REKABET HUKUKU

10.02.2017-

Rekabet kelimesinden başlayalım. Rekabet kelimesi sempatik bir kavram olmamakla birlikte bir hukuk düzeni ile korunmaktadır. En geniş hali ile rekabet neyi korur? Rekabetin kendisi adil olmayı teşvik etmez. Rekabetin kontrol edilmesi gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırı sonuçlar doğabilmektedir.

Rekabet; verimliliği, üretimi ve çabayı artırır. Kaliteyi artırır. İnovasyonu ve yenilikçi yaklaşımları teşvik eder. Tekelciliği engeller, tekelcilik fiyatı artırır. Seçim yapma alanını genişletir, çeşit artar. Rekabetin bizatihi kendisi bir erdem değildir. Rekabet nihai bir amaç için kullandığımız bir araçtır. Bu araç, bizi bir hedefe götürür. O hedef vasıtasıyla da bir ana amaca gidebiliriz. Araç-hedef-amaç ilişkisi söz konusudur. Hukuk politikası mantığı ile baktığımızda rekabetin bir maşa olduğunu görürüz. Maşanın ana amaç gibi göründüğü haller karşımıza çıkabilir. Örnek olarak, iki tane son derece küçük pazar payı olan şirket var. Bunlar birbirleriyle bir ortak geliştirme sözleşmesi yapmışlar, bilgi değişimi yapıyorlar ve bu sayede daha iyi ürün üretiyorlar. Aynı pazardaki başka bir teşebbüs rekabete aykırı davranıldığı gerekçesiyle şikayette bulunuyor. Burada, pazar payı, ürünlerin tüketici refahına katkısı, diğer teşebbüslerde sebep olacakları motivasyon gibi etkenlere bakarak karar vermek gerekecektir.

Rekabet bir araçken, iktisadi etkinlik sağlanması bir hedef ve refahın ençoklaştırılması (maksimizasyon) ise amaçtır. Rekabeti korumak suretiyle iktisadi etkinlik gerçekleştiriliyor ve böylece refah artırılıyor. Fevzi Hoca'ya göre tüketici refahının (consumer welfare), Mehmet Hoca'ya göre toplumsal/toplam refahın (total welfare) ençoklaştırılması ana amaçtır. Toplam refah derken üretici refah fonksiyonunun da göz önüne alınması gerekir. Rekabeti körükleyeceğiz, rekabeti körükleyen tercihleri dosya bazında kullandığımızda iktisadi etkinlik amacına hizmet ettiğimiz ölçüde zaten refah açığa çıkacaktır. Rekabet hukuku, rekabetin korunması suretiyle iktisadi etkinliği hedefleyerek toplam refahı ençoklaştırmayı amaçlayan hukuk disiplinidir.

'Bilmediğini varsayma'.

İktisat bir altyapı kurumudur, hukuk bir üst yapı kurumudur. İktisat, insanlar arası ilişkide doğal bir gerçekliktir, hukuk insan yapısıdır, sübjektiftir. Hukuk aracılığı ile ekonomiye müdahale ederken tereddütlü davranmak gerekmektedir. Aksi takdirde şöyle durumlar yaşanacaktır. Diyelim ki bir şikayetçi geldi ve bir teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırma yaptığını ileri sürdü. O kadar düşük fiyatlandırma yapıyorlar ki benim maliyetlerimin de altında fiyat veriyor, ben batıyorum ve böylece rekabet eksilecek, zaten 3 şirketiz ben piyasadan silineceğim ve üçten ikiye düşülecek. İlk bakışta, şikayetçi haklı gibi görünebilir ancak olmaması lazım çünkü şikayetçi şirket piyasada çok etkisiz olabilir, yıkıcı fiyatlandırma yapan şirket daha iyi üretim teknikleri geliştirmiş ve ürünleri daha ucuza mal ediyor olabilir. Bu sayede daha iyi fiyat veriyor olabilir. Tüketici, aynı hatta daha iyi kalitede ürünü daha ucuza alıyor olabilir. Yani, birçok etkenin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir kısaca.

Verimlilik ve etkinlik kavramlarını birbirinden ayıralım. Verimlilik (productivity), üretkenlik anlamında düşünülebilir, çıktı (output) artacak yani. Etkinlik ise o çıktının

sağlanması için ne kadar kaynak ayrıldığı ve o kaynakların ne kadar etkili kullanıldığı meselesidir. Kıt kaynakların yerli yerinde kullanılması meselesidir. İktisadi etkinliğin 3 türü mevcuttur:

Maliyet etkinliği (cost efficiency)

İnovatif (dinamik) etkinlik (inovative/dinamic efficiency)

Dağılım etkinliği (distribution efficiency)

Dağılım etkinliği, kaynak alokasyonuyla alakalıdır. Yani zaten belli bir kaynak var, bu kaynağın alokasyonunu değiştirmek suretiyle çıktıyı artırmak, kaynakların en iyi, en etkin şekilde dağıtılması meselesidir. Dağılım etkinliğinin ana noktalarından bir tanesi fiyat konusudur. Tekel olan teşebbüs, istediği gibi fiyata yüklenebiliyor. Fiyata yüklendiği zaman dağılım etkinliğinde bir sıkıntı ortaya çıkıyor. Fiyat, dağılım etkinliğinin bir parametresidir. Fiyat ile dağılım etkinliği arasında nasıl bir ilişki var? Dağılım etkinliği, kaynakların toplumda doğru kullanılmasıydı. Belli bir kaynak ayrılıyor ve belli bir mal alınıyor. Ayrılan kaynak paradır genellikle. Ayrılan para ile söz konusu mal artık alınamadığında bir dağılım etkinliği sorunu var demektir. Örnek olarak, Tekin Acar, Sevil Parfümeri ve diğerlerinin Bebek Oteli lobisinde buluşup, beraber karar vererek fiyatları yükseltmesini verdik. Malın maliyeti artmamasına rağmen daha çok para ödeniyorsa dağılım etkinliği sorunu vardır, birisi tüketiciden para çalıyor demektir.

ABD'de rekabet hukuku ihlallerinin karşılığı hapis cezasıdır. Son zamanlarda, hapis cezasının süresi de 9 aydan ortalama 21 aya çıkartıldı. Buradan, rekabet hukukundaki trendler, rekabet hukukunun yumuşaması üzerine gitmediği; iyice sert, iyice sopalı hale geldiği sonucuna varıyoruz. ABD'de rekabet hukuku ihlalinde bulunan kişi kırmızı bültenle bile aratılabiliyor. Peki neden ABD'de hapis cezası veriliyorken Türkiye'de idari para cezası veriliyor? Liberal ekonomiye hükmeden rejim ne kadar serbest piyasa ekonomisi ise rekabet hukuku da o kadar tedirgin ve eli maşalı olacaktır. ABD'de her şey serbest piyasa ekonomisi üzerinde döner. Serbest piyasa ekonomisinin sonuna kadar desteklenmesiyle daima iyi bir şeyin açığa çıkacağı, iyi bir şey açığa çıkmıyorsa da bunun iyisi olduğu düşünülür. Gelir dağılımı adaletsizliğinde en yüksek uçurum ABD'de ve bunu en az dert eden ulus da yine ABD'dir. Adam Smith, insan faktörünü dışlamıştır. Adam Smith'ten sonra insan faktörünü iktisadın içine sokan kişi John Nash'tir. Game theory, tamamen insan düşünüş biçimlerini iktisat biliminin içine entegre etmek üzere kurulmuştur ve ayakları yere basan bir kuramdır. Adam Smith'in dediği her şey modelde doğrudur ancak insan çakaldır. Dolayısıyla, uygulamada yansımasını görmek zordur. Teşebbüsler bir araya geliyor ve mekanizmalar kuruyorlar. Örnek olarak, Maya Soruşturması, kartel kurulmuş, kartel ombudsmanı kurulmuş, kartel ombudsmanı karteli dolandırmaya çalışanları yakalıyor, onlara fark faturası, ceza kesiyor, bu ombudsmanın bir maaşı var ve maaş karteldeki teşebbüsler tarafından ortaklaşa ödeniyor.

Toplum refahı (societal welfare) olarak bakacak olursak, hem üretici refah fonksiyonunu hem tüketici refah fonksiyonunu barındırır. Tüketici refahı olarak bakarsak, durum farklıdır. Bir birleşme/devralma olayı düşünelim. Taraflar bir devralma işlemi yapmaya karar verdiler. Rekabet otoritesinden izin alacaklar (Migros'un Kipa'yı devralmasına izin verildi bu arada). Örnek olarak, Boyner'in YKM'yi devralması bölümlü mağazacılık piyasasında önemli bir değişiklikti. THY, Havaş ile joint venture kuracağı zaman acaba Çelebi'nin hali ne olacaktı gibi örnekler çoğaltılabilir. Boyner-YKM, Migros-Kipa örnekleri yatay, yani birbiriyle yatay düzlemde, aynı alanda rakip olanlar birbirini satın

alıyor. THY-Havaş örneği ise dikey, yani biri diğerinden hizmet alıyor ama artık joint venture kuruyorlar, bu joint venture'ın dışında kalan biri daha var, biz de onunla aynı alanda hizmet veriyorduk, rekabet ediyorduk diyen var. Turkish Do&Co bakımından da aynı şey var, Turkish Do&Co, THY tarafından alınmadan evvel Avusturya firmasıyken THY aslında başkalarından da hizmet alıyordu. Bir de bunun diğer tarafı var, Pegasus, OnurAir'i falan da etkileyen tarafı var. Ancak bu duruma hemen rekabet ihlali olarak yaklaşmamız gerekmez. THY'nin hizmet kalitesi artacağından rekabet bakımından diğer firmaların da hizmet kalitesini artırması gerektiğinden söz edilebilir, birçok etken vardır. Örneğimize dönecek olursak, devralma işlemi yapılıyor. Maliyet etkinliği çok yüksek. Maliyet etkinliği ne demek, maliyetleri düşürebiliyor, düzenleyebiliyor. Hesaplanabilir bir maliyet etkinliği söz konusu. Bizim ikimizi bir araya getirin, AR-GE departmanlarının etkinleştirilmesi sonucu şu kadar tasarrufumuz olacak deniyor. Yansıma yolu ile maliyet kurtarılması dolayısıyla şu soruyu sorup sormadığımıza göre amaç perspektifimiz şekillenecek. Maliyetler düşürülürken üretici mi zenginleşecek, yoksa fiyatlar mı azalacak? Bu devralma işlemi sonrasında maliyetlerde azalma görülecek ve bu sayede fiyatlar mı azalacak? Yoksa sadece maliyetler mi azalacak? Tüketiciye yansıyacak mı dersek derdimiz tüketici refahıdır. Maliyet etkinliği burada bizim için tüketici refahının bir amacıdır. Maliyet etkinliği tek başına burada bizi çok da etkilemez. Diğer yandan, maliyet etkinliğinin kendisinin iyi bir şey olduğu düşünülüyorsa (Mehmet Hoca gibi) toplam refah önemseniyordur. Rekabet hukukunun haddi geliri tekrar dağıtmak değildir, rekabet hukukunun haddi refah pastasını ençoklaştırmaktır. Bundan sonra vergi gibi araçlarla bu gelir tekrar dağıtılabilir. Maliyet etkinliğinin kendisi iyi bir şey ise pastayı büyütüyoruz çünkü sonuç olarak bir etkinlik var. Ayrıca, dış kulvardan en kıymetli varlık yani inovatif etkinlik geliyor. En kıymetli varlığımızdır, her şeyimizdir, refahın dibidir. İnovasyon her şeydir; maliyet etkinliği, dağılım etkinliği falan çay kaşığı ile refah dağıtıyorsa inovatif etkinlik kepçe ile refah dağıtır demiş Mehmet Hoca. Bilgi bilgiyi getiriyor, o bilgiyle yepyeni ürünler çıkıyor ve böylece o bilginin açığa çıkardığı şeyden de refah ortaya çıkıyor. Bu refahı korumak rekabet hukukunun en önemsediği konulardan bir tanesidir, inovatif etkinlik.

Rekabet Hukuku, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 6 ve7. maddesi üzerine kurulmuştur. Operatif olarak bazı eylemleri yasaklayan maddeler bunlardır. Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarından hukuka aykırı olanlar 4.maddede, hakim durumun kötüye kullanılması 6.maddede, yoğunlaşma işlemlerinin kontrol edilmesi ise 7.maddede düzenlenmiştir. Burada mesele, yani pazarları rekabetçi yönden eksiklendirebilecek konu, pazardaki birden fazla oyuncunun birbirleriyle anlaşma yapmak suretiyle, uyumlu eyleme girmek suretiyle veya bir teşebbüs birliği kararı suretiyle iradelerini uyumlaştırması meselesidir (Tekin Acar örneği gibi). Anlaşma derken sözleşme gibi bir şey anlamayız, yazılı ve imzalı bir yapıyı anlamayız. İradelerin uyuşmasını anlarız. Uyumlu eylem ise anlaşma düzeyine varmayan işbirliğidir. Bu yönüyle uyumlu eylemler tehlikeli olabilecek, rekabeti kısıtlayıcı sonuçları olabilecek ve her şartta birden fazla pazar oyuncusunun iradesinin uyumlaşmasına yol açan bir eylemdir. Teşebbüs birliği kararı ise bir çatı teşebbüsün olduğu noktadır. 4.maddede dualite, birden fazla iradenin olması, söz konusudur. Birbirleri ile rakip halde olan teşebbüslerin iradelerinin uyumlaşması söz konusudur. 6.maddede ise bir tane teşebbüs vardır ancak çok kuvvetlidir. Teşebbüs, aynı kontrol ilişkisi içerisinde olan ve iktisaden de tek bir birim şeklinde davranan her bir üniteye denir. Belli bir holding, tüm bağlı şirketleriyle beraber tek bir teşebbüs sayılır. Dolayısıyla, o holdingin %100 ortaklığı olan şirketlerinin birbirleri ile yaptıkları anlaşmaları vs. rekabet ihlali olarak değerlendirilmez çünkü tek bir teşebbüs var aslında.

Çok kuvvetli ve bir tane olan teşebbüse özel pozitif yükümlülükler getirilmiştir. Ayrımcılık yapılmaz, mallar birbirine bağlanamaz gibi. 4.maddede serbest piyasa ekonomisine müdahale etmek daha zor bir iştir, burada pek olmaz. Serbest piyasa ekonomisi burada daha kolay korunabilir. 6.maddede ise hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olarak özellikle agresif uygulamaya girilirse çok kolay yanlış yapılabilir. Serbest piyasaya müdahale bu durumda çok kolay olabilmektedir. Tekil irade vardır. 7.maddede ise daha ayrı bir yapı, daha ayrı bir tavır vardır. Birleşme ve devralma (yoğunlaşma-concentration) gibi yapısal işlemler suretiyle piyasada yapısal bir değişiklik yapılması söz konusu olur. Belli koşullar altında rekabet otoritesinden izin alınması gerekir. 4 ve 6. maddede ortak özellik polislik yapılmasıdır. 7. maddede ise daha farklı bir durum vardır. Daha bir işlem yapılmadan evvel ben buna izin vereyim mi vermeyeyim mi diye bakılır.

17.02.2017-

Hakim durumun kötüye kullanılması anlatılacak. Yani, 4054 sayılı RKHK'nın 6.maddesi ve Roma Anlaşması'nın şu andaki versiyonunun 102.maddesinde düzenlenen yasaklanmış bir eylem türü anlatılacaktır.

Türk Rekabet Hukuku'nun temel yürürlük kaynağı 1994'te yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur. Bu kanunun kaynağı AB düzenlemeleridir. Bu kanunun yanı sıra tebliğler ve yönetmelikler mevcuttur. Yönetmelikler, daha çok Rekabet Kurumu'nun işleyişi ve cezalarla ilgilidir. Rekabet Kurumu'nun çıkardığı tebliğler maddi rekabet hukukunun bir parçasıdır. Özellikle, dikey anlaşmaların tabi olduğu muafiyet rejimi ile ilgili olarak yayımlanmış tebliğler mevcuttur. Bunlardan en önemlisi 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Tebliği'dir. Bir sektörde pazarın değişik düzlemlerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan sözleşmeler ve bu sözleşmelerde yer alan rekabeti kısıtlayıcı kayıtlara yöneliktir. Örneğin, üretici ile toptancı arasında olduğu gibi. Toptancı, üreticinin rakibi değildir, üreticinin alıcısıdır. Bu anlamda, dikey bir ilişki vardır. Eğer toptancı toptancı ile, üretici üretici ile bir anlaşma yapıyorsa ve bu anlaşma rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içeriyorsa buna da yatay anlaşmalar denir. Aslında bu anlaşma karteldir. Kartel, rekabet hukukunun en çok yoğunlaştığı ihlal türüdür.

RKHK'nın mehazı AB kuruluş anlaşmasıdır, yani Roma Anlaşması'dır. Kanun 1994 tarihinde yürürlüğe girdi. Fiilen uygulamaya başlanması 1997'yi buldu çünkü bu kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte Rekabet Kurumu normatif olarak kurulmuştu. Normatif olarak kurulması demek hukuk düzeninde artık Rekabet Kurumu diye bir kurum var ve kurum teşkilatlandığı zaman RKHK'ya göre çalışmaya başlayacak demektir. Bunun ardından fiilen kanun uygulanmaya başlandı. Bu nedenle, Türkiye açısından milat 1997'dir. Önce 11 kişiyle kurul kuruldu, bu kurul tarafından bir başkan seçildi. Başkanın yönetiminde yeni bir teşkilat ortaya çıktı. Rekabet Kurumu'nda iki kısım mevcuttur. Bunlardan bir tanesi Rekabet Kurulu'dur. Rekabet Kurulu, rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili şikayetleri, başvuruları vs. inceleyip karar veren ve ihlallere ceza veren idari makamdır. Kurumun bir de diğer birimleri söz konusudur. Diğer birimler; teknik daireler, uzmanlar, hizmet birimleri vs. birimler birleşerek Rekabet Kurumu'nu oluşturuyor. Birimler, uzmanlar aracılığıyla incelemeleri ve soruşturmaları yürütüyorlar, raporlar hazırlıyorlar, bu raporları Rekabet Kurulu'na sunuyorlar ve Rekabet Kurulu verilen raporlara göre bir karar veriyor. Kurumun kanunla birlikte öngörülmüş olan yapısı budur. Bu kurum, bağımsız idari otorite niteliğinde bir kurumdur. Bu kanunun mehazı sadece maddi hukuk kuralları ile ilgilidir. Yani, kanunun

4, 5 ve 6.maddeleri ile ilgili olarak bir kaynak işlevi gördü. 1994'te AT kuruluş anlaşmasının ilk versiyonu yürürlükteydi. O sırada 85 ve 86.maddeler maddi hukuk kurallarını, yasaklayıcı rekabet hukuku kurallarını düzenliyordu. Bu kurallar örnek alındı ve 1994 tarihli kanuna derç edildi. Diğer yandan, o sırada yürürlükte olan Birleşmeler Tüzüğü vardı. Bu tüzük ise 7.maddeye örnek alındı. Bizim maddi rekabet hukukumuz şu anda AB rekabet hukukunun maddi kurallarını örnek almış durumdadır. Zaten Ortaklık Konseyi kararları nedeniyle Türkiye ile Avrupa arasında olan gümrük birliği de ortak bir rekabet hukuku olmasını tercih ediyordu. Bu nedenle, bizim sistemimizi Avrupa rekabet sistemi olarak rahatlıkla adlandırabiliriz. Bir başka sistem ABD'de rekabet hukuku sistemidir. Rekabet Hukuku esas olarak ABD'de doğmuştur. Antitrust law'un temeli ABD'de atılmıştır.

RKHK, bir yandan maddi hukuk kuralları içerirken bir yandan idari usul kuralları içeriyor. Türkiye'de bütün idareye uygulanacak bir kanun yoktur. RKHK sadece rekabet hukuku ihlalleri için usul kurallarını içermektedir. Bu kanunun içerisindeki maddi hukuk kurallarını ikiye ayırıyoruz. Birincisi, anti rekabetçi davranışları yasaklayan kurallar ve bunlara aykırılık halinde uygulanacak olan idari yaptırımları düzenleyen kurallardır. Yani idari para cezası kastedilmektedir. İkincisi ise özel hukuk kurallarıdır. Bu üç maddeye aykırılığın özel hukuk sonuçları ifade edilmektedir. 56 ila 58.maddeler arasında düzenlenmektedir. Bu sonuçlar, bu nitelikteki sözleşmelerin geçersizliği ve yasaklanan davranışlardan dolayı zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazminidir. İkincisinde, bildiğimiz borçlar hukuku kurallarından farklı olarak 'üç katı tazminat' adı verilen bir yaptırım söz konusudur. Yani, belli koşullar altında zararın üç katı talep edilebilmektedir. Borçlar hukukunda maddi tazminat miktarının en üst sınırı zararın miktarıdır. Bundan farklı olarak, 'üç katı tazminat' bir özel hukuk cezasıdır. Tazminat terimi kullanılmış ancak aslında ifade edilen özel hukuk cezasıdır. ABD'de bu tür tazminatlara punitive damage denir.

Biz maddi rekabet hukuku kurallarını inceliyoruz. Yani RKHK'nın 4, 6 ve 7.maddelerini inceliyoruz. Bu kurallar, AB'de olduğu gibi bizde de yasaklanan anti rekabetçi davranışları ifade eder. 4.maddede rekabeti bozan, kısıtlayan, engelleyen ya da ortadan kaldıran teşebbüsler arası antlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır. İkincisi, hakim durumdaki teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları da yasaktır. Üçüncüsü ise teşebbüslerin birleşmeleri veya birinin diğerini devralması ve bu devralmanın da yeni bir hakim durum yaratarak veya mevcut bir teşebbüsün hakim durumunu güçlendirerek ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti engellemesi yasaktır. Buna anti rekabetçi birleşme ve devralmalar diyebiliriz. Rekabet Hukuku her yerde bu üç konuyla ilgilidir. Anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşmeler ve devralmalar. Bir de AB Hukuku düzeninde devlet yardımları ile de ilgilenildiğini görüyoruz var ancak bizim konumuz değil ve bizde şu anda rekabet hukukunun bir parçası değildir.

Rekabet hukuku, rekabetin korunmasını amaçlayan bir hukuk düzenidir. Doğru bir önerme ancak yeterli bir önerme değildir. Rekabet olmasa, işbirliği olsa farklı ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi gerekir, sosyalizm gibi. Ancak bu düzenin yaşamadığını gördük. Dolayısıyla rekabet hukuku, piyasa ekonomisine dayalı ve iktisadi düzenlerin de olumlu gördüğü bir kavramdır. Rekabet, çok genel olarak teşebbüsler arasında süregelen bir yarışı ifade eder. İktisatçılara göre bu tanım yeterli değildir. Ekonomistlere göre, korunması, eğer yoksa tesis edilmesi gerekli olduğu düşünülen rekabet, bir piyasa ortamını ifade eder. Bu piyasa ortamı teşebbüslerin birbiriyle yarışmasına imkan veriyor ama arka planda. Bu piyasa ortamı şöyle tanımlanabilir (çok ütopik bir tanım, dünya

üzerinde karşılığı yok): Rekabet bir piyasa ortamıdır. Bu piyasa ortamı öyle bir piyasa ortamıdır ki orada mal homojen, yani ilgili piyasada üretilen mallar aynı özelliklere sahip, bilgi akışı tam, satıcı ile alıcı arasında eksiksiz bir bilgi alışverişi var. Bu alıcının veya tüketicinin bilgisinin çok olması, satıcının veya üreticinin sattığı malın fiyat ve kalitesinde önemli bir rol oynar. Tüketici hukuku bunun için geliştirilmiştir. Üçüncüsü, hiçbir giriş ve çıkış engelinin bulunmadığı bir piyasa ortamıdır. İsteyen teşebbüsün istediği gibi yatırımını bırakıp piyasa dışına çıkabilmesi, isteyen teşebbüsün de o piyasaya rahatlıkla girebilmesini ifade eder. Dolayısıyla, bilgi akışının tam, malın homojen ve hiçbir giriş çıkış engelinin olmadığı öyle bir piyasa düşüneceğiz ki burada teşebbüsler de alıcılar da çok sayıda olacaklar. Buna tam rekabet piyasası denir. Tam rekabet piyasası bir ütopyadır ama rekabet ekonomistleri ve hukukçuları bakımından rekabet hukukunun amacı çerçevesinde yol gösterici bir çıtadır. Rekabet hukukunun amacı dikkate alınırken bu tam rekabet piyasasının ışığında hareket edilir, ona ulaşmak imkansız olsa bile. Dolayısıyla, bu özelliklerin hepsine birden sahip olmayan ama bazılarına sahip olan piyasa ortamları da tam rekabet piyasası değildir ama rekabetçi piyasalardır ve onlardaki rekabet ortamının da hukuk tarafından korunması gerekir. Eğer, böyle bir ortam hiç yoksa yani anti rekabetçi, tekelci bir piyasa söz konusu ise böyle bir piyasa ile bir görüşe göre tüketicinin menfaatlerini, bir görüşe göre toplumun menfaatlerini korumak için devlet bu piyasalarla ilgilidir. Bunu yaparken de ya bağımsız idari otoriteler tarafından uygulanan bir regülasyon hukuku yaratır ya da rekabet hukuku ile hakim durumun kötüye kullanılması kuralları ile bu tekelci piyasalarda olumsuz sonuçların doğmasını engellemeye çalışır. Bu ikincisi de gerçek anlamda bir tekelci piyasa varsa sadece bir alana tekabül eder.

İktisadi rekabet, tam rekabet piyasası tanımı ışığında bir rekabet ortamını ifade eder, piyasa ortamı olarak. Rekabetçi bir piyasada teşebbüsler birden fazla olacağı için bu teşebbüslerin karlarını maksimize etmek için rekabet etmelerine temel teşkil eder. Rekabet bu açıdan teşebbüslerin birbirleriyle ilgili, onların ilerideki davranışlarının ne olacağı ile ilgili belirsiz olmalarına dayanır. Yani bir rekabet ortamında bilgi asimetrisinin olmaması, satıcı ile alıcı bakımından gerekli ise satıcılar veya üreticiler düzleminde onların kendi arasındaki ilişki bakımından da birinin diğerinin ne yapacağını bilememesi rekabetin olmazsa olmaz koşuludur. Yani burada birbiriyle aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından belirsizlik ortamı önemlidir. Bu nedenle rekabet hukuku teşebbüsler arasında bilgi akışını istemez. Eğer böyle bir bilgi akışı varsa ve bu rekabetin engellenmesine sebep oluyorsa anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı ortaya çıkar. Ama teşebbüslerin karlarını maksimize edebilmek için birbirleriyle yarışırken müşteri karşısında şu imkana sahip olmak zorundadırlar: Fiyat düşük olacak ki alıcı sana gelsin, rakibine gitmesin. Peki fiyatın düşük olması nasıl mümkün olacak? Bir teşebbüs sahibinin piyasanın koşullarından bağımsız olarak fiyatı düşürebilme olanağına sahip midir? Hayır, değildir. Fiyatı belirleyen birçok parametre vardır. Ama bunların varlığına rağmen teşebbüslerin tüketiciler gözündeki seçilebilirliği sattıkları malın fiyatının düşük olmasına, daha doğrusu sattıkları malın tüketicinin verdiği değerde bir fiyata sahip olmasına bağlıdır. Buna tüketici artığı, tüketici refahı denir. bunun yapılabilmesi için yani fiyatın düşük olabilmesi için arzın çok olması lazım. Arz kısılırsa fiyat artar. Arz ne kadar çok olursa fiyat o kadar düşer. Bir teşebbüs arzı nasıl artıracak? Eğer kendisi hiçbir yenilik yaratmadıysa, sunduğu mal ve hizmetler bakımından onların fiyatlarını marjinal maliyetlere yakın hale getirebilecek hiçbir yenilik yapmadıysa teşebbüs fiyatları indirme olanağına sahip olamaz. Bu nedenle rekabet bir yandan teşebbüsler arasındaki yarışı mümkün kılarken bir yandan da teşebbüslerin rekabetçi olarak kalabilmeleri için yeniliğe yatırım yapmalarına sebep olur. Bunun

neticesinde de ortaya bir etkinlik çıkar. Bu etkinlik bir ekonomik etkinliktir. Anlatılan anlamıyla dinamik etkinliktir (dynamic efficieny). Rekabet hukuku rekabetçi ortamı korurken teşebbüslerde uyandırdığı teşvik ve onların da mecbur kalması sebebiyle bir ekonomik etkinlik doğurur. Bu ekonomik etkinlik en önemli haliyle dinamik etkinlik olarak ortaya çıkıyor. Yani, yeniliğin artırılmasıdır. Yenilikten kasıt, fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturan yeniliklerin yapılmasıdır. Bu nedenle, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasında çok önemli bir ilişki vardır. Rekabet hukuku, rekabetin korunmasını amaçlar. Rekabetin korunmasının amaçlanmasının sebebi ekonomik etkinliğin yaratılmasıdır. Bunun da en önemli örneği ve türü dinamik etkinliktir. Dinamik etkinliğin sağlanması hem üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini artırır hem de maliyetini düşürür. Bunların her ikisi de tüketici refahı artırır. Neticeten, aslında rekabet hukukunun amacı rekabetin korunması yoluyla tüketici refahını artırmaktır. Burada tüketici refahı ile kastedilen şey, toplam tüketici refahıdır. Bazı hukukçular ise tüketicilerin toplam refahı ile üreticilerin toplam refahının bir arada dikkate alınmasıyla tespit edilen bir refah düzeyinin korunmasının amaçlandığını söyler, Mehmet Hoca gibi.

Bir diğer etkinlik ise tahsis etkinliğidir (allocative efficiency). Bir de üretim etkinliği vardır (productive efficieny). Bunların hepsi ekonomik etkinlik kavramı altında yer alan türlerdir. Tahsis etkinliği, kaynakların bir toplumda etkin olarak dağıtılmasını ve paylaşılmasını öngören bir düşüncedir. Tahsis etkinliği, tek bir üretim birimi içerisinde kaynakların onun içinde dağılımı öngören etkinlik değildir, o işletmecilerin işidir. Genel olarak kaynakların dağılımında etkinliğin sağlanabilmesini ifade eder tahsis etkinlik. Rekabet ekonomisi bakımından bazen öyle durumlar olur ki şu söylediğimiz dinamik etkinliğe yönelik yenilik rekabeti yapmanın hiçbir anlamı kalmaz. Ne zaman böyle bir şey söz konusu olabilir? Yani, teşebbüsler öyle bir duruma gelecek ki hiçbir yenilik yapamayacak. Ya iktisadi özellikle teknolojik nedenlerle ya da hukuki nedenlerle herhangi bir yaratılmış olan yenilik artık aşılması mümkün olmayan bir üretim mahsülü haline gelmiş olabilir. Mesela endüstri standardı dediğimiz durumlarda böyle bir şey söz konusudur. Endüstri standardı haline gelmiş olan bir takım ürünler veya başka ürünlerin üretilmesinde yeni katma değerli hizmetlerin veya ürünlerin yaratılmasına baz alınan temel altyapılar düplikasyonları yaratılsa bile alıcı bakımından hiçbir cazibesi kalmamış olabilir. Bunlara endüstri standardı denir. Yani eğer yasa bu anlamda herhangi bir mahsüle endüstri standardı vasfı vermemişse o takdirde böyle bir durum ancak belli koşullar altında söz konusu olabilir. IMS Health Kararı!!! Bir altyapı var, odan yararlanmak suretiyle hizmet üretilecek ama o altyapı bir teşebbüse ait fakat öyle bir özellik taşıyor ki endüstri standardı haline gelmiş. O altyapıyı geliştirmek teknik olarak mümkün bile olsa yeni altyapının tüketici gözünde iktisadi koşullar göz önüne alındığında hiçbir cazibesi olmayacağı için hiçbir şekilde o altyapı kendisine dayanılarak yeni mal ve hizmetlerin üretilmesine tahsis edilemeyeceği için o üretim yapılmıyor. O altyapı artık üretilmiyor, bir tane var zaten. Kanun gereğince değil ekonomik nedenlerle.

Teknolojik, iktisadi veya kanuni nedenlerle artık yenilik rekabetinin yapılması imkansız olabilir. Bu tür durumlarda belirli bir mal veya hizmetlerin üretilmesinde zorunlu bir unsur teşkil eden bir ürüne sahip teşebbüslerin bu ürün üzerindeki sahiplik durumu bir tekel teşkil edebilir. Başlı başına o ürünün bizzat kendisi, onun kullandırılması üst pazar olarak adlandırılır. O ürün kullanılarak mal veya hizmet üretilecek olan diğer piyasalar alt pazar olarak adlandırılabilir ve eğer koşullar (çok zor koşullardır) gerçekleşmişse o altyapı ürününün sahibi olan teşebbüs, ücreti karşılığında onu rakiplerine bile kullandırmak zorunda kalabilir. Microsoft, Magill, IMS Health, Commercial Solvents kararları bunun örnekleridir. Teşebbüslerden birinin sahip olduğu ve başka mal ve

hizmetlerin altyapısını oluşturan ürünün benzerinin yapılması mümkün değilse belirli koşulların varlığında o teşebbüs o altyapıyı, o altyapıdan yararlanarak mal veya hizmet sunmak isteyen ve dolayısıyla da kendisinin rakibi olacak olan teşebbüslere ücreti karşılığında kullandırmak zorunda kalabilir. Eğer söz konusu 'altyapı' dediğimiz zorunlu yapı bir fikri mülkiyet hukuku varlığı teşkil ediyorsa (patentli teknik buluş, endüstriyel tasarım gibi) o zaman yapılacak sözleşme, lisans sözleşmesidir. Ancak bu lisans sözleşmesi diğer lisans sözleşmelerinden farklı olarak artık bir zorunlu lisans sözleşmesi olur. Bunun koşulları da 4054/m.6'ya dayanır, FSEK'e değil. Buna da tahsis etkinliği denir. Bir teknolojinin artık hukuki veya iktisadi veya teknolojik nedenlerle yenilenebilmesi mümkün değilse çok spesifik koşullarda (bir alt pazar ve üst pazar ilişkinin bulunması halinde) o teknolojiye sahip altyapı başkalarına da ücreti karşılığında kullandırılabilir, tahsis edilebilir. Tahsis etkinliği kavramı, ücret karşılığında tahsis etmekten gelir. Bütün bunlar içerisinde dinamik etkinliğin büyük önemi var.

Ekonomik etkinlik, tüketici refahını veya toplum refahını korur. Rekabet hukuku aynı zamanda küçük işletmecilerin de korunmasını sağlar, bunu diyen çok azdır. Yani, kobilerin büyükler tarafından yutulmasını, piyasa dışına itilmesini engeller. Yani aslında rekabet hukukunun çıkmasındaki amaçlardan birisi de budur. ABD'nin rekabet hukuku ile ilgili 2 kanunu vardır. Bunlardan bir tanesi Sherman Act (antitrust law'un temel kaynağıdır). Diğeri ise Clayton Act'tir. ABD'de Sherman Act kabul edilirken bizzat kongre gerekçe olarak, siyasi olarak küçük işletmelerin de korunmasını amaçlıyoruz demiştir. Bu, çok daha fazla toplumsal maliyete yol açacak olsa bile rekabet hukukunun amaçlarındandır. Bugün kabul gören bir görüş değildir. Rekabetin koruması ile birlikte, tekelleşme ve yoğunlaşmanın engellenmesiyle, kobilerin korunması da amaçlanmış olur ancak ön plandaki bir amaç değildir.

4054 sayılı Kanun da diğer ülkelerdeki rekabet hukuku kaynaklarında olduğu gibi rekabetin korunmasını ve tesisini amaçlayan bir kanundur. Bu kanun, AB kuruluş antlaşmasının o dönemdeki 85 ve 86.maddelerindeki ve yine o dönemdeki Birleşme Tüzüğü'nde yer alan maddelerdeki kuralları örnek almıştır. Bunların üçü de aslen aynı amaca yönelirler. Rekabetin korunması ve böylece rekabetçi piyasa ortamının yenilik rekabetini teşvik etmesi ve tüketici refahını artırması amacına yönelirler. Dinamik etkinlik yaratılması, rekabetçi piyasalarda ulaşılacak olan tek etkinlik değildir. Bazı durumlarda dinamik etkinliğin yaratılması imkansızlaşmış olabilir ve bu nedenle belli koşullarda tahsis etkinliğinin bir alanı olarak belirli teknolojilerin başka teşebbüslere ücreti karşılığında kullandırılması neticesi de doğabilir. Anılan 3 maddeyi aynı amaç perspektifinde işleyeceğiz. Bu dersten akılda kalması gerekenler; rekabet, tam rekabet piyasası, iktisadi etkinlik ve türleri, refah kavramlarıdır.

Hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması nereye dayanıyor, bu amaç çerçevesinde nerede duruyor?

24.02.2017-

RKHK m.2 ile başlayacağız. Kanunun kapsamını düzenleyen bir maddedir.

Kapsam

Madde 2 – Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan

teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.

Mal ve hizmet piyasalarıyla ilgileniyoruz. 3.maddede teşebbüs tanımlanıyor (buradaki tanım kümülatiftir). Teşebbüs (undertaking), piyasada **mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden** birimleri ifade eder. Eğer ekonomik bakımdan bir bütün teşkil ediyorsa (EnerjiSA-TeknoSA), bu durumda ortada birden fazla teşebbüs yok, birden fazla şirket olabilir ama tek bir teşebbüs var. Bu durum, rekabet hukuku bakımından süjenin en dar sınırlarını belirler. Süjemiz teşebbüstür. Teşebbüs dersek, bir kontrol ilişkisi içerisinde bulunan, bağımsız olarak karar alabilen ve ekonomik yönden bir bütün teşkil eden en küçük bağlı birimi kastetmiş oluruz. Bağımsız karar alabilmek derken, diyelim ki Arçelik, Yapı Kredi'yi ezecek bir konuda ve bağımsız davranacak, banane kardeşim diyecek. Bunu diyebilir mi? Bu bir rekabet hukuku sorusudur. Diyemez çünkü aynı holdingin çatısı altındalar. Bir Sabancı Holding şirketiyle bir Koç Holding şirketi birbirini yediği sırada Güler Sabancı ile Ömer Koç siz nabıyonuz deseler, o zaman bir rekabet hukuku sorunu var demektir. Orada teşebbüsler arası bir mesele vardır. Eğer aynı şirket ailesi (yanlış terminoloji) içerisinde oluyorsa o zaman bizim bir rekabet hukuku problemimiz olamaz çünkü tek teşebbüs vardır.

T.C. sınırları içerisinde faaliyet gösteren denmesiyle Kanun kapsamına bir sınır getirilmiştir.

Örnek: Biri Türkiye sınırları içerisinde olan ve biri Türkiye sınırları içerisinde olmayan iki cam üreticisi arasındaki sorun. Bulgar düz cam üreticisi Trakya'ya düz cam satıyormuş, Şişe Cam da bunu öğrenip Bulgar düz cam üreticisine Bulgaristan'da cam satmasını söylemiş. Bu noktada, teşebbüsün nerede yapılandığı önemli değildir. O teşebbüsün Türkiye sınırları içerisinde etki doğurması yeterlidir bu Kanun kapsamına girmesi için.

Teşebbüsün merkezinin vs. başka bir ülkede olmasından etkilenmez. Burada 'etkileyen' dediği için teşebbüsün faaliyetini nerede gösterdiği değildir asıl önemli olan, T.C.sınırları içerisinde etki doğurması yeterlidir.

Engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı ifadeleri de çok da gerekli kavramlar değildir. Kısıtlayıcı (restrictive agreement) olarak kullanılması gerekmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı bir işi kendi aralarında yapan teşebbüsler olacak ve etki T.C.sınırları içerisinde doğacak. Anlaşma, uygulama (uyumlu eylem) ve kararlar (teşebbüs birliği kararları) ile rekabetin kısıtlanması ifade edilmektedir.

Piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları deniyor. Hakim duruma gelmenin bizatihi kendisi hukuka aykırı değildir. Hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. P.S. Zorunlu lisanslama tecavüzün büyüğüdür aslında, çok ekstrem bir durumdur. Zaten serbest piyasa ekonomisinin güçlenmesi için teşebbüslerin hakim duruma gelmeye çalışmasına, gelmesine bir engel yoktur. Bunun doğal haline müdahale etmemeye çalışıyorduk, iktisadi etkinliği sağlamaya çalışıyorduk. Burada, eğer hakim duruma gelmenin bizatihi kendisi hukuka aykırı kılınırsa şirketler artık buna motive olamayacaklar. Adam Smith kar maksimizasyonunu savunuyordu ve serbest piyasa ekonomisi bunun üzerine kuruldu. Hakim duruma gelindikten sonra kötüye

kullanma başlarsa sorun çıkacaktır. Hakim durumda olan teşebbüse bazı pozitif yükümlülükler yüklenir ve bazı faaliyetleri yapmasına engel olunur. Böylece, diğer teşebbüsler de piyasada faaliyet gösterebilecekler. Teşebbüsün büyüklüğünden, ürünün kalitesinden bağımsız bir durumdur bu.

Rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralmalar m.7'de düzenlenmiştir.

Rekabet Kurumu'ndan görüş alma diye bir kurum yok ama menfi tespit başvurusu var. Sadece avukatın kötüsünü zengin etmeye yarar. Menfi tespitlik bir konu varsa avukatın mütalaa vererek yapma bunu demesi gerekir. Menfi tespitte konu şu, RKHK kapsamında değildir bu konu dolayısıyla ben bu konuya bakmam dediği noktadadır menfi tespit. Bireysel muafiyet başvurusu ise evet burada 4.madde problemi var, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma görülüyor ama bunun rekabeti kısıtlayışından daha üstün bir rekabet hukuku faydası, yani tüketici refahı sonucu ortaya çıkıyor, bu sebeple bireysel olarak bu olaya muafiyet veriyorum denmesidir. Yani 4.madde kapsamında olmana rağmen bu sözleşmeyi sen yapabilirsin diyor menfaat sebebiyle.

Bir ihale var. İki şirket var. Bu iki şirket ancak bir araya gelerek mal tedarik edebiliyorlar, ayrı ayrı bunu yapamıyorlar. Bir birleşme işlemi yapmayı denediler ama Rekabet Kurumu izin vermedi. Bu durumda ihale özelinde bireysel muafiyet verilebilir mi? Mümkündür, sırf malın tedariğinin sağlamak adına böyle bir tedbir alınabilir. Genellikle ihalelerde, ancak beraber yapabiliyoruz durumu olduğunda zaten kendiliğinden de sorun çözülür. Özellikle bankacılıkta, sendikasyon kredisi alındığı hallerde görülür. Rekabet Kurumu, sendikasyon kredisinin ta kendisi rekabet hukukuna aykırı mıdır diye sormuyor. Kredi almak için sana gelen adam daha sendikasyon başlamamışken, yani bankacılık hukuku anlamında kol kola olabilme kabiliyetiniz daha başlamamışken siz acaba dirsek temasına girerek piyasada şartları uyumlulaştırarak karşısına çıktınız mı diye bakıyor.

Önceden, tipik olarak Rekabet Kurumu çok yüksek oransal cezalar vermiyordu hakim durumun kötüye kullanılması dosyalarında. Yine parasal olarak yüksek cezalardı ama oransal olarak yüksek değildi. Mey İçki'ye %4.2 para cezası verildi geçen hafta, hakim durumda olduğu iddia ediliyor. Son zamanlarda, hakim durumun kötüye kullanılması dosyalarında ceza oranının yüksek tutulmasına doğru bir trend değişikliği görüyoruz. Eskiden kartellere daha yüksek oranda ceza verilirdi. Şimdi hakim durumun kötüye kullanılması dosyalarında oranı da yüksek olan cezalar veriliyor, hakim durumda olan oyuncunun zaten cirosu da yüksek olduğu için yüksek para cezaları veriliyor.

Madde 4: Rekabet hukukunda en çok sonuç doğuran maddedir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkindir. Dolaylı veya doğrudan olarak ayrım yapılmıştır. Etki veya amaçtan bahsediliyor. Teşebbüs birliği kararı, uyumlu eylem ve anlaşma ayrı ayrı zikredilmiştir.

I.Bankalar Soruşturması örneğini verelim. Bankalar diyorlar ki paranızı getirin, bizde değerlendirin, faizle kapışıyorlar. En bariz rekabet hukuku ihlalini faizleri birbirleriyle fixleyerek yapabilirler. Bir de maaş hesapları olabilir. Maaş hesaplarının bankaya geçirilmesine karşılık maaş miktarına göre armağan vs. veriyorlar. Bu sözleşmenin ivazlı olarak yapılması aykırı bir durum teşkil edecek. Yani mevduat çekmek için mal verilemez. Bu yüzden bağış yolu ile, sebepten mücerret olarak maaş hesapları bankaya geçirilecek. Ardından diğer bankalar işin içine girerek bağışı artırıyor. Maaş hesaplarının bulunduğu banka değiştiriliyor. Sonra ortalık karışınca bir bankalar birliği toplantısında,

bundan sonra protokollü müşteri sistemini geliştirdiler ve protokole süre getirdiler. Protokol devam ederken banka değişikliğinin yapılmasını engellemeye çalıştılar. Bunun üzerine Rekabet Kurumu soruşturma açmıştır. 'Centilmenlik anlaşması' hukuka aykırıdır. Bu şartlar altında bankalar ceza almıştır.

03.03.2017-

Sınıftan gelen sorular üzerine:

Teşebbüs tanımına ilişkin olarak gerçek ve tüzel kişiler deniyor. Kamu tüzel kişisi olabilir mi? Mesele tüketicinin refahı olduğu için kamu tüzel kişileri de bu tanım içine sokulabilir, doğrudur ama bunun için ortada teşebbüs gibi teşebbüs olması gerekmektedir. Yani devletin kamusal hüviyeti, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmasına yol açmaz. Ancak teşebbüsün piyasada, piyasa oyuncusu gibi davranıyor olması gerekmektedir. Devlet Su İşleri, özelleştirilmeden önceki Türk Telekom gibi kuruluşlar süjedir, ceza da almışlardır zamanında. Sayın Melih Gökçek'in Ankara Belediyesi ihalelerini adrese teslim bir şekilde ihale çıkarak yürüttüğünü düşünürse Rekabet Kurumu, belediyeye bu konuda ceza kesebilir mi? Kesemeyecektir, bu kişinin kim olduğundan bağımsız bir durumdur. Kesememesinin sebebi, belediyenin o anda piyasayı düzenleyici olarak davranıyor olmasıdır, piyasa aktörü olarak davranmıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Ne yapacak peki? Yazı gönderecek, diyecek ki bu işlemin böyle yapılması, ihale şartnamesi kamu menfaatinden bağımsız bir hal alıyor. Rekabeti de kısıtlıyor, bunu böyle yapma diyecek. Yaparsa da en fazla yapabileceği bu konu ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'na Rekabet Kurumu bildirimde bulunabilir vs.

Diyelim ki Pegasus'un şöyle bir problemi var: Sivil Havacılık (Devlet), hep alıp alıp THY'yi ikili anlaşma yapmaya yurtdışına götürüyor. Pegasus dışarıda kalıyor. En sonunda Rekabet Kurumu'na şikayette bulunuyor. Rekabet Kurumu Sivil Havacılık'a yazı yazıyor, diyor ki ikili anlaşmalara giderken bu ikili anlaşmalardan fayda sağlaması muhtemel olan tüm oyuncuları davet edin diyor, sadece THY'yi değil. Ama getir Sivil Havacılık'ın cirosunu sana ceza keseceğim diyemiyor çünkü Sivil Havacılık ikili anlaşmaları yürütmekle yükümlü regülatör olarak bu işlemi yapmak durumunda olan bünyedir.

Bir başka örnek: Devlet bir tane de kargo taşıyıcısı veya uçakla yolcu taşıyıcısı bir şirket kursa, bu rekabeti kısıtlayıcı işlemler yapsa Rekabet Kurumu buna ceza kesebilir mi? Keser. Devlet sinirlendiği zaman hep belli alanlara girip oralarda ticari faaliyette bulunmakla tehdit edegelen bir devlet olmuştur. Kızdırmayın beni arama motoru yaparım gibi. Şimdi bu anlamda, devletin kurduğu şirket rekabeti kısıtlayıcı bir işlem yaptığında, bunun karşısındaki teşebbüs buna karşı işleme girişebilecektir. Devletin yaptığı arama motoru Yandex'in ayağına basarsa Yandex buna karşı işlem yürütebilecektir. Şu an Yandex devletle beraber, Google'a karşı bir arama motoru yapma işine girişiyor.

Meslek örgütleri kendi aralarında meslek örgütü olarak bir karar alıp meslek örgütüne üye olan teşebbüsler aralarında bir asgari ücret tarifesi belirliyor ya da bazı hizmetlere yönelik bir fiyat belirliyor diyelim. Bunun rekabet hukukundaki yeri nedir? Avukatlık faaliyeti dolayısıyla müvekkille akçeli bir ilişki kurulur. Bir ücret tahakkuk ettiriliyor yani. Bunun asgari olarak ne olabileceğine dair bir tarife mevcuttur, isteseniz de onun altına inemezsiniz. Bu durum bu haliyle rekabet hukuku ile alakalı mıdır? Bir teşebbüs birliği var, belirli bir meslek grubuna fiyatta şunun altına inme diyor. Gerekçesi ise şudur: Avukat özel bir kişidir, toplumda yeri olan bir insandır. Kendisini veya

meslektaşını örseleyecek reklam faaliyetine giremeyeceği gibi kendisini örseleyecek şekilde bedavaya iş yapamaz. Bunu baro diyor. Rekabet hukuku ile doğrudan ilişkilidir. Bu durum, kanunla özel yetki verilmiş istisnai hallerde olabilir ancak. Yani Avukatlık Kanunu var ve bu kanun bunu emrediyor. TBB de buna uygun bir regülasyon akıtıyor. Peki bundan esinlenerek Fırıncılar Odası ekmeğin gramını düşürmeye kalkışırsa, rekabet hukuku soruşturması yürür ve ceza kesilir çünkü ortada fırıncılar kanunundan kaynaklanan bir yetki yoktur. İstisnai yetkinin kanun ile verilmiş olması gerekmektedir. Meslek birliklerinin neyi yapıp neyi yapamayacakları kanunla belirlenmiş vaziyettedir.

Rekabet Kurumu'nun bir devlet kumruna ceza kesmesinin ne anlamı var, devlet bir cebinden alıp diğer cebine koymuş olmuyor mu? Bir AATHK'ya tabi olarak ceza tahsil ediliyor. Dolayısıyla, tahsil ettiğiniz şeyin bize yol, su, elektrik olarak döndüğüne inanmak istiyoruz. Bu yapı içerisinde DSİ'nin kendi karlılığı ve kendi bütçesi var. Devletin derdi zaten ceza keserken para kazanmak değil, ıslah etmektir. Para bunun aracıdır. Her idare buna böyle bakar, her birinin kendi bütçesi vardır.

4.maddeye geçelim:

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

Madde 4 – Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin

engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

4. maddede:

Belirli bir mal veya hizmet piyasasından bahsediliyor.

Doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti kısıtlama amacını taşıyacak.

Veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olacak.

Teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri olacak.

Hukuka aykırı ve yasaktır.

Belirli bir mal veya hizmet piyasası bize ilgili pazar kavramını getirecek. İlgili pazar da ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar kavramlarını getirecek. İlgili pazar, bir fiilin hangi alanda olduğunu belirlemeye yarar. Hangi alanda olduğunu bil demeye çalışıyor. Bir fiilin hukuka aykırılık arz edip etmediğini hangi evrende olduğu belirleyecektir. İlgili ürün pazarı, malın kullanım alanları, fiyatı ve işlevi bakımından ikame edilebilir olduğu en küçük evreni ifade eder. İkame, birinin diğerinin yerine gelmesini ifade eder ve dolayısıyla onun yerine kullanılabilmesini ifade eder (substitutibility). İkame edilebilir olduğu en küçük evrende etki ya doğacak ya da doğmayacak. Bu durum Fevzi Hoca'nın anlatacağı kısımda daha da büyük önem arz edecektir. Hakim durumun kötüye kullanılması tartışılırken en başta hakim durum var mı yok mu bunu tartışırız. Mehmet Hoca girmiş olduğu duruşmada şunu anlatmaya çalışıyordu: Rekabet Kurumu'nun illa hakim durumun mevcudiyetini ortaya koyup da üstüne kötüye kullanma var mı yok mu diye bakması gerekmez, bu eksik inceleme iddialarına itibar etmeyiniz (Rekabet Kurumu tarafında burada). Rekabet Kurumu dosyada demiş ki hakim durumun kötüye kullanılması yoktur çünkü kötüye kullanma yoktur. Şikayetçi de İdare Mahkemesi'ne gidip hakim durum var mı yok mu ona bakmadı, eksik inceleme var demiş. Mehmet Hoca da diyor ki kötüye kullanma yoksa hakim durumun mevcut bulunup bulunmadığına dair kaynak seferber etmenin ne mantığı var? Zaten hakim durumun tek başına varlığı hukuka aykırılık arz etmeyeceğine göre hakim durumun kötüye kullanılması kısmında, kötüye kullanma bir eyleme ya da işleme işaret ettiğine göre bunun mevcut olup olmadığı teşhis edilebiliyorsa bu teşhis edilir. Hakim durumun mevcut olup olmadığına bakmaya çalışırken bu sefer piyasaya giriş engelleri var mı yok mu, pazar payı nedir vs tartışmalarına girmek gerekecek. Bu nedenle de daha ağır bir yük söz konusu olacaktır.

İlgili ürün pazarı meselesinde malın kullanım alanları, fiyatı ve işlevi yönünden birbirinin ikamesi olabilen mallar paketini buluyoruz. Bir ilgili ürün pazarı örneği atalım ortaya. Kola bazlı alkolsüz gazlı içecekler pazarı olsun mesela. Bakkala gittiniz kutu kola istediniz 1.5 TL karşılığında. Birkaç kez gittikten sonra yine gittiniz 2 TL oldu abi dedi. Rakı ver o zaman dediniz. O zaman burada kola bazlı alkolsüz gazlı içecekler pazarı yok. O da olur bu da olur oldu. İkame edilebilirlik anlamında farklı bir durum söz konusu, abi bari fanta ver deseydin. Adam fanta demezse, buna SNIP (small but non transitory increase in price) denir. Küçük ama ihmal edilebilir olmayan fiyat artışı demektir. Fiyata

küçük elektroşok vermek gibidir. Genelde mevcut fiyatın %5'i gibi (mutlak değil) bir artış verilir, iktisadi analizle yapılır bu. Mevcut fiyatın %5'i kadar artış olsa adam nerelere kaçışıyor, buna bakıyoruz. Kaçıştığı evren ikame edilebilirlik evrenidir. O ikame edilebilirlik evrenini çevirip bunun adına ilgili ürün pazarı diyeceğiz. Eğer küçük ama ihmal edilebilir olmayan artışı etkiye koyduğumuzda, yani fiyata uyguladığımızda adam fanta, sprite alıyorsa ilgili ürün pazarındaki 'kola bazlı' lafı fazladır. O zaman alkolsüz gazlı içecekler olması lazımdır. Eğer adam fantaya, sprite'a kaçmıyorsa Cola Turka yok mu, Pepsi ver o zaman diye çırpınıyor ama fantayı buna ikame görmüyor. Görmediği zaman kola bazlı alkolsüz gazlı içecekler pazarı olmuş oluyor. Kim mutsuz? Coca Cola vekili mutsuz çünkü pazar daraldıkça ben onun içinde rölatif olarak büyük kalıyorum ve ben hakim durumda olmak istemiyorum. Dolayısıyla, hakim durumun özel mükellefiyetleri üstümde olamayacak. O zaman ayrımcılık yaptın mı yapmadın mı sorusuna sanane diye cevap verebileceğim. Hakim durumdaysam, ayrımcılık yaptım ama bir dinle bakalım neden yaptım vs gibi durumlar doğacaktır.

Şimdiye kadar hep tüketicinin talep esnekliği bakımından konuya baktık. Tüketici yönünden ikame edilebilir olup olmadığına baktık. Ama bu her zaman böyle olmayabilir. Bazen arz ikamesine de bakmamız gerekecektir. Örnek olarak, Mehmet Hoca oğlu Mehmet ile forma almaya gittiler Quaresma forması için. Quaresma forması bitmiştir, Cenk Tosun verelim der adam. Bu olabilir, sorulabilir. Ama adam Quaresma yok, Sneijder verelim derse hiç olmaz. Bunun hiçbir şekilde talep ikamesi yoktur. Bu tüketici için kullanım alanı yok. Burada Beşiktaş formaları pazarı diye bir pazar tanımlamaya meyledebiliriz ancak bu tuzağa düşmemek gerekir. Çünkü burada arz ikamesi çok kuvvetlidir. Bu, pamuklu formalar pazarıdır, boya işidir. Adam kendisini eğer Beşiktaş formaları pazarında sanıyorsa ve bunun için Beşiktaş 5 defa üst üste şampiyon olduğunda fiyatı artırırsa hemen şunu anlayacaktır: Kendisi aslında pamuklu formalar pazarındadır. FB veya GS forması üretmekte olanlar bakımından sadece sarı-kırmızı veya sarı-lacivert renkleri tasfiye ederek doğru renklere dönmek suretiyle konu çözülebilir. Bu anlamda da ikame edilebilirliğin arz tarafı da vardır.

Hakim durumu ifade ederken ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğunu artık insiyaki olarak belirtmemiz gerekecektir. Hakim durumda olup olmadığımız ilgili ürün pazarı evreninde çözülmesi gereken bir konudur.

4.maddede doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti kısıtlayan faaliyetlerden bahsediliyor. Doğrudan rekabeti kısıtlamak ne? Dolaylı rekabeti kısıtlama ne? Aslında amacı ve etkiyi anlatmaya çalışıyor (by object restriction, by effect restriction). Richard Whish'in konuşması var bu konuda. Örnek verelim. Müvekkil yazışmalarında 'abi sen Pazartesi Malatya'dan çık ben de Kayseri'den çıkacağım.' şeklinde bir yazışma var. Aslında ikisi de birbirinin çıkmayacağını biliyor ama böyle yaparak pazara daha çok mal satmayı amaçlıyorlar. Burada rekabeti kısıtlayıcı bir etki yok ama amacı rekabeti kısıtlamak olan bir mutabakat hala var. Etki doğmamış olsa bile amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı bir işlem varsa bu durum 4.madde kapsamında olacaktır. Etki doğmamışsa cezadan indirim yapılması söz konusu olabilir. Önce rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma var mı yok mu sorusunu soruyorum. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma amacı yönünden varsa etkinin doğup doğmadığı ikincil bir konudur. Etki de doğmuşsa yatacak yerin yok. O zaman cironun yüzde 10'una kadar olan para cezası daha da yukarılara tırmanacaktır.

Tarafların zaten amacı rekabeti daha da artırmak iken neden amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı işlemden söz ediyoruz? Bu nihai olarak savunma olabilir ama bunun ispatı güçtür. Özü itibariyle iradeler rekabete kısıtlama noktasında buluşuyor. O zaman ne

yapacağız? İrsaliye falan yetmiyor, tüm yazışmaları getir 'abi ben ters manyeli verdim daha da yüklenin' dediğin yazışmaları getir deriz, niyet unsuru yönünden amaca dalan bir savunma yaparız. Ancak bir unsur daha var. Burada karşı tarafın da aynı kafada olması lazımdır. Bu yüzden sıkıntılı bir savunmadır. Zor bir ispat eşiğidir. Kartel yapmaya çalışıp da beceremeyen, fiyatı da yükseltemeyenlere de free pass verelim onlar da geçsin, böyle şey mi olur diyor rekabet otoritesi.

İradelerin buluşması itibariyle amaç yönünden rekabeti kısıtlama özelliğinden bahsedilebilir. İradelerin buluşması noktasında bir anlaşma yoksa bunu deliller arasına alamayız. Alırsak düşünce suçu gibi bir şey yaratmış oluruz. Halbuki iradelerin buluştuğu nokta itibariyle etkide rekabeti kısıtlayan bir şey var mı, etki yoksa bile amacı yönünden rekabeti kısıtlıyor mu diye bakmak analitik olarak rahat ettirir. Uygulamada bu sınırlar daha geçirgen bir hal alacaktır. Etki sadece cezanın ağırlığı ile ilgili bir konuya dönüşüyor.

Karşı tarafın da yine fake atmış olması gerekir. O eğer irade beyanında samimiyse kurtarmayabilir. Bunun sebebi şudur: Orada bir alan boşaltmış oluyorsunuz ve öyle ya da böyle uyma davranışına eylemli destek vermek suretiyle hala rekabeti kısıtlayıcı sonucu elde ediyorsunuz.

Önemli olan tüketici refahı ise etkinin doğmuş olması gerekmez mi ceza vermek için? Aklından kötü bir şey geçmişse kısmından kopun. Ortada bir anlaşma olacak, düşüncesi yetmeyecektir. Rekabet ne fena şeydir şiirini delil yapamayız. Buluşan iradelerin olması lazımdır ama buluşan irade bir etki yaratmamışsa bile sırf o iradeler buluştuğu ve belli bir şey amaçlandığı için hala kınanmaktadır. İkincisi, sonuç itibariyle refahta bir etki doğmadı ki demek hukukun aczi ile alakalı bir konudur. Yani, her birinde etki araştırmasına giremeyiz, etki doğmasa bile bu işlere girmeyin diyor. Çizgiyi daha erkenden çekmek durumunda kalıyoruz çünkü bunlar gizli ilişkilerdir. Örnek olarak, rüşvet verilmiş olsun. Rüşveti veren İmar Kanunu ile alakalı bir konuyu görmezden gelmesi için görevliye rüşvet veriyor. Rüşveti alan da konuyu görmezden gelmemiş, parayı almış sonra da yıkmış binayı. Paranın bu taahhütle alınması anında hiçbir suç unsuru yok diyebilir miyiz? Hayır diyemeyiz. Zarar doğmadı ki adam yine işini yaptı diyebilirdik ama demiyoruz. Niyet bile edilmemesi gerekir diyoruz çünkü gizli ilişki yürüyor ve etki bazında denetleyemiyoruz. Bu yüzden çizgiyi erken çekiyoruz ama çok da erken çekemeyiz o zaman düşünceye müdahale olur. O yüzden anlaşmayı arıyoruz.

Amaç olmadan etki doğarsa ne olur? Cezalandırılır ancak seyrektir. 4.madde yönünden mümkündür. Sebebi ise toplumsal refah kaybına suni bir şekilde yol açmış olmaktır. Sonuçta ortada bir anlaşma var. Daha iyi araştırma yapılsaydı denir çünkü söz konusu olan toplumsal refahtır.

Pazarda küçük teşebbüsler varsa ve iki küçük teşebbüs anlaşmaya kalkışırsa yine ceza verilir mi? Evet, yine amaç yönünden kısıtlayıcı olması yeterli. Diyarbakır Otobüs İşletmeleri soruşturması buna örnek verilebilir. Diyarbakır-Adıyaman arası sefer yapan otobüslerden 5 rakip var, en küçük ikisi birbiriyle konuşmuş. Amacı yönünden bir rekabeti kısıtlama durumu var olduğu için ceza veriliyor (Türkiye cevabı). Bunun illa böyle olması gerekir demiyoruz. Dışarda de minimis uygulaması var. Bu küçük, bu balığı göle geri at uygulamasıdır. Bir de rekabeti iyice kızıştırıp teşvik ediyorsa, yani o en küçük ikisi bir araya gelip daha iyi bir sonuca yol açıyorlarsa ceza verilmeyebiliyor. Bu konuya ilişkin olarak, Federal Trade Commision'ın Topco kararına bakılabilir. Küçük teşebbüsler bir araya gelip büyüğe karşı bir anlaşma yapıyorlar. Amerikan

otoritesi de der ki birbirinizle devralma işlemi yapmak isteseydiniz buna izin verirdim ama bu şekilde kısmi entegrasyon yaratmanız benim himayemi gerektirmez der ve ceza verir.

4.maddenin yasak kıldığı evrende grup muafiyeti tebliğleri ile delikler açılmıştır. Bunlar hukuka aykırı değildir. Bu muafiyetler sabittir çünkü objektif hukuk normuna bağlanmıştır, aynı yerde dururlar. Bir de bunun gezen türü vardır o da bireysel muafiyettir. 5.maddede düzenlenmiştir. Taraf diyecek ki efendim biz de biliyoruz 4.madde kapsamında olduğumuzu. Biz de biliyoruz ecza deposuna yurtdışına satacağını bildiğin muhataba satamazsın demenin 4.madde kapsamında olduğunu ama bir dinle. Bu durum bireysel muafiyet halidir. Burada durumun koşullarına bakmak gerekecektir, sabit bir hal değildir. Bunun için önce 4.madde içinde olmak lazımdır. 4.madde içinde değilsek zaten menfi tespit denir. Bireysel muafiyet başvurusu yapmanın önkoşulu rekabetin kısıtlanmasıdır.

Teşebbüs birliğinin karar ve eylemleri, anlaşmalar ve uyumlu eylemlerin bazı özellikleri mevcuttur. Uyumlu eylem mistik bir kavramdır. Anlaşma ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri ise daha kolay dokunabileceğimiz kavramlardır. Bentler üzerinden gideceğiz. Tahdidi bir sayılma yapılmamıştır ancak çok iyi düzeyde fikir verebilmektedir.

4a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

Diyor ki rekabeti kısıtlayıcı şekilde kendi aranızda mal veya hizmetlerin alım, satım, kar, maliyet ve alım-satım şartını belirlemeyin. Burada, alım, satım, maliyet vs diye sayılmasının iktisadi anlamda bir gerekliliği yoktur. Kanun koyucunun bilmemesinden kaynaklanıyor bu durum. Özetle, her tür parametrenin karşılıklı olarak belirlenmesi yasaklanmıştır diyebiliriz. Bu yatay veya dikey anlaşma olarak olabilir. Üretim tüketim zincirini aynı seviyesinde olan muhataplar arasındaki anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yataydır. Üretim tüketim zincirinin farklı seviyesindeki muhataplar arasındaki anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları ise dikeydir. Dikey uyumlu eylemin mevcut bulunamayacağı tezlenmektedir. Mehmet Hoca burada seyrek olarak çoğunluk görüşüne katılıyor.

Bu yapıda dikey ihlal nasıl olur? Eğer distribütör satıcıya şu fiyatın altında satmayacaksın derse dikey ihlal olur. Buna resale price maintenance denir. Yeniden satış fiyatının tespitidir. Yeniden satış fiyatının tespiti dikeyi bir ihlaldir. Yani, üreticilerin bayilerine şu fiyatın altına satmayın talimatını vermesidir. Neden bu bir ihlaldir? Bunun iki yönlü bir cevabı vardır. Birincisi, tüketici daha çok parayı gereksiz yere ödeyecektir ancak daha fazla fayda elde etmeden. Fazladan ödenen bir para var, bu da refah kaybı demektir. İkincisi ise malın piyasaya akamama durumudur. Bu da bir refah kaybıdır. O zaman hangi rekabeti koruyoruz? Marka içi rekabeti koruyoruz. Markalar arası rekabet yatay düzlemde yaşanan rekabettir. Yani Unilever ile Loreal'in birbirini yemesi gibi. Loreal ürünleri yönünden eczaneler birbirini yesin mi yemesin mi meselesi, eğer Loreal her eczaneye dönüp de benim matrix ürünümü, La Roche Posay'i şöyle sat böyle satma şu fiyatın altına düşürme diyorsa o zaman daha farklı bir durum söz konusu olur, dikey ihlaldir.

Tek distribütör varsa acente yapmak gerekir. Halka satacak olan tek bir aracı var. Distribütör mü olsun acente mi olsun? Distribütör ile acentenin farkı şudur. Distribütör

bağımsız bir tacirdir, teşebbüstür. Kendi iradesi üreticinin iradesinden farklıdır. Bugün Mercedes-Benz Türkiye için Mengeller ayrı bir teşebbüstür. Buna nasıl karar veriyoruz çünkü malın riski geçiyor. Mengeller'de yangın çıksa 5 tane Mercedes yansa, Mengeller MBT'ye dönüp 5 tane daha isteyemez. Çünkü MBT parayı sana sattım, parayı da tahsil ettim, mülkiyet sendeyken malın başına bir şey geldi, sigorta yaptırsaydın diyebilir. Malın riski distribütörün üstünde olduğu tahsilat riski de distribütörün üstündedir. Yani, malı sattın, malı sattığın adam borç taktı. Dönüp de MBT'ye bana paramı verin diyemez distribütör. Sen paranı muhatabından alacaktın, benden aldığınla muhatabından aldığın arasındaki fark senin karın olacaktı der MBT. Acentelikle ise komisyonculuk ilişkisi vardır. Malın riski hala üreticinin üzerindedir. Acente satışı yaptıktan sonra üretici acenteye komisyon öder, sen tahsilat aracısısın. Ortada ikinci bir teşebbüs ve ikinci bir irade yok. Ben zıpla diyorum sen ne kadar yükseğe diyorsun. Sağ elim sol elimle konuşuyor yani. Teşebbüsler arası bir durum yoktur.

İlgili ürün pazarının bir unsuruna daha bakalım. Fiyat konusundan bahsetmiştik. Fiyat konusu ilgili ürün pazarlarının birbirinden ayrı olduklarına başlı başına karine teşkil edebilir. O kadar önemli olabilir. Örnek olarak, gözaltı nemlendiriciler pazarı diye bir pazar var mıdır, yoksa bu nemlendiriciler pazarı mıdır? Normal nemlendiriciler ile gözaltı nemlendiricilerinin içeriği aynı çıkmış olsun. İçerikleri aynı çıktı diye biz bunlara aynı ilgili ürün pazarında diyebilecek miyiz? Diyemeyiz çünkü tüketici gözünde öyle bir konuma gelmiş ki adam gözaltı nemlendiricisine normal nemlendiriciden çok daha fazla para ödüyor. Artık bu başka bir pazar haline gelmiştir ve buradaki durum suiistimal edilebilir. Dolayısıyla da fiyat bakımından birbirinden çok ayrı evrenlere gitmiş ürünleri, içerikleri yönünden ikame edilebilir diye iddia etmeye imkan yoktur. Gözaltı nemlendiricileri bambaşka ürünlerdir diyerek sen inandırdın tüketiciyi. Sonra da işine gelmeyince nemlendirici işte diyemezsin diyoruz. Bu birçok ürünün ikame edilebilirliği yönünden mesele yaratır. Avukatlık faaliyeti yönünden bu tür ürünler için, Loreal müvekkil ise mesela, her ürün için ayrı mütalaa verilir. Tek bir mütalaa ile müvekkil çözümlenemez.

Ayrıca bir de pazarlar değişebilir. Mesela akıllı telefonlar ayrı bir pazar mı olmalı yoksa el telefonları pazarı mı olmalı? Hem tüketici gözündeki yeri itibariyle hem fiyat itibariyle belirlemek gerekir. Halk nabzını tutmak gerekebilir. Bir başka örnek olarak muz pazarını verebiliriz. Çikita uzun yıllar ben hakim durumda değilim savunması yaptı. Dediler ki muz pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanıyorsun. O da dedi ki muz pazarı diye bir pazar yok, yaş meyve pazarı vardır. Muzun ikamesi vardır. Çilek, kivi vs muzun ikamesidir. Buna ilişkin olarak AB Komisyonu bir test yapmıştır. Kararında şöyle demiştir: Muzun Avrupa toplumları yönünden ikamesi olmasına imkan yoktur. Bebeklere yedirilebilen çok az sayıdaki meyveden birisidir muz. Ayrıca, yaşlılara da yedirebildiğin çok az sayıdaki meyveden birisidir muz. Bu nedenle yaş gruplarına göre ikamesi yoktur, muz pazarı olarak bir pazar tanımlanmıştır. Benzer şekilde süt pazarı da tanımlanmıştır. Suyun, sütün vs ikamesi yoktur. En temel unsurların ikamesi yoktur.

10.03.2017-

Rekabet hukukunda 3 ana hakim durumun kötüye kullanması durumu vardır:

Dışlayıcı kötüye kullanma: Rakipleri elimine edici, piyasadan atıcı veya onların piyasaya girişini engelleyici kötüye kullanma durumudur.

Sömürücü kötüye kullanma.

Pazar yapısını bozucu kötüye kullanma: Birinci durum ile ortak örnekleri vardır. İlk çıktığı andaki anlamını kaybetmiş bir davranış grubudur.

Bunlar arasında en önemlisi ve en sık rastlananı dışlayıcı kötüye kullanma uygulamalarıdır.

Hakim durumun kötüye kullanılması bakımından rekabet hukukunun amacından söz etmiştik. Rekabet hukuku, 4054 sayılı Kanun'un 20.maddesinin 1.fıkrasında Rekabet Kurumu'nun görevleri arasında Türkiye'de rekabetin tesisi ve korunması amacının yer aldığını görüyoruz. Bir kanun metninde bu şekilde bir ifadenin geçmesi tek başına yeterli değildir. Bu durum bize rekabet hukukunun amacını tek başına anlaşılır kılmaz. Ama Rekabet Kurumu'nun görevi budur; Türkiye'de rekabeti korumak ve tesis etmektir. 4054 sayılı Kanunun adı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur. Rekabet hukuku amacının içerisinde bir de rekabetin tesisi var. Yani rekabetçi olmayan piyasalarda rekabetin tesis edilmesi amacı da var.

Hakim durumun kötüye kullanılması konusunun içinde görülür ki hakimin durumun kötüye kullanılmasının engellendiği bazı zamanlarda rekabet otoriteleri, bizde Rekabet Kurumu, AB'de Komisyon, neticede verdikleri kararlarla ilgili pazarlarda rekabetin tesisine de yol açmışlardır ve bunu da hedeflemişlerdir. Rekabet hukukunun amacı rekabetin korunmasıdır. Rekabetin kendisi tek başına korunmaya değer bir tabu oluşturmaz. Bir değer yargısının konusu değildir rekabet. Rekabetin korunması ile kastedilen şey dolaylı olarak rakiplerin korunmasını sağlamakla birlikte ile öncelikle rekabetçi piyasa yapısının korunmasıdır. Rekabetçi piyasa yapısı ile kastedilen şey ise tam rekabet piyasası adı verilen ütopik piyasa ortamı değildir. Yani, hiçbir giriş ve çıkış engeli olmayan, hiçbir teşebbüsün fiyatı tek başına belirleme olanağına sahip olmadığı, üretilen malın homojen olduğu, bilgi akışının alıcılarla satıcılar arasında tam olduğu bir piyasa düzenidir. Böyle bir piyasa düzeni yok ama bu bir üst çıta olarak kabul edilerek buna ne kadar yaklaşılırsa rekabetçi piyasa düzeni o kadar gerçekleştirilmiş olur. Dolayısıyla korunması veya tesisi istenen bu piyasa yapısıdır. Rekabetçi piyasa yapısının korunmasıdır. Rekabetçi piyasa ortamının korunması ortaya rakipleri çıkarır. Yarış edenler olmadığında yarış olmayacağına göre yarışçıların yani teşebbüslerin, piyasa aktörlerinin sayısının artmasına yol açar, sayısı fazla ise sayısının azalmasını engeller. Rakiplerin olduğu her piyasada rekabet vardır diyemeyiz. Rekabet hukuku rekabetçi piyasa yapısını koruyarak rakiplerin piyasada kalmasını, yok iseler piyasaya girebilmelerini temin eder. Bunun anlamı, 'bir piyasada rakip varsa o zaman rekabet de vardır' değildir. Rakip ile kastedilen şey belirli bir mal veya hizmet piyasasında birden fazla aktör varsa o takdirde rekabet de vardır diyemeyiz. Üretici tarafından 3 piyasa aktörünün olduğu bir mal veya hizmet piyasası rekabetçi piyasa değil, oligopol piyasadır. 2 teşebbüsün yer aldığı bir piyasa ise diopol piyasadır, oligopolün özel bir türüdür. Bu da rekabetçi bir piyasa değildir çünkü bu tür piyasalarda rakipler arasında enformasyon olanağı çok yüksektir. Bilgi akışının olma ihtimali çok yüksektir. Tam rekabet piyasasından bahsederken bilgi akışının tam olmasından kastedilen şey alıcı ile satıcı arasındaki bilgi akışının tam olmasıdır. Rakipler arasında rekabet parametreleri bakımından bilgi alışverişin olması demek değildir. Bu durum, tam aksine rekabeti ortadan kaldıran bir unsurdur çünkü uzlaşmayı kolaylaştırır (collusion). 4.madde collusion ile ilgilidir. Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını ifade eder. Bunlar teşebbüsler arasında rekabet parametrelerini, piyasa parametrelerini yani arz miktarı, kalite, fiyat gibi konularda yapılan uzlaşmaları ifade eder. Tam rekabet piyasasında engellenmek istenen bu teşebbüsler arasındaki bilgi akışıdır. Eğer teşebbüsler arasında rekabet parametreleri bakımından bilgi akışı varsa

collusion ihtimali yüksektir, uzlaşma ihtimali yüksektir. Bu nedenle de rekabetçi piyasalarda rakipler vardır dediğimiz zaman her rakipli piyasada rekabet vardır demek istemiyoruz çünkü 3 teşebbüs olan bir piyasada collusion ihtimali çok yüksektir. Bilgi alışverişi ve şeffaflık teşebbüsler arasında yüksektir oligopol piyasalarda.

Ayrıca, rakip sayısının fazla olduğu her yerde rekabet vardır da diyemeyiz. Diyelim ki 13 rakip var. Bu 13 rakipten bir tanesi %70 pazar payına sahip, geriye kalan 12 rakip %30 pazar payını paylaşıyor olacaklar. Bu pazar kural olarak rekabetçi bir pazar değildir. Çünkü %70 pazar payına sahip olan teşebbüs arzı ve fiyatı belirleyebilme gücüne sahip olabilir. Tek gösterge bu değil ama %70 pazar payı olan teşebbüs büyük ihtimalle pazarı kontrol ediyordur.

Bu durumda, ne birden fazla teşebbüsün olduğu piyasada rekabet vardır önermesi doğru ne de çok sayıda teşebbüsün bulunduğu piyasada mutlaka rekabet de vardır önermesi doğrudur. Bunların ikisi de yanlıştır.

Rekabet hukukunun amacı rekabetin korunması dedikten sonra bir de yanına rekabetin tesisi unsurunu eklememizin sebeplerinden bir tanesi budur. Birincisi, tam rekabet piyasası yoktur. İkincisi, o piyasaya yakın özellikleri olan piyasaların yaratılması istenen bir şeydir. Fakat bunların varlığı rakip sayısı ile ölçülecek bir şey değildir. Hiç rakibin olmadığı piyasalarda ise rekabetin olmadığı ise tartışmasızdır.

Rekabet piyasasının korunması isteniyor. Neden? Serbest piyasa ekonomisinde iktisadın motoru, teşebbüsler arasındaki rekabetle fiyatın ve arzın belirlenmesidir. Bu, teşebbüslerin kar motivasyonunu artırıcı bir neden teşkil eder. Bunun neticesinde de arzın mümkün olduğu kadar çok, fiyatın da mümkün olduğu kadar düşük olduğu, yani marjinal maliyetlere yakın olduğu bir piyasa ortamının yaratılması ile tüketici refahı artar. Tüketicinin refahının artması kural olarak serbest piyasa düzeninde teşebbüsler arasında rekabet ortamının varlığı ile mümkün olur. Refahın artması da bir etkinlik ile sağlanabilir. Bu etkinlik iktisadi etkinliktir. Dolayısıyla rekabet hukuku, rekabet düzenini korumayı amaçlar çünkü rekabet yolu ile dinamik etkinlik ve tahsis etkinliği sağlanır ve bu da neticede refahı getirir. Bu refah bir görüşe göre tüketici refahı, bir görüşe göre ise toplumsal refahtır.

Uygulamaya baktığımızda şunu görüyoruz: Piyasada bir tane teşebbüs var. Eğer tek bir teşebbüs varsa o zaman ilgili mal veya hizmet piyasasındaki mal ve hizmeti arz eden tek bir teşebbüs varsa buna tekel diyoruz, monopol piyasalar. Ama bakıyoruz ki rekabet otoriteleri tekelci piyasalara da müdahale ediyor. Rekabet hukukunun korumak istediği düzenin olmadığı bir piyasaya rekabet otoritesi nasıl müdahale ediyor? İki cevabı var: Herhangi bir mal veya hizmet piyasasında tek bir teşebbüs olmasının sebebi kanunsa yani yasal bir tekel varsa, örneğin 2001'e kadar TTAŞ'ın sahip olmuş olduğu ses iletimi tekeli gibi, kanun gereğince bu piyasada faaliyet gösterecek tek bir teşebbüs vardı. Dolayısıyla o piyasaya giriş engeli vardı ve bu engel bir hukuki giriş engeliydi. O dönemde TTAŞ'ın faaliyetleri hakkında Rekabet Kurumu ceza veriyordu. Yasal tekel olan bir piyasada görevi rekabeti korumak ve tesis etmek olan Rekabet Kurumu nasıl müdahale eder, nasıl bir yetkisi olabilir? Ayrıca söz konusu tekel, doğal tekel (natural monopol) de olabilir. Bunda da herhangi bir ürünün arzının tek bir teşebbüs tarafından yapılmasının tek rantabl, yani ekonomik bakımdan rantabl yol olduğu piyasalar kastedilir. Mesela altyapı sektörleri, telekomünikasyon altyapısı, liman işletmeleri doğal tekellerdir. Türkiye'de Cumhuriyet kurulduktan sonra tüm Türkiye'yi kaplayacak şekilde yapılmış bir ses iletim altyapısı var. Şimdi bu konuda devlet serbestleşmeye gitse, yani

başka teşebbüslerin de telekomünikasyon altyapısı kurarak bunu kullandırabilme yetkisinin olduğunu söylese bile bunun gerçekleşmesi mümkün değildir. Teknolojik parametre değişmedikçe bu, ekonomik olarak rantabl değildir. Doğal tekellerde yasa, başka teşebbüslerin piyasaya girişini yasaklamasa bile tek bir teşebbüsün bütün çıktıyı sağlaması ekonomik olarak en rantabl yoldur. Bu bir doğa kanunudur. Bu durumda da ikinci teşebbüs orada faaliyet göstermez. Bu iki durumda bir tanesi yasal giriş engelidir, diğeri doğal giriş engelidir. Rekabet Kurumu'nun 'şu teşebbüs bu sahada doğal tekeldir' diyip doğal tekel olan o teşebbüsün bir davranışı ile ve o davranışın da hakim durumun kötüye kullanılması olduğu düşüncesiyle verdiği kararlar vardır.

Yasal giriş engelinin olduğu bir yerde zaten rekabet yoktur ki, Rekabet Kurumu neye karışıyor? Doğal tekelle ilgili olarak da aynı şeyi yapmış. O zaman amaç bakımından buradaki rekabet otoritesi müdahalelerin anlamı nedir? Rekabetçi ortamın korunması dolaylı olarak rakiplerin korunması demektir. Rakibin olmadığı yerde rekabet yoktur, doğru. Ama rakibin olduğu her yerde de rekabet vardır diyemeyiz demiştik. Sonra rakibin olmadığı piyasalara geçtik, doğal tekel ve yasal tekel halleri. Orada rekabet yok. Sonra rekabeti korumakla görevli olan Rekabet Kurumu kanunun kendisine yetki verdiğini iddia ederek gerçek anlamda tekel olan doğal ve yasal tekellere karışmış. Rekabet hukuku hakim duruma gelmeyi yasaklamayan, salt tekel olmayı yasaklamayan ve fakat eğer hakim durum varsa ki bunun en üst düzeyi tekeldir, hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasını engelleyen kurallara sahiptir. İki tekel ihtimalinde de Rekabet Kurumu'nun yaptığı müdahalelere baktığımızda Rekabet Kurumu aslında tekel olan teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmalarını engellemeye çalışmaktadır. Tekel olunan piyasada rekabet yok. Özet olarak, rekabet hukuku rekabetçi olmayan piyasalarla da ilgilenir. Rekabet hukukunun amacı rekabetin korunmasıdır fakat rekabet hukuku aynı zamanda rekabetçi olmayan piyasalarla da ilgilenir. Hakim durumun kötüye kullanılması özellikle bu ihtimalleri dikkate alan bir ihlal türüdür.

Hem yasal tekel hem doğal tekel durumunda piyasaya giriş engeli olduğu için orada potansiyel bir rekabet de olmayacağından piyasadaki tek teşebbüsün devamı kesindir. Dışarıdan başka hiçbir rakip giremez. Birincisinde kanun engeller, ikincisinde iktisadi sebepler engeller. Bu durumda tekel olan teşebbüsün davranışlarının kaliteyi, fiyatı, arz miktarını belirlemesinin hiçbir kurala bağlı olmaması düşünülemez. Bu tür piyasalarda düzenleyici otoriteler aracılığıyla regülasyonlar yapılır. İktisadi regülasyonlar yapılır. Bu konuda BİM'ler kurulmuştur. Aksak piyasalarda piyasa parametrelerinin tüketici lehine uygulanmalarını sağlamak için regülasyon otoriteleri kurulmuştur. Bunlar piyasaları regüle ederler. BTİK, EPDK, BDDK gibi. Bunlar, rekabetçi olmayan veya aksaklıkları olan piyasaları regüle eden devlet mekanizmasının bağımsız birimidir, güya. Regülasyonlar ilgili piyasaya 'Ex ante' müdahale anlamını taşır. Önceden müdahaledir. Kuralları koyarlar ve bu kurallara ilgili teşebbüslerin uyup uymadığını denetlerler. Rekabet Kurumu'nun bu piyasalarda yerine getirmek isteyeceği görevi, regülasyon otoriteleri yerine getirir. Bunlara sektör spesifik regülasyon otoritesi denir.

Rekabet otoriteleri ise piyasaya 'Ex post' müdahale eder. Ex post müdahale, daha önceden koyulmuş genel davranış normlarına aykırı hareket edilmesi halinde piyasaya müdahale edilmesi demektir. Rekabet Kurumu'nun piyasaya müdahalesi bu şekilde olmaktadır.

Eğer herhangi bir tekelci veya aksak piyasada regülasyon otoritesi yoksa o takdirde Rekabet Kurumu, bu tür piyasalardaki tüketiciyi veya müşteriyi sömürücü davranışlara da müdahale edebilir. Belko kararında olduğu gibi.

Bu konuya ilişkin olarak üç ihtimali inceleyeceğiz.

İlk ihtimalde, 2001 yılında Ankara Belediyesi'nin Belko şirketi var. Belko, Ankara Valiliği tarafından kömür satışı için tekel yetkisi ile donatılmış. Yani Ankara sınırları içerisinde kömür satma yetkisine sahip olan tek teşebbüs Belko. Satış hakkı sadece Belko'ya ait. Bir dönem faaliyet gösterdikten sonra görülüyor ki Belko'nun uyguladığı fiyat, Ankara'ya komşu diğer illerdekine göre çok yüksek. Bu durum Rekabet Kurumu'na şikayet ediliyor. Rekabet Kurumu öncelikle Ankara Valiliği'nin Belko'ya yasal tekel vermiş olmasının yasal bir temeli olup olmadığını araştırıyor. Ankara Valiliği'nin Belko'ya tekel verebilmesi kanunen mümkün mü? Değil. Bu durumda, Rekabet Kurumu, valiliğin üzerinde bir kurum olmadığından, ikisi de idarenin birer parçası olduğundan Rekabet Kurumu ancak görüş yazabilecektir. Tekelin yasal dayanağı olmadığına ilişkin olarak bir görüş yazılabilir. Valilik de buna rahatlıkla sizi ilgilendirmez der. Rekabet Kurumu, valiliğin verdiği tekel yetkisine karışamaz.

O zaman Rekabet Kurumu, duruma ilişkin olarak rekabet hukuku incelemesi yapar ve burada bir rekabet hukuku ihlali var mı diye bakar. Zaten tekel var, rekabetçi piyasa yok. Biz regülasyon kuruluşu değiliz ki, bizim görevimiz rekabeti korumak. Ama burada korunacak bir rekabet yok, yasal tekel vermişler adama. Kanunen tesis edilmiş bir tekeli Rekabet Kurumu'nun ortadan kaldırması mümkün değildir. Zaten Rekabet Kurumu bir anti tekel kurumu değildir. Hakim duruma gelmek yasak değildir. Hakim durumu, tekeli kötüye kullanmak yasaktır. Burada anti rekabetçi bir piyasa var yasal olarak. Rekabetçi bir piyasa tesis etmek de mümkün değil. Acaba biz bu piyasaya müdahale edebilir miyiz edemez miyiz?

Neticede, RKHK'nın 6.maddesi yorumlanarak, Belko burada ilgili ürün bakımından piyasada yasal tekel sahibidir, tüketicilere fahiş fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmış ise eğer, yani tüketicilere maliyetle satış fiyatı arasında büyük bir fark olan bir fiyat vermiş ise, o takdirde biz 6.maddeye dayanarak Belko kendisine verilmiş olan yasal tekeli kötüye kullanmıştır ve bu kötüye kullanış neticesinde bir sömürücü davranışla RKHK'yı ihlal etmiştir. 6.madde gerçekten de buna olanak veriyor. Belko burada hakim durumun en üst noktası olan tekel konumundadır. Kötüye kullanmanın içerisinde yüksek fiyat uygulamak var mıdır? Vardır çünkü rekabet hukukunun amacı tüketici refahının ençoklaştırılmasıdır. Ankara'nın tüketicisi diğer illerle nazaran çok pahalıya kömür alabiliyorsa ve bunun sebebinde haklı bir gerekçe yoksa, maliyetle satış fiyatı arasında kabul edilemez bir fark varsa burada refah kaybı var demektir. Bu da hakim durumun kötüye kullanılması örneği teşkil eder.

Yapılan inceleme sırasında ortaya şu çıkıyor: Maliyetle satış fiyatı arasında çok büyük bir uçurum yok. Maliyetleri mi şişirdiler acaba? Maliyet şişirmek demek kasıtlı olarak harcanmayan parayı harcanmış gibi göstermektir. Sonuç olarak maliyetler de şişirilmemiş. Maliyet neden bu kadar yüksek? Diğer illerde maliyet bu kadar yüksek değilken Ankara'da neden bu kadar yüksek? Belediye hiçbir regülasyon yapılmadan kendisine verilen tekelin rehavetiyle maliyetlerini, harcamalarını hiçbir rasyonel teşebbüsün yapmayacağı kadar artırmış. Bu durum Türkiye'de devlete ait şirketlerde sık rastlanan bir durum maalesef. Regüle eden kimse yok çünkü. Bu tespit ediliyor. Ondan sonra idari para cezası kararı verelim diyorlar hakim durumun kötüye kullanılması

sebebiyle. Evet ortada tekelci piyasa var, evet rekabetçi bir piyasa yok, evet burada bir fiyat uygulamasına müdahale ediyoruz ki aslında bu müdahaleyi devletin regülasyon kuruluşlarının yapması gerekir ama ortada regülasyon kuruluşu yok. Bu nedenle Belko kendisine verilen yasal tekelin rehavetiyle, eğer rekabetçi bir ortamda olsaydı hiçbir şekilde yapmayacağı harcamaları yapmak suretiyle maliyetlerin aşırı derecede artmasına sebep olmuştur. Maliyetlerin bu derece artmasıyla fiyatlar artmıştır. Maliyet ve fiyat arasında fahiş fiyat adını vereceğimiz farklılık olmasa bile bu durum, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Cezası ise idari para cezasıdır. Bu cezayı verirken şuna dikkat etmek durumundayız. Belko'ya çok yüksek bir idari para cezası verilirse, Belko belediyenin şirketi olduğu için bu ceza yine tüketiciye yansıyacaktır. Yani belediyenin Ankara'daki tüketicilerden alacağı vergi gibi kamusal gelirlerde artış olacak ve yine tüketici için olumsuz bir durum söz konusu olacak. Bu nedenle de makul bir ceza veriliyor.

Bunun yanında Ankara Valiliği'ne yazı gönderiliyor: 'Bizim, sizin tekel yaratmanıza karışacak yetkimiz yok ama bizim tüm Türkiye'deki devlet kurumlarına görüş bildirme yetkimiz var. Eğer devletin herhangi bir kurumu, herhangi bir mal veya hizmet piyasasında tekel yaratacaksa, bu tekeli yaratırken aynı zamanda o tekelin nasıl kullanılacağını gösteren regülasyonlar da yapması gerekmektedir. Herhangi bir şirkete tekel yetkisi verip de sen tekelini şu şekilde kullanacaksın denmez ise tekel kötüye kullanılır. Bu nedenle siz ya bu tekeli kaldırın ya da regülasyon yapın.' dendi. Bu yazı, idari para cezasından daha iyi bir etki doğurdu ve sonuçta tekel ortadan kaldırıldı. Bu kararla Rekabet Kurumu, rekabet hukukunun amacı içine dahil edeceğimiz yasal tekelci piyasalarda bile en azından eğer regülasyon yoksa, hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi yolu ile tekelci piyasaya müdahale edilebileceğinin örneğini vermiştir. Bu karar, sömürücü davranış olması bakımından tek örnektir. Rekabet Kurumu, Belko'ya idari para cezasına hükmettiği zaman Belko da bu idari para cezasını ödeyip daha sonra da maliyetlerini düşürdüğü zaman, şu piyasada rekabet yine tesis edilmedi. Mevcut bir rekabet mi korundu? Hayır. Ne yapılmış oldu? Eğer Belko rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteriyor olsaydı nasıl davranacaksa o şekilde davranmaya mecbur bırakıldı. Arzını ve fiyatını ona göre ayarlamak zorunda kaldı. Rekabet Kurumu para cezası vererek ne rekabet tesis etti ne de mevcut rekabeti korudu ama sömürücü davranışı engelledi. Bu, hakim durumun kötüye kullanılmasının birinci grubunu oluşturur ve örneği çok azdır. Örneği şu sebeple çok değildir: Sömürücü davranışlar genelde tekelci piyasalarda olur, tekelci piyasalar da gerçek anlamda tekel ise ya doğal tekeldir ya da yasal tekeldir, onlar da zaten regüle edilirler.

Hakkın kötüye kullanılması objektif bir kavramdır. Kötüye kullanma halinde zarar verme kastı aranmaz. Mutlaka hakkını kötüye kullanan kişinin bundan zarar gören veya zarar görme ihtimali olan kişiye zarar verme kastı taşıması şart değildir. Dolayısıyla, objektif bir davranıştan bahsediyoruz. Belko örneğinde de aynı şey söz konusu, rehavet var. Eğer rekabet olsaydı Belko'nun böyle rahat davranması imkansızdı. Davransaydı da kısa bir süre sonra piyasadan çıkardı, diğer teşebbüsler piyasadan Belko'yu atarlardı ve bu da hukuka uygun olurdu. Rekabet Kurumu bunları tespit edip regülasyon kuruluşu da olmadığı için buna müdahale edebilmiş ve böylece tekelci teşebbüsü rekabetçi ortamda olsaydı nasıl hareket edecek idiyse o şekilde hareket etmeye zorlamıştır. Aslında bu regülasyon otoritelerinin işidir. Devlet bu tür piyasaları regüle etmek zorundadır.

Sınıftan gelen sorular üzerine:

Belko'ya tanınan tekel hakkı Valilik tarafından tanınmış bir tekel olduğuna göre Valilik'in yaptığı bir idari işlemdir. İdari işleme dayanan tekeli de yasal tekel olarak adlandırabilir miyiz? Bir de Rekabet Kurulu, Valilik tarafından verilen tekelin yasal dayanağının olmadığını tespit etmiş. Bu tekel zaten yasal olmadığı için ortadan kaldırılamaz mıydı? Birincisi, yasal tekel demek dar ve teknik anlamda kanunla tanınan tekel demektir. Geniş anlamda ise yasal tekel şunu da ifade eder: Yasa, idareye tekel yaratma yetkisi vermiş olabilir. Buna da ayrıca idari tekel denmesine gerek yoktur. İdare herhangi bir teşebbüsün belirli bir mal veya hizmet piyasasında belirli bir süre tekel olarak faaliyet gösterebilmesine karar verme yetkisi ile donatılmışsa kanun tarafından, bu şekilde kurulan tekel de yasal tekeldir. İkincisi ise, Valilik aslında kanun kendisine böyle bir yetki tanımadan bir tekel yaratmış. Sadece bu nedenle bu tekelin kaldırılabilmesi mümkün değil miydi? Mümkündü. Bu durum, tekelin devamının engellenmesi şeklinde gerçekleştirilebilirdi. Yani tesis edilen idari işlemin idari yargıda iptal edilmesi ile mümkün olabilirdi. İdari yargıda iptal davası açabilmek için menfaat şartı vardır. Bütün tüketiciler idari yargıda iptal davası açabilirlerdi bu tekel aleyhine. İptal işlemi gerçekleştiğinde de geçmişe etkili bir iptal işlemi olurdu. Ama böyle bir dava açılmamış. Bu davanın açılması Rekabet Kurumu'nun yetkilerini kullanması açısından iyi bir kale olabilirdi ve bu durum kanuna aykırı olmazdı. Kanunen mümkün ve faydalı bir yoldu. Menfaat açısından da kamu menfaati ileri sürülebilirdi.

İkinci ihtimalde ise dışlayıcı davranış söz konusudur. Burada da rekabetçi piyasa yok ama burada bir üst piyasa bir de alt piyasa olmak üzere iki piyasa var. 2001-2002 yıllarında TTAŞ, telekomünikasyon altyapısına sahip idi. Az önce bahsettiğimiz o doğal tekel özelliğine sahip olan altyapı. TTAŞ'ın yasal tekeli de var o zaman. TTAŞ bu altyapıyı kullanarak bundan yararlanarak katma değerli hizmet sunuyor. Telefon, internet vs. hizmetler sunuyor. İnternet hizmeti sadece TTAŞ tarafından değil başka teşebbüsler tarafından da sunuluyor. Bunlara Ü1, Ü2 ve Ü3 diyelim. Bunlar internet servis sağlayıcıları (iss) olarak faaliyet gösteriyor. Bu İSSler ve TTAŞ, TTAŞ'a ait olan altyapının kullanılması suretiyle son kullanıcıya ulaştırılan internet hizmeti pazarında birbirlerine rakipler. Buna alt pazar adını veriyoruz. TTAŞ'nin pazarı ise üst pazar. TTAŞ öyle bir fiyat stratejisi uyguluyor ki kendi altyapısını kullandırmak için internet servis sağlayıcılarından aldığı 'kira bedeli' kendisinin alt pazarda son tüketiciye internet hizmeti satarken uyguladığı fiyattan daha düşük. Buna şimdi yeni uygulamada fiyat sıkıştırması deniyor. Eskiden buna çapraz sübvansiyon denirdi. Yani TTAŞ, iss'lerden yani alt pazardaki rakiplerinden pazarı oluşturan altyapıyı kullandırma karşılığında ücret isterken çok yüksek bir ücret istiyor. Kendisi ise alt pazarda tüketiciye internet hizmeti sunarken alt pazardaki rakiplerinden istediği ücretten daha düşük bir ücre uyguluyor. Dolayısıyla sıkıştırıyor rakiplerini ve dışlıyor. Öyle bir dışlıyor ki alt pazardaki iss'lerin yaşaması artık mümkün değil, 1-2 sene içerisinde hepsi piyasadan çıkacak. TTAŞ burada savunma olarak Anayasa'nın bana vermiş olduğu bir mülkiyet hakkı var, ben bu altyapıya sahibim ve ayrıca bunun üzerinde bir de yasal tekelim var. Bunu dilediğim gibi kullanabilirim diyebilir. Rakiplerim de kendi altyapılarını kursunlar, ben kendi altyapımı onlara kullandırmaya mecbur değilim diyebilir.

Burada önemli olan şudur: Altyapının bizzat kendisi nasıl pazar olarak ifade edilebilir? Bunu yanıtlayabilmemiz için piyasanın ne olduğunu hatırlamak lazım. Piyasa, alıcı ile satıcının buluştuğu, arz ile talebin buluşup fiyatın oluştuğu ortamdır. Devlet, internet hizmetlerinin sağlanmasına müsaade etmiş ve internet hizmetleri pazarı diye bir pazar var. Bu internet hizmetleri pazarının faaliyet gösterebilmesi için internet hizmetlerinin gerçekleştirilmesini sağlayacak olan bir altyapı şarttır. Bu altyapı Türkiye'de bir tane var ve o altyapının sahibi TTAŞ. TTAŞ kendisi de kendi altyapısını kullanarak tüketicilerine

internet hizmeti sağlıyor ama serbest bir pazar olarak aktif olması yasa gözünde mümkün olan bu pazarda faaliyet gösterecek olan diğer iss'lere de bu altyapıyı kullandırmak zorundadır. Hangi şartla? Kapasitesi müsait olacak, ayrıca kendisine makul bir ücret ödenecek kuşkusuz. Bu şartlar gerçekleşmişse ve haklı hiçbir sebep göstermeden ne iis'lerin kendisine yaptıkları altyapıyı kullanma başvurularını reddedebilir ne de onların bu işten vazgeçmelerini sağlayacak şekilde yüksek fiyat verebilir. Rekabet Kurumu da buna o zamanki deyimiyle çapraz sübvansiyon dedi, şimdi fiyat sıkıştırması deniyor. Bir üst pazar bir de alt pazar var, üst pazarda altyapıya sahip olan ve üst pazardan alt pazara girdi sağlayan, bu pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün fiyat uygulamaları ile alt pazardaki rakiplerini dışlamaya çalışması söz konusudur. Dolayısıyla bu neden pazar olarak adlandırılıyor diye sorulduğunda cevap şudur: Telekomünikasyon altyapısının bedeli karşılığında kullandırılması pazarı söz konusudur, 'telekomünikasyon altyapısı pazarı'. Bunun alıcısı ve satıcısı vardır. Arzı ve talebi vardır. Bu yüzden bu bir üst pazardır.

Rekabet Kurumu şunu dedi, TTAŞ burada bu fiyat uygulamasıyla üst pazardaki hakim durumunu alt pazarda hakim durum sağlayabilmek üzere rakiplerini dışlayıcı davranışla kötüye kullanmıştır. Bu nedenle 6.maddeye aykırı davranmıştır ve idari para cezasına çarptırılmıştır. Eğer Rekabet Kurumu böyle karar vermeseydi ne olacaktı? Alt pazardaki rakipler birer birer piyasadan silineceklerdi ve üst pazarda yasal tekel ve doğal tekel olan TTAŞ, belli bir süre sonra buradaki tekelinden yararlanmak suretiyle başka bir pazar olan internet hizmetleri pazarında da tekel haline gelecekti. Burada Rekabet Kurumu rekabeti korudu. Alt pazardaki rekabeti korudu. Burada da tekelci piyasaya müdahale etti. TTAŞ üst pazarda yani altyapı pazarında tekel durumundaydı. Yani Rekabet Kurumu TTAŞ'a şunu dedi: Sen altyapı pazarı olan üst pazardaki hakim durumunu, internet hizmeti pazarı olan alt pazarda tekel durumuna gelmeye çalışamazsın. Böylece alt pazarda mevcut olan rekabeti korudu. Tekelin bağlantılı bir piyasada yeni bir tekel yaratılması için kullanılmasına engel oldu. Yani tekele tekel yaratmasını engellemek için müdahale etti. Bu bir dışlayıcı davranışı engelleme uygulaması idi. Bu kararda rekabet perspektifi vardır.

Dışlayıcı davranışla kötüye kullanmanın bir diğer ihtimali ise şudur: Mevcut bir tekelin korunması için bir tekelin kötüye kullanılması ihtimalidir. Bu da dışlayıcı davranıştır ve burada da rekabet perspektifi vardır. Yine TTAŞ var ve burada kablo TV şebekesine sahip ve de doğal tekel konumundadır. Daha yeni bir karardır. Kablo TV şebekesini kullanarak geniş bant internet hizmetlerini veriyor. İss'ler bedeli karşılığında geniş bant internet hizmetini kullanmak istiyor. Rekabet Kurumu bu kararında kablo TV şebekesinin doğal tekel olduğunu söyledi. Yani bir ikincisinin tesis edilmesi ekonomik olarak mantıklı değildir dedi. TTAŞ iss'lerin bu talebini haksız olarak reddediyor. Şöyle düşünüyor: Kablo TV şebekesini alabilmek için çok masraf yaptım, bunu bir de rakiplerime mi kullandırtacağım diyor. Rakip yaratmak istemiyorum diyor. Kendi açısından mantıklı bir sebep olabilir ancak Rekabet Kurumu için haklı bir sebep değil. Rekabet Kurumu burada bu doğal tekeldir, doğal tekel üst pazarı oluşturan kablo TV şebekesini kullandırma pazarındadır. Buna bağlı olan alt pazar ise geniş bant internet hizmetleri pazarıdır. Bu pazarda geniş bant internet hizmeti sunabilmek için kablo TV şebekesi zorunlu bir unsurdur. Bunun kullandırılması talebi TTAŞ tarafından haklı bir gerekçe olmaksızın reddedilemez. TTAŞ'ın gösterdiği gerekçelerin hiçbiri haklı değildir. Aksine, yapılan soruşturmada tespit edilmiştir ki TTAŞ üst pazardaki doğal tekelini kötüye kullanarak alt pazardaki fiili tekelini muhafaza etmek, ileriye taşımak istiyor. Ü1, Ü2, Ü3'ün pazara girmesini engelliyor. Bu bir 6.madde ihlalidir. Yine dışlayıcı davranıştır. Buradaki durum, piyasaya giriş engeli yaratarak bu pazara hiçbir rakibin

girmemesini sağlamak ve üst pazardaki tekeli ve alt pazardaki fiili tekeli sürdürmek demektir. Bu nedenle bunun bir rekabet ihlali olduğu tespit edilmiştir.

Yasal tekel, doğal tekel ve fiili tekel kavramlarını kullandık. Eğer TTAŞ, rekabet hukuku normlarına uygun bir şekilde davranarak, ortada haklı bir neden olmadığı için de makul bedeli karşılığında alt pazarı diğer iss'lere kullandırırsa iss'ler piyasaya girecekler. Piyasaya giriş engelini zorunlu bir unsurdan yararlanmak suretiyle bizzat TTAŞ'ın kendisi yaratıyor. Böylece de o anda sahip olduğu fiili tekel artık kendisinin yarattığı ve kendisinin elinde bulunan bu güç nedeniyle süregelen bir kesin giriş engeli halini alıyor. Bundan sonra piyasada sadece ben varım iddiasına bulunuyor. Neticede, hakim durumunu, başka bir pazarda mevcut olan fiili tekelini korumak için kötüye kullanıyor. Rekabet hukuku verilen son iki örnekte hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle bir başka piyasada hakim durum elde etmeyi veya mevcut bir hakim durumu korumayı da bu suretle yasaklamış oluyor.

Her üç müdahalede de Rekabet Kurumu tarafından tüketici refahını koruyan girişimler mevcuttur. Rekabet hukukunun rekabetin korunması suretiyle iktisadi etkinliğin sağlanması ve bu yolla da tüketici refahının ençoklaştırılması amacı vardır. Bu amaç için maddi hukuk normları ile ihlal alanları belirlenmiştir. Bu amacı gerçekleştirmek için teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır. Bunların konusu veya amacı veya etkisi rekabeti kısıtlamak ise yasaktır. Bu tür anlaşmalar yasaklanmazsa, birbirleriyle anlaşan teşebbüslerin arzın miktarını, faaliyet bölgelerini ve fiyatı kararlaştırması sonucu doğacaktır. Eğer tekelci bir teşebbüs olsaydı nasıl davranacak idiyse birbirinin rakibi olan birden fazla teşebbüs birbirleriyle anlaşma yapmak suretiyle yine aynı etki doğuracaktır. Yani bir tekelci etki doğacaktı. Şunu düşünün: 5 teşebbüs bir araya geliyoruz ve diyoruz ki 3 sene boyunca minimum fiyat bu olacaktır. Buna kartel anlaşması denir. Aynı piyasa düzleminde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında. Bu aslında güçlerin birleşmesi suretiyle bir tekel etkisi yaratılmasıdır. Demek ki kanun koyucu burada, tekel neticesinde doğacak olan olumsuz sonuçları bu suretle engellemiş oluyor. İkincisi ise hakim duruma gelecek şekilde veya mevcut hakim durumu kuvvetlendirecek şekilde teşebbüslerin birleşmesi veya birinin diğerini devralması neticesinde piyasadaki rekabeti önemli ölçüde etkileyecek bir güç doğuyorsa, bu da engellenmiştir kanun koyucu tarafından. Yani anlaşmak, uyumlu eylem yapmak ve teşebbüs birliği kararı almak yahut birleşmek suretiyle tekelleşmek yasaktır. Bunun dışında tekel haline gelmek yasak değildir. 4054 sayılı Kanun ve AB maddi hukuk kuralları hakim duruma gelmeyi engelleyen metinler değildir. Çünkü hakim duruma gelmek yasak değil, eğer bunu yasaklayacak olursanız rekabet hukukunun amacına aykırı davranmış olursunuz. Her teşebbüs karını maksimize etmek için pazarda büyümeyi amaçlar, pazar payının artmasını ister. Pazar payının artması demek hakim duruma gelmek demektir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un yasakladığı yollar dışında hakim duruma gelmek engellenemez. Hakim duruma gelindiği zaman hakim durumun sömürücü, dışlayıcı veya pazar yapısını bozucu davranışlarla kötüye kullanılması yasaktır.

Anayasa'nın 167.maddesi çerçevesinde bu anlatılanların durumu nedir?

Üçüncü ihtimal ise pazar yapısını bozucu davranışlardır. Bunlar için artık yok denebilir. İlk ortaya çıktığı içeriği taşımayan bir kavramdır. Hakim durumun kötüye kullanılmasının üçüncü grubunu oluşturur.

17.03.2017-

Rekabet hukukunun amacı çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'da yasaklanan davranışlar ikiye ayrılabilir. Her iki ihlal durumunda da öngörülen yasaklamalarla amaçlanan şey etki itibariyle aynıdır. Birinci grup; anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları ve birleşme ve devralmalardan oluşur. Bunlar 4 ve 7.maddelerde düzenlenmiştir. AB Roma Anlaşması'nın 101.maddesinde düzenlenmiştir. Bunların hepsi uzlaşmayı (collusion) ifade eder. Rekabet hukukunda önemli bir kavramdır.

Yasaklanan bu eylemler gerçekleştirilirse ne olur? Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının ortak özelliği, teşebbüsler arasındaki uzlaşma ile bu teşebbüslerin piyasada sanki tek bir teşebbüsmüş gibi hareket etmesine imkan sağlamasıdır. Bunların en ağır türü yatay anlaşmalarda yani kartellerde ortaya çıkar. Karteller fiyat anlaşması (sabit fiyat anlaşması, minimum fiyat anlaşması gibi) ve/veya müşteri bazında pazar paylaşımı ve/veya bölgesel pazar paylaşımı ve/veya arzın miktarının belirlenmesi şeklinde ortaya çıkabilirler. Bunlar ağır (hard core violations) ihlallerdir. Teşebbüsler bu suretle kendi aralarında anlaştıkları zaman etki bakımından sanki tekelci bir teşebbüsün davranışıymış gibi sonuç doğurur. Dolayısıyla, birinci grup için söz konusu yollardan biri ile ulaşılmak istenen tekelleşmenin engellenmesi amaçtır çünkü sonuçta tekelle aynı etki doğacaktır. Birleşme de zaten yasaklanan haliyle şudur: İki teşebbüs birleştiği zaman yeni bir hakim durum meydana gelecekse veya mevcut bir hakim durum güçlenecekse ve bunun sonucu olarak da piyasada rekabet olumsuz etkilenecekse davranışın yasaklanmasıdır. Dolayısıyla bu da tekelleşmenin engellenmesi demektir. Bu yollardan biriyle hakim duruma gelmek ve tekel etkisinin yaratılmasının engellenmesi amaçtır sonuç olarak. Rekabet hukukunda nihai amaca baktığınız zaman şu çıkıyor ortaya: Arzı dilediği gibi kısarak fiyatı yükseltme olanağına sahip olmamalıdır hiçbir teşebbüs. Rakip üzerinde mevcut veya potansiyel bir rekabet baskısı kurulması gerekmektedir. Onun için burada tekelleşmenin anılan yollardan biriyle kurulması yasaktır.

İkinci grupta ise hakim durumun kötüye kullanılması var. Burada birçok rekabet hukuku kaynağında bir şey atlanıyor. 4054 sayılı Kanun, hakim duruma gelmeyi engellemez. Yani, tekel durumuna gelmeyi engelleyen bir kanun değildir. Birleşme, anlaşma yoluyla tekelleşmeyi yasaklar. Meşru piyasa faaliyetleri neticesinde pazar payının artırılması ve hakim duruma gelinmesi yasaklanmış değildir. İsterse bu şekilde pazar payı %70-80lere gelsin, rekabet hukuku bunu engellemez. Bu yollarla tekelleşmeyi engellemez. Tekelleşmeyi engellemesi bizzat düzenlemeye çalıştığı serbest piyasa düzeninin ortadan kalkması demektir. Ama hakim durum varsa o hakim durumun kötüye kullanılmasını engeller. Hakim durumun birinci gruptaki davranışlarla yaratılması yasak, bu yollar dışında kalan yollarla yaratılmış olan hakim durumun da kötüye kullanılması yasaktır. Bu ifade yanlış değil ancak eksik bir ifadedir çünkü bir şey daha var. 'Bu yolların dışında bir yolla hakim durumun elde edilmesi yasak değildir' önermesi eksik bir önerme çünkü hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla hakim durum yaratmak veya mevcut bir hakim durumu muhafaza etmek de yasaktır. Mevcut tekelin (tekel, hakim durumun en üst seviyesidir.) caiz olmayan sonuçlarının sömürücü, dışlayıcı ve pazar yapısını bozucu davranışlarla elde edilmesinin engellenmesi söz konusudur. Hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi ile asıl engellenen budur.

Burada dışlayıcı davranışlar bakımından şöyle bir ihtimal ortaya çıkıyor: Dışlayıcı davranışlar; sözleşme yapmayı reddetme, zorunlu unsur doktrinine aykırı bir şekilde lisans ve mal taleplerini reddetme, ayrımcılık, fiyat sıkıştırması, bağlama sözleşmesi, yıkıcı fiyat uygulaması olarak sıralanabilir. Elbette her teşebbüs rakiplerini dışlamak ister ama dışlama ancak caiz yollarla yapılırsa mümkündür. Sayılan yollarla bir dışlama söz konusu olursa bu yasaklanmıştır. Bu davranışların hepsi caiz olmayan dışlayıcı

davranışlardır. Hakim durumdaki teşebbüs bunlardan birini yaparsa hakim durumunu kötüye kullanmış olur. Bu hakim durumun dışlayıcı davranışlarla kötüye kullanılmasının engellenmesi demek şu demektir: Hakim durumdaki teşebbüsün mevcut tekelini veya hakim durumunu ileriye taşımak veya yeni bir tekel yaratmak amacının engellenmesidir. Dolayısıyla, dışlayıcı davranışların engellenmesinin neticesi şudur: Hakim durumdaki teşebbüsün mevcut tekelinin caiz olmayan sonuçlarından bir tanesi bu tekelini dışlayıcı davranışlarla muhafaza etmeye çalışması veya yeni bir tekel yaratmaya çalışmasıdır. Bu dışlayıcı davranışların yasaklanmasının amacı da mevcut tekeli kullanarak yeni tekel yaratmanın veya mevcut olan başka bir tekeli ileriye taşımanın engellenmesidir. Hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan ve yasaklanmış olan davranışların çoğu bu şekilde karşımıza çıkmaktadır. Dışlayıcı davranışlar başarıya ulaşırsa hakim durumdaki teşebbüs ya mevcut hakim durumunu kullanarak yeni bir hakim durum yaratmış olur veya tekeli kullanarak mevcut hakim durumunu muhafaza etmiş olur. Birinci halde teşebbüs rakiplerini piyasadan atar. İkincisin de ise rakiplerini piyasa sokmaz.

Sherman Act'in 2.maddesi tekelin elde edilmesini yasaklıyor. Tekelleşmeyi hedefleyen veya mevcut tekeli muhafaza etmeyi amaçlayan veya bu etkisi olan davranışlar suçtur diyor. Bu hüküm yorumlanıyor ve deniyor ki burada kastedilen şey teşebbüslerin caiz olan piyasa faaliyetleri ile elde etmeye çalıştıkları hakim durumun yasaklanması değildir. Rekabete aykırı davranışlarla bir tekel elde etmeye çalışması veya mevcut tekelini bu tür davranışlarla muhafaza etmeye çalışması yasaktır. Aksinin kabulü, serbest piyasa düzeninin motorunun çalışmamasını istemek demektir. Rekabet hukukunun vazifesi bu değildir. Aksine, rekabet hukuku teşebbüslerin hakim duruma gelmek için çabalamalarını teşvik eder. Bu anlamda açılan bir davada Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Douglas'ın kararına göre; bu ifade ile kastedilen tarihsel tesadüflerle yahut keskin iş zekasıyla ya da benzer imkanlarla kazanılacak veya kazanılmış olan bir tekel gücünü kapsamaz.

Türkiye'de ise 4054 sayılı Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümlerinin okunması ile kolayca anlaşılabilecek bir durum söz konusu değildir. Yasa, uygulama ve yabancı kaynaklar beraber değerlendirildiğinde şu sonuca varıyoruz: Dışlayıcı davranışlarla tekelleşmek yasaktır. Bunun dışındaki yollarla tekelleşmek yasak değildir. Yanlış değil ama eksik. Hakim durumun kötüye kullanılması yolu ile de tekelleşmek yasaktır. Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku, hakim durumun kötüye kullanılması ile hakim durum yaratılmasını veya mevcut hakim durumun muhafaza edilmesini de yasaklar. Bu da tekelleşmeyi yasaklamaktadır.

MADDE 167– Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.

Anayasa'nın 167.maddesine baktığımız zaman Anayasa'nın devlete bir görev yüklediğini görüyoruz. Sherman Act'e çok benzer bir hükümdür. Devletin piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkacak olan tekelleşmeyi engellemek zorunda olduğunu söylüyor. Bizim yaptığımız tespiti yapmayan yazarlar, 4054 sayılı Kanun'un

Anayasa'ya aykırı olduğunu savunuyorlar. Şöyle ki, Kanun tekelleşmeyi değil, onun kötüye kullanılmasını engeller kabulünden hareket ederek diyorlar ki 4054 sayılı Kanun hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklıyor ama hakim duruma gelmeyi yasaklamıyorsa, anlaşmalar yoluyla yasaklıyor ama fiilen yasaklamıyorsa, o zaman Anayasa'ya aykırıdır diyorlar. Çünkü 167.madde anlaşmalar yoluyla tekelleşmeyi engelleme görevini yasama organına veriyor, yasama organı da bunu yapıyor. Uzlaşma yolu ile tekelleşmeyi 4054 sayılı Kanun engelliyor zaten, bu Anayasa'ya uygun. Ama bunun dışındaki durumlarda hakim duruma gelmeyi engellemiyorsa bu durum Anayasa'ya aykırıdır çünkü 167.madde diyor ki fiili tekelleşme de engellenir. Fiili tekelleşme ne demek? 'Fiili' ifadesinin anlamının tespit edilip içinin doldurulması gerekmektedir. Burada, fiili tekelleşmeyi caiz olmayan yollarla hakim durumun kazanılması olarak anlamak lazımdır. Burada hakim durumun kötüye kullanılması yolu ile hakim durumun elde edilmesi yasaklanıyor. Burada anlaşma yok, fiil var. Tekel durumundaki teşebbüs bir haksız fiil işliyor. O haksız fiil yıkıcı fiyat, hakim durumunu başka bir pazarda kötüye kullanma, alıcıları bağlama anlaşması yapmak zorunda bırakmak gibi davranışlar olabilir. Bunların hepsi fiildir. 167.maddenin yasakladığı fiili tekelleşmeyi 4054 sayılı Kanun da yasaklıyor. Hakim durumun kötüye kullanılması fiilini işleyerek yeni bir hakim durum yaratamazsınız. Tekelleşme bu şekilde engelleniyor. Ortada bir aykırılık söz konusu değildir.

Sömürücü davranışlar, aslında rekabet hukukunda çok tartışmalı olan bir konuya işaret eder. Fiyat uygulamalarında, yıkıcı fiyat uygulamak hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bunda hiç şüphe yok. 6.maddede sayılan davranışların çoğunun dışlayıcı davranışlar olduğunu görüyoruz. Sömürücü davranışlar, daha ziyade fiyat uygulamaları ile oraya çıkıyor. Mesela yıkıcı fiyat dışlayıcı bir davranış iken fahiş fiyat uygulaması sömürücü bir davranış olarak karşımıza çıkıyor. Rekabet hukuku fiyat regülatörü değildir denir. Yani eğer bir tekel varsa ve o tekel fahiş fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullanılıyorsa aslında bunun yetkili regülasyon otoriteleri tarafından halledilmesi gerekir. Meğer ki ilgili piyasa, regüle edilmemiş bir piyasa olsun.

Dışlayıcı davranışlarla hakim durumun kötüye kullanması rakiplere yönelen bir haksız fiildir. Rekabet hukukundaki en önemli ihlaller bunlardır. Bunlara piyasayı kapatma da denir. Bunlar şu şekilde tezahür eder.

Mal vermeyi veya sözleşme yapmayı reddetmek ve zorunlu unsur doktrinine aykırı davranmak

Eşit durumdaki alıcılara eşit koşullarda farklı şartlar uygulamak, yani ayrımcılık yapmak,

Bağlama sözleşmesi yapmak, yani bir ürünün satışını başka bir ürünün satışı şartına bağlamak,

İndirim sistemleri uygulamak, yani fiyat indirimleri yapmak ki bu da bazı kararlarda ayrımcılığın bir türü olarak nitelendiriliyor.

Yıkıcı fiyat uygulamak (satış fiyatının marjinal maliyetlerin altında belirlenmesi)

Fiyat sıkıştırması yapmak,

Münhasırlık anlaşmaları (alıcılara sadece kendisinden mal alma konusunda bir münhasırlık kaydı konması).

Sömürücü davranış rakibe yönelmez. Pazarın karşı tarafına yönelir. Yani alıcıya veya tüketiciye yönelir. Sömürücü davranış rekabeti bozucu bir davranış değil. Zaten rekabet yok. Sadece tüketiciye zarar veriyor. Bir tekel piyasası eğer regüle edilmemişse o takdirde onun fahiş fiyat uygulaması bir sömürücü davranış teşkil eder. Örnekleri daha azdır.

Münhasırlık ile tekel aynı şey değildir. Türkçe'de tekel ile münhasırlık aynı anlamda kullanılıyor. Eskiden tekele inhisar denirdi. Münhasırlık artık çok spesifik bir anlam kazandı: Mülkiyet hakkının sahibi ona münhasırdır mesela. Hakkın sahibi rıza göstermedikçe, istisnalar saklı kalmak koşulu ile, o hakkın verdiği yetkiler başka kişiler tarafından kullanılamaz. Buna münhasırlık (exclusivity) diyoruz. İnhisari Lisans Sözleşmesi vardı. Bunun karşılığı tekelci lisans sözleşmesi değildir. Tekelci dendiği zaman farklı bir anlam çıkar çünkü tekel (monopoly) bir piyasa kavramıdır. Bir ilgili ürün pazarındaki arzın tek bir teşebbüs tarafından sunulduğu piyasa yapısına tekelci piyasa denir. Dolayısıyla, tekelcilik ve münhasırlık aynı kavramlar değildir.

24.03.2017-

Sınıftan gelen sorular üzerine:

İlgili ürün pazarında tüketici gözündeki kullanım alanları, işlevi genel olarak birbirini tutan ürünlerin oluşturduğu pakettir ve ama eğer fiyat yönünden büyük uçurumlar varsa kaşımızı kaldırırız ve muhtemelen söz konusu ürünlerin aynı ilgili ürün pazarında olduğunu söyleyemeyiz dedik. Bunun sebebi de belli ki o primlendirmeye yol açan bir konu olmasıdır ortada. Yani, nemlendirici-gözaltı nemlendiricisi örneğinde olduğu gibi. Bunca zaman bir şekilde tüketiciye küçücük tüpteki nemlendirici gayet pahalı satılmış ve el kremini de istediğin gibi kullan denilmiş. Bunu böyle satageldikten sonra ve bu durum üreticinin elinde bu hale geldikten sonra artık normal nemlendiricilerin ve gözaltı nemlendiricilerinin içeriklerinin, formüllerinin aynı olduğunu söylemeye imkan yoktur. Hepsine nemlendirici demek mümkün değildir. Bunların aynı olduğunu iddia eden teşebbüse dönüp de rekabet hukukunda şunu deme şansımız vardır: Nasıl nemlendirici piyasası? Ürünler tüketici gözünde ayrıldı bir kere. Ayrılsa ne olur? Örneğin; Fevzi Hoca şunu sorsa: Acaba gözaltı nemlendiricileri pazarında %80 pazar payı olan ve en yakın rakibinin pazar payı %11 olan bir teşebbüsün ayrımcı fiyat uygulamaları 6.maddeyi ihlal eder mi? Burada, gözaltı nemlendiricileri diye bir şey yoktur ki, nemlendiriciler pazarıdır bu demek isteseniz, içerik olarak aynı olabilir (ki aslında değil) ama bu durum tüketiciye böyle anlatılmadığı için o ayrımcı fiyatlandırma ile bir piyasa bozulabilecektir çünkü gözaltı nemlendiricisi piyasasında ayrımcı fiyat uygulamasına maruz kalan teşebbüs el kremini piyasaya sürerim diyemiyor. Bunun için de ayrımcı fiyat uygulaması suiistimaline açık bir durum söz konusu oluyor. Bu yüzden pazar gücü ve pazar payının gözaltı nemlendiricileri piyasasına göre belirlemek durumunda kalıyoruz. Fiyat bu yönden önemlidir. Yani adam izole olmuş mu, fiyatı çekmek suretiyle istediği gibi at koşturabilecek mi, bunları belirlemeye yarar.

Dolayısıyla, diyelim bir teşebbüs mal vermeyi reddetti. Distribütörlerinden bir tanesine gözaltı kremlerini vermiyor. Bir sürü eczane var, gözaltı kremlerini satıyorlar, tüketici de memnun bu durumdan. Mal alamayan eczane gidip Rekabet Kurumu'na şikayet etti. Objektif bir haklı gerekçesi olmaksızın mal vermeyi reddediyor, ben de satamıyorum, beni cezalandırmasının sebebi de fiyatlarımı düşük tutmamdır, tavsiye edilen satış fiyatına uymuyorum diye adam da mal vermeyi reddediyor ama reddedememesi gerekir çünkü hakim durumdadır dedi. İki teori birden ortaya attı: Hem yeniden satış fiyatını

belirlemeye çalışıyor (4.madde altında ihlal) hem de objektif gerekçesi olmadan mal vermeyi reddediyor (6.madde altında ihlal) dedi. Üretici de savunma olarak o da el kremi satsaydı efendim bir sürü el kremi var elinde diyebilecek mi? Diyemez. Bunu şuradan çözüyoruz: Bu kadar fiyatı açabildiğine göre gidip de 'Kardeş gözaltı var mı?' diyen tüketiciye 'Yok, el kremi vereyim mi abla gözüne sürersin.' diyemeyecektir. Bunu yapamayacağı durumda da üreticinin davranışını ıslah edemeyecek. Demek ki bu adam hakim durumunu kötüye kullanabilecek bir evrende yaşıyor.

4.maddeyi ayırırken etkisi ve amacından bahsetmiştik. 'Etki doğurabilecek nitelikte olan' ifadesi kullanılıyor. Bu durumda bir faaliyetin, amacı ve etkisi olmamasına rağmen etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle cezalandırılabilmesi mümkün müdür? Etki doğurabilecek nitelikte olan denmesinin sebebi, yani somut olarak 'ekonometrik analizlerle etki doğmuştur, al bak bu da etkisi, fiyat 12 kuruş olacak iken 13.7 kuruş olmuştur'u göstermeme gerek olmamasıdır. Eğer etki potansiyelini açıklıkla ortaya koyabiliyorsan somut olarak fiyata yansıdığını, sahaya inmiş bir etki olduğunu göstermek zorunda değilsin demek istiyor kanun koyucu. Nadiren sırf etki doğurma ihtimali olduğu için ceza verilmesi mümkün olabiliyor. Bu durum genellikle etkinin mevcudiyetine gider zaten. Amaç olmadığı halde etkinin doğduğu dosya olabilir.

Talep ikamesi-Arz ikamesi Farkı (tekrar): Aslında hep aklımıza gelen bir şeyin diğeri yerine kullanılabilmesi, bir ürünün diğer ürünün ıslah edici özelliğinin olabilmesi örnekleri talep tarafına gider. Diğer yandan, başka bir ıslah edici fonksiyon daha vardır. Arz ikamesini de akılda tutmak gerekir. Gözaltı kremi yerine el kremi verebiliyor musun, çocuğuna süt almaya çalışan anneye süte zam geldi diye soda verebiliyor musun soruları hep talep tarafından kolay çözülüyor. BJK forması alıcısı için FB formasının alım değeri yoktur. Yani, talep esnekliği söz konusu değil. Üretici yönünden ise, ben artık FB forması değil BJK forması üretiyorum demek arz ikamesi yönünden çok kolay olabilir. Bu sadece boya işi olabilir. BJK formaları üreten üretici olalım ve BJK 5 yıl üst üste şampiyon olmuş olsun. O 5 yıllık şampiyonluğun sonunda formalar kapış kapış giderken, fiyatları yükseltirsek (çünkü BJK formaları pazarındayım zannediyorum) diğer üreticiler BJK forması üretmeye başlayarak bizi yani ıslah etmiş olurlar. Dolayısıyla, bu yine aslında çok keskin bir evren olmayabilir arz ikamesi olanağı varsa. Büyük bir teknolojik yatırım yapmaksızın, kapasite yatırımı yapmaksızın, ciddi batık maliyetlere katlanmaksızın, zamanlı bir şekilde bir malın üreticisi diğer malın üreticisi konumuna kendisini hızla getirebiliyorsa, örneğin sadece ara malını değiştirmek suretiyle A'yı üretirken B'yi üretebiliyorsa, bu durum muhtemelen aynı pazar içerisinde harmanlanması gereken bir ürünler paketidir, tüketici gözünde fanatizmi söz konusu olsa dahi.

Sadece bir firma lisanslı üretebiliyorsa eğer, bu durum neredeyse bir doğal monopol oluşturur. Bu takdirde doğal monopol olan teşebbüsün hakim durumda olduğu varsayılır. Örneğe dökelim: Havaş'ın havalimanına toplu taşıma yapabilmesi için SHY 22 Yönetmeliği altında lisans alması gerekiyor. Özelleştirme sonrası lisans ile beraber toplu taşıma yapabilme yetkisi Havaş'tadır. O dönemde, hakim durum soruşturması yapıldığında, Havaş vekili 'Ohoo ordan yola devam edip Polatlı'ya giden otobüsler var, havalimanına giden bir sürü toplu taşıma aracı var.' diyemez. O noktadan o noktaya havalimanı yolcusu taşıma işini sadece Havaş yapabiliyor. Bu durum da Havaş'a alternatif toplu taşımanın kapısının açılmasına yol açmıştır ve rekabet otoritesi ceza vermeyeceğim ama başka toplu taşımaların da koyulması iyi olur demiştir. Çünkü bu haliyle fahiş fiyat uygulaması iddiasıyla mütemadiyen tüketici gelip duruyor. Tüketici de şu şikayetle geliyor: Yahu ben buradan Polatlı'ya gidiyorum, 10 kuruş ödüyorum.

Havalimanına gidiyorum, 17 kuruş ödüyorum, bu ne rezalet? Havaş da diyor ki özelleştirirken iyiydi ama. Bir tane yolcu olsa bile otobüsü gönderiyoruz diyor. Üstelik yolda da durmuyoruz, bir ölçek de sağlayamıyoruz, durak yapmıyoruz diyor. Benim maliyet fonksiyonum daha farklı diyor. Bir savunuyor, iki savunuyor, üçüncüde artık Rekabet Kurumu diyor ki çok sık şikayet geliyor bunu bir netleştirelim. Fahiş fiyatlandırma yapıyorsun diye bir kınama yapmak istemiyorum çünkü serbest piyasa ekonomisine inanıyorum ve adam özelleştirme ile almış ve yüksek fiyatlandırma yapıyorsa kendi kar maksimizasyonu için yapıyor ve fahiş fiyatlandırma sınırlarına kadar da çıktığını düşünmüyorum zaten fahiş fiyatlandırma teorilerini de pek sevmiyorum diyor ama şunu da tavsiye etmek isterim. Bu işi eğer devlet çözecekse Rekabet Kurumu'nun eliyle çözemez, belediyeler otobüs falan koyar. Adamı tekel olmaktan çıkarırlar. Bunun üzerine, diğer toplu taşımacılar ortaya çıkıyor Havataş, Belko vs.

Yeniden satış fiyatının tespiti dikey ihlal oluşturur dedik. Mesela bir üretici eczanelere ürün gönderdiğinde ve bunun yanında bir fiyat listesi gönderdiğinde ne olur? Fiyat listesini tavsiye edilen satış fiyatı olarak göndermezse ve fiyatım budur derse ihlal olur. Tavsiye edilen satış fiyatı diye gönderirse ve sonra tavsiye edilen satış fiyatına uymadığınız gözlenmiştir hallerine girerse ihlal olur. Yani tavsiye, tavsiye gibi tavsiye olmak durumundadır. Aynı şekilde, tavsiye edilen satış fiyatını biden fazla kez tekrar ederse 'anlatamadım, tavsiye edilen satış fiyatım bu.' derse yine ihlal olur. Tek atımlık, aleyhte hukuki statü yaratmayan, yalnızca öneriden ibaret olan bir iletişim olmak durumundadır. O zaman tavsiye edilen satış fiyatına yer vardır. Nerede müsaade edilmez tavsiye edilen satış fiyatına? Pazar payı %40'ın üzerinde olan üreticiler bakımından 'sen tavsiye de etme, senin tavsiyenden de bir hayır gelmez.' der rekabet rejimi. Fazla güçlüsün, fazla güçlü olduğun için senin tavsiye edilen satış fiyatın, mutlaka uyulması gereken bir şey gibi algılanır. Mesela Coca Cola çıkıp da bugün tavsiye edilen satış fiyatı belirlese olmaz çünkü piyasada çok güçlü olduğu için uyulması zorunluymuş gibi algılanır.

Maksimum satış fiyatını belirliyor olsa ihlal olur mu? 'En çok şu fiyata sat.' demek yeniden satış fiyatının tespiti ihlali midir? Rekabetin kendisi bir amaç değil, araçtır. Esas olarak toplam refahı ençoklamaya çalışıyorduk. Yani, adam müdahale ediyor da ben lan sen ne cüret distribütöre müdahale ediyorsun, o bağımsız bir tacirdir triplerine girerken aslında tüketici refahı yönünden etkili bir enstrümanı ortadan kaldırmış oluyorum. Adamın dediği şu fiyatın üstüne çıkma, çıkarsan fena yaparım. O fiyatın üstüne çıkarsa eğer tüketici aynı mala daha çok para vermek durumunda kalacak. Dolayısıyla, tüketici refahı yönünden aslında aşağı baskılamaya ve rekabet kurmaya çalışıyor. Bir teşebbüs neden distribütör için en fazla satış fiyatı belirler peki? Markalar arası rekabeti dert ediyorum. Gelip şunu diyerek Rekabet Kurumu'na serzenişte bulunacaktır: Benim işim Unilever ile, Johnson&Johnson ile, Henkel ile vs. Ben bunlarla rekabet ediyorum. Adamı vuracağım, bunların ürünlerinden daha iyi ürünü daha ucuza satacağım. Ürünü ucuzlatmak için bin türlü manevra yapıyorum. Sonra da onu marj diye distribütöre kaptırıyorum. Distribütör de gidiyor ohh çok iyi oldu satış fiyatını düşürdü, bana daha çok para kaldı diyor, cebine atıyor, attırtmam. O düşük fiyatı yansıtacak ki Henkel'i vs. vuracağım. Rekabet otoritesi de çıkıp en çok fiyat yapamıyoruz demez bu durumda. Eğer rekabet otoritesi en çok fiyat belirleme işlemini yapmazsa, marka içi rekabeti markalar arası rekabetin önüne koymuş olur. Esas tüketici refahını arttıracak olan markalar arası rekabettir tabi ki. Marka içi rekabet bir yere kadar yürür. Yani Peugeot araba alacağıma karar vermişim de Peugeot bayilerini kırdırmaya çalışıyorum. Aklımızdaki rekabet önce nerede yürür? Opel mi alsam Peugeot mu alsam derken benzer markalara bakarım, önce bir onları kırdırırım, fonksiyonlarına, fiyatına vs. bakarım. Ondan sonra karar verip bir

de üstüne marka içi rekabeti kırdırırım. Benim refahım bunu gerektirir. Ona göre koruma vermek lazımdır. Dolayısıyla, her zaman marka içi rekabet (intra brand competition), markalar arası rekabetin (inter brand competition) altında yer alır. Her zaman markalar arası rekabet daha baş tacıdır bizim için.

Maliyetin altında bir üst sınır belirlenmişse yıkıcı fiyatlandırma yaparak diğer rakiplerini dışlamaya çalışıyor denebilir mi? Hakim durum söz konusu ise hakim durumun kötüye kullanılması iddiası ortaya atılabilir. Bunun için, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde uzun vadeli olarak böyle bir fiyatlama yapması vs. gerekmektedir (Fevzi Hoca'nın konusu).

1997-1999 arasında denenmiş bir argüman olarak, markamın belli bir kesime hitap etmesini istediğim için belli bir fiyatın altına düşmesini istemiyorum. Marka imajı için yüksek fiyat önemlidir konusu rekabet hukuku emeklerken bir tartışma konusu idi. Artık bunun yapılmasının başka yöntemleri mevcuttur. Seçici dağıtım sistemi kurulabilir. Mesela, matriks ürün bakımından uygulanabilir. Seçici dağıtım sisteminde sözleşmeye bambaşka hükümler koyma imkanı vardır. Örnek olarak, Loreal'in sözleşmesi bakımından yerler granit olacak, ışıklandırmalar spot ışıklandırma olacak, her 17 metrekareye bir güzellik uzmanı düşecek, kasaba, manava belli bir uzaklıkta olunacak, yani bir exclusive duruş yaratacak. Bunu seçici dağıtım ile yapabiliriz. Bunu yapmak yerine, marka imajı için fiyata yüklenirsek o artık sökmez. O kadar sökmemiştir ki 1998'de Mehmet Hoca'nın yaptığı bir savunmada, Rekabet Kurumu lezzetli bir ders vermiştir. 98'deki mesele, Rami ve Gimat arasındaydı. Margarin gibi ürünlerin oralara satışını engelliyor mu? Kendi distribütörleri var, distribütörlerine şunu söylüyor mu acaba? Ben bu ürünün Rami'ye ve Gimat'a, geleneksel toptancılara gitmesini istemiyorum diyor mu? Geleneksel toptancılara gitmesini istemiyorum diyorsa, adamın nereye sattığına müdahale ettiği için bu rekabet hukuku ihlali olacak. Ortada çılgınca delil var. O zaman marka imajı için yüksek fiyat geçer akçe idi. Şu da bir savunma çeşidi idi, efendim marka tutanın müteselsil sorumluluğu yok mu, tüketiciler Rami'deki, Gimat'taki ambalajından sıyrılmış, yerlerde sürünen güneş altındaki vs margarinlerden zehirlenseler biz Sabancı grubu olarak zor durumda kalırız. Biz de sorumlu oluruz, o sebeple bu ürünler oraya gitsin istemiyoruz. Çünkü soğuk zincir var, soğuk hava deposu var, first in-first out sistemi var, bunu gözeten istihdamlar var, yani ilk giren mal ilk çıkan maldır sirkülasyon sistemleri var. Bunları kurmak para gerektirir. Bunları bu paraları bayılıp da kurduktan sonra distribütörüm elbette bir yandan da Rami ve Gimat'a kaçak olursa yüzde 78-84 enflasyonist bir ekonomide, bu döner ve bizim esas yetkilendirilmiş olan bayiimizi vurur. Bu yüzden oralara mal gitsin istemiyoruz. Rekabet Kurumu da haklı olarak diyor ki memlekette gıda kodeksi var, eğer bu türden endişeleriniz varsa gidin onu gıda müfettişlerine anlatın. Rekabet hukuku ihlali yapmanızın gerekçesi bu olamaz. Rekabet hukukuna amaç ithal etmeye kalkışmayın diyor yani.

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

Bunda şöyle bir egzersiz yapmıştık: Ben bu board marker'ı 3 kuruşa hanımefendiye satıyorum, o da talip ve alıyor. Alım-satım şartlarını belirledik işte, bu (a) bendi altında ihlal mi? Değil çünkü rekabeti kısıtlamıyor. Rekabeti nasıl kısıtlayabilirdi? Board marker üreticisi board marker üreticisi ile 'abi bu fiyatları kolektif olarak artıralım, millet bu saatten sonra kara tahtaya dönmeyecek herhalde, zaten altyapı bizde' derse ihlal olur. Printer satarsın, ondan sonra kartuşunda kastırırsın gibi. Bu bir ihlal olur. Board marker

üreticisi, distribütörüne şu fiyatın altında satma dedi. Bu da (a) bendi kapsamında olur. Sadece fiyatla olmaz, taksitlendirme davranışında da olabilir. Bu kadar çok taksit vermeyelim arkadaşlar kendimize gelelim, ohoo vadeleri 90 güne yaydınız, azıcık şunu disipline edelim vs durumlar da bu kapsamda ihlal olur.

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

Burada da bir bölüşme fenomeni var. Neyi bölüşüyorum? Pazar paylaşımı söz konusu. Bölgesel, topraksal bölüşüm olabilir. Yani, Çanakkale'ye ÇanEzine'yi sen sat, Biga'yı bana bırak gibi olabilir. Topraksalın dışında bölecek olsam nasıl bölerim başka? Ürün bazında bir paylaşım olabilir, özellikle malın ikamesi varsa. Ya şu türünü sen sat, bu türünü ben satayım denebilir. Öksürük şurubunu sen sat, hapını ben satayım gibi yani. Müşteri bazında bir bölüşüm olabilir. Askeri hastanelere sen sat, sivil hastanelere ben satayım gibi olabilir. Monpolcükler yaratan her tür bölüşümsel müdahaleler (b) bendi kapsamında ihlal oluşturmaktadır.

Taksilerin semtleri paylaşması bu bent kapsamına girer mi? Bir yetkilendirme, lisans gibi durumlar yoksa ki Türkiye'de yok, o takdirde bir ihlal söz konusu olur. Taksimetre olmasaydı bunun etkisi fiyatta da görülürdü. Şöyle ki, ben sana sosyete mahallesini bırakayım, sen bana 3 tane daha fukara mahalleyi bırak gibi şeyler yaşanacaktı çünkü taksimetre çalışmıyor artık. Dolayısıyla, fiyatı kaldırmaya bakılacaktı.

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

Şöyle bir anlaşma yapsak, abi sen de saat üretiyorsun ben de saat üretiyorum. Gel bu saatleri ayda 10 ünite değil de 7 ünite üretelim. 7'şerden 14 ünite sürelim piyasaya. 20 ünite maka boğmayalım ortalığı dedik. Bunu (a) bendi altında da cezalandıramaz mıyız? Arz eğrisi var, talep eğrisi var, bunların kesiştiği yerde fiyat oluşuyor. E bu anlaşma ile arz eğrisinin canına okuduk. Fiyatla oynadık. Ne kadar oynadığımızı bilmesek de oynadık. Fiyatın ne kadar yükseltileceği belirlenmese de ihlal oluşuyordu. Bu da aynı durumdur. Arzı kısmaya yönelik müdahalede bulunduğum zaman fiyat bir şekilde yükselecek zaten, arz eğrisinin yerini değiştiriyorum çünkü. Ama (a) bendi yetmemiş bir de (c) bendini koymuşlar.

Boya Sanayicileri Derneği'nde bir toplantı yapılır. O toplantıda boya sanayicileri derler ki dış cephe boyasına da özendirelim insanları. Binaların dış cepheleri Türkiye'de hiç boyanmıyor, hep iç cepheler boyanıyor. Biz beraberce bir dış cepheye özendirme faaliyetine girelim. Tepebaşı ve Tarlabaşı'nı boyayalım. Sonra birisi elini kaldırır ve ben bu Filli Boya'ya güvenmiyorum der. Neyime güvenmiyorsun lan der Filli Boya. Sen şimdi çıkarsın reklam faaliyetine girişirsin tam biz Tepebaşı ve Tarlabaşı'nı boyadıktan sonra, biz kek gibi kalırız ortada, masrafı biz yaparız sonra Filli Boya işi yaptı olur der diğer taraf. Birisi de önemli değil moratoryum ilan ederiz ve reklam faaliyetine girişmeyiz der. 6 ay hiç reklam yapmayız, promosyon faaliyetine girmeyiz. Yeter ki dış cephe pastası bize açılsın. Çok iyi lan derler, evlerine giderler, sonra soruşturma açılır. Çünkü talebi kolektif olarak manipüle eden bir hamle içerisindeler. Reklam faaliyetine girmemek suretiyle aslında tüketicinin seçenekleri ile ilgili bir sonuca yol açtılar. Promosyon faaliyetlerine girmediklerinde de etkisi daha bariz olacak. Bu bir teşebbüs birliği kararıdır BOSAD bünyesinde.

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

Faaliyet zorlaştırma/boykot/giriş engellemesi. Faaliyet zorlaştırmaya örnek verecek olursak, bir üreticinin distribütörüne sadece benden al başkasından alma demesi dikey bir örnek olabilir. Başka üretici gelse abi benle de çalış dese çalışmayacak o distribütör. Öyle distribütörler var ki mesela Selçuk Ecza Deposu ile, Hedef Ecza Deposu ile çalışamadığın zaman bayağı elden ayaktan düşebilirsin yani. O kanalı kapatmış oldum. İşte o anlaşma rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı olabilir, dikeyi budur.

Bir de yatay örneğini verelim. 6 tane restoranın olduğu bir sokak oldun. Bir tane de boş dükkan var. O boş dükkana da restoran açılacak. Oradaki 6 restoran birleşip oranın normal kirasından daha yüksek kira ödemek suretiyle o dükkanı bir faaliyet içerisine soksunlar ve o dükkana başka biri gelip restoran açamıyor olsun mesela. Bu şekilde piyasaya giriş engeli yaratıldığına dair bir teori var.

Şu örnek daha net olabilir: Mesela alışveriş merkezleri, dükkanlarını Euro üzerinden kiralıyor. Sayın Cumhurbaşkanı çıkıp da Euro kullanmayın kardeşim, Türk Lirası kullanın dedi. Dediği zaman da alışveriş merkezlerinde dükkan sahibi olanlar ya doğru hakikaten, Euro çıldırdı gidiyor, ben bununla mücadele etmek istiyorum demiş olsun. Bu dükkan sahipleri kolektif olarak toplansalar ve deseler ki hepimiz birden çıkmakla tehdit edelim, alışveriş merkezini bomboş bırakmakla tehdit edelim ve TL'ye dönmesini talep edelim. Bu bir ihlal tipi olabilir. Burada ihlal yatay ancak etki dikey düzlemde doğuyor.

Yahut bir cemiyet kurdunuz, PetDer. Atık yağı toplayalım dediniz. Atık yağı sıkıntılı ve çevresel riskleri olan bir şeydir. Ayrıca harmanlayıp tekrar fabrikalarda endüstriyel yağ olarak kullanılabilen bir şeydir. Atık yağını tek başına toplamak çok maliyetli bir iş olduğu için toplanıp tankerler aldınız, atık yağı tesisi kurdunuz vs. canavarsınız. Sonra, bir tane yeni oyuncu geldi. BP, Shell vs gibi değil, Sokar geldi. Sokar aaa ne iyi lan, atık yağı mı topluyoruz abi dedi. Biz de topluyoruz ne lan, kendi atık yağını kendin topla dedik. O da e topluyorsunuz işte, beni de alın, ben de üyelik parasını vereyim dedi. Biz de yok sen kendi tankerini de al, kendi tesisini de kur, seni oynatmıyoruz dedik. Bunlar rakipleri dışlamaya yönelik faaliyetler olarak düşünülebilir.

Bir ihlali dikey veya yatay yapan şey, ihlalin taraflarının üretim-tüketim zincirinin aynı yerinde olup olmadığıdır. Yani mutabakat, eğer üretici-dağıtıcı zemininde vs ise dikey; mutabakat, üreticiler arasında yaşanmışsa yataydır. Sonra o yatay olarak yaşanan ihlal dolayısıyla etki bir üst ya da bir alt seviyede doğsa dahi o ihlal yatay bir ihlaldir. Örneğin, hepimiz distribütörlerimize %5 zam yapalım mutabakatı sağlandığında etki, distribütör seviyesinde doğduğu halde ihlal yatay bir ihlaldir.

Cüruflu çimento diye bir şey var, cüruf diye de bir şey var. Cüruflu çimentoyu yapmak için ne lazım? Cüruf. Ama cüruflu çimento üretenlerden bir tanesi Oyak'ın elinde ne kadar cüruf varsa, Oyak ile anlaşmış ve bunu emiyor. Diğerleri cüruflu çimento yapamıyorlar. Cüruflu çimento belli inşaatlarda kullanılmak zorundadır. Mesela, JWM'nin yanında kocaman bir inşaat var. O inşaatı cüruflu çimento olmadan yapamazsınız. Cüruflu çimento olmazsa kayma olur. O cüruflu çimentoyu ise ancak Oyak ile anlaşması olan çimento üreticisi verebilir. Anlaşması var, ihtiyacının da fazlasını alıyor. Gereğinde de denize dökerim, var mı ötesi diye bir dünya yoktur. Örneği biraz değiştirirsek, Oyak'ın kendisinin de çimentosu var. Dolayısıyla, Oyak kendi başına

bela olmayacak Trakya'da çimento üreten TraÇim'e bunu verip ama tamamını sen alırsan sana veririm deyip, orada cürufu emdirttiği zaman cüruflu çimentoyu sadece kendisi aşağıda satabilir. Yukarıda da TraÇim'in satmasını sağlamış olur. Diğerleri grup olduğundan farklı farklı bir sürü yerde çimento fabrikası var. Limak'a versen güneyde de var, kuzeyde de var. Adama cürufu bir kere versen Türkiye'nin her yerinden cüruflu çimento çıkacak. Onu engellemeye çalışarak bunu yaptığında ihlal söz konusu olacaktır.

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

Bir ihlalin 4.maddeye girebilmesi için dualitenin mevcudiyeti gerekir. Yani, birden fazla irade olsun istiyoruz. Unilateral conduct tek başına eylemi ifade eder ve bu hakim durumun kötüye kullanılması olur. Microsoft'um ben, aldım Windows Media Player'ı Windows'un içine gömdüm. O da benim ürünüm, bu da benim ürünüm, bu da benim ticaretim, malı da böyle satıyorum var mı lan dedim. Rekabet hukuku da var dedi. Allah Allah benimle muhatap oluyor direk. Evet sıkıntısı benimle. Çok güçlü olduğum için bana hitap edebiliyor çünkü hakim durumun kötüye kullanılması tartışmasındayım. Opel'im ben, siyah arabayı ona vermemişim, buna vermişim. Niye vermiyorsun çocuğun siyah arabasını dedi rekabet otoritesi. Sanane lan dedim ben de. Çok küçüğüm, bunu diyebilirim. Hakim durumda değilim ki ister siyah arabayı veririm, istersem vermem. Niye fark yaratması gerekir politika tercihi bakımından? Çünkü hakim durumda değilsem asabı bozulan bayiinin elinde gani gani alternatif var, başka yerlere gider. Halbuki, hakim durumdaysam ocağıma düşmüş. O zaman siyah arabayı vermemek suretiyle onu cezalandıran, disipline eden durumlar yaratabilirim, piyasayı manipüle edebilirim.

(E) bendindeki ihlal tipine çok az rastlarız. Buraya gelene kadar (a) bendine girer zaten. Dualiteyi nerede arıyorum? Malın ayrımcı şekilde arzı yönünden mutabakat arıyorum. Yani bir araya geleceğiz ve diyeceğiz ki abi ağrı kesici satarken askerlere pahalıya satalım, sivile ucuz verelim. Ayrımcılığı da koydum, dualitesi de var. İkimiz de ilaç satıcısıyız, askeri sömürmek üzere mutabakata giriştik. O namussuzluğu yapabiliyorsan zaten (a) bendine bin kere gireceksindir muhtemelen. Bu yüzden (e) bendinin uygulaması çok seyrektir.

4.maddenin e bendinde ayrımcılığı görmek bizi yanıltabilir ilerde, lan bu 6.maddede de var diyebiliriz. Bu ayrımcılık 4.maddede de yer alınca aklımıza şu gelebilir. Galiba hakim durumda olmasa bile bir oyuncunun yaptığı ayrımcılık hukuka aykırı oluyor, 4.madde bunu sağlıyor sanabiliriz. Bu o değil. Bu bent, pazar gücü olmayan oyuncunun tek taraflı ayrımcılığını da kınarım demiyor. Bu bent, pazar gücünün olup olmadığını umursamaksızın birden fazla oyuncunun ayrımcılık yapmak üzere mutabakat kurmasını kınarım diyor.

X, Y'ye malı veriyor ve Z ve T'ye ayrımcılık uygula diyor. Oysa hiçbir objektif ticari gerekçe yok bunlara farklı iskonto uygulamak için. Sırf X söylediği için Z'ye %45, T'ye %72 iskonto uygulanıyor. Bu anlaşma dikey yönden (e) bendi kapsamına girer. Muhtemelen burada Y'ye ceza vermek istemeyecektir rekabet otoritesi. Sadece X'e ceza vermeye gidebilir pazar güçlerine bağlı olarak.

Vişne suyu üreten iki farklı teşebbüs var. Bir de vişne ve şeker satan iki farklı teşebbüs var. Yani bir ana malı üreten üretici var, bir de iki farklı ara malını sağlayan iki farklı üretici var. Vişne suyu üreten üreticilerden birine vişneyi ve şekeri vermemeye karar

veriyoruz beraberce. Bu durum da daha çok faaliyeti zorlaştırmaya yönelik bir ihlal oluşturur. Bentteki ifade, teşebbüslerin illa birbirinin rakibi olmasını gerektirmez. Etkinin rekabeti bozucu olması kafidir. Aaa benim rakibim değil ki, rekabeti etkiliyor ama benim rakiplerim arası rekabeti etkilemiyor diye bir savunma yoktur yani.

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Örnek verelim. Biri yumuşatıcı, biri de çamaşır deterjanı satan iki teşebbüs var. Bunlar, ürünlerinin ancak beraber satılabileceğine karar veriyorlar. İki teşebbüs de iki ürünü üretiyor. Diyorlar ki abi ayrı ayrı satmayalım, ikimiz de deterjan+yumuşatıcı satalım. Bu da (f) bendi kapsamına girer. Şu olmaz ama. Deterjanda çok kuvvetliyim, yumuşatıcıyı da yanında öyle vereyim desem 6.madde kapsamına girerim. Bağlama ve ayrımcılık halleri daha çok 6.maddeye giren durumlardır.

Coca Cola diyor ki ben sana kola satarım ama Fanta'yı da benden alırsan. Ya da Diageo'nun, ben sana rakı satarım ama Johnny Walker'ı da benden alırsan dediği takdirde burada dikey anlaşma var. Bu artık anlaşma gibi anlaşma değil. Burada artık kuvvetli oyuncunun bir ürünü kuvvetsiz oyuncuya dayatması söz konusudur. Bu örnekte taraflardan biri hakim durumdaysa uygulama, artık pek dikey anlaşmaymış gibi yürümez. Hakim durumdan olmasa ürünleri birbirine bağlasa o durum, alım-satım akdi yapmamıza benzer ve rekabeti kısıtlayıcı bir durum olmaz.

4.madde ile 6.madde arasındaki ana fark şudur: 4.madde iktisadi terminolojide parsiyel yoğunlaşmaya yol açar. Yani, aslında bir entegrasyon var ama bu bir sözleşme suretiyle falan link yaratılarak, iradelerin uyuşması ile oluyor. Ve evet bir pazar gücü yaratabilir ama bunu zaten aramıyoruz. O parsiyel linkin kendisiyle hukuki problemim vardır çünkü. O yüzden de hakim duruma geliyorlar, gelmiyorlar tartışması ancak 'etki de var, daha da ağır ceza vereceğim, bir de sonuca bak cezayı yükseltiyorum' durumunda etkili olabilir. Halbuki full entegrasyon, birleşme-devralma, ortak girişim suretiyle olabilir ya da full entegre bünye zaten karşımdadır. Hakim durumdayım abi işte böyle vuruyorum ben bir şey var mı diyordur. Öyle vurursan olmaz, senin kuralın başka diyeceksek, hakim durumda olduğu için ilave pozitif yükümlülüğü olduğundandır. Hakim durum terminolojisini 4.maddeye devirmemek gerekir.

Rekabet Kurumu şikayetle bağlı değildir. Şikayetle ne kadar bağlı olmadığının örneğini şöyle verelim: Bursa'da Artuğ Parfümeri var. Artuğ Parfümeri, Johnson&Johnson'a sinirleniyor ve şikayeti basıyor Rekabet Kurumu'na. Diyor ki bunlar ayrımcılık yapıyorlar, bana başka fiyat uyguluyorlar, Tekin Acar'a başka fiyat uyguluyorlar. Rekabet Kurumu dalıyor ve altını üstüne getiriyor ortalığın. Artuğ Parfümeri'ye bir tebligat gönderiyor, diyor ki ayrımcı fiyatlandırmaya dair bir şey bulamadık da Bebek Oteli Toplantıları diye bir şey bulduk. Ona siz de katılmışsınız, savunun kendinizi. "Kendi evi camdan olan başkasının evine tuğla atmamalıdır."

Peçete üreticisi var, peçete makinesi üreticisi var. Bunların ikisi de hakim durumda ve ancak birbirlerinin ürünlerine uygun olarak üretim yapıyorlar. Sen benim makineme göre peçete üret, ben de sadece o peçeteye göre makine üreteyim diyorlar. Tipik bir ihlal örneğidir. Yani bir ürün bir ürünün tamamlayıcı parçası ya da gerçekten de onu dolduran,

onun kullanım alanı içerisine giren şey olabilir. Hani dedik ya altyapıyı sattık zaten, tahtayı sattık. Board marker'da yapalım numaramızı. Aynı durumdur. Bir kere fixed asset'i yaratırsın, içine konulacak ürünü de ona göre üretmek zorunda kalırsın. Bu her yerde olabilir. Mesela, cep telefonu-pil örneğine bakalım. Pilleri ayrı bir üretici üretirken, benim telefonuma göre üret, sen çok iyi pil üretiyorsun, benim telefonumun pili iyi dayanıyor olsun, ben diğer telefon üreticilerinden öne geçeyim. Kimse bunun pili iyi dayanıyor, telefonun marifeti değil diye düşünmez. O pil üreticisini kapatabilirsem, sadece benim spektlerime göre pil üretir olursa bu beni kurtarır. Bunlar 4.madde örneği olabilirler. Aynı zamanda 6.madde örneği de olabilirler. Mesela, inter operability bahsi yönünden Microsoft dosyasında oldu. Beraber kullanılabilirlik konusudur. Microsoft dedi ki ulan bütün bilgisayarlara ben hükmediyorum. Windows zaten %99.3 pazar payına sahip o dönemde. Bütün diğer ürünlerde de ben varım, çok iyi. Yalnız benim server'larım pek iyi değil, ben Microsoft olarak bu işi pek beceremiyorum. O zaman ben şu benim bilgisayarlardaki yazılımımı değiştireyim, Windows benim server'ımın ne dediğini daha iyi anlasın, diğerleriyle pek iyi anlaşamasın. Adamın server'ı daha iyi olsa da benimkinden daha iyi randıman alınacağı için benimki satılsın derse eğer, bu durum ihlal olur. Teorik olarak bağlamaya gidilebilir veya doğrudan faaliyetleri zorlaştırıcı, rakipleri piyasa dışına itici uygulama olarak değerlendirilebilir. Tekil irade söz konusudur.

Diageo'ya gitti, Coca Cola'ya gitti. Raflarda bana yer ver, rakiplere yer verme, ben de sana iskonto yapayım dediğini görürsek, ticari anlaşma işte banane diyemeyiz. Rakipleri dışlamaya yönelik uygulama olduğu düşünülür. Halbuki içki satıcısı 3 şirketin bir araya geldiğini ve abi şu noktalara gidelim, bizimkilere yer ver, şu dördüncüye yer verme dediğini düşünelim. O zaman bu durumu 4.maddeden çözmek durumunda kalırız.

31.03.2017-

Hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin sınıflandırılmasında kalmıştık. Şimdi kötüye kullanmanın şartlarına bakacağız. Yapılan sınıflandırma mutlak bir sınıflandırma değil demiştik. Temel olarak 3 grup vardır: Sömürücü, dışlayıcı ve pazar yapısını bozucu davranışlar olarak. Pazar yapısını bozucu davranışların üzerinde artık pek durulmuyor ve büyük oranda birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemelerle hallediliyor.

Ayrımcılığı rakiplere yönelen davranışlar olarak anlatmıştık. Pazarın karşı tarafına yönelen sömürücü davranışlar olarak bahsetmedik. Ayrımcılık 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinin b bendindeki şekli ile aslında rakiplere yönelik bir dışlayıcı davranışmış gibi anlaşılmıyor. Neden böyle peki? Dışlayıcı davranışa ilişkin bir ibare görülmüyor. Metnin orijinalinde de yok. Müşterilerin dezavantajlı duruma sokulmasından bahsediliyor.

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

Hükme baktığımızda sadece lafzına bakarsak, rakipleri dışlayıcı bir davranışın söz konusu olmadığını, hatta salt ayrımcı fiyat uygulamasıyla bile hakim durumun kötüye kullanılmış sayılabileceği sonucuna varırız. Yanlış bir uygulama olarak AB Divanı da hükmü bu şekilde uygulamıştır. Rekabet hukukunda hükmün lafzına bakarak eşit durumdaki alıcılara farklı fiyat uygulayarak hakim durumun kötüye kullanılması gündeme gelmiştir dendi. Yanlış bir uygulama olmuştur. Bu kadar kısa bir yorum ile rekabet hukukunun ruhuna aykırı davranılmış oldu. Hiçbir hukuk kuralı zaten sadece

lafzen uygulanmaz. Aslında (b) bendi, birçok yazar tarafından yazılmış belgede dışlayıcı davranış içerisinde mütalaa edilmiştir ve denmiştir ki böyle sadece bir teşebbüsün, hakim durumda bile olsa, müşterilerine farklı fiyatlar uygulaması tek başına hakim durumun kötüye kullanılması sayılamaz. Bunun pazar üzerindeki etkisinin ortaya çıkarılması lazımdır. İşte bu etkilerden bir tanesi de gerçekten ayrımcılık yapan teşebbüsün kendi rakibini dışlaması olabilir. Bunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun çok tipik örneklerinden bir tanesi şudur: Üst pazarda hakim durumda olan bir teşebbüs var. Üst pazar, alt pazardaki faaliyetin girdisini üretiyor. Alt pazar da o girdiye dayanılarak yeni ürünler üretiyor ve satıyor. Üst pazardaki hakim durumdaki teşebbüsün muhasebesi ayrı tutulan, tüzel kişiliği ayrı olan ama kendisinin hakim olduğu ve dolayısıyla aslında rekabet hukuku anlamında teşebbüs kavramı içinde yer alan bir şirketi olabilir. Sözleşme yapmayı reddetmenin ihlal sayıldığı durumlarda da bu çok bariz bir ortak özelliktir. Üst pazarda hakim durumdaki teşebbüs alt pazarda da faaliyet göstermektedir. Diğer rakipler var bir de R1, R2, R3 gibi. Hem ABAD'ın hem de Rekabet Kurumu'nun şöyle kararları vardır: Üst pazarda hakim durumda olan teşebbüs, alt pazarda lazım olan ve kendisinin ürettiği girdiyi alt pazarda faaliyet gösteren hem kendi şirketine hem de diğer rakiplerine satarken fiyat bakımından kendi şirketi lehine ayrımcılık yapıyor. Bu da ayrımcılık kavramı içerisinde yer alır. Mesela, TTAŞ'ın, internet servis sağlayıcılarına yaptığı uygulama ile ilgili örnek de bu da vardır. Orada Rekabet Kurumu 3 şey söylüyor. Birincisi, çapraz sübvansiyon vardır. İkincisi, ayrımcılık vardır. Üçüncüsü, fahiş fiyat uygulaması vardır. Yani bir fiilde 3 ayrı ihlal saptanıyor. 6.maddenin bentlerinde sayılanlar örnek niteliğindedir ve bunların kendi arasında geçişkenlik de vardır. Bu yüzden, bir davranış birden çok ihlal teşkil edebilir. Fevzi Hoca'ya göre bu bentler sayılmasa daha iyi olurdu, sayılmış olmasının bir zararı yok ama bentlerden hareketle ihlal türlerinin sınıflandırılması doğru değil çünkü bunlar gri alandaki ihlal türleridir. Başka görüşler diyor ki bu bentler önemlidir çünkü bunların ispat koşulları birbirinden farklıdır diyor. Mesela (a) bendinin kapsamına giren bir davranıştan bahsedebilmek için o davranışın piyasada dışlayıcı etkisinin olması lazım. Bu ancak iktisadi bir analizle belirlenebilir. Dışlayıcı etkiden sonra, tüketicinin zarara uğradığının kanıtlanmasına gerek yoktur (Avrupa hukukunda ve Türk hukukunda). Tüketicinin bizzat zarara uğradığının kanıtlanması gerekmez çünkü dışlayıcı etki varsa karineten tüketici zarar uğramıştır zaten. Rekabet Kurumu, AB Komisyonu ve ABAD, ihlalin varlığı için tüketici zararının ispatını aramaz. ABD'de tüketicinin zarara uğradığının ispatı gerekir. Avrupa ve Türkiye'de ise dışlayıcı etki ispatlanmalıdır. Bu ispatlandıysa aksi kanıtlanabilir bir karine doğmuş olur. Bu fiili karine, dışlayıcı etkinin tüketicinin zararına olduğunun kabulüdür. Karine nasıl çürütülebilir peki? İhlali gerçekleştirdiği iddia edilen hakim durumdaki teşebbüsün davranışının piyasada yine de tüketici lehine bir etkinlik yarattığı ve bu etkinliğin de tüketicinin uğradığı iddia edilen zarardan, dışlayıcı etkiden çok daha yüksek olması ile karine çürütülür. Eğer bu kanıtlanabilirse o zaman ortada ihlal yok demektir.

Muafiyet kavramı Avrupa ve Türkiye'ye özgü bir kavram, ABD'de yoktur. Muafiyet dediğimiz kavram 5.maddede düzenlenmiştir. 5.maddede sayılan şartlar kümülatif şartlardır. Hakim durumun kötüye kullanılması için zaten bireysel muafiyet yoktur. 5.maddede Rekabet Kurumu'na bireysel muafiyet verme konusunda bir takdir yetkisi tanınmıştır. ABD'den farklı olarak Türk ve Avrupa hukuklarında 4.maddeye aykırılık tespit edilirse ki bu tespitler per se (kendi kendine, bizatihi) yapılan tespitlerdi uzun bir süre. Yani, yazılan durum gerçekleşmişse ihlal var demektir. Bir de rule of reason prensibi var. Haklı sebep prensibi demektir. Burada farklı bir yöntem uygulanır. Yapılan davranış yazılana aykırı olsa bile eğer bunun makul bir sebebi varsa, özellikle iktisadi

olarak, o zaman ihlal yoktur denir. Yani ihlal var mı yok mu ona karar vermeden önce makul sebep var mı diye araştırılır. Muafiyet sisteminde ise ihlal tespit edilir, 4.maddeye aykırılık vardır. 4.maddeye aykırı olan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları; eğer 5.maddedeki kümülatif şartlar gerçekleşirse muafiyet alırlar. Bunun sonucunda 4.maddeye aykırı oldukları halde 4.maddenin hukuki sonuçlarından muaf tutulurlar. Bunun özel hukuktaki en önemli neticesi geçersizliğin söz konusu olmamasıdır. Rekabet hukukundaki anlaşma için geçersizlik kavramı kullanılamaz. Rekabet hukukunda anlaşma farklı bir kavramdır, sözleşme farklı bir kavramdır. Sözleşme, hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanıdır. Eğer 4.madde nedeniyle bir geçersizlikten bahsediliyorsa anlaşmanın aynı zamanda bir sözleşme olduğu ve bu sözleşme de 4.maddeye aykırı olduğu için geçersiz olmalıydı denilmektedir. Ve fakat 5.madde gereğince bireysel muafiyet aldığı için 4.maddedeki yasağa aykırılığın hukuki sonuçlarından kurtuldu. Muafiyetin iki türü vardır bireysel muafiyet ve grup muafiyeti olarak. Bireysel muafiyet Rekabet Kurumu'na yapılan başvuru ile alınır. Belirli anlaşma türleri için grup muafiyet tebliğleri vardır. Grup muafiyeti için başvuruya gerek yoktur. Anlaşma, tebliğlerdeki koşulları sağlarsa muafiyeti kendiliğinden alır. Rekabet Kurulu kararına gerek yoktur. En önemli tebliğ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Tebliği'dir. Bu tebliğ, dikey anlaşma özelliği taşıyıp da ayrı bir özel tebliğle düzenlenmemiş olan bütün dikey anlaşmalara, distribütörlük sözleşmelerine uygulanır. Bunlar, belli bir pazar payı eşiğine riayet etmek kaydıyla grup muafiyetine mazhar olabilecek sözleşme türleridir. Bunun sebebi de şudur: Yatay anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinden çok daha fazla olduğu kabul edilir. Bir dikey anlaşma, yani üretici ile toptancı, toptancı ile perakendeci arasındaki bir anlaşma, üretim zincirinin farklı düzlemlerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar, yeniden dağıtım anlaşmaları, franchising, bayilik, distribütörlük, tek satıcılık anlaşması vs. Bu sözleşmelerin mal ve hizmetlerin tüketiciye ulaştırılmasında etkinlik yaratması söz konusudur dikey anlaşmalarda. Tüketici lehine bir düzen sağlanır. Yatay anlaşmaların etkileri ise daha kritiktir. Aynı düzlemde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılırlar ve kartel anlaşması adını alırlar. Grup muafiyeti dikey anlaşmalar için getirilmiştir. Kartel anlaşmaları için grup muafiyeti olmaz. Karteller en ağır ihlallerdir. Kartelin sonucu bir tekelin gayrı hukuki yoldan elde edilmesi demektir ve tekelin istenmeyen şekilde elde edilmesinin yollarından biri olduğu için yasaklanır. Dikey anlaşmalarda ise bu her zaman böyle değildir. Dikey anlaşmalar da rekabete aykırı olabilir fakat onların etkinlik yaratıcı özelliklerinin olduğu kabul edilir. Dışlayıcı bir davranış nedeniyle hakim durumdaki teşebbüsün bu dışlayıcı davranışı gerçekleştirmiş olduğunun kanıtlanması neticesinde kötüye kullanmayı gerçekleştirdiği tespit edilirse o zaman otomatik olarak tüketici bundan zarara uğramıştır denir. O teşebbüs de iyi, güzel ama bakın ben bazı indirim sistemleri uyguladım, rakiplerimi dışladım, doğru ama bundan tüketici yarar sağladı, tüketici refahında bir azalma olmadı diyebilir. İndirim sistemlerinde aksi de olabilir. Şunu da diyebilir: Tüketici refahında bir azalma oldu, ben tüketici artığından kendime pay çıkardım ama bu arada üretici artığında önemli bir artış oldu ve dolayısıyla toplam refah arttı, bu bir etkinliktir diyebilir. Bunlar iktisadi yaklaşımlardır. Bu gibi savunmalar yapıldığı zaman, 4.maddeye aykırılık halinde bireysel muafiyet alındığında ne oluyorsa benzer bir durumda, dışlayıcı etki tespit edildiği halde hakim durumdaki teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmasına rağmen etkinlik yarattım demesi aynı şeydir. Ben bir etkinlik yarattım dediği zaman, 6.maddeyi ihlal etmemiş olur. Adına muafiyet denmez ama bu savunma anlaşmalardaki muafiyetle fiilen aynı sonucu doğurur. Kavramsal olarak farklılık tabii ki vardır. O da şudur: 4.maddeye aykırı olmayan bir davranış muafiyet almaz, almasına gerek yoktur. Muafiyet aldıysa demek ki 4.maddeye aykırılık söz konusudur. 6.maddedeki dışlayıcı etki

yaratılması ile hakim durumun kötüye kullanılması halinde getirilen etkinlik savunması kabul edildiğinde 6.maddeye aykırılık yoktur. Başka bir deyişle, etkinlik savunması getirilerek tüketicinin zarar gördüğüne ilişkin karine çürütülüyor. Bu durumda da zaten aykırılık olmaz, karine çürütülmüş. Kavramsal olarak farklı ancak pratikte aynı şeylerdir.

Hakim durum ne demek?

Hakim Durum: Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder.

Hakim durumda olan teşebbüs veya teşebbüsler bu hakim durumları nedeniyle rakiplerinden, müşterilerden, tüketicilerden bağımsız olarak tüm rekabet parametrelerini tek başlarına belirleyebilirler. Yani fiyat, arz miktarı, dağıtım miktarı, kalite gibi özellikleri belirleyebilirler. Bunu yaparken rakiplerini, müşterileri, tüketicileri ve diğer rekabet parametrelerini kale almayabiliyorsa bilin ki o teşebbüs hakim durumdadır. Bu tanım, ATAD'ın United Brands v. Commission kararından alınmıştır. Bu tanım bugün hala AB Hukuku'nda esas alınır. Tanımın içerdiği özelliklere ise 'legal test' adı veriliyor. Herhangi bir teşebbüsün hakim durumda olmasını, bu hakim durum bir hukuki terim olduğu için, hakim durumun söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrol edilmesini sağlayan şartları ifade eder. Bizim tanımımız da buna dayanır. Hakim durum varsa rekabette bir aksaklık vardır deniyor. Kararın 38.paragrafında söz konusu tanım yapılıyor:

"The dominant position, referred to by article 82, relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it to power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers."

Pazardaki etkin rekabeti etkilemesine imkan verecek bir hakim durumdan söz ediliyor. Bu öyle bir güçtür ki o teşebbüs bu hakim durumu nedeniyle ilgili piyasadaki etkin rekabeti olumsuz şekilde etkileyebilecektir. Bizim tanımımızda bu kısım yoktur. Bu tanım bir norm gibi düşünülüyor. İlgili pazardaki etkin rekabeti engelleyebilme yeteneği bir unsur olarak belirtiliyor. Doktrine göre, bu tanım kabul edilirse sömürücü ihlal türü dışlanmış olur çünkü orada rekabet yok zaten. Belko kararında olduğu gibi. Rekabet üzerinde olumsuz bir etki yok ancak yine de 6.madde kapsamına girebilmesi mümkün. Bu tanım için amaca göre yorum yapılmalıdır ve asıl ağırlık bağımsız hareket edebilme gücüne verilmelidir. Piyasadaki etkin rekabeti engelleyebilme hususunun ise bunun sonuçlarından biri olduğu kabul edilmelidir. Bir teşebbüs eğer bağımsız hareket edebilme gücüne sahipse bunun sonuçlarından biri de piyasadaki etkin rekabetin kısıtlanabilmesidir. Ancak bu şart değildir. Asıl amaçlanan şey şudur: Eğer bir teşebbüs rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak rekabet parametrelerini tek başına belirleyebilme gücüne sahipse o zaman o arzı dilediği gibi kısabilir, fiyat dilediği gibi yükseltebilir. Bunun engellenmesi gerekir. İster sömürücü ister dışlayıcı davranış olsun. Her ikisinde de en nihayetinde varılacak ve en istenmeyen durum budur. Hakim durumun kötüye kullanılmasının cezalandırılması da bunu engeller. Etkin rekabeti engelleyebilme gücü kötüye kullanılacak olursa o takdirde hakim durumdaki teşebbüs arzı kısıp fiyatı yükseltebilme olanağını kazanmış olur. Aynı sonuç, sömürücü davranış ile ortaya çıkan kötüye kullanma hallerinde de söz konusu olacağı için sömürücü bir

davranış etkin rekabeti etkilememiş bile olsa hakim durumun kötüye kullanılması kabul edilebilecektir.

Teşebbüs: Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.

Teşebbüs de 3.maddede tanımlanmıştır. Yanlış bir tanımdır çünkü 'gerçek ve tüzel kişiler' deniyor. Fevzi Hoca'ya göre doğru tanım, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ekonomik açıdan bağımsız karar verebilen iktisadi birimdir. Kanundaki tanımda iki farklı teşebbüs tanımı yapılmış gibi görünüyor. Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler bir teşebbüsmüş gibi anlaşılıyor. Ayrıca, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler de bir teşebbüsmüş gibi bir anlam çıkıyor. Gerçek ve tüzel kişi elbette teşebbüs olabilir ancak iktisadi açıdan faaliyet gösterecek ve ekonomik açıdan da bağımsız olacak. Aslında 3.maddede sayılan özellikler kümülatiftir, ayrı ayrı değildir. Bu nedenle yanlış bir tanımdır. Hukuki açıdan bağımsız bir varlık teşkil etmek yani kişi olmak tek başına teşebbüs olmak için yeterli değildir. Öte yandan eğer hukuki bağımsızlık yoksa o zaman zaten bir teşebbüs söz konusu olmaz. Ekonomik bağımsızlık şarttır. Hukuki bağımsızlıktan kasıt, söz konusu fiilin o kişi adına yapılıp yapılmaması meselesidir. Bir hizmet akdi düşünelim. Hizmet akdine dayalı olarak bir şirkette çalışan kişinin teşebbüs sayılabilmesi mümkün değildir.

Teşebbüs kavramına ekonomik açıdan yaklaşılmasının önemi, yavru şirketlerin vs. kendi aralarında yaptıkları anlaşmaların 4.maddeye aykırılık oluşturmamasında ortaya çıkar. O anlaşmalar teşebbüsler arası anlaşmalar değildir.

Teşebbüs Birliği: Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzelkişiliği haiz ya da tüzelkişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade eder.

Kanunumuz, kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında bir ayrım yapmadığı gibi Anayasa'daki temele binaen kurulmuş olan kamu tüzel kişiliklerinin de teşebbüs birliği sayılmasına imkan veriyor. Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği gibi, bu birliğin üyeleri, serbest çalışıyorlarsa, mühendislik pazarında birbirinin rakibi olan teşebbüslerdir. Bunların üyesi olduğu kuruluşun kanunla düzenlenmiş olup olmamasının 4054 sayılı Kanun bakımından hiçbir önemi yoktur. Şu açıdan önemlidir: Bunlar kamu hukuku tüzel kişileri olduğu için bunların somut olayda rekabeti kısıtladığı ileri sürülen davranışlarının hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Asgari ücret tarifeleri var. Asgari ücret tarifesi için teşebbüs birlikleri tarafından yönetmelikler çıkarılıyor. Bu yönetmeliklere dayanılarak da asgari ücret uygulanıyor. Bu da bir tür teşebbüs birliği kararıdır, asgari ücret uygulanması yönünde karar veriyorlar. Minimum fiyat, fix fiyat anlaşmaları en ağır rekabet hukuku ihlalidir, karteldir. Tüketiciye zararı vardır. Diğer yandan, birçok haklı sebebi de vardır. Elektrik Mühendisleri Odası şikayet edildi Rekabet Kurumu'na. Kurul da şöyle bir karar verdi. Teşebbüs birliği kararı ile bir minimum fiyat uygulaması var, bu da 4.maddeye aykırıdır ama bunlar bu kararı alırken kararın bizzat kendisi bir hukuki işlem olarak idari işlem niteliğini taşıyor. Yani, kamu erkine dayanılarak yapılmış bir tasarruftur. Bu sebeple bir ceza veremeyiz. Dolayısıyla, idari para cezası verilmemiştir. Ancak asgari ücret yönetmeliklerinin kaldırılması söylenmiştir. Ayrıca, Danıştay'da idari dava açıldı. Bunun kanuni dayanağı yoktur ve 4054 sayılı Kanun'a da aykırıdır. Burada menfaat yokluğu yüzünden dava ehliyetiniz yoktur demeyiniz çünkü ben kamu menfaatini temsil ederim. Kamu menfaatini temsil

ederek Mühendisler Odası'nın yapmış olduğu bu idari işlemin iptalini istiyorum demiştir Rekabet Kurumu. Danıştay, sizin menfaatiniz ve dolayısıyla dava ehliyetiniz yoktur diyerek Rekabet Kurumu'nun talebini reddetmiştir.

Rekabet hukuku neticede bir hukuktur. Amerika'da bu çok fazla dile getirilmese de Kıta Avrupası'nda gittikçe daha fazla dile getirilmektedir. Hukukun amacı iktisadi refah değil, adalettir. İktisadi refah, adaletin sağlandığının göstergelerinden bir tanesidir. Ne olursa olsun rekabet hukuku da bir hukuktur, bir hukukçu gibi yaklaşmak zorundayız.

Bazı kararlarda rekabet hukuku ölçütleri uygulanarak ilginç pazar tespitlerinin yapıldığını görüyoruz. Hakim durumla ilgili bir AB Komisyonu kararı var: Hoffman-La Roche Kararı. Divan diyor ki A, B, C, D, E vitaminleri tek bir pazar oluşturmazlar. Vitamin pazarı diye bir pazar yoktur, her bir vitamin için ayrı bir pazar vardır. Hangi firma hangisini üretiyorsa o vitamin bakımından o pazardaki rakipleri ile rekabet ediyordur. Çünkü bu vitaminler arasında ikame edilebilirlik yoktur. A vitaminine ihtiyacı olan bir kişi A vitamininin fiyatı az ve fakat sürekli bir şekilde arttığı için başka bir vitamin alamaz, bunların ikamesi yoktur. Her biri ayrı bir pazardır. Bu durum, şikayet edilen teşebbüs için dezavantajdır çünkü pazarın daralması hakim durumda olma ihtimalini artırır. Hakim durumun birincil göstergesi pazar payıdır. Hiçbir şekilde pazar payı tek gösterge değildir ancak en önemli göstergedir.

Hugin v. Liptons kararı da önemlidir. Hugin yazarkasa üretiyor ama Avrupa yazarkasa piyasasındaki pazar payı %12 gibi bir şey, yani hakim durumda değil. Kötü bir pazar payı değil ancak hakim durum ifade etmez. Piyasada kaç rakip olduğuna ve pazar paylarının da birbirine ne kadar yakın olduğuna bakılır. Liptons da Hugin'in ürettiği yazarkasaların bakımını ve onarımını yapıyor. Liptons, Hugin'den yedek parça istiyor. Benim senin ürettiğin yazarkasaların bakımını yapabilmem için bu yedek parçalara ihtiyacım var diyor. Hugin hiçbir gerekçe göstermeksizin bu talebi reddediyor. Yine sözleşme yapmayı reddetme biçimindeki bir ihlale geldik. Buradaki pazar yazarkasa pazarı değildir çünkü Liptons'un Hugin'den talep ettiği şey o değildir. Pazar arz ve talebin buluştuğu ortama denir. Genel olarak, yazarkasalar için yedek parça pazarı da değildir. Hugin'in ürettiği yazarkasa için endüstriyel tasarım niteliği var. Endüstriyel tasarım hakkı da ona kendi ürettiği yazarkasalarda başka yedek parçaların kullanılmasını yasaklama yetkisi veriyor. Hugin de bunu yasaklıyor. Bana sağlanan münhasırlık yetkisi bunu da kapsar, benim yazarkasalarımın üzerinde bakım yaparken başkalarının yedek parçalarını kullanamazsın, bu benim ürünlerim için tehlike arz eder diyor. Aynı zamanda kendi yazarkasalarının yedek parçalarını da Liptons'a satmaktan kaçınıyor. O zaman burada bir ikame edilmezlik durumu vardır. Hugin yazarkasalarının yedek parçalarının başka üreticilerin yedek parçalarıyla ikame edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, buradaki pazar Hugin marka yazarkasaların yedek parça pazarıdır. Doğal olarak Hugin hakim durumdadır. Sözleşme yapmanın reddedilmesi suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmuştur.

Star, Posta ve Takvim gazeteleri hakkında soruşturma açılıyor. Birlikte hakimiyet söz konusudur, yıkıcı fiyat uygulayarak hakim durumlarını kötüye kullanıyorlar diyor şikayetçiler. Yani fiyatları çok düşürdüler, biz zarara uğruyoruz diyorlar. Doğan, Sabah ve Star gruplarının ilgili pazarda hakim durumda oldukları tespit ediliyor ancak yıkıcı fiyat yoktur, hakim durumun kötüye kullanılması yoktur deniyor sonuç olarak. Peki pazar nasıl belirleniyor? 1995-2000 arasında gazetelerde bir kampanya furyası vardır. Bu kampanyalarda tencere, tava, ansiklopedi falan verirlerdi. Posta ve Takvim de bu tür gazetelerdendi. Rekabet Kurumu, Takvim ve Posta için: Bunlar okuyucu bağımlılığı az

olan gazetelerdir. Bunları bütün gazetelerin aynı olduğu düşüncesiyle günlük gazete piyasası diye bir piyasa düşünüp o piyasa içerisinde mütalaa etmemek gerekir. Bu yanlış bir pazar tanımı olur. Okuyucu bağlılığı az, fiyat hareketlerine duyarlı olan gazetelerle, okuyucu bağlılığı çok ve fiyat hareketlerine duyarlı olmayan gazeteleri ayrı pazarlar olarak düşünmek gerekir. Bu nedenle, pazarı daraltıyor Rekabet Kurumu. Bu gazeteler, fiyat hareketlerine duyarlı ve okuyucu bağlılığı çok az olan gazetelerdir. Bunlar, kampanyalar değiştiği anda farklı gazetelerle ikame edilebiliyorlar. Pazar böyle tespit edilmelidir deniyor. Bu nedenle de hakim durum belirleniyor.

Hem AB'nin tanımında hem bizim tanımımızda sadece satıcı düşünülüyor. Sadece satıcı olan tarafın hakim durumda olması tarif edilmiş çünkü rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak deniyor. Böylece de satış fiyatı, arz miktarı, dağıtım miktarı gibi parametreleri belirleyebilir deniyor. Bunları kim belirler? Satıcı belirler. Oysa hakim durum alıcıda da söz konusu olabilir. Satıcının hakim durumda olmasının en üst düzeyi tekeldir. Ama alıcı da tek alıcı veya en çok alan olabilir. Hakim durumda olan alıcı olabilir ve bunu kötüye kullanabilir. Hipermarketler mesela. Hipermarketlerin alım güçleri onları hakim durumda alıcı konumuna getirebilir ve böylece onlar da fiyatı belirleyebilirler. Fiyatı belirlemede kötüye kullanma söz konusu olursa onları da 6.maddeye tabi tutmak gerekir. Alıcının hakim durumda olmasına monopson denir. Alım gücü olan bir teşebbüs monopson olabilir. Bir alıcı monopson da olmayabilir, hakim durumda da olmayabilir. Peki bu tür teşebbüs için alım gücü kavramının kullanılmasının anlamı nedir? Satıcı var bir de alıcı var. Eğer satıcının hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmişse onun hakim durumu tespit edilirken alıcı tarafının alım gücüne de bakılır. Bu güç ne kadar yüksekse satıcının hakim durumda olma ihtimali o kadar azalır. Bu bakımdan bir parametredir alım gücü. Alım gücü öyle bir güçtür ki bazen alıcı tarafına monopson olma imkanı da verir.

14.04.2017–

Hakim durum nasıl tespit edilir? Hakim durumun tespit edilmesinde kullanılan testler nelerdir? Evvela ilgili pazar tayin edilir. Sonra o pazarda şikayet konusu olan teşebbüsün hakim durumda olduğu nasıl belirlenir? Bu konuda ilk ölçüt pazar payıdır. Tek ölçüt değil ancak ilk ölçüttür. Pazar payı ne kadar olursa bir teşebbüs hakim durumda sayılabilir? Hangi pazar payı rekabet otoritesini alarma geçirmelidir? Burada mutlak bir analiz yapmak mümkün değildir. Genellikle rekabet hukuku konusunda danışmanlık yapan firmalar karma bir takımdan oluşur; ekonomistler, iktisatçılar ve hukukçular bir arada bulunur. Bu iktisatçıların bir kısmı da rekabet hukukçusudur. Pazar payı tespiti bakımından genelde iktisatçıların tespiti dikkate alınır. Pazar payı diyelim ki %35 çıktı, bu teşebbüs hakim durumda mıdır diye bakarken mikro iktisatçıların analizleri dikkate alınır. %35 pazar payının o piyasadaki etkisinin belirlenmesi gerekir. Mutlak bir hüküm olmamakla beraber hakim durumda olmak için %40 pazar payı sınır olarak belirlenmiştir. %40 pazar payına sahip olmak tek başına hakim durumda olmak için yetmez. Yine de %40 pazar payı hakim durum varlığı bakımından ciddi bir endikasyondur, yani üzerine gidilmesi gereken bir hususdur. Ancak piyasadaki teşebbüslerin sayısının çokluğu ve şikayet konusu olan teşebbüsü en yakından takip eden teşebbüsün piyasa payı da hakim duruma işaret eden hususlardır. Örneğin %25-30 pazar payları da hakim durum yaratabilirler bu faktörlere göre. Bu değerlendirmeye de rölatif değerlendirme denir.

Bir hakim durum tespitinde pazar payının yanında bir de giriş engelleri faktörü vardır. Fiilen herhangi bir ürün pazarında tek bir teşebbüs arzı belirliyor olabilir ama bunun

iktisaden gerçek anlamda bir tekel sayılabilmesi için giriş engelleri de yaratmış olması gerekir. Eğer giriş engelleri yoksa arzı tek başına yapan teşebbüsün fiyat yükseltmesi o piyasayı çekici hale getirir, giriş engeli olmayan o piyasaya başka teşebbüsler de girebilirler. Buna da potansiyel rekabet denir. Potansiyel rekabet baskısı, o teşebbüsün tekelci bir teşebbüsün hareket ettiği şekilde hareket etmesini engelleyebilir çünkü baskı var. Davranışlarını öyle bir ayarlayacak ki uyguladığı rekabet parametreleri kendisinin fiilen tekel olduğu o piyasayı çekici hale getirmeyecek çünkü giriş engeli yok, girebilirler o piyasaya. Giriş engeli yoksa tekel değildir iktisadi açıdan. Rekabet hukuku bakımından o fiilen tekel durumunda bulunan teşebbüs, iktisadi bakımdan adlandırılmasa bile hakim durumda değildir. Bu söylenemez çünkü hakim durumdadır çünkü pazarda arz yaratabilen tek teşebbüs odur. Burada en azından pazar payı bakımından hakim durumda olduğu söylenir ama tekel olduğu söylenemez.

Giriş engelleri doğal ve suni olarak iki türdür. Örnek olarak, doğal tekel bir doğal giriş engelidir. Teknolojik paradigma değişmediği sürece doğal tekel söz konusu olabilir çünkü onun düplikasyonu rantabl değildir. Yani, ikinci bir teşebbüsün o piyasada aynı faaliyeti göstermesi ekonomik olarak mantıklı değildir. Bugünkü teknolojiye göre bunu söylüyoruz. Belli bir pazarda arzın tamamının tek bir teşebbüs tarafından yapılmasının rantabl olması ve bu nedenle de ikinci bir teşebbüsün o pazara girmesinin maliyetlerinin aşırı yüksek olması nedeniyle rantabl olmaması iktisaden açık bir şekilde irrasyonel ise hiçbir teşebbüs orada arz yaratmaya kalkışmaz. İşte orada doğal tekel vardır. Piyasa yapısından kaynaklanan bir doğal giriş engeli söz konusudur. Bundan ibaret de değildir. Ölçek ekonomilerde de fazla sayıda teşebbüsün karlı biçimde faaliyet gösterebilmesi piyasanın özelliklerinden dolayı mümkün değildir. Diyelim ki 5 teşebbüs çalışıyorsa, buraya bir altıncısının eklenmesi durumunda, 6.teşebbüsün diğer 5 teşebbüsten daha fazla maliyet yapması gerekiyorsa o takdirde diğer beşinin faaliyet gösterdiği piyasa nitelik itibariyle yeni bir teşebbüsü kaldıracak durumda değildir. Dolayısıyla, bu da bir doğal tekeldir. Bunun dışında, başka faktörler de söz konusu olabilir. Yatırım maliyetlerinin çok yüksek olması veya girilen herhangi bir iktisadi faaliyetin batık maliyet gerektirmesi. Batık maliyeti çıkış engeli olarak da kabul edenler vardır ama bu bir şeyi değiştirmez. Batık maliyette, girerken engel yok ama çıkarken engel vardır. Mesela telekomünikasyon piyasasında, telekomünikasyon operatörleri devlet ile imtiyaz veya görev sözleşmesi yaparlar. İmtiyaz sözleşmesi idari bir sözleşmedir. Devletin egemenlik hakkına dayanarak ilişkiye girdiği sözleşmelerdir. Kamu hukuku kurallarına tabidir çünkü devlet eşit kişiler arasında sözleşme yapılıyormuş gibi davranmaz. Kendi yetkisine dayanarak sözleşme yapar. Bunlar uluslararası tahkime konu olabilirler. Bu durum, onların özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmelerini gerektirmez. Bu sözleşmelerde istese de istemese de tüm operatörlere şu yüklenir: İdari sözleşmenin süresi bittiği zaman o teşebbüsler yaptıkları her şeyi orada bırakmak zorundadır, onlar devlete aittir. Enerji piyasasında yapılan tüm sözleşmeler böyledir. Bu tipik bir batık maliyettir. Bunu her teşebbüs göze alamaz. Güçlü teşebbüsler ancak uluslararası kredi kuruluşlarından kredi alarak yapabilirler. O krediyi alabilmek için de çok büyük teminatlar göstermek zorundadırlar. Sözleşme süresi boyunca elde ettikleri gelirin krediyi, faizini geri ödemeye ve kar etmelerine yetmesi gerekir. Bu hem giriş hem de çıkış engelidir. Çıkamayacağını düşünen teşebbüs giremeyeceği için de giriş engelidir. Bunlar doğal giriş engelleridir, piyasa yapısından kaynaklanır.

Suni giriş engellerine bakalım. Bazı işler ancak devletten alınan izin ve ruhsatla yapılabilirler. Ruhsatın ve iznin zamansal ve maddi açıdan ederine göre, masrafın büyüklüğüne göre bunun da giriş engeli olması söz konusu olabilir.

Fikri ve sınai haklarla veya patent sahibinden alınmış lisans haklarıyla korunan pazarlar da birer suni giriş engeli olabilirler. En azından bunların sahipleri suni giriş engeli yaratabilirler. Bu giriş engelinin yaratılabilme olanağının hukuki olup olmadığı hakim durumun kötüye kullanılması var mıdır yok mudur konusunda tartışılır. Fikri mülkiyet hakları, hakkın konusu olan gayrı maddi mal üzerinde münhasır kullanma hakkı verir. Piyasaya yönelik bir tekelci kullanım hakkı söz konusu değildir. Bu tür fikri mülkiyet hakları, pazarın özelliğine göre, suni giriş engeli oluşturabilir. Piyasaya girmeden önce teşebbüslerin ürkmelerine neden olan faktörlerdir.

Dikey Bütünlük: Herhangi bir üretici düşünün. Bu üreticinin kurmuş olduğu dağıtım ve pazarlama sistemi o kadar etkin ve güçlü ki teşebbüsün pazar payının yüksek olmasının temel sebebini bu sistemler oluşturuyor. Yani, bir üretici üretim, toptancı, perakendeci düzlemlerinde dağıtım sözleşmesi yapabilir. Bu sözleşmeler bir anlamda fikri mülkiyet hakları (marka hakkı, endüstriyel tasarım hakkı vs.) ile korunan gayrı maddi mallara ilişkin ise ortaya çok güçlü bir dikey bütünlük çıkar. Bayilik sözleşmeleri, tek satıcılık sözleşmeleri, franchising sözleşmeleri, distribütör sözleşmeleri gibi. TTK'da söz konusu olan tacir yardımcılarından da yararlanabilir. Böyle bir güçlü bir dağıtım ve pazarlama ağı kurmuşsa ve onun pazar payının bu kadar güçlü olmasının sebebi bu dağıtım sistemleri ise bu da bir giriş engelidir. Bu dikey bütünlük potansiyel rakipleri caydırır. Diğer teşebbüsler ben böyle güçlü bir dağıtım ağı kurmadığım sürece, yasal olarak bir engel olmasa da piyasaya giremem diyebilirler. Piyasada yerleşik olan teşebbüs vardır. Diğer teşebbüsler piyasaya girmek için o kadar güçlü dağıtım sistemlerini oluşturamayacaklarını düşünürler. Bu da suni giriş engelidir.

Diğer bir engel de tabi ki yasal tekeldir. Mutlak bir giriş engelidir. Tekelin oluşmasına devletin yasama organının veya yasama organının verdiği yetki ile idarenin kurduğu tekel anlamına gelir.

Bazı yazarlar bu giriş engelleri içerisinde bir hususa daha değiniyorlar. Hakim durumda gibi davranan teşebbüs hakim durumdadır diyorlar. Yani, pazar payına baktım %38-39 civarında. Diğer giriş engellerine baktım ama yok. Ancak bu teşebbüs öyle bir davranış sergiliyor ki bunu ancak hakim durumda olan bir teşebbüs yapabilir. Hakim durumda olmayan bir teşebbüs bunu yapamaz. Bunun en tipik örneği yıkıcı fiyatlandırmadır. Bir yıkıcı fiyatlamadan bahsedebilmek için maliyetlerin çok altında bir fiyata satış yapıyor olması lazım, bu davranışın bir süreklilik arz etmesi lazım ve bunun bir hasat getirecek şekilde olması lazımdır. Yani bu yıkıcı fiyatlama neticesinde öyle bir şey olacak ki (bu durum dışlayıcı davranışa girer) rakipler teker teker piyasadan çıkmak zorunda kalacaklar çünkü onlar marjinal maliyetler altındaki fiyattan satış yapamayacaklar. Bütün bu süre boyunca da hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüs direnebilecektir. Neticede de tüm teşebbüsler çıkınca bunun hasadını alacak. Hepsi çıkmasa bile onlar yavaş yavaş çıkarken yeni müşteriler kazanarak, birbirine ekleyerek belli bir süreklilik içerisinde bir hasat elde edecek. Bazı yazarlar, iktisadi bir analizle bir teşebbüsün bunu yapabileceğini tespit edebiliyorsak böyle davranan teşebbüs davranışsal sebeplerle hakim durumdadır demektedir. Fevzi Hoca bu görüşe katılmıyor. Hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespit edilirken buna bakılmalıdır diye düşünüyor.

Hakim durumun nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak aklımızda kalması gereken 3 tane faktör vardır. Bu 3 faktörden en sonuncusu tartışmalıdır ama ilk ikisi kesinlikle tartışmalı değildir. Pazar payı en önemli hususdur. Pazar payının hakim durumu gösterdiğini kabul etmek için söz konusu olan eşik, mutlak bir eşik olmamakla beraber %40'tır. Doğal giriş engelleri ve suni giriş engelleri ikinci önemli hususdur. Yasal tekel vardır bir de. Doğal

giriş engellerin başında doğal tekel gelir. Ölçek ekonomiler, yüksek yatırım maliyetleri, batık maliyet söz konusu olabilir giriş engeli olarak. Suni giriş engel olarak da fikri mülkiyet hakları, devletten alınacak olan ruhsat ve izinler ve yerleşik teşebbüsün dikey bütünlüğünün güçlü olması sayılabilir. Üretim anından itibaren tüketiciye giden sürecin tamamında bir teşebbüsün hakim olduğu hallerde dikey bütünlük söz konusudur. Bu teşebbüs bunu iktisadi olarak en rantabl yoldan yapıyor. Buradaki dağıtım sisteminin nasıl düzenleneceğinin belirlenebilmesi için dağıtım sistemlerinin kendi aralarındaki hukuksal farklılıkların bilinmesi gerekir. Yani acentede nasıldır, şubede nasıldır vs. Bunların hukuki yapısı belirlendiği zaman masraflar da ortaya çıkacaktır. Bu masraflara işlem maliyeti (transaction costs) denir. Bunları tespit etmek böyle bir üretim ağı kurarken iktisatçının işidir. Dikey bütünlük bütün bu işleri halletmiş ve başarılı bir dağıtım ve pazarlama sistemi kurmuş olan teşebbüs demektir. Her distribütörlük sözleşmesi yapan teşebbüs dikey olarak bütünleşmiş demek değildir. Dikey bütünlük de tek başına hakim durumun belirlenmesi için yeterli değildir. Önemli bir pazar payı var ama pazar payı tek başına hakim durumda olduğuna hükmetmemize yetmiyor, bir bakıyoruz ki bu pazar payını bu teşebbüs özellikle dikey bütünlük neticesinde elde etmiş. İşte bu bir suni giriş engelidir.

Hakim Durum: Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder.

3.maddede hakim durum tanımı yapılmıştır. Bir veya birden fazla teşebbüs deniyor. Normatif tanıma göre, bir teşebbüs de hakim durumda olabilir, birden fazla teşebbüs de hakim durumda olabilir. 6.maddede de birden fazla teşebbüs deniyor. AT Kuruluş Anlaşması'nın 102.maddesi de benzer şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca AB Komisyonu'nun, ABAD'ın ve Rekabet Kurumu'nun birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığı tespitinin yapıldığı kararları da vardır. Bu kavram ilginç bir şekilde çok tartışılan bir kavramdır. Bazı rekabet hukukçuları, 4.maddedeki anlaşma ve uyumlu eylem kavramları varken birlikte hakim durumun kötüye kullanılması diye bir şey olmamalı diyorlar. Çünkü bir piyasada iki teşebbüs birden hakim durumda olamaz. Bunun adı birlikte hakim durum ise eğer, birlikte hakim durumun şartları göz önüne alındığında aslında zaten 4.maddeye giren bir ihlal söz konusu olur diyorlar. Dolayısıyla, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması saçma bir kavramdır diyorlar. Bu görüşe karşı getirilecek gerekçelerin en zayıfından başlayalım. Öncelikle bu kanunda yazıyor. Hakim durum kanunda tanımlanıyor. Ayrıca hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklarken de 6.maddede aynı kavram kullanılıyor. Birinci gerekçe budur. Birlikte hakim durumun olamayacağını savunan görüşe göre burada örtülü kanun boşluğu vardır. Amaca göre sınırlama yapılabilir diyebilirler. Ya da kanun hükmünün özü ile sözünün çatışmasından doğan bir örtülü boşluk vardır. Her iki halde de bunlar gerçek olmayan örtülü kanun boşluklarıdır. Bunlar TMK m.1'e göre uygulanırlar. Bu görüşe göre, 6.maddenin özü ve sözü çatışmaktadır. Aslında bu hükmün tek başına hakim durumun kötüye kullanılması bakımından uygulanması gerekir çünkü kanun hükmünün amacına ve iktisadi gerçeklere de bakarak yorum suretiyle tespit edildiğinde sözün ve özün çatıştığı söyleniyor. Rekabet hukuku hukuktur. Bir ara Amerika'nın etkisiyle iktisat yanı ağır basmıştı ama son zamanlarda hukuk tarafı ağır basmaktadır. Bu hüküm böyle anlaşılmalıdır diyemeyiz hukukçu olarak. Kanunda yazan şeyi göz ardı edemeyiz. Kanunda yazan ifadeleri göz ardı edebilmek için elimizde hukuki bir anahtarın bulunması gerekmektedir.

Bu görüşü savunanların haklı olabilmesi için gerçekten birlikte hakim durum diye bir kurumun olmaması lazımdır. Ancak hem Rekabet Kurumu kararlarında hem de ABAD ve AB Komisyonu kararlarında birlikte hakim durumun 4.maddeden ayırt edilebilmesi imkanı veren durumların söz konusu olduğunu görüyoruz. Bir de aslında bunun uyumlu eylemle aynı şey olmadığını da görüyoruz.

21.04.2017 –

Sınıftan gelen sorular üzerine:

Benim internetten satış yaptığım bir ürünüm var, söz gelimi bebek bezi olsun. Bu ürünü ben satarken Amazon gibi güçlü bir firma bana akıllı ol dedi. Ne akıllı olacağım abi dedim. Ne güzel bir firma kurdun, değeri varken onu bana sat yoksa firmanın içini boşaltırım dedi Amazon. Öyle bir fiyata satarım ki sürünürsün, ondan sonra firmanın değeri de kalmaz. 1$ diye de bir sembol fiyat koyduk ortaya. Birim başına ortalama değişken maliyetin bile altında bir ücretmiş gibi düşünüyoruz. Maliyetin çok altında bir satış fiyatı olduğu için birim bazında kanıyoruz. Bu malı niye ürettik ki niye satıyoruz sorusunu sordurtuyor. Bu şartlar altında bu malın satılıyor olması bir hukuksuzluk mudur? Amazon'un benim firmamı devralmak istemesi de bir hukuksuzluk mudur? İki hamlesi var yani, birinde ocağıma incir ağacı dikiyor, diğerinde ocağıma talip oluyor. Amazon piyasada hakim durumda. Yani bu adam bebek bezlerinde hakim durumda iken ben filizlenmeye başlamışım. Aslında o istediği gibi at koşturuyormuş bebek bezleri piyasasında, ben de şık bir iş yapmışım vs. ve bundan pazar payı kapmaya başlamışım. Isırıklarımı hissettiği anda da akıllı ol diye gelmiş. Akıllı ol anında da normalde 12 $'a satarken 1$'a inmiş, halbuki marjinal maliyeti 8$ civarlarında, birim başına maliyetine baktığım zaman da beherini üretmesi 6.7 $ civarlarında. Bu fiyatlandırma davranışının ta kendisi hukuka aykırı mıdır? Bu namussuz bana talip olabilir mi?

Önce işin fiyatlandırma boyutuna bakalım. Maliyetin altında satış yapıyor, bunu kabul ettik. Bu bilgi ile yıkıcı fiyatlandırmaya gidemeyiz direk. Havayolları şirketlerinin %82'si en aşağı 4 ay boyunca geçen sene zarar ettiler ve maliyetin altında satış yapanları da vardı. Bunların hakim durumda olanları yıkıcı fiyatlandırma yaptı mı? Hayır, yapmadı. Yıkıcı fiyatlandırma için farklı unsurlar mevcut:

Ortalama değişken maliyet (average variable cost)/marjinal maliyet altı satış olacak,

Bunun süreklilik arz etmesi lazım,

Maliyet altı satıştan bir hasat elde edilmesi lazım,

Yıkıcı niyet olması lazım,

Yıkım olasılığı (probability of predation), (unsur olup olmadığı tartışılabilir)

Bu unsurlar olmadan yıkıcı fiyat analizine giremeyiz. Maliyet altı satış yapıp da hakim durumunu kötüye kullanma noktasına gitmemiş olan, yıkıcı fiyatlandırma yapmamış olan çok fazla sayıda örnek vardır. Bu unsurların hepsinin bir işlevi vardır. Yıkıcı niyetin olup olmadığı meselesinin, yıkım olasılığının bir işlevi vardır.

Yıkıcı fiyatlandırma bahsinde neden bu kadar çok parametre getiriliyor? Çünkü yıkıcı fiyatlandırma yönünden rekabet hukukçusu olarak ürküntü içindeyim. Şundan korkuyorum: Ya ulan ister misin bir de bunlar rekabetçi fiyatmış, bunlar birbirlerini

yiyorlarmış ve tüketici bundan istifade ediyormuş, ben de hıyar gibi gittim buna yıkıcı fiyatlandırma dedim, efektif olarak yükselt fiyatını dedim yani. Kendi kendime iş yaptım ve piyasayı bozdum. Bundan korktuğum için emin olmaya çalışıyorum. Adamın niyeti de niyet olacak, hadi niyetlendi diyelim yıkma olasılığı olacak gibi. Hakim durumda olmayan bir oyuncu hayırlısıyla fiyatları biraz daha düşürürsek bunları da bu hattan def edeceğiz diye yazışmalar yapmış olsa kendi içinde, istediği kadar düşürsün fiyatını kimseyi def edecek hali yoktur ki onun, %7 pazar payı var. Bu yazışmalar için adama ceza kesemeyiz. Dolayısıyla, yıkım olasılığının da olması lazımdır. Ayrıca, girdi-çıktı yapmalar da yetmez, promosyonel bir faaliyet ise, Amazon yahu bunlar çok oldular bir dakika milletin eli alışmaya başladı şöyle bir aylık bir kasıp kavuralım ortalığı dediyse, bu durumda Amazon Amazon olduğu halde belirttiğimiz fiyat eksenlerine rağmen sürekliliği yok ki adam promosyon yapmış kardeşim, şokluyor piyasayı deyip belki yine ceza kesmeyebiliriz, geç deriz. Bu şekilde yıkamayacak çünkü. Ortalama değişken maliyetin altında da satış yapılmış olması gerekmektedir yıkıcı fiyatlandırma için. Ancak her maliyet altı satış bu anlama gelmez. Bazen maliyet altı olması satışın kendi başına zarar ettirici de olmayabilir belli şartlara bağlı olarak. Yaptığı hareketin bir ticari rasyoneli varsa o zaman hala dönüp o adama valla ticari rasyoneli var veya yok, sonuç itibariyle sen maliyetin altına düşmüşsün al sana ceza diyemeyiz. Adam basiretli bir tacir gibi davranmış olabilir, gerekçesi olabilir, kimseyi piyasadan ayıklamak adına bunu yapmadım ki diyebilir. Sürekliliği de bu sebepten dolayı arıyoruz. Örneğin; THY-Pegasus dosyası. Pegasus, THY için diyor ki efendim bunlar bizimle beraber uçtukları hatlarda aşırı düşük yıkıcı fiyatlandırma yapıyorlar. Tek başlarına uçtukları hatlarda da THY aşırı fiyatlandırma yapıyor. Böylece çapraz sübvansiyonla bizi bitirmeye oynuyorlar diyor Pegasus. (THY savunması) Hakim durum, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar ikililerinden oluşan ilgili pazarda gözetilmek durumundadır. Ben İstanbul çıkışlı uçuşlar pazarı diye bir pazar tanımıyorum. Ben Atatürk Havalimanı çıkışlı uçuşlar ve Sabiha Gökçen Havalimanı çıkışlı uçuşlar pazarlarını tanıyorum, iki ayrı pazardır bunlar. İstanbul'da yaşayan bir insan evladı için havalimanlarının ikamesi yoktur. Bunlar eğer birbirinin ikamesi değilse o zaman Atatürk Havalimanı çıkışlı uçuşlar yönünden evet benim 82 adet uçağım olabilir ama Sabiha Gökçen'de onların 17 uçağı, bizim ise 3 uçağımız vardır. Dolayısıyla, orası onların hakim durumda olduğu bir pazardır. Kendi hakim olduğu pazarda ben nasıl bu hakim durumu kötüye kullanma iddiası ile karşı karşıya kalabilirim?

Hakim durum yok ki hakim durumu kötüye kullanayım bahsinde hala bitiremediyseniz dosyayı, sonra devamına gidersiniz. Dersiniz ki bu fiyatlandırmalar ortalama değişken maliyetin ve marjinal maliyetin altında mı ki gibi tartışmalara girilebilir. Esnek fiyatlama meselesi mesela çok kafa karıştırıcıdır. Artık dinamik fiyatlama var. Yani bayramdan hemen önce bilet almaya çalışırsan çok fazla bir para ödeyecekken, şimdiden alıyorsan biletin fiyatının düşük olması gibi. Artık big data process etme imkanları da olduğu için bunun hukuk-iktisat teorisi çok iyi yerlere gitmektedir. Yani, adam Mehmet Hoca'nın tweetlerinden Beşiktaşlı olduğunu ve 4 yaşında oğlu olduğunu da biliyor. 4 yaşında oğlan için Beşiktaş formasına Mehmet Hoca talip oluğu zaman, bu herif bunu alacak diyebiliyor ve ona göre fiyatlıyor. Hakkında data bulamadığı adam yönünden de senin talebine göre ben fiyat koyuyorum diyor. Dükkanda yapamayacağı şeyi data ortamında yapabiliyor. Bu da bizim bildiğimiz arz-talep eğrilerini, arzla talebin buluştuğu yerde fiyat oluşur dengelerini teknoloji eliyle değiştiriyor. Fiyatlama davranışı kayar bir eksende yürüyor. Buna göre de bizim yıkıcı fiyatlandırma teorileri de başkalaşmaya ve daha farklı zeminlere gitmeye başlıyor.

Maliyet altı satışa da baktık ki dinamik fiyatlama var zor iştir, süreklilik arz ediyor mu ki meselesi var. O bahsettiğin fiyatta ne kadar kalmışım? Ve havacılık gibi bir sektörde ne süre ile kalmalıyım? TTNet, Tivibu diye bir ürünü sürüklüyor. TTNet'in Tivibu'yu sürüklemesinin bir yöntemi de paket olarak TTNet'i Tivibu ile beraber satmak. Bu esnada acaba yıkıcı fiyatlandırma yapıyor mu yapmıyor mu? Tivibu'nun fiyatını, maliyet fonksiyonunu ayrı bulmaya çalışıyoruz. Bir de süreklilik arz etti mi etmedi mi meselesi var. Şirket şunu derse ne olacak? Efendim hangi internet işi zaten ilk senesinde kar etmiş ki? Bu işin doğasında zarar etmek var, tabi maliyet altı satıyorum. Önce bir scale bulacağım, sonra yürüyeceğim. Şu anda PuhuTv, BluTv diye yeni OTT dediğimiz platformlar var. Bunlar bilinmeye başladığı anda Digiturk, TTNet üzerinde baskı oluşturur. OTT platformu geliyor. Acaba o pazarı ödemeli televizyonlar pazarı olarak mı tanımlasak? Ödemeli televizyonlar ve OTT pazarı olarak mı tanımlasak?

Yıkım olasılığına bakalım. Örnek olarak Pegasus dosyasında THY'nin savunması Pegasus'un dosyanın arkasından çekilmesine sebep olmuştur. Şöyle ki, bir defa halkı aydınlatma yükümlülüğü vardır, öncelikle onun yerine getirilmesi lazım. Zira şu an halka arz süreci içindeler kendileri, bir yandan da THY'ye karşı bir dosya yürütüyorlar ve yıkıcı fiyatlandırmadan bahsediyorlar. Yıkıcı fiyatlandırma olabilmesi için yıkım olasılığının mevcut bulunması gerekir, bilirsiniz. Demek ki aldıkları pozisyon yıkılma olasılığının olduğudur, halka da Pegasus'un hisselerini satarken haber versinler yıkılabilir diye. Biz ara istiyoruz efendim olmuştur.

Hasada (recoupment) unsur demek biraz iddialıdır. Yıkım olasılığı da aynı şekildedir. Fevzi Hoca akademik olarak yıkım olasılığını pek aramam diyebilir. Hoca yıkım olasılığını akademik olarak da önemsiyor. Hasatta ise kimi akademisyen hasadı çok önemser, Fevzi Hoca önemser mesela. Mehmet Hoca da hasadı pek önemsemez. Hasat da varsa zaten adamın yatacak yeri yoktur. Hasat artık dosyanın bağıra bağıra yürüdüğünü gösterir. UND Deniz-U.N. Ro-Ro dosyası. ELİG'in şikayetçi tarafta olduğu ve şu anda da özel hukuk mahkemelerinde bu herif beni batırdı, zararımın üç katı ile tazminini istiyorum efendim dedikleri bir dosyadır. Ondan evvel de Rekabet Kurumu nezdinde şikayetçi idiler ve şöyle diyorlardı: THY'yi hatırlar mısınız yıkıcı fiyatlandırma yok demiştik, siz de uygun bulmuştunuz. Şimdi var işte. UND Deniz'e yapılan yıkıcı fiyatlandırma. Hem ortalama değişken maliyetin altında satış, hem süreklilik, hem yazışmalarda yıkıcı niyet, hem yıkım olasılığı ki onu da geçtik batmış adam zaten battıktan sonra müvekkil olarak gidiyor, hem de hasat var çünkü. Hasat ne? Ortalama değişken maliyetin altına düşürmeyi rasyonel kılacak ölçüde karlı fiyatın da üstüne çıkan bir fiyatlandırma oluyor. Yani, normal üstü kar seviyelerine kadar çekiyorum kendimi ki bir anlamı olsun. Yoksa ben niye gireyim böyle bir şeyin içine? Ortalama değişken maliyetin bile altına giden bir fiyata neden gideyim? Tek rasyonel gerekçem, zaten şu herif bir çıksın, fiyatları sonra sapıttıracağım olabilir.

Adam Smith de şunu diyor: Burada bir unsuru eksik bıraktınız diyor. Yıkıcı fiyatlandırmanın olabilmesi için ortada bir giriş engeli olması gerekmektedir. Giriş engeli olmayan, çok kolay ve açık şekilde içeriye oyuncu davet eden piyasalarda yıkıcı fiyatlandırma rasyonel değildir. Neden rasyonel değildir? Onu batırınca başkası girecek çünkü. Benim açımdan sadece kendi fiyatlarımı vurup duruyorum, tam ayıkladım diyorum başkası çıkıyor. Normal üstü kara çektiğim anda Adam Smith diyor ki normal üstü karlar piyasaya giriş davet eder. Dolayısıyla, bunun rasyonel olması için yani hasat olasılığının olması için giriş engeli olması lazım. Mesela telekom piyasasında yıkıcı fiyatlandırma yaparak sonuç elde edilebilir çünkü ha diyen telekom piyasasına giremez. Dolayısıyla, rakibini bir ayıkladın mı ondan sonrası senin. Ama harcı alem bir ürünün

kolaylıkla üretildiği ve homojen ürünlerin olduğu, marka bağımlılığının da olmadığı, batık maliyetlerin, lisanslama yükümlülüğünün de olmadığı bir piyasada yıkıyorum yıkıyorum yenisi geliyor be, olur. İktisadi teoride en fazla bunu deneyen, en kalın kafalı bir Japon firmasıdır, 6 denemeden sonra akıllanmıştır.

Birleşme veya devralması sorun olmayan bir teşebbüsün uyumlu eylem veya anlaşmada bulunması niye sorun oluyor? Bu küçükler neden kartelize olamasınlar? Tartışılmış bir konudur. Yerleşik, Mehmet Hoca'nın da katıldığı, görüş şudur: Kartel, ilave bir değer, sinerji, üretim potansiyeli, ölçek, çıktı potansiyeli (output potential) yaratmaksızın yürüyen bir şey olduğu için, yalnızca cebinize elinizi atması anlamına gelir. Parsiyel entegrasyon yani kartel, uyumlu eylem, bu yönden kınanır. Halbuki aynı oyuncular biz birbirimizi devralarak ya da birbirimizle birleşerek bir birime geçmeye niyetleniyoruz dediği zaman eh bundan bir menfaati varsa piyasanın, ben de kontrol ettim, uygun buluyorum diyebiliriz. Yani, işlemin beraberinde açığa çıkardığı bir rekabetçi fayda var, bunların birleşip tek vücut olmalarında. Rekabetçi bir fayda ortaya çıkmayacaksa birleşmeye izin verilmeyebilir.

Yıkıcı fiyatlandırmanın unsurlarının tekrarı:

Ortalama değişken maliyetlerin veya marjinal maliyetlerin de altında satış,

Bu satışın süreklilik arz etmesi,

Hasat ihtimali (giriş engeli ile kendini gösterebilir)

Yıkıcı niyet

Yıkım olasılığı

Uyumlu Eylem

Uyumlu eylemde, aslında arada bir irade uyuşması var ancak bu açık ve bağlayıcı bir şekilde tezahür etmiyor. İradeler buluşuyor ve taraflar kendilerini bu iradeyle bağlı hissediyor olsa anlaşma olurdu zaten. Anlaşma düzeyine varmayan bir işbirliği hali var. Karinesel bir haldir. Yahu anlamadım ki 56 tane ihale var. 5 şirket var ve sürekli bu 5 şirket ihaleyi kazanıyor. Anlaşma var mı? Yok. Şu şekilde ispatlanabilir: Objektif ve ekonomik rasyonel gerekçelerle açıklanamayacak şekilde eldeki piyasadaki rekabet eksikliği rekabetin bozulduğu piyasalara benziyorsa bunu uyumlu eylem olarak alabiliriz.

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Anlaşmanın varlığını ispatlayamadık. Karine teşkil eden şey, piyasadaki parametrelerin akışının ve durumunun rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki benzerlik arz etmesidir. Bu piyasa bana rekabetin kısıtlandığı bir piyasa görüntüsü veriyor dedim ve karine kullandım. Karine, varlığı bilinen vakıa ve durumlardan yola çıkarak varlığı bilinmeyene ergidir. Bizim aslında sevmeyeceğimiz bir şey. Yarası olan gocunur, ateş olmayan yerden duman çıkmaz vs. Karine kabul edildiği yerde ispat yükü yer değiştireceği için sevmiyoruz.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Bu fikra ile de uyumlu eylem karinesinden kurtuluş beyyinesi getiriliyor. 'Ekonomik ve rasyonel.' Sen uyumlu eylemde bulunuyorsun bence çünkü fiyatlarınızı paralel olarak aynı gün aynı oranlarda arttırmışsınız, o günlerdeki nihai fiyatlarınız da aynı seviyeye gelmiş. Niye biriniz diğerinizin fiyatının altına kaçmıyorsunuz kardeşim? Neden sürümden kazanmaya çalışmıyorsunuz diyecek iddia makamı. Ben de savunmamda diyeceğim ki efendim, benim kapasite kısıtım var zaten, nereye sürümden kazanıyorum, %93 kapasite ile efektif olarak tam kapasite ile çalışıyorum. İkincisi, zaten bahsettiğiniz fiyat artışını yaptığım sırada ben zarar ediyordum, fiyat artışını yaptıktan sonra bile zarar ediyordum, sadece daha az zarar ediyordum. Dolayısıyla benim açımdan acaba bu fiyatlandırma davranışını öyle mi yapsaydık böyle mi yapsaydık diye bir tartışma yok. Benim hava alabileceğim alan açıldığı anda ben ordan geçtim. Üçüncüsü, zaten ben burada küçük oyuncuyum, fiyat lideri düşünsün. O ilk hamleyi yapıyor, ben de ona göre antikor üretiyorum. Çok fazla sayıda ekonomik rasyonel gerekçe üretilebilir. Şunu açıklamaya çalışıyoruz: O senin uyumluluk hali zannettiğin şey bir iktisadi ve ticari fenomen olarak doğaldır ve ben basiretli ve müstakil bir zihin kullanarak bu işi yaptım. Ohh arkadaşlar bana sinyal çakıyorlar düşüncesi ile yapmadım. Uyumlu eylemin tipik örneği sinyalleme davranışları olabilir. Bundan 1 ay sonra bütün distribütörlerim nezdinde %20 fiyat artışı yapacağımı tüm piyasaya saygılarımla duyuruyorum. Niye 1 ay sonraki artışı tüm piyasaya şimdiden duyuruyorsun? 20 gün kaldı diye tekrar duyuruyorum. Rekabet Kurumu da haklı olarak diyor ki birader bak fiyat artışı yapacaksan o artışı direk yapman gerekir. Eğer libero çıkışı yaparsan, hadi beyler ofsayta düşüreceğiz çıkışı yaparsan, o zaman o beraber fiyat artışı yapmanın işareti olur. Beraber fiyat artışı yaptığınızda da ben de tepenize çökerim. Siz artık anlaşma gibi bir şey yaptınız. Delil bulamamışım, kimse kimseye mail göndermemiş falan hiç bana anlatma, sende top. Sen bana anlat buradaki ekonomik ve rasyonel gerekçeni. Bunun zorluğu her karinedeki zorluktur. Yani, birisi gelip size bir iddiayı sevk edip pek de delil vermediği zamanki aczinizdir. Pınar n'oldu durumu. Firmalar buna karşı şöyle antikor üretmiştir. Beraber toplantı yapacakları zaman tutanak tutmak, bu tutanaklarda neyin görüşülüp görüşülmediğini çok net bir şekilde yazmak, lüzumlu görülen diğer unsurlar gibi belirsiz ifadeleri hiçbir zaman kullanmamak gibi çözümler üretilmiştir.

Birleşme-Devralmaların (Yoğunlaşmaların) Kontrolü

Birleşme veya Devralma

Madde 7 – Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Yoğunlaşmalar neden kontrol edilmelidir? Yoğunlaşma işlemi ile önce ya hakim durum yaratacak ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirecek (objektif determinasyon kısmı) ve ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde yapılması düzenlenmiştir. Bu ikisini gördüğümüz zaman yasaklayacağız. Birinci kısım, ilgili pazarı öyle değil böyle tanımlamak lazım kısmıdır. İlgili pazar belli bir şekilde

tanımlandı ve biz bu pazarda büyük çıktıysak, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmayacağını tartışırız. İyi de ne olur ki, bu işlem zaten ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu yaratmaz ki deme alanındayız.

28.04.2017–

Bizim işlediğimiz alan daha çok, her zaman değil, tek taraflı ihlal şeklinde ortaya çıkan davranışlarla ilgilidir. Yani hakim durumun kötüye kullanılması, sözleşmelerle değil de çoğunlukla tek taraflı bir davranış neticesinde ortaya çıkan ihlal türüdür. Çoğunlukla diyoruz çünkü teşebbüslerin birlikte hakim durumda olabilmeleri de ihtimal dahilindedir. Teşebbüslerin yaptıkları sözleşmelerle hakim durumu kötüye kullanmaları da ihtimal dahilindedir. Nitekim, bizim Kanunumuz da bunu açıkça ortaya koyuyor. Birlikte hakimiyeti hem Türk rekabet hukuku hem de AB rekabet hukuku kabul eder. Bunun aksine görüşler de vardır ancak çoğunluğun kabulünü görmez. Fevzi Hoca da bu azınlık görüşüne katılmamaktadır.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasını tespit eden hem Rekabet Kurumu hem ABAD kararları vardır. Birlikte hakim durum ABAD tarafından şöyle açıklanmıştır: Öyle haller olabilir ki iki teşebbüs ya iktisadi nedenlerle ya piyasa yapısı sebebiyle ya da kendi aralarında mevcut bir anlaşma ile ki bunların üçü birden iki teşebbüs arasındaki bir bağlantı unsurunu ifade eder, bu şekilde kurulmuş bir bağlantı varsa teşebbüsler pazara kolektif bir varlık gibi çıkabilirler. Bu bağlantı hukuksal olabilir, anlaşmasal olabilir, iktisadi olabilir. O kolektif varlığı oluşturan o teşebbüsler birbirleri ile hiçbir şekilde koordinasyona gitmezler, ilişkiye girmezler aynı yönde davranmak hususunda. Fakat onların aynı yönde davranmaktan başka bir seçenekleri yoktur bu bağlantı unsuru nedeniyle. Böyle durumlarda bu teşebbüslerin pazar güçleri de yığıştığı zaman pazar gücü bakımından bir hakim durum kriteri gerçekleştiriyorsa bu iki teşebbüsün birbirleriyle koordinasyona gitmeksizin, salt bilinçli paralellik neticesinde aynı yönde davranmaları hakim durumun kötüye kullanılması olabilir. Bunların ikisinin durumu, tek bir teşebbüsün sadece kendi pazar payı ile bir piyasada hakim durumda olmasından farklı değildir. Durumları aynıdır çünkü bunlar aynı yönde hareket etmek zorundadır.

Bağlantı unsuru ne demek? Bağlantı unsuru anlaşmadan da kaynaklanabilir, pazar yapısından da kaynaklanabilir. Anlaşmanın mutlaka sözleşme olması şart değildir. Birçok rekabet hukukçusu burada uyumlu eylemle örtüşen bir durumdan bahsedildiğini söyler. Çünkü uyumlu eylemlerde de teşebbüsler, iktisadi sebeplerle şeffaflık söz konusu olduğundan bu teşebbüsler aynı yönde hareket ederler. Bu da 4.maddeye girer, birlikte hakim durum kavramına gerek yoktur diyorlar. Bunun cevabı şudur: Uyumlu eylemde teşebbüsler iktisadi rekabet parametrelerini belirlerken aynı yönde hareket ederler. Birbiri ile örtüşen fiiller uyumlu eylem için yeterli değildir. Mutlaka aralarında bir şekilde bir koordinasyonun meydana gelmiş olması lazımdır. 4.madde işbirliği yoluyla rekabet hukuku ihlalini yasaklar. Anlaşma ile uyumlu eylem arasında bir fark yok ki. Her ikisinde de collusion var, uzlaşma var. Uzlaşabilmen için mutlaka koordine olman lazım. 4.maddedeki ihlallerin hepsinde değişik şekillerde ortaya çıkan bir uzlaşma var. Uyumlu eylemden bahsedebilmek için hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın bilinçli bir paralel davranış olmalıdır. Bakıyor mesela, o fiyatı yükseltti, diğeri de yükseltiyor. Aslında aynı anda yükseltiyorlar çünkü pazarın koşulları o rekabet parametrelerinin öyle belirlenmesini gerektiriyor, rasyonel gerekçeleri var bunun ama bu sadece bilinçli paralellik olarak adlandırılır. Buna uyumlu eylem denmez. Uyumlu eylem olabilmesi için koordinasyon gerekir. Birlikte hakim durumda ise salt bilinçli paralellik var, uzlaşmanın olması şart değildir. Uzlaşmanın olması şart olmadığı için de mesela bir

diopol pazarda iki teşebbüs kendi aralarında hiçbir şekilde işbirliğine girmeksizin, en ufak bir koordinasyonda bulunmaksızın başka bir teşebbüsün o piyasaya girmesini paralel davranışla engelleyebilirler. Ama bunlardan biri hakim durumda ise (diyelim ki %45 pazar payı nedeniyle) o zaten hakim durumunu kötüye kullanıyor demektir. Mesela şimdi diopolden bahsettik, diopolde pazar payları %50-%50 ise tek başına hakim durumda olmaktan söz edemeyiz. Hatta bazen %55-%45 durumunda da söz edemeyiz çünkü hakim durumun belirlenmesinde başka faktörler de vardır. Diyelim ki 3 veya 4 teşebbüs var. Piyasadaki bu teşebbüslerin hiçbiri hakim durumda olmayabilir ve fakat bunlar piyasa yapısının şartları neticesinde aynı yönde davranmak suretiyle adeta kolektif bir varlık teşkil ederler piyasada. Ancak bunların bu aynı yönde hareket etmelerine sebep olan da bir bağlantı unsuru vardır aralarında. İşte bu bağlantı unsuru, ya piyasanın yapısından kaynaklanır ya da hukuki bir nedenden kaynaklanır ki bu da anlaşmalardır, bunu ABAD söylüyor. Bunu Rekabet Kurumu da söylemiyor. Bu iki kategoriyi düşündüğümüzde hangisi 4.madde ile karşılaştırdığımızda tartışmalı olur? Anlaşma nedeniyle bağlantı unsuru tartışmalı olur uyumlu eylem bakımından.

Anlaşma suretiyle; iki teşebbüs vardır ancak bunlar tek başlarına hakim durumda değillerdir. Anlaşma yaparak aynı yönde hareket etmek suretiyle pazar güçlerinin yığışması neticesinde kolektif bir varlık olarak piyasaya çıkabilirler. Bu halde, birlikte hakim durum ortaya çıkar ABAD'a göre ve bunun kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu zaten ya anlaşmadır ya uyumlu eylemdir, hem 4.madde hem de 6.madde ihlali değil midir? Ayrı ayrı ceza verilemeyeceğine göre tek bir ceza verilecektir. Ne gerek var birlikte hakim durum kavramına? Haklı bir itiraz var. Bu ihtimallerde evet, kümülasyon vardır. Birbiriyle yarışır. Soruşturan rekabet otoritesi hangisine dayanırsa dayanır, hangisinde daha kolay delil elde ediyorsa ona göre hareket eder. 4.maddeye gitmek mantıklı olur çünkü uyumlu eylem karinesi var. Bu açıdan birlikte hakim durum kavramına çok da gerek yok denebilir. Anlaşma dediğimiz şey, mutlaka teşebbüslerin piyasadaki rekabet parametrelerini belirlemek için yapmış oldukları bir anlaşma olmak zorunda değil ki. Divan, teşebbüslerin birbirleri arasındaki bir bağlantı unsurundan söz ediyor. Zorunlu lisans hallerini düşünün. Bir teşebbüs bir başka teşebbüs ile zorunlu lisans ilişkisi içerisindeyse ve bu zorunlu lisans ilişkisinin mutlaka hakim durumdan kaynaklanmasına gerek yok çünkü fikri mülkiyet hukukuna ilişkin patent mevzuatında da her ülkede zorunlu lisans diye bir şey var. Herhangi bir borçlar hukuku sebebi ile bir teşebbüs bir başka teşebbüs ile sözleşme yapmak zorunda bırakılmış olabilir. Bu sözleşmenin de rekabet parametrelerini belirlemekle hiç alakası olmayabilir. Anlaşma nedeniyle bağlantı unsuru, teşebbüsler arasındaki koordinasyonu mutlaka bir uyumlu eylem düzeyine çıkarmak zorunda değil.

Bizde ulusal roaming örneği var, çok önemli bir kavram. Rekabet Kurumu'nun çok tartışmış olduğu bir kavramdır. Ulusal dolaşımla ilgilidir. 3G zamanında Telsim ve Turkcell piyasadalar. Telekomünikasyon operatörü olarak 3G piyasasında faaliyet gösteriyorlar. İş Bankası, İştim adında bir joint venture olarak kurduğu bir şirket ile üçüncü aktör olarak piyasaya girmek istiyor. Yalnız, ulusal dolaşım 3G sisteminde yaygın bir telekomünikasyon tesisi gerekiyor. İştim de daha henüz piyasaya girerken böyle bir tesise sahip değil bunun için bir Turkcell'e gidiyor, bir Telsim'e gidiyor. Kanun bana 5 yıl veriyor diyor. Bu 5 yıl içerisinde ulusal dolaşımı sağlayacak tesisatı benim bütün Türkiye'ye kurmam lazım. Siz benden önce girdiniz, ben de lisans almadım. Sizin tesisleriniz var. Ben şimdi bu piyasada faaliyet gösterme hakkını devletten elde etmiş olan bir teşebbüsüm diyor. Ben bir yerden bu tesislerimi inşa ederken uygun bedeli karşılığında sizin tesislerinizden yararlanma hakkı talep ediyorum diyor. Ancak sürekli reddediliyor. Sonra Rekabet Kurumu'na şikayet ediyor, bunlar birlikte hakim

durumlarını kötüye kullanıyorlar diyor. Turkcell'in ve Telsim'in savunması şu şekilde oluyor: Bizim bu sebeple rekabet hukuku normlarına göre cezalandırılabilmemiz için sizin mutlaka bizim uzlaşma içinde olduğumuzu, uyumlu eylemde bulunduğumuzu ispat etmeniz gerekir diyor. Sizin gösterdiğiniz deliller, bizim aramızda koordinasyon olduğunu ispatlamıyor diyorlar. İştim'in cevabı: Bu pazar öyle bir pazar ki sizin birlikte davranmanızı gerektirecek bir bağlantı faktörü yaratıyor. Burada sadece ikiniz varsınız. Biriniz reddedince diğerinin de reddedeceğini biliyorsunuz diyor. Sizin bu konuda uzlaşmanıza, koordinasyon kurmanıza, açıktan açığa anlaşmanıza gerek yoktur diyor. Sizin bu davranışınız, evet eğer pazar güçlerinizi biz bir araya getirip de sizin bu yığışma neticesinde hakim durumda olduğunuzu tespit etmeseydik haklı olurdu. Ancak sizin bu rasyonel iktisadi gerekçelerle amacınızı, anlaşma yaptığınızı falan iddia etmiyoruz. Siz bu bağlantı faktörü nedeniyle tek bir teşebbüs nasıl hareket edecek idiyse öyle hareket ediyorsunuz ve altyapıyı kullandırma talebimi reddediyorsunuz. Tek teşebbüs olsaydınız, benim altyapıyı bedeli karşılığında kullanma talebimi haklı bir sebep göstermeksizin reddetseydiniz hakim durumunuzu kötüye kullanmış olacaktınız. Şimdi de böyle davranıyorsunuz ve başka şekilde davranmanız mümkün değil. Aynı iktisadi gerekçe ile davranıyorsunuz, nedir o? Üçünü bir teşebbüs istemiyoruz. Biz böyle iyiyiz. Bunu tek bir teşebbüs de derdi. Pazar güçleri yığıştığı zaman, zaten tek bir teşebbüsten farkınız kalmıyor. Rekabet Kurumu bunu kabul etti ve Telsim ile Turkcell mahkum edildi. Bu karar iptal edildi ancak esastan iptal edilmedi. (Bu karardan sorumluyuz.)

Ancak bu karar soruşturmacı üye sebebi ile iptal edildi. Kanun, Rekabet Kurumu üyelerinden birinin soruşturma heyetinin başkanı olmasına izin veriyor diye kabul ediliyordu ve haklı bir kabuldü. Aradan 5-6 sene geçtikten sonra 600'e yakın Rekabet Kurumu kararı verildi. Danıştay'daki bir tetkik hakimi, bunlar hem savcı hem hakim, böyle şey olur mu dedi. Üyelerden bir tanesi soruşturma yürütüyor, ondan sonra soruşturma raporunu yazıyor ve fakat aynı zamanda kurul üyesi olarak da karara katılıyor. 11 tane kurul üyesinin biri savcı. Böyle şey olmaz, bunu iptal etmelisiniz dedi Danıştay'daki tetkik hakimi. Danıştay da bu talebi haklı buldu ve yüzlerce kararı iptal etti. Danıştay'ın iptal gerekçesi: Bu hukukun temel ilkelerine aykırıdır dediler. Yanlış karar!!! Hangi ilkeye aykırı olduğunun söylenmesi gerekirdi. AİHS'nin 6.maddesine dayanılsaydı tartışılabilirdi. Bunun üzerine kanun değiştirildi ve Rekabet Kurumu iptal edilen kararları baştan inceledi ve aynı deliller üzerinden yeni kararlar verdi. Büyük paralar harcandı. İşlem maliyeti bakımından ciddi sorun.

Telsim-Turkcell-İştim kararının önemli olduğu bir husus daha var. Acaba bu durumda soruşturma açma yetkisi olan Türk Telekomünikasyon Kurumu mudur yoksa Rekabet Kurulu mudur? Bu da tartışma konusu oldu. Rekabet Kurulu burada kendisini yetkili kabul etti. Türk Telekomünikasyon Kurumu da zaten bu işle uğraşmak istemedi. Danıştay bu açıdan kararda bir problem görmedi. O zamandan beri Türk Hukukunda, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması bir daha tartışma konusu olmadı ancak Rekabet Kurumu'nun kendi içindeki tartışmalar hariç.

Rekabet Kurumu'na bir de Eczacılar Birliği ile ilgili bir şikayet geldi. Eczacılar Birliği'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile şikayette bulunuldu. Rekabet Kurumu, evvela ilgili ürün pazarını tespit edecek. Ondan sonra da hakim durum var mı yok mu diye bakacak. Daha bu hususların hiçbirine bakmadan şunu söyledi: 19.000 üyesi var Eczacılar Birliği'nin. 19.000'den birlikte hakim durum çıkmaz dedi. Tabi bu çok ekstrem bir örnek. Teşebbüs birliği kararı ihtimali düşünülebilir, 4.maddeye aykırılık varsa ceza verilir.

Bir Yay II Kararı'nda da birlikte hakimiyetten bahsediliyor. Gazete dağıtım sistemi ile ilgilidir.

Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi

Bu ikisi arasında bir çatışma şeklinde ilişki olduğu düşünülürdü. Hala böyle düşünenler vardır. Neden bir ilişkiden ve neden bir çatışma şeklindeki ilişkiden söz edilirdi? Fikri mülkiyet haklarının sahiplerine verdikleri yetki, hakkın konusunu oluşturan gayrı maddi mal üzerinde münhasıran kullanma gücüdür. Yetkiden kastettiğimiz şey güçtür. Bunu tekelci kullanma yetkisi olarak adlandıranlar vardır. Devletin verdiği tekel için eskiden inhisar kavramı kullanılırdı. Tekelci kullanma yetkisi, patentli bir teknik buluşu düşündürür. O teknik buluş kullanılarak yaratılacak ürünlerde teknik buluşu kullanabilmek yetkisine tek sahip olan kişi patent hakkına sahip olacağı için burada tekel kavramıyla fikri mülkiyet hakkının verdiği tekelci kullanma yetkisi kavramlarının birbiriyle örtüştüğü zannedilirdi. Halbuki örtüşmez. Böyle olması şart değildir. Herhangi bir patent hakkının sahibi olabilirsiniz o hakkın sahibi olarak onu bir tek siz kullanıyor olabilirsiniz. Fikri mülkiyet hukuku size bu gücü vermek istiyor yeniliğe teşvik etmek için. Yenilik yaratmakla iktisadi etkinliği gerçekleştirin diye. Yani yenilik rekabetine yol açın. Siz böyle yaparsanız sizin rakipleriniz de sizin icadınızı geçmeye çalışacak olan buluşlar yapmak için gayret edecekler ve bu suretle ortaya rekabet çıkacak ve böylece kalite artacak, maliyet azalacak ve refah artacak. Fikri mülkiyet hukuku bunu yapıyor. Ben senin yeniliğini koruyacağım diyor. Sana tekelci kullanma yetkisi vereceğim diyor. Tekelci kullanma yetkisi piyasada tekel olmak anlamına gelmez. Üretim metoduna göre üretilen ürünler, maliyeti azaltıyor ve kaliteyi artırıyorsa bunun neticesinde gerçekten pazar payı artabilir ve hakim durum söz konusu olabilir. Hakim duruma gelmekte patentli teknik buluşun bir işlevi vardır. Patentli teknik buluşu tek başına kullanıyor olmanın işlevi çok minimaldir. Burada bir hak söz konusudur. Teknik buluşu tek başına kullanma hakkıdır. Bu buluş sayesinde kaliteli ve maliyeti düşük ürünler üretince pazar payı arttı. Ardından da hakim durum söz konusu oldu. Böyle bir durumda, patentli teknik buluş üzerindeki münhasır kullanma yetkisi, yani tekelci kullanma yetkisi ile piyasadaki tekel veya hakim durum kavramını özdeş olarak kullanamazsınız. Bu nedenle de, piyasa payınız %70'e vardır diyelim. Diğer teşebbüsler lisans bedeli karşılığında bu teknik buluşu kullanmak istediler ve reddettiniz. ABAD'a göre bu hakim durumun kötüye kullanılması değildir. Eğer biz buna hakim durumun kötüye kullanılması dersek, o zaman fikri mülkiyet hukukunun verdiği koruma yetkisinin, münhasır kullanma yetkisinin bir anlamı kalmaz. Motivasyonu ortadan kaldırmış oluruz. Aslında dinamik etkinlik sağlayan yenilik rekabetini ortadan kaldırmış oluruz. Dolayısıyla, salt bir lisans talebinin reddedilmesi hakim durumun kötüye kullanılması değildir diyor. Volvo kararı var bu konuda. Fikri mülkiyet hakkının kullandırılmaması ile ilgili ABAD'ın verdiği ilk karar budur. Salt fikri mülkiyet hakkı sahibinin kendisi hakim durumda olsa bile kendisine yapılan lisans taleplerin reddi, tek başına hakim durumun kötüye kullanılması olamaz. Bu nedenle hakim durumun kötüye kullanılması, uzlaşma, yoğunlaşma hükümleri fikri mülkiyet hukukunun amaçladığı iktisadi etkinlik ile örtüşür. Bunlar birbirini tamamlarlar. Bir çatışma ilişkisi yoktur, aksine tamamlayıcı bir ilişki vardır (complementarity theory).

Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki böyle iken ve salt herhangi fikri mülkiyet hakkının kullanılması talebinin reddi hakim durumun kötüye kullanılması değil ise başka hangi şartlar gerçekleşmiş olmalıdır ki somut bir olayda hakim durumdaki bir teşebbüsün fikri mülkiyet hakkını kullandırmaması hakim durumun kötüye kullanılması durumu teşkil etsin? ABAD'ın arka arkaya verdiği kararlar var.

Herhangi bir varlığın bir piyasaya giriş için zorunlu bir unsur teşkil ettiği halde, buradaki zorunlu unsur fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturması şart değildir, temel bir girdi olabilir. Zorunlu unsur fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturan bir gayrı maddi mal da olabilir. Mesela bir veri tabanı vs olabilir. Zorunlu unsur ile ilgili birçok karar var. Bunların koşullarının ve sonuçlarının birbirinden farklı olduğunu görebiliyoruz.

Fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak;

Volvo-Veng kararı,

Magill kararı,

IMS Health kararı,

Huawei kararı,

Grundig kararı ve

Microsoft kararı önemlidir.

Volvo-Veng kararında hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığına karar verildi.

Magill Kararı: Magill denen bir şirket var. ITV, BBC ve RTE (İrlanda'da yayın yapan kanallar), haftalık program bilgilerini satıyorlar. Program rehberi yayınlıyorlar. Ayrıca, her gün basın organlarına günlük program bilgilerini de gönderiyorlar. Magill bunlara gidiyor ve haftalık bilgilerinizi verin ve ben bunları karşılaştırmalı ve detaylı bir şekilde içeren bir rehber hazırlayacağım diyor, bedeli karşılığında. Üçünüzün programını saat saat okuyucularınızın karşılaştırabilecekleri ve seyircilerin de seçimlerini daha kolay yapabilecekleri şekilde yayınlayacağım diyor. Bu 3 TV kanalı bu talebi reddediyor. Olayı Divan'a kadar çıkıyor. Hakim durumun kötüye kullanılması iddiası ile Magill bunları şikayet ediyor. Burada önce normu koymuyor, duruma bakıyor olguların durumuna göre karar veriyor çünkü case law. Bu durumun bir öncülü olmadığı için normların önceden konulması söz konusu değil.

Burada çift pazar var, bağlantılı pazarlar var. Bu 3 kanalın sahip oldukları TV program bilgisi pazarı var. Piyasa nedir? Arz ve talebin karşı karşıya kaldığı yerdir. Magill burada talep ediyor. Burada TV bilgi pazarı vardır diyor. Bilgilerin sahibi ise bu 3 kanal. Bunlar bilgilerinin gönderilmesini reddederken bunlar bizim fikri mülkiyet hakkımızdır diyorlar, İngiltere ve İrlanda'da olabiliyormuş. Bizde ise bu fikirlerin, bilgilerin tecessüm etmesi lazım, cisimleşmesi lazımdır. İki tane pazar tespit ediliyor. TV program bilgisi pazarında satılacak olan bilgi, alt pazarı oluşturan TV programı haftalık rehberinde kullanılmaktadır. Şöyle kullanılıyor: ITV, BBC ve RTE kendi program bilgilerini üçüncü kişilere satıyor. Haftalık program rehberleri bedeli karşılığında satılıyor. Bunların her birinin kendi programı ile ilgili olan haftalık program bilgileri eğer Magill'e satılacak olursa Magill bu haftalık ve karşılaştırmalı üç TV'nin de program bilgilerini içeren rehber sayesinde bunların üçüne de her birinin kendi program rehberi pazarında rakip olacaktır. Her kanal bazında 3 tane alt pazar var. Herkes kendi bilgisini kullanıyor bu pazarlarda. Fikri mülkiyet hakkı olsun olmasın ne yazar, adamın bilgisi zaten, fiili kullanım hakkı var. Bunların üçü de pazardır. Bu üç pazarda da üçüne rakip gelecek, Magill gelecek. Çift pazar ilişkisi vardır.

Tespit edilen bir başka husus da şudur: Bu üç kanalın sahip oldukları program bilgileri olmazsa olmaz bir girdi teşkil ediyor, zorunlu unsur yani. Bu pazarda faaliyet göstermek için bu bilgilere sahip olmak lazımdır.

Diğer bir husus olarak, olmazsa olmaz girdi olabilir ama o bilgileri ikame edebilecek bir girdi bulamaz mı Magill? Bulamaz, mümkün değil. Bu alt pazarda kullanılacak olan bilgilerin, olmazsa olmaz girdilerin alternatifi yaratılamaz. Bunların düplikasyonu yok. Çünkü bu bilgiler üzerinde fikri mülkiyet hakkı var. Kaldı ki zaten fikri mülkiyet hakkının olmasına gerek de yok. Adamın kendi bilgisi sonuçta, şirketse ticari sırdır, gerçek kişiyse kişilik hakkının bir parçasıdır. Kişinin sahip olduğu bilgi üzerinde fikri mülkiyet hakkının olmasına gerek yoktur. O bilgi, bilgi sahibi olan kişinin rızası olmadan ancak hukuka aykırı şekilde ele geçirilebilir. Bu bilgilerin alternatifi yoktur çünkü zaten o bilgiler satılacak.

Eğer Magill'in talebi üç teşebbüs tarafından reddedilirse alt pazarda rekabet imkansız hale gelecek. Kısıtlanacak değil, rekabet olmayacak. Her alt pazarda herkes ayrı ayrı tekel olacak. Bilginin sahibi ve arzı sunabilecek olan tek teşebbüs oldukları için kendi pazarlarında tekel olacaklar. Magill'e bu bilgileri satarlarsa Magill alt pazarda haftalık karşılaştırmalı TV programı rehberi yayınlayacak ve üçünün de rakibi olacak. Talep reddedilince rekabet alt pazarda imkansız olacak.

Magill'in teklif ettiği fiyat uygun mu değil acaba? O da uygun. Fiyatla falan dertleri yok. Redde haklı sebep yok. Bu bizim fikri mülkiyet hakkımızdır diyorlar. Tek ret gerekçeleri bu ve Volvo-Veng'i de emsal olarak gösteriyorlar.

Bir durum daha tespit ediliyor. Sadece alt pazarda rekabetin imkansızlaşması söz konusu olmayacak, bir de ek olarak piyasada olmayan yeni bir ürünün piyasa çıkmasının engellenmesi söz konusu olacak. 'Yeni ürünün piyasaya çıkmasının engellenmesi' tespit ediliyor. Çünkü piyasada bunlar sadece kendi haftalık program bilgilerini içeren rehberler çıkarıyorlar. Bütün programların karşılaştırmalı rehberi yeni bir üründür ve yerleşik bir ürünü teşkil ediyor. Müşteri üç ayrı rehber almak yerine tek rehber alacak. Bu yeni ürün, yerleşik ve sürekli bir ihtiyacı ifade eder.

Eğer bu üç TV kanalı haklı sebep göstermeksizin talebi reddediyorlar ve alt piyasada rekabeti imkansız hale getiriyorlarsa ve bir de katmerli olarak yeni bir ürünün de ortaya çıkmasına mani oluyorlarsa hakim durumlarını kötüye kullanmış olurlar.

IMS Health: Magill kararından farklı bir yöntem var. Aynı olgular dizisi zikrediliyor ama bu kararda Frankfurt Mahkemesi, ABAD'a ön soru yöntemi (preliminary rulings procedure) ile başvuruyor. Mahkeme, olayı soyutlayarak Divan'a soruyor. IMS Health tekelci bir şirket ve eczanelerin yaptıkları alımlara ilişkin bilgilerin formatlandığı çok değerli bir veritabanına sahip. Bu veritabanı, fikri mülkiyet hakkı konusu oluşturuyor. Diğer şirketler de bu veritabanını bedeli karşılığında kullanmak istiyor. IMS Health kendi fikri mülkiyet hakkına dayanarak bu talebi reddediyor. Bunun üzerine Frankfurt Mahkemesi'ne gidiliyor. Yerel mahkeme de kararını vermeden önce Divan'a danışıyor. Hakim durumun kötüye kullanılmış olması için hangi şartların gerçekleşmiş olması gerekir diye soruyor? ABAD, Magill'de varlıkları tespit edilen şartları belirliyor ve ilke haline getiriyor. Eğer bir fikri mülkiyet hakkı varsa, bu fikri mülkiyet hakkı sahibi olan teşebbüs hakim durumdaysa, hakim durumu en azından mutlaka üst pazarda söz konusu ise ve bir çift pazar ilişkisi varsa, üst pazarda hakim durumda olan teşebbüsün sahip olduğu o temel gayrı maddi mal, alt pazardaki faaliyet için olmazsa olmaz bir girdi teşkil

ediyorsa ve bunun alternatifinin yaratılması mümkün değilse ve ret ile beraber alt pazarda rekabet imkansızlaşacaksa, bu ret haklı sebebe dayanmıyorsa ve bir de bu ret ile alt pazarda yeni bir ürünün ortaya çıkması engelleniyorsa bu hakim durumun kötüye kullanılmasıdır diyor.

Alternatif imkansızlığı, Magill'de fiili idi. Fiilen o bilgilerin alternatifini yaratmak imkansızdı, ilgili şirketlerin dağarcığındaydı. Düplikasyon imkansızlığı başka hangi şartta olabilir? IMS Health kararında olduğu gibi olabilir. Bu kararda, 1860 yapıtaşı oluşumu denen veritabanı bir endüstri standardı haline gelmiş. Endüstri standardı olduğu zaman siz onun düplikasyonunu yaratabilirsiniz ancak kullanamazsınız. Mutlaka onun kullanması lazımdır. Buradaki alternatif imkansızlığı da endüstri standardından kaynaklanmaktadır. Ayrıca hukuki sebeplerle de olabilir, yasal tekel gibi.

Bütün bu şartlar gerçekleşirse ancak o takdirde hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olur diyor Divan. Çok zor şartlardır. Her somut olayda farklı ifade edilebilir. Şartların zorluğu bir hassasiyeti gösterir. Yenilik rekabetindeki motivasyonu ortadan kaldırmamak için. Essential facilities doctrin.

05.05.2017-

Tavsiye satış fiyatı (recommended resale price), her zaman her şartta rekabet hukukuna uygun mudur? Hangi satış fiyatı aykırıdır? %40'ın üzerinde pazar payı olan bir teşebbüsün tavsiye satış fiyatı vermesi aykırılık oluşturacaktır. %40'ın üzerinde pazar payı varsa ihtimal hakim duruma gider ama %40'ın üzerinde pazar payı olduğu halde, mesela Coca Cola'nın %66.2 pazar payı var, her zaman hakim durumda olmayabilir.

Bunun dışında, gözlükçü çıktı ve dedi ki markalı güneş gözlüklerini maliyetinin en az %40'ı oranında bir kar marjı koyarak lütfen satın, tavsiye ediyoruz. Bu tavsiye hukuka aykırı olur. Çünkü artık yatay eksendeyiz ve yatay eksende olan oyuncular arasındaki münasebette tavsiyenin hiç işi yoktur.

Tavsiye fiyat olabilmesi için öncelikle münasebetin dikey olması gerekir. %40'ın üzerinde pazar payı olmaması gerekir tavsiye veren teşebbüsün. Buna dikey olsa bile müsaade etmeyiz çünkü sen fazla güçlüsün, senin verdiğin tavsiye fiyata uyarlar. Çok fazla uyum davranışı olur deriz. %40'ın altında ise yapabilir ama tavsiye, tavsiye gibi tavsiye olmalıdır. Tavsiye edilen satış fiyatına uymadığı gözlenen distribütörlerin sözleşmelerini feshediyoruz yoluna gitmeye kalkarsa adına tavsiye bile dese ihlal olur.

Ürünün üstüne tavsiye edilen satış fiyatını bastığınız zaman bu hala tavsiye olur mu? Örnek olarak, Tadım çekirdeğin üzerine tavsiye edilen satış fiyatı olarak 1.5 TL yazmış. Real'e gittik, çekirdek alacağız. Bunu bu şekilde basmasının iktisadi ve hukuki etkisi nedir? Tavsiye, tek atımlık, ezilebilir bir şeydir. Real'de ürünün paketinde tavsiye edilen satış fiyatı 1.5 TL yazıyor, Real etiketinde 1 TL yazıyor. Üreticisi 1.5 TL bastığı halde Real 1 TL'ye satmaya hazır. Helal olsun Real. Tavsiye edilen satış fiyatının altına inmekte serbestti ve o serbestiyi kullandı, tüketiciyle kucaklaştılar, iş yürüyor. Tavsiye edilen satış fiyatı 1.5 TL iken Real bunu 2 TL'ye satmaya kalktı. Real'in burada 1.5 TL'ye satamamasının bizim için önemi yok, biz Real'i korumuyoruz, tüketiciyi koruyoruz. Dolayısıyla, ürün üzerine basılan tavsiye edilen satış fiyatı aslında maksimum fiyat işlevi görmeye başlıyor. Bu durumda kim basamaz paketin üzerine? %40'ın üzerinde pazar payı olan adam basamaz. O yüzden üreticisinin pazar payının yüksek olduğu ürünlerin üzerinde tavsiye edilen satış fiyatı görmeyiz.

Yoğunlaşmaların Kontrolü

Birleşme veya Devralma

Madde 7 – Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Birleşme, devralma ve ortak girişim dediğimiz bahis zaten aslında yoğunlaşmayı (concentration) ifade eder. Yoğunlaşma iktisadi terimdir ve daha doğru bir terimdir. Yoğunlaşan ne? Piyasanın ta kendisidir. Eskiden daha dağınık bir yapı iken piyasa şimdi daha yoğun bir hal almıştır.

X, Y, Z, T teşebbüsleri varken Z ve T birleşince X, Y ve ZT teşebbüsleri meydana gelmiştir. Eskiden 4 teşebbüsün birbiriyle rekabet ettiği dünyadan şimdi 3 teşebbüsün birbiri ile rekabet ettiği dünyaya geçmiş olduk. Bunlardan hangisi daha iyi? 4 teşebbüsün olduğu hal daha iyiydi çünkü birbirini kıracak ne kadar çok teşebbüs olursa rekabet açısından o kadar iyi. Ne kadar yoğunlaşık olursa o kadar daha birbiriyle olan rekabetinde sıkıntılar yaşanabilecektir ve tüketici refahını ötelemek daha zor olacaktır. Sonra X ve Y de birleşmek istedi, ikiye indik. Kaygımız arttı. "Three to two hard to do." Üçten ikiye inmek, bunu rekabet otoritesine yutturmak zordur. Buna izin almak zordur. Üç oyunculu bir piyasayı ikiye indirmek iştir. Pazarın doğru tanımlanması ihtimalinde böyledir. Daha önce tartıştığımız Boyner-YKM devralmasında olduğu gibi aaa biz 2 oyuncu var zannediyorduk çünkü bunu bölümlü mağazacılık piyasası olarak tanımlamaya gayret etmiştik. Halbuki bölümlü mağazacılık değilmiş, gıda dışı perakende piyasasıymış diyorsak, yani pazar tanımı değişiyorsa o zaman işler değişir. İki oyunculu bir piyasadan tek oyunculu bir piyasaya dönüşüyorum, monopol yaratıyorum, rekabet otoritesi buna hayatta izin vermez zannedilecekken; bölümlü mağazacılık bir satış formatı, bir pazar tanımı değil ki, pazar tanımı olması gereken şey gıda dışı perakendedir çünkü internet de bununla rekabet eder, tek markalı ürünleri satan mağazalar da bununla rekabet eder. Hatta Ankara için Tunalı Hilmi, İstanbul için Kadıköy civarları bu formatla rekabet eder. Hatta alışveriş merkezlerinin ta kendisi de buna rakiptir. Pazarın doğru tanımlanması gerekir. Doğru tanımlandığı varsayımında, yoğunlaşma işlemleri için izin almak gerekmektedir. Bu hal, rekabet hukukunun ex ante analiz yaptığı, denetime girdiği yegane yerdir. 4. ve 6.maddelerde ex post analiz vardır. Hep olup biten bir şey var ondan sonra müdahale ediliyor. Ex ante müdahale sadece yoğunlaşmalarda söz konusudur. Bu işlemlere izin verecek miyim vermeyecek miyim? İzin verildikten sonra işler tamamlanabilecektir.

Örnek: THY, Pegasus'u ve ardından OnurAir'i ve ardından da AtlasJet'i aldı. Buna ödenen bedel tüketiciden çıkacaktır. Rakı örneğine bakalım. Rakıyı sadece Yeni Rakı yaparsa buna Rekabet Kurumu'nun bakması gerekir. Tek markanın olduğu dünyaya dönmek istemeyiz. Yesinler birbirlerini. Bana en ucuz ve en kaliteli malı versinler. Birleşmek isterse ne olacak? Efe ile Diageo birleşiyor. Daha evvel Mey İçki'yi satın almış olan Diageo, şimdi de Efe'yi alıyor noktasına gelinirse buna rekabet otoritesinin bakması gerekir. Peki buna bir işlem, bir transaction yönünden hangi zamanda bakacak?

Kabaca bir M&A işlemini aşamalarına ayıracak olursak; ilk aşama hukuki incelemenin, due diligence'ın yapıldığı aşamadır. Hukuki inceleme sonucunda share purchase agreement (hisse devralma anlaşması) vücuda gelecek, yahut bir joint venture agreement (ortak girişim anlaşması) vücuda gelecek. Hukuki inceleme bittikten sonra taraflar evlenme iradelerini bir sözleşme ile beyan edecekler. Hukuki inceleme esnasına bunun rekabet hukuku problemleri olur ya mütalaası veren varsa muhtemelen bu sözleşmenin içerisinde de condition precedent (ön koşul) olarak bir hüküm gelecek ve diyecek ki Rekabet Kurumu'ndan gerekli izinlerin alınmış olması kaydıyla ben bu işlemle ilgili parayı ödeyeceğim. Zira, bu imza anından itibaren bir takım olaylar olacak. Ardından closing işlemi yapılacak. Bir hukuk bürosu için closing'in olduğu gün, kutlama günüdür. Kapanış aşamasının olabilmesi demek parayı verdim, hisseyi aldım demektir. Share purchase agreement imzalandığı anda taahhüt işlemi, closing'de tasarruf işlemi yapılır.

Rekabet Kurumu izni olmadan ne yapılamaz? Anlaşma imzalanabilir. Kapanış yapılamaz. Ne olur yaparsam? Para cezası alırım. Bir de en kötüsü, bir ihtimalle Rekabet Kurumu ben buna izin vermemiştim, ayıklayın bunları diyebilir. Yani closing yapılabilmesi için Rekabet Kurumu'nun izni gerekir. Her işlemde bu böyle değil. Eşikler var (jurisdictional threshold). Bu eşikler değişken yapılıdır. Ele gelir büyüklükte bir işlem olacak ki Rekabet Kurumu bu konuda izin verme durumunda olsun. Senin Rekabet Kurumu'na başvurmak yönünde pozitif bir yükümlülüğün olsun. Hedef şirket de alıcı şirket de başvurabilir. Ayrı ayrı da başvurabilirler, beraber de başvurabilirler. Türkiye'de bu böyledir, diğer ülkelerde farklı olabilir. Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunmaları yükümlülüğünün doğması ancak belli eşiklerin üzerindeki bir işlemin olması ile doğar. Yani tarafların global ciroları, Türkiye'deki ciroları vs. parametrelere bakılarak bu küçük bir işlem mi bildirilmesi gereken bir işlem mi diye bakılır. İstisnai olarak küçük işlemlerde de rekabet hukuku sorunu doğabilir. Şu anda share purchase agreement yapılmadan evvel eşiklerin sorulduğu, analizlerin yapıldığı andayız. Bildirim yükümlülüklerinin sözleşmede belirtilmesi gerekir. Bunun anlamı ilgili rekabet otoritelerinin izni ile ancak kapanış yapabiliriz demektir. Niye böyle bir şey yazıyoruz sözleşmede? Uzarsa, sorun çıkarsa, rekabet otoritesi ben izin vermeyebilirim derse, nihai inceleme denilen prosedürü alırsa o zaman bu uzayış esnasında kapanışa kimse kimseyi zorlayamayacak. Versene lan paramı diyemeyecek çünkü sözleşmede buna ilişkin hüküm var.

Bildirim Rekabet Kurumu'na ne zaman yapılır? (Türkiye için tipik olarak niyetlenilen kapanıştan 50 takvim günü kadar önceden bildirmek uygun olur rahat izin alınacağı düşünülen bir işlem ise, bu bilgi akademik değil.) Niye 50 gün veririm? Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların kontrolü yönünden zımni izin müessesesi (implied approval mechanism) vardır. Sen bildirimi yaptıktan sonra Rekabet Kurumu 30 takvim günü boyunca sessiz kalırsa 30.gün sonunda izin verilmiş sayılır. Rekabet Kurumu soru sorarsa, sahadakilere soru sorarsa, bu bilgiler toparlandığı andan itibaren 30 günlük süre birinci tekrar başlar. Birinci gününden tekrar başladığını mevzuatta bulamıyoruz, nereye dayanacağız? Mevzuatta 30 günlük sürenin belirtildiği hükümde, 'tam bir birleşme veya devralma başvurusundan itibaren 30 gün' dendiği görülür. Tam ve eksiksiz denmesinin anlamı da soru sorduysan ve cevap aldıysan şimdi tam ve eksiksiz hale geldi demektir. Dolayısıyla, bu sürelere göre share purchase agreement ile kapanış arasında bir yerlerde bildirim yapılır.

İmzalı sözleşme olmadan başvurulabilir mi? Evet. İmzalı bir sözleşme olmaksızın da sözleşmenin son halinin bir nüshasıyla başvurulabilir. Sözleşmede değişiklikler oldukça bunları da gidip bildirmek durumundayız.

Yoğunlaşmanın analizini yaparken ilk sormamız gereken soru: Kontrol değişikliği (kontrolde el değişikliği) var mı? Kontrolde el değişikliğinin anlamı, Sabancı'nın bir şirketi olan %80 hissesi Sabancı'nın elinde, %20 hissesi de TürkVen'in (Sabancı ile hiç alakası yok) elinde olan bir şirketin kalan %20 hissesini de Sabancı almak istiyorsa bu, kontrolde el değişikliği yaratır mı? Yaratmaz. Niye yaratmıyor? Bunlar zaten tek teşebbüs olduğu için kontrol aynı. Teşebbüsler arası bir işlem, bir yoğunlaşma yoktur. Kontrolde el değişikliği yok.

Kontrolde el değişikliği nasıl olur? A'nın tek başına kontrolünden B'nin tek başına kontrolüne geçişte olabilir (B, A'yı satın alıyor). A'nın tek başına kontrolünden A ile B'nin ortak kontrolüne geçiş olabilir, AB'den BC'ye geçişte (ortak kontrolün kompozisyonunun değişmesi suretiyle), AB'nin A, B veya C'nin tek başına kontrolüne geçiş olabilir. Yani, tek başına kontrolden bir başka tek başına kontrole geçiş, tek başına kontrolden ortak kontrole geçiş, ortak kontrolün kompozisyonunun değişmesi, ortak kontrolden tek başına kontrole geçmek suretiyle yoğunlaşma doğabilir. Bunlardan biri yaşanıyorsa elimizde kontrolde el değişikliği vardır. Kontrolde el değişikliğinin olduğunu tespit ettikten sonra ikinci soruyu sorarız.

Sormamız gereken ikinci soru: Eşikler aşılmış mı? Eşikler aşılmamışsa kontrolde el değişikliği olmasına rağmen bildirimde bulunmayız. Zira, ele gelir bir işlem yoktur. Eşikler aşılmış ve kontrolde el değişikliği de varsa bildirimde bulunulur. Bu durumda müvekkile izin alacağız veya alamayacağız dememize gerek yoktur, sadece bildirimde bulunmamız gerekir. İzin alıp alamayacağımızı belirleyecek olan şey 7.maddedir.

Birleşme veya Devralma

Madde 7 – Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kontrolde el değişikliğini tespit ettim, eşiklerin aşıldığını gördüm, bildirimde bulundum. İzin alabilmek için iki konuya bakmamız gerekiyor. Hakim durum var mı, mevcut bir hakim durumu güçlendiriyor mu? Cevap evet ise yetmez. Rekabetin ülkenin tamamında veya bir kısmında önemli ölçüde kısıtlanması söz konusu mu? Burada savunma sahası daha çok ikinci kısımdadır. Asıl manevra sahası, rekabet otoritesi tarafından asıl bakılmak istenen yer ikinci kısımdır. Elbette hakim durum yaratıyor ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiriyor olması, işlemin başlı başına yasaklanmasını gerektirmez. Hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren pek çok işlem, rekabet ülkenin tamamında veya bir kısmında önemli ölçüde kısıtlanmıyor ki mülahazası ile izne kavuşabilir.

Burada neyi tartışmamız beklenir? Evet, hakim durum yaratıyorum ama bir dinle bak ne oluyor diye anlatmamız gerekir. Neler anlatılabilir rekabet otoritesine? İktisadi etkinliğin artacağına ve böylece ortaya refahı çıkaracağına dair savunmalar ortaya atılabilir ama bu çok genel. Yoğunlaşmaya mahkumum yoksa zaten patlıyoruz denilebilir. İçinde bulunduğumuz piyasa zaten küçülüyor, bizim birbirimize tutunmamız lazım, izin verin yoksa elinizde izin verecek bir şey de kalmayacak denilebilir. Piyasaya giriş engelleri

açısından bakalım. Piyasaya giriş engellerinin çok yüksek olması lehimize değil. Piyasaya giriş engelleri yerlerde sürünüyor olsa, isteyen istediği gibi giriyor olsa, bu bizim lehimize bir argüman olur. Yoğunlaşsam n'olur kardeşim, zaten isteyen istediği gibi beni ıslah edecek şekilde piyasaya giriyor deme imkanına kavuşuruz. Önemli bir argümandır. Gözlükçü için şunlar söylenebilir: Genelde bir tüketicinin birden fazla güneş gözlüğü olduğunu ortaya koymaya çalışabiliriz anketlerle. Güneş gözlüğü kullanıcıları seyrek olarak tek bir güneş gözlüğüne gidiyorlar, bunu göstermeye çalışabiliriz. Güneş gözlüğü öyle ilginç bir ürün ki insanlar marka arayışına gitmiyor, yüz tipine göre seçiyor. Dolayısıyla, bu adamların markalarının bir araya gelmesinin çok kesin bir pazar gücü etkisi olmayacaktır. Marka portföyü genişletilebilir, bu anlatılabilir. Alıcı gücü çok yüksek denilebilir. Yani büyük muhataplara satış yapılıyor. Ürünün alıcısı çok güçlü olduğu için pazar gücünü ıslah eder. Pazar payı pazar gücüne dönüşmüyor yani. Burada son tahlilde, ürktüğünüz şey markalardan aldığım pazar gücünün bir araya gelmesi ve yüksek bir pazar payına ulaşılması ise bilin ki lisanslama yapmak suretiyle bu markaların büyük bir bölümü bende. Adamın asabını bozarsam lisansını çeker. Benim pazar payım zannettiğiniz şey aslında benim pazar payım bile değil, adam bana lisans verdi. Yine giriş engellerinin kolaylığı bahsinde şu söylenebilir: Güneş gözlüğü markası konusuna takılmayın, giriş o kadar kolay ki elinde kıymetli bir marka varsa bunun güneş gözlüğünün bir güneş gözlüğü markası olarak tutması an meselesidir. Beymen marka bir güneş gözlüğü görürsek kaliteli bir ürün olacağını varsayarız. Lan sen gözlükten ne anlarsın ki demiyor tüketici. Harley Davidson marka güneş gözlüğü yok satıyor, Harley Davidson ne anlar güneş gözlüğünden, motosikletçi adam ama markası kıymetli ve markası üst segment bir marka. Dolayısıyla, bunu devşirebiliyor güneş gözlüğünün içerisine. Aynı şey Swarovski için de geçerlidir. Böyle büyük markalar güneş gözlüğü koyduğu zaman piyasaya, bu bir pazara giriş etkisi yaratmış oluyor. Marka konusuna çok takılmayın, benim marka portföyüm genişliyorsa genişliyor, buraya mütemadiyen giriş oluyor demiş oluyoruz.

Söz konusu yoğunlaşma işleminin giriş engellerinin yüksek olduğu bir pazara giriş sağlayacağını söyleyebilirsek, bu çok çok iyi bir argüman olur. Yani şunu söylemiş oluyoruz: Ölçek buluyorum ben, başka türlü bu ölçeği bulamıyorum. Ölçek ekonomilerinden istifade edemediğim zaman da pazara giriş sağlayamıyorum. Dolayısıyla, izin ver de şurayı hallaç pamuğu gibi atayım demiş oluyoruz. Yahut, büyüğe karşı birleşiyoruz. Bu da bir argümandır. Benim pazar payım %15, bunun pazar payı %12, beraber %27 olacağız. Rakibimizin %46 pazar payı var. Ben 12-15 halimle bununla rekabet edemiyorum. Şöyle biraz bir kuvvetlensem rekabete girişeceğim. Artık, teşebbüslerden bağımsız olarak piyasadaki rekabet dinamiklerini nasıl etkileyeceğini tartışıyoruz.

Bu analizleri de yaptıktan sonra ya izni alacağız ya da alamayacağız duruma göre. Eğer izin alamazsak, işlemimiz nihai incelemeye alınıyor demektir. O zaman taahhütler verilmesi, işlemin başkalaştırılması söz konusu olabilir. Mesela, sana söz rekabet otoritesi kapanıştan itibaren 2 yıl boyunca adamın lisansını feshetmeyeceğim gibi taahhütler verilmesi gerekebilir. Yani, taahhüde bağlı olarak koşullu izin istiyorum. Buna koşullu izin müessesesi diyoruz. Taahhüde bağlı izin almak, hukuki inceleme aşamasını bayram yerine çevirir. Bir alım bedeli var, share purchase agreement'da bir şeyler üzerinde uzlaşmışız derken bir değer kaybediyoruz ve o değer dolayısıyla yeniden değerleme yapmak, yeniden SPA imzalamak zorunda kalıyoruz.

Yurtdışında kurulu bulunan iki şirket, Türkiye'ye mal ihraç ettikleri için Türkiye'de etki yaratıyor olmakla beraber aslında Türkiye'de bir araya gelen bir şey yok çünkü bunların

Türkiye'de şirketleri, mevcudiyetleri yok. Tamam bunun bildirilmesi lazım çünkü etkiye göre bakıyoruz, 2.maddeyi biliyoruz. Eğer Rekabet Kurumu izin vermiyorum lan derse, bunun icrası nasıl olacak? Foreign to foreign transaction denir buna, sıkıntılı bir konudur. Bu tür işlemlerde Rekabet Kurumu bugüne kadar naralar atmadı. Atmamasının saklı sebeplerinden birisi şu, adam izin vermezse ne yapacağım malı gümrükte mi durduracağım meselesidir. Rekabet Kurumu'nun bu tür işlemlere baktığı da oldu, kendisine bildirilmediği için ceza kestiği de oldu. Bu sorunun teorik olarak cevabı ise şudur: Tüm hüküm ve sonuçları ile askıda hükümsüzlük hali geçerli olacaktır. Fevzi Hoca'nın, Kerem Cem Sanlı'nın ve Mehmet Hoca'nın da kanaati bu yöndedir. Yani kapanışı yaptık diyelim ama izin kapanıştan 5 gün sonra geldi. Bu aradaki 5 günlük sürede işlemin hukuki statüsü askıda hükümsüzlük durumudur.

Bitti.

12.05.2017-

Konuk: İHK – Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Politikasının Tarihi

Rekabet: İki veya daha fazla tarafın herkesin aynı anda elde etmesi mümkün olmadığı bir şeyi elde etmek için uğraşmasından kaynaklanan yarıştır. Ekonomik yarış demek de yeterlidir.

Rekabet Hukuku/Kuralları: 3 temel kuraldan oluşuyor. Kartelleşmeyi ve hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ve yoğunlaşmaların kontrolünden oluşan kurallar bütünü.

Rekabet Politikası: Bir uygulama bütününü kastediyoruz. Dar anlamda, rekabet kuralları ve rekabet savunuculuğundan oluşur. Geniş anlamda ise dar anlama ek olarak rekabeti artıran diğer ekonomi politikalarını ifade eder. Rekabet politikası genellikle, geniş anlamda kullanıldığında bunun altı çizilir. Tek başına rekabet politikası dar anlamda rekabet politikasını ifade eder.

Rekabet savunuculuğu (competition advocacy) rekabet kurallarının tanıtılmasını ve benimsenmesini sağlayan çalışmaların bütünüdür. Rekabet savunuculuğunu rekabet kurallarına eklediğimiz zaman da dar anlamda rekabet politikası ortaya çıkıyor. Rekabet savunuculuğunun merkezinde de rekabet otoriteleri vardır. İki iş yaparlar. Bir tanesi, yurttaşlara, teşebbüslere vs rekabetin ne olduğunu anlatmaya çalışan faaliyetlerdir. Diğeri ise hükümetlere rekabet perspektifinden öneriler, görüşler sunmaktır. Hükümetin diğer birimlerine rekabet hukukunu benimseten çalışmalardır.

Geniş anlamda ise rekabet kuralları ve rekabet savunuculuğu üzerine rekabeti artıran diğer ekonomik politikaların tamamını ifade eder. Bunlar neler olabilir? Özelleştirmeler, liberal dış ticaret rejimi gibi politikaları dar anlamda rekabet politikası üzerine koyduğumuzda geniş anlamda rekabet politikasına ulaşıyoruz.

Niçin rekabet? Piyasa ekonomisinin olmazsa olmazıdır rekabet. Kaynak dağılımında etkinliği sağlar. Maliyet etkinliğini sağlar. Daha düşük maliyetle daha fazla üretimi getirir. Yeniliği teşvik eden dinamik etkinliği getirir. AR-GE'ye yatırım vs. maliyet düşer, kalite yükselir, tüketici refahı artar. Maddi ve fikri mülkiyet hukukunun yerleşmiş olması lazımdır. Özel mülkiyet gelişmiş olmalıdır. Rekabetin baskısı ile milli sermaye de gelişti.

Niçin kamu müdahalesi? İki başlık altında özetleyebiliriz. Bir, kamu müdahale ediyor çünkü bazı sektörler var ki orada isteseniz de rekabet yaratamıyorsunuz. Piyasanın yapısı buna izin vermiyor. Orada devlet müdahale etmek zorunda kalıyor. Doğal tekel hallerinden bahsediyoruz. Bir teşebbüsün faaliyet göstermesi, birden çok teşebbüsün faaliyet göstermesinden toplumsal refah bakımından daha tercih edilebilir ve maliyet bakımından daha düşük maliyette çalışabilir olma halini ifade ediyor doğal tekel. Mutlak bir durum değildir. Teknolojinin gelişmesine bağlı olarak değişebilecek bir durumdur. Doğal tekel olan yerlerde devlet, ya bizim 90lı yıllara kadar, Kıta Avrupası'nın da 80li yıllara kadar yaptığı gibi kendi işletir doğal tekeli KİT olarak. Ya da bizim 90lardan sonra, Kıta Avrupası'nın 80lerden sonra ve ABD'nin baştan beri yaptığı gibi bu doğal tekel karakteri gösteren yerleri de özel teşebbüse verebilir ve regülasyon yapabilir.

Her zaman doğal tekel olmayabilir. Mesela, finans sektöründe niye bu kadar çok regülasyon var? Bilgi asimetrisi söz konusudur o piyasalarda. Mevduat sahipleri ile banka arasında büyük bilgi asimetrisi vardır. Bankanın çökmesi halinde bütün sektörler etkilenecektir. Kamu müdahalesinin birinci gerekçesi istesek de rekabet yaratamıyor oluşumuz ve ikinci gerekçesi de bilgi asimetrisidir.

Bazı sektörler var ki isteseniz rekabete açabilirsiniz. İsteseniz ben parası olana hizmet veriyorum, olmayana vermiyorum diyebilirsiniz. Ama devlet bunu tercih etmiyor ve o piyasaya da müdahale ediyor. Eğitim, sağlık, adalet, savunma vs. Bu piyasaları istesek rekabete açabiliriz ama bunun sosyal maliyeti vardır. Toplum bundan zarar görür. Bu piyasaları tümüyle rekabete açmak teorik olarak da pratik olarak da mümkündür ancak bunu hiçbir rekabet otoritesi savunmadı.

Niçin rekabet hukuku/politikası? Bazı çok oyunculu piyasalarda rekabetin olmadığı görülmüştür. Doğal tekel yok, bilgi asimetrisi yok ama rekabetten beklenen nimetler de yok. Kalite düşük, fiyat yüksek vs. Demek ki kartel var. Buradaki aksaklık yapısal değil, davranışsal. Rakiplerin anlaşması yoluyla piyasa bölüşülmüş. O zaman buna başka bir müdahale aracı lazım. Bu nedenle de rekabet kanunları oluşturulmuştur.

4054 Öncesi Rekabet Kanunu Tasarıları: Türkiye'de RKHK'nın hazırlık geçmişi 1971'e kadar gidiyor, yazılı metinler bakımından. Rekabet hukukundan ilgili hükümlerin yer aldığı ilk metin 1975'te düzenlenmiş. 1980-81'de ticarette dürüstlüğün korunması adı altında çalışmalar yapılıyor. !983-84'te kartel yasağının bulunduğu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı düzenleniyor. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin madde içeriyor. 1984'te Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar, Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanıyor. Bu tasarı, öncekilerden farklı olarak TBMM Genel Kurulu'na kadar gidiyor ancak seçimle parlamento yenileniyor ve tasarı kadük kalıyor.

4054 sayılı RKHK, 7 Aralık 1994'te kabul edildi ve 13 Aralık 1994'te Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi.

RKHK'nın hazırlanmasında emeği geçen isimlerden bahsedildi. Rekabet Kurumu başkanlarının adıyla dönemlerinden, o dönemlerin önemli faaliyetlerinden, gelişmelerinden bahsedildi.

Bu sefer cidden bitti.

Bunu paylaş:

- WhatsApp
- E-posta
- Tumblr' da Paylaş
- Yorumlar

Yorumlar

Kategoriler: Rekabet Hukuku

Yorum bırak

Yirmi Sekiz

WordPress katkılarıyla
Yukarı dön