

**ATAD KARARLARI IŞIĞINDA
HAKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI HALLERİ**

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı



Oturum Başkanı (İsmail Hakkı KARAKELLE – Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı) - Bu haftaki konuğumuz Prof. Dr. Ünal Tekinalp; genel olarak Türk hukukunun, özel olarak da ticaret hukukunun en önde gelen isimlerinden biri Ünal Hoca, salondaki topluluğa ayrıntılarıyla tanıtılmasına gerek yok. Ancak usulümüz gereği hocamızla ilgili bazı ana başlıkları size sunmak istiyorum.

Hocamız 1958 yılında İstanbul Hukuk Fakültesini bitiriyor ve aynı yıl, aynı üniversitenin ticaret hukuku kürsüsünde asistan olarak başlıyor. 1961 yılında anonim şirketlerin yönetim kurullarında tüzel kişilerin temsili konulu bir doktora teziyle doktor unvanını alıyor. 1962 ve 1964 yılları arasında Hür Berlin Üniversitesinde Türk Ticaret Hukukunun da babası sayılan Prof. Earnest Hirsch'in yanında iki yıl doçentlik çalışması yapıyor. 1965 yılında aynı üniversitede doçent unvanını alıyor ve 1973'de profesör oluyor. Hocamız halen 1996 yılında başladığı, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanlığını yürütüyor. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğünü ve Avrupa Hukuku Bölüm Başkanlığını sürdürüyor. Kendisiyle biraz önce yaptığım bir görüşmeden aldığım bilgiyi de aktarmak istiyorum; son bir haftadır da dördüncü bir görev olarak da Adalet Bakanlığında oluşturulmuş olan Türk Ticaret Kanunu Komisyonunun Başkanlığını yürütüyor. Hocamızın 19'u Türkçe, üçü yabancı dilde olmak üzere 22 kitabı, 400'ü aşkın da makalesi var, başka söze galiba gerek yok. Sözü kendisine bırakıyorum, buyurun hocam.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Müsaade ederseniz, ben ayakta konuşmak istiyorum. Sayın Başkan, değerli üyeler, değerli uzman arkadaşlar ve öğrencilerim. Bugünkü konumuz, "Hakim durumun kötüye kullanılması

şekilleridir”. Bunu size izah ederken, Avrupa Toplulukları Mahkemesinin kararlarını, kararlarında ortaya çıkan yeni eğilimleri izah etmeye gayret edeceğim. bu açıklamalarımla, öyle tahmin ediyorum ki, bizim hukukumuzda da benzer hükümler aynen yer aldığı için Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6 ncı maddesini birçok noktalardan aydınlatmış ve Avrupa Hukukunda oluşan “case” hukukunun, yani mahkeme kararları hukukunun ana prensiplerini tespit etmiş olacağız.

Gerek Avrupa Toplulukları Anlaşmasının, yeni 81 inci, eski 86 ncı maddesinde, gerek bizim 6 ncı maddemizde, hakim durumun kötüye kullanılması tanımlanmamıştır. Bunun yerine hem bizim hükmümüzde, hem de mehzada, hakim durumun kötüye kullanılmasının örnekleri verilmiştir. Örnekler bizim kanunumuzda “a” dan, “e” bendine kadar yer almaktadır. Örnekleri incelediğimizde, kanun koyucunun kötüye kullanmadan neyi anladığını çıkarabiliriz.

Kanunumuzda “a” ilâ “e” bentleri arasında yer alanlar, en çok rastlanılan hallerdir. Ama bu hallerden herhangi birisinin varlığı *per se*, bizatihi, kötüye kullanma halini oluşturmayabilir. Yani, “a”dan “e”ye kadar olan bentlerde yer alan hallerden birine, aynen uyan bir halle karşılaşılabılıriz. Ama biraz sonra söyleyeceğim ilkeler sebebiyle rastladığımız somut olay kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyebilir ve dolayısıyla da rekabetin kötüye kullanılması, kısıtlanması, bozulması, engellenmesi şeklinde mütalâa edilmeyebilir.

Ama bu hallerin bizim bakımımızdan önemli bir tarafı, kavramı tanımamızda bize yardımcı olmasıdır, bu bir. İkincisi; bu kötüye kullanma hallerinden herhangi birinin varlığında, Rekabet Kurulunun harekete geçebilmesi ve hakim durumun kötüye kullanıldığına karar verilmesi için, ilgili teşebbüsün kusuru olmasına gerek yoktur. Yani, buradaki hallerin oluşması için kusuru aramız şart değildir. Teşebbüs kusursuz olursa, hatta bu konuda bir ihmali de olmasa bile bu hallerden herhangi birinde aradığımız şartlar varsa, bu durumda 6 ncı madde anlamında bir kötüye kullanma söz konusu olacaktır. Üçüncüsü ve en önemli nokta; Türk hukukuna hakim bir ilkenin yani, sözleşme serbestisi ilkesinin durumu. Burada sözleşme serbestisinin büyük bir sınırlama içerisine girdiğini görüyoruz. Hiçbir kimse veya taraflar, “Türk hukukunda sözleşme serbestisi vardır, bu serbesti dolayısıyla ben sözleşenimle böyle bir sözleşme yaptım onun için kimse buna karışamaz.” diyemez. Öyleyse Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun ile birlikte, anılan ilke eski durumunu yitirmiştir; zaten böyle kanunlarla dünyada sözleşme özgürlüğü serbestisi ilkesi önemli bir sınırlama ile karşı karşıya kalmıştır. Onun için rekabet hukukuna yabancı olanların, sözleşme serbestisine

dayanarak bu hallerde rekabetin kısıtlandığından söz etmeleri, bu savı ileri sürmeleri mümkün değildir.

Rekabet Hukuku açısından kötüye kullanma hallerini esas itibariyle üç ana başlıkta incelemek istiyorum. Daha doğrusu kötüye kullanma üç şekilde karşımıza çıkıyor. Bunlardan birincisi; engelleme ve buna bağlı olarak dışlama, bir şekilde kötüye kullanma; ikincisi, sömürü şeklinde kötüye kullanma; üçüncüsü de, pazar yapısını değiştirerek kötüye kullanmadır. En çok rastlayabileceğimiz haller bunlar.

Dışlama, esas itibariyle, engellemenin çok defa bir alt türü olarak karşımıza çıkıyor. Söz konusu mal ve hizmet piyasasında hakim duruma sahip olan bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün ya piyasada kalmasını engeller veya piyasadan silinmesini amaçlar.

Demek ki, engelleme dediğimiz durumda ya rakibi piyasadan siliyoruz veya silemezsek zayıflatıyoruz; veya başkaları piyasaya girecek, onların piyasaya girmelerine, engel olmaya çalışıyoruz. İşte bunlardan bir tanesi engelleme, diğeri ise dışlama şeklinde ortaya çıkıyor.

Hemen şunu söyleyeyim ki; engelleme veya dışlama hakim işletmenin pazarında olabileceği gibi, hakim işletmenin pazarına yakın, komşu pazarda veya onunla ilgili veya bağlantılı pazarda da olabilir. Onun için burada pazar kavramında bir genişleme yapmak gerekir. Meselâ liman hizmetleri pazarı var, bunun yanında da şilepçilik ve vapurculuk pazarı. Bunlar ilk bakışta tamamıyla birbirinden ayrı ama birbirine komşu pazarlar, bu pazarlardan birine hakim olan bir işletme, öteki pazarı etkileyebilecek engellemeler ve dışlamalarda bulunacak olursa durumu yine 6 ncı maddenin kapsamı içinde mütalâa edilecektir.

Bu engelleme ve dışlama kararlarda en çok şu hallerde karşımıza çıkıyor: Bir; düşük fiyat veyahut da geçici bir zaman için düşük fiyat uygulanması, ikincisi; mal vermeyi kesmek veya mal vermeyi reddetmek, ki bu reddetmek kavramı geniş bir şekilde mütalâa ediliyor Topluluk mahkemesi kararlarında; enformasyon ve bilgi vermeyi reddetmek, lisans vermeyi reddetmek, imkânların kullanılmasını sağlamayı reddetmek. İmkânların kullanılmasını; rakibin imkânlara iştirak etmesini reddetmek. Son zamanlarda çok meşhur olan teoriyi oluşturuyor.

İngilizlerin “*essential-facilities*”, Alman doktrininin “*wesentliche Einrichtungen*” öğretisi dediği ve benimde biraz sonra konferansında “olmazsa olmaz ihtiyaçlara cevap etmek” şeklinde tercüme etmeye çalışacağım teoriyi

karşımıza çıkarıyor. Demek ki, birincisi reddetmek, mal vermeyi reddetmek, kesmek, imkânlardan yararlandırmamak, terk etme veya lisans vermeyi reddetmek.

İki; duvar örme. Duvar örme dediğimizde fikri mülkiyet haklarının sağladığı inhisar haklarına dayanarak rakibin etrafını çevirme, pazar içinde kale inşa etme.

Düşük fiyat uygulaması rakibi piyasadan sürebilmenin ilk aracı olarak görülüyor. Düşük fiyat deyince, devamlı düşük fiyat anlamayın, bunun manası şu: Rakibi piyasadan silmek veya piyasaya sokmamak veya piyasada zayıflatmak için geçici bir süre yani, gerekli zamana yayılan düşük fiyat uygulaması. Buna İngilizce kitaplarda “predatory pricing” deniliyor. “Predatory”, et-obur hayvanların avlarını parçalamak için gösterdikleri eylem; burada da bir hakim işletme, rakiplerini silmek, parçalamak için fiyatı adeta bir yırtıcı hayvan gibi kullanmak yoluna gidiyor ve fiyatı düşürüyor. Hangi noktaya kadar düşürüyor? Rakip artık buna dayanamasın veya gelecekse rakip gelmesin, bu konuda hevesi ortadan kalksın; işte o noktaya kadar düşük fiyat uyguluyor.

Topluluk Mahkemesinin ilk kararlarında bu fiyat seviyesi ne olmalı tartışması yapılmış ve ilk kararlarında topluluk Mahkemesi değışebilir ve vasati fiyat ile maliyet fiyatının üzerinde durmuş, daha sonra bu ölçüleri kullanmakla birlikte, analize yer vermeden niyete bakmıştır. Yani, hakim işletme fiyatı hangi niyetle tespit etti, bir düşük fiyat olması şart. Ama, düşük fiyatı hangi niyetle tespit etti? Bu niyeti araştırmaya başlamıştır. Rekabet hukukunda bildiğiniz gibi usul hukukundaki delil sistemi uygulanmayabiliyor. Hâl ve vaziyet delilleri de delil olarak kabul ediliyor. Topluluk Mahkemesi bu niyeti tespit ettiği anda esas itibariyle engelleme dediğimiz veya dışlama dediğimiz kötüye kullanmayı kabul etmiş. Önemli bir karar “Akzo” kararı, biliyorsunuz ki “Akzo” önemli bir kimya işletmesi; bu işletmeye karşı “ECS” diye bir firma hem Hollandalı, hem de dünyanın birçok yerinde ona rakip olacak bir durumda, fakat daha ziyade Hollanda’da rakip; “Akzo” Hollanda merkezli işletme olduğu için, ECS’nin Hollanda’daki rekabetini çok önemsemiyor. Ama bir müddet sonra bunun, Almanya’daki “BASF” vasıtasıyla Alman ve Belçika pazarına girmek istediğini sezince, o pazarda da fiyatı düşürüyor ve bir müddet sonra “ECS” Akzo’nun uyguladığı fiyatlarla tutunamaz hale geliyor. Komisyon Akzo lehine mahkumiyet kararı veriyor ve daha sonra da iş Avrupa Topluluk Mahkemesine gittiğinde, Topluluk Mahkemesi Akzo’nun fiyat düşürmesinin, hiç fiyat analizine girmeden düşürmenin, amacına göre karar veriyor.

Bir diğerk fiyatla ilgili örnek deniz ticaretinden verilebilir. Rekabet hukukunu hakimiyet altına almış bir örnek, şöyle: Denizcilikte kulüpler var, bu kulüpler çoğu kez kartel şeklinde karşımıza çıkabiliyor. Kulüp üyesi olan ve olmayan işletmeler var. Çoğu kez kulüp üyesi olmayanların piyasadan silinmesi veya zayıflamaları için, her hatta bir kurban şilep tahsis ediyorlar. Bu şilep çok düşük fiyatlar veriyor o hatta ve onlara üye olmayan, rakip durumda olan kimseler bu şilebin verdiği fiyatı veremez duruma geliyorlar. Ama o da, büyük zararlarla duçar oluyor tabii, fakat bu zararlar kulüp üyeleri tarafından karşılanıyor.

Bu uygulama bizdeki görev zararına benziyor. Komisyon, şilep fiyatlarındaki bu tipten kavgayı esas itibariyle fiyatlamada bir dışlama aracı olarak görüyor.

Üçüncü bir hâl; sıkıştırma fiyatı. Sıkıştırma fiyatı, iki ayrı fakat birbirine komşu piyasalardan ikisine de hakim olanın, piyasalardan bir tanesindeki rakibini sıkıştırması şeklinde ortaya çıkıyor. Bu da meşhur “British Sugar” kararıyla var, şöyle ki: İki şeker piyasası var; bir, endüstri şekeri piyasası, yani şekeri büyük volümlerle kullananların yer aldığı piyasa; meşrubatçılar, şekerlemeciler, çikolatacılar gibi. Bir de, doğrudan doğruya bizim gibi tüketicilerin kullandıkları şeker piyasası var. “British Sugar” her iki piyasada da hakim, bunun karşısında “Braun” diye bir firma var; bu firma esas itibariyle tüketiciler şekeri piyasasında buna rakip olabilecek durumda ancak endüstri piyasasında da yeri var. British Sugar, endüstri şekeri piyasasında fiyatları düşürüyor. Oradaki düşme, tabii olarak ikinci piyasaya aksediyor ve o düşmeyi de kendisi organize ediyor ve böylelikle diğerk işletmeyi sıkıştırmak yoluna gidiyor.

Burada da Anayasa Komisyonu, fiyat sıkıştırması dediğimiz uygulamada kötüye kullanma olduğunu söylüyor.

Şimdi fiyatlara ilişkin olarak karşımıza çıkan en önemli problem, bir alt başlık halinde; rabat veya tenzilat dediğimiz tatbikat, yani belli bir miktarda alım yapana, belli bir miktarda mal verene hediye çekleri verilmesi veya tenzilat verilmesi veya prim verilmesi.

Hemen şunu ifade edeyim ki: Bir işletme satışını artırmak için hediye çekleri veriyorsa, rabat sistemini uyguluyorsa veya tenzilat yapıyorsa, bu rekabetin korunması hukukunun kapsamı dışında kalıyor. Zaten rekabetin korunması hukukunun ana amaçlarından bir tanesi de, rekabet yoluyla bu şekilde hizmeti artırmak, fiyatları düşürmek ve kaliteyi yükseltmek.

Ama tenzilat sistemi, rakibi silme yöntemi olarak veya zayıflatma yöntemi olarak kullanılacak olursa, bu durumda rekabete aykırı olarak kabul ediliyor. İkincisine, yani rekabet hukukunu ilgilendiren sadakat veya bağlılık tenzilatı diyoruz. Sadakat veya bağlılık tenzilatı kendisini daha ziyade üretici firmayla bayileri arasında gösteriyor. Buradaki sadakatten kasıt da, bayiinin üretici firmaya sadakati, bu sadakatin manası da; başkasının malını satmamak, sadece hakim işletmenin malını satmak.

Kelepçeleme sözleşmelerinden bir örnek vereyim. Diyelim ki, ben bir camcıyım, cam üreticisiyim ve camı ben bayiime kaç veriyorsam bayiim de o fiyattan satmak zorunda; yani tüketici fiyatını belirlemekle kalmıyor, bayiinin kar etmesini de önlüyorum. Fakat ben sene sonunda bayiime satış üzerinden bir prim veriyorum. Diyelim ki, sattığı miktarın yüzde 10'u, 15'i, 20'si. Sözleşmeye şöyle bir hüküm koyuyorum: Bayii başka (rakip) üreticinin malını satmamışsa primini yıl sonunda toptan alır. Eğer başkasının camını veya benzeri mallarını satacak olursan, bu durumda prim hakkını kaybedersin. Bu uygulama esasında bir teşvikmiş gibi görünmekte, ama aynı zamanda bir kelepçeleme olarak da karşımıza çıkmakta ve rakibin piyasada kalmasına veya piyasaya girmesine engel olmakta; çünkü rakibin pazarlama kanallarını bu şekilde bloke etmekte ve kapatmaktadır.

Burada Mahkemenin kullanmış olduğu kriter bizim hepimizi çok tatmin ediyor. Yani, bağlılık primlerinde tabii ki rekabeti kısıtlayan, engelleyen bir durum var. Ama AB Komisyonunun tatbikatında ve açıklamalarında bir diğer tenzilatın daha rekabete aykırı olduğunu görüyoruz. O tenzilatta uzun vadeli hedefler primi. Size bir hedef veriyor, diyor ki; “şu kadar cam satacağsın, şu kadar makine satacağsın, benim malımı şu kadar satacağsın” diye, eğer bu hedefe ulaşmış isen o zaman sana prim vermek yoluna gidiyor. Bu prim bir ekstra olabilir, yani senin aradaki alış fiyatıyla, satış fiyatı arasındaki sana düşen kâra bir ek olarak verilebilir veya doğrudan doğruya senin kazancın bu primin ta kendisi olabilir. Hedefi yakalamak için başkasının malını satmıyorsun. Aynen hava yollarının belli bir kilometre uçarsan bedava bilet vermesi gibi. Bedava bilet için hep aynı hava yolunu kullanıyorsun.

Böyle uzun vadeli hedeflerin esas itibariyle, başkalarına piyasayı kapadığı inancında Komisyon ve Topluluk Mahkemesinin de kararları bu istikamette, fakat doktrinde bunu esas itibariyle tenkit ediyor. Diyorlar ki; “Hedef, esas itibariyle benim malımı satmaya yönelik. Yoksa rakibi silmeye yönelik değil” onun için burada kastın, saikin, incelenmesi son derece çetrefil bir problem olarak karşımıza

çıkarmak. Ama buna rağmen, bağlılık iskontosu yanında uzun hedef iskontosunu da rekabeti bozucu bir hâl olarak mütalâa ediyor, Avrupa Rekabet Kurumları.

Fiyat konusunda başlangıçta söyleyeceklerim bunlardan ibarettir. Şimdi fiyattan sonra bir ikinci gruba geçeceğimi söyledim, yine engellemeyle ilgili olarak, bu ikinci grup imkânların kullandırılması; imkânların kullandırılması konuşmamın başında da ifade ettiğim gibi “essential-facilities doktrini” ortaya çıkartmış.

İki kararın hikayesini anlatmak istiyorum. Bunlardan birincisinde Avrupa Toplulukları Mahkemesi rekabetin kısıtlandığını kabul etmiştir, ikincisinde ise reddetmiştir. Birincisi *Magill* kararı.

Olay şu: İngiltere’de bir televizyon şirketi var ve televizyon şirketi kendisinin bir yan kuruluşuna, bir yavru ortaklığına, haftalık televizyon programı dergisi çıkartıyor. Yani haftalık programlarını veriyor, o da bunu dergi yapıyor ve satıyor. “*Magill*” müracaatta bulunuyor, bu televizyon şirketine ve diyor ki; “bana da haftalık programlarını ver ; ben de dergi çıkaracağım. O da cevaben diyor ki; “programlar üzerinde fikir ve sanat eserleri kanununa göre benim inhisari hakkım var, ben bu hakkımı bir yavru şirketime devretmiş durumdayım, onun için sana bunu vermem mevzu bahis değil, zaten sen benden böyle bir şey talep edemezsin”.

Bunun üzerine “*Magill*” Komisyona müracaat ediyor. Komisyon burada rekabetin sınırlanmasını görüyor, gerekçesi de şu, Mahkemenin de gerekçesi aynı olduğu için komisyon aşamasındaki gerekçeyi söylüyorum; “*Magill*, bu imkândan yararlanmazsa dergiyi çıkaramaz, piyasaya giremez; bu red rakibi piyasaya sokmamak demektir”.

Yani burada öyle bir imkân var ki, olmazsa olmaz şartı mahiyetindedir, *Magill*’in piyasaya girebilmesi için bu malzemeye ihtiyacı vardır. Bu malzeme onun için eski tabiriyle bir “*Lâzim-i gayri müfarık-conditio sine qua non*” olmazsa olmaz şartıdır ve neticede Mahkeme bu televizyon şirketini mahkum ediyor. Ondan evvel liman hizmetleriyle ilgili bir “*Sealink*” kararı var, o karar da bu teorinin ilk esasları atılıyor. Liman hizmetleri veren “*Sealink*” diye bir şirket var, gayet zayıf durumda olan bir işletme; demek ki bir pazara hakim, başka bir pazarda gayet zayıf durumda. Şilepçilik konusunda iyi durumda olan teşebbüslere liman hizmetleri vermiyor. Liman hizmeti vermeyi reddediyor, liman hizmeti vermeyi reddedince şilepçilikteki rakipleri *Sealink*’in hakim olduğu limanlara yavaşama hale geliyor. Böylelikle ikinci pazarda, bağlı komşu pazarda rakiplerin

zayıflaması durumu söz konusu oluyor ve ilk defa Sealink kararında Mahkeme biraz evvel söylediğimiz, esaslı imkânlar, yani esaslı imkânları kullandırmama teorisini geliştiriyor ve bu imkânların kullanılmasını reddetmeyi de rekabete aykırı bir eylem olarak kabul ediyor.

1998 yılında, aynı konuda ikinci bir kararla karşılaştık: Oscar Bronner kararı. Şimdi bütün yazarlar bu karar üzerinde duruyorlar. Karara konu olan olay şöyle: Avusturya’da, hepiniz bilirsiniz, “Krier” adlı bir günlük gazete çıkar. Bu büyük bir grubun çıkardığı yayınlar içinde çok tutulmuş bir gazetedir. “Krier” bir müddet sonra bu gazeteyi evlere servis yoluyla dağıtmak sistemini kuruyor, öyle bir sistem kuruyor ki, sabahleyin saat 07:00’da siz kapınızı açıyorsunuz ve gazete kapınızın önünde.

Yayınevi kendisine ait bir iki gazetesini bu şekilde dağıttığı gibi, esasında kendisiyle ilgisi olmayan ve kendisinden baskı, dizgi vesaire gibi hizmetleri alan ekonomi gazetesini de dağıtıyor. Bir diğer Avusturya gazetesi “Standard”, yayınevine başvuruyor, evlere servis hizmetine dahil olmak istiyor. Çünkü, evler hizmet servisinden yararlanmazsa piyasada kalamaz. Zira o posta ile evlere saat onbir civarında varabiliyor.

“Krier”nin şirketi yazılı basının yüzde 86’sını hakimiyeti altında tutuyor. “Standard” dediğim gazete de yüzde 6 civarında bir pazar payına sahip, o da iyi bir gazete. Bunun üzerine “Krier”nin sahibi olan “Intermedia” hayır diyor; “Bu çok pahalı bir sistem, ben büyük yatırım yaparak, büyük para dökerekten bu sistemi kurdum, bu sistemden yalnız benim gazetelerim yararlanacak, başka araçlarda var istersen postayla yolla, adam tut, başka şeyler yap” diyor. O zaman Standard “... başka gazeteyi satıyorsun” diyor. O da diyor ki; “O bütün hizmetleri benden alıyor, onunla benim böyle bir menfaat bağım var, ona bir favör yapmakta hiçbir mahzur görmüyorum” diyor.

İhtilaf AB Komisyonuna intikal ediyor. İhtilaf bir sorun daha içeriyor, o bugün bizim konferansımızı ilgilendirmiyor. Sorun şu: Komisyona intikal edecek bir olay mıdır, yoksa ulusal hukuk düzeyinde mütalaa edilmesi lâzım gelen bir olay mıdır, bunu bir tarafa bırakıyorum. Komisyon “Magill” kararını da örnek göstererek, burada rekabetin sınırlandırıldığına karar veriyor. İş, Avrupa Topluluk Mahkemesinin önüne geliyor. Topluluk Mahkemesi aksi sonuca varıyor, gerekçesi de şu: “Bu Standard için olmazsa olmaz şartı değildir. Standard başka imkânlar kullanabilir, Standard da başka bir benzer örgüt kurabilir, başkalarıyla buna benzer örgütü kurabilir, benzer metotlar kullanabilir. Postayı kullanman şart değil, ama şunu unutma ki, sen çaresiz değilsin, sen dağıtılıyorsun. Ama onun gibi

dağıtılmıyorsa, onun kadar erken evlere gitmiyorsa, Mahkeme bu gerekçe ile davayı reddediyor.”

Karar tabii çok tenkit ediliyor. Ben de kararı rekabet hukuku açısından olumlu ve başarılı bir karar olarak görmüyorum ve burada esas itibarıyla, küçük bir rakip de olsa bir rakibin piyasadan silinmesine yol açabilecek bir durumun varolduğu kanaatindeyim. Gerçekten de herkes saat 07:00’de, 07:30’da gazetesini okurken, hiç kimse 11:30’da kendisine dağıtılan bir gazeteyi almak istemez. Zaten belki de hiç kimse 11:30’da gazete okumuyordur veya çok az kişi okuyordur. İşe gidenler sabahleyin erkenden gazetelerini okuyorlardır. Hiç kimse gidip işinde 11:30’da gazeteyi okumak yoluna gitmiyordur. Bu durumda bir şık kalıyor, akşam eve gelince gazeteyi okumak, o zaman da günlük gazete dediğimiz kavrama uymayan bir durum ortaya çıkıyor. Onun için, imkânlardan yararlandırmayı, olmazsa olmaz imkânlardan yararlandırmayı öngören teorinin bu son kararda büyük bir darbe almış olduğu görüşündeyim.

Piyasaya girmeyi veya piyasada kalmayı engelleyici hallerden bir tanesi de malla malı bağlama halleri; bağlama halleri, bayii vesaireyi bağlama şeklinde değil de, bir malın satışını, bir hizmetin satışını başka bir malın alınışına, bir hizmetin verilmesine, bir malın veya bir hizmetin alınmasına bağlama şeklinde karşımıza çıkıyor, ki bildiğiniz gibi bu uygulama Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da kötüye kullanma halleri içerisinde açıkça öngörülmüş bulunuyor.

Gerçekten RKHK’nun 6 ncı maddesinde bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal ve hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüs durumundaki araçların talep ettiği bir malın ve hizmetin diğer mal ve hizmetle birlikte verilmesi en çok rastlanan hallerden biri olarak öngörülmüş.

Burada Topluluk Mahkemesi kararlarında şu tipten bağlamalara rastlıyoruz. Bir; ana mal ile aksesuarın bağlanması. Otomobil almaya gidiyorsunuz, klimayı da al diyor, çakmak al diyor, dış örtüyü al diyor, taban lastiğini al diyor. Hayır, ben klima almak istemiyorum! O zaman ben sana arabayı satmam, diyor. Bir mal ile o malın aksesuarının bağlanması kesin olarak hem Komisyon hem de Topluluk Mahkemesinin tatbikatı bu bağlanmayı rekabete aykırı görüyor.

Bu bağlanma esasında rakibin piyasaya girmesine engel olma hali olarak mütalâa edilebileceği gibi esasında tüketicinin istismar edilmesi şıkkı içerisinde de değerlendirilecek bir haldir. Bu şekilde yan piyasalarda da hakimiyet kurarak rakibini sıkıştırmak yoluna gidiliyor.

İkincisi; benim birden ziyade, birbirine benzer veya benzemeyen mallarım varsa bu malların alınmasının zorlamasını yapmak. Boyacıyım; dekoratif boyalar ve endüstri boya ları satıyorum, hakimim ama, aynı zamanda da duvar kağıtçılığı yapıyorum. Bayilerime diyorum ki; “benim boya bayiim olabilmen, aynı zamanda benim duvar kağıdı bayiliğimi de alman halinde mümkün olabilir.”

Bir mal ile bir hizmetin bağlanması, “British Sugar” olayında ve “Tetra” olayında var. “British Sugar” olayında diyor ki; “Şekeri sana satarım, ama şekeri senin işyerinde teslim ederim.” Bu ne demek?.. “Taşımayı ben yapacağım ve taşıma parasını da bana vereceksin.”

Hayır! “Doğrudan doğruya ben fabrikadan teslim alabilirim, benim kendi kamyonlarım var” derim. Hayır, “Bu hizmetle birlikte bunu almak yoluna gideceksin” der.

Değişik alanlardaki malların birbirine bağlanması, bu da hakim durumun kötüye kullanılması hali. Birde hiç ilgisiz gibi görünen, bir mal ile bir finans aracının bağlanması, “Benim bayiim olabilmen için veya bayiliğinin devam ettirebilmen için benim çıkardığım tahvilleri alacaksın, benim finansman bonolarımı alacaksın veya ben halka açılıyorum benim hisse senetlerimin bir kısmını alacaksın” şeklinde karşımıza çıkan bir pratik.

Kötüye kullanmanın hallerinden bir diğeri de, mal vermemek şeklinde kendisini gösteriyor. Mal vermemekte şu şekilde örnek: Bir cam fabrikası var, cam fabrikası bir bakıyor ki kendi bayileri bir başka cam fabrikası kuruyorlar. Onun üzerine, daha o ikincisi kuruluş halindeyken bunlara mal vermeyi reddediyor, azaltıyor veya içlerinden bazılarını seçiyor onlara mal vermemek yoluna gidiyor. Bu suretle diğerlerini korkutuyor.

Bir diğ er hâl; fikri mülkiyet haklarının verilmemesi şeklinde, yani lisans vermiyor. Topluluk Mahkemesi burada çok zengin kararlarla bu hakların varlığının, cevherlerinin korunmasıyla, kullanmaları arasında bir fark yaptı ve dedi ki; “Cevherler korunacaktır, ama kullanma kötü niyetli bir şekilde olamaz.”

Şu örnekleri verebilirim; IBM, printer konusunda bilgilere sahip, bir firma, printer üretiyor, bu printer her bilgisayara uysun istiyor ve IBM’e müracaat ediyor. “Senin bilgisayarların hakkında bana bilgi ver, çünkü ona uygun printer yapacağım” diyor. IBM gerekli bilgiyi vermiyor, lisans ver, lisansı vermiyor veya bir ek patent alınmış. Ana patentin sahibinin muvafakati olmadan ek patent kullanılamıyor.

Örnek; belirli otomobil motorları var, bu otomobil motorları patentli, bu otomobil motorlarında benzin tüketimi azaltan bir alet bulunmuş, ama bu araç ana motorla birlikte kullanılabilir. Fakat kullanabilmem için motorun patent sahibinin muvafakatine ihtiyacım var; o bu muvafakati vermek yoluna gitmiyor. Böylelikle ben rakip olarak ya piyasada kalamıyorum veyahut da piyasaya girmek imkânlarından tamamıyla mahrum bırakılıyorum.

Bizim kanunumuzda yok, devlet tekelleri aynı işlemleri yapabilirler ve bu da Avrupa Rekabet Hukukunda devletinde rekabetin korunması çerçevesi içerisinde hareket etme mecburiyetinin bir örneği olarak karşımıza çıkıyor.

İkinci grup sömürü grubu; sömürü grubu, kötüye kullanmanın ikinci şekli; sömürü tüketiciye karşı işliyor. O da şu: Yüksek fiyatla veya olmayacak güç şartları empoze etmek yoluyla bir kitleyi, ki çoğu kez bu tüketici kitesidir, sömürme durumu.

Şöyle ki; hakim bir işletmeyim, belli bir grup veya bütün tüketiciler o malı ancak benden alabilirler, çok bilimsel olmayan bir tabir kullanacağım; “tek tabancayım, ben fiyatımı devamlı olarak yükseltmek yoluna gidiyorum ve tüketici de bunu ödemek mecburiyeti altında kalıyor.”

Kredi piyasası dar, kredi faizini yükseltiyorum. Diyelim ki, belli bir kredinin kullanılabilmesi için belli garantiler verilmesi lâzım; bu garanti komisyonlarını yükseltiyorum; çünkü o krediyi kullanan kimselerin, o garantiyi alması mecburiyeti var ve ben de bu mecburiyeti bildiğim için komisyonu yükseltmek yoluna gidiyorum.

Bir örnek; Amerikan tarım kredileri var. Amerikan tarım kredileri çok ucuz krediler, bu krediler Amerikan tarım mallarının hammaddesinin dünyaya kolayca satılabilmesini sağlamak için organize edilmiş krediler. Fakat o belli vasıftaki bankalardan kredi için garanti istiyor, bankalar bunu biliyorlar. Ben o garantileri almaya gittiğimde normal teminat mektupları diyelim ki, yüzde 2-2.5 ile alınırken, bu mektup için komisyon olarak yüzde 9 veya 10’ları istiyor.

Burada bir tereddüt var, o tereddütte şu: rekabet kurulları piyasada rekabetin gelişmesini mi yoksa ucuzluğu mu sağlamak amacını taşıyor? Bazıları “Bu kurulların amacı rekabetin tesisi ve korunmasıdır.” diyorlar. “Onun için yüksek fiyatlar onu ilgilendirmez.” diyorlar, “Fiyat yüksekse buna başka daireler baksın, başka otoriteler ilgilensin fiyatın yüksek olması, rekabetin, rekabet

hukukunun, rekabet kurumlarının konusu değil.” diyorlar. Oysa Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesini incelediğimizde sömürü unsurunun orada esaslı bir şekilde yer aldığını görüyoruz. Onun için bunu da rekabet içinde mütalâa etmek durumundayız.

Nasıl bir rekabet? Bir defa hakim durumda olma hukuka aykırı değil, ama hakim durumda olma Rekabet Hukuku açısından bir fenomen, yani tekel dediğimiz şey! Tekel, hakim durum veya oligopol piyasadaki işletmeler bir gerçek olarak karşımızda, biz bunu kabul ediyoruz. Ama bunu da düzenlemek mecburiyetindeyiz, ama bu düzenleme rekabet hukukunu karşımıza çıkardı. Demek ki, tekelin bir diğer neticesi de sömürü ve Wirsburg’un bir kasabasında sömürü dolayısıyla da ilgili rekabet kurumlarının bu sömürüyü önleme mecburiyetleri söz konusu olacaktır.

Sömürünün bir diğer hâli, bizde “a” ve “e” bentleri içerisinde yer alıyor. Teknik gelişmenin gerçekleştirilmemesi veya takip edilmemesi rekabet hukuku anlamında sömürünün bir şeklidir. İki karar var, bu kararları zikretmek istiyorum, bunlardan bir tanesi Alman Federal İşçi Bulma Kurumunun konu olduğu bir karar. Alman kanunlarına göre, Alman Federal İşçi Bulma Kurumu, işçi bulma konusunda tekele sahip; yani özel teşebbüsler hiçbir şekilde işçi bulma büroları kuramazlar ve bu yetki bütün Almanya’yı kapsayan bir yetkidir. Buna mukabil, bu kurumun Almanya’nın her yerinde şubesi veya teşkilatı yok.

Her yerde hizmet veremiyor, işçi arayanlar veya iş arayanlar da ancak büyük merkezlerde iş/işçi arayabilirler. Diyelim ki, küçük bir yerde olan iş aramam gerektiği zaman müracaat edeceğim bir kurum yok. Gidip Berlin’deki veya Bonn’daki kuruma müracaat etsem, onun o iş pazarından haberi yok. Bu teşkilatı kurmakta geç kalmış olması dolayısıyla sorun, Komisyona, Komisyondan daha sonra Mahkemeye intikal ettiğinde de anılan kurumun teşkilatını geliştirmemeyi, rekabete aykırı bir hâl ve bir sömürü hali olarak, hakim durumda sömürünün bir örneği olarak kabul etmiştir.

İkinci karar liman hizmetleriyle ilgili; bu kararda da, vinçler, doldurma tesisleri, istif elemanları yetersiz ve hizmetleri hem yavaş yapıyor hem de mükemmel bir hizmetin ücretini alıyorlar. Fakat buna karşılık benim arzu ettiğim hizmetleri bana veremiyor, karar bunun da kötüye kullanma hallerinden biri olduğunu ve sömürü halleri içerisinde girdiğini bildiriyor.

Üçüncü hâl, pazar yapısını değiştirmesidir. O da şu: hakim işletme küçük veya büyük işletmeleri satın alarak, küçük veya büyük işletmelerdeki azlık

paylarını satın alarak onların piyasada zayıflamalarına veya piyasadan silinmelerine çaba harcıyor. Piyasanın böylelikle yapısını kendi lehine geliştirmeye çalışıyor, bunu da hakim durumun kötüye kullanılmasının bir hali olarak mütalâa ediyorlar.

Benim özet olarak söyleyeceklerim bundan ibaret, sorularınız olursa sorularla ilgili olarak belki daha derin bir şekilde konulara girmek imkânımız olabilir. Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

SORU VE CEVAP BÖLÜMÜ

Oturum Başkanı - Sorularımızda mümkün mertebe tekrardan kaçınarak soralım. Katkıya açık bizim toplantılarımız kuşkusuz ama, bugün katkı bölümünü biraz sınırlı tutarak, daha fazla soru yönelterek, hocamızdan maksimum yararlanma yolunu deneyelim diyorum, buyurun.

Barış EKDİ - Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam, biraz önceki konuşmanızda olmazsa olmaz, koşulları belirtirken “Krier” gazetesinin olayını örnek verdiniz. Hem tez aşamasında, hem de çeşitli vesilelerle bizim de çok sık karşılaştığımız bir olay olduğu için, özellikle soruyorum, şöyle: Sanıyorum Komisyon oradaki kararı alırken gerekçesinde, söz konusu gazetenin illa saat 07:30’da gazete satan bir firmayla gazete dağıtılması gerektiğini, 11:30’daki posta servisiyle dağıtılabileceğini ya da kiosklerde, yani mevcut gazete satış büfelerinde satılabileceğini, buna engel olmadığını söylemişti. Siz yalnız bir ara siz şey demiştiniz; çeşitli kioskleri yapabilir, ben bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek veya çeviri hatası var mı, benim bildiğim kadarıyla onu anlamak için, yeni bir kios oluşturmak yerine, mevcutlardan yararlanma imkânının olması göz önünde bulundurdu yada ille yeni bir şey yapması gerekir mi, dendi.

Bunun yanı sıra, eğer pazarın koşulları gereği, örneğin Avusturya gibi bir yerde olmasaydık da, aynı gün o gazete kapılara ulaşamayacak olsaydı posta servisiyle ya da mevcut büfelerde satılamayacak olsaydı, karar daha farklı olabilir miydi? Öncelikle bunu sormak istiyorum.

Yine bununla bağlantılı olarak hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde, sık sık camcı örneğini verdiniz, rakip malları satma yükümlülüğüyle ilgili olarak. Şu da var, “Mars” dondurmalarıyla ilgili bir kararda da, çeşitli bayilere münhasırlık sağlayan anlaşmalar ya da dolaylı olarak münhasırlık tesis eden uygulamalar, eğer hakim durumda olan bir firma tarafından yapılıyorsa bu da başka firmaların piyasaya girişini engelleyebili nitelikte olabilir, denilerek o tür uygulamaları da kötüye kullanma olarak değerlendirildiğini en azından biliyoruz. Bunu da biraz açarsanız sevineceğim, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Teşekkür ederim. Bu Standard kararında, “Oscar Bruner” kararında, Mahkeme dört gerekçe veriyor, bunlardan birincisi;

diyor ki, “İmkânlar var, başka türlü de alabilirsin, posta var.” İki; “Sen kendin evlere servis sistemini kurabilirsin tek başına veya başkalarıyla bunu yapabilirsin.” Üç; “kiosklar var, onlarla bunu gerçekleştirebilirsin.” Yani, yeni bir kiosk kurulmasını açık olarak söylemiyor ama imkânların varolduğunu söylüyor. Onun için diyor ki; “Senin yaşabilmen için bu sisteme girmen hiçbir şekilde şart değil” karar bu. Denilebilir ki Standard ertesini gün varsaydı Mahkeme aynı kararı verecek miydi? Tabii bu laboratuvarı olmayan bir soru Mahkemenin ilk gerekçesini dikkate alırsanız yine aynı kararı verecekmiş gibi geliyor bana, çünkü: “Sen de kur” diyor. Ama şunu hiç hesaba katmıyor: Bunun masrafı nedir?

Benim elimde yeni aldığım bir kitap var; “Faull& Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999.” Yazarlardan Jonathan Faull, uzun yıllar Avrupa Komisyonunun “Competition” bölümü direktör yardımcılığını yapmış, yani doğrudan mutfaktan geliyor. Bu şahıs bu kararı tenkit ederken diyor ki, “Avrupa Topluluk Mahkemesi evlere servis teşkilatının kaç mal olacağını dikkate almamıştır.”

Böyle bir sistem kaç çıkar, kur demek kolay. Ben kararın verilmesinde psikolojik bir faktörün rol oynamış olabileceğini düşünüyorum. O da şu: Konuyu atlamış, açık bırakmış, ama mahkeme bunu ulusal hukuka tabii bir olay olarak görmüş. Sırf Avusturya’yı ilgilendiriyor, Avrupa Topluluk boyutu yok. Fakat konu da önemli olduğu için reddedememiş ve konuya isteksiz yaklaşmış.

İkinci sorunuza gelince, tabii ki bütün kelepçeleme mukaveleleri, buraya giriyor. Kelepçelemenin çok sıkı olmasına da bence gerek yok, kelepçelemenin olduğu her yerde, ondan hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olacak.

Blok muafiyetlerde biliyorsunuz ki tek dağıtıcılıkla ilgili olarak bazı inhisar hükümlerinin varlığını kabul etti. Yani, beyaz hükümler arasına inhisara yer veren hükümlere de geçit veriliyor. Bunun sınırı benim kanaatime göre blok istisna düzenlemesindeki sınırdır. Teşekkür ederim.

Oğuzkan GÜZEL - Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam, bu sömürü grubu ve bağlı malların, bağlama grubu içerisinde saydığımız, mali sektöre ilişkin örneklerden hareketle ilgili bir sorum olacak.

Kredi piyasasında, Amerikan tarım kredilerini de örnek vererek “Komisyonların artırılması, garanti şartlarının artırılması veya bağlı olarak da kredi teminatlarının sigortalanmasında kendi sigorta şirketlerinin tercih edilmesi yönünde müşterilere baskı uygulanması gibi uygulamalarda hakim durumun

kötüye kullanılması örneği olarak ifade edebiliyoruz.” dediniz. Hakim durumun tespiti noktasında burada bir sıkıntı olmuyor mu acaba?

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Bugünkü konferansın konusu olmadığı için, ben hakim durumu var kabul ettim. Konu hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Hakim durum hangi hallerde var, o ayrı bir konu tabii.

Oğuzkan GÜZEL - Burada birlikte hakimiyet olgusunu hissetmeye çalışabilir miyiz, acaba? Avrupa Birliğinde de, iki, üç, firmadan fazlasına izin verilmediğini de dikkate alırsak. Ayrıca genel işlem şartları dediğimiz, sözleşme özgürlüğünde karşı tarafa tüketiciye yansıtılan unsurlarla, çatışması hususunu açıklayabilir misiniz? Yani tüketicinin korunması ile rekabet hukuku nasıl müdahale edebilir?

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Genel işlem şartları hukukun hiç sevmediği şartlar. Yani sadece rekabet hukukçuları değil, borçlar hukukçuları da bunu sevmiyorlar. Niçin sevmiyorlar? Çünkü bu kanunlarda yer alan tamamlayıcı hükümlerin kovulması şeklinde karşımıza çıkıyor. Kanun nerede “Aksi kararlaştırılmamışsa” genel işlem şartları aksini kararlaştıran hükmü içeriyor. Bu yolla kanun uygulanamaz duruma geliyor.

Yani bir kanun hükmü, aksi taraflarca öngörülmemişse genel işlem çarkı aksini öngörüyor. Böylelikle uzman hukukçuluğu adı altında bütün yedek hükümler ortadan kalkıyor.

Rekabet Hukuku bakımından ise, benim kanaatime göre, genel işlem şartlarının durumu çok kritik, yani rekabet hukukuyla bunların bağdaştırılması çok güç. Genel işlem şartları benim değerlendirmeme göre engelleme veya dışlama hali içinde değil, fakat sömürü kategorisi içerisinde mütalâa edilmelidir. Neden? Çünkü, hakim teşebbüs genel işlem şartlarıyla ya tüketiciyi ya ara tüketiciyi veya başka bir kitleyi empoze ettiği şartlarla sömürme yoluna gitmektedir.

Ben, yüksek fiyattan örnek verdim. Şöyle örneklerde verebilirim, çok var; otomobili ben sana 26 Haziranda teslim edebilirim, ama bu tarihte teslim edememişsem, ben temerrüde düşmüş sayılmam şeklinde tamamiyle tek taraflı hükümler konuluyor. Zamanında teslim etmeme halinde hiçbir şekilde temerrüde düşürülemez. Böyle hükümler var, bunlar esasında sömürünün en açık hükümleri, bunu Rekabet Hukuku olmasaydı bile sözleşme serbestisi ilkesi içinde mütalâa edemezdik bence.

Bu verdiğim örnek, Yargıtay'ın bir kararında vardır ve Yargıtay burada başka bir noktadan hareket etmiş; kuvvetlinin zayıfı ezmesi şeklinde ortaya koymuş, ki bu bizim rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması olarak ortaya çıkıyor.

Avrupa'da dikkati çekecek nokta: genel işlem şartlarına rekabet hukukçularının veya rekabet kurumlarının hücumu yok, sebep şu: Almanya'da meselâ, genel işlem şartlarına ilişkin bir kanun var ve diyor ki; "Sen genel işlem şartlarına şu tipte hükümler koyamazsın."

İsveç'te ve diğer ülkelerde "Ombudsman" düzenlemeleri var; daha evvel gidip, bir kontrol makamından onaylatmak gerekir. Orada problemlerini bu şekilde halletmişler. Ama bizde Rekabet Kurulu bunları halletme yoluna gidecektir, gitmek mecburiyetindedir ve siz de burada bana öyle geliyor ki, bir hukuk yapacaksınız, genel işlem şartlarıyla ilgili olarak.

Kemal Tahir SU - Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam, Avrupa Birliği rekabet hukukunda bilhassa, hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin ya da davranışlarının bir piyasada faaliyet gösteren firmalardan sadece hakim durumda olanı için yasaklanması konusunda ya da bu konunun ne kadar adaletli olduğu konusunda ne düşünüyorsunuz, onu merak ediyorum.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmalı mı, yasaklanmamalı mı?

Kemal Tahir SU - Yok hayır, o davranışların sadece hakim durumda olan firma için yasaklanması, piyasada faaliyet gösteren diğer firmalar için...

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Bir defa, hakim durumdaki işletmeler için getirilmiş düzeni çok uygun buluyorum. İki; oligopol piyasalar bakımından da aynı düzenin geçerli olduğunu biliyoruz. Yani, oligopol piyasa dediğimiz piyasa, birden ziyade hakim durumda olan işletmelerin bulunduğu piyasa. Üç; bildiğiniz gibi hakim durumun tanımında Komisyon ve Topluluk Mahkemesi gittikçe daha geniş, daha gerçek ölçüler vermeye başladı.

O da şu, eğer sorunuzu yanlış anlamadıysam: Eskiden pazar payı en aşağı yüzde 50 olmalı diyordu, şimdi şöyle diyor; "Yüzde 50'nin altında da olsa ek faktörler varsa, ben seni yine hakim sayarım."

Ek faktör ne? Bir işletmenin pazar payı yüzde 30 veya 35, ama kredi piyasalarına çok kolay ulaşabiliyor. Ama para piyasalarına çok rahat ulaşabiliyor, yüzde 40'sın, yüzde 35'sin ama çok iyi bir dağıtıcı ağı var, yüzde 35'sin ama çok iyi bir teknolojin var, bu ek faktörlerle de ben seni hakim sayarım, diyor. Böyle olunca, şöyle bir bakacak olursak, bu yüzde 30'lara kadar iniyor. Yani, yüzde 30 pazar payına sahip olanları bile hakim işletme kabul etme eğilimi var. Bir de, tabii ki piyasaları çok daralttılar, yani sizin bu konudaki içtihadımız hangi noktada onu bilmiyorum, ama Komisyon ve Avrupa Topluluklar Mahkemesi pazarı iyice daralttı Avrupa Topluluğu. Beni hayretler içine düşüren çarpıcı örnek “Michelin” kararı, “Michelin” kararında Mahkeme diyor ki; “Sen hakimsin” o da diyor ki; “Ben binek arabası lastiğinde yüzde 20'yim. Bunun üzerine Mahkeme ama sen ilk çıkan arabalara takılan lastik piyasası var ya, o piyasada sen hakimsin” diyor. Bir düşünecek olursanız böyle bir piyasa bana çok suni geliyor. Ama orada tahliller yapmış, bu piyasa, lastik yenileme piyasası kadar geniş bir piyasaymış, yani ilk önce ben okuduğumda ve öğrencilerime anlattığımda böyle bir piyasa olur mu, efendim dediler. Sonra daha rahat bir noktaya geliyoruz. Burada şunu söylemek istiyorum ki, eğer sizin sorunuzu doğru anladıysam hakim işletme kavramı zaten çok geniş ölçülerle, çok geniş bir yelpazeye yayıldı.

Bana göre yakında yüzde 20 pazar payına sahip olanları hakim işletme olarak kabul edecekler, bu bir. İkincisi, biraz evvel arkadaşım söyledi, birlikte hakimiyet durumu çok genişledi. Bilmem gördünüz mü, çok yeni bir karar var, *Kali&Salz/MDK Trenhand* kararı Doğu Almanya'da birleşmeden sonra bir işletme özelleşme bağlamında birisine satılıyor ve belki de birkaç liraya satılıyor. Biliyorsunuz ki orada özelleştirmeyi o şekilde yapıyorlar ve bunun satın alması, hakim durumun güçlendirilmesi şeklinde mütalâa ediliyor. Bu arada hakim durumda bulunduğunu söylediğimiz işletmenin bir Kanada firmasıyla yapmış olduğu işbirliği anlaşmasını birlikte hakimiyet olarak mütalâa ediyor. Şimdi bakınız, hakim durum geniş olarak anlaşılıyor. Birlikte hakimiyet çok geniş bir alana yayılmaya başladı, bu şartlar altında sadece hakim durumda olan işletme buna tabiidir, tenkidini yapabilmemiz biraz güç oldu. Sorunuzun şu noktasına da cevap verebilirim diye düşünüyorum: Biliyorsunuz biraz evvel söylediğim Amerika'daki “Chicago” okulu hakim durumu bu şekilde cezalandırılmasına karşı, onun söylediği şu, diyor ki, tabiri mazur görün; “Yalan söylemeyi bırakın, siz hakim durumun kötüye kullanılmasını cezalandırmıyor-sunuz. Siz doğrudan doğruya hakim durumu cezalandırıyorsunuz”.

Niçin söylüyor bunu? İkinci derecede faktörler dolayısıyla söylüyor. Komisyon ve ATM pazar payı %30 olan teşebbüsü hakim saydı neden, çünkü

teşebbüsün çok güzel bir dağıtım ağı var. Peki dağıtım ağı olmak kötü bir şey mi? Senin çok iyi bir teknolojin var; peki teknolojisi olmak kötü bir şey mi ve üstelik rekabet niçin var; teknoloji gelişsin, ilerleme gelişsin vesaire.

Eğer o noktadan bakacak olursanız bu mektep, hakim duruma ilişkin düzenlemeye karşı çıkıyor bütünüyle. Bilmiyorum ben sualinizi anlayabildim mi?..

Ali ILICAK - Rekabet Kurumu Uzman Yardımcısı. Ben birkaç değişim trendinden bahsetmek istiyorum. Bu daha çok “ATAD” kararlarıyla değil de, komisyonun görüşü açısından baktığımızda bazı anlayış farklılıkları olduğunu anlayabiliyoruz. Örneğin, “Michelin” kararından bahsettiniz. Hakim durum tanımının ne kadar dar yapıldığından, ilgili ürün pazarı tanımının ne kadar dar yapıldığından bahsettiniz. “Hugin” kararı; yedek parça, yazar kasalarda kullanılan yedek parçalardan ve sadece “Hugin” marka yazar kasaların onarımının yapılması için kullanılan yedek parçalardan bahsediyor.

Örneğin başka bir “Brother” marka bir yazar kasanın yedek parçası bu pazara dahil değil. Örneğin bu konuda değişim var, “After Markets” denilen pazarlarda bu yedek parça ya da satış sonrası meydana gelecek pazarlarda ilgili ürünün artık farklı türlü tanımlandığını görüyoruz. Bu bir karar değil...

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Yani Komisyon pazarı genişletti mi?.. Eskiden “Hugin”i tek başına pazar kabul ediyordu.

Ali ILICAK - Şimdi vereceğim örnekte bunu görebiliyoruz. Bu resmi gazetede yayınlanmış bir karar değil, bunu “News Letter”ında var komisyonun oradan görebiliyoruz. Şöyle bahsediyor: Pelikan “Kyocera” adlı bir printer üreticisini şikayet ediyor. Printer üreticisi aynı zamanda kendi printerlarını kullanan kartuşları ve bunun gibi birkaç sarf malzemesini üretiyor aynı zamanda. Pelikanda meşhur kırtasiye firması ve aynı zamanda bunları Pelikan da üretiyor ve Pelikan’ın tanım yeri hakim durumdadır. Çünkü kendi “Kyocera” printerlarına ancak kendi ürettiği malzemeler uyuyor, Pelikan da buna rakip ve Pelikanı piyasadan silmeye çalışmasını komisyon reddediyor bu şikayeti. Çünkü diyor ki; “Pazar Hugin kararında tanımlandığı gibi, sadece Kyocera marka printerlarda kullanılan sarf malzemesi pazarı değildir. Bunun sebeplerinden bir tanesi, printer pazarında “Kyocera” çok etkin bir rekabetle karşı karşıyadır. Printer pazarında bir sürü rakibi var ve ikinci bir neden olarak da, tüketiciler çok etkin bir şekilde bilgilendirilmektedirler ve bu sarf malzemelerin “Kyocera”nın

ürettiği malzemelerin pahalı olduğundan haberdarlardır ve isterlerse bu yüzden printer almazlar” diyor.

Üçüncü sebepte; sarf malzemesinin fiyatının, printer fiyatına oranı çok yüksek değildir, insanlar isterlerse satarlar printerlarını ya da yenisini alırlar, daha ucuz bir sarf malzemesi olan bir başka printer alırlar, diye komisyonun bir yaklaşımı var.

Bu da “ATAD” kararına yansıyan bir şeydir, hatta komisyon kararı bile olmamış, ama bazı şeyler değişiyor demek ki, o Chicago okulunun yaklaşımına yavaş yavaş komisyon da varıyor.

Bununla beraber sormak istediğim bir şey var, izin verirsiniz. Başka bir değişimde, yine fikri mülkiyet haklarıyla ilgili, bu konuda size bir şey sormak istiyorum. Aynı gün alınan, 5 Ekim 1988 günü “ATAD” iki tane mahkemeden sorulan görüşe cevap veriyor. Bir tanesi “Volvo ve Renault” davasıyla ilgili olarak İtalyan mahkemesi soruyor, ötekisi de ... davasıyla ilgili olarak bir İngiliz mahkemesi “ATAD”a görüş soruyor.

İkisi de aynı soru, şöyle ki: Volvo’da, Renault’da kendilerine ait fikri mülkiyet hakları nedeniyle, endüstriyel tasarım hakları nedeniyle rakiplerine tasarım hakkını vermedikleri için bunları piyasadan siliyor ve bir yandan da davalar açıyorlar, bu davaların görülmekte olduğu mahkemede soru soruyor ve diyor ki; “Endüstriyel tasarım hakkının verilmemesi” bu endüstriyel tasarım hakkı nedeniyle sadece Volvo ve Renault kendi pazarlarına hakim durumda mıdır, birinci sorum bu.

İkinci soru da; bunu kullanmaları bir kötüye kullanma mıdır?

Yani, bu endüstriyel tasarım hakkı nedeniyle tekeller ve bunları piyasadan silmeye çalışmaları, haksız davalar açarak piyasadan silmeye çalışmaları kötüye kullanma mıdır?

“ATAD” diyor ki; “Evet bu bir hakim durumdur. Ancak bu kötüye kullanma değildir.”

Şöyle kötüye kullanma olabilir. Bu bizim bildiğimiz meşhur kanunumuzda ve 82 nci maddenin bentlerini sayıyor; mal vermeyi reddetme, çok aşırı ve yüksek fiyatlar uygulama gibi meşhur o kötüye kullanma hallerini sayıyor ve bu görüşleri reddediyor.

Sonra “Magill” kararına bakıyoruz, orada çok daha değişik bir karar ortaya çıkıyor, diyor ki; “Siz hakim durumdaysanız ve piyasaya girmek için endüstriyel tasarım hakkını veya patent hakkının elde edilmesi gerekiyorsa, bunun makul ücretini vermek zorundasınız” diyor. Makul ücret olmak zorunda bu; endüstriyel tasarım hakkını, patent hakkını satmak zorundasınız, diye.

“ATAD”ın görüşlerinde böyle bir tutarlılık olmadığını sezdim. Sizde katılıyor musunuz?

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Teşekkür ederim. Birinci mesele, yani Komisyonun görüşünde değişiklik var mı, bunu ben şüpheyle karşılıyorum. Çünkü sizin söylediğiniz örnek, birazda haklı sebep doktrini çerçevesinde mütalâa edilebilecek bir örnektir. Bildiğiniz gibi gerek Komisyon, gerek Topluluk Mahkemesi muhtelif kararlarında eğer haklı bir sebep varsa, tabir caizse rekabetin kısıtlanmasına gözünü kapıyor. Yani, “Nungesser/Komisyon” kararını hatırlayın. Güç yetiştirilen bir tohum, çok masraf yapılmış ve teşebbüsün piyasaya girebilmesi için bayii müthiş inhisar hakları istiyor ve teşebbüs de Komisyona gelip, kendisine bir ferdi muafiyet verilmesini istiyor ve orada diyor ki, “Bunun rakip olarak buraya gelebilmesi için bir süre bu tipten rekabeti kısıtlayıcı da olsa özel şartlardan yararlanması gerekir.”

Onun için sizin verdiğiniz örnekte pazarı genişletiyor mu, daraltıyor mu, yoksa bu haklı sebep doktrine mi dayanmış onu çok fazla kestiremiyorum. Onun için bir görüş açıklayamayacağım.

“Volvo” kararı 1987 tarihli, şimdi o karar benim önümde, bende hayret uyandırmıştır. Onu da size söyleyeyim, yani oradaki yorumunuz doğru, çünkü Volvo’nun endüstriyel tasarım lisansı vermemesini, rekabete aykırı görmemiştir. Belki de bu karar, bir prensip kararı olmaktan çok, somut olayın özelliklerine bağlı kalan bir karar olabilir.

Onun için ben defatle Volvo’yu okuduğum halde, kararın “Esbabı mucibesini” çok iyi anlayabilmiş değilim. Tutarsızlık dersiniz bunu kabul ediyorum.

Bence en büyük tutarsızlık son, “Oscar Bronner” kararında, o karar bence essential-facilities doktrini yıktı. Buradaki durum bu şekilde, “Oscar” ile “Magill” arasında hiçbir fark görmüyorum. Benim anlayışım bu istikamettedir.

İlmutluhan SELÇUK - Rekabet Uzman Yardımcısı. Benim sormak istediğim soru kısaca, çokta öz bir şekliyle tüketicilere karşı hakim durumun kötüye kullanılması mümkün müdür, mümkünse hangi koşullar altında mümkün müdür?

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Tabii ben tüketicinin korunmasının bir diğer yönden rekabetin korunması hükümleriyle, kurallarıyla mümkün olabileceği görüşündeyim; bunu söyledim. Bunların örnekleri var; bir hakim durumun kötüye kullanılması kategorilerinden birini teşkil eden sömürü ve bu sömürü içerisinde tüketicieye yüklenen fiyatlar, yüksek fiyat. İki; tüketicieye empoze edilen şartlar, bilhassa genel işlem şartları bunlar üzerinde durdum. Üç; başka bir durum, tüketicinin gelişmelerden mahrum bırakılarak hizmet alamaz duruma girmesi, Alman İş Bulma Kurumunun durumu ve aynı zamanda liman hizmetleri, bütün bunlar benim kanaatime göre tüketicieyle ilgili, ben tüketicieyi geniş bir biçimde anlıyorum.

Bir, ara tüketicileri tüketici kabul ediyorum. Ara tüketici dediğimiz tamir yapanlar, bakım yapanlar, servis verenler, bunları da tüketici sayıyorum, nihaî tüketici sayıyorum ve bir pazarda yer alan en son aktörleri ben tüketici kabul ediyorum, örnek iş arayanlar veya iş arz edenler. Onları da tüketici kavramı içerisinde mütalaa ediyorum ve kararlarda buna çok aykırı değil.

Böyle olunca bizim 6 ncı maddemizde yer alan beş bentten hemen hemen hepsinde tüketici var. Bir defa açık olarak “e” bendinde tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın yanında teknik girişimin kısıtlanması. Bu hükümlerin rakiple, yatay kısıtlama ve dikey kısıtlama ile ilgileri yok. Burada doğrudan doğruya rekabet de yok bence, ama rekabet buraya bir boyut kazandırmış, burada tüketici var.

İki; “c” fıkrasındaki bir mal ve hizmetle birlikte başka mal ve hizmetlerin alınmasının mecburi hale getirilmesi. Topluluk tatbikatından örnek; sörf alacağım, sadece sörfün ya yelkenini veya teknesini almak istiyorum. Hayır, bana diyor ki sörfü teknesi ve yelkeniyle birlikte alacaksın. Yelkenin parçalanmışsa, yırtılmışsa tek başına yelken almak durumuna gitmiyorum. Bu doğrudan doğruya tüketicieye yönelmiş bir hareket, klasik rekabet kavramı içerisinde mütalaa edilmesi mümkün değil. Ama hakim durum dolayısıyla, Avrupa Hukuku ve bizim hukukumuz bu noktayı bir genişleme yapmış.

Aynı şekilde biraz evvel söylediğimiz banka hizmetleri, teminat mektupları, kredi faizleri, bütün bunlar klasik rekabetin içerisinde değil, tüketicinin korunması amacıyla konulmuş olan hususlar. Buyurun.

İlmutluhan SELÇUK - Sorumu daha daraltmam gerekirdi, ama ben bir anda vaktin kısıtlı olmasından dolayı çok geniş ve anlamsız kaçan bir soru sordum ama, örneğin şu benim aklıma takılan bir soru; bizim kanunumuzun 6 ncı maddesinde yer alan eşit durumdaki alıcılara farklı koşullar ileri sürmek, eşit konumdaki tüketicilere farklı koşullar ileri sürmek hakim durumun son, nihai tüketicie farklı koşullar ileri sürmek konusunda görüşlerinizi alabilir miyim?

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Bunda hiç tereddüt göstermiyorum. Çok meşhur bir karar var, “*United Brands*” yani muz kararı, muz kararında doğrudan doğruya hatırlayacaksınız farklı tüketicilere farklı fiyat uygulanmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir. Yani “*United Brands*” kararına bakacak olursanız, bu sorduğunuz sorunun bence cevabını orada göreceksiniz.

İlmutluhan SELÇUK - Efendim, kabahatleriyle 86 ncı maddede özellikle alıcılar arası, alıcılara farklı satış gibi fiyat gibi farklı satış koşulları uygulanmak suretiyle alıcıların rekabette birbirlerine dezavantajlı hale gelmeleri 82 ncı maddenin bentleri arasında yer alan bir husus; tüketicilere farklı koşullar ileri sürülmesini ben bu maddeyle bağdaştırıyorum.

Kafamda soruların oluşmasının nedeni budur efendim.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Bir somut örnek verir misiniz?

İlmutluhan SELÇUK - Somut örnek olarak elimde bir dosya örneği var, ama bunu açmak istemiyorum. Tüketicilere satılan mal aynı olmasına karşın, malın homojen olmasına karşın tüketicilerin başkaca özelliklerinden dolayı, örneğin en son yanlış hatırlamıyorsam “*Deutsche Telekom*”da da vardı, bir ticari alıcılarla normal alıcılar arasında farklı koşullar fiyat gibi farklı satış koşulları ileri sürmüştü, ama tam somutlaştıramıyorum, aslında sormamın sebebi bu.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Şimdi, ben sorunuzu ne kadar anlayabildim bilmiyorum, ama şunu söyleyebilirim ki; eğer kullanılan metot ve uygulanmak istenen şartlar, olayınızı bilmiyorum, normal bir rekabetin şartlarına uymuyorsa, hakim durumun kötüye kullanılması vardır; muhatap kitle kim olursa olsun, ben bunu böyle görüyorum.

Şu: ben kendi satışımı artırmak için değil, kendimi daha iyi duruma getirmek için değil. Bir; başkalarını silmek için, iki; kendi durumumdan yararlanarak başkalarını, ki bu başkaları tüketici de olabilir; istismar etmek için metot uyguluyorsam, şart ortaya koyuyorsam, şart empoze ediyorsam, bizim 6 ncı madde çerçevesi içerisine girer düşüncesindeyim.

Oturum Başkanı - Şöyle yapalım izninizle sayın konuklar; verdiğimiz söze sadık kalalım ve dilerseniz burada kapatalım toplantıyı. Ben başka eller de görüyorum çok sayıda, fakat çıkarttığım sonuç şu benim: Biz belki hocamızı burada bir kez daha misafir edeceğiz, öyle gözüküyor. Çünkü bugün, hakim durumun bizatili kendisini de konuşmadık. Biraz önce hocamın da söylediği, sadece kötüye kullanma hallerini konuştuk. Bunu bile bitiremedik, sorulardan o anlaşılıyor.

Ben şimdi hocadan memnuniyetle sözcüğünü duydum ve cevabı aldığımı düşünüyorum.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Ben istediğiniz sıklıkta gelebilirim. Bunu başlangıçta bildireyim, konu yeni bir konu bir, ikincisi siz beni anlıyorsunuz ve bana inanıyorsunuz, ayrılmadan evvel başımdan geçen bir olayı anlatmak isterim.

Bir doktora dersi veriyorum. Bir boya fabrikasından bir pazarlama müdürü geliyor, bana iki de bir de diyor ki, “Niçin öyle olsun, ne karışyorsunuz” diyor. Aynen böyle söylüyor, “Ben onu öyle satarım, bunu böyle satarım” diyor.

Olayda şuydu: Metro “Saba”nın radyosu için stand vermeyi reddetmiş, o da dava açmış, “Bana stand vermiyor” diye, kararı bir tarafa bırakalım, öğrencim bana dedi ki; “Biz ne karışıyoruz, bina onun değil mi, organizasyon onun değil mi, onun için ister verir, ister vermez” ben bu felsefeyi anlatmaya gayret ettim olmadı, hâlâ doktora derslerimde böyle olaylar oluyor. İki hafta sonra geldi bana dedi ki, “Sizin anlattıklarınızı şirkette anlatıyorum, hiç kimse söylediklerinize inanmıyor”. O dersimiz öyle bitti.

Onun için sizler konuyu bilen kimseler olduğunuz için, gelip sizlerle tartışmaktan ben zevk duyuyorum. Çünkü böylelikle benim bilgilerimde somutlaşabilir ve benim bilgilerim de tasnif edilir hale geliyor. Çünkü bize yabancı bir felsefe ve biz başka bir sahada at koşturuyoruz; çünkü bütün kararlar, yabancı kararlar değil, metot bize yabancı, ilk defa biz Türkler olarak “Case” metodu burada uygulamak yoluna gidiyoruz. Ben istediğiniz sıklıkta gelirim,

konuşurum, böyle formel toplantılar olması da şart değil, daha samimi toplantılar şeklinde karşılıklı münakaşa etmek yoluna gidebiliriz.

Tabii sizin elinizde dosyalar var, soruyu çok açık soramıyorsunuz. Soruyu çok açık soramayınca da doğrusu ben bazı soruları tam olarak anlayamıyorum ve sizin de öyle sormak mecburiyetinde olduğunuzu da kabul ediyorum.

Oturum Başkanı - Biraz önce de belirttiğim gibi, henüz noktayı koyabildiğimiz bir konu değil. Bunu tartışmaya devam edeceğiz. Benim de aklımda sorular vardı, eğer zamanımız olsaydı örneğin hocamızla; bir mal yada hizmetin satışını, bir başka mal ve hizmetin satışına bağlamaya ilişkin, bizim 6 ncı maddemizin “c” bendinde yer alan hükmün hemen hemen aynısı bir başka kanunumuzda var. 4077 sayılı kanunun, satıştan imtina başlıklı beşinci maddesinde var, böyle bir olayda hangisini uygulayacağız bir soru bu. Diğer ürün pazarının daralmasından söz etti hocamız. Ama ürün pazarında daralmadan konuştuğumuzda yalnızca ilgili pazarda, ürün pazarının daralmasını konuşmuş olduk. Oysaki coğrafi pazarda eğilimin tersi olduğunu düşünüyordum, evet ilgili pazarda ürün pazarı anlamında bir daralma var, doğru! Fakat coğrafi pazarda da tersine bir genişleme var, gerek topluluk uygulamalarında, gerek birleşik devletlerin uygulamalarında. Onun da sebebi; ticaretin serbestleşmesi süreci ve teknolojik gelişme. Onları da tartışmayı düşünüyorduk, ama zaman bulamadık. Dolayısıyla yeniden sözün başına dönersek, bu konuyla ilgili yeniden hocamızı uygun bir zamanda misafir etmemiz gerektiğini bir kez daha söylüyorum, kendisinden de uygun görüşü aldığım için teşekkür ediyorum.

Toplantımıza burada son veriyoruz. Önümüzdeki hafta Perşembe günü Şubat ayının son toplantısında, Boğaziçi Üniversitesinden Doç. Dr. Ünal Zenginobuz bize konferans verecek. Konferansının başlığı; “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon” olacak. O toplantıda buluşmak üzere hepimize iyi akşamlar diliyorum, hocamıza da yeniden huzurunuzda teşekkür ediyorum.