucunda eşit etkinlikteki rakip teşebbüse piyasanın kapanmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirme konusu haline getirilmektedir<sup>68</sup> (DEK, par. 51). Yıkıcı fiyatlandırmadaki analizin *ilk aşamasını* hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışı ile kısa dönemde feragatte bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Buna göre, hâkim durumdaki teşebbüsün ilgili zaman diliminde üretim miktarının tamamı veya belirli bir kısmı için düşük fiyat uygulayarak aslında kaçınılabilecek olmasına rağmen zarar etmiş veya ediyor olması, feragatte bulunma şeklinde değerlendirilmektedir (DEK, par. 52). Zarar tespitinde ortalama kaçınılabilir maliyet (“OKM”) ölçütü kullanılabilir. Bu bağlamda Kurul, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından OKM’nin altında fiyatlandırma yapıldığını tespit etmesi halinde, diğer unsurların da varlığı kaydıyla, yıkıcı fiyatlandırma nitelendirmesinde bulunabilir. Üretimin tamamı veya bir kısmı için OKM’nin altında bir fiyat uygulandığı takdirde hâkim durumdaki teşebbüsün kaçınabileceği bir zarara katlanması söz konusu olmakta, dolayısıyla kısa vadede feragatte bulunarak, eşit etkinlikteki bir rakibin zarar etmeden müşterilere hizmet edemeyeceği belirlenmektedir (DEK, par. 53).

Bazı istisnai hallerde, özellikle pazarın koşullarından kaynaklanan durumlarda Kurul tarafından uzun dönem ortalama artan maliyet (“UDOAM”) dikkate alınarak da değerlendirme yapılabilir. UDOAM’ı karşılayamamak, hâkim durumdaki teşebbüsün söz konusu mal ve hizmetin üretilmesine ilişkin tüm maliyetleri geri almadığını ve pazarın eşit etkinlikteki bir rakibe kapatılabileceğini göstermektedir. Şayet fiyat UDOAM’ın üzerinde ise eşit etkinlikteki rakipler zarara katlanmadan faaliyetlerine devam edebileceklerinden yıkıcı fiyatlandırma şeklinde nitelendirilebilecek bir davranış yoktur<sup>69</sup> (DEK, par. 54).

<sup>68</sup> Yıkıcı fiyatlandırma ile ilgili çok sayıda şikâyet bulunmasının bir sonucu olarak Kurul tarafından tesis edilen çok sayıda karar mevcuttur. Soruşturulan teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına hükmedilen örnek bir karar için bkz. Kurul’un 01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı *UN Ro-Ro* kararı. Ayrıntılı değerlendirme içeren güncel nitelikteki bir diğer karar için bkz. Kurul’un 08.03.2018 tarih ve 18-07/111-58 sayılı *Çiçeksepeti* kararı.

<sup>69</sup> Bkz. yukarıda II/E/4 altında yapılan açıklamalar; ortalama kaçınılabilir maliyet, ortalama de-

Hâkim durumdaki teşebbüsün feragatte bulunup bulunmadığının tespitinde dışlama niyeti de dikkate alınmaktadır. Rakibin pazar dışına itilmesi, pazara girmesinin engellenmesi veya yeni bir pazarın ortaya çıkmasının önüne geçilmesi için feragatte bulunulduğuna ilişkin ayrıntılı plân gibi doğrudan delillerden yararlanılabilmesi mümkündür (DEK, par. 55). Bu kapsamda eklenmesi gereken *bir diğer husus*, düşük fiyatlandırmanın belli bir süre için kalıcı nitelikte olmasının gerekmesidir. Buna göre kısa dönemli düşük fiyatlandırmalar hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcılıktan farklı bir amacı bulunduğunu gösterebilir. Bu kapsamda peşinen belirli ve kesin bir süre verilebilmesi mümkün olmamakla birlikte, somut olayın ve ilgili pazarın niteliğine göre değerlendirmede bulunulması gerektiği kaçınılmazdır. İşte bu kapsamda yapılan değerlendirme ekseninde Kurul, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin farklı bir rasyonalitesi bulunmadığını değerlendirerek, niyet unsuru açısından vasıflandırmada bulunabilmektedir.

Ekleyelim ki yıkıcı fiyatlandırmaya bağlı olarak rakip teşebbüs veya teşebbüslerin fiilen pazar dışında kalması şart değildir. Hâkim durumdaki teşebbüsün rakibinin kendisiyle etkin şekilde rekabet etmesini engellemeyi ve bu şekilde rakibini tamamen piyasa dışına itmek yerine onun da kendi fiyat uygulamasını takip etmesini sağlamayı tercih etmesi de ihtimal dâhilindedir (DEK, par. 57).

Yıkıcı fiyatlandırma neticesinde hâkim durumdaki teşebbüsün yıkıcı davranışına son verdiği dönemdeki pazar gücünün söz konusu davranıştan önceki pazar gücünden fazla olacağı bekleniyorsa teşebbüsün feragatten yarar elde edebilecek bir durumda olabileceği ve böylelikle tüketici zararının ortaya çıkmasının muhtemel olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum Kurul'un yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarını anılan davranıştan önce geçerli olan seviyenin üzerine çıkarabilecek hale gelmesi durumunda müdahale edeceği anlamına gelmemektedir (DEK, par. 58).

Hâkim durumdaki teşebbüsün geçmişte yaptığı feragatin karşılığını oluşturmak üzere, eylemin bir diğer aşamasını oluşturan ve hâkim durumdaki teşebbüsün bu kez aşırı fiyatlandırma evresini betimleyen hasadın, yıkıcı fiyatlandırmanın zorunlu bir koşulu olup olmadığı tartışmalıdır. Kurul'un farklı şekilde tesis ettiği kararlar mevcuttur<sup>70</sup>. Burada yapılacak olan nitelendirme önemlidir. Zira

---

ğişken maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet kavramları hakkında bilgi için ayrıca bkz. DEK, par. 53-54, özellikle dpn. 11 ve 12.

<sup>70</sup> Kurul kararları incelendiğinde temelde her üç ihtimale göre de karar tesis edildiği anlaşılmaktadır: Hasat koşuluna yer verilmeyen bir karar için örnek olarak bkz. Kurul'un 24.06.2010 tarih ve 10-45/801-264 sayılı *Denizcilik İşletmeleri*; hasadın aranması gerektiği yönünde örnek kabildinden bkz. Kurul'un 29.03.2007 tarih ve 07-29/259-90 sayılı *Goldaş* ve 16.12.2009 tarih ve 09-59/1441-376 sayılı *Knauf*; hasadın kendisinin değil, önemli ölçüde gerçekleşme ihtimalinin ele alındığı bir diğer örnek karar için bkz. Kurul'un 04.03.2010 tarih ve 10-21/271-100 sayılı *Turkcell* kararları.

hasat, yıkıcı fiyatlandırmanın zorunlu bir koşulu olarak değerlendirilecek olursa, tüketicilerin ihlalden orta veya uzun vadede zarar görmediği, ancak rakiplerin pazar dışında kaldığı ihlallerin yaptırma tâbi olmaması şeklinde bir durum ortaya çıkacaktır. Çalışmamızın kapsamını dikkate alarak ve bu noktada ayrıntıya inmezsizin, yıkıcı fiyatlandırma bakımından hasadın yapılıp yapılmadığının değil, AB içtihadı paralelinde<sup>71</sup>, önemli ölçüde gerçekleşme ihtimalinin varlığının yıkıcı fiyatlandırma tespiti açısından yeterli olacağını belirtmek gerekir<sup>72</sup>.

### c. Fiyat (Marj) Sıkıştırması

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda bağımsız bir ihlal türü olarak ele alınan fiyat (marj) sıkıştırması, dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren ve üst pazarda hâkim durumda olan 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 faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek seviyede belirlemesi anlamına gelmektedir. Anlaşılabilirliği gibi, fiyat sıkıştırmasıyla; üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüs, üst pazar ürününün fiyatını yükselterek, alt pazar ürününün fiyatını düşürerek veya her ikisini aynı anda tatbik ederek, üst pazardaki ürün üzerinde sahip olduğu pazar gücünü alt pazara aktarmak suretiyle rekabetin kısıtlanmasına sebebiyet vermektedir (DEK, par. 61).

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'na göre fiyat sıkıştırmasının varlığını tespit açısından *dört koşulun* mevcudiyeti gereklidir<sup>73</sup>. Genel esaslara ilâveten *ilk olarak*, teşebbüs bir üretim zincirinde birbiriyle bağlantılı üst ve alt pazarlarda faaliyet göstermeli, *ikinci olarak*, üst pazar ürünü alt pazarda faaliyet gösterebilmek için vazgeçilmez olmalı, *üçüncü olarak*, teşebbüs üst pazarda hâkim durumda olmalı<sup>74</sup>, *dördüncü olarak ise*, üst ve alt pazar ürünleri arasındaki marj, üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyecek ve kalıcı şekilde faaliyet gösteremeyecek kadar düşük olmalıdır. Bu son koşul özelinde Kurul'un genellikle kullanacağı ölçüt, üst pazarda hâkim durumda

<sup>71</sup> Nitekim bkz. yukarıda dñn. 28'de zikredilen karar.

<sup>72</sup> Yıkıcı fiyatlandırmanın etkinlik sağlaması pek muhtemel değildir. Bununla birlikte Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsün düşük fiyatlandırma sayesinde ölçek ekonomileri elde ettiği ve pazarın büyümesiyle ilişkili etkinlikler sağladığı yönündeki iddiaları dikkate almaktadır. Bkz. DEK, par. 60.

<sup>73</sup> Özellikle telekomünikasyon sektöründe fiyat sıkıştırması konusunda çok sayıda şikâyet yapılmıştır. Önemli bazı Kurul kararları için örnek olarak bkz. Kurul'un 27.06.2008 tarih ve 08-41/556-209; 04.03.2010 tarih ve 10-21/271-100; 09.05.2012 tarih ve 12-25/728-208 sayılı *Turkcell* kararları. Ayrıca bkz. Kurul'un 03.07.2017 tarih ve 17-20/314-137 sayılı *Türk Telekom* kararı.

<sup>74</sup> Üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün alt pazarda hâkim durumda olması zorunlu değildir. Bununla birlikte bu husus fiyat sıkıştırması davranışının rekabeti kısıtlayıcı etkilerini artıran bir özellik olarak dikkate alınmaktadır. Bkz. DEK, par. 62.

bulunan teşebbüsün, alt pazar ürünü için hesaplanan UDOAM'ıdır<sup>75</sup> (DEK, par. 62).

#### d. Münhasırlık (Tek Marka) Anlaşmaları

Münhasırlık anlaşmaları, bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu ihtiva eden sözleşmeleri ifade eder (DEK, par. 64). Dikkat edilecek olursa münhasırlığın hukukî temelinde rekabet etmeme yükümlülüğü yer almaktadır. Bu sebeple münhasırlığın, özellikle dikey anlaşmalar özelinde ciddi bir uygulaması bulunmaktadır (RKHK 4). Bununla birlikte sağlayıcı konumundaki teşebbüsün hâkim durumda olması halinde Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin uygulama alanı bulması önünde de bir engel yoktur<sup>76 77</sup>.

Önemle belirtelim ki hâkim durumdaki teşebbüsle alıcı arasında münhasırlık hükmü içeren yazılı bir sözleşme bulunması zorunlu değildir. Sözlü anlaşmalar veya fiilen münhasırlık yaratabilecek hâkim durumdaki teşebbüs davranışları da bu kapsamda değerlendirilmektedir (DEK, par. 64). Münhasırlığın rekabet üzerinde olumlu etkileri (bedavacılığı önlemek, alıcıya düzenli ürün akışı ve sağlayıcıya düzenli bir satış kanalı sunmak, sağlayıcının ticari ilişkiye özgü yatırımında bulunma olasılığını artırmak ve markalar arası rekabete olumlu katkıda bulunmak vb.) bulunduğu gibi, olumsuz etkileri (rakiplerin gerekli kanallara erişimini engellemek ve hâkim durumdaki teşebbüse karşı etkin rakip olarak ortaya çıkma olanağını kısıtlamak vb.) de bulunmaktadır (DEK, par. 65-66).

Kurul, münhasırlık koşulu içeren anlaşmalarla ilgili olarak münhasırlığın pazarın kapatılması sonucunu doğurması halinde kötüye kullanma şeklinde değerlendirilebileceğine ilişkin bir yaklaşıma sahiptir<sup>78</sup>. Bu “etkinin” belirlenmesinde genel esaslara ilâveten Kurul tarafından hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu ile incelenen davranışın süresi gibi hususlarla birlikte; (i) incelenen

<sup>75</sup> Pazar koşullarının iddia konusu stratejiye sebep olduğu, üst pazar arzı ve alt pazar talebinde yaşanan değişimlerden dolayı marjın daraldığı ve/veya düşük fiyatla sunulan ürünün piyasaya yeni sunulduğu gibi hususlar haklı gerekçe olarak dikkate alınabilmektedir. Bkz. DEK, par. 63.

<sup>76</sup> Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi bağlamında ele alınan kararlar için örnek olarak bkz. Kurul'un 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı *Frito Lay*; 22.04.2005 tarih ve 05-27/9317-80 sayılı *Efes*; 10.09.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı *Coca Cola*; 15.05.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı *Algida* kararları.

<sup>77</sup> Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi bağlamında ele alınan kararlar için örnek olarak bkz. Kurul'un 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı *Karbobaz*; 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam*; 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı *Mavi Nokta* ve 16.02.2017 tarih ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki* kararları.

<sup>78</sup> Münhasır anlaşmaların pazar kapayıcı etkisi olup olmadığının belirlenmesi bağlamında ortaya konulan ölçütler hakkında bkz. Kurul'un 05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı.

davranışın kapsamı, (ii) ticaretin seviyesi, (iii) pazara giriş engelleri ve (iv) hâkim durumdaki teşebbüsün müşteriler açısından önemi ve münhasırlık süresi de dikkate alınmaktadır<sup>79</sup> (DEK, par. 67).

### e. İndirim Sistemleri

İndirim sistemleri, müşterilere belirli bir satın alma davranışında bulunmaları karşılığında sunulan fiyat indirimlerini ifade etmekte olup; ticari hayatın dinamik koşulları altında farklı görünümde ortaya çıkabilmekte ve yapıları, işleyişleri ve etkileri bakımından çeşitlilik göstermektedir (DEK, par. 69). Bu bağlamda Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'nda bağımsız bir ihlal türü olarak düzenlenen indirim sistemleri ile ilgili *en temel ayırım*, tek ürün indirimleri ile paket ürün indirimleri açısından yapılmaktadır. Buna göre herhangi bir indirim sisteminde indirimin kazanılabilmesi, tek bir ürünün satın alınması koşuluna bağlanmışsa tek ürün indirimlerinden; bahsi geçen satın alma koşulu birden çok ürünü veya pazarı kapsıyorsa, paket indirimlerinden söz edilmektedir. Yine, indirimin kapsamına ve yöneldiği kişiye yönelik olarak; geriye yönelik indirimler ile üst dilim indirimleri ve tüm müşteriler için geçerli standart satın alma hedefleri ile her bir müşterinin talebine göre kişiselleştirilmiş satın alma hedefleri söz konusu olabilmektedir (DEK, par. 70-71). İndirim sistemlerinin muhtelif olumlu yönleri (fiyatların düşmesi, çıktı düzeyi ve ürün çeşitliliğini artırmak, işlem maliyetlerini düşürmek, bedavacılığı önlemek gibi) mevcut olmakla birlikte, rekabet karşıtı piyasa kapama etkisine yol açabilmesi de ihtimal dâhilindedir<sup>80</sup> (DEK, par. 72).

Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'na göre tek ürün indirimleri açısından Kurul, belirli bir satın alma koşulu içeren ancak bu koşulun yerine getirilmesinin belirli bir referans dönemle sınırlandırılmadığı indirim uygulamalarını yıkıcı fiyatlandırma temelinde değerlendirecektir (DEK, par. 74). Geriye yönelik indirimlerin rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açması ise indirim hedeflerinin kişiselleştirilmiş olduğu, indirim oranı ve hedefinin tüketicinin ilgili referans dönemdeki toplam talebi içerisinde önemli yer tuttuğu ve özellikle de hâkim durumdaki teşebbüsün

<sup>79</sup> Münhasırlık bağlamında ticari ilişkiye özgü yatırımların varlığı, münhasır düzenlemelerin maliyetler üzerindeki azaltıcı etkisi veya yeniliklere olan olumlu katkısı şeklindeki hususlar haklı gerekçe iddiaları kapsamında dikkate alınabilmektedir. Bkz. DEK, par. 68.

<sup>80</sup> Toplu bir bakış için bkz. Kurul'un 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-98 sayılı *Frito Lay*; 02.06.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker*; 01.09.2005 tarih ve 05-53/809-219 sayılı *Microsoft I*; 03.01.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı *Amadeus*; 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı *Turkcell*; 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam*; 14.10.2010 tarih ve 10-65/1363-505 sayılı *Coca Cola*; 12.01.2011 tarih ve 11-03/42-14 sayılı *Seramik Yapıştırıcıları*; 30.03.2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Medya Grubu*; 13.06.2013 tarih ve 13-36/481-211 sayılı *Microsoft II*; 12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I*; 09.07.2015 tarih ve 15-29/427-13 sayılı *THY*; 23.02.2017 tarih ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* ve 16.02.2017 tarih ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki II* kararları.

rakiplerinin, her bir müşteri talebinin tamamı için kendisiyle eşit koşullarda rekabet edemedikleri durumlarda daha muhtemeldir (DEK, par. 75).

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan geriye dönük bir indirim karşısında rakiplerin müşterilerin talebinin rekabete açık kısmını kendilerine yönlendirebilmek için sunmaları gereken fiyatın UDOAM'ın üstünde olduğunun tespiti halinde, anılan müşteriler için eşit etkinlikteki rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsle etkin şekilde rekabet etmelerinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Etkin fiyat, OKM'nin altındaysa uygulanan indirim sisteminin, eşit etkinlikteki rakipleri söz konusu müşterilere yönelik rekabetten dışladığı sonucu meydana gelmektedir. Bir diğer ihtimal olarak etkin fiyat, OKM ile UDOAM arasındaysa eşit etkinlikteki rakiplerin pazara girişinin veya pazarda büyümesinin indirim sisteminden olumsuz etkilenip etkilendiği araştırılmaktadır. Bu bağlamda rakiplerin uygulanan indirim sistemine karşı koyabilecekleri gerçekçi ve etkili karşı stratejilerinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir (DEK, par. 76-78).

Paket indirimleri açısından yapılan analize gelindiğinde, burada yapılan değerlendirme, hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu pakete, rakiplerinin makul bir alternatif paket sunarak rekabet edebilmesinin mümkün olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir. Paketler arası rekabetin mümkün olduğu durumlarda ortaya çıkması muhtemel rekabeti kısıtlayıcı etkiler, yıkıcı fiyatlandırma ile benzer niteliğe sahip olacaktır (DEK, par. 79). Paketin tamamı için yapılan indirimin, paket içerisindeki ürünlerden herhangi birisine atfedilmesi durumunda söz konusu ürün için elde edilen etkin fiyat, ilgili ürüne ilişkin UDOAM'dan daha düşükse, eşit etkinlikteki rakiplerin indirim uygulaması karşısında rekabetten dışlandığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>81</sup> (DEK, par. 80).

## f. Bağlama

Bağlama şeklinde nitelendirilen ihlal türü ile genellikle bir ürünü (bağlayan ürün) hâkim durumdaki teşebbüsten satın alan müşterilerin bir başka ürünü (bağlı/bağlanan ürün) de aynı teşebbüsten almasını gerektiren durumlar kastedilmektedir (DEK, par. 82) [RKHK 6/2-(c); karş. RKHK 4/1-(f)]. Bahsi geçen bu uygulamalar, iki ayrı ürün olarak kabul edilebilecek ürünlerin entegre edilmesi suretiyle teknolojik bağlama şeklinde yapılabileceği gibi, sözleşmeler marifetiyle de gerçekleştirilebilir (DEK, par. 82). Uygulamada Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken Kurul tarafından özellikle; bağlayan ve bağlı/bağlanan ürünün iki farklı ürün olması ve bağlama uygulamasının

<sup>81</sup> İndirim sistemleri özelinde fiyatların düşmesi, çıktı düzeyinin ve ürün çeşitliliğinin artması, işlem maliyetlerinin düşürülmesi ve bedavacılığın önlenmesi şeklindeki haklı gerekçe iddiaları dikkate alınmaktadır. Bkz. DEK, par. 81.

rekabet karşıtı piyasa kapamaya sebebiyet vermesinin muhtemel olması dikkate alınmaktadır<sup>82</sup> (DEK, par. 86).

Şurasını belirtelim ki bağlama uygulamasının yokluğunda müşterilerin önemli bir kısmı bağlı/bağlanan ürünü almaksızın bağlayan ürünü almış ya da alacak durumdaysa Kurul, bu ürünlerin iki ayrı ürün olduğunu kabul etmektedir. Dışlayıcı Eylem Kılavuzu'na göre, bağlı/bağlanan ürün ve bağlayan ürünün iki ayrı ürün olup olmadığının tespitinde, tercih hakkı olduğunda tüketicilerin ürünleri ayrı ayrı aldığına yönelik doğrudan kanıtlar ya da pazarda bağlayan ürün almaksızın bağlı/bağlanan ürünün üretilmesinde ya da satışında uzmanlaşmış teşebbüslerin varlığı gibi dolaylı kanıtlardan istifade edilebilmektedir (DEK, par. 87).

Rekabet karşıtı piyasa kapama riskinin değerlendirmesi genel olarak varlığı aranan ölçütlere ilaveten; (i) hâkim durumdaki teşebbüsün söz konusu stratejiyi kalıcı hale getirdiği durumlar, (ii) teşebbüsün birden fazla ürün pazarında hâkim durumda olması, (iii) bağlı/bağlanan ürünün üretiminin ölçek ekonomisi niteliği taşıması, (iv) hâkim durumdaki teşebbüsün bağlayan piyasada uygulayabileceği fiyatların düzenlenmesi ve (v) bağlı/bağlanan ürünün bağlayan ürün müşterileri için önemli bir tamamlayıcı ürün niteliğinde olması dikkate alınmaktadır<sup>83</sup> (DEK, par. 88-93).

### III. Değerlendirme

Dışlayıcı eylemler marifetiyle hâkim durumun kötüye kullanılmasına özgülediğimiz bu kısa çalışmada; Rekabet Kanunu ve ABİHA, rekabet otoriteleri tarafından hazırlanan Kılavuzlar ve her iki hukuk rekabet otoriteleri ile mahkemelerinin ana hatlarıyla yansıtmaya çalıştığımız ilkel uygulamaları ekseninde yaptığımız karşılaştırma neticesinde ulaştığımız sonuçları sırasıyla aşağıdaki şekilde takdim edebiliriz:

1. ABİHA 102 ve RKHK 6, birer çerçeve hükümdür. Bu sebeple, karşı karşıya kalınan uyuşmazlıklarda ve özellikle teknolojik gelişmeler dolayısıyla geleneksel rekabet hukuku enstrümanlarının yetersiz kalabileceği izleniminin olduğu hallerde, hukuk güvenliği çekincesi saklı kalmak kaydıyla, farklı bir pozitif düzenleme yapılmasına ihtiyaç almaksızın, prensip olarak, hükmün esnek yorumuyla sorunların büyük ölçüde çözümlenebilme-

<sup>82</sup> Bağlama uygulamaları hakkında tesis edilen güncel tarihli örnek bir karar için bkz. Kurul'un 19.09.2018 tarih ve 18-33/555-273 sayılı *Google* kararı.

<sup>83</sup> Uygulamanın müşterilerin yararına olacak üretim ve dağıtım tasarrufları sağlaması, normalde pakette yer alan ürünleri ayrı ayrı almak zorunda kalacak olan müşteriler açısından işlem maliyetlerini azaltması, sağlayıcının bağlı/bağlanan üründen büyük miktarda üretmesi veya satın almasından kaynaklanan etkinliklerin yansıtılmasını sağlaması şeklindeki argümanlar Kurul tarafından dikkate alınmaktadır. Bkz. DEK, par. 94.

sinin mümkün olduğu söylenebilir. Nitekim hâkim durumun RKHK 3’de yer verilen tanımı da buna imkân sağlamaktadır. ABİHA 102 ve RKHK 6 özelinde yorum yapılırken çıkış noktalarından belki de en önemlisi, hükümün amacı göz önünde bulundurularak, geniş (esnek) yorum yapılmasıdır.

2. ABİHA 102 ve RKHK 6 karşılaştırıldığında ilk bakışta dikkat çeken farklılık, RKHK 6’da örnek olarak sayılan kötüye kullanma hallerinin daha fazla sayıda olmasıdır. Buna ilâveten muhtelif kötüye kullanma hallerinin maddi esaslarının da farklı şekilde düzenlendiği söylenebilir. Bu çalışmada inceleme konusu haline getirilmeyen bir ihlal türü olarak ayrımcılık, bu önermenin somut bir örneğidir. Bununla birlikte, dışlayıcı eylemlerin pozitif görünümü açısından ABİHA 102 ve RKHK 6 hükümleri birbiriyle büyük ölçüde örtüşmektedir.
3. AB Kılavuzu ile Dışlayıcı Eylem Kılavuzu arasında da muhtelif farklılıklar mevcuttur. Bunların temelde Kılavuzların sistematiği ile ihlallerin düzenlenme şekli ve içeriği olmak üzere *iki üst başlık* altında ele alınabilmesi mümkündür. Kılavuzların sistematiği açısından *temel farklılık*, ihlallerin düzenleniş şekli özelinde AB Kılavuzu münhasırlık ile başlamaktayken, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda sözleşme yapmayı reddetme ile başlangıç yapılmasıdır. Düzenlenme şekli açısından yaklaşıldığında ise ilk etapta dikkat çeken *dört farklılığın* mevcut olduğu söylenebilir: *İlki*, AB Kılavuzu’ndan farklı olarak, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda fiyat bazlı dışlayıcı uygulamalarla ilgili genel bir bölüme yer verilmemiş olmasıdır. Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda bu tür genel bir bölüme yer verilmesi yerine, her bir ihlal türü altında buna özel açıklamalarla fiyat bazlı uygulamalarla ilgili genel bir perspektif oluşturulmaya çalışılmıştır. *İkincisi*, AB Kılavuzu’nda münhasır satış ve indirim sistemleri münhasırlık başlığı altında ve birlikte düzenlenmekteyken, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda her iki ihlal türü ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. *Üçüncüsü ise*, paket indirimlerinin AB Kılavuzu’nda bağlama ve paketleme şeklinde birlikte düzenlenmekteyken, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda indirim sistemleri başlığı altında değerlendirilmesidir. Nihayet *dördüncüsü*, sözleşme yapmayı reddetme ve marj sıkıştırmasının AB Kılavuzu’nda farklı olarak, ayrı ayrı düzenlenmesidir. İhlallerin maddi esasları, diğer bir ifadeyle, içeriğinin düzenlenmesi ile ilgili de muhtelif farklılıklar bulunmaktadır. Bir kere, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda marj sıkıştırması ve münhasırlığın koşulları daha ayrıntılı düzenlenerek, münhasırlık özelinde fiili uygulamalarla da rekabetin ihlal edileceğine açıkça yer verilmiştir. Diğer taraftan, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda yıkıcı fiyat ve indirim sistemleri hakkında daha ayrıntılı değerlendirmede bulunulmuştur. Yine, dil ve ifade şekli açısından bazı ihlal tiplerinin Dışlayıcı Eylem Kılavuzu’nda daha akıcı şekilde düzenlendiği de eklenebilir.



Her bir ihlal tipinin düzenlenme şekli ve içeriği ile ilgili ana esasları yukarıda çizilen bu farklılıklara rağmen, Dışlayıcı Eylem Kılavuzu özellikle rekabet karşıtı piyasa kapama ve haklı gerekçe analizi dâhil olmak üzere, genel esaslar ve ihlal tipleri özelinde AB Kılavuzu ile uyumlu olup; çok büyük ölçüde bahsi geçen Kılavuz'un tercümesine dayanmaktadır. Dolayısıyla her iki hukuk sisteminin pozitif açıdan dışlayıcı eylemlerle hâkim durumun kötüye kullanılmasına olan bakışının aynı ekseninde olduğu rahatlıkla dile getirilebilir.

4. Her iki metinde düzenlenen ihlal türlerinin sınırlayıcı şekilde sayılmaması ve rekabet hukukunun içtihadî bir alan karakterinde olduğu dikkate alınarak, Komisyon ve Adalet Divanı uygulamasının takip edilmesinde rekabet otoritelerinin uygulamalarının yeknesaklaştırılması açısından büyük fayda bulunmaktadır. Kuşkusuz ki bununla kastedilen AB rekabet hukukundaki her gelişmenin ve geçmişten farklı olarak ortaya konulan yeni yaklaşımların, doğrudan ve peşin bir yaklaşımla Türk hukuk mevzuatına dâhil edilmesi değil, uygulama öncelikleri dikkate alınarak, olumlu yönlerden istifade edilmesidir. Bu durum ekonomik analiz ve RKHK 6'nın hukukî analizindeki fikri takip yanı sıra, özellikle yeni ihlal türlerine olan yaklaşım ve dijital piyasalar açısından rekabet hukuku ihlallerine yönelik kazanılması gerekli olan perspektif bakımından büyük önem arz etmektedir. Böylelikle mehz hukuk olarak nitelendirilebilecek AB rekabet hukukundaki farklılıkların, rekabet otoritelerinin uygulamaları ekseninde Türk rekabet hukuku ile tam anlamıyla uyumlu hale gelmesi sağlanabilir. Nitekim Rekabet Kurulu, kararlarında Komisyon ve Adalet Divanı uygulamasını takip ettiğinin sinyallerini açıkça vermektedir.
5. Uygulamanın yeknesak hale gelmesini tamamlayabilecek bir diğer husus, mevzuat hazırlık çalışmalarının takibidir. Mevzuat takibi, bütüncül, diğer bir ifadeyle Rekabet Kanunu'ndaki diğer yasaklayıcı ve usule ilişkin önemli mekanizmalarla birlikte, sürekli ve sistematik olarak gerçekleştirilmesi gereken bir faaliyettir. Rekabet Kanunu'nda yapılan son değişiklikler, bu zincirin son halkasıdır. Bununla birlikte AB rekabet hukukunda teknolojik gelişmelerin (örneğin yapay zekâ ve algoritma kullanılması gibi) ve dijital piyasalar ile bu piyasalardaki aktörlere uygulanması gereken rekabet hukuku enstrümanlarının yeterliliğinin tartışılmaya başlandığı bu dönemde, yeni rekabet hukuku araçlarının ve bu minvalde yürütülmekte olan mevzuat hazırlık materyallerinin takip edilmesindeki fayda her türlü tartışmanın üzerindedir. Bu sayede Türk mevzuatına uygunluk arz ettiği ölçüde genelde dışlayıcı eylemlerle ilgili temel yaklaşımın, özelden ise dijital piyasalar kapsamında ortaya konulan bu yeni araçların ya da yaklaşımların yürütülecek yeni regülasyon faaliyetleri veya mevcut düzenlemelerde öngörülecek

revizyonlar marifetiyle Türk hukuku mevzuatına kazandırılması yolundaki adımların atılabilmesi mümkün hale gelmiş olur.

6. Mevzuat ve uygulamanın eş zamanlı olarak takibi ile birlikte, Rekabet Kanunu'nun diğer yasaklayıcı hükümlerinde olduğu gibi, ihlalin hukuken nitelendirilmesi ve hukuk güvenliği ile belirliliğin sağlanabilmesi adına, her bir ihlalin tâbi olacağı koşulların net bir şekilde tespit edilebilmesi sağlanabilir. Bu bağlamda başta AB mevzuatı ve tatbikatının eş zamanlı şekilde takibi gelmek üzere, sık karşılaşılan dışlayıcı eylemler göz önünde bulundurularak, Rekabet Kurulu'nun ve yargı tatbikatının 20 yılı aşkın birikiminin yansıtıldığı -Kılavuz'un mevcut halinde yer verilmeyen ihlal tiplerini de ihtiva eden- her bir ihlalin maddi esasları ve Kurul'un yorum şeklini daha kapsamlı şekilde yansıtan özgün bir mevzuatın yürürlüğe konulması mümkün olabilir.

### Kaynakça/References

- Kesici B./Sorkun A. F., 'COVID-19 Salgını Döneminde Gerçekleşen Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilebilir?', (Lexpera Blog, 08.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçekleşen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-şekilde-mudahale-edilebilir/>>, erişim 25.08.2020.
- Kesici B., *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha, 2017).
- Oğuz E., 'Patent Sahibinin Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetleri Sebebiyle Zorunlu Lisans', Abuzer Kendigelen, Saibe Oktay Özdemir (eds.), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (On İki Levha, 2020).
- Sönmez N. S., 'Standart Essential Patent (SEP) Issue Under the Article 102 of the TFEU', (2015) 47 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 63.