

## **<sup>H</sup>REKABET KURULU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE HÂKİM DURUMUN SÖZLEŞME YAPMAYI REDDETME YOLUYLA KÖTÜYE KULLANILMASI**

**Av. Zeynep TUNCER\***

### **Öz**

*Hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanılması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olup, tamamen Rekabet Kurulu kararlarıyla ile şekillenmiştir.*

*Bu ihlal türünün, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı şekilde teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirmesi nedeniyle çok iyi bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, zorunlu unsur doktrini geliştirilmiş ve ancak bir ürün veya hizmetin, bu ürün veya hizmeti talep eden teşebbüsün faaliyeti için zorunlu olması halinde böyle bir yükümlüğün getirilebileceği öngörülmüştür. Ancak sözleşme yapma yükümlülüğü sınırsız değildir ve ilgili ürün veya hizmeti sunacak teşebbüsün haklı bir gerekçe sunması halinde uygulanmayacaktır.*

*Zorunlu unsur ve haklı gerekçenin ise neler olduğu ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği Rekabet Kurulu tarafından belirlenmektedir. Bu çerçevede, bu ihlal türünün değerlendirilmesinde, Rekabet Kurulu kararları büyük önem arz etmektedir.*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* İstanbul Barosu'na Kayıtlı Avukat (e-posta: tuncerz@hotmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 28.02.2017-28.02.2017/Makale Kabul Tarihleri: 13.04.2017-07.04.2017)

**Anahtar Kelimeler**

*Hâkim durum, ekonomik bağımlılık, zorunlu unsur, etkin rekabet, tüketici zararı, haklı gerekçe*

**ABUSE OF DOMINANT POSITION THROUGH REFUSAL TO SUPPLY WITHIN COMPETITION BOARD'S DECISIONS****Abstract**

*Abuse of dominant position through refusal to supply is not regulated under Article 6 titled "Abuse of Dominant Position" of the Act on the Protection of Competition No. 4054 and has taken form through Competition Board's decisions.*

*This infringement should be very well evaluated since it brings an obligation to supply to undertakings in a manner contrary to the principle of freedom of contract. Within this scope, the essential facility doctrine has been developed and it has been foreseen that such an obligation may be imposed only if the product or service is obligatory for the activity of the undertaking requesting those products or services. However, the obligation to supply is not unlimited and will not apply if the undertaking, which will supply the products or services submits efficiency claims.*

*As for the content and evaluation of the essential facility and efficiency claim, they are determined by the Competition Board. Within this framework, in the evaluation of this infringement, Competition Board's decisions have huge importance.*

**Keywords**

*Dominant position, economic dependence, essential facility, effective competition, consumer harm, efficiencies*

## GİRİŞ

Gerçek ve tüzel kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapma konusunda sahip oldukları özgürlük<sup>1</sup> veya sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü<sup>2</sup> şeklinde tanımlanabilen sözleşme özgürlüğü ilkesi, tüm çağdaş hukuk düzenlerinde 19. yüzyıldan bu yana uygulanmakta olan temel bir ilkedir<sup>3</sup>. Bu ilke Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme Özgürlüğü" başlıklı 26. maddesinde güvence altına alınmıştır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, teşebbüslerin de, hâkim durumda olsunlar veya olmasınlar, birbirleriyle sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>4</sup>. Bununla birlikte, istisnai bazı hallerde ve özellikle ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüslerin mal vermeyi veya sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilir ve bu teşebbüslere, rekabet hukuku kapsamında, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilir<sup>5</sup>. Bunun sonucunda, bu teşebbüsler, kendileri ile yapılmak istenen bir sözleşmeyi reddedemezler veya sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyemezler<sup>6</sup>. Bu yükümlülük ile amaçlanan, piyasa ekonomisinin amacını gerçekleştirmesini sağlamaktır<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Serment/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 362.

<sup>2</sup> **Aslan**, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa 2007, s. 476, **Ateş**, Derya: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, 2007, s. 79.

<sup>3</sup> **Küçükyalçın**, Arzu: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFED, 2004, s. 101.

<sup>4</sup> **Ulaş**, Emine: Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumdaki Teşebbüsler, İstanbul 2007, s. 114.

<sup>5</sup> **Aslan**, s. 476. Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararında, rekabet hukuku kapsamında getirilen sözleşme yapma zorunluluğunun, rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu ifade edilmiştir.

<sup>6</sup> **Ayrancı**, Hasan: "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 231.

<sup>7</sup> **Ayrancı**, s. 234.

“Mal vermeyi reddetme” veya “sözleşme yapmayı reddetme” olarak anılan bu uygulama birden fazla teşebbüs arasında yapılmışsa 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“Rekabet Kanunu”) 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak<sup>8</sup>, tek bir teşebbüs tarafından yapılmışsa Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması<sup>9</sup> olarak kabul edilmektedir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilen sözleşme yapmayı reddetme eylemi, bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi anlamına gelmektedir<sup>10</sup>.

Rekabet düzenlemelerinin<sup>11</sup> temel özelliğinin basit ve duru olmaları, başka bir anlatımla, çerçeve niteliğinde olmaları<sup>12</sup> sebebiyle, sözleşme yapmayı reddetme eylemi Rekabet Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiş olup, Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan ve 2014 yılında yayımlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz’da (“Kılavuz”) düzenlenmiştir<sup>13</sup>. Nitekim kılavuzlar, rekabet mevzuatını açıklamaya yönelik olarak

<sup>8</sup> Mal vermeyi reddetme eyleminin Rekabet Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında da kabul edilebileceği Rekabet Kurulu’nun 06.07.2004 tarihli ve 04-45/565-135 sayılı kararında ifade edilmiştir. Ancak makalenin konusu Rekabet Kanunu’nun 4. maddesini kapsamaktadır.

<sup>9</sup> Birlikte hâkimiyet durumunda, ilgili pazarda birden fazla teşebbüs bulunacaktır. Rekabet Kanunu’nun 6. maddesinde yer alan “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” ifadeler birlikte hâkim durumun varlığına izin vermektedir.

<sup>10</sup> **Demiröz**, Ali: “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumundaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, s. 3, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Diger+Etkinlik/alidemiroz.pdf> (erişim tarihi: 24.02.2017).

<sup>11</sup> Burada kastedilen başlıca Rekabet Kanunu’dur.

<sup>12</sup> **Eğerci**, Ahmet: Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 12, s. 24.

<sup>13</sup> Bu konu, “Sözleşme Yapmayı Reddetme” başlığı altında 07 Nisan 2014 tarihinde yayımlanan Kılavuz’un 35. ila 49. paragrafları arasında düzenlenmiştir. Kılavuz yayımlan-

hazırlanan belgelerdir<sup>14</sup>. Ancak Kılavuz incelendiğinde, Rekabet Kurulu kararlarına yer verilmediği görülür<sup>15</sup>. Oysa bir konuyu, önüne gelen her vakıaya göre ayrı ayrı inceleyen ve rekabet kurallarını uygulayan Rekabet Kurulu'dur. Bu anlamda, Rekabet Kurulu'nun "sözleşme yapmayı reddetme" konusundaki kararları yol göstericidir ve bu nedenle de incelenmeleri gerekir.

Bu çalışmada, "anlaşma zorunluluğu doktrini"<sup>16</sup> olarak da adlandırılan bu uygulamanın Rekabet Kurulu tarafından nasıl değerlendirildiği incelenecektir.

### 1. Sözleşme Yapmayı Reddetme Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halidir

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Ancak ilgili maddede hangi durumların hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edildiği tahdidi olarak değil, örnekleyici olarak sayılmıştır<sup>17</sup>. Sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetme de sayılan örnekler arasında yer almamaktadır.

---

madan önce, mal vermeyi reddetme konusunda birçok Rekabet Kurulu kararı bulunmasına rağmen, Kılavuz'da hiçbir karara atıfta bulunulmaması şaşırtıcıdır. Bu yöndeki görüş için bkz. **Özkan**, Fatih Ahmet: "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kılavuzu'nun Kapsamlı Bir İncelemesi", Rekabet Forumu Sayı 8, Haziran 2014, s. 22.

<sup>14</sup> Kılavuz'un 3. paragrafında, Kılavuz'un yayımlanmasının amacı şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu Kılavuz'un yayımlanmasındaki amaç, hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde Rekabet Kurulunca (Kurul) göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak ve böylece maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmektir. Bu doğrultuda, Kılavuz'un yalnızca herhangi bir piyasada hâkim durumda olan teşebbüslere değil onların rakipleri, müşterileri ve sağlayıcıları gibi diğer teşebbüslere de yol gösterici olması hedeflenmektedir."

<sup>15</sup> **Özkan**, s. 22.

<sup>16</sup> **Arıöz**, Ali/Özbek, Özgür Can: "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar", Rekabet Dergisi 2010, 11(3), s. 22.

<sup>17</sup> Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde "Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır" ifadesi kullanılarak, sayımın tahdidi değil, örnekleyici olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bkz. **Aslan**, s. 463.

Sözleşme yapmayı reddetme eyleminin hukuki niteliği, 2014 yılında yayımlanan Kılavuz'da açıkça belirtilmiştir. Kılavuz'da, sözleşme yapmayı reddetme eylemi, bazı koşulların gerçekleşmesi şartıyla, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir. Ancak Rekabet Kurulu bu nitelendirmeyi Kılavuz'dan önce yapmıştır. Nitekim Rekabet Kurulu, 2008 ila 2012 tarihleri arasında vermiş olduğu kararlarda, sözleşme yapmayı reddetmenin Rekabet Kanunu'nda açıkça hâkim durumun kötüye kullanılması olarak düzenlenmediğini, içtihatlarla bu şekilde nitelendirildiğini<sup>18</sup> ve bu eylemin Rekabet Kanunu'nun ilgili maddesinde sayılan örneklerden hangisini teşkil ettiğinin önemli olmadığını, önemli olanın eylemin rekabet üzerindeki etkisi olduğunu ifade etmiştir<sup>19</sup>. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu, her ne kadar sözleşme yapmayı reddetme eylemini 2008 yılına kadar açıkça hâkim durumun kötüye kullanılması hali olarak nitelendirmemiş olsa da, 1999 yılından itibaren bu eylemi hep hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında incelemiştir<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Bu husus, Rekabet Kurulu'nun 28.08.2012 tarihli ve 12-42/1257-409 sayılı kararında *"Tek taraflı bir eylemi ifade eden mal vermeyi reddetme eylemi, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün söz konusu hâkim durumunu kötüye kullanması olarak nitelendirilen haller arasında açıkça yer almasa da rekabet hukuku içtihatlarıyla hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir"* ifadeleriyle belirtilmiştir. Benzer şekilde bkz. Rekabet Kurulu'nun 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1171-416 sayılı kararı.

<sup>19</sup> Rekabet Kurulu'nun 03.06.2009 tarihli ve 09-26/536-126 sayılı kararı. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu, bazı kararlarında, mal vermeyi reddetmenin Rekabet Kanunu'nun 6(b) maddesi kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Örneğin, bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.01.2008 tarihli ve 09-01/13-10 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 09.09.2009 tarihli ve 09-41/988-250 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 01.07.2010 tarihli ve 10-47/863-300 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarihli ve 11-43/942-306 sayılı kararı.

<sup>20</sup> Örneğin bkz. Rekabet Kurulu'nun 06.09.1999 tarihli ve 99-41/435-274(a) sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 19.10.1999 tarihli ve 99-48/524-329 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.07.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı kararı (Danıştay'ın bozması üzerine karar 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı ile tekrar yayımlanmıştır); Rekabet Kurulu'nun 19.10.2004 tarihli ve 04-66/946-224 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 30.09.2004 tarihli ve 04-63/930-222 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 15.06.2006 tarihli ve 06-44/541-143 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 08.02.2007 tarihli ve 07-13/96-26 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 03.05.2007 tarihli ve 07-37/396-156 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 02.11.2009 tarihli ve 09-50/1238-312

Rekabet Kurulu, hangi durumlarda sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetmenin Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilmeyeceğini de belirlemiştir. Buna göre, bir malı alıp, herhangi bir katma değer eklemeksizin satmak isteyen yeniden satıcı söz konusu olması halinde, sözleşme yapmayı reddetme eylemi rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte, bu değerlendirme perakende satıcılar için geçerli değildir, zira bu durumda nihai satıcı perakende satış hizmetini katma değer olarak eklemektedir<sup>21</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere, sözleşme yapmayı reddetme, rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması hali olarak nitelendirilir. Ancak, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması halini oluşturabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir.

## **2. Sözleşme Yapmayı Reddetmenin Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Olarak Değerlendirilebilmesi İçin Gerekli Koşullar**

Hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanıldığının kabul edilebilmesi için, sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün her şeyden önce ilgili pazarda hâkim durumda olması ve ardından bu hâkim durumunu kötüye kullanması gerekir<sup>22</sup>. Bu husus, Rekabet Kurulu tarafından da "*Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek bir ihlalin varlığı için iki koşulun bir arada sağlanması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, hâkim durumdaki bir teşebbüsün varlığı,*

---

sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 08.04.2010 tarihli ve 10-29/446-169 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 07.10.2010 tarihli ve 10-63/1320-496 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 13.10.2011 tarihli ve 11-52/1319-470 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 02.06.2011 tarihli ve 11-33/726-229 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 19.03.2013 tarihli ve 13-15/224-109 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.05.2014 tarihli ve 14-18/350-156 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/107-48 sayılı kararı.

<sup>21</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.02.2011 tarihli ve 11-08/153-50 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 18.03.2010 tarihli ve 10-24/330-118 sayılı kararı ve Rekabet Kurulu'nun 08.04.2010 tarihli ve 10-29/446-169 sayılı kararı.

<sup>22</sup> **Aslan**, s. 436.

ikincisi ise hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin kötüye kullanma niteliğini taşımasıdır” ifadeleriyle açıkça belirtilmiştir<sup>23</sup>. Buna ek olarak teşebbüsün ayrıca, bu eylemini haklı bir gerekçeyle açıklayamaması gerekmektedir<sup>24</sup>.

### 2.1. Sözleşme Yapmayı Reddeden Teşebbüs İlgili Pazarda Hâkim Durumda Olmalıdır

Kılavuz’un “Sözleşmeyi Yapmayı Reddetme” başlığı altında, sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün hâkim durumda olması gerektiği olağan bir şekilde kabul edilmiş ve bu konu hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde de, Rekabet Kurulu’nun, çoğunlukla, sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetme eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu eylemde bulunan teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olmasını bir ön koşul veya ön şart olarak aradığı görülmektedir. Şöyle ki, Rekabet Kurulu;

- Bazı kararlarında, “Bir sözleşme yapmanın reddi eyleminin, rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak kabul edilmesi, reddetme eyleminin gerçekleşmiş olması ve failinin hâkim durumda bir teşebbüs olması ön şartlarıyla”<sup>25</sup> veya “Başvuru konusu uygulamaların, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde kapsamında, dışlayıcı kötüye kullanma hallerinden olan mal vermenin reddi/sözleşme yapmanın reddi ya da fiyat sıkıştırması olarak değerlendirilebilmesi için öncelikli koşul, eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen dikey bütünleşik teşebbüsün faaliyet gösterdiği üst pazar olan çimento pazarında hâkim durumda olmasıdır.”<sup>26</sup> ifadeleriyle hâkim durumum öncelikli bir şart veya koşul olduğunu açıkça belirtmiştir.

<sup>23</sup> Örneğin bkz. Rekabet Kurulu’nun 01.09.2015 tarihli ve 15-34/518-165 sayılı kararı veya Rekabet Kurulu’nun 30.03.2015 tarihli ve 16-12/107-82 sayılı kararı.

<sup>24</sup> **Gündüz**, Recep: Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 113, Yayın No. 278, Ankara 2012, s. 56-57.

<sup>25</sup> Rekabet Kurulu’nun 28.08.2012 tarihli ve 12-42/1257-409 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu’nun 03.05.2007 tarihli ve 07-37/396-156 sayılı kararı.

<sup>26</sup> Rekabet Kurulu’nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/118-53 sayılı kararı.

- Başka kararlarında ise, “*Hâkim durumda olmayan teşebbüslerin gerçekleştirilecekleri bu tip uygulamaları, 4054 sayılı Kanun kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirmek mümkün değildir.*”<sup>27</sup> ifadeleriyle, hâkim durumun öncelikli bir şart veya koşul olduğunu üstü kapalı bir şekilde belirtmiştir.

Yukarıdaki görüşünden farklı olarak, Rekabet Kurulu’nun, sözleşme yapmayı reddetme eylemini gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunmasını bir ön koşul veya ön şart olarak değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yanında bir koşul olarak nitelendirdiği de olmuştur. Örneğin, Rekabet Kurulu, Halikarnas Özel Sağlık Hizm. Sağlık Malz. San. ve Tic. A.Ş. ile Acıbadem Sağlık ve Hayat Sigorta A.Ş. arasında akdedilen “Ayakta ve Yatarak Tedavilerde Doğrudan Ödeme Sözleşmesi”nin haksız olarak feshi suretiyle Rekabet Kanunu’nun 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla gerçekleştirdiği incelemede, “*Geçmiş tarihli bazı Kurul kararlarında, hâkim durumun kötüye kullanılması iddialarına ilişkin incelemelerde yöntem olarak hâkim durum analizi ile başlanabileceği ya da öncelikle şikâyete konu eylemin bir kötüye kullanma hali içerip içermediğinin irdelenebileceği tespitine yer verilmiştir. Mevcut dosyada anılan kararlarda belirtilen yöntemlerden ikincisi benimsenmiş ve analize Acıbadem Sigorta’nın şikâyet konusu uygulamasının bir kötüye kullanma hali içerip içermediği, başka bir deyişle söz konusu uygulamanın sözleşme yapmayı reddetme olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasından başlanmıştır.*” ifadeleriyle hâkim durumun varlığını bir ön koşul olarak aramamış, kötüye kullanma eyleminin varlığı yanında bir koşul olarak aramıştır<sup>28</sup>.

Rekabet Kurulu, bazı kararlarında ise, sözleşme yapmayı reddetme eyleminde bulunan teşebbüsün, ilgili pazarda hâkim durumda olmamasına rağmen, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile aralarındaki “ekonomik bağımlılık” sebebiyle, hâkim durumunu kötüye kullandığını ifade etmiştir. Nitekim kendisine mal/ürün verilmeyen teşebbüsün bu malı/ürünü elde edebileceği bir alternatif kaynağı yoksa ve bu malın/ürünün kendisine verilmesi, rekabet gücünü azaltıyorsa, bu halde, sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün eylemi, bu teşebbüs ilgili pazarda hâkim durumda olmasa dahi,

<sup>27</sup> Rekabet Kurulu’nun 18.02.2010 tarihli ve 10-18/199-75 sayılı kararı.

<sup>28</sup> Rekabet Kurulu’nun 03.09.2014 tarihli ve 14-30/625-276 sayılı kararı.

hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilecektir<sup>29</sup>. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu;

- Piyasada bir uydu yayıncılık platformu olarak faaliyet gösteren D-Smart'ın premium içerik sağlayıcısı (sinema filmleri ve diziler) olarak D-Smart platformunda yer alan dört kanalın işletmecisi Sinema TV ile olan sözleşmesini sonlandırma kararı alarak Sinema TV'yi piyasadan dışlayacak olmasından hareketle, hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>30</sup>, D-Smart'ın ilgili pazarda rakiplerinden bağımsız bir şekilde davranmadığı ve bu sebeple de hâkim durumda olmadığına karar vermiş ancak buna rağmen, hakim durumunu kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit edebilmek için, D-Smart ile Sinema TV arasında bir ekonomik bağımlılık ilişkisinin olup olmadığını araştırmıştır. Rekabet Kurulu, her ne kadar incelemesinin sonunda, taraflar arasında bir ekonomik bağımlılık olmadığına ve bu sebeple de soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiş olsa da, karara bir karşı oy gerekçesi sunulmuş ve karşı oy gerekçesinde *“Platform işletmeciliği ve içerik sağlama hizmetleri birbirinden tamamen farklı iş ve uzmanlık alanları yani farklı pazarlar olmakla birlikte, karşılıklı bağımlılık ilişkisi içindedirler. Fuar alanı işletmecileri ile fuar organizatörleri ilişkisinde olduğu gibi... Her yıl belli bir dönemde bir mal veya hizmete dair fuar düzenleyen organizatör, fuar alanı işletmecisi tarafından ret edildiği durumda eğer ikame edecek bir alternatif de yok ise piyasadan çıkabilecektir. İlgili dosyada, uzun zamandır bu işi yapan Sinema TV'nin platforma erişim talebi hem D-Smart hem de Digitürk tarafından ret edilmiş, sonuç olarak da bir piyasa oyuncusu altından kalkamayacağı bir*

<sup>29</sup> **Aslan**, s. 480-481. “Ekonomik bağımlılık” kavramı Avrupa ülkelerinin rekabet mevzuatında ayrı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız hukukunda, “ekonomik bağımlılık” ayrı bir hâkim durumun kötüye kullanılması hali olarak mevzuatta yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dutilh**, Nauta: Dealing with Dominance - The Experience of National Competition Authorities, Kluwer Law International, Hollanda 2004, s. 18; **Bernamm**, George/**Picard**, Etienne: Introduction to French Law, Wolters Kluwer, Hollanda 2008, s. 384-385. “Ekonomik bağımlılık” kavramı İspanya rekabet hukukuna da 1999 yılında dâhil edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pace**, Lorenzo Federico: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Edward Elgar, İngiltere 2011, s. 84-85.

<sup>30</sup> Rekabet Kurulu'nun 20.05.2014 tarihli ve 14-18/345-152 sayılı kararı.

*yükün altına girmeye ya da piyasadan çıkmaya zorlanmıştır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden görüldüğü üzere, taraflar arasındaki “ekonomik bağımlılık” nedeniyle, Sinema TV’nin piyasadan çıkmaya zorlandığı ifade edilmiş ve bir nevi “ekonomik bağımlılığın” nasıl belirlendiği açıklanmıştır. Buna göre, kendisiyle sözleşme yapılmayan teşebbüs, bu davranış sebebiyle altından kalkamayacağı bir yükün altına giriyor veya piyasadan çıkmaya zorlanıyorsa, bu halde ekonomik bağımlılıktan söz edilebilecektir.

- “Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik” isimli kitabı yayınlayan BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş. (BETA)’nin bu kitabı Yıldız Teknik Üniversitesi Vakfı Yıldız Eğitim Birimleri (YTÜ Vakfı)’ne satmayı reddederek Rekabet Kanunu’nu ihlal ettiği iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>31</sup>, BETA’nın ilgili pazarda hâkim durumda olmadığına karar vermiş ancak yine de hâkim durumunu kötüye kullanılıp kullanmadığını tespit edebilmek için, taraflar arasında bir ekonomik bağımlılığın olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu;

- ✓ İlgili piyasadaki kitapları satan bir müşterinin tek bir kitap bulundurmamaktan dolayı çok büyük kayıplara uğramayacağını;
- ✓ Birçok kitap satan bir kitabevinin faaliyetine devam edebilmesi için de bahsi geçen “Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik” adlı kitabı bulundurmasının zaruri olmadığını; ve
- ✓ Adı geçen kitabı satmamaktan dolayı da rekabet gücünde önemli bir azalma meydana gelmeyeceğini değerlendirerek

taraflar arasında bir ekonomik bağımlılık olmadığına ve bu sebeple de soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca, Rekabet Kurulu, “ekonomik bağımlılık” unsurunu incelerken, hangi kıstasların dikkate alınacağını da belirlemiştir. Buna göre;

- ✓ Müşterinin başka temin kaynaklarının olup olmadığı belirlenmelidir;
- ✓ Eğer müşterinin yeterli temin kaynakları yoksa ilgili malın/ürünün temin edilememesinin rekabet gücünde sürekli ve önemli bir dezavantaj sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

---

<sup>31</sup> Rekabet Kurulu’nun 21.12.2000 tarihli ve 00-50/536-298 sayılı kararı.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi için, bu eylemde bulunan teşebbüsün ilgili pazarda mutlaka hâkim durumda olmasına gerek yoktur. Nitekim sözleşme yapmayı reddetme eyleminde bulunan ile kendisine karşı bu eylemde bulunulan teşebbüs arasında bir ekonomik bağımlılık mevcut ise, ilgili eylem, bu eylemi gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olmasa bile, Rekabet Kanunu kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir. Bu kapsamda, Kılavuz'un bu konuya değinmemiş olmasının isabetsiz olduğu düşünülür. Nitekim kılavuzlar bazı davranışlarda bulunacak teşebbüslere kılavuzluk etmek ve davranışlarının rekabet kurallarına uygun olup olmadığını tespit etmelerine yardımcı olmak için hazırlanan belgelerdir<sup>32</sup>. Oysa Kılavuz'u okuyan bir teşebbüs, ilgili pazarda hâkim durumda olmaması sebebiyle, rekabete aykırı olarak sözleşme yapmayı reddederek rekabet kurallarını ihlal edebilir ve bu sebeple de, ekonomik varlığını etkileyebilecek idari para cezalarıyla karşı karşıya kalabilir.

## 2.2. Sözleşme Yapmayı Reddeden Teşebbüs İlgili Pazardaki Hâkim Durumunu Kötüye Kullanmalıdır

Rekabet Kanunu'nun hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi, teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olmasını değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu husus Kılavuz'da da açıkça ifade edilmiştir<sup>33</sup>.

Ancak hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanılabilmesi için, öncelikle sözleşme yapmayı reddetme eyleminin bir "kötüye kullanma" hali oluşturması ve bunun sonucunda da rekabetin kısıtlanması gerekir.

<sup>32</sup> Geradin, Damien/Layne-Farrar, Anne/Petit, Nicolas: EU Competition Law and Economics, Oxford University Press, İngiltere 2012, § 1.106.

<sup>33</sup> Mal vermeyi reddetme eylemi Kılavuz'un 2. Paragrafında "Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasında bir teşebbüsün hâkim durumda olması tek başına ihlal olarak değerlendirilmemekte" olduğu belirtilmiştir.

### 2.2.1. Sözleşme Yapmayı Reddetme Eylemi Bir “Kötüye Kullanma” Olarak Değerlendirilmelidir

Doktrinde, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, olağan rekabet koşulları içinde elde edemeyeceği yararları elde etmesi olarak tanımlanan “kötüye kullanma”<sup>34</sup> Rekabet Kanunu’nda tanımlanmamıştır. Kanun koyucu, bazı kötüye kullanma hallerini örnek olarak saymakla yetinmiştir. Buna karşılık, Kılavuz’da sözleşme yapmayı reddetmenin dört farklı şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir<sup>35</sup>. Buna göre, sözleşme yapmayı reddetme;

- Herhangi bir sebep göstermeksizin doğrudan olabileceği gibi, makul olmayan ertelemeler, ürün arzının azaltılması ve makul olmayan şartlar ileri sürülmesi gibi davranışlar yoluyla;

- Mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi veya potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi yoluyla veya;

- Koşulsuz (herhangi bir şart öne sürülmeksizin sözleşme yapılmasının reddedilmesi) ya da koşullu (sözleşme talebinde bulunan teşebbüse kendisi ile alt pazarda rekabet etmemesi ya da kendisine rakip olan bir teşebbüsle iş yapmaması gibi bir takım koşullara ileri sürülmesi) olabileceği gibi;

- Sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere veya kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilir.

Görüldüğü üzere, Kılavuz, “kötüye kullanma” olarak kabul edilen sözleşme yapmayı reddetme hallerini sınıflandırmakla yetinmiş ancak bu hallerin ne olabileceğine dair somut bir açıklama yapmamış, örnekler sunmamıştır. Oysa bu konu rekabet hukukunun en zor ve tartışmalı alanlarından birisi olarak nitelendirilmektedir<sup>36</sup>; zira kapsamı ve sınırları net bir şekilde belli değildir<sup>37</sup>. Bu sebeple, Rekabet Kurulu kararları büyük önem arz etmektedir. Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde ise, sözleşme yapmayı

<sup>34</sup> Aslan, s. 463.

<sup>35</sup> Bu sınıflandırma Kılavuz’un 39. ila 42. paragraflarında düzenlenmiştir.

<sup>36</sup> Whish, Richard, Competition Law, Oxford 2008, Altıncı Bası, s. 687.

<sup>37</sup> Demiröz, s. 2.

reddetmenin çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulu;

- Üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün alt pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüse depolarını kiralamayı reddetmesini<sup>38</sup>;

- Bir dağıtım firmasının bir yayınevine ilettiği bayilik talebinin hiçbir gerekçe gösterilmeksizin yayınevi tarafından reddedilmesini<sup>39</sup>;

- Dükânında gazete satmak isteyen bir teşebbüsün bayilik talebinin - dağıtım firmaları tarafından bayilik talebinde bulunan bayinin yakınında başka bir bayilerin olması gerekçesiyle - reddetmelerini<sup>40</sup>;

- Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, kendisi tarafından sunulan bir hizmetten faydalanmak isteyen bir teşebbüsün talebini önce kabul etmesi ve ardından da reddetmesini<sup>41</sup>;

- Bir teşebbüs tarafından ilk kez yapılan sözleşme yapma talebinin kabul edilmemesini<sup>42</sup>;

- Teşebbüsler tarafından daha önce verilmiş olan siparişlere ait teslimatların aylarca bekletilerek bağlantılı aile şirketlerine öncelik tanınmasını<sup>43</sup>;

<sup>38</sup> Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1468-386 sayılı kararı.

<sup>39</sup> Rekabet Kurulu'nun 04.02.2010 tarihli ve 10-13/140-60 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 20.03.2008 tarihli ve 08-25/256-84 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 02.09.2010 tarihli ve 10-57/1155-439 sayılı kararı.

<sup>40</sup> Rekabet Kurulu'nun 06.08.2009 tarihli ve 09-35/878-207 sayılı kararı. Talebin gerekçeli bir şekilde reddedilmiş olan diğer bazı kararlar için bkz. Rekabet Kurulu'nun 12.06.2008 tarihli ve 08-39/509-186 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.03.2008 tarihli ve 08-25/256-84 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 07.10.2010 tarihli ve 10-63/1318-495 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 05.08.2010 tarihli ve 10-52/1005-381 sayılı kararı.

<sup>41</sup> Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarihli ve 09-33/767-185 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 23.05.2007 tarihli ve 07-42/459-175 sayılı kararı.

<sup>42</sup> Rekabet Kurulu'nun 12.05.2011 tarihli ve 11-30/692-188 sayılı kararı.

<sup>43</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.12.2013 tarihli ve 13-71/964-411 sayılı kararı. Rekabet Kurulu, 04.12.2003 tarihli ve 03-76/925-389 sayılı kararında, hâkim durumdaki bir teşebbüsün sistematik ve koordineli eylemleri ile mal vermeyi geciktirmesini hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmiştir.

- Bir cihazın Türkiye distribütörüne - yedek parça ve şifre anlamına gelebilecek her türlü yazılım ve aparat gibi - yan hizmetlerin verilmesinin kesilmesini<sup>44</sup>;

- Bir liman şirketi tarafından liman hizmetlerine aşırı fiyat uygulanmasını<sup>45</sup>;

- Bir teşebbüs tarafından bayilerine belli bir teşebbüse mal satmalarına ilişkin getirilen yasağı<sup>46</sup>;

- Bir teşebbüs tarafından açılan mal alım ihalelerine teklif verilmesini ve bu ihalelere katılımın engellenmesini<sup>47</sup>;

- Bir televizyon kanalının analog platformdan dijital platforma alınarak, dijital yayın paketi içinde izleyiciye sunulması suretiyle ilgili televizyon kanalına halka erişiminin engellenmesini/kısıtlanmasını<sup>48</sup>

“kötüye kullanma” hali olarak değerlendirmiştir.

Rekabet Kurulu'nun yukarıda anılan kararlarının tahdidi sayıda olmadığı açıktır. Nitekim Rekabet Kurulu, önüne gelen her vakıyı ayrı ayrı değerlendirerek bir “kötüye kullanma” hali oluşturup oluşturmadığına karar verecektir. Bu kapsamda, ileride, Rekabet Kurulu, başka sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetme davranışlarını da “kötüye kullanma” olarak değerlendirebilecektir. Ancak, yukarıda yer alan örnekler yol gösterici olmaları bakımından önemlidir. Şöyle ki, teşebbüsler, Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar vermiş olduğu kararları dikkate alarak, hangi eylemlerin bir “kötüye kullanma” hali olarak değerlendirdiğini görebileceklerdir. Teşebbüs-

<sup>44</sup> Rekabet Kurulu'nun 08.04.2010 tarihli ve 10-29/446-169 sayılı kararı.

<sup>45</sup> Rekabet Kurulu'nun 30.11.2010 tarihli ve 10-74/1529-585 sayılı kararı. Aşırı fiyatlamaya ilişkin ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı kararı.

<sup>46</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.02.2014 tarihli ve 13-15/230-114 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 06.07.2004 tarihli ve 04-45/565-135 sayılı kararı.

<sup>47</sup> Rekabet Kurulu'nun 14.10.2010 tarihli ve 10-65/1375-513 sayılı kararı. İhale yoluyla sözleşme yapmayı reddetme için ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 16.09.2010 tarihli ve 10-59/1223-465 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 13.10.2011 tarihli ve 11-52/1312-463 sayılı kararı.

<sup>48</sup> Rekabet Kurulu'nun 12.05.2011 tarihli ve 11-30/592-188 sayılı kararı.

lere yardımcı olması bakımından bu örneklere Kılavuz'da da yer verilmesi uygun olurdu.

Rekabet Kurulu, sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetme eyleminin bir "kötüye kullanma" hali olduğuna karar verdikten sonra, bu davranışın doğrudan bir rekabet ihlali oluşturduğuna karar vermeyecek, bu davranışın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığını inceleyecek ve ancak rekabeti kısıtladığına karar vermesi halinde rekabet ihlali oluşturduğuna karar verecektir.

### **2.2.2. "Kötüye Kullanma" Olarak Değerlendirilen Sözleşme Yapmayı Reddetme Eylemi Rekabeti Kısıtlamalıdır**

#### **2.2.2.1. Genel Değerlendirme**

Kılavuz'da, kötüye kullanma olarak kabul edilen bir sözleşme yapmayı veya mal vermeyi reddetme eyleminin, aşağıdaki koşulların birlikte varlığı halinde bir rekabet ihlali olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir:

- Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalıdır (zorunlu unsur doktrini);
- Reddetmenin, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalıdır;
- Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.

Kılavuz'un yayımlanmasından sonra çıkan Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, Kurul tarafından aynı koşulların dikkate alındığı görülmektedir<sup>49</sup>. Oysa Kılavuz yayımlanmadan önce Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında farklı koşullara da yer verdiği görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulu;

<sup>49</sup> Örneğin bkz. Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/107-48 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/116-51 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/118-53 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/107-48 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 01.09.2015 tarihli ve 15-34/513-161 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 01.09.2015 tarihli ve 15-34/518-165 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 08.01.2015 tarihli ve 15-02/5-3 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.05.2014 tarihli ve 14-18/350-156 sayılı kararı.

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. tarafından, İŞ-TIM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.’nin “ulusal dolaşım” (roaming) talebinin reddedilmesi suretiyle Rekabet Kanunu ihlal edilip edilmediğinin tespiti kapsamında yaptığı incelemede, “*talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması*”nı da bir koşul olarak saymıştır<sup>50</sup>.

- Petrol Ofisi A.Ş.’nin parafinin hammaddesi olan light wax pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası kapsamında yaptığı incelemede, “*uzun süreden beri mal verilmekte olan şirketin malının haklı sebep olmaksızın kesilmesi*” koşulunu aramıştır<sup>51</sup>.

Görüldüğü üzere, Kılavuz ile Rekabet Kurulu’nun eski uygulamaları arasında uyumsuzluk vardır. Eskiden, Rekabet Kurulu, önüne gelen her olayı ayrı kıstaslar dâhilinde inceliyor ve rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığına karar veriyordu. Oysa her bir olayın aynı kıstaslar dahilinde incelenmesi hukuken daha doğru gözükmektedir. Bu sebeple, Kılavuz’un bu alanda objektif kıstaslar/koşullar belirlemiş olmasının isabetli olduğu düşünülür.

#### 2.2.2.2. Vazgeçilmezlik veya Zorunlu Unsurun Varlığı

Bir teşebbüse, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olarak, sözleşme yapma yükümlülüğü getirildiğinde, bu zorunluluk “*essential facilities doctrine*” adı altında da bilinen “*vazgeçilmezlik veya zorunlu unsur doktrini*” ile meşrulaştırılır<sup>52</sup>.

Doktrinde “*olmazsa olmaz ihtiyaçlara cevap etmek*”<sup>53</sup> olarak da isimlendirilen bu doktrin, “*bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanıl-*

<sup>50</sup> Rekabet Kurulu’nun 06.09.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararı.

<sup>51</sup> Rekabet Kurulu’nun 20.11.2001 tarihli ve 01-56/554-130 sayılı kararı.

<sup>52</sup> Zorunlu unsur doktrini önce Amerika’da ortaya çıkmış ve uygulanmaya başlanmıştır. Bu doktrin tarihçesi için bkz. **Tekdemir**, Yaşar: AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 2, Yayın No: 0084, Ankara 2003, 2.1.1. sayılı başlık (sayfa numarası tezde belirtilmemiştir); **Ölmez**, Hakan Suat: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 33, Yayın No: 0119, Ankara 2003, Giriş Bölümü (sayfa numarası tezde belirtilmemiştir).

<sup>53</sup> **TekiNALP**, Ünal (2000): “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Ankara, s. 75.

ması gereken unsura sahip bulunan teşebbüs dışında, söz konusu zorunlu unsurun başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik veya rasyonel olarak yeni bir zorunlu unsurun oluşturulamaması anlamına gelmektedir<sup>54</sup> şeklinde tanımlanır.

Zorunlu unsur doktrininin tanımı Rekabet Kurulu tarafından da yapılmıştır. Rekabet Kurulu, “Doktrinin uygulandığı olaylar esas itibarıyla birbirleriyle dikey olarak ilişkili iki pazarı gerekli kılmaktadır. Bu pazarlardan üst pazar genellikle tekelci (yoğunlaşmış) bir yapıya sahipken (örneğin yerel telefon şebekesi), bu tekelci teşebbüsün faaliyet gösterdiği alt pazar (örneğin erişim hizmetleri pazarı) daha rekabetçidir. Doktrinin ana felsefesi; üst pazardaki sınırlı kaynağın alt pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için zorunlu olması ve bundan dolayı üst pazarı kontrol eden teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmayı reddederek alt pazardaki rekabeti sınırlandırma, diğer bir deyişle alt pazarı da tekelleştirme imkanına sahip olmasıdır.” ifadeleriyle zorunlu unsur doktrinini tanımlamıştır<sup>55</sup>.

Kılavuz’da bu doktrin “vazgeçilmezlik” olarak ifade edilmiştir<sup>56</sup>. Kılavuz’a göre, vazgeçilmezlik veya zorunlu unsur değerlendirilirken, rakiplerin sözleşme talebine konu olan unsuru alt pazarda başvurulabilecekleri mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Bu unsurun gerçekleşmemesi halinde, başka bir ifadeyle, rakiplerin sözleşme talebine konu unsuru başka kaynaklardan elde edebiliyor olmaları halinde, Rekabet Kurulu, diğer koşulları incelemeksizin, hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanılmadığına karar verecektir. Ancak Kılavuz, yukarıda anılan “ikamenin” veya “diğer kaynağın” hangi kıstaslar dâhilinde inceleneceğini belirtmemiştir. Bu sebeple, Rekabet Kurulu kararları önem arz etmektedir. Rekabet Kurulu kararlarında öngörülen başlıca kıstaslar aşağıda yer almaktadır:

<sup>54</sup> Aslan, s. 499.

<sup>55</sup> Rekabet Kurulu’nun 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu’nun 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararı.

<sup>56</sup> Doktrinde, Türk rekabet hukukunda yaygın bir uygulama alanı bulmuş “zorunlu unsur” doktrinine herhangi bir atıf yapılmamış olması isabetli bulunmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, s. 23.

- **Zorunlu unsurun başka bir ürünün üretiminde kullanılacak olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Eti Holding A.Ş.'nin, Ceytaş Madencilik Tekstil San. Tic. A.Ş.'ye (Ceytaş) mal vermeyerek hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle Rekabet Kanunu'nu ihlal ettiği iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>57</sup>,

✓ Ceytaş'ın Eti Holding A.Ş.'nin devamlı müşterisi olmadığını, pazara yeni girmek isteyen bir teşebbüs olduğunu ifade etmiştir. Bu durumda, rekabet hukuku açısından, Eti Holding A.Ş.'ye, Ceytaş'a konsantre kolemanit cevheri satma zorunluluğu getirilmesinin, ancak Ceytaş'ın öğütülmüş kolemanit üretme faaliyetinde Eti Holding A.Ş.'den konsantre kolemanit cevheri satın almasının temel kaynak faaliyeti<sup>58</sup> olarak zorunlu unsur olması durumunda söz konusu olabileceğinin altını çizmiştir.

✓ Ceytaş bakımından Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanının bulunmadığını söylemiştir. Ancak, temel kaynak faaliyeti ile söz konusu faaliyetten yararlanarak başka bir faaliyette bulunmanın, iki farklı pazarda söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Nitekim temel kaynak faaliyetine sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya temel kaynak faaliyeti niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebinin, doğrudan temel kaynak faaliyetinin üretimi ile ilgili olacağından zorunlu unsur olmayacağını vurgulamıştır.

✓ Rekabet Kurulu, Eti Holding A.Ş.'nin bor cevherlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi, bunlardan uç ürün üretilmesi ve elde edilen ürünlerin pazarlanması konusunda 2840 sayılı Kanun gereği tekel durumunda olduğunu ifade etmiştir. İlgili ürün pazarı bor ürünleri pazarı olarak belirlenmiştir. Ceytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütülmüş kolemanitin ilgili ürün pazarında yer aldığını tespit etmiş ve bu nedenle, başka bir faaliyette bulunmak için temel kaynak faaliyetinden yararlanma talebinin değil, temel kaynak faaliyetinin kendisi tarafından üretilmesi talebinin söz konusu olduğu sonucuna ulaşmış ve bu nedenle de Ceytaş'ın öğütülmüş

<sup>57</sup> Rekabet Kurulu'nun 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı kararı.

<sup>58</sup> Rekabet Kurulu, "zorunlu unsur" yerine "temel kaynak faaliyeti" ifadesini kullanmıştır.

kolemanit üretmek amacıyla Eti Holding A.Ş.'den konsantre kolemanit cevheri talep etmesini zorunlu unsur kapsamında değerlendirmemiştir.

Yukarıdaki karardan da görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu'nun, zorunlu unsur incelemesinde, ürün talebinde bulunan teşebbüsün bu ürünü başka bir (nihai) ürün kapsamında kullanmak üzere mi yoksa aynı ürünü üretmek için mi istediğini incelediği ve zorunlu unsurun, aynı ürünün üretimi için talep ediliyor olması halinde, bunu zorunlu unsur olarak kabul etmediği görülmektedir.

- **Zorunlu unsurun bir alternatifinin olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti. tarafından Ankara Veteriner Tıp Merkezi'ne, Iams (Eukanuba) markalı kedi ve köpek maması ürünlerin verilmemesi iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>59</sup>, tüm kliniklerin kedi ve köpek maması satışı yaparken, söz konusu ürünlerin satışını yapmak istediği halde yapamamanın herhangi bir veteriner kliniği açısından pazarda dezavantaj oluşturabileceğini ifade etmiştir. Ancak söz konusu olayda, Ankara Veteriner Tıp Merkezinin klinik müşterilerine Eukanuba yerine diğer marka ürünlerden satış yapabilmesinin mümkün olduğunu altını çizmiş ve bu itibarla, anılan kliniğin faaliyetlerini yerine getirmesi açısından Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarını satmasının "esaslı bir unsur" teşkil etmediğine karar vermiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, talep edilen ürünün bir alternatifinin olup olmadığını değerlendirmiş ve bir alternatifinin olması sebebiyle talep edilen ürünün zorunlu unsur oluşturmadığına karar vermiştir.

- **Zorunlu unsurun yakın tarihli potansiyel bir alternatifinin olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Allergan İlaçları Tic. A.Ş.'nin "Botox" markalı ilacı Ulusal Ecza Tıbbi Cihazlar Deposu'na tedarik etmeyerek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>60</sup>, "*Objektif olarak gerekli olma kriterinden anlaşılması gereken, sunumu reddedilen girdi olmadan alt pazara hiçbir rakibin giremeyeceği ya da faaliyetlerine*

<sup>59</sup> Rekabet Kurulu'nun 18.04.2000 tarihli ve 00-14/138-70 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 28.08.2012 tarihli ve 12-42/1257-409 sayılı kararı.

<sup>60</sup> Rekabet Kurulu'nun 03.01.2013 tarihli ve 13-01/3-3 sayılı kararı.

*devam edemeyeceği değil, girdinin sunumunun reddedilmesi sonucu ortaya çıkan olumsuz durumla baş edebilmek için rakibin alt pazarda mevcut veya potansiyel bir ikameye -en azından uzun dönemde- güvenemeyeceği durumdur. Bu bağlamda rakiplerin görülebilir bir zaman uzaklığında etkin bir biçimde sunumu reddedilen girdinin benzerini elde edip edemeyeceği de göz önünde bulundurulmaktadır.” ifadelerine yer vermiştir.*

Rekabet Kurulu'nun kullandığı ifadelerden de görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, zorunlu unsur tespitinde, bu zorunlu unsurun yakın bir tarihte potansiyel bir alternatifinin olup olmayacağını da incelemekte ve olacaktır, talep edileni zorunlu unsur olarak nitelendirmemektedir.

**- Zorunlu unsurun, zorunlu unsuru talep eden teşebbüs dışındaki diğer teşebbüsler için de gerekli olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin Eskişehir ve Topçular'da bulunan iskelelerindeki rampalardan feribot taşımacılığı yapmak amacıyla yararlanmak isteyen şikâyetçinin talebini reddetmek suretiyle rekabeti ihlal ettiği iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>61</sup>, talebi “*unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, aynı zamanda, diğer teşebbüsler için de zor olması gerektiği*” kıstaslarıyla birlikte değerlendirmiş ve şikâyetçi için makul görülmesi bile, birçok teşebbüsün, kabul edilebilir bir yatırım miktarı ile piyasaya girmelerinin mümkün olması sebebiyle iskelelerin zorunlu unsur olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, bir yatırımın, talep edilen hizmet (zorunlu unsur) olmaksızın, böyle bir talepte bulunmayan diğer teşebbüsler açısından - maliyet boyutu da dikkate alınarak - mümkün olup olmadığına bakmış ve mümkün olması halinde, talep edilen hizmetin zorunlu unsur oluşturmadığına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu, bu kıstası, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin sabit telefon hizmeti kapsamında telefon kartına ilişkin fiyatlandırmaları yoluyla Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal ettiği iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>62</sup> de kullanmıştır. Rekabet Kurulu, bu kararda, Türk Telekom'un ankesörlü telefon hizmetinin diğer STH işletmecileri tarafından kısa sürede

<sup>61</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.01.2003 tarihli ve 03-03/25-7 sayılı kararı.

<sup>62</sup> Rekabet Kurulu'nun 25.06.2014 tarihli ve 14-22/456-201 sayılı kararı.

verilemeyeceğini, gerekli altyapının kurulmasına hukuki bir engel bulunmasa da mevcut telefonların yaygınlığında bir altyapının kurulmasının yüksek batık maliyet doğuracağını, makul yatırımların yüksek kapsam ve ölçek ekonomisi gerektirdiği sektörde bu yatırımın diğer işletmecilerce tekrarlanmasının beklenemeyeceğini değerlendirmiş ve bu kapsamda, arama kartı hizmeti verilebilmesi için Türk Telekom'dan alınacak altyapı hizmetlerinin zorunlu unsur niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu bu kararda, Rekabet Kurulu, bir yatırımın, talep edilen hizmet (zorunlu unsur) olmaksızın, böyle bir talepte bulunmayan diğer teşebbüsler açısından da çok maliyetli olacak olması sebebiyle talep edilen hizmetin zorunlu unsur olduğuna karar vermiştir.

- **Pazara girişin zorunlu unsurun varlığına bağlı olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Tepe Emlak Yatırım İnşaat Ticaret A.Ş.'nin sahibi olduğu Tepe Nautilus Alışveriş Merkezi'nde Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti.'ne dükkân kiralamaı TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile anlaşarak reddetmek ve Alışveriş Merkezindeki hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddiası kapsamında yaptığı incelemede<sup>63</sup>, Türkiye'de hızlı servis restoranları için sağlanan dükkânlar açısından zorunlu unsur olarak nitelenebilecek bir alışveriş merkezinden bahsetmenin olası olmadığını ifade etmiştir. Tepe Nautilus'in yeme içme bölümünün zorunlu unsur olarak kabul edilebilmesi için hızlı servis restoranlarının bu alışveriş merkezinde faaliyet göstermeden pazara giremiyor ya da pazarda tutunamıyor olmalarının gerekmesi ve böyle bir durumun söz konusu olmaması sebebiyle, zorunlu unsurun oluşmadığına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, pazara girişin zorunlu unsurun sunulmasına bağlı olup olmadığını incelemiş ve bağlı olmaması halinde, zorunlu unsurun gerçekleşmeyeceğine karar vermiştir.

- **Zorunlu unsurun, zorunlu unsuru talep eden teşebbüs tarafından kısa süre içinde gerçekleştirilebilip gerçekleştirilememesi veya**

<sup>63</sup> Rekabet Kurulu'nun 14.12.2006 tarihli ve 06-90/1145-339 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarihli ve 08-34/451-158 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 05.11.2013 tarihli ve 13-61/851-359 sayılı kararı.

**zorunlu unsurun mümkün ve rasyonel olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. tarafından, İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.’nin “ulusal dolaşım” (roaming) talebinin reddedilmesi suretiyle Rekabet Kanunu’nun ihlal edilip edilmediğinin tespiti kapsamında yaptığı incelemede<sup>64</sup>, piyasanın şebeke niteliği, şebeke dışsallıkları, yerleşik operatörlerin pazar payları gibi hususlar dikkate alındığında, piyasadaki rekabetin İŞ-TİM ve Aycell’in kapsama alanlarını diğer operatörlerin büyüklüğüne ulaştıracakları zamana kadar ertelenmesinin, piyasa üzerinde istenilen etkiyi yapmayacağını, aksine bu sürenin sadece yerleşik operatörlerin hakim durumlarını daha da güçlendirmelerine neden olacağını ifade etmiştir. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluk olduğuna ve ayrıca zorunlu unsur niteliğindeki hizmetin birlikte hakim durumda olan iki teşebbüs tarafından sunulabilmesinin hizmetin zorunlu unsur niteliğini ortadan kaldırmadığını, bu sebeple de zorunlu unsurun gerçekleştiğini ifade etmiştir.

Karardan da görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, bir hizmet sunumunun zorunlu unsur oluşturup oluşturmadığını değerlendirirken;

✓ Talep edilen hizmetin diğer teşebbüsler tarafından da yapılabileceğinin (İŞ-TİM ve Aycell) ancak bu hizmetin, talep edilen hizmetin boyutuna ulaşmasının alacağı sürenin rekabet üzerinde olumsuz etki yaratacak olması sebebiyle zorunlu unsur oluşturduğuna karar vermiştir; ve

✓ Talep edilen hizmetin sunulmasının birlikte hâkimiyet sebebiyle iki teşebbüs tarafından reddedilmesinin zorunlu unsuru yok etmediğini ifade etmiştir.

Benzer şekilde, Rekabet Kurulu, gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.’nin Star Gazetesi’nin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları, diğer taraftan Star Gazetesi’nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.’nin aynı pazara girişini engellemelerine ilişkin hususların Rekabet Kanunu çer-

---

<sup>64</sup> Rekabet Kurulu’nun 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararı.

çevesinde gerçekleştirdiği yeniden değerlendirme kapsamında<sup>65</sup> da, gazete ve dergi dağıtım pazarına girebilmek için on binleri bulan son satış noktalarının oluşturulması gerektiğini ifade etmiş ve böyle bir alt yapının kurulmasının mümkün ve rasyonel olmaması sebebiyle, birlikte hâkim durumda olan YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın dağıtım ağlarını (zorunlu unsur) pazara girmek isteyen teşebbüse kullanılmayarak hâkim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, burada zorunlu unsuru talep eden teşebbüs için bu zorunlu unsuru gerçekleştirmenin “mümkün ve rasyonel” olup olmadığını incelemiştir.

**- Zorunlu unsurun doğal tekel kapsamında olup olmaması:** Rekabet Kurulu, Çukurova Elektrik A.Ş.'nin Enerjisa Enerji Üretim A.Ş.'nin otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ve ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığına; Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş.'ye ait otoprodüktör tesislerinde üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir biçimde satın almadığına ve Toros'un ortaklarına enerji nakli yapmasını engellediğine ilişkin iddiaların incelenerek Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti kapsamında yaptığı incelemede<sup>66</sup>, elektriğin depolanmayan bir ürün olması nedeniyle enterkonnekte sisteminin (elektrik iletimi ve dağıtımı) üretim sürecinde çok önemli bir payının bulunduğu ve bu bakımdan elektriğin naklinin, üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olduğunu

<sup>65</sup> Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı kararı. Rekabet Kurulu bu kararı, 14.12.2002 tarihli ve 00-49/529-291 sayılı kararında hukuka aykırılık bulunmadığına dair Danıştay 10. Dairesi'nin 4.11.2003 tarih, 2001/1632 E., 2003/4243 K. ve 2001/1631 E., 2003/4244 K. sayılı kararlarının bozulması yönündeki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 3.5.2007 tarih, 2004/2377 E., 2007/869 K. ve 2004/1177 E., 2007/868 K. sayılı kararları üzerine vermiştir.

<sup>66</sup> Rekabet Kurulu'nun 10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı kararı. Rekabet Kurulu'nun bu kararı soruşturmayı yürüten Rekabet Kurulu üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 26.12.2006 tarih, 2005/5050 E. 2006/4942 K. sayılı kararı ile bozulmuştur (bu husus Rekabet Kurulu kararında belirtilmiştir). Rekabet Kurulu, 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı kararıyla 2003 yılında verdiği kararlar aynı mahiyette bir karar vermiştir.

ifade etmiştir. Rekabet Kurulu, ÇEAS'ın, zorunlu unsuru, bir başka deyişle, elektriğin nakline yönelik altyapıyı elinde bulundurduğunu tespit etmiştir. Rekabet Kurulu, elektriğin iletimi ve dağıtımına ilişkin altyapının doğal tekel niteliğinde olması sebebiyle; iktisadi etkinlik açısından söz konusu altyapının yalnızca tek bir teşebbüs tarafından işletilmesi gerektiğinin altını çizmiş ve ölçek ekonomisi gereği ilgili coğrafi pazarda ikinci bir enterkonekte sisteminin oluşturulamayacağını dikkate alarak, talep edilen hizmetin zorunlu unsur oluşturduğuna karar vermiştir.

Yukarıdaki karardan da görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, talep edilen hizmetin zorunlu unsur oluşturup oluşturmadığını değerlendirirken, ilgili hizmetin bir teşebbüsün doğal tekelinde olup olmadığını incelemiş ve olması sebebiyle de, ilgili hizmetin zorunlu unsur oluşturduğuna karar vermiştir.

Yukarıda yer alan örneklerden de görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, vazgeçilmezlik veya zorunlu unsur incelemesi kapsamında, sözleşme talebine konu olan unsurun mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunup bulunmadığını birçok kıstas dahilinde incelemiştir. Bu kıstasların, yol gösterici olmaları bakımından, Kılavuz'da da belirtilmesi uygun olurdu. Böylece, bazı ürün veya hizmeti sunmaktan kaçınacak olan teşebbüsler, bu ürün veya hizmetin "ikamesinin" olup olmadığının nasıl değerlendirileceğini önceden saptayıp, davranışlarını ona göre ayarlayabilirlerdi.

### **2.2.2.3. Alt Pazardaki Etkin Rekabetin Ortadan Kalkmasının Muhtemel Olması**

Kılavuz'da, vazgeçilmezlik koşulunun (zorunlu unsurun) sağlanması halinde, ikinci koşul olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin alt pazarda hemen ya da zaman içinde rekabeti kısıtlayıp kısıtlamayacağını incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki pazar payı arttıkça, sözleşme yapmayı reddetmesi sebebiyle alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkma olasılığı da artmaktadır<sup>67</sup>. Ancak Kılavuz'da, alt pazardaki rekabetin ortadan kalkmasının değerlendirilmesinin hangi kıstaslar dahilinde yapılacağına dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu karar-

<sup>67</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılavuz'un 46. paragrafı.

larında belirlenmiş kıstaslar önem arz etmektedir. Bu kıstaslar ise, aşağıda özetlenmiştir:

- Kıstaslardan bir tanesi, üst pazardaki teşebbüsün niyetinin alt Pazardaki teşebbüsleri pazardan çıkarmak olup olmadığıdır<sup>68</sup>. Niyetin belirlenmesinde ise, üst pazardaki teşebbüsün alt pazarda faaliyeti olup olmadığı belirleyici bir unsurdur. Nitekim hâkim durumda bulunan üst pazardaki dikey olarak bütünleşmiş bir sağlayıcının, rekabete aykırı eylemleri nedeniyle alt pazardaki rakiplerinin pazardan çıkmasından yararlanabilecek olması sebebiyle, bu eylemlerinde rakiplerini pazardan çıkartma niyeti taşıyabilecektir. Bununla birlikte, hâkim durumda bulunan ve dikey olarak bütünleşmemiş bir sağlayıcının, alt pazardaki rekabeti bozma veya bir alıcıyı diğerine göre avantajlı konuma getirme niyetine sahip olması pek olası değildir.

- Kıstaslardan diğer ise, alt pazardaki rekabetin önemli ölçüde etkilenip etkilenmediğidir<sup>69</sup>. Bu kapsamda, alt pazarda rakiplerin azalması veya rakibin pazar dışına itilmesi yoluyla rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakılır. Bu kapsamda, mal verme zorunluluğu, özellikle, alt pazara girişte önemli engeller olması halinde daha da önem kazanmaktadır.

Rekabet Kurulu, bir kararında ise<sup>70</sup>, yukarıda belirtilen değerlendirmelerden farklı olarak, alt pazardaki (elektrik nakli pazarı) hâkimiyetin üst pazarda (elektrik üretim pazarı) kötüye kullanılması durumunu incelemiş ve alt pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün üst pazarda hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, Kılavuz'da belirtilenden farklı olarak, incelemesini sadece alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkma ihtimaliyle sınırlandırmamış, üst pazardaki etkin rekabetin ortadan kalma ihtimalini de incelemiştir. Bu hususun Kılavuz'da belirtilmesi uygun olurdu. Böylece, alt pazarda hâkim durumda bulunan bazı

<sup>68</sup> Niyet kıstasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.01.2008 tarihli ve 08-01/13-10 sayılı kararı ve Rekabet Kurulu'nun 09.09.2009 tarihli ve 09-41/988-250 sayılı kararı.

<sup>69</sup> Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarihli ve 11-43/942-306 sayılı kararı. Alt pazardaki rekabetin etkilenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 19.04.2004 tarihli ve 04-66/949-227 sayılı kararı.

<sup>70</sup> Rekabet Kurulu'nun 10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı kararı.

teşebbüslerin, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla hâkim durumlarını kötüye kullanma ihtimalleri baştan engellenmiş olurdu.

#### 2.2.2.4. Tüketicinin Zararına Yol Açmasının Muhtemel Olması

Her ne kadar rekabet hukukunun birincil amacı tüketicileri korumak olmasa da, aslında bu rekabet yasalarının gizli amaçlarından birisi ve belki de en önemlisidir<sup>71</sup>. Bu amaç, Kılavuz'da açıkça rekabet ihlalinin tespiti koşullarından biri olarak düzenlenmiştir. Ancak Kılavuz'da "tüketici zararı" için tam bir tanım verilmemiş olup, aşağıdaki örneğe yer verilmiştir:

*"Hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda rakiplerin yenilikçi ürün ya da hizmetleri piyasaya sürmesinin engellendiği ve/veya reddetme davranışıyla takip eden yeniliklerin önünün tıkandığı hallerde muhtemel tüketici zararından bahsedilebilmektedir."*

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde ise, Rekabet Kurulu'nun kararlarında tüketici zararını açıkça ve ayrıntılı olarak incelemeyeği görülmektedir<sup>72</sup>. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu, bazı kararlarında, tüketiciler için hangi unsurların önemli olduğunu kısaca belirtmiştir. Bu kararlara göre;

- Tüketicinin ürüne kolay ulaşabilmesi önemlidir. Bu hususa Rekabet Kurulu kararına verilen bir karşı oy gerekçesinde *"İlaç dağıtım sektörünün özellikleri dikkate alındığında bazı ilaçların bir dağıtıcı tarafından dağıtılmaması halinde hem eczanelerin ve hem de tüketicilerin zarar görebileceği aşikârdır."* ifadeleriyle işaret edilmiştir<sup>73</sup>.

- Rekabet Kurulu, bir kararında, *"Bununla birlikte eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat- kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konabileceği..."* ifadelerine yer vermiştir<sup>74</sup>. Rekabet Kurulu, "fiyat-kalite gibi unsurlar" ile ne kastettiğini açıklamamış olsa da, bu ifadenin düşük fiyat ve yüksek kalite şeklinde anlaşılması gerektiği düşünülür.

<sup>71</sup> Aslan, s. 8.

<sup>72</sup> Özkan, s. 23.

<sup>73</sup> Rekabet Kurulu'nun 26.11.2014 tarihli ve 14-46/845-385 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 16.09.2010 tarihli ve 10-59/1223-465 sayılı kararı.

<sup>74</sup> Rekabet Kurulu'nun 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı kararı.

- Rekabet Kurulu, başka bir kararında ise, “*Dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma türlerine özgü bir durum olan “dışlama” kavramı ise, “tüketicilere zarar verecek şekilde rakiplerin veya potansiyel rakiplerin rekabet imkânlarının kısıtlanmasını” ifade etmektedir.*” ifadelerine yer vermiştir<sup>75</sup>. Rekabet Kurulu, her ne kadar kararda “tüketicilere zarar verecek şekilde” ifadesinin ne anlama geldiğini açıklamamış olsa da, bu ifadenin, tüketicinin ürün seçme hakkının kısıtlanması, ürün fiyatlarının artması veya ürüne erişiminin zorlaşması şeklinde anlaşılması gerektiği düşünülür.

- Diğer bir kararında ise, Rekabet Kurulu, “*Yukarıda özetine yer verilen erişimin reddedilmesine yönelik şikâyetin Kanun’un 6. maddesinin tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması şeklindeki (e) bendi kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.*” ifadelerine yer vermiştir<sup>76</sup>. Kararda yer alan ifadelerden de anlaşıldığı üzere, üretim, pazarlama ve teknik gelişme tüketici için önemlidir.

Görüldüğü üzere, her ne kadar Rekabet Kurulu “tüketicinin zararı” kavramını ayrıntılı olarak incelememiş olsa da, Kılavuz’da yer alan örneğin (yenilikçi ürün veya hizmet) yanında birçok örnek (kalite, fiyat, üretim, pazarlama, vb.) daha saymıştır. Bu kapsamda, bu örneklerin de Kılavuz’da yer alması uygun olurdu.

Rekabet Kurulu, incelemesinin sonucunda, yukarıda yer verilen üç koşulun da yerine geldiği sonucuna ulaşırsa, bir rekabet ihlali olduğuna karar vermeden önce, hâkim durumunu sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanan teşebbüsün haklı bir gerekçesinin olup olmadığına bakacaktır.

### **2.3. Hâkim Durumunu Sözleşme Yapmayı Reddetmek Suretiyle Kötüye Kullanan Teşebbüsün Haklı Bir Gerekçesi Olmamalıdır**

Hakim durumdaki bir teşebbüs, yukarıda sayılan tüm koşullar gerçekleşse bile, makul, objektif ve haklı gerekçeleri varsa, sözleşme yapmayı reddedebilecek ve bu eylemi rekabete aykırı kabul edilmeyecektir.

<sup>75</sup> Rekabet Kurulu’nun 01.09.2015 tarihli ve 15-34/512-160 sayılı kararı.

<sup>76</sup> Rekabet Kurulu’nun 03.06.2009 tarihli ve 09-26/536-126 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu’nun 10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı kararı.

“Haklı gerekçe” kavramı aslen Rekabet Kurulu kararlarıyla Türk hukukunda kabul görmüş bir uygulamadır. 2014 yılında ise, bu kavrama Kılavuz’da “*Yukarıda sayılan üç koşulun birlikte varlığının yanı sıra Kurul, teşebbüsün ileri sürdüğü haklı gerekçe iddialarını da göz önünde bulunduracaktır.*” ifadeleriyle yer verilmiş ancak kavram tanımlanmamıştır<sup>77</sup>. Rekabet Kurulu ise, “haklı gerekçe”nin genel bir tanımını vermiş ve sınırlarını çizmiştir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu;

- Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün her zaman kendi menfaatlerini korumak için makul tedbirler alabileceğini, ancak bu tedbirlerin adil olması ve piyasaya girmek isteyen rakibin faaliyetlerini engelleyecek nitelikte olmaması, başka bir deyişle, orantılı olması gerektiğini; ve

- Bu çerçevede, sözleşme yapmayı reddetmeyi gerektiren gerekçelerin, bu tutumu objektif olarak haklı gösterebilir nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>78</sup>.

Rekabet Kurulu, orantılılık ilkesini ise, aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

- Sunulan gerekçelerin rekabeti gereğinden fazla bozmaması gerekir. Rekabet Kurulu tarafından kullanılan ifadeler şöyledir: “*Hâkim durumdaki teşebbüslerin kendilerini korumak için alacakları önlemlerin rekabeti gereğinden fazla bozmamak kaydıyla saklı olduğunu*”<sup>79</sup>.

- GSM operatörlerine ilişkin olarak verdiği bir kararda, Rekabet Kurulu, “*mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekmektedir.*” tespitinde bulunmuştur. Bu tespitten ardından ise, Turkcell’den uzun süreden beri kampanyalar çerçevesinde düzenli hat sağlayan Başarı Elektronik’in talebinde herhangi bir azalma olmadığını, mal arzının kesildiği dönemde oldukça yüksek bir talebin bulunduğunu değerlendirerek mal vermenin kesilmesi için haklı bir gerekçenin oluşmadığına karar vermiştir. Bu değerlendirme ile, Rekabet Kurulu’nun zımni bir orantılılık testinin bulunduğu ifade edilebilir<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Bu ifadeler Kılavuz’un 48. paragrafında yer almaktadır.

<sup>78</sup> Rekabet Kurulu’nun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı kararı.

<sup>79</sup> Rekabet Kurulu’nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı kararı.

<sup>80</sup> **Gündüz**, s. 59.

Haklı gerekçenin değerlendirmesinde ise, Rekabet Kurulu'nun bazı gerekçeleri doğrudan haksız gerekçe veya haklı gerekçe olarak değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulu;

- Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün müşterisinin (bayisinin), rakip bir şirketle veya potansiyel bir rakip ile ilişkiye girmesi halinde, hâkim durumda bulunan bir sağlayıcının, bütün tedarikini anında askıya almasının veya müşteriye (bayiye) karşı misillemede bulunmasının gerekçe olarak gösterilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>81</sup>.

- Bir sözleşme veya mahkeme kararından kaynaklanan borçların ödenmemesinin bazı yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde haklı gerekçe olarak kabul etmiştir<sup>82</sup>.

Rekabet Kurulu'nun, sunulan bazı gerekçeleri ise ayrıntılı olarak incelediği ve olayın özelliklerini dikkate alarak karar verdiği görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulu;

- Telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak olay özelinde sunulan teknik kıstasların haklı gerekçe teşkil etmediğine karar vermiştir<sup>83</sup>.

- İlaç dağıtım sektörüne ilişkin olarak yaptığı bir incelemede<sup>84</sup>, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ileri sürülen -Avrupa'daki satış politikası çerçevesinde az sayıda depo ile çalışma, nakit akışının hızlandırılması ve sahte küpür ile mücadele hedefleri kapsamında belirli bir ölçeğin altında depolarla çalışmamak- gibi çeşitli nesnel zorunluluk gerekçelerini maliyet etkinliği ile izah edilememeleri nedeniyle haklı gerekçe olarak kabul etmemiştir.

- Düzenlenen bir fuarda yüksek fiyat uygulanmasının, kira bedellerindeki maliyet artışlarına bağlı olduğunu ifade ederek, bunun haklı gerekçe oluşturabileceğini ifade etmiştir<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı kararı.

<sup>82</sup> Rekabet Kurulu'nun 20.11.2001 tarihli ve 01-56/554-130 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 30.09.2004 tarihli ve 04-63/911-220 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 16.01.2014 tarihli ve 14-02/46-21 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/116-51 sayılı kararı.

<sup>83</sup> Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı kararı.

<sup>84</sup> Rekabet Kurulu'nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı kararı.

<sup>85</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.09.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı kararı.

- İlgili olay bazında, ürün arzının kısıtlı olması ve buna karşılık talebin yüksek olması neticesinde ortaya çıkan arz açığını haklı gerekçe kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir<sup>86</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, genellikle, haklı gerekçe değerlendirmesini, teşebbüslerin konumu veya pazar yapısı gibi kriterleri dikkate alarak olaya özgü bir şekilde yapmaktadır. Rekabet Kurulu'nun bu davranışının doğru olduğu düşünülür, zira rekabete aykırı bir durum bu gerekçeler ile meşrulaştırılabilmektedir. Rekabet Kurulu'nun doğrudan haklı veya haksız olarak nitelendirdiği gerekçeler ise, zaten genel nitelik arz etmekte ve ayrıntılı bir inceleme gerektirmemektedir. Bu kapsamda, Kılavuz'a haklı gerekçe incelemesinin her olayın özellikleri dikkate alınarak yapılacağını ve bu kapsamda, pazar yapısı veya teşebbüslerin konumu gibi kıstasların dikkate alınacağını yazılması uygun olurdu.

## SONUÇ

Hâkim durumun mal vermeyi reddetme yoluyla kötüye kullanılmasının nasıl değerlendirileceği Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde şekillenmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu, sözleşme yapmayı reddetmenin bir hâkim durumun kötüye kullanılması hali olduğunu ve taraflar arasında bir "ekonomik bağımlılık" halinin söz konusu olması halinde de, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Rekabet Kurulu ayrıca, hangi sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinin "kötüye kullanma" olarak kabul edildiğini tespit etmiş ve zorunlu unsurun, alt pazardaki etkin rekabetin kısıtlanmasının ve tüketici zararlarının nasıl değerlendirileceğine ilişkin kıstaslar belirlemiştir.

Son olarak, Rekabet Kurulu, teşebbüsler tarafından sunulan haklı gerekçelerin ne olabileceğini ve nasıl değerlendirileceklerini de belirlemiştir.

Bununla birlikte, Kılavuz'da Rekabet Kurulu kararlarına atıf yapılmamış ve Rekabet Kurulu tarafından belirlenen kıstasların belirtilmemiş olması isabetli olmamıştır.

---

<sup>86</sup> Rekabet Kurulu'nun 20.11.2001 tarihli ve 01-56/554-130 sayılı kararı.

**KAYNAKÇA**

- Arıöz, Ali/Özbek, Özgür Can:** “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, *Rekabet Dergisi* 2010, 11(3), s. 11-49.
- Aslan, İ. Yılmaz:** *Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı*, Bursa 2007.
- Ateş, Derya:** “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 72, 2007, s. 75-93.
- Ayrancı, Hasan:** “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 229-252.
- Bernamm, George/Picard, Etienne:** *Introduction to French Law*, Wolters Kluwer, Hollanda 2008.
- Demiröz, Ali:** “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumundaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, s. 1-33.  
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Diğer+Etkinlik/alidemiroz.pdf> (erişim tarihi: 24.02.2017).
- Dutilh, Nauta:** *Dealing with Dominance - The Experience of National Competition Authorities*, Kluwer Law International, Hollanda 2004.
- Eğerci, Ahmet:** *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, *Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi* No. 12.
- Geradin, Damien/Layne-Farrar, Anne/Petit, Nicolas:** *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, İngiltere 2012.
- Gündüz, Recep:** *Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi* No. 113, Yayın No. 278, Ankara 2012.
- Küçükyağcı, Arzu:** “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, 2004, s. 101-124.
- Ölmez, Hakan Suat:** *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi* No: 33, Yayın No: 0119, Ankara 2003.

- Özkan**, Fatih Ahmet: “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kılavuzu’nun Kapsamlı Bir İncelemesi”, Rekabet Forumu Sayı 8, Haziran 2014, s. 10-41.
- Pace**, Lorenzo Federico: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102, Edward Elgar, İngiltere 2011.
- Tekdemir**, Yaşar: AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 2, Yayın No: 0084, Ankara 2003.
- Tekinalp**, Ünal (2000): “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Ankara, s. 73-97.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Serment/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ulaş**, Emine: Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumdaki Teşebbüsler, İstanbul 2007
- Whish**, Richard: Competition Law, 6. Bası, Oxford 2008.

