



KONUSU

REKABET HUKUKU'NDA

"BİRLİKTE HAKİM DURUM KAVRAMI"

Hazırlayan

Av. Sinan Demirciođlu

2017- İstanbul

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	2
KISALTMALAR	3
GİRİŞ	4
I. GENEL OLARAK HÂKİM DURUM KAVRAMI VE BİRLİKTE HAKİM DURUM.....	5
A. Genel Olarak Hakim Durum.....	5
1. Tanımı.....	5
2. Unsurları.....	5
a. Ekonomik Güç.....	6
b. Bağımsızlık	6
c. Devamlılık.....	6
3. Tespit Zorunluluğu	7
B. Birliket Hakim Durum	8
1. Genel Olarak	8
2. Birlikte Hâkim Durum Tespiti Esasları	10
II. BİRLİKTE HÂKİM DURUMU KÖTÜYE KULLANILMASI.....	14
A. Genel Olarak.....	14
B. Birliket Hakim Durumun Birleşme ve Devralmalarda Uygulanması	17
1. AB Hukuku Açısından Gelişme Süreci.....	17
2. Türk Hukuku Açısından	20
III. SONUÇ	21
KAYNAKÇA.....	23

KISALTMALAR

ABKD	: Avrupa Birliği Kararlar Dergisi
AB	: Avrupa Birliği
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
B.	: Basım
b.	: Bent
BGH	: Alman Federal Yüksek Mahkemesi
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: dip not
E.	: Esas Numarası
f.	: Fıkra
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
No.	: Numara
p.	: paragraf
RK	: Rekabet Kurumu
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
y.	: yıl

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu birlikte hâkim durum kavramıdır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesinde tanımı yapılan ve 6. maddesi ile kötüye kullanımı yasaklanan hâkim durum kavramının bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birden fazla teşebbüsün; müşteri, sağlayıcı ve rakiplerinden bağımsız ekonomik parametreleri elinde bulundurabilmeleri olarak tanımlanabilecek olan bu kavramı anlatırken; öncelikle hâkim durum kavramı, tek hâkim durum ve birlikte hâkim durum kavramları üzerinde durulmuştur. Ayrıca hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen RKHK 6. Madde kapsamında birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması hali de Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde incelenmiştir. Tek başına hâkim durumun, tespiti ve bu tespitte başvurulacak unsurlar birlikte hâkim durumun tespiti ve kötüye kullanılması halleri açısından önemli olduğu için değinilmiş bulunabildiği kadarı ile kurul kararlarına yer verilmiştir. Tek başına hâkim durumun kötüye kullanılması durumu da bir başlık altında incelenmemiştir. Son olarak da birleşme ve devralmalarda birlikte hâkimiyet durumunun ileriye dönük oluşup oluşmamasına göre RKHK 7. Madde kapsamında uygulama alanlarının incelenmesi yapılmıştır, bu konuda Rekabet Kurulu uygulaması olmaması sebebi ile konunun anlaşılması için AB hukuku açısından tarihsel süreçteki önemli komisyon kararlarına, bu konudaki hukuki gelişmenin gösterilmesi için yer verilmiştir.

I. GENEL OLARAK HÂKİM DURUM KAVRAMI VE BİRLİKTE HAKİM DURUM

A. Genel Olarak Hakim Durum

1. Tanımı

Kanunun tanımlar başlığı altında yer alan 3. Maddesinde Hâkim durumu;

RKHK madde 3 “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü”, vurgulanan nokta ekonomik parametreleri belirleyebilmeleridir. Bu parametreler ise fiyat, arz, üretm ve dağıtımdır.

Hoffman-La Roche davasında ATAD hâkim durumu “...rakiplerden, sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak davranarak etkin rekabeti önemli bir ölçüde önleme gücü...” olarak tanımlamaktadır.¹ . Buradaki tanımda ise kıstas bağımsız olarak etkin rekabeti önleyebilme gücüdür.

SMITH ve HERZOG’a göre hâkim durum bir firmanın tek yanlı davranışları ile rekabeti bozma, engelleme veya sınırlama gücüne sahip olmasıdır.²

2. Unsurları

Yukarıda Rekabet Kurulu Kararları çerçevesinde Hâkim Durumun RKHK 6. Maddesi çerçevesinde tespiti belirli unsurların varlığı şartına bağlı olduğu konusunda hemen hemen fikir birliği vardır. Bu tespitin yapılışı, başvuru unsurları ve Kurul kararları incelendiğinde her sektörün yapısına göre farklılıklar göstermekle birlikte belli başlı unsurları Aslan ve birçok kurul kararında üç ana unsurda incelemektedir. Bunlar; ekonomik güç, bağımsızlık ve bu gücün devamlılığı olarak saptanmaktadır.

¹ ATAD, 1979 tarihli, 85/76, 1979ECR 461 1979 3 CMLR 211 sayılı La Roche, Hoffmann kararı

² SMITH, H., HERZOG, P.E.; New York, The Law of European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty; MAtthew, 1976, s 253

a. Ekonomik Güç

Ekonomik gücün belirli bir seviyede olması tartışmasızdır. Özsunay; Ekonomik gücün Pazar koşulları dışında keyfi olarak hareket etmesini sağlayabilecek bir güç olması gerekir demektedir. Bu gücün tekel gücü olduğu konusunda genel bir fikir birliği bulunmaktadır.³ Ekonomik güç temelde belirlenirken Pazar paylarına bakılmaktadır. Ancak bu pazar payının ne kadar olacağı ile ilgili belirli bir kıstas verilememekte her olayın durumuna göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

b. Bağımsızlık

Teşebbüsün hâkim durumda olabilmesi için RKHK'nun 3. Maddesinde belirttiği tanımda da yer aldığı üzere *rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilmesi gerekmektedir. Bu bağımsızlığın olabilmesini ATAD ve Komisyon tüm kararlarında ise teşebbüsün hâkim durumda olabilmesi için sağlayıcılardan, müşterilerden ve rakiplerden bağımsız olarak davranabilme gücü olarak belirlemiştir.*⁴

Bu tanım çerçevesinde Hâkim durumdaki Teşebbüslerin dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz, “Rekabetçi baskılardan belirgin şekilde bağımsız davranma gücüne sahip olan bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim rekabetçi baskılardan bağımsız davranabilen bir teşebbüs, fiyatlarını kârlı bir şekilde rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilme ve belirli bir süre boyunca bu düzeyde sürdürebilme imkânına sahiptir” demektedir.⁵

c. Devamlılık

Hâkim durumun ekonomik güç ve bağımsızlık unsurlarının yanında bu unsurların devamlı olması da belirleyici unsurlardandır. Pazara ilişkin verilerin çabuk değişmesi nedeni ile bir

³ ÖZSUNAY; Kartel Hukuku, s. 17; PLAISANT, R, ve LASSIER, j. (Çev. Akar Öcal) “Ortak Pazarda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, İktisat Maliye, 1981, S. 1, C. 28, s12-16 CHAMPEL Alan ve THOMPSON, Dennis; Common Market Law, Text and Commentaries; London, 1962.

⁴ ASLAN, İsmail Yılmaz; Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 5. Bası, Bursa, 2017, s. 672

⁵ Rekabet Kurumu; 29.01.2014 tarihli, 14-05/97 R sayılı, Hâkim durumdaki Teşebbüslerin dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz,

teşebbüsün Pazar verilerine dayanarak hâkim durumda olduğunun tespiti hukuki açıdan oldukça zordur. Bir teşebbüsün rakipleri karşısında geçici bir süre rekabet üstünlüğü elde etmiş olması, teşebbüsün hâkim durumda olduğunu söylemek için yeterli bir araç olarak kullanılamaz.⁶ Rekabet Kurulu Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışların Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzda⁷ hâkim durumun tespiti bakımından söz konusu süre incelenen ürünün ve pazarın özelliklerine göre değişebilmekle beraber genellikle iki yılın yeterli olacağı kabul edilmektedir.⁸

3. Tespit Zorunluluğu

Hâkim durumun varlığı ille de hiç rekabet yok anlamına gelmemektedir ve pazarda tekel olması şart değildir, ancak söz konusu pozisyonun o pozisyona sahip teşebbüse, rekabetin gelişeceği koşulları belirleme ya da bu koşullar üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olma imkânı vermesi yeterlidir. Aslan'a göre Hâkim durum bir ekonomik gücün ifadesidir ve Kanunun 6. Maddesini uygulamak için öncelikle hâkim durumun tespiti gerekmektedir. Bu sebeple hâkim durum tespitinin yapılması önemli öncelik sorunudur. Rekabet Kurulu'nun geçmişte alınan Domino's Pizza kararında⁹ hâkim durumda olup olmadığına ilişkin herhangi bir tespitte bulunmamıştır.¹⁰ Bu tespit yapılmaksızın kötüye kullanımın varlığı altında değerlendirmiştir. Diğer yandan ise Ankara 11. İdare Mahkemesi E.2012/1727, K. 2013/1083 sayılı kararı ile Rekabet Kurulunun 30.12.2011 tarihli THY kararını hâkim durum tespiti yapmadan kötüye kullanma analizi yapılamaz gerekçesi ile iptal etmiştir. Bu karar sonrası, 6. Madde kapsamındaki incelemelerde kurul öncelikle hâkim durum tespiti yapmak mecburiyetinde kalmıştır. 07.04.2014 tarihinde yayımlanan "Hâkim Durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz" Kanunun 6. Maddesinde incelenen bir davranışın ihlal kabul edilebilmesi için davranış gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim

⁶ OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul, 2016, s.176

⁷ Rekabet Kurumu; 29.01.2014 tarih, 14-05/97 RM sayılı, Hâkim durumdaki Teşebbüslerin dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz,

⁸ OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul, 2016, s.177

⁹ 4.11.2010 tarih 10-69/1458-557 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

¹⁰ Rekabet Kurulunun 08.12.2010 tarih, 10-76/1569-604 sayılı (Doğan Grubu TV Kanalları), 17.11.2011 tarih ve 11-57/1471-528 sayı (General Electric - Jenbacher), 15.06.2006 tarih ve 06-44/540-142 sayılı kararları, hâkim durum tespiti yapılmadan doğrudan kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirildiği diğer örneklerdir.

durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir, şartını ihtiva etmektedir.¹¹

Rekabet Kurulu Ankara İdare Mahkemesi'nin THY kararından sonra verdiği tüm kararlarında incelemelerini öncelikle hâkim durum tespitine yoğunlaştırmış, daha sonra hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı incelemesini yapmıştır. Aşağıda birlikte hâkim durumun tespiti bölümünde yer verildiği üzere bazı diğer devletlerin rekabet otoritelerinde olduğu gibi Rekabet Kurulu uygulamalarında hâkim durum karinesi yoktur. Bu sebeple hâkim durumun tespiti büyük önem arz eden ilk çözülmesi gereken problem olarak kurul kararlarına yansımıştır. Rekabet Kurulu'nun özellikle birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kararlarında teşebbüslerin davranışlarının kötüye kullanılmış olmasından ziyade hâkim durumun tespiti tartışılmaktadır.

B. Birliket Hakim Durum

1. Genel Olarak

“Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü”, ifade eder şeklinde tanımlarken metinde yer alan *“veya birden fazla teşebbüsün lafzı sebebi ile birlikte hâkimiyet durumunda da hâkim durum olduğu sonucu çıkmaktadır.*

Ayrıca Hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan RKHK 6. Maddesi; *“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyahasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”*

AB anlaşması madde 102 de RKHK madde 6 ile aynı paralelde bir veya birden fazla teşebbüsten bahsetmektedir. *“Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.”*

Birden fazla teşebbüsün hâkim durumunu ifade etmek üzere *“birlikte hâkim durum”* kavramı

¹¹ ASLAN, İsmail Yılmaz; Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 5. Bası, Bursa, 2017, s. 668-671

kullanılmaktadır. Görünürde birden fazla teşebbüs faaliyet göstermekle beraber, bu teşebbüsler arasında ekonomik birlikteliğin varlığının tesbit edilebildiği durumlarda (ana şirket-yavru şirket) rekabet hukuku yönünden ortada tek bir teşebbüs vardır (Şirketler topluluğu). Oligopolist piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı ne kadar az olursa o derecede aralarında rekabetin olmadığı ihtimali yüksektir. Ancak bunun tersi de mümkündür. Sayısal açıdan birçok teşebbüsün bulunduğu oligopol piyasasında etkin rekabet olmayabileceği gibi, birkaç teşebbüsün bulunduğu oligopol hatta düopol piyasada etkin bir rekabet söz konusu olabilir. Bkz. Dirksen, in Frankfurt Kommentar s.22 GWB 1999/GWB, Tz. 271 vd¹²

Bu kavramın ekonomik literatür içerisinde belirli bir anlamı olmadığı ve bunun oligopolistik pazarlardaki davranışların analizi sonucunda geliştirilmiş olduğu da ileri sürülmektedir. Birlikte hâkimiyet kavramı pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine etmek suretiyle sanki tek bir hâkim duruma sahiplermiş gibi davranma yeteneğine sahip olmaları ve bunun sonucunda rekabet üstü kar elde ettikleri durumu ifade eder. Bu tanımdaki en önemli unsur pazar yapısından kaynaklanan davranışların koordinasyonudur.¹³

Birlikte hâkim durum kavramı her ne kadar çok net olarak kabul edilmiş olsa da tarihsel süreç içerisinde özellikle ATAD kararları ile uygulanma alanı bulması uzun yıllar almış bir kavramdır. ATAD, 1979 yılında Hoffman-La Roche¹⁴davasında, bağımsız teşebbüslerin birlikte hâkim durumda sayılmayacaklarına, bu nedenle 102. (eski 82) maddenin birden fazla teşebbüse uygulanamayacağına, oligopolistik pazarların bu madde ile kontrol edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Bu tarihten yıllar sonra ATAD ilk kez birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olabileceklerini İtalian Flat Glass¹⁵ davasında kabul etmiştir. Komisyon üç İtalyan düz cam üreticisinin hem 101/1'i hemde m. 102'yi ihlal ettikleri görüşündeydi. ATAD, söz konusu teşebbüslerin arasında herhangi bir anlaşma ya da uyumlu eylemin varlığı ispat edilemediğinden 101. Maddeye ilişkin iddiayı reddetmiştir. 102. Maddeye aykırılığı denetleyen ATAD, Hoffman La Roche kararına

¹² OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul, 2016, s.257 -259 (dipnot)

¹³ TEKDEMİR, Yaşar- RK Perşembe Konferansları, AT Rekabet Hukuku Işığında Birlikte Hâkimiyet Oligopol sorununa yeni bir yaklaşım.

¹⁴ ABKD, 1979 tarihli 461102/77 sayılı Hoffman-La Roche V/Komisyon kararı

¹⁵ ABKD, 1992 tarihli 68/69, 77-778/8 sayılı,9 Societa Italiana Vetro SpA and Others kararı

atıfta bulunarak, sözleşmeler ve lisanslar vasıtasıyla birlikte hâkim durum yaratılabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu birlikte hâkimiyet durumunun kötüye kullanımının ispat edilememesi nedeniyle komisyon kararını iptal etmiştir.¹⁶

ATAD; Compagne Maritime Belge (CMB) Transport davasında¹⁷ “...birlikte hâkimiyet, birbirinden hukuki olarak bağımsız iki ya da daha fazla ekonomik birimin müşterek bir birim gibi belirli bir pazarda birlikte hareket etmeleri ...” şeklinde kavramı tanımlamıştır.

2. Birlikte Hâkim Durum Tespiti Esasları

4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinde hâkim durum, “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla hâkim durumun tespitinde dikkate alınması gereken unsurlar ekonomik güç, bağımsızlık ve ekonomik gücün devamlılığıdır.¹⁸ Kanun hâkim durumun tanımını ekonomik parametreleri belirleme bağımsız bir şekilde belirleyebilmek olarak tanımlamıştır. Ancak bu gücün devamlılığı kanunun metninde yer almamakta olsada doktrin ve Rekabet Kurulu kararları bu unsurların üçünün de birlikte olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Devamlılık unsurunun şart olmadığı, hâkim durumun, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yetecek kadar sürmüş olmasının yeterli olacağına ilişkin görüşler de mevcuttur.¹⁹

¹⁶ OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul, 2016, s.261

¹⁷ ABKD (2000) I-000, (2000) 4 CMLR 1076, 395/96, 396/96 sayılı Compagne Maritime Belge,

¹⁸ Rekabet Kurulu, 17.07.2000 tarihli, 00-26/291 – 161 sayılı kararları,

¹⁹ ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 5. Bası, Bursa, 2017 s. 673; Avrupa Briliği uygulamasında, hâkim durumdaki teşebbüs nitelendirmesi yapılabilmesi için asgari 5 yıllık süre şartı aranmaktadır. Ancak AB rekabet sistemine göre, hak ihlalleri olması halinde somut olayın özelliklerine göre bu süre aranmayabilecektir. Bizim hukuk sistemimizde ise bu sürenin ne kadar olması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada hâkim durumun bir süre için devam etmesi önemli gibi görünüyorsa da esasen 6. Madde hâkim durumu değil kötüye kullanmayı yasaklamaktadır. Burada birazda performansçı anlayışa yaklaşarak eğer bir hâkim durumun, kötüye kullanmaya yetecek kadar sürüğü gösterilebiliyorsa, yani hâkim olunan süre içinde kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar yapabilmişse, hâkim durumun kabulü için süre yeterli olmalıdır.

Birlikte Hâkim durumun tespiti de aynı şekilde tek başına hâkim durumun tespitinde başvuru unsurlarına başvuru yapılmaktadır. Ancak burada hâkim durumun teşebbüslerin bir araya geldiklerinde oluşturdukları ekonomik güç, birlikte oluşturdukları bağımsızlık ve bu birlikte yaratılan gücün devamlılığı olarak kabul edilmelidir.

Hâkim Durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz; hâkim durum değerlendirmesi yapılırken esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiği araştırılmaktadır. Bu değerlendirmede, her bir olayın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurulmaktadır. Hâkim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulan temel unsurlar; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü olarak sınıflandırılabilir, demektir. Dolayısı ile birlikte hâkim durum değerlendirmesi yapılırken de aynı değerlendirme kriterleri ile inceleme yapılması gerekmektedir.²⁰

Yukarıda tanım bölümünde anlatıldığı üzere ATAD birlikte hâkim durum kavramını ilk başlarda kabul etmemekteydi. İtalian Flatt Glass davası ile ilk defa ATAD birlikte hâkim durumun olabileceğine kanaat getirmiştir. Bizim Kanunumuz ise birlikte hâkim durumu tanımlar nitelikte ve tek başına hâkim durum gibi birlikte hâkim durumun da var olabileceğini ilk baştan beri kabul etmektedir.

Alman Rekabet Kanunu'nda birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumlarına ilişkin sayısal ölçütler verilmiştir. GWB m.19'a göre, üç ya da daha az teşebbüs birlikte %50 Pazar payına, beş yada daha az teşebbüs birlikte 2/3 Pazar payına sahip iseler bu teşebbüslerin birlikte hâkim durumda oldukları varsayılır. Söz konusu teşebbüsler, birlikte hâkim durum karinesini, ancak aralarında etkin rekabetin var olduğunu veya kendileri (oligopol) dışındaki diğer teşebbüsler karşısında üstün konumda olmadıklarını isbat ederek çürütebilirler. Geniş açıklama için bkz. Itter, Die Vermutungen des GWB, s.21 vd.²¹ Görüldüğü üzere Alman Rekabet Hukuku birlikte

²⁰ Rekabet Kurumu; 29.01.2014 tarihli, 14-05/97 RM sayılı, Hâkim durumdaki Teşebbüslerin dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz,

²¹ OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul, 2016, s.259, 1043 sayılı dipnot

hâkim durum karinesini kabul etmiş bulunmaktadır. Aksine ispat yükünü birlikte hâkim durum yaratan teşebbüslere bırakmaktadır.

Rekabet Kurulu birlikte hâkim durumun tespiti açısından bir kararında bu durumu tespit ederken yukarıda da arz ettiğimiz ekonimk güç, bağımsızlık ve ekonomik güç kriterlerinin varlığının burada da baz alınacağına değinmiş ve birlikte hâkim durumu iddia edilen gazetelerin Pazar paylarını incelemiş ancak Pazar payları yanında rakiplerinden bağımsız olmamaları sebebi ile birlikte hâkim durumda olmadıklarına karar vermiştir;

“Birlikte hâkim durum ise, bir anlaşma ile, birlikte davranış ile ya da pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir. Şikayet başvurusunda birlikte hâkim durumda oldukları iddia edilen Doğan, Bilgin grupları ile Olay ve Bursa 2000 gazetesinin pazar payları toplamı mart ayında %72,6 Nisan ayında %78,6 ve mayıs ayında %68,3 şeklinde gerçekleşmiştir. Dört grubun pazardaki toplam payının yüksek olması nedeniyle hâkim durum kriterlerinden birisi olan ekonomik gücün var olduğu ileri sürülebilirse de pazar payı büyüklüğü hâkim durum analizi açısından tek başına yeterli değildir. Gazete fiyatlarında meydana gelen değişikliklere paralel olarak gazetelerin/grupların pazar payları da değişmektedir. Bu nedenle, ilgili pazarda hâkim durum kriterlerinden ikincisi olan ekonomik gücün sürekliliği söz konusu değildir.

Diğer taraftan, pazarın yapısı genel olarak incelenecek olursa, pazarda yer alan toplam yedi aktörün dördünün tüm Türkiye’de, diğer üçünün ise sadece ilgili coğrafi pazarda faaliyet gösterdiği görülmektedir.

İlgili coğrafi pazarın Bursa olması ve Bursa 2000 ile Olay gazetelerinin yerel haberlerin yanı sıra ulusal ve evrensel haberlere de yer vermeleri nedeniyle, adı geçen gazeteler, diğer gruplar ile aynı ilgili ürün pazarında yer almaktadırlar. Ancak ulusal ve yerel gazetelerin fiyat belirleme politikaları birbirinden farklılık arz etmektedir. Zira ulusal gazeteler, sadece Bursa pazarında faaliyet göstermemekte, buna bağlı olarakta fiyat belirlemeye ilişkin politikalarını tek bir yerel pazarı değil, tüm Türkiye pazarını göz önünde bulundurarak oluşturmaktadırlar. Nitekim, ulusal gazeteler Türkiye’nin her yerinde aynı fiyattan satışa sunulmaktadır. Diğer taraftan yerel gazeteler, fiyatlandırma politikalarını belirlerken ilgili coğrafi pazarda satışa arzedilen hem yerel hem de ulusal gazeteleri dikkate almak durumundadırlar. Bu nedenle iki farklı unsuru içeren bir yapıya sahip ilgili ürün pazarında, yerel ve ulusal gazeteler birlikte hâkim durumda değildirler.

Sonuç olarak, yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, ilgili ürün pazarında 4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesi kapsamında tek başına ya da birlikte hâkim durumda olmadıklarına.” kanaat getirmiştir.²²

Rekabet Kurulu Sabah Grubu ile Doğan Grubu'na ilişkin kararında yine Pazar paylarına ve reklam gelirlerine vurgu yapmış ancak Doğan Grubun'un Pazar payına rağmen en yakın rakibinden bağımsız hareket edemeyeceği için ancak Doğan ve Sabah gruplarının birlikte hâkim durumda olabilecekleri tespitinde bulunmuştur.²³

Birlikte Hâkim durumun tespitinde Alman Rekabet Kanunu gibi sayısal veriler bizim kanunumuzda yer almamaktadır. Kurul birlikte hâkim durum tespitinde pazar paylarına ilişkin sayısal verilere öncelikle önem vermekte ancak bunun yanında bu pazar payının oluşturduğu ekonomik gücün devamlılığı ve birlikte hâkim durum oluşturan teşebbüslerin rakiplerine, müşterilere ve sağlayıcılara karşı bağımsızlıklarını da birlikte değerlendirmektedir. Pazar payı analizi hâkim durumun tespiti unsurlarından ekonomik gücün göstergesi için önemlidir. Bir başka deyişle Kurulun uygulamasında Pazar payları en önemli kriter ancak tek başına yeterli kriter değildir.

Birlikte hâkim durumda olup olmadıkları iki dereceli rekabet testinin yapılmasını gerektirir. Birincisi, oligopolist teşebbüslerin kendi aralarındaki iç rekabetin araştırılması, ikincisi ise birlikte hâkim durum oluşturduğu oligopolün karşısındaki dış rekabetin araştırılmasıdır.²⁴ Eğer oligopolist teşebbüsler arasında etkin bir rekabet var ise söz konusu oligopolistlerin birlikte hâkim durumda olduklarından bahsedilemeyecektir. (İç ilişki testi)²⁵ Oligopolü oluşturan teşebbüs sayısı ne kadar az, fakat pazar payları yüksek olup, buna karşılık oligopol dışında

²² Rekabet Kurulu, 05.09.2000 tarih, 00-33/356 – 200 sayılı kararı,

²³ Grupların ilgili pazardaki gazetelerin günlük net satış adetleri bazında hesaplanan pazar payları Doğan Grubu %..., Sabah Grubu %..., Çukurova Grubu %..., Uzan Grubu %... şeklindedir. Doğan Grubu bu pazarda %... oranında payı ile lider konumdadır. Ancak, dört grubun faaliyette bulunduğu bu pazarın oligopolistik bir nitelik gösterdiği dikkate alınır, Doğan Grubu bu pazar payına rağmen en yakın rakibi olan Sabah Grubu'nun davranışlarını gözönünde bulundurmaksızın hareket edememektedir. Dolayısıyla Doğan Grubu'nun pazarda tek başına hâkim durumda olduğu söylenemez. Ancak Doğan ve Sabah grubu'nun birlikte hâkim durumda olabilecekleri söylenebilir. RKK, No:99-56/599-381, 08.12.1999

²⁴ LEO, Knöpfler, Marktbeherrschung, s 19 GWB, Tz. 1164; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, s 19 Tz.60 vd. Rittner, Kartellrecht, s.281-282; Wiedemann, S22 Tz.26.

²⁵ BGH, 4.10.1983 tarihli, WuW/E BGH 2025, 2027 sayılı “Texaco/Zerssen” kararı

kalan teşebbüs sayısı da az ise oligopolistler arasında etkin rekabet ihtimali o kadar zayıftır. Çok uzun süreli paralel davranışlar (oligopolistik bağımlılık), özellikle paralel fiyat uygulamaları oligopol teşebbüsler arasında rekabetin mevcut olmadığı yönünde kuvvetli bir delildir. Oligopolist teşebbüslerin aralarında rekabetin bulunmadığı durumlarda dış ilişki testi devreye sokulup, oligopole karşı yeterli dış rekabetin olup olmadığı araştırılmalıdır. İlgili piyasada oligopol karşısında etkin rekabet mevcut değilse, bu takdirde oligopolü oluşturan teşebbüsler birlikte hâkim durumda kabul edilirler.²⁶

II. BİRLİKTE HÂKİM DURUMU KÖTÜYE KULLANILMASI

A. Genel Olarak

RKHK kanununun 6. Maddesinde yer aldığı üzere hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklandığı gibi birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması da yasaklanmıştır. Bu kötüye kullanma hallerini ise maddenin devamında açıklamaktadır;

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Madde 6-

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

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
- b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,*
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar*

²⁶ OCAK, Nazmi; Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, 1. Bası, İstanbul 2016, s266

getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

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

Rekabet Kurulu yerleşmiş uygulamaları birlikte hâkim durumun tespitinde, teşebbüslerin birlikte oluşturdukları ekonomik gücü, bağımsızlığı ve ekonomik gücün devamlılığı kriterlerini aramakla birlikte, oligopol teşebbüslerin aralarında rekabetin olup olmadığına ve birlikte oluşturdukları ekonomik gücün dışında kalan rakiplerin rekabet etme güçlerini de göz önünde bulundurmaktadır.

Rekabet Kurulunun birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin en önemli ve tartışılan kararlarından biri 09.03.2003 tarihli Turkcell ve Telsim kararıdır. Turkcell ve Telsim'in birlikte hâkim durumda olduklarını ve birlikte hâkim durumlarını RKHK madde 6 çerçevesinde kötüye kullandıklarına ilişkin bir karardır. Karara konu olayda İŞ-Tim GSM sektörüne ruhsat alarak yeni girmiş olan bir teşebbüs olarak Turkcell ve Telsim'e başvurarak ulusal dolaşım ağı altyapılarını ücreti karşılığında kullanmak istemiştir. Bu iki teşebbüs ise ayrı ayrı bu talebi çok yüksek fiyatlar istemek sureti ile reddetmişlerdir. İŞ-Tim, bu iki teşebbüsün birlikte hâkim durumlarını kötüye kullanmak sureti ile RKHK madde 6/a ve e bendlerini ihlal etmeleri sebebi ile Rekabet Kurumuna başvurmuştur. Rekabet Kurulu Turkcell ve Telsim'in birlikte hâkim durumda olduklarını ve İŞ-Tim ve Aycell'in ulusal ağ altyapılarını kullandırmayarak RKHK 6/a Maddesini ihlal ettiğine karar vermiş ve ciro üzerinden %1 para cezasına mahkûm etmiştir. Ayrıca Kurul RKHK 9. Maddesi gereğince rekabetin tesisi açısından Turkcell ve Telsime rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi gereken davranışların bildirilmesine karar vermiştir.²⁷

²⁷ Rekabet Kurulu 09.06.2003 tarihli, 03-40/432/186 sayılı kararı; Rekabet hukuku bakımından ulusal dolaşım hizmeti; pazara yeni giren operatörlerin başlangıç için oldukça yüksek olan yatırım maliyetlerine destek sağlanması ve faaliyete başlanılan ilk dönemlerde Turkcell ve Telsim gibi yerleşik işletmecilerin sunduğu kapsama alanı olanaklarının yeni giren işletmecilere de sunulması ile bu teşebbüslerin de abone kaydetmeye başlamalarının sağlanması ve tıpkı yerleşik operatörlerin yaptığı gibi yatırımlarını abonelerden elde ettikleri gelirlerle finanse etmelerine olanak tanınmasını sağlamaktadır. Ancak ulusal dolaşım hizmeti karşılığında Turkcell ve Telsim tarafından talep edilen ücretlerin İŞ-TİM'in maliyetlerini

Karara katılmaya kurul üyesi ayrı görüşünde ise bu iki ayrı rekabet içindeki teşebbüsün teklifi reddetmesinin ticair olarak ikisi açısından da doğru olabileceğini aralarında bir anlaşmanın olduğunun ispat edilemediğinin, kaldı ki İş-Tim'in bu süreçte altyapı yatırım yapmak üzere 3 yıllık taahhüdü olduğunu belirtmektedir.

Bu karar doktrinde eleştirilmiştir. Aslan, kararı birlikte hâkim durum olarak değil bu iki teşebbüsün kurul tarafından ayrı ayrı hâkim durumda olarak değerlendirilmesini eleştirmekte ve bu kararın bir pazarda ayrı ayrı iki firmanın birbirlerinden bağımsız hâkim durumda olup olamayacakları sorununu ortaya çıkardığını ileri sürmektedir.²⁸

Burada benim görüşüm Arslanın eleştirisinin doğru olduğu ancak kurulun kararının ise roaming pazarı açısından ancak birlikte hâkim durumda olabileceklerini belirttiği için birlikte hâkim

aşırı derecede arttıracak kadar yüksek olduğu, bu denli yüksek fiyatların hizmetin sağlanmasının reddi anlamına geldiği açıktır. İŞ-TİM ve Aycell'in lisans sözleşmelerinde, kendi altyapıları ile sağlamak zorunda oldukları kapsama alanı yükümlülüğü 2 yıl içerisinde nüfusu 10.000'den fazla olan yerleşim yerlerinin %50'si, 5 yıl içerisinde de %90'ı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle pazara yeni giren firmaların ulusal dolaşım hizmeti yoluyla yatırım yapmaktan kaçınmaları gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak yerleşik operatörler olan Turkcell ve Telsim tarafından erişim fiyatlarının, maliyetlerin çok üstünde belirlenmesi, pazara yeni giren operatörler İŞ-TİM ve Aycell'in pazara girişlerinin önünde ciddi bir engel yaratmakta ve pazara ilk giren operatörler Turkcell ve Telsim'in abone kazandıkça yatırım yapma olanağının yeni operatörlere tanınmamasına yol açılmaktadır. Bunun sonucunda, bu yeni operatörlerin yatırım maliyetleri fazlasıyla yükselmekte, yatırım planlamasında önceliği altyapının kurulması almaktadır. Ayrıca, Dünya ekonomisi ile birlikte telekomünikasyon sektörünün de içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle yeni operatörler ciddi bir finansman sıkıntısı ile karşı karşıya bulunmaktadır. Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda oldukları belirlenmiştir. Ayrıca, İŞ-TİM'in imtiyaz sözleşmesi hükümleri gereğince kendi altyapısını inşa ederek kapsama alanını GSM hizmetleri pazarında, Turkcell ve Telsim ile rekabet edebileceği seviyeye getirinceye kadar geçecek süre içinde yararlanmak zorunda olduğu, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısına alternatif başka bir unsurun bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle İŞ-TİM için, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısından yararlanmak üzere ulusal dolaşım hizmeti almak zorunlu bir unsurdur. Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İŞ-TİM'in bu unsura erişimini reddederek, 4054 sayılı Kanununun 6. maddesinin (a) paragrafında örnek olarak belirtilen; *“Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”* gerçekleştirmesi, hâkim durumlarını “birlikte davranışları” ile kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in bu davranışları, 4054 sayılı Kanununun 6. maddesini ihlal etmektedir.

²⁸ ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 5. Bası, Bursa, 2017, s.694

durumun kötüye kullanılması açısından yaptığı tespitin doğru olduğudur.²⁹ Tam bir birlikte hâkim durum oluşturan iki teşebbüsün pazara üçüncü bir teşebbüsün girmesi noktasında ikisi de yazılı olmayan bir mutabakata varmış gibidirler. Her ikisi de ayrı ayrı birlikte hâkim durumlarını kullanarak İş-Tim ile anlaşma imzalamamak sureti ile pazara giriş engeli koymaktadırlar. Bu iki teşebbüsün aslında ücret karşılığında altyapılarını kullandırmakta kazançları olmaları ve diğerine karşı karlarını arttırmaları muhtemeldir. Ancak bunu yeni bir rakibin pazara girmemesinden dolayı oluşacak karları ağır basması sebebi ile reddetmektedirler. Oligopollerden biri dahi anlaşma imzalayacak olsa ve İş-Tim'e altyapılarını kullandıracak olsa diğerinin anlaşma imzalamasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu olumsuz davranışın ancak her iki teşebbüsün birlikte hareket etmesi ile sonuç doğuracağı bir gerçektir.

B. Birliket Hakim Durumun Birleşme ve Devralmalarda Uygulanması

1. AB Hukuku Açısından Gelişme Süreci

Birlikte hâkim durum kavramı AB hukuku açısından birleşme ve devralmaların sonucunda oluşacak yoğunlaşmalar sebebi ile etkin rekabetin azalması ve birleşme devralmalar sonucunda tek başına olmasa dahi birlikte hâkim durum oluşabileceği endişesi ile değerlendirilmektedir. Örneğin bir birleşme veya devralma sonucunda oluşacak sonuç itibari ile pazarda birlikte hâkim durum yaratabilecek bir tehlike mevcut ise komisyon bu birleşme devralmaya izin vermemektedir. Bu ileriye dönük birazda varsayımlar üzerinden gidilse de aşağıda tarihsel süreç içerisinde birçok kez ATAD'ın bu şekilde değerlendirme yaparak birleşme/devralmalara izin vermediği örnekleri mevcuttur. Bizim Rekabet Kurulu uygulamalarında ben yaptığım araştırmalarda buna benzer bir karar göremedim ancak bunun uygulanabileceği görüşümdedir.

Rekabet Kurulu'nun inceleyebildiğim tüm birleşme devralmalarına ilişkin kararlarında gene itibari ile işlem sonucunda yasaklanan nitelikte hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin olup olmadığı konusuna yoğunlaşmaktadır.

RKHK madde 7;

²⁹ Ayrıca Aslan; İlgili Pazarın regule edilmiş bir Pazar olduğu için bu konuda rekabet kurallarının değil, regülasyon kurallarının uygulanması gerektiği, ve böylece bu garip durumun ortaya çıkmasının mümkün olmadığı görüşlerini de belirtmektedir.

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

Birleşme Tüzüğü'nün³⁰(“Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü) 2.3'üncü maddesinde;

“Ortak pazar ya da önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli bir şekilde engelleyecek hâkim durum yaratan veya güçlendiren yoğunlaşmaların ortak pazarla bağdaşamaz.” Şeklindedir.

İfadeden, Tüzüğü'nün ve RKHK madde 7'nin sadece tek firmanın hâkim durum yaratacağı ya da güçlendireceği birleşmeleri engelleyeceği amacı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan birleşme sonrası oluşacak firmanın pazardaki bir ya da daha fazla firma ile birlikte etkin rekabeti engelleyecek durumda olacağı göz önüne alındığında Birleşme Tüzüğü'nün sadece tek firma ile ilgilenmediği ortaya çıkmaktadır.³¹

Komisyon, ilk uygulamalarında, pazarda yer alan rakiplerin birlikte hâkimiyet oluşturma tehlikesi meydana getirdiği gerçeğinden çok bunların pazarda eşdeğer rekabet gücü oluşturduğu gerçeğini benimsemiştir. Birlikte hâkim durum kavramının birleşme ve devralmalara ilişkin kararlarda yer bulmasına ilişkin tarihsel süreç şu şekildedir.

a) Elf/BC/CEPSA kararı -1991

İspanya menşeli iki yağ üreticisi arasında hedeflenen birleşme sonucu oluşacak firmanın pazarda lider konumda bulunan CAMPSA firmasından açıkça daha küçük olduğu ve bu sebeple de pazarda hâkim durum yaratılmadığı ya da güçlendirilmediği gerekçesiyle anılan işleme izin

³⁰ “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nde Değişiklik Yapan Konsey Tüzüğü”, 30.07.1997 tarihinde kabul edilerek, 01.03.1998 tarihinde 1310/97 sayı yürürlüğe girmiştir.

³¹ **SABUNCU**, Hakan, “Birlikte Hâkimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi” Rekabet Kurumu, Ankara, 2003

Gencor/Lonrho davasında Bidayet Mahkemesi ilk kez Komisyon'un Birleşme Tüzüğü altında inceleyerek birlikte hâkim durum yaratılması ya da güçlendirilmesine neden olacak yoğunlaşmaya izin vermemesi yönündeki kararını onaylamıştır. Karara itiraz edilmesinden sonra Bidayet Mahkemesi teşebbüsler arasındaki diğer pazarlardaki bağların, ilgili ürün pazarında tarafların aynı davranışlar içine girmesine dayanak olamayacağına karar vermiştir. İkinci önemli nokta, birleşmelere ilişkin kontrolün amacının rekabete aykırı nitelikte pazar yapılarının ortaya çıkması veya güçlenmesinin engellenmesi olarak belirtilmiştir. Bundan dolayı beklenen firma davranışları birlikte hâkimiyetin varlığına ilişkin yapısal analizlerde incelemelerde önemli rol oynamaktadır

e) Airtours/First Choice Kararı -2000

Bu dava ile Komisyon'un oligopollere karşı daha katı kontrol politikasının oluşumunun başladığı görülmektedir (Lexecon 1999, 1). Dava; triopol oluşumuna neden olan ikiden fazla teşebbüs tarafından birlikte hâkim durum yaratılmasının engellendiği ilk; Gencor/Lonrho davasından sonra Birleşme Tüzüğü altında birlikte hâkimiyet yaratılması sebebiyle onay verilmeyen ikinci davadır (Motta 1999b, 10). Airtours'un birlikte hâkimiyetin ortaya çıkabilmesi için gizli işbirliğinin gerekli unsuru olan cezalandırma mekanizmasının ilgili pazarda olamayacağına ilişkin yapmış olduğu savunmaya karşılık Komisyon; katı cezalandırma mekanizmalarının birlikte hâkim durumun varlığı için gerekli olmadığını belirterek, birleşme sonucunda pazardaki firmaların bir kartel gibi gizli ya da açık bir anlaşma varmışçasına hareket etmelerinin birlikte hâkimiyet için gerekli unsur olmadığını, yine de ilgili pazarda hem sezon boyunca hem de sezon arasında önemli boyutta cezalandırma mekanizmasının var olduğuna işaret etmiştir.³⁴

2. Türk Hukuku Açısından

Rekabet Kurulunun genel itibari ile birleşme ve devralmalara RKHK madde 7'deki yetkisi ile birleşme ve devralmalara izin vermeme durumu oldukça istisnai bir durumdur. Bugüne kadar yukarıda Avrupa Komisyon kararlarının yer aldığı tarihsel sürece benzer bir kararı tarafınca

³⁴ SABUNCU, Hakan, "Birlikte Hâkimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi" Case IV/M 1524, (2000) OJ L093/1, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003

tespit edilememiştir. Bu konuya ilişkin kaynaklarda da herhangi bir örneğe raslamamış bulunmaktayım. Ancak birlikte hâkim durum kavramının kurul tarafından birleşme ve devralmalar için değerlendirme kriteri olarak kullanmasına engel bir durum kanımca yoktur. Kanunun 7. Maddesinin genel itibari ile birleşme/devralma işlemi sonucunda oluşacak pazardaki etkin rekabetin azalması sonucunu doğuruyor ise izin vermeme yetkisi vardır. Aynı zamanda birleşme/devralma sonrasında oligopol yapı güçleniyor ve pazarda hâkim durum oluşmasa dahi birlikte hâkim durum oluşturabilecek teşebbüslerin oluşması halinde onay vermeme yönünde yetki kullanması gerekmektedir. Yukarıda Avrupa Komisyonu kararlarında genel itibari ile birleşme/devralma sonrası yoğunlaşmanın derecesi, pazarın özellikleri ve teşebbüsler arasındaki mevcut yapısal bağlar değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeler neticesinde birleşme/devralma sonrası yoğunlaşmanın artması ve birlikte hâkim durum riskinin oluşması durumunda onay verilmemesi tercih edilmektedir.

III.SONUÇ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hâkim durumu 3. Maddesinde, “Tanımlar” bölümünde “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü”, ifade eder şeklinde tanımlarken metinde yer alan “veya birden fazla teşebbüs” lafzı ile sadece tek başına değil birlikte hâkimiyetinde mevcut olabileceğine işaret etmektedir. Ayrıca Hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. Maddesinde yine “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır” demek sureti ile yasaklanan kötüye kullanma halinin sadece tek hâkimiyet durumunda değil birlikte hâkimiyet durumunda da oluşabileceğini belirtmiştir. Madde metninde yer alan “veya birden fazla teşebbüsün” tanımda yer aldığı şekilde hâkim durumda olması halinde birlikte hâkim durumdan söz edebilmekteyiz.

Birlikte hâkim durum, birden fazla teşebbüsün rakiplerinden bağımsız olarak ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak özetlenmektedir. Birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratabilme yeteneğinin bulunduğu bir Pazar ise ancak duopol veya oligopol bir pazardır. Dolayısı ile birlikte hâkimlik durumuna ancak duopol veya oligopol pazarlarda karşılaşılabılır. Oligopol pazarlardaki oligopolistik bağımlılık ise özellikle RKHK 6. Madde uygulamasında karşımıza başka bir soruyu çıkartmaktadır. Bu soru ise Oligopolistlerin uyumlu

davranışlarını bu bağımlılık sebebi ile mi yaptıkları, uyumlu eylem içinde mi oldukları yoksa birlikte hâkim durumu kötüye mi kullandıkları sorusudur.

“Birlikte Hâkim Durum” kavramını yukarıdaki anlatımlar ışığında; birden fazla teşebbüsün oligopol bir pazarda, ekonomik gücü tek başlarına değil ancak birlikte ellerinde bulundurabildikleri ve bu ekonomik güç sayesinde rakiplerinden, müşterilerinde ve sağlayıcılardan bağımsız olarak hareket edebilmeleri olarak tanımlayabiliriz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hâkim durumda olmayı yasaklamadığı gibi birlikte hâkim durumda olmayı da yasaklamamıştır. Yasaklanan husus 6. Maddesinde yer aldığı şekilde birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. Birlikte hâkim durum kavramının 70’li yıllardan itibaren Avrupa Komisyon kararlarında yeşermeye başladığını görmekteyiz. Komisyon ilk başlarda birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olabileceğini kabul etmezken daha sonra bunu yerleşik kararlarında kabul etmiştir. Bizim hukukumuz ise bu tartışmalardan çok sonra yürürlüğe girmesini avantajını yaşayarak ilk baştan itibaren birlikte hâkim durumun varlığını kabul etmektedir.

Birlikte Hâkim Durum Kavramının birleşme ve devralmalar açısından uygulanması ise komisyon kararlarında 90’lı yıllarda tartışılmaya başlandığı ve netice itibari birleşme devralmalar açısından ileriye dönük olarak oluşabilecek rekabeti bozucu etkisi açısından bu kavramdan faydalandığını görmekteyiz.

KAYNAKÇA

ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 5. Bası, Bursa, 2017

OCAK, Nazmi; “Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti”, 1. Bası, İstanbul, 2016

SABUNCU, Hakan, Birlikte Hâkimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 40, Ankara 2003.

ŞİRAMUN, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri” Vedat Kitapçılık, 1. Bası 2005, İstanbul

TEKDEMİR, Yaşar, AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hâkimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım, Perşembe Konferansları, Mart 2000,

İnternet kaynağı; www.rekabet.gov.tr