

**REKABET HUKUKUNDA  
ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve UYGULAMASI**

Hakan Suat ÖLMEZ

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Temmuz 2003  
Rekabet Kurumu - Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;  
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

04/12/2001 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE  
Başkanlığında, 2 No'lu Daire Başkanı Halil Baha KARABUDAK,  
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan  
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,  
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 10/01/2002 tarih ve  
02-1/16 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"  
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-66-7

0119

*Sevgili Eşim Selma'ya ve  
Kızım Elif'e...*

## İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ .....	
KISALTMALAR .....	
GİRİŞ .....	

### Bölüm 1

#### GENEL OLARAK ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

1.1 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULANMASINDA GENEL KRİTERLER.....	
1.1.1 Zorunluluk .....	
1.1.2 Reddetme Eyleminin Varlığı .....	
1.1.3 Objektif Gerekçelerin Olmaması İlkesi .....	
1.2 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNDE PAZAR TANIMLAMASI .....	
1.3 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ UYGULAMASININ İKTİSADİ NEDENLERİ .....	
1.3.1 Dikey Entegrasyon Durumu .....	
1.3.2 Şikago Okulu Görüşü.....	
1.4 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN ABD UYGULAMASI.....	
1.5 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AB UYGULAMASI.....	

### Bölüm 2

#### ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ ve ÖRNEK VAKALAR

2.1 BİRYAY VAKALARI.....	
2.1.1 Biryay-I Vakası .....	
2.1.2 Biryay-II Vakası .....	
2.1.3 Oscar Bronner Davası ile Biryay Vakaları Arasındaki Temel Farklılıklar.....	
2.2 ETİ HOLDİNG VAKASI .....	

**Bölüm 3**  
**ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve**  
**FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI**  
**(ZORUNLU LİSANS YÜKÜMLÜLÜĞÜ)**

- 3.1 ABD UYGULAMASINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....
- 3.1.1 Kodak Davası.....
- 3.1.2 Xerox Davası .....
- 3.1.3 Intel Davası.....
- 3.2 AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....
- 3.2.1 Magill Davası.....
- 3.2.2 Tiercé Ladbroke SA v. Commission.....

**Bölüm 4**  
**ŞEBEKE ENDÜSTRİLERİ ve**  
**ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ**

- 4.1 ŞEBEKE ENDÜSTRİLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ .....
- 4.2 DOĞAL TEKELLERİN REGÜLASYONUNUN EKONOMİK AÇIKLAMASI.....
- 4.2.1 Tahsis Etkinliği (Allocative Efficiency, Pareto Etkinliği).....
- 4.2.2 Üretim Etkinliği .....
- 4.2.3 Rekabetin Desteklenmesi .....
- 4.2.4 Hakkaniyet ve Sosyal Amaçlar .....
- 4.3 ŞEBEKE UNSURLARINA GİRİŞ MESELESİ.....
- 4.4 ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve TELEKOMÜNİKASYON .....
- 4.4.1 Telekomünikasyon Sektöründe Ara Bağlantı İçin Temel Prensipler .....
- 4.4.2 Giriş Tebliği (Access Notice) .....
- 4.4.3 Türkiye’de Telekomünikasyon Sektörü ve Ara Bağlantı Meselesi.....
- 4.5. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve ENERJİ.....
- 4.5.1. Elektrik.....
- 4.5.2. Doğal Gaz/Petrol Boru Hatları.....
- 4.6. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve DOĞAL TEKEL ÖZELLİKLERİ GÖSTEREN DİĞER BAZI SEKTÖRLER.....
- 4.6.1. Demiryolu Hizmetleri.....
- 4.6.2. Havayolu Hizmetleri.....
- 4.6.3. Deniz Limanı Hizmeti.....

**Bölüm 5**  
**ZORUNLU UNSURUN FİYATLANDIRILMASI**

- 5.1. BAZI FİYATLANDIRMA TEKNİKLERİ.....
- 5.1.1. Baumol-Willing Kuralı .....
- 5.1.2. Ramsey Fiyatlandırma .....
- 5.1.3. Hesaplama-Muhasebe (Accounting) Yaklaşımı .....
- 5.2. TÜRKİYE'DE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNE  
İLİŞKİN ARA BAĞLANTI FİYATLANDIRMA İLKELERİ .....

**Bölüm 6**  
**ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN**  
**UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK**  
**SAKINICALAR**

- 6.1. YENİLİĞİN ve YATIRIMIN ENGELLENMESİ .....
- 6.2. BEDAVA KULLANIM (FREE RIDER) PROBLEMİ .....
- 6.3. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE YÖNELİK  
DİĞER ELEŞTİRİLER.....

**SONUÇ** .....

**ABSTRACT**.....

**KAYNAKÇA**.....

## SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayımlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlerle ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

**Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOğLU**

Rekabet Kurumu Başkanı

## KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AG	: Advocate General
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz	: Bakınız
CFI	: Court of First Instance
CMLR	: Common Market Law Reports
CMLRev	: Common Market Law Review
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
ELRev	: European Law Review
FMH	: Fikri Mülkiyet Hakkı
FTC	: Federal Trade Comission
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
No	: Numara
OJ	: Official Journal of The EC Commission
Par	: Paragraf
PatKHK	: 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Sa	: Sayı
S	: Sayfa
Vol	: Volume
Vs	: Vesaire



## GİRİŞ

Liberal ekonomik sistemin temeli olan serbest piyasa ekonomisi, teşebbüslerin piyasalarda serbestçe karar alabilmeleri temeline dayanır. Serbest piyasa ekonomisinde firmalar istediği firmayla akit yapma veya yapmama serbestisine sahiptirler. Serbest piyasa ekonomisinin, teşebbüslerin piyasalarda özgürce ve en az müdahaleyle hareket ederek piyasaların rekabetçi bir yapıya kavuşması ve böylece kaynakların etkin kullanımı, yeniliklerin teşviki, maliyetlerin dolayısıyla fiyatların düşerek tüketici refahının artırılması gibi birçok amacı vardır.

Serbest piyasa ekonomisinde devlet müdahalesi esas olarak en düşük düzeydedir. Fakat piyasalarda serbestçe hareket eden teşebbüsler bazen rekabet dışı davranışlarla piyasaların rekabetçi yapısını bozabilmektedirler. Bu durumda piyasaların tekrar eski rekabetçi yapısına kavuşturulması bezen devlet müdahalesini gerektirmektedir.

Rekabet hukukunda “zorunlu unsur doktrini”<sup>1</sup> olarak adlandırılan ve kısaca, bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz unsurları belirten doktrin, liberal ekonominin temelini teşkil eden akit yapma serbestisine istisna teşkil eden bir uygulamadır. Çünkü zorunlu olarak kabul edilen unsura sahip olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, sahip oldukları bu unsuru başka teşebbüslere kullandırma mecburiyeti getirilmektedir. Bu doktrin ilk bakışta serbest piyasa modelinin özüne aykırı gibi görünmekle birlikte rekabet politikalarının bir gereği olarak piyasaların daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasında bazen çok önemli roller üstlenmektedir.

ABD Antitröst uygulamalarında ortaya çıkan ve zamanla Avrupa Topluluğu rekabet hukukuna yerleşen “zorunlu unsur doktrini”, genellikle dikey ilişkili piyasalarda bulunan bir teşebbüsün alt piyasalardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için olmazsa olmaz bir unsura sahip olması ve bu

---

<sup>1</sup> Orjinal adı “essential facilities doctrine” dir. Tez’de bu ifadenin karşılığı “zorunlu unsur doktrini” olarak kullanılmakla birlikte henüz yeni yerleşmekte olan Türk rekabet hukuku literatüründe farklı karşılıklar kullanılabilir. Bu kullanımlardan bazıları; “temel kaynak faaliyet” (Gül,2000,s:98), “esaslı/vazgeçilmez unsur kuralı”(Öz, 2000, s; 133), “temel kolaylıklar” (Esin, 1998, s; 201, Akbal, 2000, s; 43), “Elzem kaynaklar doktrini” (Boztosun, 2002, s: 22).

unsuru alt pazardaki teşebbüslere kullandırmayarak rekabeti kısıtlaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu tür durumlarda rekabet otoriteleri tarafından zorunlu unsur olarak tespit edilen varlık/imkan/unsuru elinde bulunduran teşebbüse bu unsuru diğer teşebbüslere kullandırma yükümlülüğü getirilmektedir

Bu tezin amacı; “zorunlu unsur doktrininin”, tanımı, kullanım amacı, hangi durumlarda uygulanabileceği, piyasalara ne gibi etkileri olabileceği, kullanımından çıkan sorunlar gibi genel tartışma konuları ile birlikte bir çerçevesini çizerek, çok tartışmalı bir konu olan fikri mülkiyet hakları (FMH) ile ilişkisi ve dünyadaki liberalleşme eğiliminin artmasıyla ön plana çıkan şebeke endüstrilerindeki yeri ve önemini incelemektir. Ayrıca doktrinin genel uygulamalarına baktıktan sonra Türk rekabet hukukundaki uygulaması da göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır. Doktrin açıklanmaya çalışılırken mümkün olduğunca davalara değinilecek fakat benzer nitelikteki davalara daha az yer vermeye çalışılacaktır. Doktrinin genel olarak ABD, AB ve Türkiye uygulamasına değinilecek ve literatürde kesin bir fikir birliğine ulaşılamayan uygulaması hakkında genel bir çerçeve sunulmaya çalışılacaktır.

Bu bağlamda Tez’in ilk bölümü *zorunlu unsur doktrininin* tanımı ve gelişimine ayrılmıştır. Bu bölümde genel olarak zorunlu unsur doktrininin ne ifade ettiği, doktrinin uygulanması için ne gibi kriterlerin gerekli olduğu hususlarına değinilecektir. Ayrıca, rekabet hukukunun sadece bir hukuk dalı olmayıp piyasaların iktisadi faaliyetlerini çok derinden etkileyebilmesi ve rekabet politikaları oluşturulurken, neden sonuç ilişkilerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğinden hareketle aynı bölümde, doktrinin uygulamasının iktisadi nedenleri üzerinde de kısaca durulacaktır. Ardından çerçevesi çizilen doktrinin ABD ve AB uygulamaları çeşitli davalar bazında ele alınacaktır.

ABD ve AB rekabet hukuku uygulamaları incelendikten sonra ikinci bölümde zorunlu unsur doktrininin Türk rekabet hukukundaki yeri ve *doktrin* ile ilgili vaka örneklerine yer verilecektir. Henüz yeni bir kurum olan Rekabet Kurumu’nun doktrin ile ilgili aldığı önemli kararlara değinilecek ve bu kararlardan olan Biryay vakalarıyla<sup>2</sup> AT uygulamasında önemli bir yeri olan Oscar Bronner davası karşılaştırılacaktır.

Üçüncü bölümde, *zorunlu unsur doktrininin* kullanımında en çok sorun ve tartışma bulunan fikri mülkiyet hakları ve zorunlu unsur doktrini ilişkisi incelenecek, hem ABD, hem de AB uygulaması açıklanmaya çalışılacaktır. Fikri Mülkiyet Haklarında doktrinin uygulanmasının nasıl olacağı hususunda henüz literatürde bir fikir birliği oluşmaması nedeniyle örnek davalara yer verilerek konunun daha iyi anlaşılmasına imkan tanınmaya çalışılacaktır.

---

<sup>2</sup> 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kurul Kararı (Biryay-I), ve 14.12.2001 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kurul Kararı (Biryay II)

Dördüncü bölümde, özellikle son yıllarda Türkiye’de ve Dünya’da hızla artan liberalleşme sürecinde önemli bir yer tutan ve doğal tekel niteliği gösteren bölümler içermesi nedeniyle bağlantılı pazarlardaki rekabetçi yapıyı da yakından ilgilendiren şebeke endüstrilerinde zorunlu unsur doktrininin ne olduğu, nasıl uygulanacağı üzerinde durulacaktır. Ayrıca diğer şebeke endüstrilerine de örnek teşkil etmesi açısından telekomünikasyon sektörüne ilişkin zorunlu unsur doktrini temelinde düzenlemeler ve zorunlu unsur doktrini ile birebir ilişkili olan ara bağlantı meselesine değinilecek, Türkiye’de ara bağlantı konusuyla ilgili Kanun ve Telekomünikasyon Kurumu’nun düzenlemelerinden bahsedilecektir. Yine aynı bölümde doktrinin enerji sektöründeki uygulanaşına ve doğal tekellerin rekabete açılmasında ve zorunlu unsur doktrininin uygulamasında önemli yerleri olan demiryolu, havalimanı ve deniz limanı hizmetlerine de kısaca değinilecektir.

Zorunlu unsur doktrininin tespiti ve regülasyonu bazı durumlarda piyasaların rekabetçi yapısını sağlayamamaktadır. Özellikle zorunlu unsura sahip teşebbüsler eğer alt veya üst piyasalarda da rekabet halinde iseler o piyasalardaki avantajlı durumlarını kaybetmemek için zorunlu unsuru rakiplerine kullandırma yükümlüğü verilse dahi, kullandırma sırasında bazı eylemlere girişerek rakiplerin bu unsurdan faydalanmalarını zorlaştırabilirler. Komisyon bu tür uygulamaların reddetme eylemi ile aynı değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu şekilde engellemeler için en önemli enstrümanlardan birisi, sahip olunan unsur için uygulanan fiyat politikalarıdır. Böyle durumlarda sadece zorunlu unsur üzerinde regülasyona gitmek yetersiz kalmakta ve piyasaların rekabetçi yapıya kavuşturulması için ek regülasyona ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle beşinci bölümde ek regülasyon olarak, zorunlu unsurun fiyatlandırılması konusuna değinilecektir.

Altıncı bölüm ise *doktrinin* uygulaması esnasında, piyasalarda rekabetçi yapılar oluşturulmaya çalışılırken, uzun vadede piyasaları negatif yönden etkileyebilecek bazı hususlara dikkatleri çekerek, doktrinin uygulanması sırasında bu hususların göz önüne alınarak daha hassas tespitlerin yapılmasını teminen, *doktrinin* uygulamasında doğabilecek sakıncalara yer verilecektir.

Tez’in son bölümü ise önceki bölümlerde elde edilen bilgiler *ışığında* zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının nasıl olması gerektiği, yeni olan Türk Rekabet Kurumu çalışmalarında “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun” hükümleri çerçevesinde *doktrinin* nasıl uygulanması gerektiği hususunda bazı değerlendirmeler yapılacaktır.

## BÖLÜM 1

# GENEL OLARAK ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

Zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulamadır. Zorunlu unsur doktrini genellikle dikey bütünleşik piyasalarda söz konusu olmaktadır. Birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir imkan/tesis/altyapı vb. bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez ise ve bu unsurun alternatifinin oluşturulması hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün değilse, bu durumda bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açmak için zorunluluk getirilmektedir<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Rekabet hukukundaki *zorunlu unsur doktrininden* kaynaklanan *anlaşma yapma yükümlülüğü*, hakkında, hukukumuz için yeni ve yabancı bir müessese olduğu şeklinde tereddütler oluşmaktadır. Bu tereddütlere rağmen, anlaşma yapma yükümlülüğü ne Kıta Avrupası'nın klasik Medeni Hukukuna ne de klasik Türk/İsviçre Medeni Hukuk sistemlerine yabancı bir müessesedir. Klasik Medeni Hukukta *sözleşme yapma borcu* üç kaynaktan doğar. Bunlar; (1) Açık ve özel kanun hükmü (örn. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/1 "Satıcı teşhir ettiği malın satışından kaçınamaz"), (2) Ön sözleşme (örn. Gayrimenkul satış vaadi), (3) Medeni Kanun'un m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.. Klasik Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku literatüründe (hem İsviçre'de, hem Almanya'da hem de Türkiye'de), açık ve özel kanun hükmü olmaksızın, tüm özel hukukta uygulanması mümkün bulunan bir genel kural olarak, *dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının somut bir olaydaki koşulların gerektirmesi halinde sözleşme yapma zorunluluğunun bir kaynağı olabileceği* (böylelikle de, bu genel kuralın sözleşme serbestisini anayasaya uygun olarak sınırlandıran bir kanun hükmü teşkil edeceği) haklı olarak ileri sürülmektedir. Örneğin, 4054 sayılı Kanun yürürlükte değilken dahi, *tekel konumundaki teşebbüslerin haklı sebep olmadıkça satıştan kaçınamayacakları* (yani satım sözleşmesi yapmak zorunda oldukları) Medeni Kanun m. 2 hükmüne dayanılarak Medeni Hukuk literatürüne girmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Hukukundaki *zorunlu unsur doktrininden* kaynaklanan *anlaşma yapma yükümlülüğünün*, hukukumuz için çok yeni ve yabancı bir müessese olduğu şeklindeki tereddütlerin bir temelini olduğunu söylemek mümkün değildir (Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalası, 2002, s: 6).

Zorunlu unsur doktrini rekabet hukuku uygulamasının olduğu ülkelerin çoğunda hemen hemen aynı anlamda kullanılmaktadır. OECD'nin 1996 yılında yayınlamış olduğu “Zorunlu Unsur Kavramı” başlıklı çalışmada (OECD, 1996), zorunlu unsur;

“rakiplerin bağlantılı piyasalarda mal veya hizmet üretmek için yararlanmak zorunda oldukları ve aynıının yapılmasının imkansız olduğu veya ekonomik olarak rasyonel olmadığı unsurdur”

olarak tanımlanmıştır.

Aynı çalışmada, AB uygulamasında konuya, Roma Antlaşmasının 82 nci maddesinde yer alan “hakim durumun kötüye kullanılması” kavramı çerçevesinde yaklaşıldığı, zorunlu unsur kavramının, hakim durumda olan bir firmanın hizmet veya mal sağlamanın reddi anlamında değerlendirildiği, dolayısıyla “hakim durumda bulunma” ölçütünün yeterli sayılarak, zorunlu unsura sahip olan teşebbüsün mutlaka tekel konumunda olmasının gerekmediği belirtilmiştir.

Konuya ilişkin ABD uygulaması AB uygulamasından görece daha farklıdır. Avrupa Birliğinde, doktrinin uygulanması için hakim durumda olma kriteri önkoşul sayılırken, ABD uygulamasında tekel olma koşulu aranmaktadır. Bu nedenle ABD uygulamasının AB uygulamasına göre daha sınırlı olduğu söylenebilmektedir.

OECD'nin yukarıda anılan çalışmasında, zorunlu unsur sahibinin, pazara girecek olan bir firmanın makul koşullar çerçevesinde bu unsurlardan yararlanmasına izin vermemesinin, firmanın pazara girişini engellediği için rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği, hatta zorunlu unsura sahip firmanın belirli şartlar çerçevesinde rakiplerini bu unsurlardan yararlanmasını sağlayacak tedbirler alınmasının rekabetin tesisi için gerekli olduğu belirtilmiştir.

Zorunlu unsur doktrininin genel hatlarını çizmek açısından, bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi ve zorunluluk tespiti ardından rekabet

---

Bununla birlikte yine Türk hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetine konu olan zorunlu geçit hakkını da sözleşme yapma yükümlülüğüne örnek olarak verebiliriz. Türk Medeni Kanunu zorunlu geçit başlıklı m. 747'de “*Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir. Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceğe olana karşı kullanılır. Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir*” denilmektedir. Görüldüğü üzere gerekli koşulların sağlandığı ve anlaşma yükümlülüğünün zorunlu hale geldiği çeşitli durumlarda hukuk sistemine benzer hükümler konulmuştur. Kaldı ki hızla değişen ekonomik yapılara aynı hızda ayak uydurmak zorunda olan Rekabet Hukuku'nda buna benzer uygulamalar olması yadırganacak bir durum değildir.

hukuku açısından bu unsurun kullandırılmamasının bir ihlal teşkil etmesi için hangi şartların gerektiği hususlarının açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

### **1.1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULANMASINDA GENEL KRİTERLER**

Bir teşebbüsün faaliyetinin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ihlal niteliği taşıması için öncelikle unsurun zorunlu olduğunun ispatlanması ve ardından bu unsura erişimin reddediliyor olması gerekmektedir. Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temelde iki kriter bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) unsura sahip firmanın ilgili pazarda hakim durumda olması ve (2) bu unsurun benzerinin ‘makul şartlarda’ yapılamıyor olmasıdır. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için (3) bir reddetme eyleminin bulunması ve (4) bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmıyor olması zorunluluğu bulunmaktadır.

#### **1.1.1. Zorunluluk**

Doktrinin bir olayda uygulanabilmesi için, öncelikle unsurun zorunlu olup olmadığının tespit edilmesi gereklidir. Zorunluluğun belirlenmesi için, varlığın hem aşağı (ikincil) pazardaki rekabet için hayati bir önem taşıdığı hem de benzerinin kurulmasının pratikte ve makul ölçütler çerçevesinde imkansız olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Unsurdan faydalanmak isteyen rakipler, buldukları piyasada faaliyetlerini sürdürmek veya rekabetin varlığı için bu unsurun mutlaka gerekli olduğunu göstermek zorundadırlar. İlgili kaynağın sadece daha avantajlı olması yeterli değildir. Komisyon;

“...zorunluluğun ispatlanması için, sadece reddetme sonucunda bir uygunsuzluk hatta bir takım ekonomik kayıplar yeterli değildir...ve teşebbüsün alternatifi olmaması nedeniyle pazardan dışlanacağını ispatlaması gerekir..”

diyerek unsurun hayati derecede önemli olması gerektiğini vurgulamıştır. (Tekdemir, 2001,s.14)

Komisyon “...bir teşebbüs tarafından kontrol edilen unsur, söz konusu kontrol beraberinde aşağı pazarda tüm rekabeti yok etme gücünü taşıyorsa zorunludur...” diyerek aynı yaklaşımı benimsemiştir. Komisyon’un bu görüşünde, zorunlu unsur doktrininin rakipleri korumak için değil tüm bir piyasanın rekabetçi yapısını korumak için kullanılması gerektiği, reddetme eyleminin mevcut veya potansiyel rakiplerin pazara girişi önünde ağır bir engele neden olduğunun gösterilmesinin gerekliliği kabul edilmektedir.

Zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanma olabilmesi için, unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda, diğer teşebbüsler içinde de zor olması gerekmektedir.

#### **a) Hakim Durumda Bulunma Kriteri**

Bir unsurun zorunlu olması için unsura sahip firmanın ilgili piyasada hakim durumda bulunması gerekmektedir. Zorunlu unsur doktrininin temel mantığından hareketle zaten hakim durumda kabul edilmeyen bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsura zorunlu demek yanlış olacaktır.

Komisyon'un telekomünikasyon sektörü için yayınladığı Giriş Tebliği'nde<sup>4</sup> “zorunlu unsur olarak kabul edilen bir unsura girişi kontrol eden bir teşebbüs 86. madde (eski 82) anlamında hakim durumda kabul edilir fakat hakim durumdaki bir teşebbüs herhangi bir zorunlu unsuru kontrol etmeyebilir (Par. 69)” denmektedir. Buradan anlaşıldığı üzere bir unsurun zorunlu olduğu tespit edildiğinde o unsuru kontrol eden teşebbüs de otomatikman hakim durumda sayılacaktır.

Zorunlu unsur doktrini ve hakim durum ilişkisinde Türkiye uygulamasında Biryay vakalarında alınan Karar'a bakmakta yarar görülmektedir. Vaka'da Rekabet Kurulu, Belediyelerin tahsis ettiği gazete satış büfelerini zorunlu unsur olarak değerlendirmiş ve bu yerlerde hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin tüm yayınların satımının sağlanması gerektiğini belirterek, hangi teşebbüs burayı kiralarsa kiralasın otomatik olarak “hakim duruma” geçeceğini zımnen kabul etmiştir. Buradan anlaşıldığı üzere Türk rekabet hukuku uygulamasında da zorunlu unsura sahip olmak hakim durumda sayılmak için yeterli görülmüştür.

#### **b) Alternatif Unsurun Kurulmasının İmkansızlığı veya Rasyonel Olmaması**

Unsurun zorunluluğunu ispatlamak için alternatif, sürdürülebilir bir varlığın makul ve uygulanabilir bir şekilde kurulmasının imkansız olduğunun ya da rasyonel olarak mümkün olmadığının ispatlanması gerekmektedir. Unsurun alternatifinin kurulmasının zor olmasında bazı kriterler şunlardır (Areeda ve Howenkamp,1996, s. 736).;

- Coğrafi ve topografik güçlükler;
- Hukuki sınırlamalar,
- Doğal tekel durumu,
- Darboğaz (bottleneck) oluşumu,
- Unsurun kurulması için kamu desteğinin gerekliliği,

---

<sup>4</sup> Telekomünikasyon sektöründe giriş anlaşmalarına uygulanacak rekabet kuralları hakkındaki tebliğ. (OJC 265, 22.8.1998 ), bundan böyle “Giriş Tebliği” olarak anılacaktır.

- Minimum bir pazar koşulu,
- Teknolojik kısıtlamalar;
- Ekonomik kısıtlamalar,

Yüksek yatırım maliyeti bir unsur zorunlu hale getirebilir fakat bu durum her sektörün kendine özgü dinamiklerine göre değerlendirilmelidir. Yatırım miktarının piyasaya giriş için bir engel oluşturabilmesi için yatırım maliyetinin başka teşebbüslerin aynısını yapamayacağı kadar yüksek olması yeterlidir. Bununla birlikte rakiplerin aynı yatırımı yapmaları durumunda dezavantajlı duruma gelecekleri veya ek maliyetlere girecekleri savunması doktrinin uygulanması için yeterli değildir. Doktrin teşebbüsleri tek tek değil piyasadaki tüm rekabeti koruma amacına yöneliktir. Bu nedenle yatırım maliyetlerinin piyasadaki tüm rekabeti bozacak düzeyde olması durumunda doktrin uygulanabilecektir (Venit ve Kallaugher, 1994 s. 324).

Bir unsurun benzerini yapmak her halükarda rakipler için maliyet teşkil edecektir. Eğer alternatif unsurun yapılamaması kriteri dar yorumlanırsa, bir unsur ilk yapan teşebbüs haksızlığa uğramış olacak ve sonucunda hiçbir teşebbüs işlerini kolaylaştırıcı yeni bir unsur yaratmak için çaba sarf etmeyecek, diğer firmaların bunu gerçekleştirmesini ve kendilerinin kolayca bu unsurdan faydalanmalarını bekleyeceklerdir.

Alternatif unsurun kurulamaması ilkesi sıkı bir şekilde uygulanırsa, zorunlu unsur doktrininin uygulanabileceği gerçek durumlar; genellikle, doğal tekel özellikleri gösteren veya benzerlerinin kurulması kanun ile yasaklanan ve/veya genellikle özel teşebbüslerce kurulmadığı için kamu kaynaklarıyla desteklenen varlıklarla sınırlı kalacaktır. (Areeda ve Hovenkamp, 1996, s. 675).

### **1.1.2. Reddetme Eyleminin Varlığı**

Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında rekabetin kısıtlandığının iddia edilebilmesi için öncelikle bir reddetme eyleminin varlığı gerekmektedir. Ortada bir reddetme eylemi bulunmadığı takdirde zorunlu unsur doktrininin de uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Reddetme eylemi açıkça olabileceği gibi bazı durumlarda rakiplere karşı unsurdan faydalandırmamak için çok ağır şartlar ileri sürmek vasıtasıyla da olabilir ki, bu tür ağır şartlar komisyon tarafından reddetme eylemi ile aynı ağırlıkta bir ihlal değerlendirilmektedir.

Reddetme eylemine ilişkin olarak AB rekabet hukuku bakımından tartışılması gereken çok önemli bir husus, üst pazarda güçlü olan teşebbüsün reddetme eyleminin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için aşağı pazarda pazar gücüne sahip olmasının gerekli olup olmadığıdır. ABD uygulamalarında üst pazarda tekel konumunda olan teşebbüsün aşağı



pazarda da önemli bir pazar gücüne sahip olması şartı aranmaktadır. Bu şart aslında doktrinin ABD'deki uygulama kapsamını oldukça kısıtlamaktadır (Tekdemir, 2001).

ABD uygulamasında benimsenmeyen görüşe göre, zorunlu unsurun uygulanması için bu unsuru kontrol eden teşebbüsün aşağı pazarda hakim durumda olması bir önkoşul değildir. Bir teşebbüsün üst pazarda hakim durumda olması ve alt pazardaki rekabeti etkilemesi yeterlidir denilmektedir (Nikolinakos, 1999, s. 407, Lang, 1994, s. 482). Bununla birlikte zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün hem üst hem de alt piyasalarda faaliyette bulunması, alt pazardaki rekabetin kısıtlanma olasılığını daha fazla artıracığından dolayı rekabet otoritelerinin bu tür piyasalarda daha dikkatli olmaları gerekebilecektir.

Zorunlu unsura sahip olan teşebbüs alt piyasada faaliyette bulunmuyorsa ve alt piyasalardaki herhangi bir teşebbüsün bu unsurdan faydalanmasını engelliyorsa rekabet otoritelerinin tavrının ne olacağı ABD uygulamasında açık değildir. Bu nedenle ABD uygulamasının zayıf olduğu düşünülmektedir. Bir unsur zorunlu olarak kabul edildikten sonra bu unsura sahip olan teşebbüsün hangi piyasada faaliyette bulunup bulunmadığının önemi olmadığı, bu konunun sadece reddetme eyleminin ağırlığıyla alakalı olabilecek bir konu olduğu kanısındayız.

### 1.1.3. Objektif Gerekçelerin Olmaması İlkesi

Zorunlu unsurdan yararlanma talebinin reddedilmesinin, per-se ihlal olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Eğer zorunlu unsura sahip teşebbüsün unsurdan faydalandırmamak için haklı gerekçeleri var ise, unsur zorunlu olarak kabul edilse dahi reddetme eylemi ihlal teşkil etmez. Objektif gerekçeler duruma göre farklı olabilmektedir. Genelde teknik uyumsuzluk, kapasite yetersizliği, ek maliyetler gerekliliği gibi çeşitli gerekçeler ileri sürülebilir. Bu gerekçelerin her olayda ayrı ayrı ve o vakaya özgü değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir reddetme eylemi olduğunda, zorunlu unsura sahip teşebbüsün gerekçelerinin ele alınması, haklı olup olmadığının veya reddetme eyleminin giderilmesi için yapılması gereken şeylerin neler olduğunun ve bunların teşebbüs tarafından giderilmesinin ne derece mümkün olabileceğinin tespiti, doktrinin adil bir şekilde uygulanması için çok önemlidir.

Yukarıda bahsedilen kriterler ışığında *zorunlu unsur doktrini*ni şöyle formüle edilebilir:

Hakim durumdaki (ABD uygulamasında tekel durumdaki) bir firma tarafından sahip olunan, aynısının yapılması başka teşebbüsler için teknik, hukuki veya ekonomik olarak mümkün olmayan veya rasyonel olarak çok zor olan ve bağlantılı bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir özellik sergileyen bir unsurun, talepte bulunan rakiplere geçerli bir teknik veya ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullandırılmaması hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.

## 1.2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNDE PAZAR TANIMLAMASI

Zorunlu unsur doktrininin uygulanması, ancak hakim durumdaki bir firmanın söz konusu olduğu ve bir piyasaya giriş için zaruri olan unsurların varlığı halinde mümkün olabildiğinden, bu doktrinin uygulanması sürecinde pazar tanımlamasının önemi büyüktür. Şöyle ki; ilgili ürün pazarı tanımlanırken zorunlu unsur olarak kabul edilen altyapı, hammadde veya benzer nitelikteki unsurların kendisi mi bizzatıhi ilgili ürün pazarı olarak kabul edilecek yoksa bu unsurlardan faydalanarak girilmek istenilen pazar mı ilgili ürün pazarı olarak belirlenecektir. Örneğin, bir liman gemi işletmecileri için olmazsa olmaz bir unsurdur. Gemi işletmecilerinin faaliyet gösterdiği piyasa gemi ile taşımacılık hizmetinin verilmesidir, fakat gemi işletmecilerinin bu faaliyetlerini sürdürebilmeleri ancak limanlara girebilmeleri ile mümkün olabilecektir. Bu durumda ilgili ürün pazarı gemi işletmeciliği pazarı mı yoksa liman işletmeciliği pazarı mı olacaktır.

Bu konuda çeşitli görüşler vardır. Bazı görüşler zorunlu unsurun kendisinin bizzatıhi ilgili pazar olduğu görüşünü savunurken (Lang, 1994, s. 276) diğer bir görüş, ilgili pazarın zorunlu unsurun kendisi olmayıp bu zorunlu unsur vasıtasıyla girilen pazar olduğunu ileri sürmektedir (Venit ve Kallaugher, 1994, s. 331).

Zorunlu unsur doktrininin uygulandığı davalarda hem alt hem üst pazar analizinin yapılmasının daha sağlıklı olacağı düşünölmektedir. Bir tesis/imkan zorunlu unsur olarak belirlendiği takdirde zaten o unsura sahip firma hakim durumda kabul edilmektedir. Fakat zorunlu unsur olup olmadığı tespiti hemen yapılamıyorsa önce hakim durum analizinin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle zorunlu unsurun bulunduğu pazarın iyi tanımlanması kritik önem taşımaktadır.

Bununla birlikte bir imkan/tesisın zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için bu unsur kullanılarak girilmek istenen alt pazarın tanımlanması da çok önemlidir. Çünkü zorunlu unsur doktrininin uygulanması için alt pazardaki rekabetin kısıtlanması şart koşulmakta, yani teşebüslerin değil piyasanın rekabetçi yapısı gözötilmektedir. Alt piyasalardaki rekabetin etkilenip etkilenmediğinin tespiti de o piyasada yapılacak piyasa analizleriyle mümkün olabilecektir. Zorunlu unsura ihtiyaç duymadan piyasada varolmanın mümkün olup olmadığı, hem talep hem de arz ikamesi şartlarının ne düzeyde olduğu gibi pazar analizlerine ihtiyaç duyulabilecektir. Bu nedenlerle alt pazarın da iyi tanımlanması gerekmektedir.

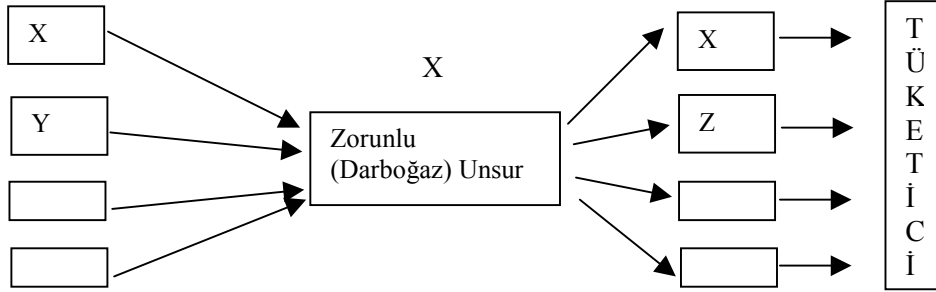
Bu konuda Türk rekabet hukukuna bakacak olursak, ilgili pazar açısından Biryay davalarının açıklayıcı olabileceği düşünölmektedir. Biryay davalarında, belediyeler tarafından tahsis edilen gazete satış büfeleri hangi dağıtım şirketi elinde olursa olsun başka dağıtım şirketlerinden gelen yayınları

satmak mecburiyetinde bırakılarak, hangi dağıtım şirketi buraları kiralarsa kiralsın hakim durumda sayılacağı zımnen kabul edilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere bir teşebbüsün hakim durumda sayılması unsura sahip olmasına bağlanmış ve dolaylı olarak ilgili pazar belediyelerin tahsis ettiği gazete satış büfeleri olarak belirlenmiştir. Bu davayla Kurul, bir unsurun zorunlu olup olmadığının tespitinden sonra ilgili pazarın zorunlu unsurun kendisi olabileceğini zımnen kabul etmiştir.

### 1.3. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ UYGULAMASININ İKTİSADİ NEDENLERİ

Zorunlu Unsur Doktrini'nin uygulanması Komisyon'un telekomünikasyon, gaz, enerji, elektrik, taşıma gibi şebeke endüstrilerinin serbestleştirilmesi politikalarında çok önemli bir rol oynamıştır. Bunun yanında doktrin ile ilgili uygulamalara bakıldığında doğal tekel niteliği olmayan diğer sektörlerde de kullanımının gerçekleştiği görülmektedir. (Bishop ve Walker, 1999).

Zorunlu unsur doktrini, literatürde darboğaz unsur (bottleneck) olarak da geçmektedir. Bir üretim zincirinin farklı aşamalarında alt veya üst pazarın herhangi birinde tekel durumunun olması üretim zinciri içerisindeki diğer pazarlarda faaliyette bulunan teşebbüsleri tekel unsura bağımlı kılmaktadır. Darboğaz niteliğindeki unsurlara sahip teşebbüslerin bu unsurlar üzerindeki haklarını diğer piyasalardaki rekabetçi yapıyı bozmayacak şekilde kullanmaları esastır.

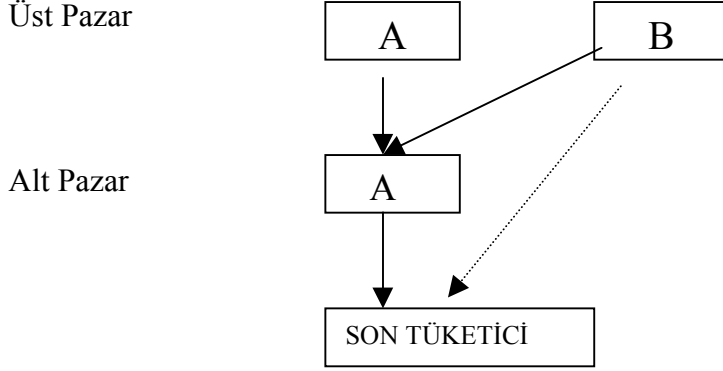


Şekil 1: Zorunlu Unsur Doktrininin Şematik Anlatımı

Yukarıdaki şekilde görüldüğü gibi, burada bir üretim zinciri söz konusudur. Alt pazarda ve üst pazarda rekabet halinde olan teşebbüsler zorunlu unsura sahip olan X teşebbüsüne bağımlı durumdadırlar. Bu unsur bazı zamanlarda bir hammadde bazen bir telefon ağı bazen demiryolu bazen bir liman hatta bazen sadece bir köprü dahi olabilmektedir. Şekilde görüldüğü üzere zorunlu unsura sahip olan X teşebbüsü hem alt hem de üst pazarlarda faaliyette bulunabilmektedir. Bu durumda teşebbüs zorunlu unsura sahip olduğu pazardaki

gücünü kullanarak diğer faaliyette bulunduğu pazarlardaki rekabetçi yapıyı kendi lehine bozma imkanına sahip olabilmektedir.

Başka bir örnek vermek gerekirse;



**Şekil 2:** Alt Sektörlerde Darboğaz Olması Durumu  
(Üst Pazar Düopol Alt Pazar Monopol)

Yukarıda görüleceği üzere A şirketi ve B şirketi aynı pazarda faaliyet gösteren iki firmadır. Her ikisinin de tüketiciye ulaşması için Alt pazardaki girdiye ihtiyacı vardır. Alt pazardaki girdi üst pazardaki A şirketine aittir ve eğer A şirketi bu girdiyi B şirketine vermeyi reddederse B şirketinin piyasada faaliyet gösterip tüketiciye mal satması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle şekildeki girdi B şirketi için bir zorunlu unsur olmaktadır (Bishop ve Walker, 1999, s; 116).

Bir unsurdan faydalandırmanın reddi piyasaya ikinci bir teşebbüsün girmesini engelleyeceğinden, piyasadaki rekabetçi yapıyı azaltacak bir etki doğuracaktır. Bu konuda iki argümanın tartışılması gerekmektedir. İlki teşebbüslerin zorunlu olarak kabul edilen unsura neden gereksinme duyduğu, yani gerçekten bu unsurun kullanılma isteğinin gerekçesidir. İkincisi ise zorunlu kabul edilen unsurun nelerden oluştuğu, neleri kapsadığıdır. Bu tanımlama, zorunlu unsurdan faydalandırmanın rekabeti ne derece azalttığıнын belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Bağlantılı piyasalarda zorunlu unsurun kullanımının reddedilmesiyle zorunlu unsur olarak kabul edilmeyen unsurların reddedilmesinin rekabetçi piyasayı ne derece bozduğu, farklı durumlarda farklı değerlendirilebilecek konulardır. Bu nedenle zorunlu unsur uygulaması her davada ayrı analiz yapılması gereken bir olgudur.

Zorunlu olarak kabul edilen unsuru elinde bulunduran teşebbüs ayrıca bu unsurdan faydalanarak bir alt piyasada faaliyette bulunmakta olan teşebbüslerle de rekabet halinde olabilir. Bu durumda teşebbüs piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı

ve dolayısıyla piyasanın etkinliğini azaltıcı iki türlü strateji izleyebilir. İlki, üst pazar olarak nitelendirilen zorunlu unsuru alt pazarda rekabet ettiği rakiplerine kullandırmamak suretiyle rakiplerini piyasadan saf dışı etmek ve pazarda tekel konumuna gelerek alt pazardaki faaliyetinde teknelci fiyat uygulayıp kârını maksimize etmektir (Langolis, 1999, s; 8). İkinci strateji ise, zorunlu unsuru alt pazarda faaliyette bulunduğu rakiplerine kullandırmakla beraber, bu unsur üzerinde sahip olduğu teknelci gücü kullanarak yüksek fiyat uygulayıp bunun neticesinde zorunlu unsurdan teknelci kar elde etmektir.

Diğer bir deyişle zorunlu unsur sahibi teknelci karını ya zorunlu unsur üzerinden ya da diğer faaliyette bulunduğu alt pazardan elde edebilir (Langolis, 1999, s; 8). Bu nedenle düzenleyici kurumların bu tür piyasalardaki tavırları piyasanın rekabetçi yapıya ulaşması açısından hayati önem taşımaktadır. Düzenleyici kurumlar hem alt piyasalara giriş için zorunlu olan unsurdan yararlanma imkanı sağlamalı hem de bu yararlandırma esnasında teşebbüslere getirilen maliyetlere dikkat etmelidirler.

### **1.3.1. Dikey Entegrasyon Durumu**

Zorunlu unsurun bulunduğu pazar ile alt veya üst pazar arasındaki bir entegrasyonun refah seviyesini artırıcı veya azaltıcı etkisi de bulunmaktadır. Eğer bir üst pazardaki monopolcü firma aynı oranda girdi kullanan ve sabit hasılat elde eden benzer yapıdaki alıcılara ürün satıyorsa, bu durumda monopolcü firmanın alt pazardaki firmayla entegrasyona gitmesi refah seviyesine katkıda bulunmayacaktır. Eğer piyasadaki durum bu şartları karşılamıyorsa, belki üst ve alt pazarlardaki firmaların bir entegrasyona gitmeleri daha kârlı olabilecektir (Siclen, 1996).

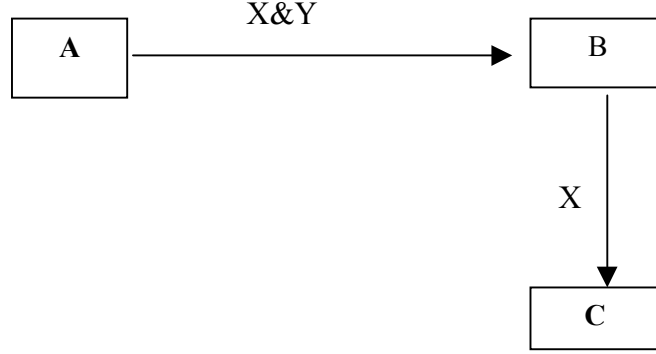
Tüm diğer şartlar karşılanmakla beraber, eğer girdi miktarı sabit oranlarda kullanılmıyorsa ve girdi fiyatı marjinal maliyet üzerindeyse, bu durumda dikey entegrasyon refah düzeyini yükseltecektir. Eğer alt piyasalardaki firmalar benzer değilse (örneğin farklı talep yapılarıyla karşı karşıya iseler), bu durumda dikey entegrasyon fiyat ayrımcılığını getirebilir. Eğer alt piyasadaki firma tek elden satıcı veya tek elden alıcı ise bu durumda dikey entegrasyon satılan girdi miktarını ve alt pazardaki çıktıyı artırarak refah düzeyini artırabilecektir.

Bununla beraber dikey entegrasyon sermaye riskini ve gerekli yönetim riskini yükselterek piyasaya giriş engellerini artırabilir. Fakat eğer zorunlu unsur bir doğal tekel ise giriş engellerinin refah düzeyini artırmadaki rolü minimal düzeydedir (Siclen, 1996).

Eğer üst piyasada teknelci firma olmakla beraber alt piyasada çok sayıda firma faaliyette bulunuyorsa bu teknelci firmanın ürünün alt sektördeki firmalardan birisine kullandırmaması, yani ticaret yapmayı reddetmesi toplam refah düzeyine ve rekabetçi yapıya büyük zarar vermeyecektir. Rekabetçi yapıya zarar verme olasılığı firma sayısı azaldıkça daha da artmaktadır.

### 1.3.2. Şikago Okulu Görüşü

Şikago okulu yaklaşımına göre, üretimin herhangi bir aşamasındaki bir tekelci firma, alt pazardaki rekabetçi yapıyı engelleyerek tek el karını maksimuma çıkaracaktır (Bishop ve Walker, 1999, s. 117).



**Şekil 3:** Zorunlu Unsur Doktrininde Ara Bağlantının Önemi

Yukarıdaki şekilde 3 tane bölge (A, B ve C) bölgeleri ve 2 tane telekomünikasyon şirketi (X ve Y) var. Bu iki şirket A ve B bölgesinde hizmet vermek için rekabet halindedirler. Fakat X operatörü B ve C bölgeleri arasındaki şebekenin sahibidir. Bu nedenle Y operatörünü A bölgesinden C bölgesine hizmet vermesini engelleyebilecek imkana sahiptir. X operatörü B ve C arasındaki şebekesini Y'ye kullanırmamak suretiyle, elde ettiği tek el pozisyonunu A ve B arasındaki şebekede tüketicileri kendine bağlamak için kullanarak tek elci kârını artırabilir (Bishop ve Walker, s, 1999).

Şikago yaklaşımı, üretim zincirinin bir hattındaki tek elci firma (Yukarıdaki şekilde B ve C arasındaki hattın sahibi olan X şirketi gibi) sahibi olduğu üretim aşamasındaki tek elci gücünü kullanarak piyasaları bozacağı üzerinde durmaktadır.

Genelde bu bozma eylemi fiyat politikalarıyla olmaktadır. Sahip olduğu tek el ürüne koyduğu yüksek fiyatlar bu ürünü kullanmak mecburiyetinde olan diğer firmaları zor durumda bırakabilmektedir. Piyasaları bozmanın en ileri noktası ise, sahip olduğu tek el unsurunu bu unsur sayesinde piyasada var olabilecek başka teşebbüslere kullanırmamasıdır. Yukarıdaki durumda X şirketi, sahibi olduğu B-C hattını Y'ye kullanırmayabilir veya kullanırmaya karşılığında yüksek fiyat politikası izleyebilir.

Şebeke endüstrileri olarak bilinen sektörlerde, marjinal maliyet ortalama maliyetin altındadır. Bu nedenle şebeke endüstrilerinde tek elci karı elde etmek için

konulan fiyatlar çok yüksek düzeylerde görülebilmektedir. Bu da rekabet otoritelerinin özellikle üzerinde durduğu ve rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması hükmünün uygulanacağı bir konudur (Bishop ve Walker, 1999).

Şikago görüşünden çıkarılan sonuç, darboğaz niteliğinde özellikler taşıyan unsura sahip olan hakim firmalar sahip oldukları bu imkanı teknelci kar yaratmak için kullanacaklar ve bu tekel kârı nasıl elde edilirse edilsin bağlantılı piyasalardaki rekabetçi yapıları kendi lehlerine bozacaklardır. Bu hususlar çerçevesinde piyasaların kendiliğinden serbest piyasa modellerine göre rekabetçi yapıya kavuşamayacakları ve bu tür durumlarda piyasaları düzenleyici kurumların devreye girerek rekabetçi yapıyı oluşturması gerektiği söylenebilir.

#### 1.4. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN ABD UYGULAMASI

Zorunlu Unsur Doktrininin ilk çıkışı ABD Sherman yasası çerçevesinde ihlal niteliği taşıdığı belirlenen *United States v. Terminal Railroad* davasıyla olmuştur<sup>5</sup>. Davada Yüksek mahkeme; St. Louis güzergahında Terminal Railroad Association'un sahip olduğu altyapıların zorunlu niteliğini kabul ederek bir doktrinin ilk uygulamasını gerçekleştirmiştir.

Doktrinin ilk uygulamalarında belirli bir uygulama kriterleri olmamasından kaynaklanan bazı farklı kararlar olabilmıştır. Doktrinin uygulama kriterleri *AT&T/MCI*<sup>6</sup> davasında belirlenen dört aşamalı test ile belirli çerçeveye oturtulmaya başlanmıştır. Bu davada belirlenen dört kriter;

- Unsurun bir teknelci firma (monopolist firm) tarafından kontrol ediliyor olması,
- Rakip firmaların bu unsurun aynısını yapabilmelerinin imkansız olması veya rasyonel olmaması,
- Rakip firmaların bu unsurdan faydalanmalarının reddedilmesi,
- Zorunlu unsura sahip firmanın bu unsuru başkalarına kullandırmak için herhangi bir engelinin olmaması.

Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit etmek için bu şartların tamamı değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki şart zorunlu unsur tespit edildikten sonra rakiplerin bu unsurdan kullanmaya hak iddia etmelerine ilişkin gerekli kriterlerdir.

Yukarıda belirtilen kriterler ABD uygulamalarında çıkmakla beraber, AB ve diğer ülke uygulamalarında da genel kabul görerek doktrinin genel uygulama kriterleri olarak kullanılmaya başlanmıştır.

<sup>5</sup> Bölüm 4.6.1. de tekrar değinilecektir.

<sup>6</sup> M CI Com. Corp.v. AT&T. Co., 708F. 2d. 1081 (7<sup>th</sup> Cir.1983), *cert denied*, 464 U.S. 891 (1983)

ABD Antitröst uygulamalarında zorunlu unsur doktrini ile ilgili çokça davalar olmakla birlikte, şimdilik sadece doktrinin uygulamasını genel olarak anlamak açısından iki davaya değinilecektir. Daha sonraki bölümlerde başka dava örneklerine de verilecektir.

### **Associated Press (AP) Davası<sup>7</sup>**

Zorunlu unsur doktrininin kullanıldığı ilk davalardan bir tanesi de bu davadır. Dava, 1200 gazetecilik şirketi tarafından üyelerine haber toplamak amacıyla kurulmuş bir ortak kuruluş olan AP'nin elde ettiği haberleri bu birliğe üye olmayanlara vermemesi ile ilgilidir. Davada, Yüksek Mahkeme AP'nin tekel olduğu yönünde kesin bir sonuca ulaşamadığını belirtmiş, fakat kararında bu birliğin topladığı haberlere girişin potansiyel rekabet için hayati derecede önemli olduğunu belirterek, AP'nin kendisine üye olmayan teşebbüslere de haber sağlaması gerektiğine hükmetmiştir (Doherty, 2001, s. 399).

Mahkeme ayrımcı uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı bir teşebbüs birliği uygulaması olduğuna karar vermiştir. Yargıç Frankfurter burada AP'yi bir tür kamu yararını haiz kurum olarak değerlendirmiş, üye olmayan gazetelerle de anlaşma yapması gerektiğini ifade etmiştir (Tekdemir, 2001). Bu dava, sınırlı durumlarda birliklerin üye olmayan rakip teşebbüsleri kabul etmeye zorlanabileceğini ortaya koymaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin Kararındaki karşı görüşlerde ise, AP dışında başka haber ajanslarının da bulunduğu, bunların da hizmet sundukları gazeteler olduğu belirtilerek, AP'nin meydana getirdiği faydalı bir imkanın zorunlu olması için herhangi bir neden olmadığı ve AP'nin sadece büyük olduğu için cezalandırıldığı söylenmektedir.

### **Aspen Davası<sup>8</sup>**

Aspen bölgesinde kayak turizmi ile uğraşan iki rakip olan Aspen Skiing ve Aspen Highlands müşterilerine her ikisinin de sahip olduğu tepelerde kullanılabilen tek bir bilet sunmak için işbirliği içerisindedirler. Bir süre sonra rakiplerden büyük olan (*Aspen Skiing*) bu işbirliğinden çekilmiştir. Bunun sonucunda *Highlands*'ın müşterilerine sunabileceği hizmetin faydaları ve dolayısıyla hasılatı azalmıştır. *Highlands* bunun üzerine tekelleşme iddiasıyla dava açmıştır (Doherty, 2001, s. 401). İlk derece mahkemesi teşebbüslerin işbirliği içerisinde müşterilerine sundukları ortak biletleri zorunlu unsur olarak değerlendirmiştir. Davanın temyizinde ise Yüksek Mahkeme, "...belirli şartlarda tekel gücüne sahip olan teşebbüsün küçük rakipleriyle işbirliği yükümlülüğü altında olduğunu..." ileri sürmüştür. Mahkemeye göre tekeli

<sup>7</sup> Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 89 L. Ed. 2013, 65, S. Ct. 1416 (1945)

<sup>8</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. v Aspen Skiing Co.*, 472 US 585, 86, L. Ed. 2d 467, 105 S. Ct. 2847 (1985).



teşebbüsün işbirliğinden kaçınması meşru iş gerekçesine dayanmıyorsa geçersizdir. Mahkeme bu davada, “büyük teşebbüsün amacı pazar yapısını değiştirerek uzun dönemli çıkarlar sağlamaktır” demiştir. Davada zorunlu unsura doğrudan atıfta bulunulmasa da uygulama doktrinin özelliklerini taşımaktadır (Tekdemir, 2001).

Dava her ne kadar doktrinin uygulanması açısından genişletici ve doktrini savunanlar tarafından olumlu karşılanırsa da doktrinin uygulanması açısından çok fazla geniş yorumlandığı kanısındayız. Bu davada Aspen bölgesindeki bu şirketler için böyle bir işbirliğine gitmesi pazarın rekabetçi yapısı için gerekli olmadığını düşünmekteyiz. Zorunlu unsur doktrini rakibi değil rekabeti korumaya yöneliktir. Bu nedenle bu davanın zorunlu unsur doktrinine uymadığı, davanın anlaşma yapmanın reddi (refusal to deal) konusunda değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

#### 1.5. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AB UYGULAMASI

ABD’de çok daha önce uygulanmaya başlayan ve belirli uygulama esasları olan zorunlu unsur doktrini, AB rekabet hukuku bakımından oldukça yeni bir uygulama alanıdır. Komisyon, doktrini 82’nci madde altında, özellikle son on yıl içerisinde yoğunlaşma riski olan pazar yapılarında rekabetin tesisi ve geliştirilmesi amacıyla kullanmaktadır. Ancak AB rekabet hukuku için temel sorun, doktrinin nasıl uygulanacağı ya da uygulanması gerektiğidir. Komisyon, zorunlu unsur doktrini ilk defa açıkça *B&I v. Sealink* davasında kullanmış ve “*rakiplerin kullanmadan müşterilerine hizmet sunamayacakları alt yapı ya da tesis*” olarak tanımlamıştır. Komisyonun bu tanımlaması, doktrinin kapsamı ve uygulama esaslarının ne olduğunu belirleme konusunda yetersiz bulunmakta ve bu yetersizliğin teşebbüsler bakımından hukuki belirsizliğe yol açtığı düşünülmektedir (Furse, 1995). 82’nci madde doktrine doğrudan atıfta bulunmadığı için doktrinin AB rekabet hukukunda uygulama esaslarının belirlenmesi önemli ölçüde Mahkeme kararlarına bağlıdır (Venit ve Kallaugher, 1994).

Komisyon’un zorunlu unsur doktrini kullandığı ilk davalar doğal tekel niteliği gösteren liman ve havayolu gibi ulaşım sektöründe yer almakla birlikte sonraları doktrinin uygulanması genişletilerek diğer sektörlerde de önemli bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıca tekelleşmeye eğilimli piyasaların serbestleştirilmesinde ve özellikle telekomünikasyon sektörünün rekabete açılmasında önemli bir enstrüman olarak görülmüştür.

Komisyon tekelleşme eğiliminin yaşandığı veya kendi içerisinde rekabetçi yapıya kavuşamayacağını gördüğü sektörlerle yönelik rekabetçi piyasa oluşturma çalışmalarında da doktrine yer vermeye başlamıştır. Örneğin, Komisyon’un ülkeler arası kredi transferlerine ilişkin rekabet kurallarının

uygulanmasına ilişkin tebliğinde<sup>9</sup>; böyle bir sistemin bankaların ilgili piyasada rekabet edebilmesi için zorunlu unsur olduğu belirtilmiştir. Komisyon bu görüş ile, piyasaya yeni girecek bir rakibin piyasaya uygun bir şekilde girememesi veya kendi imkanlarını yaratamaması durumunda doktrinin kullanılacağını vurgulamıştır (Faull ve Nikpay, 1999, s. 161)

### **B&I v. Sealink Davası<sup>10</sup>**

Komisyonun zorunlu unsur doktrininin doğrudan kullandığı ilk davadır. Sealink firması hem Holyhead limanının işletmecisi olan hem de bu liman vasıtasıyla vapur işletmeciliği yapan bir teşebbüstür. B&I firması da bu limanı Sealink'in tek rakibi olarak kullanmaktadır. B&I firması, limandan Sealink firmasına nazaran daha olumsuz şartlarda faydalandırıldığını ileri sürerek Komisyona başvurmuştur. Komisyon bu davada;

“ ...Rakiplerin ondan faydalanmaksızın müşterilerine hizmet sağlayamayacakları bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin bu unsurdan faydalanmalarını reddetmesi, ya da onlara kendi faaliyetlerine göre daha olumsuz koşullarda giriş imkanı tanınması ve onları rekabetçi açıdan zor durumda bırakması, eğer 82'nci (eski 86) maddenin diğer koşulları da sağlanmışsa, bu maddeyi ihlal etmiş sayılır. ... Bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs bu unsurdan kaynaklanan gücünü ilgili başka bir pazarda pazar gücü kazanmak ya da güçlendirmek için, kullanır ve özellikle rakiplerine daha az olumlu koşullarda hizmet sunarsa, bu bir kötüye kullanmadır. ” (par. 66)

diyerek hem zorunlu unsuru tarif etmiş, hem de bir zorunlu unsura sahip firmanın rakiplerinin bu unsurdan faydalanmasını engelleyemeyeceği ve aynı zamanda onları rekabetçi açıdan olumsuz etkileyecek ayrımcı uygulama yapamayacağını belirtmiştir.

### **Oscar&Bronner Davası<sup>11</sup>**

AB rekabet hukukunda son zamanlarda en önemli davalardan biri olarak görülen ve zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında bazı sınırlamalar getirilmesini savunanları destekleyici nitelikte bir dava olan Oscar Bronner davasına daha ayrıntılı değinmekte fayda görülmektedir.

Avusturya yazılı basın sektöründe faaliyette bulunan Oscar Bronner Gmbh. (Bronner) günlük gazete piyasasında faaliyette bulunmakta olup, Avusturya günlük gazete pazarında dolaşımında % 3.6, reklam gelirinde ise

---

<sup>9</sup> Notice on the application of the EC competition rules to cross-border credit transfers [1995], OJ C251/3

<sup>10</sup> [1992]5 CMLR. s. 255, B&I v. Stena Sealink (Komisyon kararı)

<sup>11</sup> Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH&Co. KG, v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH&Co KG and Others, [1998] E.C.R. I-s.779; [1999] C.M.L.R. s. 112

% 6 pazar payına sahiptir. Aynı piyasada faaliyet gösteren Mediaprint Zeitung-und Zeitschriftenverlag Gmbh (Mediaprint) ise Avusturya’da iki adet günlük gazete yayınlamakta olup, bu iki gazete ile toplam pazar payının dolaşımında % 46.8 ve toplam reklam gelirinde ise % 42 lik kısmına sahiptir. Aynı zamanda Mediaprint, Avusturya yayıncılık sektöründe ulusal çapta Eve Teslim (home-delivery) sistemine sahip tek yayıncıdır.

Oscar Bronner, Mediaprint’in sahip olduğu Eve Teslim sistemiyle kendi gazetesi olan Der Standart’ın da makul bir değer mukabilinde dağıtılmasını istemiş ve Mediaprint bu talebi reddetmiştir.

Oscar Bronner ulusal mahkemeye başvurarak, mediaprint’in hakim durumda bulunduğu Eve Teslim sistemine girişini reddederek hakim durumunu kötüye kullandığı belirtilmiştir. Bronner, başvurusunda ayrıca, Eve Teslim sisteminin abonelerine günlük gazetelerini ulaştırırken genelde daha geç ulaştırılan posta servisine nazaran oldukça erken saatlerde ulaştırdığı ve bu nedenle de diğer alternatiflerle bir tutulmaması gerektiğini belirtmiştir. Yine bu başvuruda kendisinin sahip olduğu az sayıdaki abone dolayısıyla kendisine ait bir Eve Teslim sistemini kurmasının da rasyonel olmayacağını belirterek, gazetesinin satılması için bu sistemin “zorunlu unsur” olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Bergman, 2000, s. 60).

Bu konuyu ulusal mahkeme ATAD’a intikal ettirmiştir.

ATAD konu ile ilgili analizi çerçevesinde, tartışılan sistemin Bronner’in iddia ettiği şekilde vazgeçilmez (zorunlu unsur) olarak değerlendirilebilmesi için şu üç hususun varlığının irdelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Par 40-45):

1. Eve Teslim sistemine girişin engellenmesi günlük gazete pazarındaki bütün rekabeti bozucu nitelikte olmalıdır.
2. Bu tür bir engelleme haklı gerekçelere dayanmıyor olmalıdır,
3. Bu sistem Bronner için vazgeçilmez olmalıdır, yani gerçek veya potansiyel bir ikamesi olmamalıdır.

ATAD ilgili olayın yukarıda belirtilen durumlarla örtüşmediğini, ayrıca, her ne kadar Eve-Teslim sistemine göre abonelere daha geç ulaşıldığından dolayı daha az avantajları olsa da, gazete satımının gerçekleştirilmesi için büfe ve kiosklarda satma veya postayla ulaştırma gibi başkaca günlük gazete dağıtım metotlarının varlığının söz konusu olduğunu hatırlatmıştır.

ATAD ayrıca, herhangi bir günlük gazete yayıncısının tek başına veya diğer yayıncılarla işbirliğine giderek kendi Eve-Teslim sistemini kurmaları ve kendi yayınlarını bunun vasıtasıyla dağıtmaları için teknik ve yasal engeller veya ekonomik olarak rasyonel olmayan zorluklar görmediğini belirtmiştir. Bundan hareketle ATAD, alternatif bir Eve-Teslim sistemi oluşturmanın gerçekçi bir alternatif olmadığı ve böyle bir sisteme girmenin bu nedenle vazgeçilmez

(essential) olduğu savını da yeterli bir gerekçe olarak görmeyerek, bir kötüye kullanma hali bulunmadığını belirtmiştir.

Bu dava zorunlu unsur doktrininin sınırlarını çizmek açısından oldukça önemli bir davadır. Sektörel açıdan benzer bir dava Türkiye’de Biryay davalarıyla ortaya çıkmıştır. İki dava birbirinden farklı kararlarla çıkmıştır. Bu nedenle iki dava arasındaki farkların aşağıdaki bölümlerde Biryay davaları incelenirken açıklanmaya çalışılacaktır.

## **BÖLÜM 2**

# **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ ve ÖRNEK VAKALAR**

Zorunlu unsur doktrini Türk rekabet hukukunda tam yerleşmemiş olmakla birlikte bazı davalar sayesinde uygulamada önemli bir aşama kaydedilmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), AB rekabet hukukuyla benzerlikler içermektedir. RKHK hükümlerinde zorunlu unsur doktrinine yönelik herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte zorunlu unsur doktrininin uygulandığı vakalara baktığımızda uygulamanın AB rekabet hukukuyla benzerlik gösterdiği görülmektedir.

Zorunlu unsur doktrininin Türk rekabet hukukunda uygulanması Biryay vakalarıyla belirginleşmeye başlamıştır. Biryay vakalarıyla genel kriterleri ortaya çıkarılan doktrinin uygulaması, AB uygulamalarıyla hemen hemen aynıdır. Türk rekabet hukukunda zorunlu unsur doktrininin uygulanması için aranan kriterleri şu şekilde belirtebiliriz.

- Unsuru sahip teşebbüs hakim durumda bulunmalıdır.
- Unsurun alternatifinin bulunmaması gerekmektedir. (Bu kriter Biryay vakalarında “hukuki engel” olarak karşımıza çıkmıştır.)
- Bir reddetme eyleminin olması gerekmektedir.
- Haklı bir gerekçe bulunmamalıdır.

Rekabet Kurulu, kararlarında genellikle doktrinin ismini kullanmaktan kaçınmakta, fakat uygulama doktrinle birebir örtüşmektedir. RKHK hükümlerinde doktrin ile ilgili herhangi bir hüküm geçmemesi nedeniyle, doktrinin uygulaması davalardan yola çıkılarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun bundan sonraki kararlarının, doktrinin yerleşiminde belirli bir çerçeve çizilmesi açısından Biryay vakalarındaki uygulamayla tutarlı olmasında fayda görülmektedir.

## **2.1. BİRYAY VAKALARI**

Zorunlu unsur doktrininin uygulanması hem AB rekabet literatüründe hemde A.B.D antitröst uygulamalarında çok tartışmalı ve uygulanması zor bir doktrin olmasına rağmen, henüz yeni kurulmuş bir kurum olan Türk Rekabet Kurumu’nda Biryay Davaları ile bu doktrinin uygulanmasında çok önemli bir

aşama kaydedilmiştir. Aşağıda zorunlu unsur doktrininin uygulandığı benzer nitelikteki iki dava Biryay-I ve Biryay-II davaları olarak ayrı ayrı değerlendirilecektir. Her iki Biryay davasının benzer sonuçlar içermesi nedeniyle ilk Biryay davasının, ikinci Biryay Davası için de bir fikir vereceğinden hareketle, ilk Biryay davası daha geniş açıklanacaktır. Ayrıca, AB zorunlu unsur doktrini uygulamasında önemli bir dava olan Oscar Bronner davası ile benzerlik göstermesi ve davaların sonuçlarının farklı olması sebebiyle, davalar ile ilgili bir karşılaştırma yapılarak, farklı yönleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Dava konuları çok kapsamlı olmakla birlikte, tezin konusu gereği davaların sadece zorunlu unsur doktrini ile bağlantılı olan bölümleri incelenecektir.

### **2.1.1. Biryay-I Vakası<sup>12</sup>**

Türkiye gazete ve dergi dağıtım pazarında % 100 lük pazar payıyla birlikte hakim durumda bulunan Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi (BBD) ve Yaysat Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi (Yaysat), birlikte, Biryay Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi (Biryay) adında bir ortak girişim kurmuşlardır. Biryay'ın faaliyeti genel olarak BBD ve Yaysat'ın bağlı oldukları yayıncı kuruluşların kendi yayınları dışındaki müşteri yayınlarını pazarlamak ve ayrıca büyük şehirlerde belediyelerin tahsis ettiği gazete satış büfesi ihalelerini alarak buralara mobo ve kiosk adını verdiğimiz gazete satış büfesi yerleştirmek ve buralarda gazete satışını koordine etmektir.

Zorunlu unsur doktrinine konu olan husus, belediyelerden kiralanan gazete satış büfeleri yerlerinin Biryay'a ait olması ve Biryay'ın politikalarıyla bu büfelere BBD ve Yaysat haricindeki başka dağıtım şirketinden gelen yayınların satışına imkan verilmemesidir.

Rekabet Kurulu, belediyelerden kiralanan gazete satış büfeleri hakkında Kararı'nda

Asıl amacı özellikle gazete ve dergi satmak olan gazete satış büfeleri, mobo ve kioskların birçoğu belediyelerce ... üçüncü şahıslara kiralanan yerlerdir. Bu yerler mülkiyetlerinin belediyeye ait olması nedeniyle diğer satış yerlerinden farklılar arz etmektedirler. Anılan yerler genellikle belediyelerin iznine tabi olarak, şehrin arterlerine konulmakta olup sayıları sınırlıdır. Asıl amaçları gazete ve dergi satmaktır ve bu büfelerin yakınında, bu büfeleri ikame edebilecek nitelikte yer bulma olanağı neredeyse imkansızdır

---

<sup>12</sup> 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kurul Kararı.

diyerek, Belediyelere ait olan gazete satış büfelerinin ilgili piyasa için ne derece önemli olduğunu belirtmiş ayrıca bu yerlerin ikamesinin neredeyse imkansız olduğunu altını çizmiştir.

#### Dosya sonucunda Kurul Kararı'nda

“Gazete ve dergi satışı faaliyetlerini de içerecek şekilde, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü şahıslara kiralanmış satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında; söz konusu yerlerde, kiracının, “hangi dağıtım şirketlerinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek” düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine”

hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere belediyelere ait olan ve gazete satışı açısından çok önemli olduğu görülen büfelerde her türlü yayının makul bir fiyat karşılığında satımının sağlanmasına karar verilmiştir. Bu karar ile, belediyelerce ihalesi verilen gazete satış yerlerinde, ihaleyi her kim alırsa alsın, tüm dağıtım şirketlerinden gelen mevkuteyi satmak zorunda kalacaktır.

Karar'da ayrıca, gazete ve dergi dağıtım piyasasında, dağıtım şirketlerinin bayileriyle yaptıkları sözleşmelerin "*rakip malları satmama veya dağıtmama*" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına" hükmedilerek, zorunlu unsur doktrini çerçevesine alınmayan diğer gazete satış yerleri için de münhasırlık sağlayan anlaşmaların tanınmayacağı belirtilmiş ve sektörde dolaylı olarak genel bir düzenlemeye gidilmiştir.

Kurul, belediyelerin ihdas ettiği gazete satış yerleri ile diğer gazete satış büfeleri arasında ayırım yapmakta haklıdır. Çünkü; belediyelere ait olan büfelerin diğer tali bayilik olarak adlandırılan gazete satış büfelerinden en büyük farkı, belediyelere ait büfelerin alternatiflerinin olmamasıdır. Soruşturmada her türlü gazete satış büfesini, yazılı basının satımı için gerekli olduğu belirtilmekle beraber, belediyelere ait olan büfeler haricindeki büfelerin ikame olasılıklarının Türkiye şartları dolayısıyla mümkün olması nedeniyle bunlar zorunlu unsur olarak kabul edilmemiştir. Fakat belediyelere ait büfelerin başka alternatiflerinin olmaması gazete satışı için olmazsa olmaz bir unsur haline gelmelerine neden olmakta ve bu büfelerden her dağıtım şirketinin ürünlerinin satımına imkan sağlanması gerekli olmaktadır.

Biryay Kararı'nda, "*zorunlu unsur doktrini*" tabiri geçmemektedir Bu noktada Kurul'un doktrine doğrudan atıfta bulunmamış olmasının Türk rekabet hukuku literatürünün gelişimi açısından bir eksiklik olduğu düşünülmekle

beraber, verilen kararın içeriği nedeniyle doktrinin Türk rekabet hukukunun gelişiminde çok önemli bir yer tutacağı kanısındayız.

### **2.1.2. Biryay-II Vakası<sup>13</sup>**

İkinci Biryay vakası olarak da belirttiğimiz bu davada, zorunlu unsur doktrini açısından taraflardan birisi değişmekle birlikte sonuç doktrin açısından Biryay-I vakasının tekrarı niteliğindedir.

Vaka konusu; gazete ve dergi dağıtım pazarında BBD, Biryay ve Yaysat'ın Star Gazetesi'nin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları ve diğer taraftan Star Gazetesi'nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran Medya Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş. (Medya)'nin aynı pazara girişini engellemeleri suretiyle, Kanun'un 6 ncı maddesini ihlal etmeleridir.

Bu vakaya ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından verilen kararda ilk Biryay vakasının etkisi görülmektedir. İlk Biryay vakasında Kurul'un hükmettiği, belediyelerle ilgili olarak verdiği karara aynen bu kararda da yer verilerek, ilgili piyasada rekabetçi bir yapı için belediyelerden kiralanan gazete satış büfelerinin ne derece önemli olduğu bir kez daha gösterilmiş ve ilk kararı teyit etmiştir.

Vaka'da yine ilk karardaki şekilde;

“..... belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin, ilgili pazara giriş açısından önemi, dikkate alındığında; söz konusu yerlerde, kiracının, “hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek” düzenlemelerin ... yapılmasına..”

karar verilmiş. ayrıca yine ilk karardaki “ *gazete bayileriyle yapılan münhasırlık anlaşmalarının Rekabet Kurulu tarafından sağlanan grup muafiyetlerinden yararlanamayacağı*” da belirtilerek gazete satış yerleri konusunda genel bir regülasyona gidilmiştir.

### **2.1.3. Oscar Bronner Davası ile Biryay Vakaları Arasındaki Temel Farklılıklar**

Tez'in birinci bölümünde AB uygulamalarında bahsedilen Oscar Bronner davası ve Biryay vakaları aynı sektöre özgü davalar olmaları nedeniyle benzerlikler taşımaktadırlar. Fakat bu davaların sonucunda farklı kararlar alınmış ve görünürde bir farklı uygulama ortaya çıkmıştır. Hem Biryay vakalarının Türk

<sup>13</sup> 14.12.2001 tarih ve 00-49/529-291 sayılı RK Kararı



rekabet hukukundaki önemi hem de Bronner Davası'nın AB rekabet hukuku içerisinde geniş tartışmalara yol açması nedeniyle Biryay Davaları ve Mediaprint davası arasındaki farklılıkları belirtmenin yararlı olacağı düşünülmektedir. Davalar zorunlu unsur kriterleri olan hakim durum ve alternatif unsur olup olmaması açısından karşılaştırılırsa şu tablo ortaya çıkmaktadır.

*Hakim Durum Kriteri;*

- Mediaprint yayıncılık piyasasında oldukça büyük bir paya sahiptir (yaklaşık % 45). yalnız öne sürülen hakim durum kriteri yayıncılık pazarında değil ulusal çapta hizmet veren yegane **Eve Teslim** sistemi üzerinedir. Bu sisteme sadece Mediaprint sahiptir ve bu nedenle eğer bu sistemi ilgili pazar olarak kabul edersek, pazar payı % 100 olacaktır.
- Biryay davalarında ise, BBD, Yaysat ve Biryay'ın toplam pazar payları dağıtım sektöründe % 100'lere yakındır. Üç teşebbüs birlikte hakim durumdadırlar

*Alternatif Unsur İmkani;*

- ATAD, Mediaprint'in sahip olduğu Eve-Teslim sisteminin daha etkin olmasına rağmen bu sistemin alternatiflerinin (posta, kiosk gibi) piyasada mevcut olduğu, Mediaprint'in yaklaşık % 45'lik yayınlarının çıkarıldığı vakit yine % 55'lik bir yayın oranının başka sistemlerle dağıtılmakta olduğuna dikkat çekmiştir. Bu sistemin daha etkin olduğundan dolayı zorunlu unsur olması gerektiği de makul karşılanmamıştır. Diğer yandan ATAD'ın belirttiği üzere diğer şirketlerinde bu sistemi kurmaları için hiçbir teknik, yasal veya ekonomik engel bulunmamaktadır. Ekonomik olarak az sayıda gazete satan yayıncının Eve-Teslim sistemini kurması her ne kadar çok zor görünse de ATAD "*Eğer ulak sistemi bu kadar zorunluysa diğer şirketler birleşerek bu unsuru kurabilirler*" diyerek ekonomik imkansızlık iddiasını reddetmiştir
- Biryay vakalarında zorunlu unsur olarak kabul edilen, Belediyeler tarafından kiralanan ve şehrin ana arterlerinde bulunan mobo ve kioskların, diğer teşebbüsler tarafından tekrardan oluşturulmasının ekonomik ve teknik engelleri tartışılabilir, fakat bu satış büfelerinin aynısının yapılması için yasal engel bulunmaktadır. Çünkü belediyelerden izin almadan gazete satış büfesi koymanın imkanı bulunmamaktadır.

Özetle, her iki davada da hakim durum ölçütü karşılanmakla birlikte, belediyeler tarafından kiralanan ve bunların etrafında başkaca gazete satış büfesi kurulmasına izin verilmeyen yerler, gazete ve benzeri mevkute dağıtımı yapan

şirketler için alternatifini bulunmaması nedeniyle kaçınılmaz şekilde zorunludur. Mediaprint davasında ise zorunlu unsur iddiasında bulunulan sistemin alternatiflerinin mevcut olduğu ATAD tarafından belirtilmiştir.

## 2.2. ETİ HOLDİNG VAKASI

Eti Holding dünya bor rezervlerinin % 65'ini kontrol eden ve Türkiye'de tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında 2840 sayılı Yasa ile münhasıran faaliyet gösteren tek kuruluştur.

Şikayetçi taraf Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ceytaş) yeni bir müşteri olup, öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit cevheri talep etmiş, ancak Eti Holding mal tedarikini reddetmiştir.

Kurul şikayete ilişkin değerlendirmesinde;

...Ceytaş için Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı yoktur, ancak, zorunlu unsur ile söz konusu unsurdan yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarı gerekli kılmaktadır (...) zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan zorunlu unsurun üretimi ile ilgili olacaktır...

diyerek bu olay bakımından doktrin altında anlaşma yapma yükümlülüğünü gerekli kılabilecek bir durum olmadığını ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu, Ceytaş firmasının faaliyet göstermek istediği ham kolemanit ürününü öğütülmüş kolemanite dönüştürme işini ayrı bir alt pazar olarak değil, zorunlu unsurun kendisi olarak değerlendirmiştir.

Kurul kararında ayrıca “..bor ürünleri, ancak üretimlerinde bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimini için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir....”, diyerek üst pazar olan bor ürünlerinin hangi aşığı pazarlar bakımından zorunlu unsur sayılacağını belirtmiştir.

Kurulun kararında konsantre kolemanit zorunlu unsurun ayrılmaz parçaları olarak kabul edilmiştir. Her iki maddenin aynı ilgili ürün pazarı olarak kabul edilmesi sonucunda Ceytaş'ın talebi, zorunlu unsur doktrininin anlamı çerçevesinde doktrine bir giriş talebi değil, doktrine ortak olma talebi olarak değerlendirilmiştir.

Kurul kararı bu yönüyle haklıdır. Zorunlu unsur olarak kabul edilen imkan/altyapı gibi unsurlar ancak bir alt piyasaya girmek için zaruri olduğu

müddetçe rakiplere açılmaktadır. Eğer rakip imkan/altyapının kendisine sahip olma imkanını doğurabilecek bir talepte bulunursa bu talebin reddedileceği doktrin açısından açıktır.

Karar'da bor maddesinin hangi ürünler için zorunlu unsur sayılabileceği de belirtilerek. Doktrinin uygulaması açısından yerinde bir değerlendirmede bulunulmuştur.

### **BÖLÜM 3**

## **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI (ZORUNLU LİSANS YÜKÜMLÜLÜĞÜ)**

Rekabet hukukunda yer alan, franchising ve teknoloji transferi sözleşmeleri gibi FMH içeren sözleşmelere sağlanan grup muafiyetleri; teknik bilgi, marka, teknoloji içeren firmalar arası anlaşmaların rekabet mevzuatında belirtilen şartlarda muaf tutulmasını sağlamaktadır. Yani herhangi bir firmaya ait olan teknik bilginin ve markanın korunmasını sağlamak için rekabet mevzuatının uygulanmasından kısmen de olsa vazgeçilmektedir. Burada rekabetin bozulması uğruna korunmak istenen teknik bilgi ve bu teknik bilginin geliştirilmesidir. Teknik bilgi, marka ve teknoloji gibi hususlar önemli rekabet gücü faktörleridir ve bu faktörlere sahip olunması kuruluşlara rekabet ortamında üstünlük sağlamaktadır. Firmalar bu üstünlüğe sahip olabilmek için teknik bilgi, marka ve teknolojilerini geliştirme arayışı içine girmektedirler. Bu faktörler korunmadığı ve taklit edildiği takdirde firmaların bu konularda rekabet etmelerine gerek kalmayacak ve rekabetin gelişmesi de bu şekilde engellenecektir. Yaratılan teknik bilgi ve teknoloji gibi hususlar korunmadığı takdirde firmaların teknolojiyi temin etmeleri kolaylaşacak veya hiçbir firma herkese mal olabilecek korunmayan bir teknolojiyi yaratma peşinde olmayacaktır. Böylece teknoloji geliştirme yoluyla oluşan rekabet ortamı ortadan kalkacaktır. Bu nedenle fikri ve sınai mülkiyet hakları ve rekabet mevzuatı her ikisi de rekabetin oluşmasını ve gelişmesini sağlayan mevzuatlardır. Rekabet hukuku yönünden herhangi bir kötüye kullanım söz konusu olmadığı takdirde, mülkiyet hakları, rekabeti bozmak yerine aynen rekabet mevzuatı gibi rekabeti geliştirme amacına hizmet etmektedir.

Bununla birlikte fikri mülkiyet hakkının korunmasından ziyade ağırlıkla rekabeti bozma amacı taşıyan her türlü uygulama kötüye kullanma olarak kabul edilebilir. İki mevzuat arasındaki dengenin ekonomik gelişme, uluslararası rekabet gücü ve tüketicinin yararları dikkate alınarak oluşturulması gerekmektedir.

Bu bağlamda, FMH'lere zorunlu unsur doktrininin uygulanması, rekabet hukuku ve FMH doktrini arasında bir uyumsuzluk meydana getirmektedir. Fikri mülkiyet hukuku içerisinde bir fikri mülkiyetin sahibi, sahip olduğu bu değeri başkalarıyla paylaşmak zorunda değildir, fakat zorunlu unsur doktrininin FMH'lere uygulanması durumunda yukarıda bahsedilen kurala istisna getirilmektedir. Bir FMH'nin *zorunlu unsur* olarak kabul edildiği durumda, bu FMH'na sahip olan kişi bunu üçüncü kişilere kullanırmak zorunda kalmakta ve bu FMH üzerindeki mülkiyet hakkı sınırlandırmaktadır (Cotter, 1999, s: 235).

Bununla birlikte, rekabet kuralları ile FMH'ler arasında, bu hakların özünde yer alan münhasırlık sonucu daima çatışma türü bir ilişki olduğu varsayımı yerine, anılan hakların buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak gibi rekabet kuralları ile uyuşan yanlarını da göz önünde bulundurarak, rekabet kurallarının söz konusu münhasırlığı, hak sahiplerinin araştırma ve yatırım yapma heveslerini ortadan kaldırmayacak şekilde, ancak elde edilen mükâfatın da rakipler ve tüketiciler aleyhine kötüye kullanılmasını engelleyecek tarzda bir denge arayışında olduklarını, dolayısıyla belirli bir uyum içinde bulduklarını varsaymak daha doğru olacaktır (Kaya, 2001, s: 1). Türkkan'ın dediği gibi, Fikri mülkiyetin korunması, bir taraftan bu mülkiyete sahip firmanın hissettiği rekabet baskısını azaltıcı bir etki yaratırken, diğer taraftan firmanın yarattığı rekabet baskısını artıracaktır (Türkkan, 2001, s. 77).

Zorunlu unsur doktrini FMH sahibinin bu FMH vasıtasıyla herhangi bir piyasada hakim durumda bulunması durumunda uygulanmaktadır. FMH zorunlu unsur olarak kabul edildiğinde, bu FMH'nin başkalarına kullandırılmaması da hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), FMH'ler ve hakim durum ilişkisinde, patent sahibinin patentten kaynaklanan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürmesinin ve bu kişilerce hakkın koruduğu ürünün piyasaya sürülmesini engellemeye çalışmasının, tek başına hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Buna ilave olarak, ATAD patentli ürünün fiyatının patentli olmayan ikame ürüne göre yüksek olmasının da kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

ATAD yaratıcılığı teşvik ederek teknik gelişmeyi sağlamayı amaçlayan fikri mülkiyet kanunlarının tanıdığı münhasırlık hususunda, hak sahiplerine belirli bir yere kadar güvence vermektedir. Ayrıca ATAD fikri mülkiyet haklarına ilişkin, Topluluk seviyesinde bir harmonizasyonunun olmadığını ve *istisnai hallerde* ulusal hukuk kurallarıyla korunan FMH kullanımının 82'nci maddeyi ihlal edebileceğini belirtmiştir. FMH'nin tek başına ihlal teşkil edemeyeceği ve ihlal oluşması için ilave şartların gerekli olduğu belirtilmiştir. (Tekdemir, 2001, s; 40),

*Zorunlu lisans yükümlüğü* Rekabet Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir, ancak Kanun'un 11. maddesinin (b) bendi hükmü uyarınca birleşme veya devralma sonucu ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının üçüncü kişilere temlikine ve devrine dahi karar verme yetkisi bulunan Kurul'un, zorunlu lisansa hükmedebileceği de tabiidir (BOZTOSUN, 2002, s; 44).

Kurul'un FMH'na ilişkin olarak zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi, fikri mülkiyet düzenlemeleriyle de engellenmiş değildir.

Aksine, örneğin 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 80. Maddesinde, patent konusunun kullanımının, mevcut veya gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanuni yasaklamalara ve sınırlamalara bağlı olacağı açık şekilde belirtilmiştir. Kurul'un öngöreceği zorunlu lisans yaptırımı da, patent hakkının kullanımının Rekabet Kanunu'na aykırılık dolayısıyla sınırlandırılmasından başka birşey değildir (BOZTOSUN, 2002, s; 44).

PatKHK'nin "Rekabetin Kötüye Kullanımı" başlıklı 93. maddesinde "Bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilir denilmektedir. Burada haksız rekabete ilişkin hükümlerden kasıt doğrudan Rekabet Kanunu olmamakla birlikte, fikri mülkiyet haklarına çeşitli şartların oluşması durumunda kullandırma yükümlülüğü getirilebildiğinin görülmesi açısından önemlidir<sup>14</sup>.

FMH'lerin antitröst yönünden değerlendirilmesi literatürde hala çok önemli bir tartışma konusudur. Bu konuda belirgin bir fikir birliğine ulaşılmış kuralları bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konudaki uygulamaları dava bazında incelemek belli bir fikir oluşturulmasında daha geçerli bir yol olacaktır.

### 3.1. ABD UYGULAMASINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

ABD de FMH'lere antitröst kurallarının nasıl uygulanacağına yönelik fikirleri davalardan görmek mümkün olmakla birlikte uygulamada davalar arasında bazı farklılıkların olması literatürde bazı fikir aykırılıkları oluşmasına neden olmuştur.

ABD'de Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından 1998 yılında FMH'lerin kullanımına ilişkin bir kılavuz

---

<sup>14</sup> Sayın BOZTOSUN (2002), PatKHK'nın 93. maddesinde atıfta bulunulan haksız rekabete ilişkin genel hükümlerin TTK'nin 56. maddesi olabileceğini belirtmekle beraber bu kavramın Hem TTK'nin ilgili hükümlerini hem de rekabeti koruyucu kuralları kapsayacak şekilde yer alması gerektiğini belirtmektedir.

Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, Rekabet Kanunu çerçevesinde yer alan bir rekabet ihlalinin bu PatKHK 93'e dayanılarak mahkemelerden zorunlu lisans yaptırımı istenip istenemeyeceğidir. Kanımızca böyle bir husus söz konusu olmayacaktır. Rekabet Kanunu'na giren ihlallerin uygulamasını Rekabet Kurulu yapacağından 93. maddede bahsedilen haksız rekabete ilişkin genel hükümler kavramına Rekabet Kanunu'nun kapsadığı ihlallerin dahil olup olmaması önem taşımamaktadır. Fakat, zorunlu lisans verilebileceğine ilişkin kanaatin oluşabilmesi açısından bu madde oldukça önemlidir.

yayınlanmıştır<sup>15</sup>. Kılavuzda “eğer lisans anlaşmaları, ilgili pazarda bu lisansın yokluğu nedeniyle halihazırdaki veya potansiyel rakip olabilecek şirketler arasındaki rekabete zarar verecek şekildeyse bu uygulama antitröst uygulamalarının alanına girer” denilmektedir (Anderson ve Gallini, s. 64). Zorunlu Unsur Doktrininin ABD’de FMH’lere uygulanması antitröst davalarında Sherman Yasasına aykırılık iddiasıyla olabilmektedir.

ABD’de doktrinin uygulamasını daha iyi anlayabilmek için doktrin ve FMH’ler ile ilgili davalara bakmakta fayda görülmektedir.

### 3.1.1. Kodak Davası<sup>16</sup>

1987 yılında, Bağımsız Servis Birliği (BSB), Kodak şirketini, üretimini yaptığı kendi markası olan yazıcılar ve fotokopi makinalarına servis vermeyi kodak parçalarının satımına bağlamasını ve ayrıca başka şirketlerin servis hizmeti vermeleri durumunda yedek parça vermeyi reddetmesini ileri sürerek, Kodak şirketinin Sherman Yasası’nı ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Yüksek Mahkeme dava ile ilgili görüş bildirirken, “*genelde pahalı nitelikteki yüksek teknoloji ürünlerini alan tüketiciler bu ürünlere bağlanmaktadır (locked-in) ve kolaylıkla başka marka ürünlere geçiş yapamamaktadırlar*” vurgusunu yapmış,ve ayrıca yine davayla ilgili görüşünde;

“...bir çok kere patent, telif hakkı veya iş zekası gibi doğal veya kanuni avantajlar vasıtasıyla elde edilen güç, "satıcının bir pazardaki hakim durumunu kullanarak imparatorluğunu diğer bir pazara genişletmesi" sonucunu doğurabilir.”

yargısında bulunmuştur. Bu yargı daha sonra Kodak gibi firmaların bu tür eylemlerine karşı çıkılmasında kullanılmıştır (Kaya, 2001, s. 29)

Daha sonra, Ninth Circuit, 1997 yılında Kodak şirketini, yazıcı ve fotokopi makinaları tamir pazarındaki rakiplerine Kodak’ın patent ve telif hakkı ile korunan yedek parçalarını sağlamak zorunda bırakmıştır. Ninth Circuit, tekeli bir firmanın FMH’ye dayanarak lisans vermeyi reddetmesinin, jürinin bu davranışın tekelleşme amaçlı olduğuna karar vermesi halinde, rekabet kurallarının uygulanmasından kurtulamayacağını belirtmiştir.

Bu davada yasalarla belirlenmiş FMH’lere sahip olmanın, eğer reddetme eyleminin geçerli bir sebebi ortaya konmuyorsa, bu fikri mülkiyeti lisans veya başka vasıtalarla başkalarına kullandırmaktan imtina edilmesini haklı göstermeyeceği belirtilmiştir”

---

<sup>15</sup> U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.1995.

<sup>16</sup> *Image Technical Services, inc v. Eastman Kodak Co*, 125 F 3d. 1195, 1201 (9<sup>th</sup>. Cir. 1997)

Bu davayla bağımsız servis sağlayıcılarına bilgisayar gibi yüksek teknoloji ürünlerine servis konusunda üreticilerle rekabet etme hakkı tanındığından dolayı dava, FMH'lerde zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında çok önemli bir yer edinmiştir.

### 3.1.2. Xerox Davası<sup>17</sup>

Kodak Davasına benzer şekilde bu davada da Bağımsız Servis Organizasyonlarının (BSO) Xerox şirketinin yazıcı ve Fotokopi makinalarının yedek parçalarını elde etmelerinin kısıtlanması söz konusudur. BSO'lardan bir tanesi olan CSU, Xerox'un bu politikaları vasıtasıyla ürettiği ürünlerin üzerindeki tekel gücünü servis piyasasında tekel durumuna geçmek için kullandığını iddia ederek Sherman Yasası'na aykırılıktan şikayette bulunmuştur. Yapılan görüşmelerde Xerox yedek parçalarını servis sağlayıcılara tedarik etmeye zorunlu bırakılmıştır (Prescott ve Buchen, 1999, s; 7).

Bununla birlikte CSU, Xerox'un fiyat politikasını servis piyasasındaki rekabeti kontrol altında tutmak için bir silah olarak kullandığını iddia etmiştir. Mahkeme Xerox'un fiyat politikasını kanuni bulmuştur. Mahkemenin görüşüne göre Xerox'un kanuni yollarla elde edilmiş FMH'leri kullanarak tekel gücünü genişletmesinde bir mahsur bulunmamaktadır. Ayrıca Mahkeme, Xerox'un ürünleri için uygun gördüğü royalty miktarını talep etmesinin, FMH'lerin yasal kullanımından çıkmakta olup tekel gücünü kanunsuz bir şekilde kullanması anlamını taşımadığını belirtmiştir.

Mahkeme FMH'lerin kullanımının reddedilmesinin diğer herhangi mal ve hizmetlerin reddedilmesiyle bir tutulmaması gerektiğini, FMH'lerin doğası gereği farklı bir politikaya tabi tutulmasının gereğini belirtmiştir. Ayrıca zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının ancak rekabeti korumak için zorunlu olduğunda ve tüketicilerin zarar görmesinin engellenmesi gereken durumlarda kullanılabileceğini belirterek bu davada böyle bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir (Preskot ve Buchen, 1999, s. 8).

Mahkeme'nin bu kararı Patent Reformu Yasası'ndaki "Hiçbir patent sahibi lisans vermeyi reddettiği için patent hakkını kanuna aykırı olarak genişletme veya yerinde kullanmama (misuse) ile suçlanamaz..." ifadesine dayanmaktadır. Mahkeme, bu davada mal vermenin reddine uygulanan rekabet kurallarının patent veya telif haklarına uygulanamayacağına hükmetmektedir (Preskot ve Buchen,1999, s. 9).

---

<sup>17</sup> Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox, 989 F. Supp. 1131, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20996 (D. Kan. 1997)



Bu davanın daha önce bahsedilen Kodak davasından farklı olduğu görülmektedir. Kodak davasında doktrin geniş yorumlanmış fakat Xerox davasıyla sınırlama getirilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme Kararı'nda; davanın halihazırdaki şekliyle zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının mümkün olmadığı fakat bazı ek unsurlarının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde CSU'nun antitekel kanunlarının ihlal edildiği iddiası dışında herhangi bir kötüye kullanma argümanı kullanmadığını belirterek eldeki bilgilerin bir kötüye kullanma varlığının kabul edilmesi için yetersiz olduğunu belirtmiştir. CSU'nun, Xerox'un FMH'leri kullanarak piyasadaki rekabeti nasıl etkilediğini ve kendilerinin bu uygulamalardan nasıl etkilendiklerini destekleyici argümanlarla belirlemedikleri vurgulanarak, ileri sürdükleri argümanları destekleyici bilgileri sunabilmeleri durumunda mahkemenin görüşünün daha farklı çıkabileceği de belirtilmiştir.

### 3.1.3. Intel Davası<sup>18</sup>

1998 yılında Federal Ticaret Komisyonu (FTC) Intel şirketine karşı şikayetler almıştır. FTC, Intel'in pazar gücünü, bilgisayar sistemlerini Intel mikroişlemcilerle uyumlu bir şekilde geliştirmek isteyen üç müşterisine (bu üç şirket; Digital Equipment Corporation, Intergraph Corporaton, Compaq Computer Corporation) karşı kanun dışı bir şekilde kötüye kullandığını ve ikinci aşama olarak Intel'in patentlerinin lisansını vermeyi reddederek bu şirketleri cezalandırdığını iddia etmiştir. Bu davada FTC, Intel'in prototip ve ileri teknoloji ürünlerine ilişkin bilgileri bu ürünleri kullanan müşterilerin piyasada faaliyetlerini sürdürebilmeleri için “zorunlu unsur” olarak değerlendirmiştir. (Prescott ve Buchen, 1999)

Intel bu bahsedilen şirketlere mikroçip örneklerini ve bilgileri vermekten imtina ettiğini kabul etmiş, fakat mikroişlemci pazarında tekel konumunda olduğu iddiasını ve zorunlu unsur doktrini değerlendirmesine katılmadığını belirtmiştir. Intel bu savunmasını yaparken antitröst kanunlarını bozduğu iddia edilen davranışların FMH'lerin kullanılması sonucu ortaya çıktığını ve bunun tekel durumunda olup olmamakla değişmeyeceği görüşünü ileri sürmüştür. Intel lisans vermeyi veya gizli bilgileri içeren FMH'leri paylaşmayı reddetmek konusunda mutlak hakkının olduğunu ve bu nedenle davranışının antitekel kanunlarına karşı ihlal anlamı taşımayacağını iddia etmiştir.

Intel FTC'nin kararına karşı istinaf mahkemesine (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit'a) başvurmuştur. Başvuruda Intel yukarıda ileri sürdüğü savunmasını tekrarlamıştır. Mahkeme alt mahkemelerin bulgularını

---

<sup>18</sup> Intergraph Corp. v. Intel Corp., 1999 U.S. Dist. LEXIS 9681 (N.D.Ala., N.E. Div., June, 1999). 102/ In the Matter of Intel Corp., FTC, Docket No. 9288, 03/08/99.

yanlış nitelendirmiş ve Intel'in mikroişlemcilerinin zorunlu unsur olduğu, Intergraph şirketinin (ve diğer şirketlerin) faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olduğu hususunu yeterli gerçek olgulara dayanmadığı için, yanlış bulmuştur. Bundan başka Mahkeme Antitröst kurallarının bu davada uygulanamayacağını, çünkü Intel ve Intergraph şirketinin aynı pazarda rakip olmadıklarını ileri sürmüştür. Ayrıca Intel'in mikroişlemcilerdeki pazar gücünün bu dava ile ilgili olmadığını belirtmiştir. (Prescott ve Buchen, 1999)

Mart 1999'da FTC ile Intel arasında bir uzlaşma anlaşmasına varılmıştır. Bu anlaşmada, Intel'in, anılan şirketlere kendi ürünlerini Intel mikroişlemcilere uygun bir şekilde geliştirebilmeleri için, Intel mikroişlemcilerine ilişkin bilgilerin piyasaya sunumundan belli bir süre öncesine kadar bu şirketlere sağlanmasına karar verilmiştir. FTC Intel'in mikroişlemcilerini pazara resmi sunum tarihinden en az 6 ay önce bu işlemcilerle ilişkin bilgileri sağlaması gerektiğini belirtmiştir. (Prescott ve Buchen, 1999, s. 17)

Intel davası FMH'ler ile ABD Antitröst hukuku arasında ince bir ayırım oluşturmuştur. Federal Circuit analizi FMH sahiplerinin alt pazarlarda iş ilişkisine gireceği şirketleri seçmede serbest olduğunu vurgulamaktadır. Fikri mülkiyet sahiplerinin tekel olarak düşünülmemesi gerektiği ve kendi fikri mülkiyetlerini kendilerinde tutabilecekleri, başka şirketlerin rekabet edebilmeleri için bu fikri mülkiyetlere gereksinimleri olduğu iddiasının geçersiz olacağı vurgulanmıştır (Debra, 1999, s. 10).

### **3.2. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ**

Adalet Divanı birçok davada, Roma Anlaşması'nın ilgili hükümlerinin üye devletlerin hukuk sistemlerince oluşturulan fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin yasal düzenlemeleri etkilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak Bu hakların kullanılması esnasında malların serbest dolaşımına engel olması durumunda Roma anlaşmasının uygulanacağı da ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla Roma Anlaşması'nın temel hukuki nizamına aykırı olmadığı sürece, AB hukuku, bu hakların varlığına müdahale etmeyecektir (ÖZCAN, 1999, s. 108).

Bununla birlikte Avrupa Birliği Rekabet Hukuku, FMH konusunda ABD antitröst hukukuna göre daha az koruyucu olmuştur. Avrupa Birliği'nin, zorunlu unsur doktrininin FMH'ler üzerinde uygulamalarındaki yaklaşımı, sadece Avrupa pazarının iyileştirilmesi için gerekli olan bir araç niteliği değil, aynı zamanda bir pazarda hakim durumda olan bir firmanın rekabeti azaltması veya pazar gücünü bağlantılı olduğu pazarlara genişletmesini engelleme amacı taşımaktadır.

ATAD, FMH kullandırılmasının reddi konusunda Volvo k. Veng<sup>19</sup> davasında şu ifadelere yer vermiştir:

“FMH sahibi olan kişinin üçüncü kişinin kendi rızası olmadan bu hakka dayalı ürünlerin üretim, satış ve ithalatını yapmaktan alıkoyması FMH’dan kaynaklanan münhasır haklarının öz konusunu oluşturmaktadır. Bundan dolayı makul bir ücret karşılığında bile olsa, hak sahibi olan kişiye üçüncü taraflarla lisans anlaşması yapma yükümlülüğü getirmek, bu kişinin FMH’dan kaynaklanan münhasır haklarının özünden mahrum bırakılması anlamına gelir... Bu nedenle lisans vermeyi reddetme tek başına kötüye kullanma anlamına gelmez...”

Diğer yandan Mahkeme kararın devamında bu olaya ilişkin olarak FMH kullanımının, FMH sahibinin keyfi olarak bağımsız tamircilere yedek parça sağlamayı reddetmesi, yedek parça için aşırı fiyat belirlemesi, teşebbüsün halen kullanımda olan araçlar için yedek parça üretmekten vazgeçmesi hallerinde kötüye kullanma olacağını ifade etmiştir. Bu haller bir FMH’nın meşru olarak kullanım sınırlarını zorlamakta ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Diğer yandan burada sayılan haller sınırlı olmayıp her spesifik davanın niteliğine göre eklemeler yapılabilir. Buradan çıkarılabilecek önemli bir sonuç, belirli şartlar altında lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanma sayılabileceğidir.

AB uygulamasında FMH lerde kullanımına yönelik birisi destekleyici birisi sınırlandırıcı önemli iki davaya aşağıda değinilecektir.

### **3.2.1. Magill Davası<sup>20</sup>**

Dava’da, İrlanda’da haftalık tv programları listesini içeren bir magazin dergisi yayınlamak isteyen Magill adlı şirket, ITP, BBC ve RTE televizyon kanallarından haftalık yayın listelerini vermelerini istemiştir. Anılan tv kanalları, programlarına ilişkin bilgilerin kendilerine ait lisanslı bilgiler olduğunu belirterek, bu bilgilerin haftalık bir tv rehberinde yayınlanması için lisans vermeyi reddetmişlerdir. Bunun üzerine Magill söz konusu tv şirketlerinin hakim durumlarını kötüye kullandıklarına ilişkin Komisyon’a şikayette bulunmuştur.

Tv yayın şirketleri, kendi yayınlarına ilişkin bilgileri, kendi çıkardıkları haftalık bir rehberde yayınlamakta ve program listeleri için sahip oldukları telif hakkının kendilerine bu bilgileri münhasıran yayınlama hakkı verdiğini ileri sürerek bu bilgilerin başkalarının bir tv rehberinde kullanılmasını telif haklarına dayanarak engellemektedirler.

Komisyon yaptığı inceleme üzerine,

---

<sup>19</sup> Case 238/87 ECR [1988] s. 6211

<sup>20</sup> Magill TV Guide v. ITP, BBC, RTE, OJ, 1989.

- Tv şirketlerinin program listeleri için sahip oldukları *münhasır hakkı*, bağlantılı pazar olan haftalık tv rehberi pazarını da kendilerine ayırarak ve üçüncü kişilerin ayrı bir pazar olan bu bağlantılı pazarda rekabet etmelerini engelleyerek, hakim durumlarını kötüye kullandıkları,

- Tv yayıncısı şirketlerin lisans vermeyi reddetmelerinin, tüm tv programlarını içeren ve belirli bir tüketici talebinin bulunduğu yeni bir ürün olan kapsamlı haftalık bir rehberin yayınlanmasını engellediği ve bu şekilde pazarda rekabetin sınırlandırıldığı<sup>21</sup>,

- Yayıncı şirketlerin telif hakkını kullanma şeklinin 82. madde anlamında kötüye kullanma olduğu, bu nedenle telif hakkı kapsamındaki rekabet kurallarının uygulanmasına engel olan korumanın dışında kaldığı<sup>22</sup>,

sonuçlarına ulaşmıştır.

Böylece Komisyon, tv yayıncısı şirketlere kötüye kullanma fiillerini sona erdirmek için, istek üzerine televizyon listeleri ile ilgili bilgileri ayırım gözetmeksizin verme ve bu listelerin çoğaltılmasına izin verme zorunluluğu getirmiştir.

Magill davası, üstü kapalı olarak zorunlu unsur doktrininin uygulandığı ve ATAD tarafından kabul edildiği önemli bir davadır. Bu davada Komisyon, telif hakkının haftalık TV rehberi pazarı için zorunlu bir unsur olduğu ve bu hakkın potansiyel bir rakibin girişini engellemek amacıyla kullanıldığı görüşündedir (Kaya, 2001, s. 21).

Tv şirketleri Komisyon'un Kararı üzerine Bidayet Mahkemesine (Court of First Instance) başvurmuşlardır,

Mahkeme şu yargıda bulunmuştur:

... korunan bir eseri münhasıran çoğaltma hakkının kullanılmasının tek başına kötüye kullanma olmadığı açık olsa da, bu kural, münhasır hakkın kullanımı, her olayın ayrıntıları göz önüne alınmak kaydıyla, 82. maddenin amaçlarına aykırı şekil ve durumlarda gerçekleştiriliyorsa, geçerli olmaz. Bu tür durumlarda telif hakkı, esas fonksiyonuna ... yani 82. maddenin amaçlarına saygı göstererek eserdeki manevi hakkı korumaya ve yaratıcılığı ödüllendirmeye uygun olarak kullanılmamış demektir. ... bu durumda, rekabet kurallarının üstünlüğü, ulusal hukukun tanıdığı fikri mülkiyet kanunlarının üzerinde olmaktadır... (Kaya, 2001, s. 21)

---

<sup>21</sup> Tv kanalları sadece kendi yayınlarının bilgilerini yayınlamakta iken, magil tüm tv kanallarının yayın bilgilerini içeren kapsamlı bir rehber hazırlamak istemektedir. Bu nedenle yapılmak istenen rehber yeni bir ürün olarak değerlendirilmiştir.

<sup>22</sup> Kötüye kullanma olmasaydı telif haklarının sağladığı münhasırlığın korunacağı belirtilmektedir.

Burada mahkeme telif haklarının ancak 82'nci maddenin şartlarının ihlal etmediği müddetçe korunabileceğini aksi durumda rekabet kurallarının FMH'lerin tanıdığı münhasırlığı tanımayacağını belirtmektedir.

Bu davada Bidayet Mahkemesi, "tüketicinin talep ettiği yeni bir ürünün ortaya çıkmasına lisans vermenin reddedilmesi suretiyle engel olunmasının, telif hakkının esas fonksiyonunu yerine getirmek için gerekli olandan fazla oranda rekabeti kısıtladığını, dolayısıyla bu davranışın kötüye kullanma olduğunu ifade ederek", 82'nci maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Magill davasıyla, FMH'nin korunması ve rekabet hukuku arasındaki çatışma önemli ölçüde gündeme gelmiştir. Magill davası, bu çatışmada dengeyi lisans verme zorunluluğu yönüne kaydıran özel şartlara sahip bir olay olarak değerlendirilmektedir

Bidayet Mahkemesinin kararına karşı ATAD'a başvurulması üzerine Advocate General (AG) Komisyon ve Bidayet Mahkemesinin görüşlerine ters bir görüş bildirmiştir. AG, "*Özel bazı durumlarda 82'nci madde işletilebileceğini kabul etmekle beraber, hak sahibinin yaratıcı çabasının karşılığını alamaması veya eseri üzerinde sahip olduğu manevi haklarının korunmasının mümkün olamayacağı durumlarda 82. madde yasağının uygulanması söz konusu olamayacaktır.*" diyerek, dava ile ilgili olarak, "*Söz konusu yeni ürün TV şirketlerinin ürününe rakip olacak ve hak sahiplerinin yaratıcılıklarının karşılığı olan ödülün miktarını azaltacağı için, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.*" yargısına ulaşarak bu davada bir kötüye kullanma olmaması gerektiği yargısına ulaşmıştır.

AG'nin görüşüne rağmen ATAD, Komisyon ve Bidayet Mahkemesinin zorunlu lisans verilmesini öngören kararlarını onaylamıştır. ATAD, telif hakkı gibi hakların hakim firma tarafından uygulanmasının asla 82. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği varsayımının yanlış olduğunu ifade etmiş, fakat bununla birlikte bütün FMH kullanımlarının kötüye kullanma olmadığını belirterek, ancak *istisnai hallerde* ulusal hukuk kurallarıyla korunan FMH kullanımının 82'nci maddeyi ihlal edebileceğini belirtmiştir.

Magill davasında, ATAD ilgili FMH'ni ikincil pazar için neden kaçınılmaz kabul ettiğini kısa bir şekilde değerlendirmiştir. Burada MCI testini dikkate alarak şöyle bir değerlendirme yapmıştır. 3 tv şirketi kendi yayın bilgilerine ilişkin FMH sahibidir ve bu haklar üzerinde tekel konumundadır. İkinci koşul olarak Magill'in pratikte ve makul olarak ilgili zorunlu unsuru kopya edememesi gerekmektedir. Bu koşul bağlamında Magill'in üst pazar olan tv yayıncılığı pazarına girmesi gerekmektedir. Ancak Magill'in sunacağı haftalık tv rehberi için bu giriş yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla, ilgili ürünü sunmanın tek yolu her üç teşebbüsün lisans vermesidir (Anderman, 1998).

ATAD, reddetme eylemi için tek başına FMH'nin sağlamış olduğu korumanın objektif bir gerekçe olmadığını ve başka gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Magill, zorunlu unsur doktrininin FMH lerde kullanıldığı çok önemli ve istisnai bir davadır. Bu nedenle de önemli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu dava ile teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları rakipleriyle paylaşım zorunluluğu getirilerek, zorunlu unsur doktrininin üstü kapalı olarak desteklendiği ve bunun özellikle FMH alanında ve yüksek maliyetler gerektiren ve riskler ortaya koyan yatırımların yapılması konusunda ve yenilik yaratma konusunda teşebbüslerin sahip oldukları güdeleri yok etme riskini artırdığı düşünülmektedir (Kaya, 2001, s. 22).

### 3.2.2. Tiercé Ladbroke SA v. Commission<sup>23</sup>

Fransa'daki at yarışları bahisleri, Sociétés de Courses tarafından kurulmuş iktisadi bir işbirliği oluşumu olan Pari Mutuel Urbain Français (PMU) tarafından organize edilmektedir. Sociétés de Course tarafından kurulan PMU, Fransa'da organize edilen at yarışlarına ait görüntülü ve sesli yorumları pazarlama yetkisine de sahiptir. PMU şirketi, Fransa'daki at yarışlarının ses ve görüntülerini Almanya ve Avusturya'da pazarlama yetkisini Pari Mutuel International (PMI) şirketine vermiştir. PMI şirketi de, bu ses ve görüntülerin Almanya ve Avusturya'daki münhasır kullanma hakkını DSV adlı bir şirkete vermiştir. Belçika'da at yarışlarına ilişkin bahis oynatan Tiercé Ladbroke şirketi, PMU, PMI, DSV şirketlerine başvurarak anılan ses ve görüntüleri Belçika'da yayınlama yetkisini almak istemiştir. DSV, anılan haklar için alt lisans verme yetkisine sahip olmadığını, PMU ve PMI ise söz konusu ürünün Belçika'da yayınlanmasına izin verme yetkisine sahip olmadıklarını belirterek Ladbroke şirketine lisans vermeyi reddetmişlerdir.

Ladbroke şirketi, bunun üzerine Komisyona başvurarak, anılan ses ve görüntülerin Sociétés, PMU, PMI ve DSV tarafından verilmeyişinin 81 ve 82. maddelere aykırı olduğunu iddia etmiştir. Komisyon yapılan başvuruyu özellikle Magill davasındaki yaklaşım altında incelemiş ve kötüye kullanma olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Komisyon bu olayda, Ladbroke tarafından zorunlu unsur argümanının kullanılmasının da, hem Sociétés hem de PMU'nun Belçika pazarında bulunmaması nedeniyle yersiz olduğunu belirtmiştir.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> [1997] OJ C252/24

<sup>24</sup> Ladbroke tarafından "essential facility" argümanına destek olarak kullanılan dava, *London European-Sabena* OJ 1988 L 317 davasıdır.

Davanın temyizinde, Bidayet Mahkemesi Komisyonun kararını onaylamıştır. Mahkeme, Ladbroke şirketinin Belçika bahis pazarında en büyük pay sahibi olduğunu, lisans sahibi şirketlerin bu pazarda faaliyet göstermediğini dikkate alarak zorunlu unsur bakımından şu değerlendirmeyi yapmıştır:

...ilgili Fransız şirketleri pazarda faal olsalar bile, bu tek başına belirleyici değildir, davacı teşebbüsün 82'nci madde altında reddetme eyleminin bir ihlal olduğunu ispatlaması için, lisansı istenen ürün ya da hizmetin ilgili pazar (at yarışı bahsi) içinde faaliyette bulunmak üzere *zorunlu ya da kaçınılmaz* olması gerekir....bunun için de gerçek ya da potansiyel bir ikamenin olmaması ya da düzenli ve belirli bir tüketici talebi olmasına karşın yeni bir ürünün sunulmasının engellenmiş olması gerekmektedir...

Bidayet Mahkemesi, kötüye kullanma fiili ile ilgili olarak *Magill* kararına atıfta bulunmanın yanlış olduğuna da yer vermiştir. Başvuranların lisans vermenin reddi nedeniyle kapsamlı tv rehberi pazarına girişlerinin engellendiği *Magill* kararındaki aksine, söz konusu olayda, başvuranın pazarda olmasına ilave olarak, görüntü ve seslerin müşterilere sunulduğu bahis pazarında en büyük pazar payına da sahip olması, lisans vermeyi reddeden fikri mülkiyet sahibi şirketlerin ise bu pazarda yer dahi almamaları, Mahkeme tarafından önemli bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, Sociétés de Courses'un FMH'yi doğrudan veya dolaylı olarak dahi kullanmadığı bir pazarda lisans vermeyi reddetmesi rekabetin kısıtlanmasına neden olamayacaktır.

Bidayet Mahkemesine göre, at yarışlarının televizyondan yayınlanması bahisçiler için yerinde bir hizmet olmakla birlikte bahis oynatanların esas faaliyetleri olan bahislerin alınması için gerekli bir unsur değildir. Ladbroke şirketinin Belçika pazarında bulunması ve Fransız at yarışlarına ilişkin oynatılan bahisler için oldukça güçlü bir durumda bulunması buna delil olarak gösterilmektedir. Buna ilave olarak, görüntülerin aktarılmasının bahisler alındıktan sonra gerçekleşmesi, bu nedenle bahis oynayanların tercihlerini etkilememesi ve bahis oynatanların işlerini yapmalarına engel olmaması da anılan görüntülerin aktarımının gerekli olmadığını gösteren diğer bir unsurdur. Mahkeme bu görüşüyle bu davada zorunlu unsur doktrininin uygulanamayacağını da zımnen belirtmiş olmaktadır.

Bu karar, bir yandan *Magill* davasının kendine özgü koşullarda gelişen bir karar olduğunu ima ederken diğer yandan *Magill* ile birlikte ortaya çıkan kaygıları önemli ölçüde gidermiştir. Bu karar sonrasında, teşebbüslerin zorunlu unsur iddiasında bulunmaları için, hem gerçek ve potansiyel bir alternatif olmadığını hem de ilgili unsurdan yararlanmanın kendi faaliyetleri için kaçınılmaz olduğunu (örneğin pazar dışına itileceklerini) göstermeleri gerekmektedir (Sheehan, 1999, s. 84). Öte yandan Mahkeme bu kararda zorunluluk ya da kaçınılmazlığın ne anlama geldiği konusunda yeterince açık değildir, ancak yine de doktrinin en azından sınırsız uygulanmayacağını ve

uygulama alanı bulabilmesi için belirli koşulların yerine getirilmesini gerektiğini ortaya koymak bakımından önemlidir (Sheehan 1999, s. 84).

## **BÖLÜM 4**



# ŞEBEKE ENDÜSTRİLERİ ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

## 4.1. ŞEBEKE ENDÜSTRİLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Şebeke endüstrileri doğal tekel özellikleri gösterirler. Ölçek ve kapsam ekonomilerinden dolayı, bu sanayilerdeki temel mal ve hizmetlerin tek bir firma tarafından sunulması, birden fazla firma tarafından sunulmasına göre daha ekonomik olmaktadır. Firma sayısının artması, sabit maliyetlerin artmasına, bu da birim maliyetlerin yükselmesine neden olmaktadır. Doğal tekel şartlarında rekabet, maliyet etkinliğini azalttığından toplumsal olarak genellikle arzu edilmemektedir<sup>25</sup>(Atiyas, 2001).

Mark Armstrong ve Chris Doyle makalelerinde doğal tekel kavramını şöyle tanımlamaktadır. (Armstrong ve Doyle, 1995)

“Bir ürün için pazarın tüm talebini karşılayanın maliyetinin endüstride tek firmanın bulunmasıyla minimize edildiği durumdur.”

Yukarıdaki tanımdan anlaşılacağı üzere herhangi bir piyasanın bir bölümünde tek bir firmanın tekel niteliğinde faaliyette bulunması ekonomik etkinlik açısından o bölümde birden fazla firmanın bulunmasından daha etkin sonuçlar veriyorsa bu bölüm doğal tekel özellikleri taşıyor denilebilir.

Bununla birlikte şebeke endüstrilerinin her bölümü doğal tekel niteliğinde değildir. Bazı kilit niteliğinde bölümleri doğal tekel niteliği göstermekte ve o bölümde tekeli firmaların bulunması ekonomik hayatın bir gereği olarak görülmektedir. Örneğin, elektrik ve gaz endüstrisinde genellikle ulusal ağlar ve yerel dağıtımlar doğal tekel olarak değerlendirilmektedir. Demiryolu endüstrisinde istasyonlar arasında her tren işletmesi için ayrı demiryolu raylarının bulunması istenen birşey olmayacağından, bu raylar da doğal tekel niteliği arz etmektedir. Telekomünikasyon endüstrisinde dağıtım ağlarını doğal tekel olarak niteleyebiliriz. Şebeke suyu endüstrisinde ise bütün dağıtım sistemi doğal tekel niteliği arz etmektedir (Armstrong ve Doyle, 1995, s; 46).

Doğal tekel niteliği arz eden bölümlerin bağlantılı olduğu pazarlardaki rekabetçi yapı, bu kilit bölümlerle doğrudan ilişkilidir. Örneğin, elektrik sektöründe, elektrik dağıtımını doğal tekel niteliği arz etmekte ve bu dağıtımın tek bir şirkette bulunmasına karşı çıkılmamaktadır, fakat elektrik dağıtımını ile

---

<sup>25</sup> Fakat, bu kesin bir sonuç değildir. Bazı durumlarda doğal tekel özellikleri arzeden bir sektörde bile firma sayısının artması toplumsal refahı artırabilir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

doğrudan ilişkili olan elektrik üretimi rekabetçi yapı arz eden bir bölümdür ve dağıtımdaki engeller üretimdeki rekabetçi yapıyı da doğrudan bozabilecektir. Bu nedenle doğal tekel niteliği gösteren bölümlerde rekabetçi yapı gözetilmemekte, fakat diğer pazarları etkilememesi için bu bölümlerde regülasyona gidilerek alt ve üst pazardaki rekabetçi yapılar korunmaya çalışılmaktadır.

Bu nedenle, eğer bir teşebbüs şebeke endüstrilerinin doğal tekel niteliği göstermeyen bölümlerinde faaliyette bulunuyorsa, bu durumda doğal tekel niteliği arz eden bölümler bu teşebbüsler için “*darboğaz unsur*”, başka bir deyişle “*zorunlu unsur*” olarak kabul edilecektir (Armstrong ve Doyle, 1995, s; 46).

Ağ sanayilerinin bir başka önemli özelliği, yüksek miktarda batık sermaye gerektirmesidir. Yani, bu faaliyetlere yapılan yatırımı ekonomideki başka faaliyet alanlarına veya sektörler kaydırmanın maliyeti çok büyüktür yani bir kez o faaliyet alanına yatırım yapıldıktan sonra, yatırılan sermaye o sektöre hapsolür. Bu nedenle bu sektörlerde aynı yatırımın birden fazla yapılması ciddi ekonomik kayıp teşkil edecektir. Bu husus da, bu tür faaliyetlerin alternatiflerinin yapılmasının son derece güç olmasının başka bir sebebidir.

## **4.2. DOĞAL TEKELLERİN REGÜLASYONUNUN EKONOMİK AÇIKLAMASI**

Dar anlamda regülasyonu, “hükümetlerin, bireylerin ve firmaların iktisadi ve sosyal açıdan istenmeyen davranışlarını engellemek ve değiştirmek amacıyla oluşturduğu uygun müeyyidelerle desteklenmiş kurallar” olarak tarif etmek mümkündür (Türkkan, 2001, s. 109). Tanımı bu bölüme göre yapacak olursak regülasyonu “doğal tekellere sahip olan teşebbüslerin sahip oldukları bu imkanlar sayesinde piyasaların rekabetçi yapıları, dolayısıyla iktisadi ve sosyal açıdan istenmeyen davranışlarını engellemek ve değiştirmek amacıyla rekabet otoriteleri tarafından uygun görülen müeyyidelerle desteklenmiş kurallar” olarak da tarif edebiliriz.

Regülasyonla ilgili en önemli sorun nedenleridir. Regülasyonun nedenlerinden en önemlileri olarak; kaynak tahsisinde etkinliği sağlamak, rekabeti ve rekabetin dayandığı hukuki ve ahlaki değerleri korumak, tüketiciyi korumak, çevreyi korumak, gelir dağılımını iyileştirmek, üreticileri aşırı rekabetten korumak, istihdam yaratmak gibi nedenleri sayabiliriz (Türkkan, 2001, s. 109). Bu nedenlerden önemli olan bazılarını değinmekte fayda görülmektedir.

### **4.2.1. Tahsis Etkinliği (Allocative Efficiency, Pareto Etkinliği)**

Rekabetçi piyasaların önemli fonksiyonlarından bir tanesi firmaların kıt kaynakları etkin kullanmalarını sağlamaktır. Kaynakların etkin kullanımını iki

türlü düşünmek gerekmektedir. İlki X etkinliği olarak adlandırılan firma içi kaynak dağılımının etkinliğidir. İkincisi ise tahsis etkinliğidir. Tahsis etkinliğinin şekli koşulu bütün piyasa ve firmalarda fiyatların uzun dönem marjinal maliyete ve minimum ortalama maliyete eşitlenmesidir. Daha genel bir ifadeyle tahsis etkinliği, kaynakların tüketicilere ve üreticilere en yüksek “toplam fayda” sağlayacak şekilde tahsis edilmesidir. (Türkkan, 2001, s: 85)

Ekonomik etkinlik açısından, satış fiyatının marjinal maliyete yakın olmasının gerekliliği bilinmektedir. Birçok pazarda bu kural etkin rekabet vasıtasıyla sağlanabilmektedir. Bununla birlikte yüksek pazar gücüne sahip firmaların olduğu bir piyasada bu kuralın sağlanması için düzenleyici kurumlar tarafından piyasaya müdahale gerekli hale gelmektedir. Doğal tekel unsurun tahsisi karşılığında ödenecek ücret (Giriş Ücreti-Access Pricing) hizmetin tüketicilere sunumu için belirlenecek fiyat açısından çok önemlidir. Bu nedenle giriş ücretinin kontrolü fiyatların maliyetlere yaklaşmasını sağlamak için dolaylı olarak etkin bir yoldur (Armstrong ve Doyle, 1995, s; 46)

Fiyatın, marjinal maliyetin altında veya üzerinde belirlenmesi ülke kaynaklarının optimal dağılımını bozmaktadır. Fiyat, marjinal maliyetin üzerinde ise aşırı kar olanakları doğar ve kaynaklar toplumun refahını artıracak olan diğer üretim alanlarından aşırı kar olanaklarının yaratıldığı üretim alanlarına kayar. Tersisi durumda ise, yani fiyatın marjinal maliyetin altında belirlendiği alanlarda, üretim kaynakları bu alanlara tahsis edilmez, hizmette aksamalar olur ve toplum refahı azalır.

#### 4.2.2. Üretim Etkinliği<sup>26</sup>

Bu sektörleri düzenlemenin diğer önemli bir amacı, üretimin en etkin maliyetlerle gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Bir piyasa için en ideal olan bir hizmeti veya hizmet için gerekli olan girdiyi piyasada çalışan firmalardan en etkin çalışan tarafından sunulmasıdır. Piyasada etkin çalışmayan firmaların elimine edilmesi toplumsal ve iktisaden istenen bir sonuçtur (Türkkan, 2001, s. 86). Uygun faktör bileşimi ile maliyetlerin en aza indirilmesi, teoride üretimde etkinlik (productive efficiency) olarak ifade edilmektedir

Giriş fiyatları bir piyasaya girişin oranını ve şeklini belirleyeceğinden dolayı düzenleyici kurumlar bu amaca ulaşmak için (ölçek ekonomilerine) ellerinde güçlü bir enstrümana sahip olacaklardır. Eğer düzenlemenin (Regülasyon) tek amacı üretim etkinliği olsaydı, bu durumda piyasaya girişler

---

<sup>26</sup> **Üretim etkinliği;** Bir piyasada her bir firmanın minimum maliyetle faaliyetini sürdürmesi, faaliyetlerin firmalar arasında etkin dağılması ve endüstri de maliyetlerin minimize edilmesidir. (Armstrong and Doyle, 1995)

ancak yeni giren firmanın diğerlerinden daha etkin olması durumunda mümkün olabilecekti. (Armstrong ve Doyle, 1995, s; 46)

Piyasaya yeni girecek firmanın etkinliğinin nasıl olacağı belirsiz olduğundan ve firma etkinliklerinin göreceli ve tam kesin yargıları olamayacağından, dolayı sadece üretim etkinliğine göre piyasa girişlerinin düzenlemesi sakıncalı olabilecektir. Fakat düzenlemelerde üretim etkinliğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

#### **4.2.3. Rekabetin Desteklenmesi**

Yukarıda açıklanan iki amaca da ulaşmak için rekabetçi bir piyasanın varlığı güçlü bir araçtır. Buna ilave olarak etkin rekabet ürün farklılaştırmasının faydasını ortaya çıkarır, müşteri ihtiyaçlarını karşılama oranını artırır ve ayrıca teknolojik yeniliklere olanak tanır. Düzenleyici kurumların her zaman amaçlarını başarılı bir şekilde uygulamalarının mümkün olmaması nedeniyle bir piyasa için rekabetin tesisinin uzun dönemli avantajları vardır. Örneğin, düzenleyici kurumlar ile tekeli (Incumbent Firm<sup>27</sup>) firma eşit pazarlık imkanlarına sahip değildirler. Düzenleyici kurum yasalar çerçevesinde isteklerini tekel firmasına ve piyasaya empoze edebilir ve bu şekilde tekelci firma düzenleme sürecinden etkilenebilir. Bu nedenle, düzenleyici kurumlar yukarıda bahsedilen kısa dönemli üretim etkinliği görüşü çerçevesindeki seviyenin üzerinde bir giriş özendirilebilir. Bu da yukarıda bahsedilen ölçek ekonomisi amacına ters düşer. Piyasaya giriş fiyatının düşmesi piyasaya giren firma sayısını yükselteceğinden dolayı, düzenleyici kurumlar düşük giriş fiyatlandırması yaparak piyasadaki rekabeti artırabilirler (Armstrong ve Doyle, 1995).

#### **4.2.4. Hakkaniyet ve Sosyal Amaçlar**

Tahsis etkinliğinin arzulanmasına rağmen, düzenlenen piyasalarda fiyat politikası, ağırlıklı olarak hakkaniyet ve eşitlik görüşlerinden etkilenmiştir.

Farklı maliyet yapılarındaki hizmetler için benzer fiyatların yaygın olması ve ekonomik olarak uygulanamayacak bazı hizmetlerin sağlanmasını bu duruma örnek olarak verebiliriz.

---

<sup>27</sup> **Incumbent Firm;** Rekabete açılmış olan bir piyasada daha önceleri tekel konumuna gelmiş güçlü firmalardır. (Armstrong and Doyle, 1995)

### 4.3. ŞEBEKE UNSURLARINA GİRİŞ MESELESİ

Darboğaz olarak nitelendirilebilecek unsurlara giriş konusu sadece rekabet hukukunun bu alanlarda çıkabilecek rekabet ihlallerine nasıl yaklaşacağı ile ilgili olmayıp ülkelerin pazar yapılarının ve ekonomik gelişmeleri içinde büyük önem taşımaktadır

Bir şebeke hattı bütün olarak düşünüldüğünde, şebekenin güçlülük düzeyi bir anlamda en zayıf olduğu noktanın gücüyle eşdeğerdir denilebilir. Şöyle ki; Bir şebeke üzerinde her bölüm çok güçlü olsa bile eğer bir hat zayıf ise şebeke üzerine yüklenebilecek iş yükü o zayıf hattın kaldırabileceği düzey kadar olabilecektir. Bu nedendir ki şebeke üzerinde tüm hatların birbirleriyle etkileşim içerisinde olması ve işbirliğine gitmesi gerekmektedir.

Şebeke endüstrilerindeki rekabetçi yapı da yukarıdaki açıklamaya benzer nitelikler arz etmektedir. Şebeke hattı üzerinde farklı hatlardaki rekabetçi yapı yüksek olsa dahi şebeke üzerindeki bir noktadaki aksaklık tüm şebekeyi etkileyebilecektir. Şebeke üzerinde bir noktadaki darboğaz bütün şebeke üzerindeki rekabetçi yapıyı bozabilecektir.

Günümüzde hem Avrupa Birliğinde hem de üye ülkelerde sektöre özgü özel düzenlemeler yapılmaktadır. Bununla ilintili olarak Avrupa Komisyonu tarafından darboğaz niteliğindeki unsurlara girişin sağlanmasına yönelik düzenlemelere de gidilmiştir.

Telekomünikasyon, transport, enerji gibi çeşitli şebeke endüstrilerde etkin rekabet için en önemli sorunlardan bir tanesi ara bağlantı problemidir. Şebeke endüstrilerinde esaslı unsurlara sahip olan teşebbüsler bu unsurlardan başkalarının faydalanmalarını engelleyebilecek güce sahip olabilmektedirler. Ara bağlantı yapılmasının reddedilmesi şebekeye sahip firmanın o piyasadaki konumunu kolaylıkla güçlendirip tekel durumuna gelmesine olanak sağlayabilmektedir (Liedekerke, 1996, s; 3).

Serbestleşme sürecinde kaydedilen gelişmeye rağmen, Komisyon serbestleşmeyle rekabete açılan sektörlerde yeterli kapasite ve coğrafi yaygınlığa sahip alternatif şebekelerin kurulması yoluyla etkin bir rekabet ortamının doğmasının zaman alacağını dikkate alarak, paralel şebekelerin mevcut (tekel konumundaki) şebekelere tatmin edici bir alternatif olamayacağı sonucuna varmıştır. Bu sonuca iten en başta gelen gerekçelerden birisi, bu denli şebekelerin kurulmasının maliyeti çok yüksek yatırımları gerekli kılmasıdır (Nikolinakos 1998, s. 404).

Bundan dolayı bir hizmet pazarına girmek isteyen hizmet sağlayıcılarının tekel konumundaki şebekeye erişim yapmak dışında hiçbir alternatifleri yoktur. Alternatifsizlik sebebiyle bağımlı oldukları tekel

konumundaki operatörlerin, sahip oldukları unsurlar üzerinde rekabeti kısıtlama imkanına sahip olurlarsa, serbestleşmeden beklenen yararlar elde edilemeyecektir.

#### **4.4. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve TELEKOMÜNİKASYON**

Telekomünikasyon şebekesinin verimli çalışması için telekomünikasyon sektöründeki bütün tarafların yüksek derecede işbirliğine ihtiyaçları vardır. Şebekeyi oluşturan fiziksel parçalar birbirlerine yüksek bağımlılığa sahiptirler. Şebekenin bir bölümüne yapılan yatırım tüm şebeke üzerinde potansiyel fayda yaratmakta, şebekenin bir bölümündeki tıkanıklık veya eksiklik şebeke üzerinde darboğazlar meydana getirerek, maliyetin artmasına ve hasılanın düşmesine yol açmaktadır (Melody, 2001, s. 49).

##### **4.4.1. Telekomünikasyon Sektöründe Ara Bağlantı İçin Temel Prensipler**

Zorunlu unsur doktrininin şebeke endüstrilerinde en önemli uygulama alanı ara bağlantılardır. Temel olarak iki türlü ara bağlantı vardır. Bunlar şebekenin sonuna bağlanma ve ara bağlantı olarak bağlanma. Bu iki bağlantı tipi büyük farklılık göstermekte ve bu nedenle farklı değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki terminal müşterilerinin ara bağlantısıdır. Bu, telekom operatörleri ile doğrudan rekabet olarak görülmektedir. Çünkü bunlar şebeke hizmetinin bir bölümü olarak terminal hizmeti sağlar veya üretirler. İkinci tip ise komşu coğrafi pazarlarda hizmet veren telekom şirketlerine ara bağlantıdır. Bu da bir çeşit işbirliği olarak görülür (Melody, 2001, s; 53).

Komşu coğrafi alanlarda hizmet veren telekom şebekeleri arasındaki ara bağlantı, her iki telekom operatörlerinin aboneleri için daha geniş alanlarda iletişim kurmalarına olanak tanımakta ve ayrıca ara bağlantı kurulması ve bakımı maliyetlerinin üzerinde bir getiri sağlamaktadır. Ayrıca şebeke dışsallıklarından her iki operatörün de yararlanması neticesinde her iki operatörün de değeri yükselecektir.

Operatörlerin birbirlerine yakın oranda abonelerinin olması bu operatörlerin birbirleriyle ara bağlantı yapmalarını kolaylaştırır, fakat birisinin abonesinin oransal olarak çok düşük olması daha büyük operatörün piyasadaki daha güçlü olan konumunu korumak için ara bağlantı anlaşmasından imtina etmesine yol açabilir veya ara bağlantı anlaşması için küçük operatöre ağır şartlar ileri sürebilir. Düzenleyici kurumların asıl görevleri bu noktada başlamaktadır.

Ara bağlantı davalarında en önemli örneklerden bir tanesi ABD de görülen *AT&T/MCI* davasıdır. Bu davada, AT&T'nin şebeke üzerindeki tekel gücünü, uzun mesafeli görüşmelerdeki gücünü korumak için MCI firmasıyla ara bağlantı yapmayı reddederek kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Mahkeme *Otter Tail* ve *Terminal Railroad* davaları çerçevesinde:

“...Belirli koşullar altında bir tekelci teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesi zorunlu unsur doktrinine tabidir. Bu denli bir reddetme eylemi, tekelci teşebbüs üretimin bir aşamasındaki tekel gücünü diğer bir aşamasına uzattığı için...hukuka aykırı olabilir. Böylece antitröst hukuku bir zorunlu unsuru kontrol eden tekelci teşebbüsler üzerine üçüncü taraflarla ayrımcılık yapmadan anlaşma yapma yükümlülüğü getirir..”<sup>28</sup>

diyerek, MCI firmasını zorunlu unsur doktrini çerçevesinde haklı bulmuştur. Mahkeme, AT&T firmasının sahip olduğu şebeke altyapısının telekomünikasyon sektöründe piyasada faaliyette bulunmak için olmazsa olmaz bir unsur olduğunu ve bu altyapılara diğer operatörlerin erişiminin gerekli olduğunu belirterek, ara bağlantı konusunda önemli bir karar almıştır. Doktrinin ABD uygulaması anlatılırken yukarıdaki bölümlerde de değinildiği üzere, Ara bağlantıların zorunlu unsur olarak değerlendirmesinde bu davayla ortaya çıkan dört koşullu test zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında bir rehber niteliğini almış ve diğer davalarda da kullanılmaya başlanmıştır. Bu koşulları tekrar edecek olursak,

i. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü. Doğal tekel özelliği gösteren şebeke bağlantılarını elinde bulunduran şirketlerin tekel konumunda olacağı açıktır.

ii. Giriş yapmak isteyen bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkansız olması. Şebeke endüstrilerinin doğal tekel özelliğinin bu piyasalarda ikinci bir teşebbüsün aynı altyapıyı yapmasını ekonomik olarak mümkün kılmamaktadır.

iii. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,

iv. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması. Bu husus önemlidir. Çünkü telekomünikasyon sektörü benzeri şebeke endüstrilerinde teknik uyumsuzluk, kapasite yetersizliği, ek yatırım gereksinimi gibi çeşitli faktörler reddetme eylemine haklı birer gerekçe olabilecek niteliktedirler.

İlk iki koşulun telekomünikasyon sektöründe uygulanması durumunda, doğal tekel özellikleri gösteren telekom alt yapıların zorunlu unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği ve telekomünikasyon sektöründe ara bağlantı yapmaksızın faaliyette bulunmanın çok zor olduğu ve bu nedenle

---

<sup>28</sup> Par. 30

telekomünikasyon sektöründe ara bağlantılara erişimin sektörün rekabetçi yapısı açısından son derece önemli olduğu görülmektedir.

MCI davasıyla telekomünikasyon sektörüne yönelik zorunlu unsur doktrini kullanımı ve ara bağlantı kriterleri olarak sunulan yukarıdaki dört aşamalı test, MCI davasından sonra doktrinin geçtiği diğer davalarda da kullanılmaya başlanmış ve genel kabul görmüş kriterlerdir. AB hukukunda da unsurun teknelci teşebbüs tarafından kontrol edilme unsuru hariç (AB hukukunda hakim durumda bulunma koşulu aranmakta) diğer kriterler kabul görmüş ve doktrinin uygulamasında bir paralellik oluşmaya başlamıştır.

#### **4.4.2. Giriş Tebliği (Access Notice)**

Telekomünikasyon sektöründe zorunlu unsur doktrininin uygulamasıyla ilgili en önemli düzenleme Giriş Tebliği'dir<sup>29</sup>. Tebliğ şebekelerin ara bağlantılarına erişim ve kiralık hatların sağlanması, müşteri bilgilerine veya diğer verilere erişim veya telekomünikasyon pazarına giriş için gerekli olabilecek unsurlar ile ilgilidir.

Tebliğ'de zorunlu unsur doktrininin hakim durumdaki terminal işletmecilerin görevlerinin belirlenmesi ile ilgili bir çok davada kullanılabileceği belirtilmektedir (Par. 68).

Giriş Tebliğinde zorunlu unsur;

“tüketicileri için veya rakiplerin işlerini devam ettirebilmeleri için zorunlu olan ve ikinci bir kopyesinin yapılmasının herhangi bir makul şartlarda mümkün olmadığı unsur veya altyapı sistemi” (Par.68)

olarak tanımlanmıştır.

Komisyon Tebliği'nde telekomünikasyon sektöründe hakim durumdaki firmanın yapması gereken şeylerin belirlenmesinde zorunlu unsur doktrinine oldukça güvendikleri görülmektedir.

Komisyonun Giriş Tebliği'nde, zorunlu unsur doktrininin ABD hukukunda MCI davasında yer alan kriterlerini kabul etmiş fakat daha ileri düzeye götürmüştür. Eğer bir teknelci firma bir zorunlu unsur üzerinde hakimiyet sağlamışsa, bu firma sahip olduğu unsurdan rakiplerine kendi kullanım fiyatı üzerinden kullandırmak mecburiyetinde bırakılmaktadır. Serbest piyasada olağan parakende satış fiyatından satmak gerekli değildir (Naftel, 1999, s; 14).

Giriş tebliği üç tip reddetme ile ilgilidir.

---

<sup>29</sup> Telekomünikasyon Sektöründe Giriş Anlaşmalarına Uygulanacak Rekabet Kuralları Hakkındaki Tebliğ. (OJC 265, 22.8.1998 )



1. Söz konusu hizmet için başka bir operatörün (tekelci teşebbüs dahil) faaliyet gösterdiği durumlar (Par.84/a). Objektif gerekçelerin olmaması durumunda bu bir ayrımcılık problemidir.
2. Bir hizmet için daha önce hiçbir operatörün erişim yapmadığı durumlar. Bu bir zorunlu unsur problemidir ve eğer kapasite kısıtlı ise bu problem kabul edilmemektedir. Üst pazardaki şebeke servislerine giriş çok önemli olabilmektedir.(Par. 84/b)
3. Bir müşteriden mevcut erişim hakkının geri alınması (Par.84/c), mevcut müşterinin şebekeye girişinin engellenmesi genellikle kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir.

Komisyon Tebliğ’de Topluluk içtihadını dikkate alarak zorunlu unsurun uygulama esasları konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiş ve teşebbüsler açısından hukuki bir belirlilik sağlamaya çalışmıştır. Tebliğe göre zorunlu unsur doktrininin uygulanması öncelikle bir varlık/imkan/tesis zorunlu olarak kabul edilmesini gerektirmektedir (Tekdemir, 2001).

İmkan zorunlu unsur olarak tanımlandıktan sonra, şebeke operatörünün anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığını belirlemek için, diğer beş koşulun (par. 91) daha karşılanması gerekmektedir (Naftel, 1999, s. 30), (Ungerer, 1998, s. 26)

- a- Giriş in ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için tamamen zorunlu olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Sadece giriş imkanının daha avantajlı olması giriş zorunluluğu için yeterli değildir.
- b- Yeterli boş kapasitenin olması gereklidir.
- c- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüs mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz olmalı, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemeli ya da mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlamalıdır,
- d- giriş yapmak isteyen teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olmalıdır,
- e- reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmamalıdır

Yukarıdaki kriterlerden Objektif gerekçenin varlığı sorunlu bir konudur. Çünkü zorunlu unsur sahiplerinin, sahip oldukları unsurun diğer rakiplere kullandırmamaları, eğer objektif bir gerekçeye dayanıyorsa rekabet kuralları yönünden ihlal olarak kabul edilmeyecektir. Giriş tebliğinde de objektif gerekçenin varlığı zorunlu unsur için diğer şartlar sağlansa dahi operatörlerin

sahip oldukları unsuru başkalarına kullandırmamalarını ihlal olarak kabul edilmeyecektir denilmektedir (Nikolinakos, 1999, s. 405).

Objektif gerekçelerin neler olabileceği karşılaşılabilecek her bir vakada farklılıklar arz edebilir Giriş tebliğinde teknik uyumluluk/uygunluk objektif bir gerekçe olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir (Par. 96).

Bu Tebliğ'de Komisyon tekeli teşebbüslerin çifte rolüne dikkat çekmektedir. Bu çerçevede operatörlerin kendi faaliyetleri lehine ayrımcılık yaparak etkin rekabeti kısıtlamalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Komisyon, bu bağlamda serbestleşmeden beklenen yararların elde edilmesi için özellikle yeni rakiplerin ve yeni hizmetlerin pazara girmesi konusuna büyük önem vermektedir (Par. 90). Nitekim bu iki husus zorunlu unsur hallerinin diğer anlaşma yapmayı reddetme hallerinden ayrılan yönleridir.

Diğer yandan, Komisyon'un yeni rakip ve hizmetlere önem verirken aynı zamanda teşebbüslerin yatırım yapma ve yenilikte bulunma güdülerini soğutmamaya özen gösterdiği kabul edilmektedir. Komisyon böylece yeni rekabete açılan ve kamusal nitelik taşıyan tekeli sektörlerde ve bunlara bağlı alt sektörlerde rekabetin gelişmesi için doktrinin geniş yorumlamasını kabul ederken, özel teşebbüslerce yapılan yatırımlar bakımından daha dikkatli yorumlanması yolunu seçeceği ileri sürülmektedir (Nikolinakos 1998, s. 415).

Bunun yanı sıra Komisyon, teknik buluş/yenilik konusuna değinmiş ve yeni bir ürün veya hizmeti piyasaya sunan bir teşebbüsün yeni olan bu ürün veya hizmetinin piyasada tutunmasını ve yer edinmesini sağlamak konusunda belli bir süreye ihtiyacı olacağını belirtmiştir (Nikolinakos, 1999, s. 406). Komisyon'un bu görüşü aynı zamanda zorunlu unsur doktrininin kullanımının teknolojik gelişmeyi etkilemeden uygulanması gerektiğine dikkati çekmesi açısından önemlidir.

Komisyon telekomünikasyon sektöründe zorunlu unsuru belirlemekle beraber bunun hakim durumun kötüye kullanılmasını engellemek için yeterli olmadığı ek önlemlerin gerekli olduğunu da belirtmektedir. Bir unsur zorunlu unsur olarak kabul ettikten sonra bu unsurdan rakiplerine faydandırmak zorunda kalan teşebbüs bazı durumlarda yine kötüye kullanma gerçekleştirebilir.

Komisyon başlıca üç tür kötüye kullanma davranışına dikkat çekmiştir; zamanlama, teknik uyum ve fiyat (Par. 94). Servis sağlayıcı, başkalarının kendi unsurunu kullanmasını engellemek için bu tür araçları kullanabilir. Örneğin, rakip teşebbüsün servis talebini karşılamayı geciktirebilir, teknik zorluklar çıkartabilir veya sağlayacağı hizmet mukabilinde çok yüksek fiyatlar talep edebilir. Komisyon bu tür uygulamaların da bir reddetme eylemi halini alabileceği ve bir kötüye kullanma gerçekleştirilebileceği konusuna dikkati çekmiştir.

#### 4.4.3. Türkiye’de Telekomünikasyon Sektörü ve Ara Bağlantı Meselesi

Türkiye’de telekomünikasyon sektörüne ilişkin Avrupa’daki son düzenlemelere yönelik uyum çalışmalarında bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Ara bağlantı meselesi 4502 sayılı Kanun<sup>30</sup> ile açıklanmaya çalışılmış ve bazı hususlar ortaya konmuştur.

Kanun’da ara bağlantı ile roaming kavramı ayrı ayrı tanımlanmıştır. Kanun’da ara bağlantı “İki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması” olarak, roaming ise, “Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkan sağlayan sistemlerin dolaşımı” olarak belirtilmiştir.

##### Kanun’un 6. Maddesi’nde

ara bağlantı talepleri ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler Kurum tarafından belirlenir, ancak Türk Telekom her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir

denmektedir.

Görüldüğü üzere ara bağlantı hususunda her işletme zorunlu olmamakla beraber, Kurum’un belirleyeceği işletmelerin ara bağlantıya izin vermeleri mecburi bırakılacaktır. Diğer taraftan Türk Telekom her halükarda bu yükümlülüğü üstlenmektedir.

##### 6’ncı maddenin 2. fıkrasında ise

“...ara bağlantıya ilişkin taleplerin eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma temeli ilkesinde ve kendi hizmetlerine sağladıkları ile aynı koşullarda ve kalitede karşılamak zorunda oldukları ...”

belirtilerek, piyasadaki teşebbüslerin ara bağlantı yaparken uymak zorunda oldukları kriterlerin neler olduğu açıklanmıştır.

Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında “ara bağlantı talebi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, Telekomünikasyon kurumu .... taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir” diyerek, ara bağlantı talep eden ile ara bağlantı sağlamak zorunda olan işletmelerin kendilerinin karşılıklı olarak anlaşmasının esas olduğu,

<sup>30</sup> 27.1.2000 tarihli “Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında kanun ile Genel Kadro usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”

eğer bu görüşmeler neticesinde herhangi bir sonuca ulaşamaz ise Telekomünikasyon Kurumu'nun devreye gireceğini belirtmektedir.

Maddenin 5'inci fıkrası roaming ile ilgilidir. Fıkırada

“...Kurum'un belirleyeceği hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdür.”

denilmektedir.

Fıkıradan görüldüğü üzere işletmeciler taleplerin makul, ekonomik olarak oranlı ve teknik olarak imkan dahilinde olan roaming taleplerini karşılamakla zorunlu kılınmaktadır.

Aynı maddenin son fıkrasında

“kurum... şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır...gerektiğinde Rekabet Kurumu'na başvurur.”

denilmektedir.

Telekomünikasyon alanındaki işletmeciler arasında ara bağlantı ve roaming zorunluluğunu getirilmesinin ve bu konuda Telekomünikasyon Kurumu'na geniş yetkiler verilmesinin AB düzenlemeleriyle ve AB ülkeleri mevzuatlarıyla benzerlik gösterdiği ve Dünyadaki günümüz eğilimini yansıttığı söylenebilir (Ulusoy, 2000, s. 71).

Rekabet hukukunda telekomünikasyon endüstrisinde ara bağlantı (roaming) meselesi zorunlu unsur olarak nitelendirilmektedir. 4502 sayılı Kanun'un yukarıda bahsedilen hükümlerine baktığımızda, ara bağlantı meselesi zorunlu kılınmaktadır. Bu nedenle rekabet hukukuyla bir benzerlik mevcuttur.

Bununla birlikte zorunlu unsur doktrini ile önemli bir farkı bulunmaktadır. Rekabet hukukunda, bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun rakip teşebbüslere kullandırılmasını zorunlu kılmak için bu unsura sahip olan teşebbüsün hakim durumda olması gerekmektedir. Halbuki 4502 sayılı Kanun'da da görüldüğü üzere telekomünikasyon sektöründeki ara bağlantı meselesinde teşebbüslerin büyüklüğüne bakılmaksızın bütün teşebbüsler bu hizmeti sunmakla yükümlü kılınabilmektedir. Konuya bu şekilde baktığımızda 4502 sayılı Kanun'un teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları rakiplerine açmaları zorunluluğunda rekabet hukuku uygulamalarından daha geniş hükümler içerdiği görülmektedir.

Zorunlu unsur doktrininin uygulamasının dahi bir çok tartışmalara yol açtığı düşünülürse, telekomünikasyon sektöründeki her firmaya (büyük, küçük ayrımı yapılmaksızın) getirilen ara bağlantı yapma zorunluluğu, rekabetçi piyasaların oluşturulması için her sektörün dinamikleri dikkate alınarak düzenlemelerin yapılması fikrini destekleyici niteliktedir. Türkiye’de rekabetçi bir telekomünikasyon sektörü için gerekli olan şartların belirlenip yasallaştırıldığı görülmektedir. Bu yasalar uygulandığı takdirde Rekabet Kurumu’nun telekomünikasyon sektöründe 4502 sayılı Kanun kapsamına giren faaliyetlerde zorunlu unsur doktrininin uygulanmasına yönelik herhangi bir çalışmaya girmesine gerek kalmayacaktır.

#### **4.5. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve ENERJİ**

##### **4.5.1. Elektrik**

Elektrik enerjisi üretim, dağıtım ve iletimden oluşan bir şebeke endüstrisidir. Dağıtım bölümü üretilen elektriğin yüksek voltajlı olarak bölgeler arası nakil hatlarından taşınması, iletim ise yüksek voltajlı elektriğin kullanımı için gereken düşük voltaja indirildikten sonra tüketicilere ulaştırılmasını içerir. Dağıtım ve iletimin tamamı nakil hatlarından oluşan bir bütündür.

Elektrik sektöründe bu nakil hatlarının ikamesi hemen hemen imkansızdır. Sermaye yoğun olan iletim faaliyetinde yüksek batık maliyetler söz konusudur . İki yerleşim birimi arasında birkaç iletim hattının tesis edilmesi etkin olmadığından bu piyasada iletim doğal tekel niteliği göstermektedir. Bu nedenle Elektrik enerjisinin liberalleşme sürecinde nakil hatlarının elektrik üreten teşebbüslere kullandırılması sektör için hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle belirli bir piyasada elektrik enerjisi nakil hatlarına sahip teşebbüsün, aynı bölgeye elektrik dağıtımını yapmak isteyen başka bir teşebbüse sahip olduğu nakil hatlarını kullandırmayı reddetmesi rekabet ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Zorunlu unsur doktrini açısından bu nakil hatları, doğal tekel özelliği göstermesi dolayısıyla hem hakim durum kriterini ve hem de alternatifinin kurulmasının imkansızlığı ilkelerini rahatça taşımasını sağlamaktadır. Uygulamada da bu hatların zorunlu unsur olarak sayılmasında çok tartışma bulunmamaktadır.

##### **Otter Tail Power Davası<sup>31</sup>**

Elektrik şebekesinde zorunlu unsur doktrininin kullanıldığı önemli davalardan bir tanesi ABD’deki *Otter Tail Power Co. (OTC) v. United States*

---

<sup>31</sup> Otter Tail Power Co. v. United States, 326, U.S. 1 (1945)

davasıdır. Bu davada regüle edilen ve bütünleşmiş bir elektrik (üretim, dağıtım ve satış) şirketi olan OTC elektrik iletim hatlarını kontrol etmekte olup, aynı zamanda perakende seviyesinde satış yapmaktadır ayrıca elektrik iletim ve dağıtımında belli bir süreliğine yasal monopoldür. OTC'nin yasal monopolü sona erince, elektrik dağıtım işini kendileri yapmaya karar veren Otter Tail'deki belediye elektrik enerjisinin yerel dağıtımını yapmak ister ve OTC'den toptan fiyatına elektrik vermesini veya başka elektrik üreticilerinden sağlayacağı elektriği *nakil hatlarından* nakletmesini ister. OTC toptan elektrik vermeyi reddetmiş ayrıca başka sağlayıcılardan satın aldıkları elektriğin kendi iletim hatlarından geçmesine de izin vermemiştir. Bu davada, Yüksek Mahkeme, OTC'nin kendi iletim hatlarından ilgili belediyelerin elektrik iletimlerini reddetmesini Sherman Kanunu'nun 2'nci bölümü altında bir ihlal olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu davayla OTC'nin sahip olduğu iletim hatlarını zorunlu unsur olarak kabul etmiştir. Çünkü bu belediyeler için söz konusu iletim hattının alternatifi yoktur (Lipsky ve Sidak, 1999, s. 1205)

#### **4.5.2. Doğal Gaz/Petrol Boru Hatları**

Doğal gaz ve petrol boru hatlarına sahip bir teşebbüs üretilen hammaddeyi borular vasıtasıyla bu ürünleri almak isteyenlere dağıtımını yapmaktadır. Boru hatlarının bir ikincisinin yapılması teknik ve ekonomik olarak oldukça zordur. Bu nedenle bu boru hatlarını kullanmak isteyen başka üreticilere izin verilmesi zorunlu unsur doktrini açısından gereklidir.

Bu konu ile ilgili British Gas (BG) olayına bakmakta fayda var. BG olayı İngiliz doğal gaz dağıtım pazarının rekabetçi bir yapıya kavuşması çalışmalarıyla ilgilidir. BG, doğal gazın tüketiciye ulaşmasını sağlayan boru hattının sahibidir. BG hem doğal gaz üretip hem de dağıtımını yapmaktadır. BG dışında doğal gaz üretimi ile uğraşan başka şirketler de bulunmaktadır. Bunlar BG'nin sahip olduğu doğal gaz boru hatlarını belli bir ücret karşılığında kullanmaktadır. Diğer taraftan doğal gaz pazarına girmek isteyen yeni firmalara da doğal gaz boru hattı kullanımı açık tutulmuştur (Gül, 2001, s. 117).

Bu olaydan da anlaşılacağı üzere doğal gazın dağıtımının sağlandığı boru hatları zorunlu unsur olarak kabul edilmektedir.

#### **4.6. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ ve DOĞAL TEKEL ÖZELLİKLERİ GÖSTEREN DİĞER BAZI SEKTÖRLER**

##### **4.6.1. Demiryolu Hizmetleri**

Demiryolu sektöründe trenlerin hareket ettikleri hatlar doğal tekelleştirilmiştir. Bu hatlara sahip olan teşebbüsün bu hatları diğer

teşebbüslere kullandırmaması, demiryolu sektörünün tek bir firma tarafından ele geçirilmesi anlamına gelecektir.

Zorunlu unsur doktrini kriterlerine baktığımızda, doğal tekel özelliği gösteren demiryolu hattının tekeli bir teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından işletileceği açıktır. Diğer taraftan bu hatların bir ikicisinin yapılması hem coğrafi koşullar hem de ekonomik olarak rasyonel olmayacaktır. Kaldı ki piyasaya girmek isteyen her bir tren şirketinin bir hat döşemesinin imkansızlığı herkesçe malumdur.

Bu sektörde doğal tekelin tespiti ve dolayısıyla zorunlu unsur doktrininin tespiti genelde diğer sektörlerde göre daha kolaydır. Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında çok tipik bir örnek teşkil etmektedir. Zaten doktrinin ilk ortaya çıkışı da ABD antitröst hukukunda *Terminal Railroad* davasıyla bu sektörde olmuştur.

#### **Terminal Railroad Davası<sup>32</sup>**

Doktrinin ilk uygulandığı dava olarak kabul edilmektedir. Terminal Railroad Association (Terminal Demiryolu Birliği) St. Louis bağlantı güzergahında faaliyet gösteren 14 tren işletmecisi şirketin oluşturduğu bir teşebbüs birliği olup, bu güzergah üzerindeki taşımacılık için tüm alt yapı, terminal ve ekipmanı kontrolü altına almaya çalışmıştır. Bu bağlamda Birlik sahip olduğu kontrol dolayısıyla St. Louis demiryolu hattı üzerinde doğal tekel konumuna gelmiştir. Üye olmayan teşebbüsler için Birliğin bu kontrolü üye olanlara göre rekabetçi açıdan dezavantaja neden olmuştur (Behr, 1998, s. 2).

Yüksek Mahkeme değerlendirmesinde, “...fiziki ve topoğrafik koşullar nedeniyle birlik dışında kalan diğer teşebbüslerin alternatif bir ulaşım sistemi kurmalarının imkansız olduğunu.....” ifade etmiştir. Böylece, Mahkeme, St. Louis güzergahında altyapıların zorunlu niteliğini kabul ederek bir anlamda doktrinin varlığını dolaylı da olsa desteklemiştir.

#### **European Night Services (ENS) Davası<sup>33</sup>**

Bidayet Mahkemesi bu kararında “zorunlu unsur kavramını” açıkça ilk kez kullanmıştır. Davada, demiryolu ulaştırma şirketleri gece servisi sunmak üzere bir ortak girişim kurmuş ve muafiyet amacıyla başvurmuştur. Yüksek Mahkeme, ortak girişime, ortak girişimin sahip olduğu ve zorunlu unsur olarak düşünülen altyapılar, özel lokomotifler ve tesislerin rakiplerce kullanılmasına izin verilmesi şartıyla kısa bir süre için muafiyet vermiştir.

---

<sup>32</sup> United States v. Terminal Railroad of St. Louis, 224 US. 383, 56 L. Ed. 810, 32 S. Ct. 507 (1912) 326, US.1(1945)

<sup>33</sup> T-375, 375 384&388/94, 15 September 1998, [1998] E.C.R.II-[1998]5 CMLR 718.

Davanın Bidayet Mahkemesine intikal etmesinden sonra, Mahkeme davayla ilgili kararında;

“...bir ürün ya da hizmet, gerçek ya da potansiyel alternatif olduğu sürece gerekli ya da zorunlu olarak düşünülemez...bu ürün ya da hizmet sadece ikamesi yoksa, ve bunların özel karakterleri dolayısıyla-özellikle makul şekilde benzerlerini üretmek (reproduction) için gerekli olan zaman ve maliyetin girişi engelleyici olması-rakiplerin mevcut alternatif kaynakları olmaması ve sonucunda pazar dışında kalmaları durumunda, zorunlu olarak düşünülebilir...”

diyerek, Komisyonun zorunlu unsur değerlendirmesini çok geniş bulmuş ve kabul etmemiştir. Bu yorum, zorunlu unsur doktrininin AB hukukundaki gelişimi için gerçekten çok önemlidir. Bidayet Mahkemesi bu kararda, zorunlu unsurun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda *Ladbroke* davasında belirlenen standartları yükseltmiş ve Komisyondan yeterli analiz ve gerekçe geliştirmesini isteyerek Komisyonun uygulamalarını kontrol altına almıştır. Korah’a göre bu kararlar Mahkeme Komisyonu değerlendirmelerinde, özellikle özel mülkiyetin paylaşımı konusunda, daha dikkatli olmaya teşvik etmektedir. Mahkeme, varlığın/unsurun ancak alternatif yoksa zorunlu/gerekli olabileceğini vurgulayarak, bir anlamda daha önce yapılmış bir yatırım üzerinde başkalarının bedavacı olarak yararlanmalarının önüne geçme düşüncesini ortaya koymuştur (Tekdemir, 2001, s. 45)

#### 4.6.2. Havayolu Hizmetleri

Havayolu sektöründe genel kabul gören zorunlu unsur uçakların iniş ve kalkış yaptığı alandır. Genellikle bir bölgede birbirlerine yakın havaalanları yapılamamakta ve bir bölgedeki havaalanının ikamesi olmamaktadır. Örneğin Ankara’da tek bir havaalanı mevcuttur; havayolu şirketlerine bu alandan faydalanmalarının reddedilmesi durumunda bu havayolu şirketlerinin Ankara’ya yolcu taşımaları olanaksızdır. Ayrıca ikamesi olmayan bu sektörde unsurun benzerinin yapılmasının da ne derece imkansız olduğu herkesçe malumdur. Havaalanı hizmeti, zorunlu unsur doktrininin tipik uygulama alanı bulunduğu sektörlerin başında gelmektedir. Uygulamada bu sektörlerde doktrininin uygulanmasına yönelik herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte doktrininin uygulamasında sadece havaalanının fiziksel altyapısı değil bununla bağlantılı başkaca hizmetlerin de zorunlu unsur olarak kabul edilebildiği görülmektedir. Bu sektörle ilgili önemli bazı davalara kısaca aşağıda değinilecektir.

#### **Sabena Davası<sup>34</sup>**

Sabena Belçika’da bilgisayarlı rezervasyon hizmetleri pazarında hakim durumdadır. London-European şirketi bu sistemden faydalanmak istemiş ve

---

<sup>34</sup> *London European/Sabena*, [1988], OJ L 317/47



Sabena tarafından reddedilmiştir. Komisyon bu davada, Sabena'nın zorunlu unsur olan bilgisayarlı rezervasyon sisteminden rakibinin faydalanmasını engelleyerek rekabeti kısıtladığı sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere havaalanı altyapısı hizmetinin dışında bağlantılı bir piyasa olan rezervasyon pazarında da zorunlu unsur doktrini uygulamada yer bulmuştur.

#### **Aer Lingus/British Midland Davası<sup>35</sup>**

Aer Lingus Londra-Dublin hattında tek rakibi olan British Midland ile interlining yapmayı reddetmiştir. Komisyon kararında, interlining anlaşmasını zorunlu unsur olarak kabul etmiş ve reddetme eylemini rekabetin gelişimini engellediği gerekçesiyle kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Komisyon ayrıca;

...Aer Lingus, davranışı için ne bir etkinlik ne de anlaşma yapmaktan kaynaklanacak verimlilik kayıpları gibi meşru iş gerekçeleri ileri sürmüştür. Pazar payı kaybının önüne geçme isteği, bu hattın şirket için hayati derecede önemde olması ve faaliyet marjının baskı altında olması bu reddetme tepkisini meşru kılmaz...

diyerek pazardaki tek rakibin korunması için, Aer Lingus şirketinin gerekçelerini meşru olarak kabul etmemiştir.

#### **4.6.3. Deniz Limanı Hizmeti**

Deniz limanı işleten bir teşebbüsün bu limana feribot servisi yapmak isteyen teşebbüse liman hizmeti vermesi o feribot işletmecisi için olmazsa olmaz bir unsurdur.

Bir liman genellikle coğrafi olarak uygun bir yere yapılır ve bu limanlara çeşitli ulaşım bağlantıları yapılarak karayolundan ve denizyolundan taşıma bağlantıları tamamlanır. Limanların yanına veya yakınına ikinci bir liman yapılması hem coğrafi hem ekonomik ve hem de hukuki engellerle karşılaşmaktadır. Bu nedenle belli bölgelerdeki limanlar buralara sefer yapmak isteyen gemi ve işletmecileri için zorunlu unsur olarak kabul edilmektedir.

Tezin birinci bölümünde zorunlu unsur doktrininin AB uygulaması anlatılırken değinildiği gibi Komisyon'un doktrin ile ilgili ilk kararı da deniz limanı hizmetlerinde olmuştur. Sealink davalarında komisyon;

“Rakiplerin ondan faydalanmaksızın müşterilerine hizmet sağlayamayacakları bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin bu unsurdan faydalanmalarını reddetmesi, ya da onlara kendi faaliyetlerine göre daha olumsuz koşullarda giriş imkanı tanınması ve onları rekabetçi

<sup>35</sup> British Midland v. Aer Lingus, [1992] OJL 96/34.

açıdan zor durumda bırakması, eğer 82 (eski 86)'nci maddenin diğer koşulları da sağlanmışsa, bu maddeyi ihlal etmiş sayılır”

diyerek liman hizmetlerinden faydalanmadan feribot işletmecilerin müşterilerine hizmet sunamayacaklarını ve bu nedenle liman işletmesinin zorunlu unsur olduğunu belirtmiştir.

Sealink davaları zorunlu unsur doktrininin liman sektöründe uygulanmasında öncülük etmiş ardından benzer başka davalarda benzer kararlar alınmıştır. Sealink davaları dışındaki davalara kısaca değinmekte fayda görülmektedir.

### **Elsingor Limanı Davası**

Bu davada, Danimarka’da Elsingor limanında faaliyet gösteren Scand Lines şirketi haricinde başka şirketlerin limana girmelerine izin verilmemesi söz konusudur. DSB adında bir kamu kuruluşu ve ayrıca bir İsveç şirketi olan SweFerry ile birlikte kontrol edilmekte olan Scand Lines şirketi, Elsingor Limanı ile İsveç’teki Helsingor Limanı arasında motorlu araçların feribotla taşınmasında tekel hakkına sahiptir.

Komisyon, Elsingor limanında, liman gibi temel bir altyapıya girişe izin verilmemesini kamu işletmesinin hakim durumunu kuvvetlendirici nitelikte bir devlet tasarrufu olarak niteleyerek, 82’nci maddeye aykırılık bulmuştur (Akbal, 2000, s; 43).

### **ICG/CCI Morlaix Davası**

Komisyon, Morleix Ticaret Odası’nın Fransa ile İrlanda arasında feribot hizmeti vermek isteyen ICG teşebbüsüne Roscoff Limanı’nı açmamasını 82’nci maddeye aykırı bularak ihlalin durdurulması yönünde geçici tedbir uygulamıştır (Akbal, 2000, s: 43). Bu davada komisyon Roscoff Limanı’nın fiziki ve ekonomik olarak alternatifinin bulunmadığını ve bu nedenle piyasaya giriş için tek imkan olduğunu belirtmiştir (Liedekerke, 1996).

## **BÖLÜM 5**

# **ZORUNLU UNSURUN FİYATLANDIRILMASI**

Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında en çok tartışmalı konulardan bir tanesi de zorunlu unsurun fiyatlandırılmasıdır. Bir unsur, zorunlu olarak kabul edildikten sonra üçüncü şahıslar bu unsurdan faydalanmaya hak kazanmış olacaklar ve zorunlu unsura sahip teşebbüs bunu engelleyemeyecektir.

Bununla birlikte, herhangi bir piyasada bir unsurun zorunlu olarak kabul edilip üçüncü şahısların bu unsurdan faydalanmalarının zorunlu kılınması bazen piyasanın rekabetçi yapısının oluşturulmasında yeterli olmamaktadır. Zorunlu unsura sahip teşebbüs bu unsurdan potansiyel rakiplerine faydalandırmayı istemediği durumlarda rakiplerinden karşılayamayacakları yüksek kullanım ücretleri isteyerek rakiplerin piyasa dışında kalmasını sağlayabilir. Bu nedenle zorunlu unsur üzerinde yapılan regülasyon akabinde fiyat regülasyonuna da ihtiyaç duyulabilmektedir.

Zorunlu unsurun fiyatlandırılmasında esas olan; teşebbüslerin aralarında makul bir fiyat üzerinde anlaşarak fiyat tesisini kendileri yapmalarıdır. Fakat piyasaların genel işleyişi her zaman böyle olmamaktadır. Teşebbüslerin anlaşamaması durumunda rekabet otoritelerinin devreye girerek fiyat belirlemesine gitmesi olası bir durumdur.

Fiyat her iki taraf içinde çok önemlidir. Fiyatın yüksek belirlenmesi piyasaya giriş yapacak firmaları zor durumda bırakacak hatta piyasa dışında tutabilecektir. Fiyatın düşük tespit edilmesi ise zorunlu unsur olarak kabul edilen unsura yatırım yapan teşebbüsün yatırımını batık hale getirecek, yatırım yapma ve yeni şeyler bulma güdüsünü yok edebilecektir. Ayrıca bu unsurdan faydalanan diğer firmaların hiçbir riske ve maliyete katlanmadan rahat bir şekilde bu unsurdan faydalanmalarını sağlayacaktır ki bu da bedava kullanım (free rider) problemini gündeme getirebilecektir.

Fiyat regülasyonunun sebeplerini şu şekilde özetlemek mümkündür.

1. Fiyat regülasyonu, tahsis etkinliği (Allocative efficiency) sağlamaktadır.
  - a- Bir piyasadaki pazar gücü, fiyatları yükseltme ve ürün çıktı miktarını azaltma eğilimindedir. Bu sonuç etkinliğidir. Çünkü tüketicinin kullanmaktan vazgeçtiği mal/hizmet onun ekonomik maliyetinden daha değerlidir. Piyasaya yeni rakiplerin girmesini sağlayan bir giriş fiyatı teknelci firmanın aşırı karını azaltır.
  - b- İkinci husus, giriş fiyatının etkin kullanımı sağlamak için hangi seviyede tespit edilmesi gereğidir. Fiyat tespiti piyasaya girecek teşebbüsler açısından son derece önemli olduğundan piyasaları etkileme açısından fiyat seviyesi çok önemlidir.

c- Diğer bir husus, bir taraftan etkin kullanımı teşvik ederken diğer yandan tekelci (incumbent) firmanın bütçe kısıtlarının giriş fiyatıyla ne şekilde uyumlu oluşturulacağı meselesidir. Ex-post marjinal maliyete göre yapılan bir giriş fiyatlaması her zaman uygun olmayabilir veya tüketiciler açısından etkin olan fiyat piyasaya giriş yapma arzusunda olan firmalar açısından etkin olmayabilir.

2. Fiyat regülasyonu darboğaz niteliğindeki unsur için etkin yatırım yapılmasında etkili olmaktadır. Beklenen getiri, yapılan harcamaların maliyetini karşılamadığı müddetçe yatırım yapılamayacaktır. Giriş fiyatı, etkin bir yatırım seviyesini sağlayacak ve ayrıca zorunlu unsur sahibini maliyet minimizasyonu için teşvik edecek bir düzeyde olmalıdır.

3. Giriş fiyatı aynı zamanda zorunlu unsur ile bağlantılı pazarlardaki yatırımları da etkilemektedir. Bu husus giriş fiyatının sadece zorunlu unsura etkin girişin sağlanması değil aynı zamanda zorunlu unsura giriş yapan firmaların alt pazarlarındaki maliyet hesaplarında etkinliği de etkileyecektir.

## 5.1. BAZI FİYATLANDIRMA TEKNİKLERİ

Literatürde fiyatlandırmayla ilgili çokça modellemeler mevcuttur. Bu tezin konusu gereği modellemelere ayrıntılı olarak değinilmeyecek fiyatlandırmanın genel esasları üzerinde durulacaktır.<sup>36</sup>

Fiyatlandırma konusunda başlıca üç model üzerinde durulmaktadır. Bunlar Baumol-Willing kuralı, Ramsey fiyatlandırma ve hesaplama (accounting) yaklaşımıdır. Modeller ayrıntılı iktisadi formüller içermekle beraber genel olarak nasıl işlediği üzerinde durulacaktır.

### 5.1.1. Baumol-Willing Kuralı

Fiyat regülasyonunda ilgili ürün veya hizmetin satış fiyatının sabit olduğu farz edilmekte ve bu satış fiyatı düzeyinde uygun fiyatlandırmanın nasıl olacağı üzerinde durulmaktadır. Bu nedenle ilk önce satış fiyatı tespit edilip ardından tespit edilen fiyatta maksimum fayda elde etmeye çalışılmaktadır. Satış fiyatının sabit olması, tüketici refahının ve tahsis etkinliğinin giriş fiyatından etkilenmemesi sonucunu da doğurmaktadır. Bu nedenle optimum faydanın gerçekleştirilmesi ancak üretim etkinliğiyle mümkün olabilmektedir. Bu da ancak piyasaya giriş yapan yeni firmanın tekelci firmadan daha etkin bir şekilde çalışması ile mümkün olabilmektedir.(Armstrong ve Doyle, 1995, s; 52)

Baumol-Willing kuralının formülü basitçe şu şekildedir.

---

<sup>36</sup> Giriş fiyatlandırmasıyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için. (Doğanoğlu ve Tauman), (Valetti ve Estache, 1998)

“Optimum Giriş Fiyatı=Sağlanan Girişin Marjinal Maliyeti+Sağlanan Girişin Fırsat Maliyeti<sup>37</sup>”

Bu formül aynı zamanda *efficient component pricing rule (ECPR)* olarak da bilinmektedir.

Fırsat maliyeti genellikle pozitif olmakla beraber bazı durumlarda negatifte olabilmesi mümkündür. Yani piyasaya yeni bir firmanın girmesiyle tekелci firmanın kaybı yerine kazancı oluşmaktadır. Bu genellikle şebeke endüstrilerinde ortaya çıkabilecek bir durumdur. Örneğin telekomünikasyon sektöründe bazı durumlarda piyasaya yeni giren firma eski firmanın da değerini artırabilir.<sup>38</sup> Bu durumda giriş fiyatı *doğrudan maliyetin* de altında olabilmektedir.

Bu fiyatlandırma tekniğinde hizmet/ürün satış fiyatının sabit tutulmasının nedeniyle tüketici fiyatları düzenleyici otoritenin giriş politikalarından etkilenmemesini sağlamakta ve üreticileri üretim etkinliğine yönlendirmektedir. Ayrıca satış fiyatının sabit olmadığı durumlarda tekелci firmanın satış fiyatını düşük tutabilme amacıyla yeni giren firmalara uyguladığı giriş fiyatını yukarı çekmek için çalışabilecektir.<sup>39</sup>

Son zamanlarda bu kuralı Yeni Zelanda Telekomu giriş fiyatını tespit ederken kullanmıştır.

### 5.1.2. Ramsey Fiyatlandırma

Bu fiyatlandırma, ölçek ekonomisinin olmadığı ve marjinal maliyetin fiyatlara eşit olmadığı durumlarda tahsis etkinliğini maksimumlaştırmak için kullanılan bir tekniktir. Düşük talep elastikiyetine sahip bir ürün için ramsey fiyatı talep esnekliği daha elastik olan bir ürüne göre marjinal maliyetin daha fazla üzerinde olacaktır.

Ramsey fiyatlandırma uygulamada düzenleyici kurumlar tarafından nadiren kullanılmaktadır. Bunun için iki temel neden vardır. (1) düzenleyici otoritelerin adil olma tercihi bu fiyatlandırmada açık bir rol oynamamaktadır. (2) ramsey fiyatlandırma için elde edilmesi son derece güç bilgilere ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>40</sup> Bu nedenle Baumol-Willing kuralı ramsey fiyatlandırmaya göre daha kolay uygulama imkanı vermektedir (Armstrong ve Doyle, 1995.).

<sup>37</sup> *Fırsat Maliyeti*; bir kaynağın daha verimli kullanım alanları varken daha az verimli alanda kullanılması durumunda yüklenen maliyete denir.

<sup>38</sup> Şebeke endüstrilerine özgü bir durum olan şebeke dışsallıkları bu tür bir etki yaratabilmektedir. Şebekeye bağlanan her bir yeni abone şebeke firmasının değerini daha fazla artırmaktadır.

<sup>39</sup> Bu fiyatlandırma metoduyla ilgili daha geniş bilgi için (Economides ve White, 1995)

<sup>40</sup> Özellikle çeşitli talep ve arz esnekliklerini belirlemek oldukça zor bir konudur.

### 5.1.3. Hesaplama-Muhasebe (Accounting) Yaklaşımı

Muhasebe yaklaşımı, zorunlu unsur hizmetini de kapsayan ortak maliyetleri de içerecek şekilde toplam maliyetlerin dağıtımıyla, servise giriş fiyatı ve servisin nihai tüketicilere satış fiyatının tespit edildiği bir yaklaşımdır. Bu fiyatlama yaklaşımında genel olarak zorunlu unsur fiyatlandırması; girişin sağlanmasıyla artan maliyete, tekelci firmanın yeni giren firmalarla ortak maliyetlerinin uygun bir şekilde paylaşılmasıyla bulunmaktadır (Armstrong ve Doyle, 1995). Bu fiyatlamayı kısaca,

“Muhasebe Fiyatlandırma=Zorunlu Unsura Giriş Maliyeti+Ortak Maliyet Payı” olarak formüle edebiliriz.

Maliyet oranlarının hesaplanmasında zorluklar olabilmektedir. Maliyetler farklı hizmetlerden kaynaklanabildiği gibi kompleks endüstrilerde ortak maliyetlerin tespiti ve paylaşımı da zor olabilmektedir. Ortak maliyetlerin paylaşımı; çıktı paylaşımı, hasılat paylaşımı ve artan maliyet paylaşımı gibi çeşitli metotlarla yapılabilmektedir.

## 5.2. TÜRKİYE’DE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNE İLİŞKİN ARA BAĞLANTI FİYATLANDIRMA İLKELERİ

Telekomünikasyon sektörüne yönelik 4502 sayılı Kanun’un 10. maddesi “Telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması ve/veya altyapı işletilmesi (ara bağlantı) karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemeleri, aşağıdaki genel ilkeleri gerçekleştirilmesi göz önünde tutarak yapar.” demektedir. Bu hüküm ara bağlantı hizmetleri için uygulanacak fiyatlandırmanın ne şekilde yapılması gerektiğine ışık tutacak şekildedir.

Fiyatlamaya ilişkin ilkeleri kısaca aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

### a) Adil Ücret İlkesi

Bu ilkeye göre benzer kişiler arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetilmesi yasaklanmıştır. Bu hüküm zorunlu unsurun fiyatlandırılmasında da ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle örtüşmektedir.

### b) Fiyat Dengelemesi Yasası

Kural olarak her telekomünikasyon hizmetinin ücretinin kendi maliyetini karşılayacak şekilde belirlenmesi öngörülmüştür. Bir hizmetin diğer hizmetlerden (örneğin ara bağlantı hizmeti verme karşılığında alınan ücret) alınacak ücretlerle sübvansede edilmesi kabul edilmemiştir. (Ulusoy, 2000, s. 80)

Bu ilke hizmetlerin gerçek maliyetlerinin belirlenmesi ve fiyatlarda şeffaflık sağlanması için zorunlu olduğu gerekçesiyle AB hukukunda da önemle vurgulandığı ve AB organlarınca üye ülkelere empoze edildiği görülmektedir.(Ulusoy,2000, s. 80)

### **c) Teknolojik Gelişmelere Paralel Olarak Yatırımların Teşvik Edilmesi**

Kanun; fiyatların, hizmetlerin teknolojik gelişmelere uydurulmalarına imkan verecek yatırımların yapılabilmesine de izin verecek şekilde olmasını istemektedir. Bu hüküm yukarıdaki ilkelerle çatışmış gibi görülebilir. Yukarıdaki ilkelerde ara bağlantı hizmeti sağlayan şirketin diğer işletmecilere kendi hizmetine benzer adil ücret ve maliyetlerini diğer işletmelere yüklememesi öngörülmüştür. Bu ilkeler hizmeti veren işletmecilerin ücretlerini istedikleri orandan daha düşük tutmasına yol açmakta ve sahip oldukları altyapı ve tesislere yatırım yapma güdüsü azalmaktadır. Bu nedenle bütün ilkeler beraber değerlendirilerek, hem yatırım yapma güdüsünü yok etmeyecek hem de diğer işletmecilerin faaliyetlerini zorlaştırmayacak adil bir ücret sisteminin oluşturulması gerekmektedir.

### **d) Ücret Serbestisinin Esas Olması ve İstisnai Hallerde “Üst Sınır” Belirlenmesi**

Ücret tarifelerinin işletmeci tarafından serbestçe belirlenebilmesinin temel kural olduğu belirtilmekle beraber “haklı gerekçelerin varlığı” ve “ makul ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla” bazı hallerde Telekomünikasyon Kurumunca bu ücretlerin hesaplama yöntemlerinin ve üst sınırların belirlenmesine imkan tanımıştır. (Ulusoy, 2000, s. 81). Kurum’un dahil olacağı ücretlendirme için istisna durumlar olarak da aşağıdakiler belirtilmiştir.

- Bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretinden karşılandığı durumlar
- Bir işletmecinin piyasada hakim durumda olduğunun belirlendiği haller
- Ücretlerin düzenlemelere aykırı olduğunun tespit edildiği haller
- Kurum’ca belirlenen diğer haller.

Görüldüğü üzere Kurum’un ücret belirlenmesine karıştığı durum işletmenin piyasada hakim durumda sayılan bir işletmenin varlığı halinde de söz konusu olmaktadır. Bu husus zorunlu unsur fiyatlandırmasını gündeme getirmektedir. Telekomünikasyon Kurumu’nun ücret belirleme durumunda kalması halinde yukarıda bahsedilen fiyatlandırma kriterlerini dikkate alması yerinde olacaktır.

## **BÖLÜM 6**

# **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SAKINCALAR**



Zorunlu unsur doktrinine dönük eleştirilerin temel çıkış noktası doktrinin çok gevşek yorumlanması sonucunda özel teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkların zorunlu unsur kabul edilmesi ve üçüncü taraflarla paylaşmak durumunda kalmalarıdır. Doktrinin özellikle FMH alanında uygulanması büyük bir eleştiri konusu olmaktadır (Cotter, 1999). Bu nedenle, doktrinin statik bir bakış açısıyla değil, kısa, orta ve uzun vadedeki gelişmeleri dikkate alarak uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (Tekdemir, 2001).

Areeda, (1990, s. 841) zorunlu unsur kavramını “.. bir doktrin olmaktan ziyade, bir kişinin yarattığı varlığı münhasır kullanma hakkına bazı istisnalar getiren ama bu istisnaların ne olduğunu söylemeyen bir yakıştırma...” olarak değerlendirmektedir ve “...bu doktrin için tutarlı bir gerekçe ortaya koyan ve bir varlığın yaratıcısını, o varlığı bir rakibiyle paylaşmaya zorlamanın sosyal fayda ya da zararlarını ya da idari maliyetini inceleyen bir dava bulmanın mümkün olmadığını...” ileri sürmektedir.

Bu nedenle doktrinin uygulanmasından doğabilecek sakıncalı taraflara kısaca değinmekte fayda olduğu düşünülmektedir

## **6.1. YENİLİĞİN ve YATIRIMIN ENGELLENMESİ**

Teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkları rakipleriyle paylaşmaya zorlanması, kısa vadede rekabetin artması için etkin bir yöntem gibi görünürken, uzun vadede beraberinde teşebbüslerin de yenilik ve yatırım yapma güdülerini soğutması riskini de beraberinde getirebilmektedir.

Özellikle FMH’ler konusunda çok büyük eleştiriler alabilmektedir. FMH doktrininin temel çıkış noktası yenilik yapan teşebbüslerin bu yenilik için harcamış oldukları emek, sermaye gibi faktörlerini geri alabilmelerini sağlamak açısından bir süreliğine münhasırlık sağlamak ve böylece teşebbüslerin yenilik yapma güdülerini artırmaktır. Halbuki aynı amaca hizmet eden rekabet hukukunun zorunlu unsur doktrini sebebiyle, Fikri Mülkiyet Hakları vasıtasıyla korunan yenilik yapma güdüsünün köreltildiği savunulmaktadır.

Zorunlu unsur doktrini, FMH’ler konusunda eleştirilmesine rağmen kullanımında dikkatli davranıldığı takdirde iki doktrinin çatışmasından ziyade aynı amaca hizmet eden iki farklı araç olarak mütaala edilebilecektir. Şöyle ki FMH’nin münhasır kullanımına rekabet hukuku temelde karşı değildir fakat münhasır hakkın kullanılarak başka pazarlardaki rekabeti yok etmesine imkan tanımak her iki doktrininde amacına ters düşecektir.

Bu husus zorunlu unsur doktrininin uygulandığı diğer sektörlerde de söz konusu olabilmektedir. Belirli risklere girerek piyasada bazı yeni değerler yaratan teşebbüslerin bu yeni değerlerine başka teşebbüslerinde kullanmasına zorlamak katlanılan riskler dolayısıyla yenilik güdüsünü azaltabilecektir.

Komisyunun yeni rakip ve hizmetlere önem verirken aynı zamanda teşebbüslerin yatırım yapma ve yenilikte bulunma güdülerini soğutmamaya özen gösterdiği kabul edilmektedir. (Nikolinakos,1999, s. 415).

Diğer taraftan, Yeterli yeteneği ve imkanı olmayan olası rakiplerin, kendi varlığını/unsurunu kurmak yerine, zorunlu unsur sayılan varlıklara adil olarak ulaşma kılıfı altında, başarılı teşebbüslerin sermaye yatırımları ve çabalarından yararlanmayı amaçladıkları da iddialardan birisidir. (Kezsbom ve Goldman, 1996, s. 1)

FMH ve yüksek maliyetler gerektiren altyapı yatırımları söz konusu ise, zorunlu paylaşım yükümlülüğünün ancak istisnai hallerde uygulanması gerektiği ve bir teşebbüse ait olan bir tesisin/unsurun, sadece giriş yapmak isteyen teşebbüsün rekabetçi varlığını sürdürebilmesi için ve bu teşebbüsün varlığının pazardaki rekabet için gerekli olduğu zaman zorunlu olması gerektiği ileri sürülmektedir (Areeda, 1990, s. 851).

## **6.2. BEDAVA KULLANIM (FREE RIDER) PROBLEMİ**

Zorunlu unsur doktrininin temel eleştirilerinden bir tanesi de bedava kullanım probleimidir. Büyük yatırımlar veya zaman ve emek harcanarak yapılan bazı imkanların rakipler tarafından hiç çaba gösterilmeden kullanımına sunulması rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetleri için bir çeşit bedava kullanım imkanı doğurmaktadır. Bedava kullanım derken kullanılan unsura herhangi bir ödeme yapmamak olarak algılanmaması gerekir. Yapılan ödeme ve katlanılan riskin karşılaştırılması ve oransal adaletsizliğin varolması aynı etkiyi sağlayabilir.

Bu tür eleştirilerin doğruluk payı yüksektir. Bir teşebbüsün belirli riskler alarak, belirli maliyetlerle yaptığı bazı yatırımların ücret dahilinde olsa bile başka rakip firmalar tarafında kullanımına sunmak adaletsizmiş gibi görülebilmektedir. Bu unsurdan faydalanan rakip firmalar istedikleri anda bu unsurdan faydalanarak piyasaya giriş yapacak, istedikleri anda piyasadan çekileceklerdir. Halbuki yatırım yapan teşebbüs piyasadan çekilse dahi yaptığı yatırım batık maliyet olarak kendisine zarar verebilecektir. Bu nedenle unsura sahip teşebbüs ile rakip teşebbüslerin katlandıkları riskler çok farklı olabilmektedir.

Bedava kullanım durumunu bertaraf etmek için en önemli enstrümanlardan bir tanesi fiyat regülasyonudur. Zorunlu unsurdan faydalanma karşılığında ödenecek ücretin belirlenmesi sırasında bu hususlarında dikkate alınması ve rekabetin tesisinde hem unsur sahibinin hem de kullanıcıların zarar görmesini engelleyecek ara formüllerin bulunması daha adil olacaktır.

### 6.3. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE YÖNELİK DİĞER ELEŞTİRİLER

Doktrin kullanıldığı önde gelen davaları<sup>41</sup> inceleyen Kezsbom ve Goldman, bu davalardaki temel sorunun bir pazardaki tekel gücünün başka bir pazarda tekelleşme amacıyla kullanımına ya da rekabeti kısıtlayıcı bir amaca ilişkin olduğunu ve zorunlu unsura gerek kalmadan diğer doktrinler aracılığıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir. *Niyet ve tekelci leverage* doktrinlerinin anlaşma yapmayı reddetme eylemlerini kontrol etmek için yeterli olduğu ve zorunlu unsur doktrinine gerek olmadığı ileri sürülmektedir (Tekdemir, 2001).

Doktrin AB uygulamasında da aynı husus ileri sürülmektedir. Anlaşma yapmayı reddetme (Refusal to Deal) davalarının hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmesi yapılırken, bir tür anlaşma yapmayı reddetme davası olan zorunlu unsur doktrinine gerek olmadığı ve diğer doktrinler vasıtasıyla çözülebileceği dile getirilmiştir. Fakat bu görüşün yanlış olduğunu düşünmekteyiz. Anlaşma yapmanın reddedilmesinin ihlal teşkil edebilmesi için reddedilen teşebbüs ile sürekli bir iş ilişkisinde olunması gerekirken, zorunlu unsur doktrini uygulanırken reddedilen teşebbüsün sürekli olup olmadığına bakılmamakta tesadüfi müşterilerinde bu unsurdan faydalanmalarına imkan verilmektedir. Bu nedenle iki uygulama birbirinden ayrılmaktadır.

Diğer bir görüş zorunlu unsur doktrini uygulamasında, ABD uygulamasında bahsedilen *Leverage kuralı* gibi AB uygulamasında yer alan bir piyasadaki hakim gücün başka piyasalarda kötüye kullanılması kuralından hareketle zorunlu unsur doktrini uygulamasına girmeden doğrudan bu yolla çözüleceğidir. Bu görüşün de eksik olduğu düşünülmektedir. Şöyle ki zorunlu unsur doktrini uygulandığı zaman nihayetinde hakim durumun kötüye kullanıldığı veya kullanılmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Fakat zorunlu unsur doktrini kendi başına analiz edilmesi gereken ve belirli kriterlerin varlığının araştırılmasına ihtiyaç duyulan bir uygulamadır. Sonuç itibarıyla doktrin uygulaması kararı verilince hakim durumun kötüye kullanılması hükümlerine başvurulacaktır.

Areeda bir unsurun, sadece giriş yapmak isteyen teşebbüsün rekabetçi varlığını sürdürebilmesi için ve bu teşebbüsün varlığının pazardaki rekabet için gerekli olduğu zaman zorunlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu, gerçekten zorunluluk kavramına getirilen önemli bir yorumdur. Eğer amaç etkinliğin korunmasıysa, reddedilen rakibin rekabet koşulları için hayati bir öneme sahip olması ve eylem sonrasında rekabetin önemli ölçüde tehdit altına girmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, rekabet için hayati olmayan tek bir

---

<sup>41</sup> Aspen, Otter Tail, MCI.

rakibin pazar dışına itilmesi önemli olmayabilir ve etkinlik gerekçesi reddetme eylemini meşru kılabilir. Anlaşma teklifinde bulunan teşebbüsün mevcut ya da potansiyel bir rakip olmadığı ve anlaşmak isteyen teşebbüsün sadece tekelci teşebbüsün gücünü ya da kazançlarından tekeliş gibi kullanacak olduğu hallerde rekabette herhangi bir artış olmayacaktır (Tekdemir, 2001)

Bununla birlikte doktrinin sınırlı uygulanması gerektiği görüşü literatürde daha çok taraf bulmaktadır.<sup>42</sup> Bu görüşe göre, zorunlu unsur per se bir uygulama kuralı olmamalıdır. Bu görüşte, sadece reddetme eyleminin etki ve tekelci teşebbüsün gücü değil, aynı zamanda getirilecek yükümlülüğün de etkilerinin düşünülmesi ve hukuka uygun bir tekelinin meşru haklarını kısıtlayacak şekilde kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Anlaşma yapma yükümlülüğü teşebbüslerin yeniliklere yatırım yapma ve alternatif arz kaynakları geliştirme güdülerini soğutacak şekilde getirilmemelidir (Areeda, 1990, s. 851). Bu görüşün doktrinin sınırlarının belirlenmesi açısından haklı bir görüş olduğu ve doktrinin uygulanması esnasında bu tür kriterlere de dikkat edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

## SONUÇ

Serbest piyasa ekonomisinin en temel ilkelerinden birisi olan akit yapma serbestisine getirilen istisna bir uygulama olan zorunlu unsur doktrini, teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları belirli şartların gerçekleşmesi durumunda rakiplerine kullandırma zorunluluğu getirmektedir.

---

<sup>42</sup> Bkz. Areeda, Philips, Gerber David, Glazer Kenneth L&Lipsky Abbott B. Jr, Werden Gregory, Blumenthal William.

Doktrinin ilk çıkışı ABD uygulamasında *Terminal Railroad* davası olmakla birlikte, doktrinin uygulamasındaki genel kriterleri ortaya çıkaran *MCI* davası olmuştur. Bu dava ile bir varlığın zorunlu unsur doktrini temelinde hangi durumlarda Sherman Yasası'na ihlal teşkil edebileceğini belirten dört aşamalı bir test geliştirilmiştir. Bu test daha sonra genel kabul görmüş olup doktrinin uygulamasında genel kriterler olarak hem ABD hem de AB uygulamalarında kullanılmaya başlanmıştır.

Doktrinin uygulamasında göz önüne alınan bu kriterler; (1) unsura sahip olan teşebbüs mutlaka tekel durumda bulunmalı (AB uygulamasında hakim durum şartı aranmaktadır), (2) unsurun benzerinin yapılmasının fiziki veya ekonomik olarak mümkün olmamalı, (3) unsura sahip teşebbüsün bu unsurdan rakiplerinin yararlandırılmasını reddetmeli, (4) reddetme eylemi için herhangi bir objektif gerekçe bulunmamalıdır.

İlk iki şart bir unsurun zorunlu olup olmadığının tespiti için gerekli iken diğer iki şart doktrinin hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında bir kötüye kullanma olup olmadığının tespitiyle ilgilidir.

ABD antitröst uygulamasında uzun bir uygulama geçmişine dayanan ve belirli uygulama esasları olan zorunlu unsur doktrini, AB rekabet hukuku bakımından oldukça yeni bir uygulama alanıdır. Komisyon, zorunlu unsur doktrinini ilk defa açıkça *B&I v. Sealink* davasında kullanmış ve “*rakiplerin kullanmadan müşterilerine hizmet sunamayacakları alt yapı ya da tesis*” olarak tanımlamıştır.

Doktrinin AB uygulaması, liman davaları (*sealink*) ve fikri mülkiyet haklarında önemli bir uygulama alanı bulan *Magill* davasıyla geniş yorumlanmış fakat sonraki *Tiercé Ladbroke SA* ve *Oscar Bronner* davalarıyla dar yorumlanarak belli bir çerçeveye oturtulmaya başlanmıştır.

Zorunlu unsur doktrininin, en çok tartışma yaratan uygulamalarından bir tanesi fikri mülkiyet haklarındaki kullanımıdır. Hem ABD uygulamasında hem de AB uygulamasında henüz tam bir fikir birliği oluşturulamamış fakat son yıllardaki davalarla genel bir çerçeve çizilmeye başlanmıştır.

Doktrinin fikri mülkiyet haklarında uygulanması konusunda ABD ve AB uygulamaları paralellik taşımaktadır. Doktrinin, fikri mülkiyet haklarındaki kullanımında ABD'de önemli bir yeri olan *Kodak Davası*'nda Yüksek Mahkeme; “*fikri mülkiyet hakları sayesinde elde edilen münhasır hakkın başka pazarlarda tekeli güç elde etmek için kullanılabileceğini ve bu nedenle bu hakların rakiplerine açılmasının gerekebileceğini*” belirterek doktrinin fikri mülkiyet haklarında kullanımını savunmuştur. Bu dava ile doktrinin fikri mülkiyet haklarındaki kullanımı genişletilmekle beraber daha sonra alınan *Xerox Kararı*'nda Mahkeme; “*fikri mülkiyet haklarındaki kullanımının*

*reddedilmesini diğer herhangi bir mal veya hizmetin reddedilmesiyle bir tutulmaması gerektiğini, fikri mülkiyet haklarının doğası gereği farklı bir politikaya maruz bırakılmasının gerektiğine*” hükmederek, doktrininin fikri mülkiyet haklarında uygulanmasının ancak rekabeti korumak için zorunlu olduğunda ve tüketicilerin zarar görmesinin engellenmesi gereken durumlarda kullanılabileceğini belirtmiştir.

AB uygulamasında ise *Magill* davasıyla, doktrinin fikri mülkiyet haklarında oldukça geniş uygulandığı görülmektedir. Bu davada *Bidayet Mahkemesi*, “*tüketicinin talep ettiği yeni bir ürünün ortaya çıkmasına lisans vermenin reddedilmesi suretiyle engel olunmasının, telif hakkının esas fonksiyonunu yerine getirmek için gerekli olandan fazla oranda rekabeti kısıtladığını*”, ifade ederek 82’nci maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AB’de, *Magill* davasıyla fikri mülkiyet haklarında zorunlu unsur doktrininin kullanımı geniş yorumlanırken, *Tiercé Ladbroke SA* davasında yorum daraltılmıştır. Bu davada *Bidayet Mahkemesi*; reddetme eyleminin bir ihlal olduğunun ispatlanması için, “*Lisansız istenen ürün ya da hizmetin ilgili pazarda faaliyette bulunmak üzere zorunlu/kaçınılmaz olması, gerçek veya potansiyel ikamesinin olmaması, ya da yeni bir ürünün sunulmasını engellemesi gerekmektedir*” diyerek, bu davada lisansız istenen ürünün ilgili pazar için zaruri olmadığı sonucuna ve zorunlu unsur iddiasının gereksiz olduğuna karar vermiştir.

ABD ve AB uygulamalarında davaların sonuçları farklı çıksa da yapılan analizlerin yerinde olduğu, Bir fikri mülkiyet hakkı elde etmek için zaman, emek, maliyet gibi çeşitli riskler alarak yatırım ve yenilik ortaya çıkaran teşebbüslerin teşvik edilmesi açısından fikri mülkiyet hakları üzerinde varolan münhasırlığın doğal olduğu ve bu münhasırlığın per-se kötüye kullanma sayılmaması ve bu nedenle zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları üzerinde kullanımının oldukça sınırlı tutulması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakları dolayısıyla elde edilen münhasır hak bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir gerekliliğe sahipse, o takdirde doktrinin uygulanmasından imtina edilmemesi gerektiği AB ve ABD uygulamaları açısından açıktır.

Zorunlu unsur doktrininin, Dünya’daki artan liberalleşme eğilimleriyle birlikte, özellikle doğal tekel özellikleri gösteren ve bağlantılı birçok piyasadaki rekabetçi yapıyı derinden etkileyebilecek olan şebeke endüstrilerinde de kullanımı giderek artan bir önem kazanmıştır.

Herhangi bir piyasanın bir bölümünde tek bir firmanın tekel niteliğinde faaliyette bulunması ekonomik etkinlik açısından o bölümde birden fazla firmanın bulunmasından daha etkin sonuçlar veriyorsa bu bölüm doğal tekel

özellikleri taşıyor denilebilir. Bu nedenle şebeke endüstrilerinin doğal tekellik özelliği gösteren bölümlerinin (darboğaz/zorunlu unsur) tekellik teşebbüs tarafından işletilmesi ekonominin bir gereği olarak görülmektedir. Fakat tekellik teşebbüs tarafından işletilen bu bölümlerdeki tıkanıklık bağlantılı piyasalardaki rekabetçi yapıyı bozabilecektir.

Bu nedenle doğal tekellik özelliği gösteren bölümlerde rekabetçi yapı gzetilmemekte fakat diğer pazarları etkilememesi için bu bölümlerde regülasyona gidilerek alt ve üst pazarlardaki rekabetçi yapılar korunmaya çalışılmaktadır. Zorunlu unsur doktrini şebeke endüstrilerinin rekabete açılmasında önemli bir kullanım alanına sahiptir. Özellikle telekomünikasyon, enerji gibi bir çok bağlantılı pazarları da etkileyen sektörlerde doktrinin kullanımına bu derece önem verilmesi yerinde bir uygulamadır.

Avrupa Komisyonu'nun şebeke endüstrilerinin regülasyonuna özel önem verdiği ve bu endüstrilerin regülasyonunda zorunlu unsur doktrininin kullanımının önemle altını çizdiği görülmektedir. Komisyonun telekomünikasyon sektörüne özgü yayınladığı Giriş Tebliği'nde zorunlu unsur doktrini *"tüketicileri için veya rakiplerin işlerini devam ettirebilmeleri için zorunlu olan ve ikinci bir kopyesinin yapılmasının makul şartlarda mümkün olmadığı unsur veya altyapı sistemi"* olarak tanımlamıştır.

Komisyon Tebliği'nde telekomünikasyon sektöründe hakim durumdaki firmanın yapması gereken şeylerin belirlenmesinde zorunlu unsur doktrinine oldukça güvendikleri görülmektedir.

Yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarların rekabetçi yapıya kavuşturulmasında önem verilen zorunlu unsur doktrini uygulamasında, bir unsurun zorunlu kılınması bazen istenen sonuçları getirememekte ve piyasaların rekabetçi yapıya kavuşması sağlanamamaktadır. Sahip olduğu unsuru başkalarına faydalandırmamak isteyen teşebbüs rakiplerini reddetmek yerine ağır şartlar ileri sürerek aynı amaca ulaşabilir. Komisyon bu tür ağır şartları da reddetme eylemi ile aynı değerlendirmektedir.

Rakiplerini zor durumda bırakacak uygulamaların başında fiyat politikaları gelmektedir. Rakiplerine yüksek fiyat öneren teşebbüs onların sahip olduğu unsurdan faydalanmalarını dolaylı olarak önleyebilecektir. Uygulamada, teşebbüslerin giriş fiyatı belirlenmesinde öncelikle kendi aralarında anlaşmaları esas olmasına karşın anlaşma olmaması durumunda düzenleyici kurumlarının devreye girerek ek bir düzenleme (price regulation) yapmaları gerekebilecektir.

Fiyat regülasyonu, zorunlu unsur doktrininin adil bir şekilde işletilmesi için çok önemlidir. Yüksek belirlenen fiyat rakiplerin piyasaya girişini engelleyecek, düşük fiyat ise zorunlu unsura sahip teşebbüsün unsuru yaratmak için katlandığı riski göz ardı ederek yatırım yapan teşebbüsü cezalandırmış

olacaktır. Bu nedenle regülasyon kurumları fiyat tespiti yaparken mümkün olduğunca her iki teşebbüsün rekabetçi yapısını ve risklerini göz önüne alarak adil bir fiyat belirlemeye çalışmalıdır.

Türkiye, ABD ve AB ülkelerine göre rekabet hukukuyla tanışması çok yeni olmasına rağmen doktrinin uygulamasında önemli bir yol almıştır. Türk Rekabet Kurulu'nun aldığı Biryay Kararları ve Eti Holding Kararı doktrinin uygulamasında örnek teşkil edecek niteliktedir. Kurul'un Kararları, doktrinin uygulamasında AB rekabet hukukuyla benzer kriterlere bakıldığını göstermekle beraber henüz doktrin ile ilgili yeterince dava söz konusu olmadığından doktrinin yerleşmiş bir uygulaması olduğunu da söylemek güçtür.

Kurul'un Biryay-I, Biryay-II ve Eti Holding davalarında doğru bir şekilde uygulamaya başladığı doktrini, yoğunlaşmanın yüksek olduğu ve Türkiye'de artan özelleştirme çalışmalarıyla daha çok ortaya çıkacak olan doğal tekellerin regülasyonunda dikkate alarak piyasaların rekabetçi yapılara kavuşturulmasında önemli çalışmalar yapabileceği düşünülmektedir. Yeni bir Kurum olmanın dezavantajları olmakla beraber, doktrinin ilk kullanımlarından ortaya çıkan hataların tekrarlanmaması açısından ve doktrinin daha tutarlı uygulanması bakımından avantajlı taraflarının olabileceği de düşünülmektedir. Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun zorunlu unsur doktrini ile ilgili alacağı kararlarının, Biryay Davaları ile şekillenen zorunlu unsur doktrini kriterleri etrafında şekillenmesi ve bundan sonraki davalarda benzer kriterler aranarak doktrinin uygulamasında genel bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmasının faydalı olabileceği düşünülmektedir.

## **ABSTRACT**

The purpose of this thesis is to determine the principles of the essential facilities doctrine under EC Competition Law and American Antitrust Law and



try to explain how this doctrine can be used with regard to some specific industries and issues.

In this thesis, it is sought to evaluate how can the essential facilities doctrine can be used in the area of the intellectual property rights, network industries and some other specific sectors. Apart from those topics, it is also intended to explain the economics of the doctrine, pricing the doctrine and what the objections against the doctrine are. After those topics, an assessment for doctrines' possible application for the Turkish Competition Authority is made.

According to essential facilities doctrine; A dominant company which controls a facility, whose use is essential to enter into a market and which cannot practically or reasonable be duplicated, cannot deny the use of that facility to a competitor where it is feasible to provide.

The doctrine is considered by many commentators as being a significant restriction on the freedom of contract. The essential facilities doctrine has a large impact in U.S. Antitrust Law and E.C. Competition Law.

The application of the doctrine in the area of intellectual property rights is a very controversial issue. The denial of access to intellectual property rights is not per-se abuse. Compulsory licensing can have negative influence on the right holders' incentives to invest and innovate. These are the reasons why most commentators agree that the doctrine can be used on the intellectual property only in the exceptional circumstances.

One of the growing important issue about the doctrine is the problem of how the doctrine can be used in network industries. With the liberalisation tide, the doctrine has had leading role for the establishment of competition in network industries. The essential facilities doctrine is used to complete liberalisation of the telecommunication, electricity and other industries, which include natural monopolies.

The use of the doctrine some time cannot be sufficient for feasible regulation in a market. A company who control an essential facility, may not want to allow competitors access to its facility and can impose some inappropriate conditions, especially high prices for competitors. In that situation, the price regulation can be important for competition on that market. The competition authorities must be very careful about setting access price to create fair condition between both facility owner and competitor.

With regard to the possible application of the doctrine under the Turkish competition Law, the Biryay cases and Eti Holding case, are very appropriate cases that help set up the doctrine in Turkish competition law. In addition to this, Turkish Competition Authority must pay attention to basic principles of the

doctrine at the coming new cases about the doctrine for setting up the doctrine properly.

#### **KAYNAKÇA**

AKBAL, C, (2000), “*Liman Hizmetleri ve Rekabet*”, Rekabet Bülteni, sa. 3, s: 40-45

ANDERSON R, D ve N. T. GALLİNİ, “*Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Econmy*”.

ANDERMAN, S. D. (1998), “*EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*”, Oxford University Press.

AREEDA, P. (1990), “*Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*”, Antitrust Law Journal, Vol:58, No: 3, s. 841-853

AREEDA, P.ve H. HOVENKAMP (1996), “*Antitrust Law (Supplement)*”, Little, USA.

ARMANI, E. M. (1999), “*One Step Beyond in the Application of the Essential Facility Theory*”, Competition Policy Newsletter, Number 3

ARMSTRONG, M. ve C. DOYLE (1995), “*The Economics of Access Pricing*”, OECD.

ASLAN, İ. Y. (2001), “*Rekabet Hukuku*”, Ekin Kitabevi, Bursa.

ATİYAS, İ. (2001), “*Regülasyon ve Rekabet*” atölye çalışması, Rekabet Kurumu “Regülasyon ve Rekabet” Sempozyumu, 15,16 Mart, Ankara. [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)

BEHR, D.(1998), “*Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited*”, [www.columbia.edu](http://www.columbia.edu)

BERGMAN, M. A. (2000), “*The Bronner Case-A Turning Point for The Essential Facilities Doctrine ?*”, *E.C.L.R.*, No: 2, s. 59-63.

BERGMAN, M. A. (2001), “*The Role of Essential Facilities Doktrine*”, *The Antitrust Bulletin*, summer, s. 403-434

BISHOP S.ve M. WALKER, (1999), “*The Economics of EC Competition Law*”. s. 114-120

BLUMENTHAL, W. (2000) “*Three Vexing Issues Under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks as Illstration*”, *Antitrust L.J.* No: 58 s. 855.

BOZTOSUN, A, Odman (2002) “*Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 21. Kasım 2002 tarihli konferans.

BRISTOWS LAW FIRM (1998), “*Essential Facilities: Is The Tide Turning?*”, Bristows Law Firm Updates s.1-4.,( [www.bristows.com](http://www.bristows.com))

BRANNAN, J. (1999) “*Open Broadband: An Essential Facility Doctrine Analysis*”, s. 1-44. ([www.ukans.edu/-cybermom/CLJ/Broadband.htm](http://www.ukans.edu/-cybermom/CLJ/Broadband.htm).)

COTTER, T F. (1999) “*Intellectual Property and the essential facilities doctrine*”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLIV, No: 1, s. 211-250.

COWEN T. (1995) "*The Essential Facilities Doctrine in EC Competition Law: Towards A "Matrix Infrastructure"*", International Antitrust Law&Policy (Editor :B. Hawk) içinde, , Fordham University Law Institute, Fordham University, School of Law. s. 521-547

COWIE, C. ve C. T. MARSDEN (1998), "*Convergence, Competition and Regulation*", I.J.C.L.P., s. 21. (<http://www.digital-law.net/>)

CREUSS, A. ve A. A. GUSTINOY (2000), "*The Operative System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?*", World Competition Vol: 23, No: 1, s. 57-78

DEBRA, A. V., 1999, "*Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and The Intel Cases.*" The Israel International Antitrust Conference, Israel, s: 10

DOĞANOĞLU, T. ve Y. TAUMAN., "*Network Competition and Access Charge Rules*"

DOHERTY, B. (2001) "*Just What are Essential Facilities?*", Common Market Law Review 38. s. 397-436

DOLMANS, M. (1999), "*Essential Facilities After Oscar Bronner Case*", IBC's Fourth Annual Conference on Telecommunication and EC Competition Law, Brussels.

ECONOMIDES, N. ve L. J. WHITE (1995), "*Access and Interconnection Pricing: How Efficient is the Efficient Pricing Component Rule?*", Antitrust Bulletin, Vol: XL, s. 557-579.

ESİN, A. (1998), "*Rekabet Hukuku*", ESC Consulting Ltd, 1998.

ESTACHE, A. (1998), "*The Theory of Access Pricing: An Overview for infrastructure regulators*", The World Bank

FURSE, M. (1995), "*The Essential Facilities Doctrine in Community Law*", E.C.L.R. Vol: 16, No: 8, s. 469-473.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), "*The E.C.Law of Competition.*"

GANS, J. S., (2000), “*Regulating Private Infrastructure Investment: Optimal Pricing for Access to Essential Facilities*”, Melbourne Business School, Universty of Melbourne (<http://www.mbs.unimelb.edu.au/jgans>)

GERBER, D. J. (1988), “*Rethinking The Monopolists’ Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of The Doctrine od Essential Facilities*”, *Virginia Law Review*, s. 1069-1113.

GILBERT, R. J. ve C. SHAPIRO (1996), “*An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property*”, PNAS ONLINE, Vol: 93 s. 12749-12755 ([www.pnas.org](http://www.pnas.org))

GLASL, D. (1994), “*Essential Facilities Doctrine in EC Antitrust Law: A Contribution to the Current Debate*”, *E.C.L.R.*, No: 6, s. 306-314.

GLAZER, K. L. ve A. B. LIPSKY (1995), “*Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of The Sherman Act*”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 63, No: 3, s. 749-800.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötiye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları No: 2

GYSELEN, L. (1989), “*Abuse of Monopoly Power Within The Meaning of Article 86 of The EEC Treaty: Recent Developments*”, B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s. 597-650.

HANCHER, L. (1999), “*Caselaw: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint)*”, *C.M.L.Rev.*, s. 1289-1307.

HARZ, M. H. (1997), “*Dominance and Duty in The European Union: A Look Through Microsoft Windows at The Essential Facilities Doctrine*”, s. 19 ([www.law.emory.edu](http://www.law.emory.edu))

HITCHING, P. (1998), “*Access to International Telecommunication Facilities*”, *E.C.L.R.* No: 2, s. 85-98.

HOVENKAMP, H. (1999), “*Federal Antitrust Policy, The Law of Competition Law and Its Practice*”, 2.Baskı, Handbook Series, West Group.St. Paul.

JAUK, W. (1999), “*The Application of EC Competition Rules to Telecommunications. Selected Aspects: The case of Interconnection*” *International Journal of Communication Law and Policy*, Issue 4,

KAPLANIDIS A. ve T. LAMBERT, “*Judgement of the European Court of Justice on the ‘Essential Facilities Doktrine’-Bronner/Mediaprint (Case C-7/97)*”, European Law Centre, Brussels.

KAYA, Y. (2001), “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları*”, yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu

KENNEDY, B. (1995), “*The Essential Facility Doctrine in E.C Competition Law*”, College of Europe, Brugges, The Master Thesis.

KEZSBOM, A. ve A. V. GOLDMAN (1996), “*No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the Essential Facilities Doctrine*”, Columbia Business Law Review. Vol: 1 No: 1, s. 602  
(<http://www.ffhsj.com/firmpage/cmemos/0112041.html>)

KORAH, V. (1998), “*The Ladbroke Saga*”, E.C.L.R, No: 3, s. 169-176.

LAFFONT J. J. and TIROLE J., 2000, “*Competition in Telecommunications*”

LANG, J. T., (1994), “*Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*”, B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s. 437-524.

LANGOLIS, R. N., (1999), “*Technological Standards, Innovation, and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach*”, Paper for the George Mason University Conference on Dynamic Competition and Antitrust,

LIPSKY, A. B. ve SIDAK G., (1999), “*Essential Facilities*”, Stanford Law Review, Vol: 51.

LONG, D. C., D. V. LIEDEKERKE, ve M. RYAN (1995), “*Competition Aspects of Interconnection Agreements in The Telecommunications Sector (Final Report to the European Commission-DGIV)*”, Coudert Brothers.

LIEDEKERKE, D. V., (1996), “*Access to infrastructures, networks and services under EC Competition Law. Interconnection in telecommunications and precedents in other sectors*”  
(<http://www.iway.fr/groupecx/uae/96/Liedekerke.html>)

MELODY, W. H., (2001), “*Telecom Reform, Principles, Policies and Regulatory Practices*” ( <http://www.lirne.net/library/books.php>)

NACKE, T. (1995), “*Abuse of Dominant Position, Symposium on Competition Policy in a Global Economy.*”

NAFTEL, M. (1999), “*Does The European Commission’s Telecommunication Access Notice Send the Correct Economic Signals to the Market?*”, Phoenix Center Policy Paper No: 5.

NERA (National Economic Research Associate) (1999), “*Oscar Bronner: Legitimate Refusals to Supply*”, Competition Brief, s. 1-4.

NIKOLINAKOS, N. (1999), “*Access Agreement in The Telecommunication Sector-Refusal to Supply and The Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law*”, *E.C.L.R.*, No: 8, s. 399-411.

NIKOLINAKOS, N. (2000) “*The New Legal Framework for Digital Gateways-The Complementary Nature of Competition Law and Sector-Specific Regulation*”, *E.C.L.R.*, No: 9, s. 408-414.

OECD (1996), “*Essential Facilities Concept*”, Series Roundtables on Competition Policy No: 5, Vol: 4, No: 61. (<http://www.oecd.org>)

OVERD, A. ve B. BİSHOP (1998), “*Essential Facilities: The Rising Tide*”, *E.C.L.R.* No: 4, s. 183-185.

ÖZ, G. A.(2000), “*Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötiye Kullanılması*”, Rekabet Kurumu Yayınları, No: 4

ÖZCAN, M (1999) “*Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklar*” Nobel Yayın Dağıtım, ANKARA.

PICKER, R. C. (1999), “*Regulating Network Industries: A Look At Intel*”, The Law School, The University of Chicago. (<http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/Index.html>)

PRESCOTT D. ve K.A. BUCHEN (1999), “*The Convergence of the US and EU Laws Concerning Compulsory Licensing and Licensing Restrictions*” The National Law Journal, ([www.coudert.com/practice/convergence/htm](http://www.coudert.com/practice/convergence/htm))

RATNER, J. (1988), “*Should there Be an Essential Facilities Doctrine?*”, U.C.Davis.L.Rev., s. 327-382.

Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütaalası, (27.12. 2002), Ankara.

RIDYARD, D. (1994), “*Essential Facilities and The Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*”, E.C.L.R. Vol: 17, No: 8, s. 438-452.

SANFILIPPO, L. (1995), “*Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Market and Application of Article 86*”, European Business Law Review, Vol: 6, No: 3, s. 71-75.

SHEEHAN, E. (1999), “*Unilateral Refusals to Deal and the Role of Essential Facilities Doctrine: A US/EC Comparative Analysis*” World Competition Vol: 22, No: 4 s. 67-89

SHEPPERD, W. G., (1997) “*Dim Prospect: Effective Competition in Telecommunications, Railroads and Electricity*”, The Antitrust Bulletin, Vol: XLII, No: 1 s. 151-175.

SICLEN, S. V. (1996), “*The essential facilities concept*”, OCED/GD(96) 113, Competition Policy Roundtables. Background note (<http://www.oecd.org/daf/clp/Roundtables/ess01.htm>)

SOMA J. T., D. A. FORKNER. ve B. P. JUMPS, “*The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunication Industry*” 13, Berkeley Tech. L.J. s. 565-590.

TEKDEMİR, Y. (2001), “*AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Yapma Serbestisi*”, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu.

TÜRKKAN, E. (2001), “*Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı*”.Turhan Kitapevi, Ankara.

ULUSOY, A. (2000), “*Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi*”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım-Aralık.



UNGERER, H. (1998), “*Ensuring Efficient Access to Bottleneck Facilities: The Case of Telecommunication in the European Union*”  
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998\\_056\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_056_en.pdf)

U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property.1995.

VALLETTI, T. M. ve A. ESTACHE (1998), “*The Theory of Access Pricing: an Overview for infrastructure regulators, European Center for Applied Research in Economics*”, Brussels.

VAN DER WAL, G. (1994), “*Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing*”, E.C.L.R., s. 230-235.

VENIT, J. S. ve J. J. KALLAUGHER (1994), “*Essential Facilities: A Comparative Law Approach*”, B. Hawk (der.), Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s. 314-344.

WHISH, R. ve S. BRENDA (1993), “*Competition Law*”, 3. Baskı, Butterworths, London.

WHISH, R. (2000), “*Recent Developments in Community Competition Law*” , *ELRev.*, s. 234-235.

## **I. REKABET KURULU KARARLARI**

BİRİYAY-I davası; 17.7 2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Karar.

BİRİYAY-II davası; 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Karar.

Eti Holding A.Ş. & Ceytaş A.Ş.Davası; 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Karar.

## **II. AT MAHKEMELERİ (ATAD ve BİDAYET MAHKEMESİ) ve KOMİSYON KARARLARI**

### **ATAD Kararları**

Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG and Others, [1998] E.C.R. I-s.779; [1999] C.M.L.R. s.112  
Case 311/84, CBEM/CLT and IPB, ECR [1985]p.3261 (Telemarketing).  
Case 238/87: Volvo v. Veng, [1988] E.C.R. 6211.  
Joined Cases C 241& 242/91P, RTE and ITP v. E.C. Commission: [1995] E.C.R. I-743. (Magill davası)

#### **Bidayet Mahkemesi Kararları**

Case T-69/89, RTE V. E.C. Commission: [1991] E.C.R. II-485 (Magill)  
Case T-504/93, Tierce Ladbroke v. E.C. Commission: [1997] E.C.R. II-s. 923; [1997]5 C.M.L.R. s. 309  
Case T-375, 384& 388/94, European Night Services and Others v. Commission- [1998], E.C.R. II-, C.M.L.R., s.718.

#### **Komisyon Kararları**

Magill TV Guide v. ITP, BBC, RTE, OJ, 1989  
B&I v. Stena Sealink, [1992]5 CMLR.s.255  
Sea Container v. Stena Sealink, [1992] 5 CMLR.s. 255.  
21.12.1993, Röddy OJ [1994 ] L55/52.(Elsingor davası)  
London European v.Sabena,[1988],OJ L 317/47  
British Midland v. Aer Lingus,[1992]OJ.L 96/34.

### **III. ABD MAHKEME KARARLARI**

United States v. Terminal RailRoad Association, 224 U.S. 383 (1912)  
Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)  
Otter Tail Power Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)  
MCI Communication v. AT&T Corp., 708 F.2d. 1081 (1983)  
Aspen Highland Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d.1509, 1520-15252 (1985)  
Berkey Photo v. Eastman Kodak Co. 603 F.2d. 263 (2d Cir.1979), cert.denied 444 U.S.1093(1980)  
Alaska Airlines v. United Airlines948, F.2d. 536(6<sup>th</sup> Daire 1991)  
Intergraph Corp. v. Intel Corp., 1999 U.S. Dist. LEXIS 9681 (N.D.Ala., N.E. Div., June, 1999)  
Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox, 989 F. Supp. 1131, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20996 (D. Kan. 1997)

