

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DENİZCİLİK İŞLETMELERİ YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
LOJİSTİK YÖNETİMİ PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DENİZ ULAŞTIRMASINDA REKABET HUKUKU SORUNLARI:
HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Selda ULUKAYA

Danışman

Yrd. Doç. Nurser GÖKDEMİR IŞIK

İzmir -2014

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

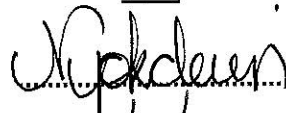
2011801307

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : SELDA ULUKAYA
Tez Başlığı : Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları: Hakim Durumunun
Kötüye Kullanılması

Savunma Tarihi : 12.01.2015

Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Nurser GÖKDEMİR IŞIK

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Yrd.Doç.Dr.Nurser GÖKDEMİR IŞIK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Durmuş Ali DEVECİ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Hakkı KIŞI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (✓)

Oy Çokluğu ()

SELDA ULUKAYA tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları: Hakim Durumunun Kötüye Kullanılması" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../.....

Selda ULUKAYA

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları:

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Selda ULUKAYA

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı

Lojistik Yönetimi Programı

Deniz taşımacılığının uluslararası ticaret ile güçlü bir ilişkisi vardır ve ulaştırmada en etkin ve ekonomik taşımacılık türü olmaya halen devam etmektedir. Günümüzde dünya ticaretinin yaklaşık %85'i deniz taşımacılığı ile sağlanmaktadır. Deniz taşımacılığında rekabetin çok şiddetli olması onu diğer büyük sektörlerden farklı kılmaktadır.

Bu çalışmada deniz taşımacılığında rekabet hukuku ve uygulamaları konuları Avrupa Birliği ve Türkiye ile ilişkili olarak incelenmiştir. Çalışma birçok disiplini içerisinde barındırmaktadır. İlk olarak deniz taşımacılığı türleri ve deniz taşımacılığının dağıtım kanalları bu çalışmada ayrıntı olarak araştırılmıştır.

Rekabet hukuku ile ilgili olarak, hâkim durumun tespiti, hâkim durumun kötüye kullanılması halleri ve zorunlu unsur doktrini incelenmiştir. Çalışmada bu konulara ilişkin, Avrupa Toplulukları Komisyonu ve Rekabet Kurulu'nun deniz ulaştırmasına ilişkin kararlarına yer verilmiştir.

Deniz ulaştırması, Türkiye’de halen gelişmekte olan bir sektördür. Bu durum rekabet hukuku açısından, birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada, deniz ulaştırmasında en çok görülen rekabet ihlallerinden biri olan hâkim durumun kötüye kullanılması, ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

ABSTRACT
Master's Thesis
Maritime Transportation Issues in Competition Law:
Abuse of Dominant Power In The Market
Selda Ulukaya

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Maritime Business Administration
Logistics Management Program

Maritime transport has a strong relationships with international trade and remains the most efficient and economical form of transport. Today, about %85 of world trade is provided by maritime transport. The very severe competition in maritime transport makes it different from other big sector .

This thesis deals with competition law and practice in maritime transport with specific reference EU and Turkey, and it incorporates many disciplines. Firstly, distribution channels and types of maritime transport have been examined in detail.

In terms of competition law, the determination of dominant power in the market, situations of the abuse of dominant power and the doctrine of essential facilities have been examined. Also EU Commission and Turkish Competition Authority's Board decisions relating to maritime transport have taken place in this study.

Maritime transport is still developing industry in Turkey. Therefore, this situation bring about many problems in terms of competition law . The abuse of dominant power, which is one of the most common violations of competition in maritime transport, has been examined in detail.

DENİZ ULAŞTIRMASINDA REKABET HUKUKU SORUNLARI:

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xviii
ŞEKİLLER LİSTESİ	xix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DENİZYOLU TAŞIMACILIĞI VE DAĞITIM KANALLARI

I. DENİZ TAŞIMACILIĞI	3
A. Genel Olarak	3
B. Deniz Taşımacılığının Unsurları	4
C. Deniz Taşımacılığı Türleri	5
1. Tarifersiz Deniz Taşımacılığı	5
2. Tarifeli Deniz Taşımacılığı ve Konteynerin Önemi	8

II. DENİZ TAŞIMACILIĞINDA DAĞITIM KANALLARI	13
A. Dağıtım Kanalı	13
1. Dağıtım Kanalı Üyelerinin Fonksiyonları	15
2. Dağıtım Kanalı Seçenekleri	16
3. Dağıtım Anlaşmaları ve Dikey Anlaşmalar	17
B. Deniz Taşımacılığının Dağıtım Kanalı Yapısı ve Dağıtım Kanalı Üyeleri	18
1. Donatan, Gemi İşletme Müteahhidi ve Donatma İştiraki	20
2. Deniz Taşımacılığında Müşteriler ve Kullanıcılar	22
3. Deniz Taşımacılığında Aracı Konumda Olan İşletmeler	23
a. Gemi Yönetim İşletmeleri	23
b. Broker	24
(1) Broker Tarihçesi ve Tanımı	24
(2) Brokerlerin Fonksiyonu ve Görevleri	25
(3) Broker Türleri	28
(4) Brokerlerin Ekonomideki Önemi	31
(5) Brokerlik ve Teknoloji	31
(6) Brokerin Tabi Olduğu Hükümler	32
c. Gemi Acentesi	33
(1) Gemi Acentesinin Tarihçesi ve Tanımı	33
(2) Gemi Acentesinin Fonksiyonları	34
(3) Gemi Acentesinin Türleri	35

(4) Gemi Acentesinin Görevleri	40
(5) Gemi Acentesinin Tabi Olduğu Hükümler	41
d. Taşıma İşleri Komisyoncusu (Forwarder İşletmeleri)	44
(1) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Tarihçesi ve Tanımı	44
(2) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Fonksiyonları	46
(3) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Görevleri	48
(4) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Akdetmiş Olduğu Sözleşmeler	49
(i) Gemi İşletmeleriyle Akdettiği Sözleşmeler	50
(ii) Yük İlgilileriyle Akdettiği Sözleşmeler	51

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU

I. REKABET KAVRAMI	55
A. Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları	56
B. Piyasalar ve Rekabet	58
1. Tam Rekabet Piyasası	59
2. Eksik Rekabet Piyasaları	60
II. REKABET HUKUKU VE GELİŞİMİ	62
A. Rekabet Politikası ve Rekabet Hukuku	62
B. Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi	66

1. Amerika Birleşik Devletlerinde Rekabet Hukuku’nun Tarihsel Gelişimi	66
2. Avrupa Birliğinde Rekabet Hukuku’nun Tarihsel Gelişimi	68
3. Türkiye’de Rekabet Hukuku’nun Tarihsel Gelişimi	70
a. Mevcut Ekonomik Durum	70
b. Yasal Düzenleme	71
III. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN	73
A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Amacı	74
B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Kapsamı	75
1. Kanunun Konu Bakımından Kapsamı	76
a. Teşebbüs	77
(1) Teşebbüsün Unsurları	78
(i) Ekonomik Faaliyet	78
(ii) Ekonomik Bağımsızlık	79
(iii) Devamlılık	80
(2) Kamu İşletmeleri ve Kamu Teşebbüsleri	81
(i) Cali ve Türkiye Denizcilik İşletmeleri Kararları	84
(3) Serbest Meslek Mensupları	88
(4) Bağımsız Tacir Yardımcıları	89
b. Teşebbüs Birlikleri	93
2. Kanunun Yer Bakımından Kapsamı ve Etki Doktrini	95
3. Kanunun Zaman Bakımından Kapsamı	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4054 SAYILI YASA KAPSAMINDA YASAKLANAN FAALİYETLER, İLGİLİ PAZAR KAVRAMI VE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. 4054 SAYILI YASA KAPSAMINDA YASAKLANAN FAALİYETLER	104
II. İLGİLİ PAZAR KAVRAMI VE İLGİLİ PAZARIN REKABET	
HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ	109
A. İlgili Pazar Kavramına İlişkin Yasal Düzenlemeler	111
B. İlgili Pazarın Tespiti	112
1. İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesi	114
2. İlgili Coğrafi Pazarın Belirlenmesi	117
3. İlgili Pazarın Zaman Boyutu	122
III. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN	
SINIRLANDIRILMASI	123
A. Rekabet Hukukunda Hâkim Durum Kavramı	124
1. Hâkim Durumun Belirlenmesi	126
2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler	127
a. Niceliksel Ölçütler	127
(1) İlgili Teşebbüsün Pazar Payı	127
(2) Rakiplerin Sayısı ve Pazar Payları	128

b. Niteliksel Ölçütler	129
(1) Pazara Giriş Engelleri	129
(2) Hukukun Koruduğu Temel Haklar	130
(3) Teknolojik Üstünlük	130
(4) Sermaye İhtiyacı	131
(5) Ölçek Ekonomileri, Fazla kapasite, Doğal Tekeller	132
(6) Dikey Entegrasyon	133
(7) İşletme Politikaları	134
(8) Alıcıların Gücü	135
3. Birlikte Hâkim Durum (Oligopol Pazarı)	136
a. Genel Olarak	136
b. Avrupa Birliği Hukukunda Birlikte Hâkimiyet Kavramı ve Konferanslar	138
B. Kötüye Kullanma	140
1. Genel Olarak	140
2. Kötüye Kullanma Kavramı	141
3. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri ve Avrupa Birliği Uygulamaları	145
a. Piyasaya Girişleri Engellemek ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırmak	145
(1) Yıkıcı Fiyat Uygulaması ve Cewal Kararı	147
(2) Fiyat Sıkıştırması Uygulaması	151

(3) İndirim Sistemleri	153
(4) Sözleşme Yapmayı Reddetme	156
(i) Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapmanın Reddi	157
(ii) Zorunlu Unsur Doktrini	161
(iii) Avrupa Topluluğu Hukukunda Şebeke Endüstriler ve Zorunlu Unsur Doktrini	162
(iv) Zorunlu Unsur Doktrinin Uygulanmasında Genel Kriterler	165
(v) Zorunlu unsur Doktrinde Pazar Tanımlaması	167
(vi) Avrupa Toplulukları Komisyonun Zorunlu Unsur Doktrinine Dayanan Liman İşletmeciliği ve Denizyolu Ulaştırmasına İlişkin Kararları	168
Holyhead I Kararı	
Holyhead II Kararı	
Port of Rodby Kararı	
Port of Roscoff Kararı	
(vii) Geniş ve Dar Anlamda Zorunlu Unsur Doktrini	174
b. Ayrımcı Uygulamalar ve Corsica Ferries Kararı	176
c. Ek Yükümlülükler Öngörmek ve Bağlama Uygulamaları	180
(1) Kanunun 4/. Maddesi Kapsamında Bağlama Uygulamaları	185

d. Bir Pazardaki Hâkim Durumun, Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması	187
e. Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın, Teknolojinin Kısıtlanması ve Port of Genoa Kararı	189
C. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Niyet Unsuru ve Cewal Kararı	192
D. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Haklı Gerekçe	194
1. Avrupa Birliği Hukukunda Haklı Gerekçe	194
2. Rekabet Kurulu Kararlarında Haklı Gerekçe	198

DÖRDÜCÜ BÖLÜM

DENİZ ULAŞTIRMASINDA REKABET HUKUKU SORUNLARI

I. DENİZ ULAŞTIRMASI VE REKABET	201
A. Tarifersiz Deniz Taşımacılığında Rekabet	202
1. Tarifersiz Deniz Taşımacılığında Havuz Anlaşmaları	203
2. Avrupa Birliğinde Havuz Anlaşmalarına İlişkin Yasal Düzenlemeler	205
B. Tarifeli Deniz Taşımacılığında Rekabet	208
1. Konferansların Ortaya Çıkışı ve Özellikleri	209
2. Konferansların Fonksiyonu	211
3. Konferansların Değişim Süreci	213

a. Konsorsiyum	216
b. Stratejik İttifak	217
4. Avrupa Birliği Hukukunda Konferanslara İlişkin Yasal Düzenlemeler	218
5. Avrupa Birliği Hukukunda Konsorsiyumlara İlişkin Yasal Düzenlemeler	221
II. LİMANLARDA REKABET	223
A. Genel Olarak	223
B. Limanların Doğal Tekel ve Zorunlu Unsur Özelliği	223
C. Limanlarda Özelleştirme	225
D. Avrupa Uygulamaları	227

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE DENİZ ULAŞTIRMASINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU SORUNLARI: HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK	228
A. Denizcilik Sektör Profili	228
B. Türkiye’de Liman Özelleştirmeleri ve Rekabet	229
II. REKABET KURULU KARARLARI	232
A. Rekabet Kurumunun Örgüt Yapısı	232
B. Rekabet Kurulu’nun Başvuruları İnceleme Süreci	233

C. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Çalışmanın Araştırma Yöntemi	238
D. Deniz Ulaştırmasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Rekabet Kurulu Karar İstatistikleri	238
E. Deniz Ulaştırmasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Rekabet Kurul Kararları	240
1. Yıkıcı Fiyat Uygulamak ve Fiyatlama Dışındaki Bazı Eylemler ile Rakibin Faaliyetlerini Zorlaştırarak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	240
a. Karar 1: U.N Ro-Ro Kararı	240
2. Limancılık Hizmetlerinde Sözleşme Yapmanın Reddedilmesi ve Liman Hizmetlerine Aşırı Fiyat Uygulanması ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	250
a. Karar 2: Antalya Limanı Kararı	250
b. Karar 3: Ambarlı Limanı Kararı	256
c. Karar 4: Eken Kararı	259
3. Liman Hizmetlerinde Ayrımcı Uygulamalar Yaparak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	263
a. Karar 5: Gemlik Limanı Kararı	263
4. Deniz Taşıma Hizmetlerinde Bağlama Anlaşmaları Yaparak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	
a. Karar 6: IBTL Uluslararası Taşımacılık A.Ş Kararı	267
b. Karar 7: Densay A.Ş Kararı	272

**5. Liman İşletmeciliğindeki Hâkim Durumun, Başka Bir Pazarda
Kötüye Kullanılması İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması 279**

a. Karar 8: Ege Port Kararı 279

F. Rekabet Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi 287

SONUÇ

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması
AT	Avrupa Toplulukları
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CLECAT	Avrupa Taşıma İşleri Organizatörleri, Nakliye, Lojistik ve Gümrük Hizmetleri Birliği
dn.	Dipnot
FIATA	Uluslararası Taşıma İşleri Organizatörleri Birliği
RK	Rekabet Kurumu
m.	Madde
ÖİB	Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
p.	Paragraf
s.	Sayfa No
ss.	Sayfadan Sayfaya
TCDD	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TDİ	Türkiye Denizcilik İşletmeleri
TTK	Türk Ticaret Kanunu

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Rekabet Kurumu Örgüt Şeması s. 232

Şekil 2: Rekabet Kurulunun Başvuruları İnceleme Süreci s. 237

GİRİŞ

Çalışmanın esasını, Rekabet Hukuku'nun denizcilik sektöründeki uygulamaları oluşturmaktadır. Tezin hazırlanma safhasında, Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, deniz ulaştırmasında en çok görülen ihlal türünün, hâkim durumun kötüye kullanılması olduğu tespit edilmiş ve tezin ana konusunu bu ihlal türü oluşturmuştur. Çalışmada bu ihlal türü, Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamaları paralelinde incelenmiş ve deniz ulaştırmasında hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine bire bir uyum gösteren Rekabet Kurulu kararlarına yer verilmiştir. Tez konusunun denizcilik, iktisat, işletme, hukuk gibi farklı disiplinleri içinde barındırması sebebiyle, çalışma ayrıntılı bir şekilde hazırlanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, deniz ulaştırmasının navlun piyasasında yer alan tarifeli deniz taşımacılığı ve tarifesiz deniz taşımacılığının kendin has yapısı ve dağıtım kanalları incelenmiştir. Deniz taşımacılığının dikey bütünleşik yapısı içinde yer alan ve rekabet hukuku açısından büyük önem taşıyan, dağıtım kanalı üyelerinin ortaya çıkışı, fonksiyonları ve Türk Hukuk sistemindeki yeri birinci bölümde ele alınan konular arasındadır.

İkinci bölümde ise, rekabetin ticari açıdan faydaları ve piyasa türleri araştırılmıştır. Rekabet hukukunun dünyadaki ve Türkiye'deki tarihi gelişimi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konu, yer ve zaman bakımından kapsamı, bu bölümde incelenen konular arasındadır. Ayrıca bu bölümde, deniz ulaştırmasında yer alan dağıtım kanalı üyelerinin, rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılıp sayılmadığı hususu araştırılmıştır.

Üçüncü bölümde, rekabet hukuku açısından, merkezi bir öneme sahip olan İlgili Pazar kavramı ve İlgili pazarın tespiti konuları araştırılmıştır. Rekabet ihlallerinden hâkim durumun kötüye kullanılması, Avrupa mevzuat ve uygulamaları ile paralel bir şekilde incelenmiştir. 4054 sayılı yasanın 6. maddesinde belirtilen kötüye kullanma türleri, Avrupa Birliğinin denizcilik sektörüne ilişkin kararları ile örneklendirilmeye çalışılmıştır.

Dördüncü bölümde, global ölçekte deniz ulaştırmasında yaşanan rekabet sorunları incelenmiştir. Bu bağlamda tarifesiz deniz taşımacılığında, havuz anlaşmalarının ve tarifeli deniz taşımacılığında ise konferans, konsorsiyum ve stratejik ittifakların rekabet üzerine etkileri ve bu alandaki Avrupa Birliğinin

mevzuat çalışmaları incelenmiştir. Limanların doğal tekel ve zorunlu unsur olmalarının rekabet üzerine etkileri ve liman özelleştirmeleri de bu bölümde araştırılan konular arasındadır.

Son bölümde ise Türkiye leğinde deniz ulaştırmasına ilişkin rekabet sorunları üzerine inceleme yapılmıştır. Rekabet Kurulu'nun denizcilik sektörüne ilişkin kararları taranarak istatistik verilere ulaşılmıştır. Rekabet Kurumunun rgt yapısı ve ihlal başvurularını inceleme süreçleri incelenmiştir. 4054 sayılı yasanın 6. maddesinde örnek kabilinden sayılan, kötüye kullanılması hallerine bire bir uyum gösteren, deniz ulaştırmasına ilişkin Kurul karar kararları araştırılmış ve çalışmanın son bölümünde bu kararlara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DENİZ TAŞIMACILIĞI VE DAĞITIM KANALLARI

I. DENİZ TAŞIMACILIĞI

A. Genel Olarak

Denizyolu taşımacılığı endüstrisinin ana bileşenleri, denizyolu yolcu taşımacılığı, denizyolu yük taşımacılığı ve liman işletmeciliği hizmetleridir. Bununla birlikte bu ana bileşenler, her biri farklı dinamiklere sahip olan çok sayıda alt piyasayı ve hizmet kolunu içinde barındırmaktadır. Denizyolu yolcu taşımacılığı endüstrisi, yurtiçi ve yurtdışı düzenli yolcu taşımacılığını kapsadığı gibi, daha ziyade turistik amaçlı bir taşıma türü olan kruvaziyer taşımacılığını da kapsamaktadır. Denizyolu navlun taşımacılığı ise kuru yük taşımacılığı, sıvı yük taşımacılığı, genel kargo taşımacılığı, ro-ro taşımacılığı ve konteyner taşımacılığından oluşmaktadır. Liman işletmeciliği de benzer şekilde, iskele hizmetleri (pilotaj, römorkaj, bağlama), yük elleçleme hizmetleri (yükleme/boşaltma, terminal hizmetleri, depolama), yük sahiplerine yönelik diğer hizmetler (gümrük işlemleri, izinler ve diğer bürokratik işlemler) ve yardımcı hizmetler (temizlik, bakım, güvenlik) şeklinde sınıflandırılan çeşitli faaliyetlerden oluşmaktadır. Bunların dışında, gemi acenteliği hizmetlerinin de denizyolu taşımacılığı kapsamında ele alınması gerekmektedir¹.

Günümüzde dünya ticaretinin yaklaşık %80 ile %85 arasındaki bir oranı deniz yolu ile taşınmaktadır. Bu oran ton çarpı deniz mili veya ton çarpı kilometre bazında, tüm ticaretin %90 ile %95'ne karşılık gelmektedir. Taşınan yükün değeri açısından bakılırsa da oranlar, %65 civarındadır. Denizyolu taşımacılığının taşıma maliyetleri açısından, demiryoluna göre %71, karayoluna göre %86 ve havayoluna göre %95 oranında daha düşük maliyetli bir endüstri olması, uluslararası ticarete denizyolu taşımacılığının tercih edilmesinde önemli bir etmendir. Denizyolu ile bir seferde büyük miktarlarda yükün güvenli ve konforlu bir şekilde taşınabiliyor olması da denizyolu taşımacılığının bir diğer avantajıdır. Bu nedenlerle, taşıma ortamlarının hızlı gelişimine rağmen, deniz taşımacılığı halen üstünlüğünü korumaktadır. Kısa

¹ Rekabet Raporu, Rekabet Kurumu, 2012, Ankara, s. 31.

mesafe taşımalarının önemli bir kısmı ile uzun mesafeli taşımaların ve kıtalararası ulaştırmanın neredeyse tamamı deniz yolu ile gerçekleşmektedir².

Deniz taşımacılığı önemli bir ekonomik değer ifade etmekle birlikte, dolaylı etkileri ile dünya ekonomisini yönlendirme gücüne sahiptir. Dolayısı ile dünya ekonomisini yönetenler, deniz taşımacılığının gelişimini etkileme çabası içindedirler. Modern denizyolu taşımacılığı, limandan-limana taşımacılık olarak adlandırılan klasik taşımacılık modundan; demiryolu, karayolu ve hatta havayolu ile entegre olmuş intermodal taşımacılık moduna geçiş sürecindedir³.

B. Deniz Taşımacılığının Unsurları

Deniz taşımacılığı hizmetinin karakterini belirleyen dört faktör mevcuttur. Bunlar; sefer sıklığı /frekans, güvenilirlik, maliyet ve hızdır:

Servisin sıklığı, çok kısa zaman aralıklarıyla küçük miktarlarda satılabilecek mallar olduğu zaman çok önemlidir. Taze meyve ve sebzeler için sürat ve frekans çok önemlidir.

Taşıtan ve taşıyıcılar için güvenilirlik temel faktördür. Çünkü teminat mektuplarındaki ve dış alım izin belgelerindeki son ödeme zamanları taraflar için çok önem taşır. Yükün bozulmadan ve zarara uğramadan taşınması yanında nakliyat şirketlerinin, limanlarda elde edebileceği kolaylıklar ve formalitelerin yerine getirilmesi için sağlayacağı olanaklarda önemlidir⁴.

Hizmetin maliyeti ise, iki nokta arasındaki taşıma için yapılan ödeme, taşımayı gerçekleştirebilmek için yapılan yatırımlarla ilgili giderleri kapsar.

Hız, malını zamanında piyasaya vermek isteyenler için önemlidir. Bu da en hızlı servisin seçilmesi ile mümkündür. Servisin hızı, iki nokta arasındaki transferi sağlamak için gerekli fiili zamanı kapsar. Servis ne kadar hızlı olursa taşınan malların transitte donma süresi o kadar azalır. Bütün bu faktörler deniz taşımacılığı

² Sadık Özlen Başer, Deniz Taşımacılığı Ekonomisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Beta Basım A.Ş., 1. Bası, İstanbul, 2013, (Deniz Taşımacılığı Ekonomisi), s. 61; Rekabet Raporu, 2012, s. 31.

³ T.C Başbakanlık ve Devlet Planlama Teşkilatı, 9. Kalkınma Planı, Denizyolu Ulaşımı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 2007, Ankara, s. 1; Başer, Deniz Taşımacılığı Ekonomisi, s. 61.

⁴ Alan E. Branch, Economics of Shipping Practice and Management, London,1988, ss. 118-120' den aktaran Ayşe Taş, Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, s. 42.

hizmet türünü tarifesiz ve tarifeli deniz taşımacılığı olarak adlandırılan ikili bir ayrıma tabi tutmuştur⁵.

C. Deniz Taşımacılığı Türleri

1. Tarifesiz Deniz Taşımacılığı

Gemi inşa tekniğinin geri ve kapitalizmin de henüz gelişmemiş bulunduğu devirlerde, gemiler küçük ve deniz aşırı ticaret yapan tacirlerin sayısı da sınırlıydı. Bir ya da birkaç tacirin malı gemiyi doldurmaya yetiyor ve gemiler de yük buldukça sefere çıkıyorlardı. Bu itibarla deniz ticareti hukukunda normal taşıma mukavelesi *çarter* (geminin tamamının ya da bir kısmının tutulması) mukavelesi ve geminin seferleri *de arızı seferler* idi⁶. Bu taşımacılık türü tramp taşımacılık, düzensiz hat taşımacılığı ve arızı taşımacılık olarak da adlandırılmaktadır.

Tarifesiz deniz taşımacılığı 1850'lerde dünya, buğday ve pamuk ticaretinin talep ettiği şekilde; i-)sabit rotalara bağlı kalmayan, ii-)daimi ve belirli varış şartlarına tabi olmadan, ölçülü zamanlara sıkı bir şekilde uydurulamayan, iii-)yükünü her uygun gördüğü yerde ve şartlarda boşaltıp yeniden yük almak serbestisine sahip bulunan, bir deniz yolu ulaştırma sistemi niteliğindeydi. Sonraları yavaş yavaş pahada hafif yükte ağır, alıcısı bol, diğer bütün mallar bu çeşit ulaştırmanın ideal müşterileri olmuştur.

Metaxas'ın tanımına göre tarifesiz deniz taşımacılığı, uzun dönemde sabit bir rotası olmayan, uzun mesafelere ana olarak dökme şeklinde kuru yük taşıyan ve bir ya da birden fazla limandan bir ya da birden fazla limana sefer yapan, 4.000 dwt tonaj ve üzerindeki gemilerle yapılan deniz taşımacılığını ifade eder⁷.

Tarifesiz deniz taşımacılığının konusunu oluşturan yükler genelde bir tam gemi yükü oluşturan yüklerdir ve dökme yükler olarak adlandırılırlar. Bu grup yükler sıvı ve kuru dökme yükler diye iki gruba ayrılır⁸. Dökme terimi ham petrol, tahıl, demir cevheri, kömür gibi homojen fiziksel özelliği ile dökme şeklinde

⁵ Taş, s. 42.

⁶ Tahir Çağa, Deniz Ticaret Hukuku 1, 10. bası, 1995, (Deniz I), s. 7.

⁷ Gül Denктаş Şakar, Kuru Dökme Yük Taşımacılığında Türk Deniz Ticaret Filosunun Rekabet Gücü Analizi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005, (Analiz), ss. 23- 24.

⁸ İsmail Bilge Çetin, Dökme Kuru Yük Gemilerinin Sefer Esasına Göre Kiralanması (Türkiye uygulaması), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997, s. 18.

elleçlenmesine ve taşınmasına izin veren malları anlatmak için kullanılır. Bu tanım ‘Deniz Ulaştırması Çalışması’nda yükleri sınıflandırmak için Birleşmiş Milletler tarafından kullanılmıştır. Dökme yükün başka bir tanımı ulaştırma ekonomisine odaklanmakta ve terim, maliyetleri azaltmak için, genelde gemiyle olmak üzere büyük miktarlarda taşınan yükleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu tanımda dondurulmuş et, soğutulmuş muz, motorlu araçlar, canlı hayvanlar ve tomruklar dökme yük olarak sınıflandırılırlar çünkü bunlar gemi ile taşınmaktadırlar. Bu yüklerin pek çoğu dökme gemilerde kolayca istiflenemediğinden, özel gemilerin inşa edilmesi gerekir. Her iki tanımda dökme yükün önemli bir yönünün altını çizmektedir. Birincisi yükün kendisinin fiziksel elleçleme özelliklerini vurgularken, ikincisi yüksek hacmin mümkün kıldığı, müşteriye özel taşıma operasyonlarına odaklanmaktadır⁹.

Bu taşıma modelinde gemi sahipleri hizmeti yükün olduğu yerlere kaydırma eğilimindedirler. Yani nerede yük varsa orada tarifesiz deniz taşımacılığı oluşmaktadır. Taşıyıcılar belirli limanlardaki yerel talebe göre, değişken rotalara sefer yapabilmekte ve değişik dökme yükler taşıyabilmektedirler. Bu taşımacılık türünde esas olan yükür, sefer sıklığı ve hız dünya tarifesiz deniz taşımacılığında önemli değildir¹⁰.

Tarifesiz deniz taşımacılığı yükte ihtisaslaşmayı gerçekleştirmiş bir hizmet şeklidir. Gemiler, kombine taşımalar dışında, pahalı tekne ve elleçleme donanımları gerektirmezler. Bu durum hizmet maliyetini düşürmede önemli bir etmendir. Teknolojinin gelişimine paralel olarak, tarifesiz deniz taşımacılığı yapan gemilerin giderek büyümesiyle birlikte, verimlilik artmakta ve birim taşıma maliyeti düşürölmektedir¹¹.

Tarifesiz deniz taşımacılığı hizmeti yapan işletmeler, dünya navlun hareketlerine bağılı bir ortam içinde çalıştıklarından dünya iş merkezlerini ve trendlerini yakından izlemelidirler. Bu alanda çalışan işletmeler, dünyanın belli başlı

⁹ Didem Özer, Türkiye’de Deniz Ulaştırma Politikaları, Oluşturma Süreci ve Stratejik Analizler, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2010, ss. 33-34.

¹⁰Levent Kutoğlu, Düzenli Hat Taşımacılığında Regölasyon ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2007, s. 8; Alan E, Branch, The Elements of Shipping, London, 1982, s. 118’den aktaran Ayşe Taş, Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, s. 46.

¹¹ Enis Kayserilioğlu, Deniz Taşımacılığı Sektör Profili, İstanbul Ticaret Odası Etüt ve Araştırma Şubesi, Eylül 2004, s. 11.

ticaret merkezlerindeki brokerleri ya da acenteleri ile sürekli haberleşme yaparak yük bağlantısına girerler. Brokerler ve gemi acenteleri geminin yükle buluşmasını temin ederken dünya navlun hareketlerini çok iyi takip etmeli ekonomik, politik, sosyal, doğal değişim ve gelişimlerden haberdar olmalı ve işletmelere anında haber vermelidirler.

Tarifesiz deniz taşımacılığı yapan gemilerin uğrak limanları dünyanın herhangi bir limanını içine alabilir. Bu yüzden tarifesiz deniz taşımacılığı hizmeti yapan işletmeler, her limanda acente tutmak yerine New York, Tokyo, Oslo gibi belli başlı deniz ticaret merkezlerindeki broker ya da acentelerle ilişki kurarak onların diğer limanlardaki şube ya da acentelerinden yararlanırlar¹². Bu bölgelerin merkezi bölgeler olmasının başlıca nedeni, endüstriyi ayakta tutan ve enerji hammaddesi olan petrolün en çok gereksinim duyulduğu bölgeler olmasıdır. Ayrıca bir zamanlar tanker piyasasının en büyük taşıtanları olarak kabul edilen petrol firmalarının bu bölgede yerleşik olmalarıdır¹³.

Tarifesiz deniz taşımacılığı, rekabet açısından tam rekabet piyasası ile uyum göstermektedir. Bu piyasa yapısından dolayı navlun düzeyi sürekli değişiklik gösterir. Navlun düzeylerindeki bu değişiklik hem çok hızlı hem de oldukça şiddetlidir. Bu nedenle bu taşıma türünde çalışan donatanlar, piyasadaki bir durgunluk döneminden, tarifeli deniz taşımacılığı yapan donatana nazaran, daha çabuk etkilenirler¹⁴. Bu sebeple kendi bünyelerine uygun bir takım kararlar almak durumundadırlar. Örneğin navlun piyasası maliyetlerin altına düştüğünde, gemi mürettebatının sözleşmelerini feshederek uygun piyasa koşulları oluşuncaya kadar gemilerini hizmetten çekmektedirler (Laid-up). Böylece kötü piyasa koşullarında çalışarak büyük zararlara neden olacak sefer bağlantılarından kendilerini uzaklaştırmaktadırlar¹⁵.

Navlun bazının, tarifeli deniz taşımacılığı navlunlarına oranla düşük olması, donatanları gemilerini az sayıda limana uğratmaya ve tam kapasite ile sefere

¹² Dr.Sinan Çakır, Deniz İşletmeciliği Ders Notları, 2011.

<http://www.slideshare.net/YunusCengiz/deniz-iletmecili> (5.7.2013)

¹³ Çetin, s. 97.

¹⁴ Ihre Ralf Gorton, Shipbroking and Chartering Practice, London, LLOYD's of London Press Ltd.1984, s. 75'den aktaran, Ayşe Taş Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, s. 46.

¹⁵ Işıl Mendeş Pekdemir, Denizyolu Yük taşımacılığı, Yönetim ve Organizasyon, İstanbul, 1991, s. 57'den aktaran, Taş, s. 47.

çevirmeye zorlar. Çünkü her liman bir gider kapısıdır, onun için bu taşımacılık türü yükün yakından takip edilmesini gerektirir¹⁶.

Tarifesiz deniz taşımacılığı, tarifeli deniz taşımacılığının tersine tüm yüklemeyi amaçlar. Bu ise en ucuz taşımanın genellikle, geminin aynı tür yükle ve tüm sığasıyla yüklenmesi durumunda yapılabileceği ilkesinde yatmaktadır. Bu sebeple bu taşımacılık türünde gemiler, genellikle tek bir müşteri veya bir müşteri grubunun yüklerini taşımak için, sefer bazında veya belirli bir süre için kiralanmaktadır¹⁷.

Çarter, taşıtanın ihtiyaç ve arzusuna göre yapılan ferdi bir sözleşmedir. Bu sözleşmede taşıyanın taşıma taahhüdünü belirleyen, ferdileştiren husus taşınacak maldan ziyade nakil vasıtası, sözleşmede belirtilen gemidir. Çarterde taşıyanın karşısında tek ve nadiren birkaç taşıtan bulunmaktadır¹⁸.

Gemi kiralama faaliyetleri üç temel kiralama yöntemiyle yapılmaktadır. Bunlar; Çıplak gemi kiralama, zaman esasına dayalı gemi kiralama ve sefer esasına dayalı gemi kiralama yöntemleridir. İlk iki kiralama yönteminde kiracı, gemiyi belirli bir kira bedeli ödeyerek sözleşmede belirlenen süre içerisinde kendi işletme kontrollerine alırken, sefer esasına dayanan kiralamada ise, kiracı navlun diye adlandırılan bir taşıma bedeli ödeyerek yükünü bir limandan başka bir limana taşıtırmak amacıyla bir gemiyi bir seferliğine kiralamaktadır. Yapılan bütün seferlik gemi kiralama işlemlerinde temelde aynı prensipler uygulanmakla birlikte, taşınan yüklerin farklı karakterlere sahip olması, kiralama işleminde farklı yükler için farklı kiralama yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmektedir¹⁹.

2. Tarifeli Deniz Taşımacılığı ve Konteynerin Önemi

Zamanla tekniğin gelişmesiyle gemilerin hacmi büyümüş ve kapitalizm ve endüstrinin gelişmesi neticesinde fabrikalarda seri imalata başlanmış ve deniz aşırı ticaret yapanların sayısı geniş ölçüde artmıştır. 19 yüzyıldan bu tarafa sahneye ufak mal partileriyle denizaşırı ticaret yapan çok sayıda daha küçük sermayeli tacirler (özellikle komisyoncular) çıktığı gibi, parti malların taşınması için gemilerin küçük

¹⁶ Taş, s. 46.

¹⁷ Kayserilioğlu, s. 10; İsmail Bilge Çetin, ss. 85

¹⁸ Tahir Çağa, Deniz Ticaret Hukuku II, 5. Bası, 1995, (Deniz II), s. 6-7.

¹⁹ İsmail Bilge Çetin, ss. 85-86.

bir kısmi yeterli hale gelmiştir. Bu durumda donatanlar ve spekülâtif maksatlarla bir geminin tamamını tutan gemi simsarları, gemileri zaman zaman önceden gazetelerde ve borsada ilan etmek suretiyle, mamul malları küçük partiler halinde en çok hangi limanlara gönderilmek isteniyorsa oralara yollamaya başlamışlar ve bundan sonraları tarifeli seferler meydana gelmiştir²⁰.

Küçük partiler halinde parça mal nakli usulü başlayınca devamlı müşteri bulabilmek için gemi seferlerini muntazam bir hale sokmak, hareket ve belirli limanlara varma saatleri tespit etmek zaruri bir hal almıştır. Bütün dünyada fabrikalar seri imalat yapmakta olduklarından deniz ticaretinde de muntazam posta seferleri, arızı seferlere nazaran üstün bir mevki almıştır. Burada esasen hacmi büyümüş olan gemiye artık birkaç tacirin malı değil, yüzlerce tacirin ufak partiler halinde malı yüklenmekte ve böylece bir seferde çok sayıda navlun sözleşmesi yapılmaktadır. Parça mal nakliyatına ait ve **Kırkambar mukavelesi** adını verdiğimiz bu sözleşme modern deniz taşımalarının tip mukavelesi haline gelmiştir. Kırkambar sözleşmesi çok sayıda taşıtanın bulunduğu ve taşıtanın arzularına hemen hemen yer bırakmayan kitlevi bir sözleşmedir²¹. Bu taşıma türü niteliği gereği liner veya layner taşımacılık, düzenli hat taşımacılığı veya muntazam taşımacılık olarak da adlandırılmaktadır.

Tarifeli deniz taşımacılığı önceden belirlenmiş ve duyurulmuş sefer programlarına bağlı kalınarak, belirli limanlar arasında, belirli sayıdaki gemi ile genel yük ve konteynerler için düzenli hizmetlerin tedarikidir. Bu taşıma türünde zamanlama esas alındığı için hangi limanlara ne zaman uğranacağı sefer programlarında belirtilir. Tarifeli deniz taşımacılığında hız ve sefer sıklığı ön plandadır. Yük sahiplerinin mallarını piyasaya zamanında ulaştırabilmesi ve malların bozulmadan eriştirilebilmesi için maksimum hızda bir gemiye ihtiyacı vardır. Bu yönleriyle tarifeli deniz taşımacılığı, en hızlı transiti sağlayan konteyner servisinin gelişmesine hızlı bir şekilde katkı sağlamıştır²².

Tarifeli deniz taşımacılığı genellikle ambalajlanmış olan yükler için uygun olmaktadır. Karışık yük ya da kırkambar olarak adlandırılan bu yükler, dökme yüklere oranla hacimleri daha düşük olmasına rağmen daha yüksek değere sahiptir. Bu taşıma türü sayesinde birçok farklı nakliyeciyi küçük miktarlardaki mallarını sevk

²⁰ Çağa, Deniz II, ss. 6-7; Çağa, Deniz I, s. 7.

²¹ Çağa, Deniz II, ss. 6-7; Çağa, Deniz I, s. 7.

²² Denктаş Şakar, Analiz, s. 22.

edebilme imkânı bulabilmiştir²³. Bu taşıma türünde çaşılan gemilerin, doluluk oranının ne derecede olduğu önemli olmaksızın, düzenli aralıklarda bulunabilir olması gerekmektedir. Gemiler dolu, yarı dolu ya da hiçbir yük olmaksızın önceden belirlenen programa göre belirli bir zamanda hareket etmelidirler. Bu tür sefer programı hizmetleri genel olarak doluluk oranı problemleri yaratmaktadırlar²⁴.

Tarifeli deniz taşımacılığında onlarca taşıtanın mevcut olması navlun fiyatlarının belirlenmesinde daha çok taşıyanların söz sahibi olması sonucunu beraberinde getirmiştir. Taşıyanlar piyasanın genel durumuna göre ve taşıtanların taleplerini dikkate alarak tarife fiyatlarını oluşturmaktadırlar. Tarifersiz deniz taşımacılığının aksine burada navlun fiyatları daha dengeli bir durum sergiler²⁵.

Tarifeli deniz taşımacılığının ilk dönemlerinde, bir geminin tamamını veya ambarını doldurmaya yeterli olmayan büyüklükteki yüklerin birimleri çuval, palet, varil gibi çeşitli şekillerde ifade edilirken son 25-30 yılda yüklerin tek birim halinde taşınması söz konusudur. Günümüz modern tarifeli deniz taşımacılığında, taşıma üniteleri ambalajdan çok konteyner, çekeme (swap body), palet, barça, vagon ve treylere dönüşmüştür²⁶.

Tarifeli deniz taşımacılığının konteynerleşmesi yaklaşık yirmi yıl almıştır. Bu süre zarfında ana tarifeli hat rotalarının hemen hemen hepsi ve tali rotalarında büyük bir kısmı konteynerleşmiştir. Birimleştirme liman süresini azaltma temel hedefinde oldukça başarılı olmuştur, diğer taraftan sefer süreleri azalmış ve taşıma maliyetleri düşmüştür. Bunların dışında konteynerleşmenin sektöre etkilerini şu şekilde özetleyebiliriz²⁷;

²³ J.O. Jansson and D.Shneerson, *Liner Shipping Economics*, Chapman and Hal. London, 1988, s.16'dan aktaran Denктаş Şakar, *Analiz*, s. 22.

²⁴ James McConville, *Economics of Maritime Transport, Theory and Practice*, Witherby, London, 1999, s. 325'den aktaran, Denктаş Şakar, *Analiz*, s. 22.

²⁵ Alan E. Branch, *Economics of Shipping Practice and Management*, Chapman and Hall, London New York, 1982, s.87'den aktaran, Denктаş Şakar, *Analiz*, s. 22.

²⁶ Murat Yıldız, *Layner Ulaştırma Sistemlerinde Optimum Filo Planlaması Modeli*, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Deniz Ulaştırma İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı, Doktora Tezi (yayınlanmış), 2008, s. 9.

²⁷ Konteyner taşımaları yük miktarı TEU ve FEU denilen birimlerle ifade edilmektedir. TEU ve FEU navlun ücretlendirmesinde esas alınan navlun/kapasite birimidir. Bunlardan TEU 'twenty foot equivalent unit' sözcüklerinin baş harflerinden türetilmiş bir taşıma birimiyken FEU, aynı şekilde, 'forty foot equivalent unit' kelimelerinin baş harflerinden türetilmiş bir taşıma birimidir. Anlamları ise sırasıyla uzunluğu 20 feet ve 40 feet olan bir konteyner demektir. (Yıldız. s. 9)

-Birinci ve en önemli etkisi, tarifeli deniz taşımacılığı yapan işletmelere kapıdan kapıya hizmet sunma imkânı sağlamasıdır. Daha önce bu taşıma türünde hizmet veren işletmelerin sorumluluklarının, geminin küpeştesinde başlayıp bittiği düşünülüyordu, birimleştirmeyi takip eden yoğun rekabet ortamında, çıkış noktasından varış noktasına kadar tam hizmet sunma ürünün önemli bir parçası haline gelmiş ve bu durum rekabet ortamını ve fiyatlandırma yaklaşımını değiştirmiştir.

Diğer taraftan konteyner kullanımı ile birlikte, limanlar taşımanın başlangıç veya bitiş noktası olmaktan çıkıp, denizyolu taşımacılığı ile diğer taşıma modları arasında bir geçiş noktası haline gelmiştir. Denizyolu taşımacılığının diğer taşıma modları ile entegre olmasının bir sonucu olarak, limanların hinterlandı genişlemiş ve limanlar arası rekabet bu durumdan olumlu etkilenmiştir. Limanların rekabet gücünde liman fiyatları ve performansı kadar, limanın bağlı olduğu kara ve demiryolu şebekesinin fiyatları ve performansı da etkili olmaya başlamıştır.

-İkincisi, ticaret daha az işletmenin altında bütünleşmiştir. Yüzlerce tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti veren işletme yok olmuş ve tarifeli deniz taşımacılığı denizciliğin en yoğunlaştırılmış sektörü haline gelmiştir. Küresel tedarik zincirlerinin ortaya çıkması, limancılık sektöründe yatay ve dikey bütünleşmeleri teşvik etmiş ve böylece liman işletmeciliği piyasasında yoğunlaşma artmıştır²⁸.

-Üçüncüsü, bu taşımacılık türünde, yükü elleçleyen yoğun ve hareketli limanlar yok olmuş, onların yerini daha az personel ile daha az sayıda gemiye hizmet veren konteyner terminalleri almıştır. Konteyner taşımacılığında büyük ölçekli gemilerin kullanılmaya başlanması, limanlarda yeni yatırımların yapılmasını zorunlu kılmıştır. Yüklerin konteyner gibi standart bir taşıma birimi içerisinde taşınmasıyla birlikte, limanlar açısından elleçleme maliyetleri düşmüş, konteyner elleçleme altyapısına sahip limanların birbirini ikame etme gücü artmıştır.

-Dördüncüsü, gemiler ve gemi mülkiyeti daha önemsiz kalmıştır, çünkü artık tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti veren işletmelerin temel işleri ulaştırma üzerine olmuştur.

²⁸ Özer, ss. 36- 37; Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, ss. 33-34.

-Beşincisi, konteynerleşmiş yükleri taşıyan tarifesiz gemi piyasası ortadan kalkmış, tarifesiz yük gemisi işleticileri dökme gemi ya da tanker piyasalarına dönmüşlerdir.

-Altıncısı, derin tanklarda, daha alçak yük ambarlarında ve gemilerinin Ro-Ro güvertelerinde taşınan küçük dökme yükler artık, ‘conbulker’, parsiyel yük tankeri, motorlu araçlara özel gemiler veya koster tipi küçük dökme yük gemisi olarak bilinen, özel gemilere verilmeye başlanmıştır²⁹.

Teknolojik gelişmelerin sonucunda modern tarifeli deniz taşımacılığı ve bu yönde kombine taşımacılık, yaygın olarak yüklerin birimleştirilmesi ve elleçlenmesinin mekanizasyonu işlemlerini birlikte gerektiren taşımacılık biçimidir³⁰.

Tarifeli deniz taşımacılığı, gemilerin ‘yükten’ önce ‘hizmeti’ esas tutmasından dolayı pahalı bir taşımacılık türüdür. Hizmeti kurtarmayacak bir yük için bile belli limanlara düzenli bir şekilde uğramak gereği, işletmeleri yüksek navlun talebine iter, bundan dolayı hizmetin maliyeti artar. Bunu hazırlayan öğelerin başında liman süresinin, sefer içindeki oranının yüksekliği gelmektedir. Buna göre tarifeli deniz taşımacılığında çalışan gemiler, zamanlarının ancak %20-35’inde temel işlevleri olan taşıma hizmetini yapmaktadırlar. Bu taşıma türünde hizmet veren işletmeler gemilerini limanda az tutmaya yönelmek zorundadırlar. Çünkü limanda geçen her gün taşıma yapılmaksızın ödenen para demektir, ayrıca liman süresi yükseldikçe sefer maliyetleri de artmaktadır. Bu nedenle tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti veren işletmeler, yükleme boşaltma kapasiteleri yüksek limanlarda çalışmayı tercih etmektedirler. Ayrıca bu taşımacılık türü, belirli bir organizasyon ve işletme sistemi gerektirdiğinden maliyetli bir deniz taşımacılığı şeklidir. Pazarlama örgütleri kurmak, uğranacak limanlar arasında acente ağı kurmak, yönetim kadrosu oluşturmak da diğer maliyet kalemlerini teşkil etmektedir. Ancak organizasyonlar iyi düşünüldüğü, limanlar iyi seçildiği, gemilerin limanlarda asgari sürede tutabilmenin yolları bulunduğu sürece karlıdır³¹.

Yük sahipleri ise diledikleri zaman, en kısa sürede mallarını piyasaya ulaştıracakları ve ayrıca taşıyan aramak durumunda kalmayacakları için pahalılığa

²⁹ Özer, ss. 36- 37; Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, ss. 33- 34.

³⁰ Yıldız, s. 9.

³¹ Taş, s. 43; Yıldız, s. 26; Çakır, Ders Notları.

rağmen tarifeli deniz taşımacılığını tercih etmektedir³². Ayrıca üretici bu taşıma türünü tercih ettiği takdirde, önceden belirlenmiş fiyat politikası sayesinde, hem karını hem de nakit akışını hesap edebilmekte ve güvenli bir şekilde teslimat anlaşmaları da yapabilmektedir.

Tarifeli deniz taşımacılığında hizmet kartelleşme biçiminde yürütülmektedir, navlun konferansları adını alan bu organizasyonlar dünyada ilk uluslararası kartelciliği de oluşturmuşlardır. Bununla birlikte konferansların ters tutumları yüzünden bağımsız taşıyanlarda taşıma bölgesine yerleşmeye çalışmaktadırlar³³. Küresel ticaret ağında önemli bir rol oynayan tarifeli deniz taşımacılığı hizmetleri, hemen hemen tüm yükler için, neredeyse tüm varış noktalarına öngörülebilir bir maliyetle hızlı, sık ve güvenilir ulaştırma sağlar. Birim yük taşıyan gemiler (konteynerler, ro-ro gemileri, mavnalar) sanayileşmiş ülkeler arasındaki tüm ticaret rotaları arasında hâkim bir rol oynamaktadır³⁴.

Tarifeli deniz taşımacılığı, dış ticaretini geliştirmek, pazarlarını çeşitlendirmek isteyen ekonomilerin tercih ettiği bir taşıma türüdür. Gelişmekte olan ülkelerle, gelişmiş ekonomiler arasındaki ticari bağın yükünü, tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti veren gemiler çekmektedir. Bu sebeple bu dalda denizci ülkeler arasındaki menfaat kavgası devamlı süregelmektedir³⁵.

II. DENİZ TAŞIMACILIĞINDA DAĞITIM KANALLARI

A. Dağıtım Kanalı

Günümüzde üretilen ürünlerin çok az bir kısmı üretim yerinde tüketilir ve yine çok küçük bir bölümü de doğrudan üreticiden satın alınır. Öte yandan ürünlerin büyük bir kısmı ise, değişik türdeki pazarlama aracıları tarafından istenilen yer ve zamanda tüketicilere ve örgütlere ulaştırılır. Bu nedenle üretilen ürünlerin değişik yerlerdeki tüketici ve örgütlere zamanında dağıtımı ya da aktarılması pazarlama karmasını³⁶ oluşturan önemli değişkenlerden birisidir³⁷.

³² Taş, s. 43.

³³ Yıldız, s. 26.

³⁴ Özer, s. 35.

³⁵ Taş, s. 43.

³⁶ Pazarlama, örgütsel amaçlara ulaşmak için ihtiyaçları tatmin eden ürünlerin tasarımı, fiyatlandırılmasını, satış çabalarını ve dağıtımını hedefleyen ya da bu işlevleri üstlenen tüm işletme faaliyetleri sistemidir. Pazarlamadaki temel kavramlardan biri 4P olarak da bilinen pazarlama

Ürünlerin kendiliğinden üreticilerden tüketicilere doğru hareket etmesi düşünülemez. Bu hareket eylemini, üretici ile tüketici arasında köprü görevi yapan çeşitli kişiler ya da örgütler değişik eylemleri üstlenerek gerçekleştirirler. Öte yandan hizmetlerin ve düşüncelerin pazarlanmasında bir hareket söz konusu olmasa da; yine bazı kişiler ve örgütler çeşitli eylemlerle bunları tüketicilere sunar ya da pazarlarlar. Genel olarak bakıldığında şube, acente, komisyoncu, tellal, toptancı, tek satıcı, perakendeci gibi araçların bu sistemin farklı nitelikteki parçalarını oluşturduğu görülür³⁸.

Amerikan Pazarlama Birliğinin tanımına göre dağıtım kanalı; *‘mal ve hizmetlerin pazarlamasında işletme içi örgütsel birimler ile işletme dışı acenteler ve dağıtıcılar ile toptancılar ve perakendeci kurumlardan oluşur’*. Bu tanım aynı zamanda halkın bildiği dağıtım kanalı kavramına en yakın dağıtım kanalı kavramıdır. Aynı tanıma yakın bir tanıma da Tek yapmıştır. Dağıtım kanalı; *‘ürün ve hizmetlerin pazarlamasını sağlamak amacıyla işletme içi birimler ile işletme dışı acenteler, toptancılar, perakendeciler vb. gibi aracı veya aracısız kuruluşların oluşturdukları bir örgüt veya yapıdır’*³⁹.

Dağıtım kanalı içinde sadece kişi ve pazarlama işletmelerinden oluşan araçlar yer almaz. Zira bazı durumlarda üretici de kendi işletmesi içindeki dağıtım birimleriyle ürünlerin hareketini sağlayabilir. Bu nedenle bir dağıtım kanalını, içinde başta araçlar olmak üzere üretici ve tüketicilerden oluşan bir sistem olarak ele almak daha uygun olacaktır⁴⁰.

Bir dağıtım kanalı kullanmanın faydalarını şu şekilde sıralayabiliriz;

1-)Doğrudan pazarlamanın gerektirdiği finansman harcamaları azalır. Artan harcamaların üretime yönlendirilmesi şüphesiz verimliliğe katkı sağlayacaktır.

karmasıdır. Ürün, fiyat, dağıtım ve tutundurma olarak bildiğimiz pazarlama karmasında ki bu unsurlar birbiriyle ilişkilidir ve belirli bir dereceye kadar birbirlerine bağımlıdır. Bu unsurların dikkatli bir biçimde yönetimi mal ve hizmetlerin başarıyla pazarlanması için gerekli görülmektedir. Geleneksel pazarlama karmasının hizmet sektörü için yetersiz, bazen de uygun olmaması sebebiyle bu karmaya insan, fiziksel kanıt ve süreç unsurları eklenerek karma genişletilmiştir. (Sevgi Ayşe Öztürk, Hizmet Pazarlaması, 11. Bası, Ekin Yayınevi, 2011, ss. 24-25, Muammer Doğan, İşletme Ekonomisi ve Yönetimi, 6. Baskı, Nobel Yayın, Ankara, 2010, s. 310.)

³⁷ Muammer Doğan, İşletme Ekonomisi ve Yönetimi, 6. Baskı, Nobel Yayın, Ankara, 2010, s. 348.

³⁸ Doğan, s. 349; Metin Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, 1.Baskı, Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti. , Ankara, 2006, (Acentelik), s. 5.

³⁹ Ahmet Hüsrev Eroğlu, İşletmelerin Dağıtım Kanallı Seçimini Etkileyen Faktörler ve Endüstri İşletmelerinde Bir Uygulama, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002, ss.15-16.

⁴⁰ Doğan, s. 349.

Ancak perakende ticaretteki kar oranı yüksek ise sonuç değişebilir.

2-)Üreticilerin asıl işlerine yoğunlaşmaları sağlanmış olur. Bu doğrultuda dağıtıcı kullanımı, kurulacak ilişki sayısını azaltacaktır.

3-)Dağıtıcılar hedef pazarlara ulaşma imkânı bakımından uygun bir vasıtaadır. Zira dağıtıcıların, bulundukları ülke veya bölgenin hukuki, ticari ve sosyal özellikleri açısından uzman, müşteri veya son kullanıcılarla kurulacak ilişki vb. yönlerden tecrübeli oldukları düşünülür.

4-)Dağıtıcı, üretici ile alıcı arasındaki mesafeyi kapatır⁴¹.

1. Dağıtım Kanalı Üyelerinin Fonksiyonları

Dağıtım kanalı üyelerinin ve dolayısıyla dağıtım kanallarının üstlendikleri işlevler, aşağıdaki gibi sıralanabilir. Bu fonksiyonların bazıları pazarlama işlemlerini tamamlamaya, bazıları ise tamamlanmış işlemlerle ilgili çeşitli yan faaliyetleri yerine getirmeye yöneliktir⁴².

Değişim Eylemi; Dağıtım kanalında yer alan aracılar, her şeyden önce mal ve hizmetlerin hem üreticiden tüketiciye hem de kendi aralarında değişimini sağlayarak zaman, yer ve mülkiyet faydaları yaratırlar. Ayrıca aracılar yoluyla yapılan değişim, çoğu durumlarda ürünlerin müşteriye ulaştırılması maliyetini azaltır.

Eşleştirme (Karşılaştırma); Üretici ile tüketicinin doğrudan karşılaşmasının ya da yüz yüze gelmesinin çok zor olduğu günümüzde aracılar, tüketici istek ve ihtiyaçlarını üreticilere aktararak bunların neyi üretmelerinin uygun olacağına; tüketicilerinde ihtiyaçlarını karşılayacak ürünlere sahip olmalarına yardımcı olurlar. Diğer bir değişle arz ve talep arasında dengenin kurulmasına katkıda bulunurlar.

Müşteriye Destek Hizmetleri Sağlama; Dağıtım kanalı üyeleri, müşteriye malın kullanımına ve kullanım sırasında ortaya çıkan sorunların çözümü için destek hizmeti ya da servis sağlanmasını kolaylaştırır.

Bilgi Toplama; Dağıtım kanalı üyeleri, pazar koşulları ve pazarlama eylemine ilişkin bilgiler toplarlar. Aracının kendisi için topladığı bilgi ve yaptığı araştırmalardan üreticiler, hatta tüketiciler de yararlandırılır.

Çevreyle İlişki; Dağıtım kanalı üyelerinin çevreyle ilişkide bulunması, potansiyel müşterilerle iletişim kurulmasına ve dolayısıyla onların gerçek alıcılara

⁴¹ Ömer Baybars Tek, Pazarlama İlkeleri, Beta Basım Yayım, 8. Baskı, 1999, İstanbul, ss. 522-523.

⁴² Eroğlu, s. 35.

dönüşmesine katkı sağlar.

Fiziksel Dağıtım; Dağıtım kanalları, ürünlerin fiziksel hareketini sağlamak üzere taşıma, depolama, stok kontrolü eylemlerini üstlenirler.

Satış Çabaları; Reklam, kişisel satış ve satış geliştirme fonksiyonlarına da katkıda bulunabilirler⁴³.

Finansman; Dağıtım kanallarını kurmak, kanal yapısına göre değişmekle birlikte yüksek maliyetlere ulaşmaktadır. Gerekli finansmanın büyük bir kısmını üretici işletme yüklenirken, dağıtım kanalında yer alan işletmeler de bu dağıtım fonksiyonuna finansman sağlayabilmektedir. İşletmelerin büyük çoğunluğunun, diğer alternatiflerin de uygun olduğu durumlarda, aracı işletmeleri seçmesinin en büyük nedeni aracılardan sağlayacakları finansmandır⁴⁴.

2. Dağıtım Kanalı Seçenekleri

Üretici teşebbüsler, ürünlerinin dağıtımını için iki farklı modelden birini kullanırlar. Bu modellerden biri, seyyar tüccar memurlar ve ticari mümessiller gibi bağlı yardımcılardan oluşan bir dağıtım iken, diğeri bağımsız dağıtıcılardan oluşan münhasır, seçici veya basit bir dağıtım ağıdır.

Teşebbüsler bu iki dağıtım modeli arasında seçim yaparken, dağıtım konusu ürünün nitelikleri ve ilgili pazarda bu ürüne ilişkin yaygın uygulamaları dikkate alırlar. Her ne kadar iki dağıtım modelinde de gerçekleştirilen ticari faaliyetin sonuçları birbirine benzemekte ise de, bu modeller içerdikleri yükümlülükler, özellikle yeniden satış fiyatı, satım şartları, bazı ticari şartların tespiti ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler bakımından farklılıklar taşımaktadır.

Üretici veya sağlayıcının ilk dağıtım modelini benimseyerek dağıtım faaliyetlerine doğrudan katılması ve nihai tüketici ile doğrudan bir satış ilişkisi kurması halinde, üretici veya sağlayıcı ile nihai tüketici arasında bir dağıtım ilişkisi kurulmaz. Nitekim bu durumda sağlayıcı ile nihai tüketici arasında kurulan ilişki, satım sözleşmesidir⁴⁵.

⁴³ Doğan, ss. 349-350

⁴⁴ Eroğlu, s.41

⁴⁵ Meltem Küçükayhan Aşcıoğlu, Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 1-2.

Buna karşın, üretici veya sağlayıcının ikinci dağıtım modelini seçerek, ürünlerinin dağıtımını bizzat yapmamaları, toptancı veya perakendeciler vasıtasıyla yapturmaları halinde ise, bir dağıtım ilişkisinden bahsedilir. Burada söz konusu olan dağıtım ilişkisi, üretici veya sağlayıcı ile toptancı veya perakendeci arasında kurulan ilişkidir. Üretici veya sağlayıcının, nihai tüketici ile doğrudan bir ilişkisi bulunmaz. Perakendeci ile nihai tüketici arasındaki ilişki ise satım ilişkisi olacaktır. Bu ikinci tip dağıtımda, sağlayıcı ile dağıtıcılar ve değişik aşamalarındaki dağıtıcılar kendi aralarında dağıtım anlaşmaları imzalarlar. Bu zincirleme dağıtım ilişkilerinin birleşimi olarak, dağıtım sistemleri ve dağıtım kanalları oluşur⁴⁶.

3. Dağıtım Anlaşmaları ve Dikey Anlaşmalar

Dağıtım anlaşmaları (distribution agreement), bir ürünün üretimden son tüketiciye ulaşıncaya kadar geçtiği aşamaları birbiriyle birleştiren anlaşmalardır. Dağıtım sözleşmesini, taraflardan birinin (sağlayıcının) diğerine (dağıtıcıya) karşı sürekli olarak, yeniden satmak amacıyla mal (ürün) temin etme yükümlülüğünü üstlendiği sözleşme olarak tanımlamakta mümkündür. Yani üretici ile dağıtıcı, onunla toptancı ve onunla perakendeci arasında yapılan dağıtım anlaşmalarının birer basamağını oluştururlar. Dağıtım anlaşmaları; üretici ile dağıtımın herhangi bir aşamasında faaliyet gösteren dağıtıcı arasında olabileceği gibi, dağıtımın farklı kademelerinde faaliyet gösteren iki dağıtıcı arasında da gerçekleşmesi mümkündür. Dağıtım anlaşmaları genellikle, bir ürünün dağıtımı ve pazarlanmasında rasyonalizasyon sağlarlar⁴⁷.

Dağıtım anlaşmalarının hukuki tanımlamaları yapılırken bunların içerdikleri karşılıklı hak ve yükümlülüklerin nitelikleri dikkate alınır ve bu hak ve yükümlülüklerin niteliklerine göre dağıtım anlaşmalarına uygulanacak olan hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Bilindiği gibi, hukuk sistemimizde dağıtım sözleşmesi düzenlenmemiştir. Dağıtım sözleşmesi⁴⁸, yaygın anlayışa uygun şekilde, başta tek satıcılık olmak üzere, seçici dağıtım sözleşmelerini, münhasır satın alma

⁴⁶Aşcıoğlu, s. 2.

⁴⁷ Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama, Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitapevi, Bursa, 2007, (Rekabet), s. 250; Topçuoğlu, Acentelik, s. 50; Alper Karakurt, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi, 2005, ss.7-8.

⁴⁸Rekabet Kurulunun kararlarında da 'dağıtıcı' kavramının distribütör, toptancı, tek satıcı, bayi gibi kavramlarla aynı anlamda kullanıldığı gözlenmektedir.(Topçuoğlu, Acentelik, s. 49.)

sözleşmelerini, franchise sözleşmelerini içine alan genel bir şablondur. Hatta acentelik sözleşmesinin, dağıtım sözleşmeleri içinde incelendiğini görmekte mümkündür⁴⁹.

Dikey anlaşmalar, hammadde temin anlaşmaları ile başlayan ve ürünlerin nihai tüketiciye ulaşmasına kadar ve bu amaçla teşebbüsler arasında yapılan her nevi yarı mamul temini, toptan veya perakende dağıtım anlaşmaları gibi anlaşmalardır. Dikey anlaşmanın belirleyici unsuru, anlaşmanın taraflarının üretim veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteriyor olmalarıdır. Dağıtım anlaşmaları ise **üretilmiş olan bir ürünün** alıcılarına ulaştırılmasında kullanılan pazarlama şekillerini kapsamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde dikey anlaşma kavramı dağıtım anlaşmaları kavramından daha geniştir.

Nitekim dağıtım anlaşmaları başlığı altında yalnızca “yeniden satım” amaçlı ürün ticareti yer alırken; dikey anlaşma kavramı, yeniden satımın yanında alım ve satımı da kapsamaktadır. Örneğin alıcının yeniden satım amacıyla değil de kendi üretiminde ara girdi olarak kullanmak üzere temin ettiği hammadde alım anlaşması, bir dikey anlaşma olmasına rağmen dağıtım anlaşması değildir⁵⁰.

B. Deniz Taşımacılığının Dağıtım Kanalı Yapısı ve Dağıtım Kanalı Üyeleri

Deniz ticaretinin çeşitli faaliyetlerine ilişkin işlemlerin yapılmasında ve dolayısıyla deniz ticaret sözleşmelerinin oluşmasında aracılık yapan belirli bazı meslek gruplarının önemli rol oynadığı görülür. Denizaşırı satışlara, deniz kredisi sağlanmasına, gemilerin ya da gemi paylarının satışına, denizde kurtarma ve yardım işlerine ve özellikle taşıma işlerine konu olan sözleşmelerin yapılmasında bu meslek gruplarının ifa ettikleri aracılık fonksiyonu yapılan işin niteliğine göre brokerlik, acentelik, komisyonculuk olarak nitelendirilmektedir⁵¹.

Deniz ticareti hukukunun kendine özgü nitelikleri, bu alanda çalışan aracılardan basit bir aracılardan farklı olmasını gerektirmiştir. Bunun temelinde ise denizin yarattığı riskler ve taşınan eşyanın miktar ve değerinin çok yüksek olması yatmaktadır. Böylece, deniz taşımacılığı alanında son derece işlevsel olarak faaliyette

⁴⁹ Aslan, Rekabet, s. 249; Topçuoğlu, Acentelik, s. 50.

⁵⁰ Karakurt, ss. 7-8; Aslan, Rekabet, s. 250.

⁵¹ Adil İzveren ve diğerleri, Deniz Ticaret Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994, s. 335.

bulunan aracların konumunun saptanması gereği ortaya çıkmaktadır. Deniz taşımacılığının kara ve hava taşımacılığından farklılıklar arz etmesi, bu alandaki aracların tür ve niteliklerinde de farklılıklar yaratmaktadır. Buna, deniz ticareti hukukunda etkisi hissedilen Anglo-Sakson hukukunun kurum ve kavramları da eklenince, aşıağıda incelenecek olan aracların hukukî niteliğinin tespiti konusunda sorunlar yaşanabilmektedir. Bu konuda bir karmaşıa yaşanmasının temelinde, aracların görev ve hukukî niteliklerinin kesin çizgilerle ayrılamaması ve genel olarak deniz ticareti hukukunun doğduğu hukuk sistemlerinde (common law) bile, bu kavramların duruma göre değişik anlamlara gelebilmesi yatmaktadır. Broker, çarter sözleşmelerinde aracılık yapmasına rağmen, zaman zaman gemi satışı veya kiralaması işlemlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan, freight forwarder adı altında uluslararası alanda faaliyet gösteren araclar, temelde taşıma işleri komisyoncusu konumunda olsalar da, bunların aracılık faaliyetleri de çoğu zaman karmaşık bir hâl almakta ve aracılık işlevi yürütölürken araya giren kişilerin, hangi sıfatla görev yaptığının saptanmasında zorluklarla karşılaşılmalıdır. O hâlde, deniz ticareti alanında aracılık faaliyeti ile uğraşanların hukukî niteliğinin saptanması için, her somut olayın koşulları ve özellikleri dikkate alınmalıdır. Çünkü çoğu zaman bunların sıfatları sabit olmayıp, somut olaya göre deęişebilmektedir⁵².

Daha önceki bölümlerde de bahsedildiği gibi deniz ulaştırmasında ticari navlun taşımacılığı hizmeti, tarifeli deniz taşımacılığı ve tarifesiz deniz taşımacılığı olmak üzere iki ana başlık altında gerçekleştirilmektedir. Doğası gereği bu iki taşıma sisteminin farklı piyasalara ve yük tiplerine hizmet etmesi, her iki sistemin dağıtım kanallarının ve taşıma sözleşmelerinin farklılaşmasına neden olmuştur. Uygulamada tarifeli deniz taşımacılığında kırkambar sözleşmeleri, tarifesiz deniz taşımacılığında çarter sözleşmeleri akdedilmektedir. Bu taşıma şekillerine bağlı olarak deniz taşımacılığının dağıtım kanalı yapısı da farklılık arz etmektedir.

Tarifesiz deniz taşımacılığında üç ana birim söz konusudur, bunlar kiracı (tahsis olunan, taşıtan), kiralayan (tahsis eden, taşıyan) ve brokerdir. Yükleten olarak adlandırabileceğimiz kiracı, ihracatçı ya da ithalatçı olabilmektedir. Kiralayan ise

⁵² Özge İnci, Navlun Sözleşmelerinde Tellallık, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2002, s. 51; Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda Tellallık ve Tellallığın Uygulamada Farklı Görünümleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, ss. 255-256.

donatan olarak da adlandırılan gemi sahibi ya da gemi işletmecisidir. Broker olarak adlandırılan araçlar ise, boş olan gemilere yük ve/veya yüklere gemi bulma işini gerçekleştiren firmalardır. Tarifeli deniz taşımacılığı olan konteyner taşımacılığında, donatan, gemi acentesi, fright forwarder ve yükletenler dağıtım kanalı üyelerini oluşturmaktadır⁵³.

Bunların yanı sıra deniz ulaştırmasını destekleyici ve kolaylaştırıcı nitelikte hizmetler sunan işletmeler vardır. Bu işletmeler temel olarak; gemi klas ve sörvey kuruluşları, deniz sigorta kuruluşları, limanlar, yük elleçleme ve istifleme işlemlerinde profesyonelleşen stevedoring firmaları, gümrük idaresi, deniz polisi, bankalar ve diğer işletmelerden oluşmaktadır⁵⁴.

Deniz taşımacılığı hizmetinin, uluslararası ticarete bağlı olması, bünyesinde birçok yabancı unsuru barındırmasını zorunlu kılar. Deniz taşımacılığının doğası gereği uluslararası nitelikte olması dağıtım kanalını da çoğu zaman uluslararası bir yapı haline sokmaktadır. Çoğu zaman asıl taşıma işini gerçekleştiren donatan ile gemi acentesi ve forwarder farklı ülkelerden olabilmektedir.

1. Donatan, Gemi İşletme Müteahhidi ve Donatma İştiraki

İngilizce ‘shipowner’ olarak kullanılan gemi sahibi teriminin karşılığı Türk Hukukunda **donatan** olarak geçmektedir. Türk Ticaret Kanun’un 1061. maddesine göre, *gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikine donatan* denir. Düzenlemeye göre donatan olanın şartları şunlardır;

İlk olarak bir ticaret gemisi mevcut olmalıdır. Burada ticaret (kazanç elde etme) kavramı geniş olarak alınmalıdır. Mesela balıkçı gemileri, kurtarma gemileri de ticaret gemisidir⁵⁵. Geminin deniz ticaretine sürekli bir şekilde tahsis edilmiş olması zorunlu değildir, yani gemi, maliki tarafından bir sefer için dahi deniz ticaretine tahsis edilmiş olsa, o geminin maliki donatan sayılır.

⁵³ Okan Tuna, Örgütsel Pazara Yönelik Hizmetlerde Algılanan Hizmet Kalitesi, Davranışsal Niyetler ve Müşteri Özellikleri İlişkisi, Konteyner Taşımacılığı Hizmetleri Üzerine Bir Çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s. 9.

⁵⁴ Tuna, s. 9; Durmuş Ali Deveci, Deniz Ulaştırması: İşletmeler ve İşlevler, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, 1.Bası, Beta Basım A.Ş., İzmir, 2013, (İşletmeler), s. 28.

⁵⁵ Kazanç elde etmeye yaramayan gemilerin sahipşeri donatan değildir ve denizcilik tatbikatında da bunlara donatan denmez. Misal; yat sahipleri gibi. (Çağa, Deniz I, s.101)

İkinci olarak, donatan ticaret gemisinin sahibi bulunmalıdır. Birden çok kimse, tüzel kişiler, ticaret şirketleri ve hatta devlet ticaret gemisinin sahibi ve donatan olabilir. Birden çok gemiye sahip olan kimse gemi adedi kadar donatan mevkiindedir.

Son olarak, ticaret gemisinin sahibi, gemiyi kendi adına ve kazanç maksadıyla işletmelidir. Gemisini başkasına kiraya veren ve bu suretle gelir sağlayan kimse donatan değildir; sadece sermayesinden mefaaf elde eden bir sermayedardır. Ticaretin menfaat ve rizikolarının donatana ait olması gerekir. Böylece donatan sadece sermayedar değil, müteşebbis durumunda da bulunmaktadır⁵⁶.

Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişiye **gemi işletme müteahhidi** denir. Gemi işletme müteahhidi Türk Ticaret Kanunu md.1061/ 2 hükmüne göre üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır. İngiliz uygulamasında gemi işletme müteahhidi ‘görünüşte donatan’ (Disponent Owner)⁵⁷ adını almaktadır. ‘Disponent Owner’ kavramı sadece ‘bareboatcharter’ halinde kiracıyı ifade etmemekte, bu kavram aynı zamanda finansal kiralama halinde de kiracı anlamına gelmekte, hatta bazı hallerde gemiyi zaman ve hatta sefer çarteri ile tahsis edip alt taşıma sözleşmeleri yapan taşıtan için de kullanılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kavram hukuki olmaktan çok genel bir tanımlama mahiyetinde olup, vasıf ve hukuki ilişki ne olursa olsun mülkiyetine sahip olmadığı bir gemi ile deniz ticaretinde faaliyet gösteren, diğer bir ifadeyle bu gemiyi tahsis eden şahıs kastedilmektedir⁵⁸.

Deniz ticaretinde sermayeyi teşkil eden geminin inşası ve donatılması büyük paraya ihtiyaç göstermektedir. Bu yatırımı tek kişinin yapması zor olduğundan küçük çaplı işletmelerde birden çok şahsın müştereken bir gemiyi satın alarak veya inşa ettirerek denizde kullandıkları görülmüştür. Türk Ticaret Kanununda bu husus m.1064/1’de şu şekilde düzenlenmiştir; *‘Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla, aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları halinde donatma*

⁵⁶ Rayegan Kender, Ergon Çetingil, Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2012, s. 89; Adil İzveren ve diğerleri, Deniz Ticaret Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994, s. 98; Çağa, Deniz I, s. 101.

⁵⁷ ‘Bareboatcharter’ bakımından ‘Disponent Owner’ ‘Demise- Charter’ bakımından ‘Charterer by demise’ adı verilmektedir.

⁵⁸ M. Fehmi, Ülgener, Çarter Sözleşmeleri, I. Genel Hükümler, Sefer Çarteri Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul, 2010, (Çarter Sözleşmeleri), ss. 84-85.

iştiraki vardır. Tek başına bir geminin maliki veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında donatma iştirakine ilişkin hükümler uygulanmaz'. Gemiye işleten malikler başka bir tüzel kişi, özellikle bir ticaret şirketi haline gelmemelidir. Zira bu takdirde o tüzel kişi veya şirkete dair hükümlere tabi olur. Donatma iştiraki boşluk dolduran bir müessesedir. İşletme unsuru başkasına geçer, mesela gemi işletilmek üzere başka bir şahsa kiralanırsa donatma iştiraki ortadan kalkar. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği yoktur, tacirler hakkındaki hükümlere tabidir⁵⁹.

2. Deniz Taşımacılığında Müşteriler ve Kullanıcılar

Denizyolu yük taşımacılığında müşteriler ve kullanıcılar **taşıtan, yükleten, gönderilen ve gemi kiracısı** terimiyle anılmaktadır. Taşıtanlar, yükletenler, gönderilenler ve gemi kiracıları deniz ticaretinde özellikle navlun sözleşmelerinin taraflarını açıklamada kullanılmakta olup bu terimler ile kast edilen kişi ve kuruluşlar denizyolu taşımacılığının talep tarafında yer alan vazgeçilmez aktörlerdir⁶⁰.

Bu kavramların izahı için öncelikle navlun sözleşmesi ve taraflarını açıklamak gerekir. Navlun sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen navlun sözleşmesinin tanımı kanunda yapılmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1138. maddesi kapsamında navlun sözleşmesi, *'taraflardan birinin (taşıyan), navlun karşılığında deniz yolu ile eşya taşımayı, diğer tarafın (taşıtan) navlun ödemeyi üstlendiği sözleşme'* olarak tanımlanır⁶¹.

Taşıyan (carrier, owner) denizyolu ile yük taşımayı taahhüt eden kimsedir. Taşıyan donatan olabileceği gibi gemi işletme müteahhidi olması da mümkündür. Ancak bir kimsenin taşıyan olarak nitelenmesinde denizyolu ile eşya taşımayı taahhüt etmiş olması yeterli olup, donatan ya da gemi işletme müteahhidi olması zorunlu değildir⁶².

⁵⁹ Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, s. 97.

⁶⁰ Deveci, (İşletmeler), s. 25.

⁶¹ Çağa, Deniz II, s. 1; Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, s. 137

⁶² Donatan veya gemi işletme müteahhidi olmadığı halde, bir kimsenin yük taşımayı taahhüt etmesi halinde alt taşıma (navlun) sözleşmesi söz konusudur. Fakat bu kimsenin yük taşıma taahhütünü yerine getirebilmesi için bu kere taşıtan olarak donatan veya gemi işletme müteahhiti ile ayrıca bir navlun sözleşmesi yapması gerekir. Bu sözleşmeye asıl taşıma sözleşmesi denir. Burada bir tek taşıma işi fakat iki sözleşme vardır. Asıl taşıma sözleşmesindeki taşıtan, alt taşıma sözleşmesinde alt taşıyan olarak ortaya çıkar. Alt taşıma sözleşmesinde karşı tarafa alt taşıtan denir. (Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, s. 141)

Taşıtan (charterer, freighter) ise taşıyan ile navlun sözleşmesi akdeden ve denizyolu ile eşya taşıma karşılığında navlun ödemeyi üstlenen kimsedir. Taşıtanın yükün maliki olması gerekmez. Bir kimse örneğin, nakliye komisyoncusu, başkasının malının taşınmasını temin için taşıyanla sözleşme yapabilir. Bu halde taşıtan sıfatı eşyanın sahibine değil, sözleşme yapana aittir⁶³.

Yükleten (shipper), mevcut bir navlun sözleşmesine dayanarak, yükü taşıyana - ya doğrudan doğruya gemiye yahut da yetkili bir temsilcisine - teslim eden kişidir. Bu şahıs aynı zamanda taşıtan olabileceği gibi, taşıtanın bağımsız bir temsilcisi kimliğinde de bulunabilir⁶⁴. Taşıtan ile üçüncü kişi yükleten arasındaki iç ilişki - ki alım satım, komisyon, vekâlet, alt taşıma sözleşmesi v.s. olabilir- onların navlun mukavelesi çerçevesindeki hukuki durumları bakımından önemli değildir⁶⁵.

Gönderilen (receiver), varna limanında yükü teslim alma yetkisine sahip olan kimsedir. Gönderilenin bu hakkı konişmentoya, konişmentonun düzenlenmediği hallerde üçüncü şahıs lehine şart olan navlun sözleşmesine dayanır. Gönderilen aynı zamanda, taşıtan ya da yükleten olabileceği gibi, bunların dışında bir kimse de olabilir. Özellikle petrol şirketlerinin, rafinerilerinden dağıtım merkezlerine yaptıkları sevkیاتlar, taşıtan ile gönderilen sıfatlarının tek bir tarafta birleşmesine örnek olarak gösterilmeleri mümkündür. Deniz aşırı satışların gelişmesi sonucu olarak gönderilen, deniz aşırı alıcı, komisyoncu veya bir banka olarak ortaya çıkar⁶⁶.

3. Deniz Taşımacılığında Aracı Konumda Olan İşletmeler

a. Gemi Yönetim İşletmeleri

Donatanlar yahut gemi işletme müteahhitleri, tasarrufları altındaki gemilerin işletimi ve yönetimini, kendileri yapabileceği gibi, bu işi değişik kapsamlar ve şartlar altında, kendilerinden daha fazla profesyonel ve uzman olan üçüncü taraf işletmelere, dış kaynak yoluyla bırakabilmektedirler. Gemi sahiplerinin bu kararlarının altında,

⁶³ Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, s. 138-139; Atilla Aybay, Aydın Aybay, Gündüz Aybay, Rona Aybay, Deniz Hukuku, Aybay Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 579; Fehmi Ülgener, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul, 1991, (Sorumsuzluk Halleri), s. 24.

⁶⁴ Yükleten taşıyana karşı başlangıçta onun akiti değil, taşıtanın temsilcisi olarak hareket eder ve yükün teslim ve gemiye yüklenmesi ile ilgili bütün meselelerde taşıtanı temsile yetkilir. (Çağa, Deniz II, s. 3)

⁶⁵ Ülgener, Sorumsuzluk Halleri, s. 24; Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, s. 139; Çağa, Deniz II, s. 3.

⁶⁶ Ülgener, Sorumsuzluk Halleri, ss. 24-25; Kender, Çetingil, Yazıcıoğlu, ss. 139-140; Çağa, Deniz II, s. 4; Aybay, s. 580.

gemi işletmeciliğinde kendilerinin yeteri kadar bilgi, deneyim, uzmanlık ve insan kaynağına sahip olmamaları veya bu işin kendileri tarafından yapılmasının, maliyetli bulunması gibi düşünceler yatmaktadır⁶⁷.

Bu bir akdi ilişki olup, genellikle gemi yönetimi sözleşmesi (ship management contract) olarak anılan bir akit ile kurulur. İngilizce, ship manager, olarak anılan gemi yöneticisi, tarafların mutabakatı çerçevesinde oldukça değişik kapsam ve içerikte yetki ve sorumluluk üstlenebilmektedir. Yönetici, donatanın ya da gemi işletme müteahhidinin işletme kadrosunun dışında bulunan müstakil bir kişi olmalıdır⁶⁸.

Tipik bir yönetim sözleşmesinde yönetici, yönetim ücreti karşılığında gemi sahiplerinin ihtiyaç duyduğu her türlü hizmetleri verebilmektedirler. Bu hizmetler; geminin ticari yönetimi, gemi personelinin yönetimi, geminin teknik ve operasyonel yönetimi ve yardımcı hizmetler olarak dört ana grupta toplanmaktadır. Esasen bu hizmetler geminin alım satım hizmetlerinden başlayıp, sigortalanması, personelle donatımı, kiralanması, navlun yönetimi, muhasebe yönetimi, kumanya, yakıt ve operasyonel yönetimi gibi çok sayıda hizmetlere uzanabilmektedir⁶⁹.

b. Broker

(1) Tarihçesi ve Tanımı

Deniz taşımacılığı tarihinin başlangıcında tacirler, kendi gemileri ile farklı ülke limanları arasında taşımalar yapıyorlar ve yörelerinde üretilen ürünleri gidebildikleri limanlarda satıyorlardı. Buna karşılık, gittikleri bölgenin makbul sayılan ve kendi yörelerinde bulunmayan mallarını satın alarak ticaret yapıyorlardı. Birden fazla gemi çalıştıran büyük tacirler kendi menfaatlerini korumak için güvenilir kaptanlara iş veriyorlardı. Zaman içinde gemi boyutlarının ve ticaret yapılan piyasanın büyümesi, ticaret yapmak isteyen kişi sayısının artması tacirleri kurumsallaşmaya ve ticaret yaptıkları yerlerde temsilcilikler açmaya zorlamıştır. Bütün bu gelişmeler sonunda bugün denizcilik dilinde Broker olarak tanımlanan

⁶⁷ Jur. Bülent Sözer, Deniz Ticaret Hukuku, Gemi, Donatan, Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukukunda Sorumluluk Rejimi, Vedat Kitapçılık, 2011, ss. 415-416; J. Spruyt (1994) Ship Management, 2nd. Edition, London: LLP'den aktaran, Deveci, İşletmeler, s. 26.

⁶⁸ Sözer, s.416; Deveci, İşletmeler, s. 26.

⁶⁹ Sözer, s.416; Deveci, İşletmeler, s. 26.

kurum ve kuruluşlar ortaya çıkmıştır. Broker kelimesi, Türk Hukuku'nda, simsar veya tellal olarak ifade edilmektedir⁷⁰.

Brokerler gemi ile yükü buluşturan ve taşıma sözleşmesinin imzalanmasını sağlayan, tarafların karşılaştıkları ya da karşılaşacakları sorunlardan pek çoğunu çözme görevi üstlenmiş komisyonculardır. Ancak brokerlerin bunun dışında da bir takım görevleri daha vardır, bunlara ileride değinilecektir.

(2) Brokerlerin Fonksiyonları ve Görevleri

Malının bir yerden başka bir yere taşınmasını isteyen kişi (taşıtan) bu işi ya doğrudan doğruya taşıma şirketlerine başvurarak ya da broker denilen taşıma araçlarına başvurarak gerçekleştirmek isteyebilir. Taşıma şirketine doğrudan doğruya başvuran taşıtanın, taşıma işini ideal bir şekilde gerçekleştirebilmesi ve söz konusu olan teknik konuşmaları tam, en iyi ve verimli bir şekilde yapabilmesi için çok üst düzeyde bu işin tekniğini bilmesi gereklidir. Bu durum kuşkusuz her zaman olumlu sonuç vermeyebilir ve yalnız birkaç taşıma şirketi ile yapılan görüşmeler belki de mal sahibinin zararına olabilir. Oysa bu işi güvendiği bir brokere verdiği takdirde bu işi gerçekten bilen bir broker söz konusu yük için hangi geminin uygun olabileceğini, bu işe uygun gemiler olduğu zaman nerede bulunduğunu, hangi limandan yapılacak yüklemenin mal sahibi lehine hızlı ve ucuz olabileceğini bilecektir. Bundan dolayı genellikle yük sahipleri güvenilir bir brokerle çalışarak yalnız birkaç donatanın gemilerine bağlı kalmaksızın, dünyanın tüm gemileri ile bağlantı kurabilen brokerler aracılığıyla, çok iyi sonuçlar alarak yükünü taşıtabilir⁷¹.

Bu durum gemi sahipleri içinde geçerlidir. Gemi sahipleri gemisi için en uygun yükü, en karlı navlunu bulması için brokere başvurur. Broker, hangi karlı yükün nerede bulunduğunu bileceğinden gemiye en uygun şartlarda yükün bağlanmasında aracılık eder. Broker bu şekilde donatanın gemisinin rantabl bir şekilde işletilmesine yardımcı olur⁷².

Brokerler, genelde ayrı yerlerde bulunan, birbirlerinin lisanlarını bilmeyen ve birbirleriyle görüşüp anlaşmakta zorluk çeken, malını taşımak isteyen kişilerle

⁷⁰ Tekin Akkan, Denizci Gözüyle, Transtekno Magazin, 1993, Yıl: 3 Sayı: 1, s. 24'den aktaran, Ayşe Taş, s. 27.

⁷¹ Refik Akdoğan, Deniz Ticareti, İstanbul, 2. Baskı, 1999, s. 80.

⁷² Taş, s. 28.

donatanlar arasında aracılık yaparlar⁷³. Brokerin bu aracılık yapma işi, sözleşmelerin yapılması olanağı hazırlamak veya sözleşmelerin yapılmasına ve yerine getirilmesine aracılık etmekten ibarettir.

Deniz ticaretinde donatan firmalarla, deniz aşırı satış veya taşıma işleriyle uğraşan ticari kurumların özellikle bağlama limanı dışında, yabancı limanlarda diğer kişilerle yapılan hukuki işlemlerde ve özellikle gemilerin gümrük işlemlerinin tamamlanmasında temsilci ya da aracı olarak faaliyette bulunan güvenilir kişilerin hizmetlerine daima gereksinme duyulur, bu hizmet brokerler tarafından gerçekleştirilir⁷⁴.

Tarifesiz deniz taşımacılığında brokerler, tarafları bir araya getirerek bu taşımacılık türünde önemli bir rol oynarlar. Tarifeli deniz taşımacılığında ise genelde acentelerin bu alanda faaliyetleri bulunmaktadır. Tarifesiz deniz taşımacılığında taşınacak yükler için hem teknik yapı olarak hem de ekonomik olarak uygunluk gösteren gemilerin bulunması, gemi kiralama piyasası adı verilen piyasada, brokerler vasıtasıyla gerçekleştirilir. Brokerler gemi sahibi ile yük sahibini bir araya getirerek gemi kira sözleşmelerinin (charter party) imzalanmasında büyük bir rol oynarlar. Kısaca özetleyecek olursak brokerlerin deniz taşımacılığında başlıca görevleri şunlardır⁷⁵;

- Yükün, en ekonomik ve güvenli şekliyle taşınmasını sağlamak,
- Yük için en güvenli, en uygun ve en ucuz gemiyi bulmak,
- Gemi araştırması yapmak
- Yük araştırması yapmak
- Limanlardaki yük durumunu takip etmek
- Gemi limana gelip bağlandıktan sonra, navlun, sürastarya ücreti gibi donatan ile ilgili alacakları takip etmek

⁷³ Erdoğan Göğer, Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1965, ss. 95-96'dan aktaran Özge İnci, Navlun Sözleşmelerinde Tellallık, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2002, s. 54.

⁷⁴ İzveren ve diğerleri, s. 336.

⁷⁵ Alan E. Branch, Economics of Shipping Practice and Management, 1988, s.168'den aktaran Ayşe Taş, Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, s. 29.

- Broker kiracı adına çalışıyorsa, seferi başından sonuna kadar takip etmek ve sonuçlandırmak, dispeç ücretini takip etmek,
- Büyük ticaret firmaları için kiralama acentesi olarak hareket etmek,
- Yükleme/boşaltma ve kiralamada kimi temsil ediyorsa onun haklarını en iyi şekilde korumak,
- Diğer uluslararası piyasalarla, haberleşmeyi ve bilgi akışını sağlamak.

Brokerler hem taşımacılık pazarı hem de gemi pazarlarında potansiyel ortaklar için araştırma yapmaktadırlar. Brokerler çalışmalarını pazardaki geniş bilgi ağındaki araştırmalara ve gemi işletmecileri ile kiracıların operasyonları ile ilgili bilgilere göre yaparlar. Brokerler gemi değerleri ya da navlun oranları için pazarlık sürecinde yardımcı olabilmekte ve bu pazarlık sürecinde mevcut pazar durumu ve beklenen pazar gelişmeleri ile ilgili bilgi ve tecrübelerini gerçekçi fiyatlar vermek için kullanmaktadır.

Brokerlerin katma değerinin temelinde ellerinde bulundurdıkları bilgiler gelmektedir. Brokerler tüm dünyayı kapsayan, kendi sahası ile ilgili tüm uluslararası bilgiye sahip olmak zorundadır. Bu nedenle, pazarda çalışması daha sık olan brokerler gemi sahipleri, yük sahipleri ve gemi inşa firmalarına kıyasla pazar durumu ve bilgi toplama açısından daha güçlü olacaklardır. Bilgi toplama konusunda bu tür ölçek ekonomileri brokerlikteki katma değer için oldukça önemlidir⁷⁶.

Dünyada brokerlerin bir araya geldiği önemli bir pazar olan ve Londra'da bulunan Baltık Borsası, bünyesindeki brokerlerle dünya kuru dökme yük kiralama pazarının %30-40'nı, tanker kiralama pazarının da yaklaşık olarak %50'sini elinde bulundurmaktadır. Baltık Borsası'nın üyesi olan brokerler için düzenlemiş olduğu Baltık Borsası Etik Kodu, brokerler tarafından etik olmayan davranışları tanımlamakta ve etik kavramı kapsamında brokerlerin neler yapmaları gerektiğini belirtmektedir⁷⁷.

⁷⁶ Siri Pettersen Stranden, The shipbroking Function and Market Efficiency, International Journal of Maritime Economics, Vol II, 1, 2000, 1998, s. 17-26'dan aktaran, Denktaş Şakar, Analiz, s. 48.

⁷⁷ Siri Pettersen Stranden, 1998, The shipbroking Function and Market Efficiency, International Journal of Maritime Economics, Vol II, 1, 2000, s. 17-26'dan aktaran, Denktaş Şakar, Analiz, s. 49.

(3) Broker Türleri

Uygulamada charter sözleşmeleri daima brokerler aracılığı ile akdedilmektedir. Piyasadaki günlük şartlara göre gemi ve yük bakımından arz ve talebi bilen brokerler her iki tarafı, aracılık etmek suretiyle bir araya getirmekte ve bu şekilde sözleşmenin şartlarını oluşturmaktadırlar. Gerçekleştirilen bu faaliyet sonucunda ise sözleşmede belirtilen oranda bir komisyon tahakkuk etmektedir⁷⁸.

Çarter sözleşmesine aracılık eden brokerler genel uygulamada iki gruba ayrılırlar. Bunlardan ilki ‘shipbroker’ ikincisi ise ‘chartering broker yada chartering agent’ dır.

Shipbroker: İngiltere’de **gemi brokeri**, sözleşmenin tarafı olan taşıtan (charterer) ve taşıyanı (carries; owner or disponent owner) sözleşmeyi yapmak amacıyla bir araya getirmenin yanı sıra birbirinden farklı birçok faaliyetleri de gerçekleştirmektedir ki bunlar;

- limanda iken gemi sahibi adına geminin kaptan ve mürettebatının ihtiyaçlarını karşılayan ship’s agent,
- işi müvekkilin gemisine yük bulmak olan loading broker,
- petrol şirketleri ile gemi sahibi arasında yakıt alımı için yapılan görüşmelerde aracılık eden bunker broker⁷⁹,
- son olarak gemi sökme tellalı demolition broker sayılabilir.

Yukarıdaki faaliyetlerde bulunmuş ve ‘Institute of Chartered Shipbrokers’ ın açmış olduğu sınavlarda başarı göstermiş olan brokerler bu enstitünün üyesi olarak kabul edilirler ve ‘Chartered Shipbrokers’ ünvanı alırlar. Uluslararası geçerliliği ve tanınırlığı olan bu ünvanı almak ve bu enstitüye üye olmak bütün dünya vatandaşlarına açıktır.

Chartering broker ya da chartering agent: Faaliyetini, deniz aşırı ticaretle uğraşan tacirlere gemi bulmak üzere yoğunlaştıran brokerdir. Bu broker taşıma işini, yük

⁷⁸ Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, s. 552.

⁷⁹ Çetin, s.100; Peter Brodie, Commercial Shipping Handbook, London, 1999, s.251’den aktaran Özge İnci, Navlun Sözleşmelerinde Tellallık, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2002, s. 52.

sahibinin istediği en uygun ve en karlı gemi ile gerçekleştirmektedir. Bu kapsamdaki brokerlerin yük türüne göre uzmanlaştığı (dry cargo broker, tanker broker) görülmektedir⁸⁰.

Kiracılar yüklerini çok sayıda aracı şirkete vererek piyasayı daha iyi araştıracaklarına ve daha iyi netice alacaklarını inanmaktadırlar. Diğer sektörlerde, bir mal veya hizmeti satın alırken ne kadar çok sayıda alternatif araştırılırsa o kadar sağlıklı karar verilmesi ve en iyi fiyatın bulunması doğaldır. Bu denizcilikte de böyledir ancak bir yükün taşınması için tüm brokerlik şirketlerinin seferber edilmesi çoğu zaman kiracının yararına değil zararındadır. Şöyle ki; brokerlik şirketi burada kiracı namına söz konusu yüke en uygun gemiyi bulmaya çalışan bir aracıdır. Araştırılması gereken piyasa, belli bir tarihte, belli bir bölgede, belli tonaj grubundaki gemi piyasasıdır ve bu piyasa tektir. Kiracı yükünü çok sayıda aracı şirkete verdiği zaman sonuçta tüm bu hizmet şirketleri aynı piyasada, aynı gemilere yükü götürmektedirler. Piyasaya çıkılan yüklerde yükün sahibi genellikle başta gizli tutulduğundan o bölgede, o tarihlerde aynı yük sanki birkaç yük gibi gözükabilmekte ve navlunların o iş için artmasına sebep olmaktadır. Kiracı kendi yüküne farkında olmadan kendisi rakip çıkartmakta ve navlunu arttırmaktadır. Diğer taraftan, yükün herkes tarafından çalışıldığını bilen chartering brokerler, o yüke ikinci derecede önem vermekte, kimse o işe tüm gayretini vermemektedir⁸¹.

Sale and purchase brokers: Bu tip brokerler, gemi kiralanmasında değil, geminin alım ve satımında aracı pozisyonundadırlar. Gemi satmak isteyen satıcılar ile gemiyi almak isteyen alıcıları bir araya getirirler. Bu alanda çalışan brokerler, gemi inşa piyasası, ikinci el gemi alım-satım piyasası ve gemi geri dönüşüm (söküm) piyasasında faaliyet gösterirler.

Brokerler çalışma şekillerine göre, in-house broker, competitive broker ve exclusive broker olarak adlandırılırlar.

In-house brokers: Yük sahibi, donatan ya da gemi işletmecisinin kendi organizasyonu içerisinde bulunan kişiler ya da aynı organizasyonun organik bağı olan şirketler tarafından yapılan brokerliktir.

⁸⁰ Çetin, s. 100.

⁸¹ Nazım Salur, Gemi Kiralama Nedir?, Margem Rapor, 1993, sayı:31'den aktaran Ayşe Taş, Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, ss. 67-68.

Competitive (independent) brokers: Sözleşme taraflarının hiç birine bağlı olmadan, rekabet ortamında serbest çalışan brokerlerdir. Bu brokerler aracılık faaliyetlerini, sözleşmenin taraflarından alınan direk talimatlardan değil değişik kanallardan kendilerine ulaşan endirek bilgilerle gerçekleştirirler.

Exclusive brokers: Bağımsız ya da bir brokerlik firmasında çalışan brokerler belli bir tacirin kendilerine tanıdığı ayrıcalıkla, yükü ya da gemiyi birinci elden piyasaya sunmaktadırlar. Genelde taşıyanlar mümkün olduğunca az eleman çalıştırmak ve araştırma maliyetlerini en aza indirmek için bağımsız brokerlere özel yetki vermeyi tercih etmektedirler. Bazen bu özel yetki bir ticari merkeze de verilebilir. Örneğin, ‘exclusive in London’ gibi, bu durumda ayrıcalığı veren tacirin yükü için yalnızca Londra’daki brokerler faaliyette bulunabilecektir. Diğer taraftan bazı hallerde taşıyanlar kendi broker şirketlerini kurmak ve bu şirkete özel yetki vermek yoluna da başvurmaktadırlar⁸².

Deniz ticareti hukukunda etkinliğe sahip bir ülke olan İngiltere’de, ilginçtir ki, deniz ticareti alanında bu kadar değişik tellâllık türü bulunmasına rağmen, diğer aracılık türlerini düzenleyen kanunlar bulunmakla birlikte (örneğin 1979 yılında çıkarılan ‘Emlâk Tellâllığı Kanunu’ gibi), bir “shipbroker” kanunu bulunmaması eleştirilmiştir. Oysa İngiliz hukuk müktebatında “ticarî araçlar düzenlemeleri” (Commercial Agent Regulations) yer almaktadır. Bu düzenlemeler, Avrupa hukukunun daha çok genel nitelikli hükümlerinden alınarak oluşturulmasına rağmen, bu iktibas faaliyetlerinden gemi tellâlı etkilenmemiştir. Böylece, bu alan kendine özgü bir aracılık faaliyeti hâlini almıştır. İngiliz hukuk sisteminde, gemi tellâlı hakkında, tek bir kanunun değil, İngiliz hukukunun genel ilkelerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hususun deniz taşımacılığında rol alan araçların hukukî niteliğinin ortaya konulmasında yaşanan zorluğu kanıtlayan bir durum olduğu kanaatindeyiz⁸³.

⁸² Çetin, s. 100; Hakkı Kişi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik İşletmeleri ve Yönetimi, ‘Ship Agency and Brokering’ Yayınlanmamış Ders Notları; Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, ss. 552-553.

⁸³ Andrew Jamieson, Shipbrokers and Law, London 1996, ss. 2-3, 131’den aktaran Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda Tellallık ve Tellallığın Uygulamada Farklı Görünümleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 261.

(4) Brokerlerin Ekonomideki Önemi

Denizcilik piyasasının oluşabilmesi için piyasanın konusu olan yükler ile bunları taşıyacak gemilerin varlığı şarttır. Piyasadaki denge veya dengesizlikler, piyasayı oluşturan bu iki unsurun birbirini karşılama oranına göre oluşmaktadır. Dış ticaret (ithalat ve ihracat) taşımaları, denizcilikte pazarlamayı harekete geçiren temel faktörlerdir. Denizcilikte pazarlama, dağıtım kanallarında ‘gemi/gemiler sahibi’ donatanlarla başlar. Bazen donatanlara bağımlı gemi/deniz işletmeciliği şirketleri kanalıyla gemilere uluslararası navlun borsalarından/pazarlarından yük bulunur. Genellikle yük için gemi ve gemi için yük bulmak brokerlerin görevidir⁸⁴. Deniz taşımacılığının, dünya taşımacılığındaki payı çok büyük boyutlardadır bu nedenle, yüklerin bulunup pazarlanması suretiyle, yük hareketliliğini sağlayan brokerler, dünya deniz taşımacılığında donatanlar kadar önemli bir aktör konumundadırlar.

Diğer taraftan, deniz taşımacılığı filosu olan bir ülkenin brokerlik ve acentelik hizmet kuruluşları gelişmemişse ve bu hizmetler yabancı sermaye kuruluşları eliyle gerçekleştiriliyorsa, bu durum o ülkenin döviz kazançları üzerinde olumsuz bir etki yapabilir. Çünkü brokerler, kendi ülkelerine yaptıkları bağlantılarda daha düşük navlun tekliflerinde bulunarak ülkelerinin çıkarlarını koruyabilirler. Bu açıdan bakıldığında bu kuruluşların ülke ekonomisine büyük etkilerinin olduğu görülebilecektir⁸⁵.

(5) Brokerlik ve Teknoloji

Ticaretin tüm alanlarında olduğu gibi deniz ticaretinde, haberleşmenin gelişmesi ve teknik ilerlemelerin hız kazanmasıyla birlikte, brokerlere olan ihtiyacın ortadan kalkabileceği düşünülebilir. Gerçekten de deniz ticaretinde kullanılan internetin, elektronik haberleşmenin ve gemi kiralama sitelerinin varlığı gemi kiralama süreçlerine olumlu yönde katkılar sağlamıştır. Bunların başında, maliyetleri düşürmek, yazım kolaylıkları sağlamak, gemi kiralama piyasasında şeffaflık yaratmak gelmektedir.

Donatanlar ile kiracılar arasında teknoloji sayesinde yapılan direk görüşmeler ve müzakereler sonucu ortaya çıkan bağlantılarda, bir problem çıkması halinde

⁸⁴ Çetin, ss. 95-96.

⁸⁵ Taş, s. 36.

gelecekte tarafların birlikte iş yapabilme imkânı ortadan kalkabilmektedir. Ancak broker kullanılarak yapılan bağlantılarda, taraflar arasında oluşabilecek olası sorunların çözülmesi, gerekli bilgilendirmelerin yapılması ve müzakere süreçlerine yardımcı olunması sürece önemli katkılar sağlamaktadır. Herhengi bir anlaşmazlığın oluşması durumunda, brokerin yaratıcı ve her iki tarafın da çıkarlarını gözetebilecek şekilde arabuluculuk görevi üstlenmesi sürece en başından doğru adımlar atılmasını sağlayabilmektedir. Ayrıca brokerler, hukuki bir dava sürecine girilmeden sorunların çözülmesinde rol oynayabilir ve oldukça önemli ölçeklerde yapılması planlanan gemi bağlama işlemlerinin gerçekleştirilmesini mümkün hale getirebilmektedirler⁸⁶.

Küreselleşmeyle birlikte dünyanın artık tek bir pazar haline gelmesi, uluslararası ticaret hacminin artması, ticari işlerin yoğunluğu ve karmaşık yapısı, mevzuatların ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi, büyüyen navlun piyasalarından sürekli haberdar olunmasının gerekliliği, yeni oluşan üretim modellerinin zamanlamaya ve hıza büyük önem vermesi, aşırı derecedeki iş bölümü nedeniyle brokerler geçmişte olduğu gibi günümüzde de büyük bir öneme sahip olmaya devam edeceklerdir.

(6) Brokerin Tabi Olduğu Hükümler

Brokerlik hizmeti, hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen simsarlık (tellallık) sözleşmesine karşılık gelmektedir. Simsarlık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m.520 ve devamındaki hükümlerle en geniş şekilde ele alınarak düzenlenmiş ve bu hükümlerde aracılık faaliyetinin meslek şeklinde icrası şartı aranmamıştır. Yasada yer alan tanıma göre simsarlık sözleşmesi; *'simsarın, taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşme'* olarak tanımlanmıştır.

Simsarlık esas itibariyle vekâletin bir alt türü olduğundan vekâlete ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin de, hakkında düzenleme bulunmayan hallerde

⁸⁶ Harun Şişman Yazıcı, Electronic Chartering (Web Esaslı Bir Platform Üzerinden Gemi Kiralama İşlemleri) Öğretim Görevlisi. <http://www.denizhaber.com/index.php?sayfa=yazar&id=40> (2.7.2013); N. Collins, The Essential Guide to Chartering and Dry Freight Market, London, 2000, s. 112'den aktaran, Gül Denктаş Şakar, Gemi Brokerliğinde İlişki Pazarlaması, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, 1. Bası, Beta Basım A.Ş., İzmir, 2013, s. 262.

simsarlık ilişkisine uygulanabilmesi mümkündür. Nitekim Türk Borçlar Kanu'nun 520/II'de açıkca '*simsarlık sözleşmesine kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır*' demiştir. Simsar tacirin bağımsız yardımcısıdır ve tacir ile arasındaki ilişki geçiçi niteliktedir⁸⁷.

Aracılık faaliyeti sadece sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getirmek ibaret olabileceği gibi, yerine göre sözleşmenin pazarlık safhasına katılmayı, sözleşme taslağını hazırlamayı da içerebilir. Aracılık faaliyetinin kapsamı simsarlık sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir. Ancak bu sözleşme simsara temsil yetkisi vermez, başka bir ifade ile simsar özel yetki verilmedikçe kendisini görevlendiren taraf adına sözleşme yapamaz, bedeli tahsil edemez, satım konusu malları teslim alamaz⁸⁸.

Simsar, aracılık faaliyetini iyiniyet kuralları çerçevesinde, basiret ve sadakatle yerine getirmek, müvekkiline ait iş sırlarını saklamakla yükümlüdür. Simsar iyiniyet kurallarına aykırı hareket ederek, sözleşmenin yapılmasına engel olur veya güçlükler çıkarırsa müvekkiline tazminat ödemekle yükümlü olur. Simsar, sözleşmenin kurulmasına imkân hazırlamak amacıyla faaliyet göstereceğinden sözleşmenin her iki tarafı içinde aracılık yapabilir. Ancak simsar bu halde de tarafsız davranmak, her iki tarafın çıkarlarını dengelemekle yükümlüdür, aksi halde ücret talep hakkını kaybeder⁸⁹.

c. Gemi Acentesi

(1) Gemi Acentesinin Tarihçesi ve Tanımı

Gemi acenteliği mesleği 14. ve 15.yüzyıllarda, ticaret yapılan piyasanın büyümesiyle birlikte, ihtiyaçları karşılamak adına, zorunlu olarak dünya denizcilik

⁸⁷ Özel yetkili (exclusive broker) broker ile taşıyan arasında daimi bir ilişki bulunmaktadır. Bu sebeple kanaatimize göre broker ile taşıyan arasında, bir hizmet akdinin varlığının tespit edilmesi ve buna bağlı olarak özel yetkili brokerin **aracı acente** olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin yapılması bakımından aracı acentelerin müvekkillerini temsil etme yetkileri bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile özel yetkili broker de müvekkilini temsilen sözleşme yapamamaktadır. Dolayısıyla özel yetkili broker belirli bir taşıyana tabi olarak faaliyet gösteren ve belirli bir gemi için aracılık etme tekeline sahip bulunan bir aracı acentedir. (Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, s. 553)

Aracılık yapan kişinin, bir iş görme sözleşmesiyle taraflardan birine muayyen veya garimuayyen bir süre için devamlı şekilde bağlı olması halinde simsarlık hükümleri değil **pazarlamacılık** (BK 448 ve devamı) ya da **acentelik** hakkındaki hükümler (TTK 102 ve devamı) uygulanır. (Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17. Bası, Ankara, 2012, s. 187)

⁸⁸ Arkan, ss. 185-188.

⁸⁹ Arkan, s. 189.

sektöründe yerini almıştır. Bu dönemde bir limandan yüklemiş oldukları malları takas etmek için bir başka limana uğrayan gemi sahipleri ve kaptanlar, bir sonraki seferde talep ettikleri malların pazar araştırmasını kolayca yapabilmek ve bu malları tedarik ederek yüklemeye hazır hale getirilmesini temin etmek maksadıyla arkalarında temsilciler bırakmak zorunda kalmışlardır⁹⁰.

Acente, navlun sözleşmesinin yapılmasında ve icrası sırasında taşıyanlara aracı veya temsilci olarak yardımcı olan bir kurumdur. Acentelik ilişkisi taşıyan ile acente arasında yapılan acentelik sözleşmesi ile kurulur ve bu sözleşme gereğince acentenin yetki ve sorumlulukları belirlenir⁹¹.

Gemi acentesi; yaptıkları anlaşmalarla gemi sahibi gerçek veya tüzel kişiler ile kaptan, işleten veya gemi kiralayanın nam ve hesabına hareket eden ve üçüncü kişi ve kuruluşlara (yükleten, gönderilen ve tedarikçi firmalara) karşı bunların haklarını koruyan, yerel makamlarla devamlı ilişkileri bulunan, bu çerçevede yaptıkları iş ve işlemlerde kendi kusurları dışında sorumlu tutulamayan, kişi veya kuruluştur⁹². Lojistik açıdan gemi acentesinin tanımı ise şöyledir; geminin ve yükün fiziksel hareketi ve bunlarla ilgili enformasyon ve doküman akışını sağlayarak, gemi ve yüke yönelik destekleyici ve tamamlayıcı hizmetler sunan lojistik bir destek kuruluşudur⁹³.

(2) Gemi Acentesinin Fonksiyonları

Deniz ticaretinde gemi sahipleri, gemileri ile uluslararası geniş bir coğrafyada, birden çok ülkenin çeşitli limanları arasında yük taşımacılığı hizmetleri vermektedir. Bu hizmetlerden dolayı gemi ve yüklere yönelik çok sayıda resmi ve ticari işlemlerin gerekli olduğu ve bu işlemlerle ilgili olarak çok sayıda özel ve resmi kuruluşla temas edilmesi gerektiği düşünüldüğünde, gemilerin uğradığı limanlarda yerel kuruluşları ve müşterileri iyi tanıyan, ilgili yasa ve yönetmelikleri iyi bilen yerel araçlara gereksinim duyacağı aşîkârdır⁹⁴.

⁹⁰ İMAK Deniz Ticaret Odası, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği, Gemi Acenteliği Eğitimi, 2011, s. 1.

⁹¹ Rayegan Kender, Deniz Acenteliği Yönetmeliği Taslağı Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl;4. Sayı: 3-4, İstanbul, 1999, s. 4.

⁹² Gemi Acenteleri Yönetmeliği, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120305-3.htm> (20.6.2013); Hakkı Kişi, Ship Agency and Brokering, Yayınlanmamış, Ders Notları.

⁹³ Kişi, (Yayınlanmamış), Ders Notları.

⁹⁴ Deveci, İşletmeler, s. 27.

Çünkü yabancı bir limana giren bir geminin o limanda iş yapabilmesi için her şeyden önce gideceği limanın yasalarını, çalışma saatlerini ve koşullarını, örf, adet ve o günkü durumunu bilmesi, bürokratik işlemlerden haberdar olması için mutlaka yerel kişilere ihtiyacı vardır. Kaldı ki bu bilgilere ulaşılsa dahi, gemi sahibinin o ülkenin dilini bilmemesi ve çalışma izninin olmamasından dolayı o limandaki işlemleri bizzat gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca gemi sahibinin tasarruf etmeyi düşündüğü miktardan daha fazlasını harcadığı halde gene de iş yapması mümkün olmayacağı gibi kaybettiği zaman ve yaptığı harcamalarda çok önemli boyutlara varabilir. Bu durum, yabancı ülke limanları kadar olmasa da, aynı bayrağı taşıyan bir geminin kendi limanı içinde geçerlidir. Şöyle ki; Türk bayraklı bir gemi Türk Limanı'na varmadan evvel, o limandaki acentesine geleceği tarihi bildirerek, yükleyeceği ya da boşaltacağı yükü bildirerek limanda gerekli hazırlıkların yapılmasını isteyebilir. Bu işlemleri gemi sahibinin önceden hazırlaması mümkün değildir. Ancak gemi sahibi oraya kendi adamlarını göndererek gerekli hazırlıkları yapabilir ve tıpkı bir acente gibi hareket edebilir. Bu durum acente bulunmayan küçük limanlar için mümkün görünse de, büyük limanlarda zaman kaybına ve daha fazla harcamalara sebebiyet verecektir⁹⁵.

Donatan firmalarla, denizde taşıma işleriyle uğraşan ticari kurumların gemilerin limanla ilgili hizmetlerini, navlun tedariki ve pazarlama işlevlerini acentelik hizmet kuruluşlarıyla vasıtasıyla gerçekleştirmektedirler. Bu hizmetleri *devamlı* olarak yukarıda bahsi geçen broker göremez; zira brokerin faaliyeti birçok kişilerle yapılan çeşitli aracılık işlemlerinden ibaret olup, bunların dışında brokerle taraflar arasında devamlı bir sözleşme bağlantısı (hukuki ilişki) söz konusu değildir. Bundan dolayı bu boşluğu, sözü geçen kurumlarla sözleşmeye dayanan, sürekli bir bağla daha sıkı bir ilişki kuran deniz acentesi doldurur⁹⁶.

(3) Gemi Acentesi Türleri

Gemi acenteleri hizmet verdikleri gemilerin çalıştıkları piyasa türüne göre özel acente ve genel acente olmak üzere iki türlüdür.

Özel Acente; Tarifesiz deniz taşımacılığı yapan gemilere hizmet vermektedirler, sadece yük bulduğu zaman, bu yükü yüklemek veya mevcut yükü tahliye etmek

⁹⁵ Akdoğan, s. 368.

⁹⁶ Taş, s. 14; İzveren ve diğerleri, s. 337.

amacıyla limana uğrayan gemilerin acentelik işlemlerini yaparlar. **Genel Acente;** Tarifeli deniz taşımacılığı yapan gemilere hizmet vermektedirler, belirli limanlara, belirli tarihlerde uğrayarak yüklerini boşaltan ve aynı limanlardan yük alan gemilerin acentelik işlemlerini yaparlar⁹⁷. Genel acenteler, özel acentelerden farklı olarak aynı zamanda gemiye yük bulmak için çeşitli faaliyetlerde de bulunabilmektedirler. Yükleme acentesi (booking agent) olarak adlandırılan bu acenteler, donatanı yükleyen (müşteri) nezninde temsil etmektedirler. Genel acentelerden çalıştığı hattı denizcilik basınında ve ticari dergilerde reklamlar ile kamuya duyurması ve farklı yollardan yük siparişi toplaması beklenmektedir. Yükleme acenteleri lojistik rekabet gücüne sahip olabilmek için, çoğu zaman müşterinin kapısından ürünü almakta ve gideceği yere iletilmesini sağlamaktadır. Doğal yapısından dolayı bu alanda çalışan acenteler sorumlu oldukları kişiler ile daha yakın ilişki içindedirler. Genel gemi acentesi hattın çalıştırıcısı olan şirket tarafından belirlenir ve atanır ki, bu şirkette genelde gemilerin ya donatanı ya da işletmecisidir⁹⁸.

Bazı acenteler özellikle ya tarifeli ya da tarifesiz deniz taşımacılığı alanında çalışırlar, diğer birçoğu ise daha fazla fırsat yakalayabilmek için her iki alanda da çalışmaktadırlar.

Acentenin tayin şekline göre, gemi acenteleri üç gruba ayrılmaktadır. **Donatan acentesi (Owner's agency):** Bu acentenin ataması sefer esasına dayanan bir taşımada gemi donatanı tarafından yapılmaktadır. Bu acente donatanın üçüncü kişilere karşı çıkarlarını kollamakla ilgili görevleri yerine getirecektir. Bunlar; geminin yanaşması için tüm liman hazırlıklarının yapılması, geminin limandaki harcama hesaplarının çıkartılması, mürettebat ve geminin iç işleriyle ilgili tüm konuları içerir. Kira sözleşmesinin koşullarına bağlı olarak, donatan acentesi yük işlemlerinin hazırlıklarını yapmaktan da sorumlu olabilir. Acenteden yükleyici/alıcılarla toplantılar yapması ve onları gemiyle ilgili gelişmelerden ve yük işlemlerinin tahmini bitiş tarihlerinden haberdar etmesi beklenecektir. Liman uğrağının başından sonuna kadar acente, donatanını tüm olaylardan ve etmenlerden haberdar etmelidir⁹⁹.

⁹⁷ Taş, s. 23.

⁹⁸ Malcolm Latarche, Port Agency, Whitherby & Co Ltd., 1998 s. 9; Tuna, s.24

⁹⁹ İMAK Deniz Ticaret Odası, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği, s. 12.

Koruyucu acente (Protecting agency): Bu acente türü denetleyici acente olarak da anılmaktadır ve donatan tarafından atanır. Geminin ve gemi mürettebatının ihtiyaçlarının karşılanması koruyuculuk hizmeti olarak tanımlanır. Kiracının acentesinin gemi sahibinin menfaatlerini korumayı istememesi durumunda, gemi sahibi gemisinin uğrayacağı limanda kendi çıkarlarını koruyucu bir acente seçebilir. Koruyucu acentenin rolü, bir gölge gibi kiracının seçmiş olduğu acentenin yürüttüğü operasyonları izlemek ve gemi sahibinin haklarının korunmasını denetlemektir. Gemi sahibinin gemi kiralama işlemlerinde kiracı tarafından seçilmiş acenteyi atama mecburiyetinde kalması, gemi sahibinin kendi çıkarlarını koruması için başka bir acenteyi de seçme ve atama hakkının olmadığı anlamına gelmemektedir¹⁰⁰.

Bir gemi, zaman esasına göre kiralandığında koruyuculuk hizmeti, kiracı tarafın sorumluluğundaki liman formaliteleri ve yük hizmetlerinden farklı olarak gemi sahibinin sorumluluğundadır. Gemiye sağlanan koruyuculuk hizmetleri iki kategoride sınıflandırılabilir.

Geminin kendisine yönelik olan hizmetler; Bunlar yakıt tedariki, gemi yedek parça temini ve gemi tamirâtı, kumanya, tatlı su ve gemi için gerekli malzemelerin temini, atık boşaltımı ve gemi sertifikaları ile ilgili bir takım hizmetleri içerir.

Gemi mürettebatına yönelik olan hizmetler: Mürettebatla ilgili olarak verilen hizmetler, onların tedavisi, defni, memlekete geri dönüşüne yönelik olabileceği gibi gemiye yeni gelen mürettebatla ilgili resmi işlemleri, mürettebat postalarını ve kaptana yapılan ödemeleri de kapsamaktadır¹⁰¹.

Bu görevlerine ek olarak koruyucu acente gerek kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, gerekse yük ile ilgili tazminat taleplerinde donatanı temsil edip onu korumakta, gerekli olduğu durum ve zamanlarda da P&I kulübü temsilcileri ile iletişime geçmektedir¹⁰².

Kiracı acenteliği (Charterer's agency): Kiracı acenteliği, geminin kiralama şekline göre iki türlü gerçekleştirilmektedir;

¹⁰⁰ Latarche, s. 40-45; D. Ali Deveci, İsmail Bilge Çetin, Gemi Acenteleri ve Forvarder İşletmeleri, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, s. 479.

¹⁰¹ Latarche, ss. 40-50

¹⁰² İMAK Deniz Ticaret Odası, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği, s. 13.

a-)Geminin sefer esasına göre kiralınması durumunda; Gemi sahipleri, gemilerini tarifersiz deniz taşımacılığında çalıştırmaya karar verdiklerinde, genelde acenteyi kendi seçmek isteyen kiracılarla karşılaşmaktadırlar. Bu isteğin altında yatan birçok sebep olabilir. Öncelikle; kiracı belli bir yükü belirli bir limana düzenli olarak sevk eden nakliyeciy ya da ihracatçı olabilir, hatta kiracı yükleme ve boşaltma limanlarında belirli uç noktalara sahip olup, buralarda operasyon gerçekleştiriyor olabilir. Bununla birlikte gemi sahibi sözleşmede kararlaştırılan yük tipini ilk defa olarak o limana taşıyor olabilir. Ya da kiracı ile yükün göndericisi ve alıcısı arasında sadece kiracının seçtiği acentenin çözebileceği veya önleyebileceği bir durum söz konusu olabilir. Bu gibi durumların varlığında kiracı gemi ile ilgili gelişmeleri yakından takip etmek adına kendi acentesinin atanmasını isteyebilir¹⁰³.

Geminin sefer esasına göre kiralınması durumunda taşıyan hemen her türlü masraf kalemlerinden sorumludur¹⁰⁴ ve acente ücretini de taşıyan ödemektedir. Kiracı tarafından acente tayin ettirmenin en önemli sebebi ise, gemi ile ilgili gelişmelerden haberdar olması için gereken personeli ve personel maliyetini de içeren birçok gideri taşıyana yüklemek istemesidir. Böylece bu atama ile hem kendisi hem de atamayı yaptırdığı acente kazançlı çıkmaktadır¹⁰⁵

Burada her ne kadar kiracı acenteyi seçme konusunda tavsiyeden öte bir işlem gerçekleştiremeye de, bu teklifin gemi sahibi tarafından dikkate alınması uygun bir davranış olacaktır. Zira yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde kiracı acenteyi seçme konusunda gemi sahibinden daha iyi bir konumda olabilir. Son yıllarda tramp piyasada bulunan gemi sahipleri potansiyel bir yükü bir acente nedeniyle reddetme durumunda değildirler. Bununla birlikte acente, gönderici ve alıcı talebi üzerine de aday gösterilebilir.

Yukarıda da belirtildiği gibi sefer esasına göre kiralama sözleşmesinde kiracının acentesi atanmamakta; sadece aday gösterilmektedir. Bu acente, atanmış değil; önerilmiş olan acentedir (nomination). Kendi seçtikleri acentenin atanmasını isteyen kiracılar kira sözleşmesinin içeriğine ‘kiracı acenteyi belirleyecek, gemi

¹⁰³ Deveci, Çetin, s. 479.

¹⁰⁴ FIOST veya benzeri bir kaydın söz konusu olması halinde acente yükleme ve boşaltma masraflarını taşıyan/gönderilen hesabına yapacak ‘gross terms’ alternatifinin geçerli olması halinde ise ilgili masraflar taşıyan hesabına kaydedilecektir. (Ülgener, Çarter Sözleşmeler I, s. 550)

¹⁰⁵ Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, s. 61, İMAK Deniz Ticaret Odası, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği, s. 12.

sahibi de o acenteyi atayacaktır' ifadesini ekletirler. Burada ki kelimeler dikkatle seçilmiştir. Belirleme seçilmiş acentenin ismini vermek iken atamak sözleşmeye ait bir ilişkiyi ve ödeme zorunluluğunu beraberinde getirmektedir¹⁰⁶.

b-)Geminin zaman esasına göre kiralanması durumunda: Bu kiralama türü, gemi üzerindeki sadece ticari idarenin kiracıya devrini içermektedir. Masrafların hangisinin donatana, hangisinin kiracıya ait olacağı detaylı olarak sözleşmelerde kayıt altına alınmakla beraber, genel kural; denize, yola, yüke elverişliliği sağlanmakta olan geminin, sabit işletme giderleri (running cost) gemi tarafına aittir. Bunların başında personel giderleri, makine yağı, yedek parça, tamir ve havuzlama, klas ve sigorta, amortisman ve faiz gelmektedir. Geminin yük taşıma faaliyetinde bulunması nedeniyle ortaya çıkan (voyage cost), yakıt giderleri, liman ücretleri, kanal geçiş ve kılavuzluk ücretleri, çekme ücretleri, yükleme boşaltma ve yük elleçleme ücretleri ise kiracıya ait olmaktadır¹⁰⁷.

Bu nedenle bu tür kira sözleşmelerinde, tüm limanlarda kiracının acenteleri atayacağı (appointment) ve ücretini ödeyeceği artık değişmez bir kural haline gelmiştir.

Zaman esasına göre gemiyi kiralayan kiracının (çartererin) geminin gideceği limanlardaki gemi acenteleri konusunda tecrübeli olduğu düşünülmektedir. Donatan kira sözleşmesinin dışında kalan ihtiyaçlarının karşılanması için, kiracının atamış olduğu acentenin hizmetlerinden yararlanabileceği gibi ayrıca kendisi koruyucu acente temin ederek personel değişimi, kumanya ikmali, tamir gibi hizmetleri yaptırabilir¹⁰⁸. Alışılmış durumlar çerçevesinde, zaman esaslı kiracının atadığı acentenin gemiyi ve donatanın işlerini idare etmemesi için bir neden yoktur. Ancak acente kiracı ile yaptığı sözleşmede 'kimin, hangi tür masrafların ödemesini yapacağını' açıklığa kavuşturmalıdır¹⁰⁹. Atandığı için kendisini yanlışlıkla kiracıya

¹⁰⁶ Latache, ss. 6-8.

¹⁰⁷ Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, ss. 53-54; Hakan Muran, Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 183.

¹⁰⁸ Muran, s. 189.

¹⁰⁹ İMEAK, Deniz Ticaret Odası, s. 13.

karşı sorumlu hisseden acente, gerçek gemi sahibinin haklarına karşı hareket ederse kendisini büyük sorunlar içinde bulabilecektir¹¹⁰.

(4) Acentenin Görevleri

Gemi acentelerinin, teknik (operasyonel), ticari, hukuki ve finansal açıdan rol ve hizmetleri mevcuttur. Acentenin görev ve yetkileri aşağıda sıralanmıştır;

- Gemi gelmeden evvel boğaz trafik kontrollerine, liman başkanlıklarına, sahil sağlık teşkilatına, emniyet teşkilatı ve gümrük teşkilatına geminin eni, boyu, geldiği limanı, yükü, yanaşacağı limanı vb. bilgileri vermek,
- Geminin gelişinde sağlık, emniyet ve gümrük kontrollerini yaptırmak,
- Yükleme ve boşaltmalar için liman işletmelerine başvuruda bulunmak, rıhtım ve barınma ücretlerini yatırmak, yanaşmayla ilgili rıhtım ve römorkör talebinde bulunmak,
- Gemide bulunan yükün alıcı veya yükleyicisine '*geminin tahliye veya yükleme hazır olduğunu*' zamanında bildirmek,
- Geminin yanaşmasını, yükleme veya tahliye ile ilgili programı, yükleyici-alıcı ve liman işletmeleri arasında iş koordinasyonunu sağlamak
- Yükleme ve boşaltmayla ilgili '*olaylar çizelgesin*' tutmak ve ilgililere imzalatmak,
- Yakıt alma, onarımlar, gemi yönetimi, tayfa değişiklikleri, yolcular, gemi gereçleri, yedek parçalar, teknik ve denizcilik yardımı, tıbbi yardımı düzenlemek, su ve kumanya tedarik etmek,
- Terminal operatörlerinin, stevedor, puantör ve diğer tüm yüklenicilerin faaliyetlerini, olabilecek en iyi çalışmayı elde etmek ve geminin bir an evvel gönderilmesini sağlamak amacıyla düzenlemek ve koordine etmek,
- Noksan ya da fazla çıkan yükleri takip edip, sonuçlandırmak,

¹¹⁰ Latarche, s. 8.

- Yükte olabilecek hasar ve zararları tespit etmek, bunlardan ilgilileri haberdar etmek,
- Donatanı, liman hakkında ve geminin sevkiyatını muhtemelen etkileyecek çalışma koşullarından düzenli olarak zamanında haberdar etmek,
- Gemi limandaki yükleme ve boşaltma işlemini bitirdikten sonra liman idaresinden, gümrükten gidiş izinlerini almak,
- Yükle ilgili istatistik bilgilerini elde etmek, yük rezervasyonları ve yer tahsislerini rapor etmek, bölgesinde yük araştırması yapmak,
- Sefer ve varışlarını, navlun oranlarını aktarmak ve navlun tarifelerini ve değişikliklerini bildirmek, navlun tahsil etmek,
- Geminin liman ve sağlık rüsumunu, fener ve tahliye ücretlerini zamanında yatırmak,
- Yükleme yapan gemilerin yükle ilgili ‘*özet beyanı*’ gümrük idaresine tescil ettirmek,
- Gemiye yüklenen yükün konişmentolarını tanzim ederek yük sahiplerine vermek,
- Geminin boğaz ve kanaldan geçmesi durumunda kontrol istasyonlarına gemi hakkında bilgi vermek,
- Muhasebe kayıtları tutmak, tahsilât ve ödemelere ait hesap cetvelleri düzenlemek,
- Hukuki problemlerin çözümüne yardımcı olmak, sözleşme yaptığı kişiyi temsilen akidler yapmak¹¹¹.

(5) Gemi Acentesinin Tabi Olduğu Hükümler

Acentelik müessesesi Türk Ticaret Kanunu’nun 102 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda acente; ‘*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya*

¹¹¹ İMEAK, Deniz Ticaret Odası, s. 4; Taş, s. 18; Kişi, Ship Agency and Brokering Ders Notları

işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir’ şeklinde tarif edilmiştir. İş bu tanımdan da anlaşılacağı üzere acente, faaliyet düzenini ve çalışma düzenini kendileri ayarlayabilen bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Müvekkil ancak acenteye yapılacak sözleşmenin, tür, içerik ve şartları hakkında talimat verebilir¹¹².

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere acentelik ilişkisi, tacir ile onun adına faaliyette bulunacak acente arasında yapılan bir sözleşmeden kaynaklanır. Acentelik sözleşmesinin yapılması herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak acenteye tacir adına sözleşme yapma yetkisi de tanınmak isteniyorsa, bu yetkinin yazılı bir şekilde verilmesi ve belgenin acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi gerekir (TTK m.107)¹¹³.

Kanunda acentenin faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde göstermesinden (tekel hakkı) söz edilmiş ise de tekel hakkı tarafların anlaşmasıyla kaldırılabilceğinden bunu acentenin bir unsuru olarak değerlendirmek isabetli olmaz. Acente, müvekkili tacirin işletmesini ilgilendiren sözleşmelerin yapılması hususunda sürekli bir şekilde aracılıkta bulunur; daha açık bir anlatımla acente, müvekkili tacirin sözleşme yapacağı kişileri bulur ve bunları, tacirle sözleşme ilişkisine girmeye yönlendirir ve aynen bir simsar gibi çalışır. Ancak simsardan farklı olarak, acentenin, müvekkili ile olan ilişkileri süreklilik arz eder. Acenteliğin simsarlık farklı olan diğer bir yönü de, acentenin, tacirin işletmesi ile ilgili sözleşmelerin yapılabilmesi için aracılık faaliyeti göstermekle yükümlü tutulmuş olmasıdır. Simsarın, böyle bir yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı ise tartışmalıdır¹¹⁴.

Acente, tacirin işletmesi ile ilgili sözleşmelerin yapılabilmesi için aracılık faaliyeti göstermekle yükümlüdür. Acentenin, tacir ad ve hesabına sözleşme yapabilmesi için acenteye özel yetki verilmiş olması gerekir. Bu yetkiye dayanarak acentenin yapmış olduğu sözleşmeler taciri (müvekkil) bağlar. Türk Ticaret Kanunu madde 106’ya göre; ‘müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente,

¹¹² Arkan, ss. 197-198.

¹¹³ Arkan, s. 197.

¹¹⁴ Arkan, ss. 198-199

bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez' dolayısıyla bu hallerde yetkisiz acenteye ödeme yapan müşteri yerine göre ikinci bir ödeme yapmak durumunda kalabilir¹¹⁵.

Acente, sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Bu nedenle sözleşme yapacağı kişileri özenle seçmek ve bunların ödeme gücünü araştırmakla yükümlüdür. Acente çoğunlukla da tacir konumunda olacağından müvekkilinin işlerini görürken ve menfaatlerini korurken basiretli bir acenteden beklenen özeni göstermek zorundadır¹¹⁶.

Acente, üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu beyanlarını, bölgesindeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları ona zamanında bildirmek zorundadır. Acente, müvekkilin malları ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler almak ve müvekkili adına tahsil ettiği parayı zamanında iade etmek zorundadır. Diğer taraftan acente, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, aynı yer ve bölge içinde birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme için acentelik yapamaz (TTK 104). Aynı durum müvekkil tacir bakımından da söz konusudur. O da aynı yer veya bölgede, aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemez¹¹⁷.

Türk Ticaret Kanunun, acentelere ilişkin kısımda hüküm bulunmayan hâllerde, aracılık eden acentelere Türk Borçlar Kanununun simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hâllerde vekâlet hükümleri uygulanır (TTK m.102/2).

¹¹⁵ Arkan, ss. 199, 200, 2014

¹¹⁶ Arkan, s. 205.

www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.6102&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6102 (1.7.2013)

¹¹⁷ Arkan, ss. 206-2007.

d. Taşıma İşleri Komisyoncusu (Forwarder İşletmeleri)

(1) Tarihçe ve Tanımı

Ticaret ve taşımacılık, limanların çevresinde gelişmiş ve daha sonraları depolama, elleçme ve paketlemedeki ilerlemelerle deniz kenarlarından içerilere doğru yayılmıştır. Forwarding, 10. yüzyıldan itibaren şehirlerde ve limanlarda depoların inşa edilmesi, deniz ticaretinin artmasıyla birlikte ortaya çıkmış ve gelişmeye başlamışlardır. İlk zamanlarda bu firmalar, üreticilerin, tüccarların, dışsatımcı/dışalımıcıların, mallarının yüklenmesi/boşaltılması, gümrüklenmesi, depolanması, taşınması, satışı ve ödemelerin yapılması ile uğraşmaktaydılar. Birçoğunun kendi deposu vardı ve müşterilerine en iyi rota, taşıma şekli konusunda danışmanlık yapmaktaydılar. 16. yüzyılda, belli büyüklükteki forwarder firmaların, kendi konşimentolarını, depo makbuzlarını vb. tanzim ettikleri görülmektedir. 18. yüzyıldan itibaren ise, farklı müşterilerden malların toplanması, onların konsolide edilmesi ve belli bir bölgeye gönderilmesi olayı olan '*grupaj taşımacılık*' işine daha fazla girmişlerdir. Yine bu yüzyılda forwarderlerin taşınan malların sigortalanması ile ilgilendikleri ve parasal/finansal operasyonları bankalara bıraktıkları gözlenmektedir¹¹⁸.

19. yüzyıldan itibaren, özellikle buhar gücünün bulunmasıyla birlikte, ulaştırma modlarında büyük gelişmeler sağlanmış, bu dönemden sonra forwarder kendi ülkesinin ekonomisindeki kesin yerini almış ve '*tarife uzmanı*' olmuştur. Artık dışsatımcı olan müşterisine en hızlı ve en ekonomik rotayı bulmak konusunda hizmet vermektedir. 2. Dünya savaşıdan sonra havayolu ulaşımındaki gelişmeler dolayısıyla forwarder havayolu taşımacılığına da girmiştir. Bugün için, havayolu ile taşınan malların %80'ni bu firmalar tarafından kontrol edilmektedir. 1950 yılından sonra ise, karayolu taşımacılığının gelişmesi uluslararası taşımacılıkta diğer bir devrim oluşturmuştur¹¹⁹.

Yirminci yüzyılın sonlarına doğru, hava taşımacılığının gelişmesi ve yeni taşıma şekillerinin oluşması, büyük kapitallere ihtiyaç göstermiştir. Buna bağlı olarak

¹¹⁸ Hande Sezer, Düzenli Hat Taşımacılığında Nakliye Müteahhitinin Gemi Operatörü Seçimine Çok Kriterli Karar Destek Sistemi Yaklaşımı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008, s. 46

¹¹⁹ Sezer, s. 47.

taşıyıcılara destek veren komisyoncular oluşmuştur. Her nakliye firması; uçak, gemi, tren ya da tır sahibi olamayacağı için, bu firmaların ortaklaşa konferanslar düzenleyerek, servis oluşturmaları kaçınılmaz bir hal almıştır. Bu sebeple servisleri destekleyici firmalar ve taşıyıcılar arasında, taşıma organizasyonları oluşturan şirketler oluşmuştur. Yirminci yüzyılın başlarında oluşarak, günümüzde teknolojik gelişmelerle, sürekli büyümekte olan sektör, forwarder sektörüdür¹²⁰. Forwarderin tanımı ve fonksiyonları bağlamında hem ulusal hem de uluslar arası literatürde bir fikir birliğinin olmadığı tespit edilmiştir. Bu tanımlardan birkaçı şöyledir:

Birleşmiş Milletler Ticaret ve Gelişim Konferansı; Küresel boyutta çoklu taşıma sistemlerinin esas uygulayıcısı olan bu işletmeleri, çoğu zaman kendilerinin olmayan ya da işletmedikleri taşıma araçları ile taşımayı, geleneksel tekli taşıma sistemlerini bütünleştirmek suretiyle gerçekleşmesini sağlayan önemli taşıma aktörü olarak tarif etmektedir¹²¹.

Birleşmiş Milletler Asya ve Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu; Yüklerin taşınması, birleştirilmesi, elleçlenmesi, paketlenmesi ve dağıtımına ilişkin olarak yük ilgisinin ya da taşıyıcının acentesi sıfatıyla hareket eden kişi ya da işletmeler olarak tanımlamaktadır. ABD yasası (U.S Code) 13903. Maddesinde freight forwarder işletmelerini; ‘taşımayı düzenleyen ve birleştiren ya da düzenlenmesini ya da birleştirilmesini sağlayan ve taşıma operasyonlarının dağılımını gerçekleştiren ve kalkış yerinden varış yerine kadar gerçekleşen taşımaya ilişkin sorumluluğu üstlenen kişi’ olarak tanımlamaktadır¹²².

Uluslararası Taşıma İşleri Organizatörleri Birliği (FIATA) ve Avrupa Taşıma İşleri Organizatörleri, Nakliye, Lojistik ve Gümrük Hizmetleri Birliği’nin (CLECAT) üzerinde uzlaşmaya vardığı tanım çerçevesinde freight forwarder; bir veya daha fazla taşıma türü kullanarak taşıma işlemlerini gerçekleştiren; bu taşımaya ilişkin konsolidasyon, depolama, elleçleme, paketleme, eşyanın gümrük işlemlerinin yapılması, sigortalanması, kıymetli evrakının hazırlanması ve ödemenin tahsilatı gibi işlemleri yürüten firmalardır.

¹²⁰ Sefer Gökdoğan, Freight Forwarder Organizasyonu ve Freight Forwarder Organizasyonda Konteyner Taşımacılığı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 3.

¹²¹ http://unctad.org/en/docs/sdtetlb20031_en.pdf (19.07.2013)

¹²² Nil Kula Değirmenci, Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak, Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, Dokuz Eylül Yayınları, 2012, ss. 83-84.

Bu firmaların en belirgin özelliklerinden biri kendilerine ait taşıma araçlarının bulunmaması buna karşın gemi, tır, tren ve uçak ya da birbiri ardına bunlardan birkaçını acentelik veya hizmet satın alım yönetimi ile kullanarak taşımaların organizasyonunu gerçekleştirmeleridir. Öte yandan, dünya uygulamalarında, bu işletmelerin dikey bütünleşik yapı içinde hareket ettikleri, yani taşıma işlemlerinin gerçekleştirilmesi kadar, taşınan eşyanın depolanması ve beraberinde gümrük işlemlerinin sunulması gibi faaliyetlerde de bulundukları görülmektedir¹²³.

(2) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Fonksiyonları

Forwarder firmaları dünyaya yayılmış ofisleri ve binlerce personeli ile oldukça hacimli işletmelerdir. Son yıllarda daha geniş bir alana hizmet vermek ve sermayelerini daha kolay artırmak için bu firmalar birleşme yoluna gitmektedir. Bazı forwarder firmalarında, belli başlı deniz işletmelerinin payı vardır ya da bunlardan bazıları bu işletmelere aittir. Forwarder işletmeleri, dünya ticaretinin gelişmesi için şüphesiz çok büyük katkılarda bulunmaktadırlar. Özellikle üretilen malların akışını kolaylaştırmaktadırlar. Günümüzde dünya ticaretinde yaşanan güçlükler yüksek bir servis standardını gerekli kılmaktadır¹²⁴.

Tarifeli deniz taşımacılığının belirli hatlarda planlı seferlerinin olması, belirli sayıda gemiyi belirli hatlarda çalıştırmayı gerektirmesi, yük hacminde standart seviyenin korunmasını zorunlu hale getirmektedir. Tarifeli deniz taşımalarında, seferlerin daha önceden ilan edilmiş, aralıklarla ve belirli rota üzerinden çalışması, gemilerin yüklü olup olmamasına bakılmaksızın zamanı gelince hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Gemilerin planlanmış saatte sefer yapma gerekliliği, geminin tam dolmadan limandan ayrılmasına neden olabilmektedir. Belirtilen nedenle, bu taşımacılık türünde hizmet veren işletmeler, yük planlaması ve yük yönetimi konusunda forwarder ile yakın işbirliği yapmaktadırlar. Bu sebeple forwarder, konteyner yüklerinin çok sayıda firmanın parça yüklerinden oluşması sebebiyle, kaliteli bir hizmet sunmak adına hat güzergâhında bulunan tüm limanlardaki

¹²³Rekabet Kurulu Kararı, Öneri Dosya Sayısı: 2009-4-244, Karar Sayısı: 09-09/185-55 Karar Tarihi: 5.3.2009
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar2845.pdf> (19.07.2013)

¹²⁴ Alan E.Branc, The Elements of Exports Practice, London, 1984, s.26'dan aktaran Ayşe Taş, Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1994, s. 8.

faaliyetlerinde, planlama ve örgütlenmeyi çok iyi yapmak durumundadır¹²⁵.

Forwarder firmaların denizyolu konteyner taşımacılığındaki taşıma organizasyonu faaliyetleri üç grupta değerlendirilebilir. Bunlar;

1-)Komple konteyner taşımacılığı

2-)Parsiyel taşımalar

3-)Diğer taşıma ve hizmetler (özel ekipman taşımaları, kombine taşımalar, dokümantasyon hizmetleri, depolama, ambalaj, sigorta, gümrük ...)

Komple konteyner ithalat ve ihracatında, forwarder komple konteyner yüklemeler için donatan ya da acenteleri ile yıllık ya da dönemlik sözleşme yapabilir veya işin niteliğine göre spot navlun fiyatlarıyla çalışabilir. Bu kontratlar sayesinde piyasayada daha çok rekabet ederek, kaliteli bir hizmet sunabilirler. Ancak bunun karşılığında taşıyıcılarla anlaştıkları kotaları anlaşılan zaman diliminde doldurmak durumundadırlar¹²⁶.

Forwarder, tarifeli deniz deniz taşımacılığında vardır ve bu taşımacılığın dağıtım kanalının bir üyesi olarak yükletenlere lojistik konularda destek sağlamaktadır. Bir gemi acentesinden tam olarak aldığı boş konteynerleri, bir konteynerden daha az yükü olan (less container load) yükletenelerin yükleri ile tam konteyner yükü haline getirmektedir¹²⁷. Bu nedenle perakende (küçük çaplı) taşıtanlar yüklerini çoğunlukla forwarderler aracılığıyla taşıtmaktadırlar. Forwarder yükleri toplayarak (grupaj) toptan aktarmanın getirdiği ucuzluk avantajını kullanır, konşimento harcından ve zamandan tasarruf sağlar¹²⁸.

Konteyner taşımacılığının gelişmesine bağlı olarak, limandan limana sunulan hizmetler yerini kapıdan kapıya hizmetlere bırakmıştır. Kapıdan kapıya teslimatın kara taşımacılığını da kapsamıyla beraber konteyner yükü bir transfer aracı olarak ortaya çıkmıştır ve büyük avantaj yaratmıştır. Kapıdan kapıya taşımacılık, sistemler arası ulaştırma şekli çerçevesinde gerçekleştirilen ve son yıllarda üreticinin üretim

¹²⁵ Selvihan Gürşen Lale, Lojistik Çağında Sevkiyatçı Şirketler ve Faaliyet Alanları, İstanbul Üniversitesi, Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004' den aktaran, Murat Yarkın, İstanbul Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder İşlemleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006, s. 65.

¹²⁶ Gökdoğan, s. 2.

¹²⁷ Tuna, ss. 39-40.

¹²⁸ Necmettin Akten, Deniz Taşımacılığında Taşıyıcı Yükleyici İlişkileri ve Yükleyicilerin Ekonomik Çıkarlarının Korunması, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, 1997, İstanbul, s. 71.

hattından perakendecinin rafına kadar olan süreci de kapsayan bir görünüme girmiş ulaştırma şeklidir¹²⁹.

Forwarderler nakliye organizatörü olarak çalıştıkları için, acenteler arası taşıma organizasyonları ve servis alış verişleri, onlar için en önemli noktayı teşkil etmektedir. Forwarderler taşıyıcılardan aldığı bütün servisleri değerlendirmekte, birden fazla taşıma şekli gerekiyorsa bu taşıma şekillerini birleştirerek müşterilerine bir paket halinde aktarmaktadırlar. Böylece taşınmasını organize ettikleri yüklerin, bütün aktarma operasyonlarını, diğer detaylarıyla aksatmadan yürütmektedirler. Forwarderler piyasada yük bulmak ve taşınacak malların en uygun şekilde taşınabilmesi için kara, hava, deniz, demiryolu kombinasyonunu oluşturmak ve tüm taşıyıcı şirketlerle gerektiğinde yük paylaşımı yapmak zorundadır¹³⁰.

Forwarder firmaları, uluslararası pazarlamadaki kolaylaştırıcı kurumlar içinde yer alırlar ve dışsatımcılara yoğunlukla fiziksel dağıtım (lojistik) konularında destek sağlarlar. Yaptıkları işler dolayısıyla uluslararası ticaretin finansmanında, gümrükleme işlemlerinde, ticari coğrafyada, nakliye sigortasında, nakliye hukukunda ve ticari hukukta uzmanlık derecesinde bilgi sahibi olmaları gereklidir. Bu özelliklerinden dolayı forwarderler dış ticaret uzmanı olarak görülebilirler. Gemi acenteleri, denizyolu taşıyıcılarını (gemi sahipleri veya işletmecilerini) bir limanda ya da bir taşıma bölgesinde temsil ederlerken, forwarder işletmeleri uluslararası taşımalarda ihracatçı ve ithalatçı işletmeler hesabına çalışmaktadır¹³¹.

(3) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Görevleri

Forwarderlerin uluslararası denizyolu ile eşya taşımacılığındaki temel görevleri şu şekilde sıralanabilir.

- İhracatçı ya da ithalatçıya taşıma konusundaki alternatifleri ortaya koyarak, hangi seçeneklerin kendisine uygun olduğu konusunda görüş bildirmek,
- Taşıma süreçlerini planlamak ve gerçekleştirmek,

¹²⁹ Sezer, s. 42.

¹³⁰ Gökdoğan, s. 2.

¹³¹ Alan E. Branch, Economics of Shipping Practice and Management, London, 1988, Aktaran Hande Sezer, Düzenli Hat Taşımacılığında Nakliye Mütahhitinin Gemi Operatörü Seçimine Çok Kriterli Karar Destek Sistemi Yaklaşımı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008, s. 42; Deveci, Çetin, s. 494.

- En ucuz ve seri hinterlant taşımasını ayarlayarak malın yükleme limanına getirilmesini sağlamak,
- Göndericinin gereksinim duyduğu belgeleri hazırlamak,
- Gerekğinde sigorta işlemleri yapmak, sigorta kapsamında zarar gören yüklerle ilgili gerekli işlemlerin başlatmak ve bu konuda göndericiye yardımcı olmak,
- Yüklerin sevkiyatını izlemek ve boşaltma limanında yüklerin transfer işlemlerini ayarlamak,
- Gemi işletmesiyle, yer rezervasyonu yapmak,
- Gümrük işlemlerine nezaret etmek,
- Banka işlemlerini yürütmek, göndericinin talebi üzerine ödeme işlemlerini takip etmek,
- Yükleyici ile temas ederek malın ambalajı, markalanması, fatura düzenlenmesi gibi konularda alıcı adına işlemleri yürütmek,
- Bilgi teknolojilerini kullanarak, tüm birimler arasında koordinasyon ve iletişimi sağlamak ¹³².

(4) Taşıma İşleri Komisyoncusunun Akdetmiş Olduğu Sözleşmeler

Konteyner taşımacılığı yeni ilişkiler ağında büyük önem taşımaktadır. Bunun nedeni, konteynerin basit bir taşıma kabı olmaktan öte, yük ile gemi arasındaki ilişkinin niteliğini değiştirecek kadar önemli bir unsur olmasıdır¹³³. Bu ilişkiler ekseninde forwarder gemi işletmeleri, yük ilgilileri ve diğer lojistik sağlayıcılarla farklı türlerde sözleşme yapmak durumundadır. Bu çalışmada sadece forwarderin gemi işletenlerle ve yük ilgilileriyle yaptığı sözleşmelere değinilecektir.

¹³² Özlem Özen, Denizyolu Taşımacılığında Yük Sevkiyatçılığının Karar Yaklaşımları ve Bilgi Teknolojileri Uygulamaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 73, Akten, s. 71.

¹³³ OLIVIER, V., Les Demandeurs Et Les Défendeurs Dans L'Action En Responsabilité Dans Le Contrat De Transport Maritime De Marchandise, These De Doctorat, Marseille 1997, sh.339'dan Aktaran Kürşat Tangün, Gemi İşletmeyen Taşıyan, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 3.

(i) Gemi İşletenlerle Akdettiği Sözleşmeler

Forwarder, yük ilgililerine karşı taahhüt ettikleri taşımayı veya taşımanın organizasyonunu gerçekleştirebilmek için, gemilerin ticari yönetimini elinde bulunduran; donatanlar, zaman chartererleri ve yolculuk charterini üstlenenler, konsorsiyum ve konferanslarla çeşitli sözleşmeler akdetmek zorundadır.

Gemi işletenlerle, forwarder arasındaki ilişkiler oldukça karmaşıktır. Bir taraftan forwarder alabileceği en iyi hizmete karşılık (yani kendileri için en uygun yükleme takvimi, taşıma hattının müsait oluşu ve aralarındaki sözleşmenin ifasında esneklik) en uygun fiyatı ararken, diğer yandan gemi işletenler sorumluluklarını asgari düzeylere çekerek en yüksek fiyatlarla konteyner gemilerini doldurmaya çalışmaktadır.

Forwarderlerin ekonomik güçlerinin ve gönderdikleri konteyner sayısının farklı olması, forwarderlerle gemi işletenler arasında her bir forwarderin durumuna uygun değişik tipte sözleşmelerin yapılmasına yol açmaktadır. Bu sözleşmelerin belirlenmesinde ortaya çıkan en önemli güçlük ise tarafların kişiye özel şartlar içeren bu sözleşmeleri gizli tutmak istemeleridir¹³⁴.

Bu sözleşmeleri "Global Service Contract", "Loyalty Contracts", "Me Too Contracts", "Service Contract", "Slot Charter", "Slot Agreement", ve "Time-Volume Rate Contract" başlıkları altında sayabiliriz. Sözleşmeler, forwarderlerin faaliyetlerinin niteliğine ve iş hacmine göre farklılık göstermektedir¹³⁵.

Forwarderin, yük ilgilileri ile yapılacak sözleşmelere imkân sağlamak amacıyla, gemi işletenlerle yaptığı sözleşmeleri iki grup altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, **konteyner için yer tahsisi** (slot charter, slothire) sözleşmesidir. Gemi işleten ile forwarder arasında yapılan, adı önceden belirlenmiş bir gemi üzerinde, belirli sayıdaki konteyner alanının (slot)¹³⁶, belirli bir süre veya önceden belirlenmiş sayıdaki yolculuk için forwardere tahsisini öngören sözleşmedir. Diğer sözleşme grubu ise, gemi üzerinde **belirli hacimde yer tahsisini öngören** sözleşmeler oluşmaktadır. Bunlar "Loyalty contract", "Time Volume Rate Contract" veya "Service Contract" olarak adlandırılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, bir hat

¹³⁴ Tangün, s. 7.

¹³⁵ Tangün, s. 7.

¹³⁶ Konteyner gemilerinde bir konteynerin gemiye yerleştirilebilmesi için gereken alana İngilizce bir terim olan "slot" denilmektedir

üzerindeki gemilerde belirli hacimlerin rezerve edilmesi sağlanmaktadır. Bu sözleşme türünde gemi değil, limanlar veya taşıma hattı önceden belirlenmiştir. Bu iki ana grup sözleşme arasından hangisinin seçileceği, gemi işletenlerle sözleşme yapan forwarderin niteliği ve ekonomik gücü ile yakından ilgilidir¹³⁷.

Forwarder faaliyetlerinin doğumu, iletişim imkânlarının kullanılması ve yüklerin bir araya getirilmesi kadar lojistik tekniğinin ortaya çıkmasıyla da ilgilidir. Forwarder, önceden gemi işletenlerle yaptığı sözleşmeler sayesinde, taşımanın daha ucuz yapılmasını sağlamaktadır. Yük ilgililerinin forwardere başvurmasının asıl sebebi, onun taşımayı organize ederek en uygun navlunu sağlaması ve bunun da ihraç veya ithal edilen malın fiyatına etki etmesidir¹³⁸.

(ii) Yük İlgilileri ile Akdettiği Sözleşmeler

Forwarderler, bir taşıma ilişkisinde ve taşımada üstlendikleri rollere göre; temsilci (agent) ve/veya asil (principal) olarak değişen sıfatlar taşıyabilmektedir. İlk olarak temsilci sıfatıyla ortaya çıkan bu işletmeler, 20. Yüzyılın başlarında, taşıtanların limandan limana teslimden daha fazlasını talep etmeleri ve bu talepleri karşılayacak şekilde hareket etmek noktasında temsilci sıfatlarının yetersiz kalmasıyla, taşımanın gerçekleşmesine ilişkin olarak sözleşmesel sorumluluk altına girmeye başlamış ve asil sıfatını da kazanmışlardır¹³⁹.

Forwarderin Yük İlgilileri İle Yaptığı Sözleşmenin Taşıma İşleri Komisyonculuğu Olarak Nitelendirilmesi;

Forwarderin yük ilgilileri ile yaptığı sözleşmenin taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yaptığı sözleşmelerin temel unsurlarıyla taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin temel unsurlarının birbirlerine uygun olması gerekir. Taşıma işleri komisyoncusuna ilişkin hükümler

¹³⁷ Moriniere, J.M:Les Non-Vessel-Operating Common Carriers (NVOCC) Essai Sur Le Concept de Transporteur Maritime Contractuel, Thèse De Doctorat, 1997 Nantes, s.24'den aktaran Tangün, s. 7, 73, 86.

¹³⁸ Tangün, s. 101.

¹³⁹ Jones, 1993, s. 21'den aktaran Değirmenci, Nil Kula Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, Dokuz Eylül Yayınları, 2012, s. 90.

Türk Ticaret Kanunun m. 917 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yasada belirtilen düzenlemeye göre;

Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşıtmayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.

(1) Eşyanın **taşıılması borcu**, taşıma işinin örgütlenmesini ve özellikle;

- a) Taşıma araçlarını ve taşıma yolunu belirlemek,
- b) Taşıma işini fiilen gerçekleştirecek taşıyıcıyı ve taşıyıcıları seçmek, eşyanın taşıılması için gereken **taşıma, ardiye ve taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmelerini** yapmak,
- c) Taşıyıcıya ve taşıyıcılara gerekli bilgi ve talimatları vermek,
- d) Gönderenin tazminat haklarını teminat altına almak, yükümlülüklerini kapsar.

(2) Komisyoncunun yükümlülüklerinin kapsamına ayrıca, taşımaya ilişkin olarak kararlaştırılmış olan eşyanın sigortalanması, ambalajlanması, işaretlenmesi ve gümrüklenmesi gibi başkaca edimlerin yerine getirilmesi de girer. Aksi öngörülmedikçe, komisyoncu, sadece bu edimlerin yerine getirilmesi için gereken sözleşmeleri yapmakla yükümlüdür.

(3) Taşıma işleri komisyoncusu, gerekli sözleşmeleri kendi veya böyle bir yetki almış olması şartıyla, gönderen adına yapar.

(4) Taşıma işleri komisyoncusu edimlerini yerine getirirken, gönderenin menfaatlerini gözetmekle ve onun talimatlarına uymakla yükümlüdür (TTK m. 918).

Taşıma işleri komisyoncusu, kendi adına ve müvekkili hesabına eşya taşımayı taahhüt eder. Dolayısıyla taşıma işleri komisyoncusu ve taşıyıcı/taşıyan birbirinden tamamen farklı hizmetleri ifa eden kişilerdir. Komisyoncu bir eşyanın bir yerden başka bir yere götürülmesi için bir taşıyıcı/taşıyan bularak onunla kendi adına müvekkili hesabına taşıma sözleşmesi yapmayı üstlenir. Taşıyıcı/taşıyan ise komisyoncu ile yaptığı sözleşme uyarınca eşyayı taşımakla yükümlü olur. Taşıma

işleri komisyoncusunun faaliyeti eşyanın yer değiştirilmesini sağlamaya yöneliktir¹⁴⁰. Taşıma işleri komisyoncusu aracılık işini devamlı olarak, ücret karşılığı yapan kişidir¹⁴¹.

Benabent'e göre, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi kendine yetebilen bağımsız bir sözleşme değildir. Komisyoncunun müvekkili adına üçüncü kişilerle yapacağı diğer sözleşmeleri yapabilmek amacıyla önceden akdettiği bir sözleşmedir. Diğer sözleşmelerin seçiminde, komisyoncunun organizatör niteliği kendini gösterir ve bu nedenle komisyoncu "her işi yapan kişi" veya "taşıma mimarı" olarak nitelendirilir¹⁴².

Uygulamada forwarder taşımanın gerçekleştirilmesini sağlarken taşıma türünü ve araçlarını serbestçe seçme imkânına sahip olduğundan taşıyan ve diğerleriyle kendi adına sözleşme yapmaktadır. Örneğin deniz taşıyanıyla kendi adına sözleşme yapan forwarder, gemi işleten tarafından düzenlenen koniementoda yükleten veya yolculuk charteri sözleşmesi için düzenlenen charter partide charterer olacaktır¹⁴³. Forwarder yük ilgilileri ile yaptığı sözleşme taşıma komisyonculuğu sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde aslında forwarder, bu sözleşmenin kendisine yüklediği temel borcu ifa etmek yani müvekkilinin yükünün taşınmasını sağlamak ve bu operasyonu organize etmek için gemi işletenlerle ve taşıma organizasyonunda rol alan diğerler kişilerle kendi adına müvekkili hesabına sözleşme yapmaktadır¹⁴⁴.

Forwarderin Yük İlgilileri İle Yaptığı Sözleşmenin Taşıma Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi:

Taşıma işleri komisyoncusunun, eşyanın bir yerden başka bir yere götürülmesi için bir taşıyıcı/taşıyan bularak onunla kendi adına müvekkili hesabına taşıma sözleşmesi yapmayı üstlendiğini ve taşıyıcının ise komisyoncu ile yaptığı

¹⁴⁰ Yolcu taşıma işlerin aracılık yapılması halinde komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler değil vekâlet hükümleri uygulanır.

¹⁴¹ Arkan, ss. 234-235; Vural Seven, Taşıma Hukuku <http://www.taa.gov.tr/dosya/belge/ttkguncelsunumlari/vuralseven/yr-doc-vural-seven-tasima-hukuku.pdf> (15.8.2013)

¹⁴² Benabent, A: Commissionnaire, Jcl com. 198 , Fasc 360, sh. 2., Tilche, M: Le Syndrome De L'Homme-orchestre, BT 1982, sh. 47'den aktaran, Tangün, s. 99.

¹⁴³ Tangün, s. 102.

¹⁴⁴ Moriniere, J.M: Les Non-Vessel-Operating Common Carriers (NVOCC) Essai Sur Le Concept de Transporteur Maritime Contractuel, Thèse De Doctorat, 1997 Nantes, s. 134'den aktaran Tangün, s. 103.

sözleşme uyarınca eşyayı taşımakla yükümlü olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Ancak bazı hallerde farklı nitelikteki bu iki hizmet, aynı kişi tarafından yerine getirilebilir. Örneğin komisyoncu, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, taşıma işini gerçekleştirmeyi de üstlenebilir. Bu halde komisyoncu TTK m. 926 uyarınca taşıyıcı/taşıyan sayılır. Komisyoncunun taşıma işini de gerçekleştireceğini müvekkiline bildirmesi gerekir. Ancak böyle bir bildirimde bulunmamış olsa dahi TTK. 917/3'teki yollama nedeniyle uygulanacak olan BK 544 uyarınca, taşıma işinin icra edildiğini taşıyıcının/taşıyanın kimliğini açıklamaksızın müvekkiline duyuran komisyoncu da, taşıyıcı/taşıyan sayılır.

TTK. md. 921 ve md. 927'de komisyoncunun taşıyıcı sayılacağı başka bazı hallerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada ifasına hizmet edilen taşıma sözleşmesi önem kazanmaktadır. Sözleşmeye hangi hükümler uygulanacak ise (hava, kara, deniz, demiryolu taşıması) o hükümler çerçevesinde taşıma işleri komisyoncusu, taşıyıcı veya taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olacaktır ¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Arkan, s. 234,dipnot (2); Seven, Ders Notları.

II. BÖLÜM

REKABET HUKUKU

I. REKABET KAVRAMI

Rekabet, kapitalist ekonomi sisteminin yarattığı ve yarattıktan sonra da temelini dayandığı bir kavramdır. Ekonomistlerce üzerinde birleşilen basit kapitalist ekonomi tanımı ile **rekabet**, satıcı ve alıcıların aynı pazarda –serbest koşullarda- fiyat ve üretimi belirlemeleridir. Aynı tanımdan yola çıkarak, rekabetin içinde yaşayacağı yer olan pazar kavramı da, arz ve talebin bulunduğu yer olarak tanımlanabilir¹⁴⁶.

Rekabet Kanun'un genel gerekçesinde rekabet, ekonomi yönü dikkate alınarak şu şekilde tarif edilmiştir; 'genel olarak, piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve piyasa payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış ve karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci olarak da tanımlanabilir'¹⁴⁷.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun¹⁴⁸ "Tanımlar" başlığı altında rekabeti, "**mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilmesini sağlayan yarış**" şeklinde açıklamıştır. Topçuoğlu bu tanımda yer alan, "özgürce ekonomik kararlar verebilme" ibaresini yersiz olduğu eleştirisinde bulunmuş ve bu ehliyeti, rekabetin değil, kanun anlamında kabul edilebilecek "teşebbüs" olmanın bir unsuru olduğunu belirterek¹⁴⁹, rekabeti; "teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı" şeklinde tanımlamıştır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Emel Badur, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Lisansüstü Tez Serisi No:6, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001, s. 4.

¹⁴⁷ Tarih, 13.12.1994, Sayı. 22140, Rekabet Kanunu Gerekçesi

¹⁴⁸Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih, 13.12.1994, Sayı. 22140.

¹⁴⁹ Ancak, Aslan bu eleştiriye ilişkin, ' rekabet tanımındaki bu ifade, işletmelerin rekabet ortamı içinde ekonomik kararlarını, pazarın koşullarına göre ve onun gerektirdiği şekilde almalarını, yani rakipleri ile yapacakları anlaşmalara göre değil özgür bir şekilde almalarını ifade etmektedir' şeklinde aksi görüş bildirmiştir (Y.Asan, Rekabet, s. 13).

¹⁵⁰ Metin Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Seri No:7, Ankara, 2001, (Teşebbüsler Arası İşbirliği), s. 6.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1968 tarihli bir kararına göre rekabet, bir işletmenin pazar gücünü genişletmek amacıyla, diğer işletmelere göre daha kaliteli ve daha hesaplı mal ve hizmet üretme gayret ve mücadelesi olarak ifade edilir.

A.Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları

Liberal ekonomilerde, ekonomik etkinliği sağlayabilmenin stratejik dayanaklarından birisi rekabettir. Ekonomik etkinlik, sınırlı kaynakların azami faydayı sağlayacak şekilde kullanılmasıdır. Ekonomistler ekonomik etkinliğin üç boyutuna dikkat çekerler, bunlar üretim etkinliği, kaynak dağılımında etkinlik, dinamik etkinliktir¹⁵¹.

Üretim etkinliği, serbest piyasa ekonomisinde ve rekabet ortamında faaliyet gösteren bir firma için yaşamsal bir öneme sahiptir. Çünkü firmaların piyasada oluşan fiyatı etkileme gücünden yoksun olmaları nedeniyle, faaliyetlerini sürdürebilmek ya da daha fazla kazanç elde edebilmeleri daha düşük ortalama toplam maliyete sahip olmalarına bağlıdır. Bu nedenle işletmeler daha ucuza, daha az kaynak kullanarak üretim yapmaya zorlanırlar¹⁵².

Kaynak dağılımının etkinliği ise, tüketicilerin ihtiyacı olan malların, o mala attettikleri ekonomik değere uygun dağılımını sağlamak, aynı zamanda da refahın artmasını temin etmektir¹⁵³. Toplumdaki ekonomik kaynaklar sınırlıdır. Herhangi bir malın üretimi artırıldığı zaman, başka bir malın üretiminin düşürülmesi gerekir. Çünkü hammadde, işgücü, sermaye gibi iktisadi kaynaklar sınırsız miktarda değildir. Bu nedenle fiyatın arz ve talebe göre oluştuğu piyasalarda yani tam rekabet şartlarında rasyonel davrandığı ve azami derecede kazanç elde etmek arzusunda olan üretici sahip olduğu üretim faktörlerini tüketicilerin ekonomik talep ve değer attettikleri mal ve hizmetlerin üretimine tahsis edecektir. Dolayısıyla rekabet olduğu bir piyasada faal iktisadi birimler ellerindeki imkânları toplumsal talebin yöneldiği bu alana aktarmak suretiyle, zaten kıt olan kaynakların dağılımında

¹⁵¹ M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 21-22.

¹⁵² Aslan, Rekabet, s. 6; Ateş, Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlaması, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara, 200, s. 12.

¹⁵³ Kaynak dağılımında verimlilik, bütün piyasalarda fiyatın marjinal maliyete eşit olması ile gerçekleşir. Her bir firmanın üretim miktarı, piyasanın tümünü etkilemeyecek kadar küçüktür ve üretim miktarı, piyasa fiyatı ile son üretilen malın marjinal maliyetine eşit olacak şekilde belirlenir. Bu, rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmaların marjinal gelirlerinin fiyata eşit olmasının sonucudur.(Akıncı, s. 13)

verimlilik ilkesine göre hareket etmiş olacaklardır¹⁵⁴. Bu da toplam refahın artışıını sağlayacaktır¹⁵⁵.

Ticari hayat canlı bir yapıya sahiptir. Yeni teknolojiler beraberinde yeni ürün ve hizmetler getirmektedir. En yeni teknolojinin en mükemmel teknoloji olamaması kadar, tüketici ihtiyacı ve zevkleri de sınırlı değildir. İşte dinamik etkinlik; teknoloji, metot ve ürünlerdeki iyileşmeyi, daha ileri aşamaları keşfetmeyi anlatır. Rekabetçi piyasalarda faaliyet gösteren firmalar, piyasada kalabilmek için diğerlerinden farklılaşmalıdır. Bunun için daha ucuz ve daha iyi bir ürüne hatta yeni bir buluşa sahip olmalıdır. Dolayısıyla rekabetçi piyasalarda teşebbüslerin araştırma ve geliştirme (ar-ge) faaliyetlerinde bulunmaları gereklidir. Bu nedenle, firmalar arasındaki rekabetin etkileri yalnızca “fiyat”ta değil; yatırım ve teknoloji alanında da görülmektedir. Bu nedenle Rekabet Hukuku’nda genellikle teknolojik gelişmeyi sınırlayıcı anlaşmalar rekabeti bozucu bulunmakta, teknolojik araştırmaya yönelik işbirliği faaliyetleri ise desteklenmektedir¹⁵⁶.

Genel olarak ekonomik etkinliğe ulaşılmasında rekabet kadar hiçbir unsur daha kuvvetli bir dürtüye sahip değildir. Rekabet piyasaları, rakipleri tüketicilerin arzuları ve satın alma güçleri doğrultusunda ürün, pazarlama ve bakım hizmetleri konusunda sürekli mücadeleye sevk edecektir¹⁵⁷.

Rekabetçi piyasanın sağladığı sosyal faydalar da vardır. Öncelikle iktisadi etkinliği gerçekleştirerek, düşük maliyet-yüksek üretim miktarı-düşük fiyat sayesinde refah etkisi yaratacak; aşırı karı engelleyerek, tüketicilerin korunmasını¹⁵⁸ sağlayacaktır. Yine rekabet, siyasal yaşama oyları ile katılan halkın ekonomik

¹⁵⁴ Ölçek ve kapsam (scope) ekonomileri yüzünden, kimi hizmet veya hizmet demetleri (doğal tekeller) ancak bir tek firma tarafından sunulunca en ucuza mal edilebilmektedir. Piyasada firma sayısının artması maliyetleri yükselteceğinden, rekabet, bu hizmetlerin tüketiciye ucuz bir biçimde ulaştırılması sonucunu doğurmayabilecektir. Dolayısıyla bu hizmetler sözkonusu olduğunda, rekabet, etkin bir kaynak dağılımı mekanizması olmaktan çıkmaktadır. Dolayısıyla piyasa aksaklığının ve devlet müdahalesinin gerekliliğinin temelinde de çoğu kez ölçek ve kapsam ekonomileri yatmaktadır. (İzak Atiyas, Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Ankara, 1999, (Tekeller), s.49)

¹⁵⁵ M.Topçu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 22; Mustafa Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.17, Akıncı, s.13.

¹⁵⁶ M.Topçu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 22; Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5.Yıllık Kalkınma Planı, s. 2; Aslan, Rekabet, s. 7.

¹⁵⁷ M.Topçu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 22.

¹⁵⁸ Tarih boyunca da, tüketicilerin korunmaları ile rekabet şartlarına uyulma bir bütün olarak, birlikte düşünülmüştür. Bunun en belirgin kanıtı da, kanun koyucuların Rekabet Hukukuna ilişkin ilk düzenlemelerinde, yiyecek, giyecek gibi, tüketicilerin temel ihtiyaç maddeleri piyasalarında rekabetin teminini sağlamaya yönelmiş olmalarıdır. Bütün bu düzenlemeler de hedeflenen amaç, tüketiciye belli bir mal için piyasa fiyatı üzerinde bir bedel ödettirilerek zarar verilmesine engel olmaktır.(Akıncı, s.7)

yaşamda da görüş ve arzularını ifade etmesini sağlayacaktır. Çünkü rekabet kaynak dağılımında etkinliği ve toplumsal varlıkların tüketici tercihlerini tam olarak karşılayacak şekilde kullanılmasını sağlar. Rekabetin, sosyal bakımdan diğer bir etkisi de, seçme ve fırsat özgürlüğünü tam olarak karşılamasıdır. Rekabet piyasasında, rakip firmaların arz ettiği mallar arasından dilediğini seçme ve dilediği firma ile sözleşme yapmak durumunda olan tüketiciler, tekel piyasasında bu olanaktan yoksundurlar. Diğer yandan rekabet, yenilikte etkinliği sağlayarak, sosyal hayattaki gelişmeleri teşvik edici rol oynar¹⁵⁹.

Rekabetin diğer bir fonksiyonu, gelir dağılımı içerisinde kabaca bir ölçüt sağlamasıdır. Etkin rekabet ekonomik başarının ödüllendirilmesine dayandığı için daha verimli olanlar daha çok kar ve dolayısıyla daha yüksek bir gelir sahibi olacaktır¹⁶⁰.

Rekabet, ekonomik gücün tek bir elde toplanmasını önleyip, topluma yaygınlaştırarak, iktisadi güce sahip olanların siyasi hayata da egemen olmasını engeller. Nitekim bu husus, Amerikan Rekabet Kanunları'nın kabulü sırasında özellikle belirtilmiş ve Senatör Sherman, Kanun teklifinde, bunun bir özgürlük bildirgesi olduğunu ifade etmiştir. Yine ABD'de, Anayasa Mahkemesi (Yüksek Mahkeme) rekabetin “demokratik, siyasal ve sosyal müesseselerin korunmasında” önemli bir rol oynadığını vurgulamıştır. Diğer taraftan rekabet küçük ve orta ölçekli teşebbüslerinde lehinedir. Çünkü rekabet oyunun dürüstlük, adalet, hakkaniyet ve hukuka uygun zeminde oynanmasını gerektirir. Fırsat eşitliği rekabetin temel ilkelerindendir.¹⁶¹

B.Piyasalar ve Rekabet

İktisatçılar rekabete açık olup olmamalarına göre piyasaları farklı şekillerde tanımlamaktadırlar. Bu ayırımlardan birincisi, piyasayı üçe ayıran tanımdır. Buna göre; bir uçta tam rekabet, öteki uçta ise, monopol vardır. Bu ikisinin arasında kalan

¹⁵⁹ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 3; A. Akıncı, s. 10.

¹⁶⁰ Hüsnü Erkan, Sosyal Piyasa Ekonomisi Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 22'den aktaran Bünyamin Gürpınar, Rekabet Hukukunun Ekonomik Analizi, Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Kütahya, 2005, s. 37.

¹⁶¹ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 3; A. Akıncı, s. 9; Ateş, s. 20.

piyasa ise, eksik rekabet piyasasıdır. Bu piyasa ise, oligopol ve monopollü rekabetten oluşmaktadır.

Bir diğer ayırım ise, piyasaları ikiye ayıran tanımdır. Bunlardan biri, tam rekabet piyasası; ikincisi ise, eksik rekabet piyasalarıdır. Eksik rekabet piyasaları bu sınıflandırmada, monopollü rekabet ve oligopolün yanında monopolü de içine almaktadır¹⁶².

1. Tam Rekabet Piyasası

Tam rekabet piyasası; alıcı ve satıcıların çok sayıda olduğu, aynı tür malların üretildiği, piyasa hakkındaki bilgilendirmenin tam olduğu ve piyasaya giriş ve çıkışın engellenmediği bir piyasa yapısını ifade etmektedir. Tam rekabet piyasası; hem alıcıların, hem de satıcıların, kendi alış ve satış kararlarının pazarın fiyat yapısını etkilemeyeceklerini bildikleri bir piyasadır. Gerçek ekonomik hayatta tam rekabet koşullarının geçerli olduğu bir piyasa yapısına rastlamak olası değildir. Çeşitli nedenlerle tam rekabet koşullarından uzaklaşıldığı görülmektedir. Tam rekabet koşullarından biri veya birkaçından uzaklaşılması aksak rekabet piyasalarının oluşmasına yol açar¹⁶³.

Bu şartların gerçekleştiği bir piyasada fiyat, mala olan arz ve talebe göre belirlenir. Alıcılar, diledikleri kadar malı piyasa fiyatı ile bulabilmekte, herhangi bir satıcının, fiyatı yükseltmesi karşısında, aynı malı daha düşük fiyattan, başka bir satıcıdan satın alabilmektedirler. Marjinal gelir fiyata eşit olduğundan, her bir firma ne miktarda mal üreteceğini, marjinal giderin fiyata eşite olduğu miktarla belirler. Firmaların, üretim miktarını, marjinal gider ve fiyata göre tespit etmesi, toplam endüstri arzına göre çok küçüktür. Eğer piyasadaki kârlılık diğer piyasalardan yüksek ise, bu diğer firmaların bu piyasaya girmesine ve fiyatın aşağıya düşmesine yol açar.

¹⁶² David, Begg S.Fischer ve R. Dornbusch (1994), *Economics*, 4th Edition, McGraw- Hill Book Company; Orhan, Türkay, (1997), *Mikroiktisat Teorisine Giriş, Mikroiktisat*, 12. Baskı, Ankara, s. 140'dan aktaran, Şaban Esen, Piyasaların Rekabetçi İşlevlerini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü; Piyasa Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 30.

¹⁶³ Esen, ss. 30-31.

Firmaların, kârlarını maksimize etmeleri, marjinal giderin piyasa ortalama giderin altında gerçekleşmesinin sonucu olarak arz miktarını artırabilmelerine bağlıdır¹⁶⁴.

2.Eksik Rekabet Piyasaları

Monopol piyasası: Monopol kelimesi Yunanca'dan gelir. Monos (tek) ve polein (satmak) kelimelerinin bileşiminden oluşur. Monopol piyasası, fiyatları tek başına etkileyemeyecek kadar çok sayıda alıcı ve bunların karşısında tek bir satıcının olduğu piyasadır. Tekel piyasasında tek bir firmanın faaliyet göstermesi sebebi ile piyasadaki mal miktarını belirlemede tek elci firma tek başına hareket eder. Bu durumda fiyatı belirleyen, tek firmanın arzı ile piyasa talebi ya da toplam taleptir¹⁶⁵.

Monopol piyasasında rakip olmadığından monopolcü, satış fiyatını belirlerken bağımsız hareket edebilir. Monopolcü firma için fiyat veri değildir. Ancak, firma malının fiyatını dilediği gibi saptayamaz. Çünkü her malın zayıf bile olsa ikamesi vardır. Yurt içinden ve yurt dışından potansiyel bir rekabet vardır. Bir diğer neden ise, tüketicilerin satın alma güçleri sınırlıdır. Bir malın satıcısının tek olması ve hiçbir ikame malın olmaması yani ikame elastikiyetinin sıfır olması durumundaki monopollere 'salt monopol' veya 'mükemmel monopol' denir. Uzun dönemde bile aşırı kar elde eden monopolcü, bu durumunu endüstriye giriş engellerine borçludur¹⁶⁶.

Satıcı piyasada suni bir ürün darlığı yaratır. Eksik üretim sonucu ortaya çıkan yüksek fiyatlar satıcının karını artırırken sosyal bir refah kaybına (deadweight loss) yol açar. Çoğu durumda elde edilen karların önemli bir bölümü, tek el rantları elde etmek veya o rantları korumak üzere verimsiz ve israfçı biçimde harcanır (*rent - seeking* harcamaları: lobicilik, rüşvet, vb.). Rekabet baskısının eksikliği üretimde de verimsizliğe ve yüksek maliyetlere yol açar¹⁶⁷.

¹⁶⁴ A.Akinci, s. 23.

¹⁶⁵ Richard Lipsey, O. P. Steiner ve D. D. Purvis (1989), *Economics*, 8. Baskı, New York.s. 246; Mansfield (1979), *Microeconomics, Theory and Applications*, New York, s. 229-230'dan aktaran, Esen Şaban, s. 31.

¹⁶⁶ Ersan, Bocutoğlu, M. Berber ve K. Çelik (2000), *İktisada Giris*, Akademi Yayınevi, Trabzon, s.142; Joe Bain, Joe S. (1968), *Industrial Organization*, Second Edition, University of California, Berkeley, s. 28'den aktaran Esen, s. 31.

¹⁶⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5.Yıllık Kalkınma Planı, s. 6.

Oligopol Piyasalar; Oligopol piyasası, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasa olarak tanımlanabilirse de, daha doğru ve amaca uygun bir tanım, piyasayı kontrol gücünün az sayıda teşebbüsün elinde toplandığı piyasa şeklindedir. Örneğin, yüz teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada, bunlardan dördünün piyasa paylarının piyasanın yüzde doksanına eşit olması durumunda, rekabet piyasası yerine oligopol piyasasından söz etmek daha doğru olur, çünkü dört firmanın her biri piyasadaki fiyat ve arz miktarını etkileyecek güce sahiptir. Diğer yandan eşit büyüklükte elli firmadan oluşan bir piyasa, rekabet piyasası özellikleri gösterir¹⁶⁸.

Mal veya hizmet üreticilerinin az sayıda olması, en az iki veya daha fazla, fakat birbirinin kararlarından etkilenebilecek sayıda olmalarını ifade eder. Bu konuda yegane kriter teşebbüslerin strateji belirlerken; rakiplerin davranışları, piyasa pozisyonları (büyük teşebbüslerin küçüklere nazaran daha rahat hareket edebilmeleri) gibi muhtemel baskılar karşısında bağımlı hareket etmeleridir. Piyasada ne kadar teşebbüs olursa olsun (beş, on, on beş vs.), eğer herhangi bir teşebbüsün aldığı karar, ötekileri etkiliyorsa bu piyasanın oligopol olduğunu söyleyebiliriz¹⁶⁹.

Oligopol pazarlarda işletmeler arasında herhangi bir anlaşma ya da uyumlu davranış, kısaca bilinçli bir etkileşim olmasa dahi, pazarın yapısı gereği her bir işletme, bir diğerinin faaliyetlerini çok yakından takip ederek, pazar politikasını ve tutumunu diğerlerine göre belirlemektedir. Oligopol bir pazarda, birbirinden tamamen bağımsız işletmelerden her biri, pazarda tek başına en güçlü işletme olmamakla beraber, pazarın bu niteliği gereği, pazarda hâkim durumda olan bir işletme gibi hareket edilmektedir. Bu pazarlarda, her işletme, pazarı yönlendirebilecek ölçüde pazar gücünü haiz olduğunun bilincindedir ve pazarın bu yapısı, pazarda faaliyet gösteren işletmeleri rekabetçi bir ortamın yaratacağı baskılardan uzak tutmaktadır¹⁷⁰.

¹⁶⁸Turner, Areeda, Antitrust Analysis, Boston, 1981, 270'den aktaran, Akıncı, s. 38.

¹⁶⁹ Gerven Van and Varona Navarro, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576. Ülkemizde oligopol piyasanın pek çok örneği bulunmaktadır; Çimento, otomotiv, beyaz eşya gibi. (Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği s. 195)

¹⁷⁰ Gerven Van and Varona Navarro, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices. 576 Richard Lipsey, O. P. Steiner ve D. D. Purvis (1989), *Economics*, 8. Baskı, New York, s.280'dan aktaran, Gamze Aşcıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, 1. Baskı, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 124.

Tam rekabet ve tekel piyasalarının gerçek hayat modelleri olmaktan çok, teorik modeller olması ve gerçek hayatta en yaygın piyasa tipinin oligopol piyasası olması sebebi ile oligopol piyasasında fiyatın belirlenmesi, rekabet hukukçuları kadar ekonomistlerin de ilgisini çekmiştir¹⁷¹.

Monopolü (Monopolcü, Tekelci) Rekabet Piyasası: Çok sayıda teşebbüsün, ikame edilebilir malları üretilip sattıkları piyasa türüdür. Yani bu piyasada bir miktar tekel ve bir miktar rekabet unsuru yer alır. Bu piyasa türü, müşterilerin ürün üzerindeki zevk ve tercihlerindeki değişiklikten dolayı teşebbüslerin farklılaşmaya gitmesinden dolayı ortaya çıkmıştır. Tam rekabet piyasasından en büyük farkı heterojen¹⁷² mallardır. Oligopol piyasasından ayrılan en önemli özelliği ise çok sayıda satıcı varlığı ve bunların her birinin davranışlarının piyasa üzerinde yaratacağı değişikliğin ihmal edilebilir seviyede olması sebebiyle teşebbüslerin genellikle bağımsız davranışlar sergileyebilmesidir¹⁷³. Monopolü rekabet piyasa yapısına baktığımızda bir birinden bir parça farklı mal satan birçok küçük firmadan oluştuğunu görürüz. Monopolü rekabet ekonomimizde özellikle perakende ticaret sektöründe geçerlidir. Ayakkabıcılar, kuaförler, lokantalar ve benzin istasyonları vb. monopolcü rekabet piyasasının en güzel örnekleridir¹⁷⁴.

II. REKABET HUKUKU VE GELİŞİMİ

A. Rekabet Politikası ve Rekabet Hukuku

Piyasa mekanizmasının kaynak dağılımını, mümkün olan en yüksek toplumsal refaha ulaşacak biçimde yapması en başta rekabet koşullarının mevcut olup olmadığına bağlıdır. Oysa deneyim göstermiştir ki, serbest piyasalar otomatik bir biçimde rekabetçi bir ortam yaratmamaktadırlar. Serbest piyasa sistemlerinde yaygın piyasa yapısının tam rekabet değil eksik rekabet¹⁷⁵ olduğu söylenebilir. Eksik

¹⁷¹ A.Akinci, s. 25.

¹⁷² Homojen ürünlerine aksine, heterojen ürünler birbirinden belirgin ölçüde farklılık göstermekte ve kolayca ikame edilememektedir.(Rekabet K.sözlük s. 51.)

¹⁷³ Rekabet K. sözlük. 90.

¹⁷⁴ Esen, s.38,39; Rekabet K. sözlük, s. 90.

¹⁷⁵ Genel denge modeli sınırları içinde bakıldığında eksik rekabetin en önemli sonucu, satıcıların fiyatları etkileyebilmesi ve firmalara stratejik davranarak piyasa sonuçlarını etkileme fırsatı tanınmasıdır. Eksik rekabet ortamında daha fazla rekabet ne anlama gelebilir? Daha fazla rekabetin

rekabet koşullarında ise kaynak dağılımında serbest piyasa mekanizmasına dayanmak mümkün olan en yüksek toplumsal refaha ulaşmak sonucunu doğurmayabilir. İşte bu noktada rekabet (veya antitröst) politikaları, eksik rekabet ortamında meydana gelebilecek toplumsal refah kayıplarını azaltmada veya önlemede en etkin olduğuna inanılan politikalar demeti olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷⁶.

Devletin, iktisadi politika araçlarıyla makro ekonomik süreçlere müdahale etmesi ve yön vermeye çalışmasının yanı sıra, çeşitli kanun ve düzenleyici kurumlar aracılığıyla aksayan (tökezleyen) mikro ekonomik süreçlere ve tek tek piyasaların işleyişine müdahale etmesi; tökezlemeye neden olan engelleri ortadan kaldırarak piyasaların performansını iyileştirmeye çalışması; ekonomik verimliliği ve toplumsal refahı en çoklaştırmamanın olmazsa olmaz koşullarından kabul edilmektedir¹⁷⁷.

Rekabet politikalarının tasarımı ve yasallaşması temelde siyasi bir süreçtir. Rekabet politikası amaçları, ülkelere göre ve tarihsel süreç içerisinde farklılık arz etmektedir. Bunun neticesinde ulaşılmak istenen hedefler arasında bir görüş birliği söz konusu değildir. Rekabet kanununun tek yasal amacının tüketici refahının maksimizasyonu ifade eden görüşler kanunun ekonomik etkinlik amacını ortaya koyarken, başka toplumsal kaygılarda rekabet politikalarının tarihsel gelişiminde önemli rol oynamıştır. Örneğin, rekabet politikaları konusunda ilk adımları atmış olan ABD ilk yasaların hazırlanmasında etkinlikten çok daha fazla küçük firmaların büyükler tarafından ezilmesi, adalet, ekonomik gücün belirli ellerde yoğunlaşması, bunun bireysel hak ve hürriyetlere getirebileceği kısıtlamalar ve doğurabileceği siyasi eşitsizlikler gibi kaygıların rol oynadığı bilinir. Avrupa Birliğinde ise rekabet politikasının ana hedefinin Avrupa ülkeleri piyasalarının entegrasyonu olduğu söylenir¹⁷⁸.

Rekabet politikası, genellikle Rekabet Hukuku'yla ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Oysa Rekabet Hukuku rekabet politikasının sadece hukuki yönünü oluşturmaktadır. Rekabet politikasını geniş anlamda düşündüğümüzde, rekabet

(birbirinden bağımsız olmayan) üç boyutu olabilir. Her bir rakibin daha fazla hareket özgürlüğü içinde olması (hareketleri üzerindeki kısıtlamaların azalması), rakip sayısının artması ve rakiplerin birbirleriyle iş birliği yapmak yerine daha bağımsız davranması. (İzak Atiyas, Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı: 1, (Rekabet Politikası), s. 27.)

¹⁷⁶ Atiyas, Rekabet Politikası, ss. 24-25.

¹⁷⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5.Yıllık Kalkınma Planı, s. 5.

¹⁷⁸ Cihan, Aktaş, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 32; Atiyas, Rekabet Politikası, s. 25.

ortamının korunması ve geliştirilmesine yönelik tedbirleri (Rekabet Hukuku, kamu iktisadi teşebbüsleri ve özelleştirme, ticarete teknik engeller anlaşmaları, makro ekonomik istikrar ve yabancı sermaye gibi), haksız rekabetin önlenmesine yönelik tedbirleri (tüketicinin korunması yasası, fikri ve sınai mülkiyet hakların korunması yasası, anti-damping anti-sübvansiyon anlaşmalar, haksız rekabet yaratıcı teşviklerle ilgili düzenlemeler, gümrük mevzuatı, çevre mevzuatı, kalite ve standardizasyon ve vergi politikaları) ve uluslararası rekabet gücünün artırılmasına yönelik tedbirleri (eğitim ve insan sermayesi, teknoloji politikası, rekabet gücünü artırıcı teşvikler) kapsadığını söylemek mümkündür¹⁷⁹.

Rekabet kanunları devletin ekonomiye, serbest rekabeti kurma ve koruma amacıyla müdahale aracıdır. Rekabet kanunları bir çeşit ekonomi anayasası olarak görülmektedir. Genel çerçeve içinde bakıldığında, serbest rekabetçi sistemleri benimseyen tüm ekonomilerde, bu sistemi koruyucu nitelikli rekabet kanunlarına gerek olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁰.

Rekabet hukuku kuralları, ne rakiplerin, ne tüketicilerin ve ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatini korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması bir nihai hedef olarak, tüketicinin genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarından korunmasıyla gerçekleşir¹⁸¹.

Rekabetin engellenmesi yönünde anlaşmalar, ticari birliktelik yoluyla yoğunlaşma ve tekelleşme eğilimleri, ölçeğe göre artan getirinin yol açtığı doğal tekellerin bulunduğu piyasalar, rekabeti ve ekonomik etkinliği bozan sonuçlar yaratır. Piyasadaki üretimin suni olarak azaltılması yoluyla, fiyatların ve firma karlarının artırılması, bir taraftan tüketicilerden üreticilere refah transferi ve net bir toplumsal refah kaybına neden olacaktır. Diğer taraftan da, o sektördeki istihdam ve kaynak kullanımını azaltacaktır. Daha uzun dönemde ise rekabet eksikliği, atalet, teknolojik verimsizlik, rant-arama (rent-seeking), rantı koruma faaliyetleri için yapılan israfçı, ekonomik değeri olmayan lobicilik, rüşvet gibi faaliyetlere yol açacaktır. Rekabet/düzenleme otoriteleri ve yürütmekle görevli oldukları rekabet/düzenleme yasaları genel olarak karşımıza 'rekabet eksikliği' olarak çıkan

¹⁷⁹ Sevilay, Sarıca, (1998), Rekabet Teorilerinin Politika Etkileri ve Rekabet Hukuku, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 231'den aktaran Ş.Esen, s. 46.

¹⁸⁰ Aslan, Rekabet, ss. 4-5.

¹⁸¹ Aşçıoğlu G. s. 22.

politikalarının ve buna bağlı olarak ekonomik hedeflerde önceliklerin değişmesi, bu değişikliklere paralel olarak, rekabet politikasında da değişikliğe neden olabilmektedir. Örneğin, ekonomik hedeflere paralel olarak belli sektörlerin bir süre rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulması veya birleşme ve devralmaya ilişkin kurallarla öngörülen ölçütlerin değiştirilmesi ya da ekonomi politikasının gereği olarak, bazı sektörlerin tamamen rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulması suretiyle rekabet hukukunun kapsamının daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür¹⁸⁵.

B. Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi

1. Amerika Birleşik Devletlerinde Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi

Piyasalarda rekabet düzeninin hâkim kılınmasına yönelik düzenlemeler çoğu ülkelerde ancak yirminci yüzyılın ilk yarısından sonra başlamışken, ABD'de bu çalışmaların başlangıç tarihi¹⁸⁶ on dokuzuncu yüzyıla kadar uzanmaktadır. ABD'nde, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından sonra, akaryakıt ve şeker, pamuk gibi bazı tarım ürünlerinde tekelleşme¹⁸⁷ ortaya çıkmıştır. Özellikle demiryolu taşımacılığında, demiryolu şirketlerinin teşvikler ve çeşitli imtiyazlarla elde ettiği güçlü durum, bu endüstri kollarının ve bu alanda faaliyet gösteren işletmelerin çeşitli anlaşmalarla hâkimiyetlerini daha da güçlendirmeleri, çiftçileri ve küçük ölçekli işletme sahiplerini, bu konuda bir önlem alınması için harekete geçirmiştir¹⁸⁸.

ABD de iç savaş sonrası yani 1800'lerde başlayan hızlı ekonomik gelişme ve sanayileşmenin getirdiği pazarlardaki büyüme ve gittikçe büyüyen yatırımları finansa etme gayretleri, küçük şirketlerin bir araya gelerek büyük ekonomik güçler haline gelmesine yol açmıştır. Bu şirketler genellikle Tröst (trust) denilen örgütlenmeler altında toplanıyordu. 19. yüzyılın ikinci yarısında ABD'nde özellikle endüstriyel ürünler ve taşımacılık alanında ortaya çıkan ve rekabeti sınırlandıran ya da tümüyle

¹⁸⁵ G. Aşcıoğlu Öz, s. 24

¹⁸⁶ Oysaki Fıkentscher bunu çok daha eskilere götürmektedir. Eski Yunan ve Hindistan'da daha M.Ö 50 yıllarında rekabeti düzenleyici yasalar bulunmaktadır. 483 yılında Kral Zeno geniş kapsamlı bir kartel yasası çıkarmıştır. Modern anlamda ilk tekelleri önleme yasası ise 1624 tarihli İngiliz 'Statute of Monopoly' yasasıdır. (Aslan, Rekabet, s.13)

¹⁸⁷ Tekelleşme (Monopolization); Hâkim durumdaki bir teşebbüsün veya önde gelen birkaç teşebbüsün rekabete aykırı uygulamalarla, piyasada pazar güçlerini artırma çabasıdır. Tekelleşme terimi daha çok Amerika literatüründe 'hâkim durumun kötüye kullanılması' kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2010)

¹⁸⁸ G. Aşcıoğlu Öz, s. 25.

ortadan kaldıran tröstler, gücün ve zenginliğin birkaç kişinin elinde toplanmasına neden olarak, hem rekabeti engelleyerek küçük ve orta ölçekli işletmelerin var olabileceği ekonomik düzeni, hem de siyasal gücün tek elde toplanmasına sebebiyet vererek demokrasiyi tehdit eder hale gelmiştir. Bu yoğunlaşma¹⁸⁹ ve tekelleşme karşısında, bu durumdan doğrudan etkilenen çiftçiler, öncelikle demiryolu taşımacılığında ve genel olarak tüm tekellerin bir şekilde denetlenmesini sağlayacak düzenlemelerin acilen yapılması için örgütlenmiş ve baskı grupları oluşturmuşlardır. Bu baskı gruplarının etkisiyle, rekabet hukuku konusunda ilk federal yasal düzenleme olan, *Sherman Antitrust Act* (Sherman Antitröst Yasası) 1890 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁹⁰.

Gerçekten bu ülkede rekabet sınırlamalarına karşı (rekabeti engelleyen anlaşmalar, tekel uygulamaları ve birleşmeler) çok yönlü sorunlar toplu olarak "Sherman Act" ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Yasa tasarısını hazırlayan komisyonda yer alan Senatör Sherman'ın "*Nasıl ki bizler, siyasi otorite olarak, bir kralın bizi yönetmesini kabul etmedik; üretim, ulaşım ve yaşamın gereği olan her alanda ekonomik açıdan bir kral oluşmasını hoş görmemeliyiz. Zira ekonomik güç er ya da geç siyasi güce dönüşür*" sözleriyle Kongreye sunulan Sherman Antitröst Yasası, o günden bu yana ekonomik yaşamın *Magna Carta'sı* olarak nitelendirilmekte olup, tasarıyı Kongre'ye sunan Senatör Sherman'ın adıyla (Sherman Yasası) anılmaktadır. Bu konuda ilk federal düzenleme olan Sherman Yasası, gerek maddi hukuk gerek rekabet hukuku terminolojisi açısından, hem ulusal rekabet hukuklarını ve hem de AT rekabet hukukunu etkilemiştir¹⁹¹.

Sherman Kanunuyla Amerikan antitröst hukukunun¹⁹² temelleri atılmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar ve tekellerle daha etkili bir mücadelede bulunabilmek için, bir bakıma Sherman Kanununu tamamlayıcı nitelikteki Clayton Yasası (1914), Federal Trade Commission Act (1914), Robinson-Patman Act (1936),

¹⁸⁹ Yoğunlaşma; az sayıda teşebbüsün toplam satışlar, varlıklar ya da istihdam gibi ölçütlere göre ekonomik faaliyetin büyük bir kısmını elde tutmaları durumudur. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü)

¹⁹⁰ Metin İkizler, Türkiye ve Avrupa Birliği'nin Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 3; Çiğdem Ünal, Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 15, G. Aşcıoğlu Öz, s. 25.

¹⁹¹ G. Aşcıoğlu Öz, s. 25.

¹⁹² Rekabet Hukukunu ifade etmek üzere, daha çok ABD uygulamasında kullanılmaktadır. (Rekabet Kurumu, Sözlük)

Celler-Kefauver Act (1950) ve Anti-Trust Improvements Act, (1976) gibi çeşitli kanunlar çıkarılmıştır.

2. Avrupa Birliğinde Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi

Kıta Avrupası'nda rekabete ilişkin düzenlemeler, İkinci Dünya Savaşı sonrasına rastlamaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nı takiben ABD, politik ve ekonomik bakımdan Batı dünyasının lideri haline gelmiş ve bu liderlik rolüne uygun olarak geniş kapsamlı ve katı bir rekabet politikası izlemiştir. ABD'nin liderliğindeki müttefiklerin baskısı sonucu Japonya ve Almanya ekonomik gücün yoğunlaşmasını engelleyen yasal düzenlemeler yapmak durumunda kalmışlardır¹⁹³.

Esasen, iki savaş arası dönemde boy gösteren karteller Avrupa'da rekabet düzenlemelerinin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu dönemde, özellikle Almanya'da kartellerin yoğun bir şekilde ortaya çıkması ve Nasyonal Sosyalistlere destek vermeleri, kartellerin dünyayı savaşa götüren totaliter rejimlerin gelişmesinde asli bir rol oynadığı düşüncesini doğurmuş ve Avrupa'da kartel oluşumlarına karşı güçlü bir eğilimin belirmesine neden olmuştur. Öte yandan ABD'nin rekabetin hüküm sürmesi yönündeki ödün vermeyen yaklaşımı, Avrupa ülkelerinin üretici ve tüketicileri üzerinde de etkili olmuştur. Bu etkileşim içinde Almanya'dan başlamak üzere demokratik düzeni benimsemiş birçok Avrupa ülkesinde rekabet kanunları kabul edilmeye başlanmıştır. 1958 yılında, ABD ekolünden farklı nitelikler taşıyan ve Freiburg Okulu'nun sosyal pazar ekonomisi görüşünden büyük ölçüde etkilenen *Alman Kartel Kanunu* kabul edilmiştir¹⁹⁴.

Ancak, asıl önemli gelişme 18 Nisan 1951 tarihinde imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması'nın başlattığı süreçte Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kuran Roma Antlaşması'nın 1 Ocak 1958'de yürürlüğe girmesidir. Münhasıran kömür ve çelik sektörlerine yönelik olan AKÇT Antlaşması rekabet düzenlemeleri bakımından iki önemli madde (65 ve 66 ncı

¹⁹³ Rekabet Kurumu, 8.Yıllık Rapor, Ankara, 2006, s. 1.

¹⁹⁴ Rekabet Kurumu, 8.Yıllık Rapor, s. 1; Aslan, Rekabet, s. 13.

maddeler) içermektedir. Söz konusu madde hükümleri Roma Antlaşması'nda öngörülen rekabet sistemine de öncülük etmiştir¹⁹⁵.

AB rekabet kuralları, Roma Antlaşması'nın "Topluluğun Politikaları" başlığı altında, işletmelere uygulanacak ortak hükümler arasında yer almaktadır. Avrupa Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nın 85, 86 ve 90. maddeleri üye devletlerarasında mal ve hizmet ticaretinin serbestliğini sağlamak ve Ortak Pazar'da yoğun bir rekabet ortamı oluşturmak amacıyla rekabet kurallarını tanımlamaktadır¹⁹⁶.

Bu kurallar, AB'nin genel hedeflerine ulaşılmasını sağlayacak araçlardan birisi olarak da değerlendirilebilir. Bu çerçevede, AB'de rekabet hukukunun üç temel amaca hizmet ettiği belirtilmektedir; Öncelikle ortak pazar amacına yönelik olarak pazarın bütün işletmelere açık ve tek bir pazar olması; başka bir deyişle pazara girişi sınırlayacak engellerin ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. İkinci olarak, rekabet politikası, ortak pazarda rekabetçi bir yapı oluşması amacına hizmet etmektedir. Üçüncü olarak da, rekabet hukuku ve politikası pazarda adaletli bir düzen sağlama amacını taşımaktadır¹⁹⁷.

Piyasa ekonomisinin öngörüldüğü ve ortak pazarın hedeflendiği bir sistemde, etkili bir rekabet hukukunun varlığı amaç değil, bu amaçlara ulaşmak için uygulanması gereken bir araçtır. Zira etkili bir rekabet hukuku sistemi ile kaynakların optimum dağılımı ve azami verimlilik sağlanmasının yanı sıra özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler, piyasada diğer teşebbüslerin neden olduğu rekabeti bozucu davranışların olumsuz etkilerinden korunmuş olacaktır¹⁹⁸.

Avrupa Topluluğunda (AT), herkesin, rekabetin bozulmadığı bir sistem içinde ekonomik koşulların en elverişli olduğu yerde, serbestçe üretim ve yatırım yapabildiği, dilediği yerde çalışabildiği, mallarını dilediği yerden alıp satabildiği, hizmet sunabildiği ve hizmetlerden yararlanabildiği bir sistem oluşturmayı hedeflemektedir. AT'nda, gümrük birliğinin sağlanmış olması, gümrük vergisi ve buna eş etkili diğer önlemlerin kaldırılması, Topluluğun bu amaca ulaşmasını önemli ölçüde kolaylaştırmıştır¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Rekabet Kurumu, 8. Yıllık Rapor, s. 1; Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000, s. 8.

¹⁹⁶ Arif Esin, Rekabet Hukuku, ESC Yayınları, İstanbul, 1998, s. 3.

¹⁹⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 9; G. Aşcıoğlu Öz, s. 38.

¹⁹⁸ G. Aşcıoğlu Öz, s. 38.

¹⁹⁹ G. Aşcıoğlu Öz, s. 37.

3. Türkiye’de Rekabet Hukukunun Tarihsel Gelişimi

a. Mevcut Ekonomik Durum

II. Dünya Savaşı'ndan sonra Türkiye'nin ekonomi politikaları, gelişmekte olan diğer pek çok ülke ekonomisiyle benzerlik göstermiştir. Devlet tekelleri piyasa dışı fiyatlarla hammaddeler tedarik etmiş, devletin kontrolündeki bankacılık sistemi, tercih edilen firmalara veya sektörlerle kredi yönlendirmiş ve çeşitli sübvansiyonlar piyasanın tepkilerini bozmuştur. Özel sektör, devlete dayanmak suretiyle zayıflatılmıştır. 1970'lerdeki bir dizi ekonomik kriz, mevcut sistemin eksikliklerini açığa çıkarmış ve Türkiye'nin sınırlarını uluslararası ticarete açan ve iç pazar faaliyetlerini serbestleştiren reformlara götürmüştür²⁰⁰.

80’li yıllara kadar Türk ekonomisi, serbest rekabet şartlarının olmadığı, rekabet kültürünün bulunmadığı ve devletin veya devlet tarafından himaye edilen teşebbüslerin piyasaya hâkim olduğu bir yapıda bulunmaktaydı. Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de 1980’li yıllar "rekabet", "serbest piyasa", "özelleştirme", "yeniden yapılanma" gibi kavramların sıkça kullanıldığı yıllar olmuştur. Bu yıllarda dünyada yaşanan değişiklikler, daha rekabetçi ekonomilerin oluşmasına yol açmıştır. Özellikle ülkemizde giderek ciddi sorunlara yol açmaya başlayan KİT’ler ve devlet himayesinde gelişen özel sektör, değişen dünya koşullarından etkilendikleri ölçüde uyum zorlukları içine girmişlerdir. Yaşanılan uyum sorunlarının aşılmasında rekabet düzeninin, ithalat politikalarının, korumacı devlet tutumunun ve özelleştirme konularının önemi büyüktür. 80’li yıllardan itibaren ithalat, para, teşvik ve rekabet gibi ekonomik politikalarda uygulanan liberalleşme süreci, Türk ekonomisinin anti rekabetçi, bozuk yapısını düzeltmede yeterli olmamıştır. Bilhassa ekonomik yoğunlaşma konusunda yapılan iktisadi analizler, Türk ekonomisinde izlenen liberal politikaların piyasalardaki tekelleri yapıyı fazla değiştirmedeğini ve rekabetçi yapının istenilen ölçüde yerleşmediğini ortaya koymaktadır. Bu bozuk fiili durumun

²⁰⁰ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı, Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası, 2005 Raporu. Çev. Rekabet Kurumu, s. 11, www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Genel+İçerik/...doc (17.11.2013)

düzelebilmesi ve piyasaların rekabet yoluyla ıslah edilebilmesi ihtiyacı, serbest rekabetin yasal bir düzenleme yoluyla etkin şekilde korunmasını zorunlu kılmıştır²⁰¹.

b. Yasal Düzenleme

Ülkemizde rekabet hukukuna ilişkin düzenleme çok büyük bir gecikmeyle ancak 1994 yılında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Bu kanundan önce çeşitli tarihlerde kanun taslakları hazırlanmıştır. Konuyla ilgili ilk tasarı, 1978 tarihinde “İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun” adı ile Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır. Bunu aynı Bakanlığın hazırladığı “Ticarette Dürüstlüğün Korunması Kanunu” ve “Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” adlı iki tasarı izlemiştir. Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarının birleştirilmesinden sonra da, bu yeni Bakanlık bünyesi içinde, 1984 yılında iki yeni tasarı hazırlanmıştır. Ancak her iki tasarıda da, rekabet hukukunun gerçek amaçları değil, devlet korumacılığı ve müdahalesini geliştirme amacı öne çıkmıştır²⁰².

Etkin rekabetin sağlanması amacına yönelik olarak bugün uygulanmakta olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un hazırlıklarına ise 1992 yılında başlanmış ve tasarı TBMM’de 7 Aralık 1994 tarihinde kabul edilip, 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’u uygulamaktan sorumlu Rekabet Kurumu’nun karar organı olan Rekabet Kurulu ise 27 aylık bir gecikmeyle 27 Şubat 1997 tarihinde atanmış; Kurumun örgütlenmesi 8 ay içinde tamamlanarak, 4 Kasım 1997 tarihinden itibaren başvurular değerlendirilmeye başlanmıştır²⁰³.

1982 Anayasası’nın 167. maddesi, ***“Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır, piyasalarda fülü veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi”***²⁰⁴

²⁰¹ Kerem Cem Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, (Yasaklayıcı Hükümler), s. 21; Topçu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 80.

²⁰² Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5.Yıllık Kalkınma Planı, s. 11; Rekabet Kurumu, 8.Yıllık Rapor, s. 2.

²⁰³ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 11.

²⁰⁴ Kartel; Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması ya da kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı, anlaşma, uyumlu eylem. (Rekabet, Sözlük)

önler” hükmünü koymuş bulunmaktadır. Bu hüküm emredici mahiyettedir. Anayasa devlete, ‘piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme kartelleşmeyi önler’ hükmüyle bir görev vermektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un hazırlığında rol oynayan birinci etmen bu Anayasal hükmün gereğinin yerine getirilmesidir²⁰⁵.

Kanunun hazırlanmasında etkili olan bir diğer unsur da, uluslararası anlaşmaların Türkiye’ye yüklediği yükümlülüklerdir. Burada özellikle, Türkiye ve AET arasındaki 12 Eylül 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması (Ankara Anlaşması) çerçevesindeki yükümlülüklerden söz etmekte yarar vardır. Ortaklık Anlaşması’nın 16. maddesi, Roma Antlaşması’nın rekabet, vergi ve mevzuatın uyumlaştırılması ile ilgili hükümlerinde anılan ilkelerin, ortaklık ilişkisinde uygulanmasını öngörmüştür. Nitekim Türk Rekabet Kanunu büyük ölçüde Roma Antlaşması’nın 85. ve 86. maddelerini kaynak almıştır. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, 6 Mart 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı ile Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 1 Ocak 1996’da yürürlüğe giren, Gümrük Birliği’nin²⁰⁶ yarattığı atmosfer, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun kabul sürecinde kuşkusuz önemli bir rol oynamıştır²⁰⁷.

Yasa, ekonomik düzendeki kartel anlaşmalarına ve ekonomik yoğunlaşmalara karşı etkin önlemlerle donatılmıştır. Fakat önemle ifade edilmelidir ki, salt Rekabet Hukuku düzenlemeleriyle rekabetin istenilen ölçüde korunması ve serbest rekabet ortamının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Rekabet yasalarından beklenen faydalar, ancak siyasal iktidarlar tarafından tutarlı bir rekabet politikasının ve buna uyumlu ekonomi politikalarının izlenmesi ile gerçekleşebilir²⁰⁸.

²⁰⁵ Rekabet Kurumu, 8.Yıllık Rapor, s. 2; İ. Yılmaz, s. 27.

²⁰⁶ Gümrük Birliği Kararının 37. maddesi karşısında Türkiye sadece bir Rekabet Kanunu çıkarmayı taahhüt etmekle kalmamış, yasa, ikincil mevzuat ve içtihat ve ilkeler bakımından da AB Hukuku’na uygun davranacağını da taahhüt etmiştir. Bu taahhüt sadece başlangıç için değildir. Çıkarılacak kuralların uygulanması sırasında ileride AB’de yapılacak değişiklikleri dahi kabul etme zorunluluğu altına girmiştir. Bu nedenle Rekabet Kanunu’nun çıkarılması Gümrük Birliği kararı açısından da zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. (İ. Yılmaz, s. 33.)

²⁰⁷ Rekabet Kurumu, 8. Yıllık Rapor, s. 3.

²⁰⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 21.

III. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türk Hukukunda serbest rekabetin korunması konusundaki yasal boşluğu doldurmuştur. Bunun yanı sıra Türk hukukuna getirdiği diğer önemli bir yenilik; “*Rekabet Kurumu*” adı altında bağımsız bir idari örgütlenme ve bu örgütlenmenin işleyişine ilişkin çağdaş usuli hükümler içermesidir. Kanun, büyük ölçüde Avrupa Birliği Rekabet Hukuku kurallarından ve kısmen de Amerikan Antitröst Hukuku kurallarından örnek alınarak hazırlanmıştır. Özellikle Avrupa Birliği Hukukundaki işletmelere yönelik rekabet kuralları, çok az bir değişikliklerle Kanun’a aktarılmıştır. Esasen bu durum, kara Avrupa’sı hukuk sisteminin bir parçası olan Türk Hukukunun; Avrupa Birliği Hukuku ile girdiği uyumlaştırma sürecinin doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir²⁰⁹.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, Türk rekabet hukukunu tek bir kanun çatısı altında toplamayı amaçlamıştır. Bu nedenle rekabeti sınırlayıcı işlem ve uygulamaların hem tekel durumu ile ilgili olanları (birleşme ve devralmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılması) hem de rekabeti sınırlayıcı uygulamalarla ilgili olanları (rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar) kanun kapsamına alınmıştır²¹⁰.

AT mevzuatı örnek alınarak hazırlanan Kanun altı kısımdan oluşmaktadır.

Birinci kısımda “Amaç, Kapsam, Tanımlar” başlıklı üç madde vardır. Kanun’un amacı, kapsamı ve bazı kavramların tanımları bu bölümde düzenlenmiştir.

İkinci kısımda, üç bölüm vardır. Birinci bölümde Kanun’un temelini oluşturan, maddi hukuka ilişkin hükümler “Yasaklanan Faaliyetler” başlığı ile yer almıştır ve dört maddeden oluşmaktadır, *rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar yasaklanmış*; ayrıca *muafiyetlere* de yer verilmiştir. İkinci bölüm ‘Kurulun Yetkileri’ başlığı altında birbirleriyle ilgisiz şu konuları düzenlemektedir; Menfi tespit, İhlale son verme, bildirim, muafiyet ve menfi tespiti kararlarının geri alınması, bilgi isteme, yerinde inceleme. Üçüncü bölüm ise para cezalarını düzenlemektedir.

²⁰⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 26.

²¹⁰ Badur, s. 39.

Üçüncü kısım, ‘Teşkilat’ başlığı altında üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Rekabet Kurulu, ikinci bölüm Başkanlık, üçüncü bölüm uzman ve uzman yardımcıları ile bazı mali hükümleri içermektedir.

Dördüncü kısımda kurulun incelemelerinde ve araştırmalarında uygulanacak usul düzenlenmiştir.

Beşinci kısımda ise, Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları; bu kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği, tazminat hakkı, zararın tazmini, ispat yükü düzenlenmiştir.

Altıncı kısımda ise, son hükümler ve geçici beş maddeden oluşmaktadır²¹¹.

A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Amacı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ilk maddesinde Kanun’un amacı; “Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak, rekabetin korunmasını sağlamak” olarak ifade edilmiştir²¹².

Görüldüğü üzere amaç maddesinde ‘rekabetin korunması’ amacı gösterilirken bu amaca yönelik araçlar sayılmıştır, fakat her nasılsa yedinci maddede yer alan birleşme ve devralmalara ilişkin düzenleme kapsam dışında bırakılmıştır. Araçlar kanun maddesinde açıkça yazılmış olmakla birlikte, asıl amaç yani serbest rekabetin kurulması ve korunması vurgulanmamıştır. Türkiye gibi istenilen ölçüde rekabetçi piyasa yapısının henüz pek çok sektör açısından tesis edilemediği ekonomilerde, Rekabet Hukuku’nun sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda kurulması amacına hizmet etmelidir. Bu nedenle rekabet kurallarının yorumunda bu hususun da özellikle dikkate alınması gerekir. Nitekim bu açıdan kanunun 20. maddesinde daha

²¹¹ 4054 sy. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4054.pdf> (23.11.2013); Aslan, Rekabet, s. 34; Badur, s. 39; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 27.

²¹² Bu karışık ifade yerine, ‘Bu kanunun amacı, ülke ekonomisinde, kaynakların dağılımında, üretimde ve teknolojik gelişmede etkinlik sağlanabilmesi için, mal ve hizmet piyasalarında, serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı kurmak ve bunu korumaktır.’ (Aslan, Rekabet, s. 35.)

Rekabet düzenlemelerinin amacı, piyasaların kendi doğal oluşumları içerisinde gelişmesini temin ve piyasaları her türlü müdahalelerden (özel kişiler veya devlet) korumaktır. (Phillips, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 5, 9’dan aktaran, M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 81.)

uygun bir ifadenin yer aldığı söylenebilir. Bu hükümde; “**Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini**” Rekabet Kurumu’nun genel vazifesi olarak öngörülmüştür. Kanun’un bütününe dikkate alarak, yorumda bu hükmü esas almak daha uygundur²¹³. Madde metninde ‘rekabetin kurulması ve korunması’ sözcüklerinin bulunmasının önemi özellikle ileride diğer hükümlerin yetersiz kaldığı hallerde bu maddeye dayanarak kapsamlarını genişletecek tarzda yorum yapılmasında kendini gösterecektir²¹⁴.

Rekabet Kanununun amacı, her şeyden önce teşebbüsler arasında oluşacak işbirliği mutabakatlarına (teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, birleşme ve devralmalar) engel olmaktır. Ayrıca piyasaya hâkim olan teşebbüsler, ekonomik gücünü kötüye kullanarak piyasayı sömürmeye veya rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştırmaya yahut mevcut rakipleri piyasadan silmeye teşebbüs edebilir. Bu yıkıcı davranışlara engel olunması ve genel bir ifadeyle de iktisadi yoğunlaşmaya giden yolun tıkanması, rekabet kanunlarının temel amacıdır.

Son olarak rekabet şartlarını bozacak tarzdaki devlet yardımları ve ayırımı uygulamaların önlenmesi de rekabet kanunlarının görevleri arasında yer alır. Rekabet hukuku kuralları, serbest piyasa ekonomisini benimsemiş ekonomilerde bir amaç değil, piyasanın gerek özel kişilerden gerekse devletten kaynaklanacak her türlü suni müdahalelerden uzak, kendi doğal işleyişi çerçevesinde oluşmasını sağlayacak bir vasıta olarak düşünülmelidir²¹⁵.

B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Kapsamı

Bir kanunun kapsamından söz edildiğinde, onun uygulama alanı anlaşılır. Kanun’un kapsamı, “Kapsam” başlıklı ikinci maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet*

²¹³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 27, 28; Aslan, Rekabet, ss. 34-35.

²¹⁴ Nitekim Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) doğrudan uygulanabilir hükümlerin olmadığı halde, 81 ve 82. maddeleri uygulamakta zorluk çektiği hallerde kapsamlarını genişletebilmek amacıyla ‘bozulmayacak bir rekabet sisteminin kurulmasını’ düzenleyen 3(f) maddesine sık sık başvurmuştur. (Aslan, Rekabet, s. 34.)

²¹⁵ Calvin S. Goldman, Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 5’den aktaran M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 82-83.)

*gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*²¹⁶”

Bu hükmün rekabet kuralları açısından temel önemi; rekabet kurallarının kimlere ve hangi coğrafi sınırlar dâhilinde uygulanacağını çerçevesinin çizilmesinde kendini gösterir. Hüküm kapsamında açıkça ifade edilmemekle birlikte, rekabet kurallarının uygulanmasında en az bu iki unsur kadar dikkate alınması gereken diğer bir husus; Kanun’un zamansal açıdan uygulanmasıdır. Bu bağlamda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un tatbikini “*konu*”, “*yer*” ve “*zaman*” açısından üç ayrı başlık altında incelemek mümkündür²¹⁷.

1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Konu Bakımından Kapsamı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un amacı, ekonomik yaşamı serbest rekabet ilkesine göre düzenlemek olunca, bu kurallarının muhatabı doğal olarak iktisadi hayatta rol alan ekonomik birimlerdir. İktisadi hayatta ise, şahıs işletmelerinden holdinglere, kamu iktisadi teşebbüslerinden belediyelere, kooperatiflerden serbest meslek çalışanlarına kadar, birbirinden çok farklı nitelik ve amaçlarla faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar yer almaktadır. Bu nedenle Rekabet Hukuku’nun konu bakımından uygulama alanının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir²¹⁸.

Bir fiili icra edene, bir eylemin failine sùje denildiğine göre rekabet hukuku anlamında sùjeyi; ‘rekabet normları bakımından kendisine hukuki sonuç bağlanan fiilin faili veya öznesi’ olarak tanımlamak mümkündür. Ancak rekabet hukukunda sùjeler için kullanılan özel kavramlar mevcuttur. Nitekim 4054 sayılı kanunda sùje

²¹⁶ Kanunda kapsam maddesi, amaç maddesinin tekrarı niteliğindedir. Orada olduğu gibi kapsam maddesinde de rekabeti korumanın amaçları tekrar sayılmıştır. (Aslan, Rekabet, s. 36.)

²¹⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 28.

²¹⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 28.

için kullanılan iki kavram vardır; bunlardan biri ‘teşebbüs’ diğeri ‘teşebbüs birliği’ kavramıdır²¹⁹.

a. Teşebbüs

Teşebbüs kavramı, yasanın tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde şu şekilde tarif edilmiştir;

*‘Teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri, ifade eder.’*²²⁰

Teşebbüs, iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sujeleri kapsayabilecek genişliğe sahip bir kavramdır. İktisadi faaliyetlerle meşgul olan sujeleri, bunların gerçek veya tüzel kişi oluşuna, statüsüne yahut idare şekline bakmaksızın "teşebbüs" olarak nitelendirmek gerekecektir. Geniş anlamda teşebbüsten söz edildiğinde esnaf, tacir, adi şirket, ticaret şirketleri (kollektif, komandit, limited, anonim şirket), ticaret birlikleri, kooperatifler ve devlet işletmeleri bu kavram içerisinde değerlendirilebilir. Ayrıca bir iktisadi sujenin "teşebbüs" olarak nitelendirilmesinde iktisadi veya ticari faaliyetler sonucunda kar sağlanıp sağlanamaması belirleyici bir kriter değildir²²¹.

Buna göre teşebbüs sayılabilmek için ;

- i. gerçek kişi veya tüzel kişi olup olmamanın,
- ii. özel hukuka veya kamu hukukuna tabi olup olmamanın,
- iii. gelir ve kar elde etmek veya hayır işlerini amaçlamış olup olmamanın

Rekabet Hukuku bakımından fazla bir önemi yoktur²²².

Yasada belirtilen tanımdan yola çıkarak, teşebbüsün²²³ temel unsurlarını iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, her nasıl olursa olsun bir

²¹⁹ Ateş, s. 196.

²²⁰ Avrupa Birliği komisyonu işletme kavramını daha geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Ona göre üretim, dağıtım ve hizmet verme gibi ticari ve ekonomik faaliyetlerle uğraşan tek kişinin işlettiği dükkândan büyük sanayi şirketlerine kadar bütün ekonomik varlıklar işletmedir. (Aslan, Rekabet, s. 42)

²²¹ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s.104; Yılmaz, “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu’nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, (Sempozyum), s. 14.

²²² Ateş, s. 200.

²²³ Kanunumuza mehz teşkil eden düzenlemelerde teşebbüsün tanımına yer verilmemiştir. AB Adalet Divanı bir kararında hukuken bir veya birkaç kişiden müteşekkil, gerçek veya tüzel kişi olmasına

“ekonomik faaliyeti yerine getirmek” ve diğeri de bu ekonomik faaliyeti “bağımsız” olarak yürütmektir. Her ne kadar tanıtımda “bağımsızlık” sadece fiili gruplaşmalara ilişkin bir unsur gibi ifade edilmişse de, bunun gerçek ve tüzel kişiler için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira Rekabet Hukuku bakımından önemli olan “hukuki bağımsızlık” değil, “ekonomik bağımsızlıktır”. Gerçek ve tüzel kişilerin hukuki bağımsızlıkları bulunsa da, bu durum onların aynı zamanda ekonomik açıdan bağımsız oldukları anlamına gelmez. Bu iki özelliğe sahip her türlü kişi veya kişi grubu, Rekabet Hukuku anlamında “teşebbüs” sıfatını haizdir ve Rekabet Hukuku kurallarının da muhatabıdır²²⁴.

(1) Teşebbüsün Unsurları

(i) Ekonomik Faaliyet

Rekabet hukukları ekonominin anayasası olduğuna göre Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ekonomik ilişkilere ve faaliyetlere uygulanması doğaldır. Ekonominin sektörleri bakımından bir ayırım yapılmaması ve kamu işletmelerinin durumu konusunda açık bir ifade bulunmaması nedeniyle, ekonominin tüm sektörlerinin²²⁵ ve ekonomik faaliyette²²⁶ bulunan tüm işletmelerin (kamu ya da özel sektöre ait olduğuna bakılmaksızın) Kanun’un kapsamına girmektedir sonucuna ulaşmak gerekir²²⁷. Şüphesiz mevcut düzenlemenin bu şekilde olması, bunun ileride de aynen bu şekilde muhafaza edileceği anlamına gelmemelidir. Nitekim tarım, taşımacılık gibi bazı piyasaların rekabet açısından gösterdiği farklı özellikler ve de özellikle sosyal düşüncelerin etkisiyle Avrupa Birliği Hukuku rekabet kurallarının

bakılmaksızın ekonomik birlik olarak nitelendirilebilecek varlıkları teşebbüs olarak kabul etmiştir. (M. Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 104-105.)

²²⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 29-30.

²²⁵ RKHK’nun 3.maddesinin gerekçe kısmında, “Bir bedel veya menfaat karşılığı yapılan fikri, bedeni veya her iki beraber yapılan faaliyetler hizmet olarak tanımlanırken, tanım en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para kredi, sermaye ve sair unsurları da içermektedir. Kuşkusuz toplu pazarlık esasının kabul edildiği emek piyasası bu tanımın dışındadır.” Hizmet tanımlanarak unsurlarına yer verilmiş ve emek piyasasının yasa kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

(RKHK’nun madde gerekçeleri, <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=gsXB22rO5K4=-H7deC+LxBI8=&nm=81> (24.11.2013))

²²⁶ Ekonomik faaliyetleri diğer faaliyetlerden ayıran kriter, gelir temin etmek amacıdır, bu nedenle bu amaç doğrultusunda hareket etmeyen işletmeler bu yasa kapsamında değildir.

²²⁷ Aslan, Rekabet, s. 36, 37; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 83.

uygulanmasında özel rejimler öngörölmüş ve ayrıca kamu teşebbüsleri bakımından Roma Antlaşması'nın 90. maddesinde²²⁸ açık bir istisnaya yer verilmiştir. Şüphesiz ölkemiz açısından bu gibi konularda Rekabet Kurumu'nun yayınlayacağı tebliğler büyük önem taşıyacaktır.

(ii) Ekonomik Bağımsızlık

Kanunun gerekçesinde, teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütönlük ilkesinin benimsendiğı yani; bir yavru şirket tek başına değil, bağılı olduğı diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirileceğı açıkça ifade edilmiştir²²⁹. Rekabet Hukuku açısından önem taşıyan “*hukuki bağımsızlık*” değil, “*ekonomik bağımsızlık*”tır. Ekonomik bağımsızlık denildiğı vakit ise, genel olarak söz konusu birimin ekonomik faaliyetlerinin geleceğı açısından kendi başına karar vermesi ve iktisadi politikalarını kendi tercihine göre oluşturması anlaşılır. Bu yerine göre bir gerçek kişi olabileceğı gibi, tüzel kişilik veya adi ortaklık benzeri bir yapı da olabilir²³⁰.

Rekabet Kurumu kararlarına baktığımızda bağımsızlığın; ‘*Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim, finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması..*’ şeklinde tanımlandığı görölmektedir²³¹.

İktisadi kararlarını ve politikalarını kendi serbest iradesi ile belirleyemeyen bir gerçek veya tüzel kişi, hangi teşebbüs tarafından yönlendiriliyor veya hangi teşebbüsün kontrolüne bağılı olarak karar verebiliyorsa, o teşebbüs ile birlikte bir

²²⁸ Roma Antlaşması'ndaki teşebbüslere yönelik rekabet kuralları ilke olarak bütün sektörlerle uygulanır. Bununla birlikte bu ilkeye; taşıma, savunma sanayi, tarım ve kömür çelik sektörlerinde istisnalar getirilmiştir. Roma Antlaşması'nın 90. maddesinden anlaşıldığı üzere; Üye Devletler kamu yararını gözetmek amacı doğrultusunda rekabet kurallarına saygılı kalmak koşulu ile, genel ekonomi ve kamu yararına faaliyet göstermeleri veya iktisadi amaçlı tekeller oluşturmaları kaydıyla bazı konularda bunlara kısmi ayrıcalıklar getirebilirler. (Esin, s. 47, Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 59.)

²²⁹ RKKH.'nın 3. madde gerekçesi.

²³⁰ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 30.

²³¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya sayısı:D4/1/M.H.A-01/1 (ilk İnceleme) Karar Sayı:01-12/114-29, Karar Tarihi 13.3.2001

ekonomik bütünlük içinde kabul edilir. Bunlar hukuken farklı tüzel kişiliklere haiz olsa da, rekabet hukuku bakımından **tek teşebbüs** muamelesi görür. Zira rekabet hukuku bakımından hukuki değil iktisadi bağımsızlık önem arz eder²³².

Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olması nedeniyle, teşebbüs kavramının belirlenmesinde daha fazla önem taşıyan kriter, “bağımsızlık” ilkesidir. Özellikle bağlı ortaklık, çok uluslu ortaklıklar, konzernler²³³, holdingler gibi karmaşık yapıları ekonomik birimler nedeniyle ticari ilişkilerin karmaşık bir hal alması, “bağımsızlık” unsurunun önemini artırmaktadır. Örneğin, aynı holdingin kontrolü altında bulunan, ekonomik olarak bu holdinge bağlı olan ve iki ayrı anonim şirket olarak kurulmuş şirketler arasında gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemi hukuken iki ayrı tüzel kişilik bulunmasına karşın, ekonomik açıdan bağımsızlığın söz konusu olmaması nedeniyle, bağımsız teşebbüsler arasında yapılan ve rekabet hukuku açısından denetime tabi bir birleşme veya devralma olarak kabul edilmeyecektir. Yine teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler açısından, bağımsız olmayan teşebbüsler arasında yapılan işlemler tek bir teşebbüs tarafından yapılmış kabul edilecek ve bunlar işletmenin kendi iç işi olarak görülecek ve yasaklanmayacaktır. Hâkim durumun saptanması bakımından ise, bu işletmelerin toplam ciro ve pazar payı dikkate alınacağından dolayı, bu durum işletmenin pazar payının büyümesine yol açacaktır²³⁴.

(iii) Devamlılık

Gelip geçici faaliyetler değil, aksine sürekli, ilgili iktisadi faaliyetlerin meslek şeklinde icrası rekabet için potansiyel bir tehdit olarak düşünülebilir. Tersî durumda,

²³² Ateş, ss. 212- 213.

²³³ 1965 tarihli "Paylı Ortaklıklar" Kanunu (konzern) ile Almanya olmuş ve adı geçen Kanunun 3. kısmında, "bağlı işletmeler" ile ilgili ilkesel kurallar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Adı geçen Kanuna göre bir işletmenin başka bir işletmenin yönetiminde belirli bir etkinliğe sahip olması ve bu işletmenin karar alma mekanizmasını etkileyebilmesi durumunda "konzern"den bahsedilmektedir. Böylece işletme hukuki bağımsızlığını muhafaza ederek hâkim işletme ile ortak bir yönetim altında fakat ona katılmaksızın bir işbirliği kurmuş olmaktadır. Bu durumda her bir işletme, dışarıya karşı hukuken bağımsız olmasına rağmen, "konzern" çatısı altında oluşturulan ekonomik bütünün birer parçası konumundadırlar. İşletmelerin konzern çatısı altında birleşmeleri, sermaye katılımı şeklinin dışında, işletme sözleşmeleri ile de mümkündür.(OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law,1971, s. 1.'den aktaran Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 127)

²³⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 59, dipnot 163; Pelin Güven, Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2008, ss. 87-88; Aslan, Rekabet, s. 45; Ateş, ss. 214-215.

rekabet hukuku bakımından hem takip edilmesi hem de katlanılması mümkün olmayacak sonuçlarla karşılaşılacaktır. Bu yüzden açıkça belirtilmiş olmasa bile, mahiyeti gereği Rekabet Kanunu anlamında bir teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, ilgili iktisadi faaliyetlerin sürekliliği, iktisadi faaliyetin kesintisiz bir şekilde icra edilmesi şartı aranacaktır²³⁵. Süreklilik, işin ebedi olarak yürütülmesi anlamına gelmez. Önemli olan süreklilik kast ve niyetinin varlığıdır. Süreklilik niyeti münferit iş veya işlemlerin yapılmasına değil, söz konusu iş veya işlemlerin istigal konusu ya da meslek olarak yürütülmesine yönelik olmalıdır²³⁶.

(2) Kamu İşletmeleri ve Kamu Teşebbüsleri

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda yer almamasına rağmen, kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddenin gerekçe kısmında, kamu kurumları ile ilgili şu ifade yer almaktadır:

“Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin, kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar Rekabet Hukukun’da da kamu yararı veya kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da, genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir”.

Devlet veya yerel yönetimler gelir temin etmek maksadıyla, özel teşebbüslerin yürütebileceği alanlara girebilir. Kar amacıyla kurulmuş ve özel hukuk hükümlerine göre hizmet veren iktisadi ve sınaî mahiyetteki teşebbüslerin, yerine göre bu alanlar özel teşebbüse kapatılarak, devlet tarafından hususi bir himayeye tabi tutuldukları da vakidir²³⁷. Yine belediyelerin, iktisadi yönden ferahlamak amacıyla,

²³⁵ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetin özelliklerine ilişkin olarak çeşitli kriterlerin de arandığını da belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetlerin belirli bir düzen ve süreye bağlı olması gerektiğidir. Kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetler, teşebbüs sıfatının kazanılmasında yeterli görülmemektedir. Ticari işletme kavramını çağrıştıran bir başka kriter ise, ekonomik faaliyetin kişisel ihtiyaç ölçüsünü aşması gereğidir. (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 31.)

²³⁶ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 114.

²³⁷ Bu faaliyetleri deruhte eden işletmelerin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması, söz konusu işletmelerin teşebbüs olarak kabul edilmeleri açısından bir farklılığa yol açmaz. Örneğin kamu

iktisadi karakterde teşebbüsler kurarak işlettiklerini biliyoruz. Özellikle elektrik, su, havagazı, otobüs, metro, mezbaha, sebze ve meyve halleri, pazar yerleri gibi alanlarda belediyeler ya bizzat girişimci sıfatıyla teşebbüsler kurmakta ya da bu alanları imtiyaz yoluyla işletilmek üzere özel teşebbüslere bırakmaktadır. Özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren işletmeler kamuya ait olsalar bile, bu işletmelere rekabet kurallarının uygulanması zorunludur. Özellikle Türkiye’de kamuya ait işletmelerin çokluğu göz önüne alınırsa bunların rekabet kurallarının dışına çıkarılması ekonominin yarısında tekelleşmeye ve kartelleşmeye göz yummak anlamına gelir. Devletin bazı işletmelere özel ve inhisarı haklar tanımış olması onlara rekabet kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmez²³⁸.

Devlet birçok sebeple muhtelif işleri bizzat kendi bünyesinde bulundurmak isteyebilir. Özellikle stratejik alanlar ile ortak ve genel ihtiyaçları tatmin edecek vasıtaların üretiminde devlet, kendisi müteşebbis olarak hareket eder. Askeri, siyasi, sosyal ve iktisadi nedenler devletlerin kimi iktisadi konularda müteşebbis olarak hareket etmesini zorunlu kılar. Örneğin posta hizmetleri, ulaşım ve taşımacılık bakımından demir, deniz, havayolları veya orman bakım ve korunması gibi hizmetlerin hepsi devlet tarafından yapılabilmektedir. Gerçekten posta hizmetlerinin emniyet içerisinde yürütülmesi, memleketin en ücra bölgelerine kadar ulaştırılabilmesi zaruridir. Bu iş eğer özel teşebbüse bırakılırsa, karlı olması muhtemel olan büyük merkezlerde posta teşkilatı kurulur, küçük olan birçok bölge ihmal edilirdi. Zira özel teşebbüs daha ziyade sermayesini verimli alanlara ve kısa vadede sonuç alabileceği işlere yöneltmek ister. Hâlbuki devlet aynı zamanda kamu hizmeti düşüncesi ile kısa vadede karlı olmayan, fakat uzun vadede ülkenin iktisadi gelişmesi için gerekli olan teşebbüslerin kurulması sorumluluğunu kendisi üstlenecektir²³⁹.

kurumu niteliğindeki bir üniversitenin kurduğu ve ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan basımevi eğer piyasaya da iş yapıyorsa teşebbüs niteliğini haizdir. Buna rekabet Kanunu uygulanabilecektir. (Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 117-119)

²³⁸ Aslan, Rekabet, s. 50; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 119.

²³⁹ Helen, Papaconstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 39 vd.’aktaran, Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 118- 119.

Genel ekonomik menfaat²⁴⁰ için hizmet etmekle görevlendirilmiş olan işletmelere de rekabet kuralları uygulanır. Bu gibi işletmelerin asli faaliyetlerinin yerine getirilmesi rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaate aittir ve rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen bir asli faaliyetin sürdürülemez hale geldiği durumlarda kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından ayrık tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir²⁴¹.

Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, kamu teşebbüslerinin²⁴² rekabet kurallarının kapsamında olduğu 90.(yeni 86) maddede açıkça ifade edilmektedir.

“Kamu teşebbüsleri ve kendilerine özel veya inhisari haklar verilen teşebbüslerle ilgili olarak Üye Devletler, bu Antlaşmanın kurallarına, özellikle 12’nci ve 81’den 89’a kadar olan maddelerde öngörülenlere aykırı hiçbir önlem alamaz ve mevcut olanları da sürdürülemez.”

Bununla beraber, yine aynı maddenin 2. fıkrasında; ‘genel ekonomik faydaya hizmetle görevlendirilmiş kuruluşlarla, mali tekel niteliğine sahip teşebbüsler için, onlara bırakılan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen, engellemediği ölçüde, bu antlaşmanın kurallarına tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Hemen belirtelim ki

²⁴⁰ Genel ekonomik yarar sağlayan hizmet kavramı, kamu hizmeti kavramını yaklaşık olarak karşılayan bir kavram olup, Adalet Divanı İçtihadı ve doktrine göre yürütülen bir hizmetin genel ekonomik yarar sağlayan bir hizmet niteliği taşıması için;

- teşebbüse belirli bir görev verilmiş olması, bu görevin kamu otoritelerinin bir tedbirine uygun olarak devlet tarafından verilmiş olması yani, teşebbüslerin işleyişlerinde bir takım kamu hukuku kaynaklı yetkilerin olması

- bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme yükümlülüğü,

-fiyatların sadece arz ve talebin katı kurallarına göre değil aynı zamanda sosyal ve politik gerekliliklere göre oluşması

- hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması, nüfusun belirli temel ihtiyaçlarını karşılayan bir yükümlülük olması,

-belirli bir bölgenin tamamında temel bir hizmetin sağlanması niteliğini taşıması gibi çeşitli ölçütler kullanılmakta ve fakat somut olaya göre bu kıstasların kapsamı değişebilmektedir. Bu ölçütler çerçevesinde; doğal gaz, havagazı, elektrik, su, telefon, toplu taşıma, posta hizmetleri, hava yolu, radyo, televizyon gibi toplum hayatı açısından hayati nitelikli hizmetleri yerine getiren teşebbüslerin, “genel ekonomik menfaate” hizmet ettiği kabul edilmektedir.

(Danıştay 10. Daire Esas No: 2001/4817 Karar No: 2003/4770 Tarih: 05.12.2003; Aslan , Rekabet, ss. 51-52; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 67, dipnot, 210)

²⁴¹ Aslan, Rekabet, s. 36; RKHK m.2’nin gerekçesi

²⁴² AB hukuku çerçevesinde, genel kabul gören tanıma göre teşebbüs, piyasa için ekonomik aktivitede bulunan bir varlık, kamu teşebbüsü ise, bir ekonomik aktivitede bulunan ve bir Üye Devlet tarafından kontrol edilen bir teşebbüstür. (Yavuz, Ege, Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, Rekabet Kurumu, Ankara, 2002, ss. 23-24.)

Adalet Divanı istisna kapsamındaki bu halleri oldukça dar yorumlamakta ve rekabet kuralları kamu kesimine yaygın bir şekilde uygulamaktadır²⁴³.

Bu madde hükmünün lafzından hemen anlaşılacağı üzere, iki tür teşebbüs bu istisnanın kapsamına girmektedir: Genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilen teşebbüsler ve mali nitelikli yani gelir üreten tekeller şeklindeki teşebbüsler. AB hukuku çerçevesinde ikinci tür teşebbüslerle ilgili tartışmalar sona ermişe benzemektedir. Bu tür teşebbüsler, normal olarak kamu teşebbüsü şeklinde örgütlenmiş olmakla birlikte, özel de olabilmektedirler. Bunların ana amacı hizmet sunmaktan çok, Devlet'e gelir sağlamaktır. Bazen varlık nedeni olarak, tütün ve alkol tekellerinde olduğu gibi, kamu sağlığı gerekçesinin ileri sürüldüğü de olmuştur. Ama çoğu zaman genel ekonomik yarar ve gelir amacının birlikte olduğu görülmektedir. AB'de salt gelir amaçlı tekel fikri artık pek taraftar bulamamaktadır. Genellikle ifade edilen, Devlet'in gelir amacıyla piyasayı bozmak yerine vergi toplayabileceğidir. AB'de, tek başına gelir amaçlı tekel, artık toplum karşısında savunulur olmaktan büyük ölçüde çıkmıştır. Bu durumda, 86/2'deki mali tekellerin haklı görülmesi olasılığı oldukça azdır²⁴⁴.

(i) Cali ve Türkiye Denizcilik İşletmeleri Kararları

Cali davası, Genoa Liman İdaresi tarafından SPEG adlı kuruluşa yükleme ve indirme esnasında yağ ve benzeri ürünlerin yayılmasını önleme amaçlı olarak kirliliğin önlenmesi ve gözetilmesi ile ilgili verilen haklara ilişkindir. Hizmetlerin finansmanı liman idaresi tarafından, limana yanaşan bütün gemilerden zorunlu olarak tonajlarına, taşıdıkları yük miktarına ve yükleme ve indirme sürelerine göre değişecek şekilde alınan ücretlerden sağlanmaktadır. Limana yanaşan gemilerin potansiyel olarak kirlilik tehlikesi taşıyıp taşımamaları bu hizmet için kendilerinden ücret talep edilmesini engellemektedir. Gemi taşımacılığı yapan Cali tarafından istenen ücrete ilişkin açılan davada; münhasır hakkın konusunun ekonomik aktivite

²⁴³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 37; Danıştay 10. Daire Esas No: 2001/4817 Karar No: 2003/4770 Tarih: 05.12.2003;

²⁴⁴ Ege, s. 28.

teşkil edip etmediği, başka bir ifade ile SPEG'nin 86.(eski) ve 90.(eski) maddeler kapsamında teşebbüs olup olmadığı sorusu üzerine ATAD,

'Devletin bir kamu otoritesi olarak davrandığı veya mal veya hizmetlerin sağlanması gibi ticari bir doğası olan ekonomik aktivite yürüttüğü durumlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğine, bu ayırım yapılırken aktivitelerin idarenin bünyesinde veya münhasır hak ya da özel hak verilmiş kuruluşlarca yürütülmesinin önem arzemediğine,

Bu çerçevede SPEG tarafından yürütülen kirliliğin önlenmesinin gözetilmesi faaliyetinin, limanlara ilişkin olarak çevrenin korunması ile ilgili, kamunun yararına, devletin asli görevlerinden biri olduğuna; Bu gibi koruma hizmetlerinin özü, amacı ve çevrenin korunması ile ilgili olarak kullanılan yetkilerin tabi olduğu kurallar bakımından bir kamu otoritesinin kullandığı yetkiler ile alakalı olduğuna ve Antlaşma'nın rekabete ilişkin kurallarının uygulamasını haklı gösterecek bir ekonomik özünün olmadığına, SPEG'in rekabet kuralları anlamında bir teşebbüs sayılamayacağına' karar vermiştir²⁴⁵.

Rekabet Hukuku açısından Türk Hukukunda md.86/2 kapsamına girebilecek kamu teşebbüsleri her olayda ayrıca araştırılmalı ve değerlendirilmelidir. Tez çalışma konumuzu teşkil etmesi sebebiyle, Rekabet Kurumunun, Türkiye Denizcilik İşletmeleri ile ilgili kararını paylaşmakta fayda görüyorum.

*'Şikâyet konusu çerçevesinde, öncelikle hakkında ön araştırma yapılan Türkiye Denizcilik İşletmeleri'nin teşebbüs olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. 10.8.1993 tarih ve 93/4693 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla özelleştirme kapsamına alınan teşebbüsün ana sözleşmesi yeniden düzenlenmiş ve 24.11.1994 ve 4046 sayılı Kanun uyarınca unvanı Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. olmuştur. Aynı Kanun'un 17(e) maddesi 410 çerçevesinde Türkiye Denizcilik İşletmelerinin kendi tarifelerini belirleme yetkisine sahip bir anonim şirkettir. Bu çerçevede, anılan teşebbüsün **bağımsız karar verebilen ve ekonomik bir bütün teşkil eden bir birim** ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında teşebbüs olduğu kanaatine varılmıştır²⁴⁶.*

²⁴⁵ 57 Case C- 343/95, Cali, [1997], ECR I- 1547'dan aktaran Selçuk, İlmutluhan, ATA Antlaşmasının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar, Türk Rekabet Hukuku'na Etkileri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, ss. 34-35.

²⁴⁶ Rekabet Kurumu Kararı; Dosya Sayısı: 2006-4-104 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 06-74/959-278 Karar Tarihi: 12.10.2006

Diğer taraftan rekabet kurumu, Yatırımları Teşvik Fonu'ndan tersanecilik sektörüne tahsis edilen kredilerin kullandırılmasındaki uygulamaları ile Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile yapılan şikâyet başvurusunu yasa kapsamında olmadığından dolayı reddetmiştir²⁴⁷.

‘Şikâyet konusu olayın bir devlet yardımı uygulaması olması nedeniyle, değerlendirme yapılırken öncelikle konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığıнын belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada, tersanecilik sektörüne yönelik olarak yatırımları teşvik fonundan işletme kredisi tahsisi hakkındaki karar merciinin Bakanlar Kurulu olduğu, kararın yürütülmesinde ise Hazine Müsteşarlığı ve Denizcilik Müsteşarlığının ilgili idareler olarak görevlendirildiği, kredinin tahsis ve kullandırım işlemlerinin yürütülmesinde ise Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. 'nin görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Kararı alan ve uygulamada görevli olan kurumların rekabet hukuku kapsamında statülerinin değerlendirilmesi sonucunda, idare teşkilatı içerisinde merkezi idare konumundaki yürütme organı niteliğindeki birimlerin bulunduğu, kararın uygulanmasına aracılık eden bankanın ise bağımsız bir teşebbüs niteliğinde olduğu saptanmıştır. Ancak bağımsız bir teşebbüs niteliğindeki bankanın da, kararla tahsis edilen devlet yardımının dağıtılmasında kendi hür iradesi ile davranma imkânı bulunmamakta, ilgili idari birimlerle birlikte ve geçerli mevzuat kapsamında işlem tesis etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu çerçevede bankanın işlemleri ilgili idarelerin denetiminde olup, kredinin tahsis süreci bu niteliği ile idari işlem görünümü arz etmektedir.

İlgili Bakanlar Kurulu Kararı'nın 8. maddesinde, Hazine Müsteşarlığı'nın uygun görüşüne istinaden ilgili idare (Denizcilik Müsteşarlığı) ve bankanın (Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.) uygulamada bulunacağı, 5. maddesinde ise kredilerin aracı banka tarafından kullandırılacağı ve kullanıma ilişkin esasların Hazine Müsteşarlığı'nın talimatına istinaden Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. tarafından yürütüleceği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda kararın uygulamasına ilişkin olarak Denizcilik Müsteşarlığı ile Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. arasında yapılan protokolde kriterlere uygunluğu nedeniyle krediden yararlanabilecek tersaneler belirtilmiş olup, kullanabileceklerin tespitinde

²⁴⁷ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: D4/1/O.G.-01/3 (İlk İnceleme) Karar Sayısı: 01-25/241-63 Karar Tarihi: 29.5.2001

bankacılık teamüllerine göre öneri getirme yetkisi Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.'ye verilmiştir. Protokolde, bankanın önereceği listeyi bir defada Hazine Müsteşarlığı'na sunacağı, Müsteşarlığın fonun imkânları çerçevesinde tahsisatları yaparak aracı banka üzerinden tersanelere fon aktarımında bulunacağı ve ortaya çıkan tereddütlerde ve ihtilaf halinde Müsteşarlığın görüşü doğrultusunda işlem yapılacağı da belirtilmektedir. Tüm bu düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere kararın uygulaması tamamen idari düzeyde yürütülmekte olup, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. bankacılık işlemlerinde aracılık görevini yapmakta ve yaptığı işlemlerden dolayı belli bir oranda komisyon almaktadır.

Yukarıda yer verilen tespitlerden şikâyet konusu uygulamanın idari bir işlem niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu işlemde ilgili bankanın gerçekleştirdiği faaliyetler tamamen aracılık hizmetleri niteliğindedir. Bankanın belirttiği listeyi danışmanlık önerisi şeklinde değerlendirerek sonuca bağlamak Hazine Müsteşarlığı'nın yetkisinde bulunmaktadır. Ancak bu olayda söz konusu Müsteşarlığın oluşabilecek kredi dönüş riskinin üstlenilmesi yoluna gitmeyerek, tahsisat işlemini bankaca belirlenen liste üzerinden gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır. Zaten şikâyetçi tersanelerin de bu meyanda Hazine Müsteşarlığı'na başvuruda bulundukları ve yasal haklarını kullanacaklarını bildirdikleri görülmektedir. 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer" şeklindedir. Bu hüküm doğrultusunda yukarıda açıklanan nedenlerle, **Bakanlar Kurulu Kararı'nın uygulanması ile görevlendirilen kurumların işlemlerinin, teşebbüsler arası işlem olarak değerlendirilemeyeceği**, bunun sonucunda şikâyet konusu olan uygulamanın 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır²⁴⁸.

²⁴⁸ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: D4/1/O.G.-01/3 (İlk İnceleme) Karar Sayısı: 01-25/241-63 Karar Tarihi: 29.5.2001

(3) Serbest Meslek Mensupları

Mevzuatımızda serbest meslek faaliyetinin tanımı, Gelir Vergisi Kanunun 65. maddesinde şu şekilde yapılmıştır ; *"sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır"*²⁴⁹.

Serbest meslek faaliyetleri Ticaret Kanunu anlamında "ticari iş" olarak kabul edilmese bile, serbest meslek erbabının iktisadi faaliyetlerle meşgul oldukları kuşkusuzdur. Serbest meslek sahibi kişiler de piyasa yapısına göre rekabeti sınırlayıcı uygulamalar içerisine girebilirler. Örneğin ücra ve uzak bir ilçedeki iki avukatın, doktorun veya mühendisin aralarında anlaşmaları böyledir. Özellikle ülkemizde serbest meslek mensuplarının ücretleri birlikleri vasıtasıyla tespit edilmektedir²⁵⁰. Nitekim Rekabet Kurumu da kararlarında serbest meslek faaliyeti yürüten mimar mühendislerin yasa kapsamında olduğunu belirtmiştir²⁵¹.

AB kartel hukukunda, serbest meslek faaliyeti sürdürenlerin de, "teşebbüs" sayıldıkları gözlenebilir. Burada, iktisadi faaliyetin yoğunlunu ve sürekliliğinin özel bir önem taşımadığı belirtilmelidir. Komisyon bazı kararlarında, serbest meslek faaliyetlerini "iktisadi" faaliyet olarak nitelemiştir²⁵².

²⁴⁹ Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193 Kabul Tarihi: 31/12/1960 Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 6/1/1961, Sayı: 10700.

²⁵⁰ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 122.

²⁵¹ Serbest meslek faaliyeti yürüten mühendisleri teşebbüs olarak nitelemenin doğru olamayacağı yönündeki savunma da kabul edilemez niteliktedir. 4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir teşebbüsün mal veya hizmet üreten ya da pazarlayan, gerçek veya tüzel, kamu ya da özel tüm birimler için bağımsız karar verebilmesi ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmesi gerekir. Bu itibarla meslek odalarına üye olan, serbest meslek faaliyeti yürüterek ve hizmet üretilip satan mühendislerin her biri ayrı ayrı 4054 sayılı Kanun kapsamında teşebbüstür. Rekabet Kurumu Kararı; Dosya Sayısı: 2002-4-116 (Soruşturma) Karar Sayısı: 05-84/1150-330 Karar Tarihi: 15.12.2005, benzer nitelikte diğer kurul kararı Dosya Sayısı: S.R./01-6 (Soruşturma) Karar Sayısı: 02-04/40-21 Karar Tarihi: 22.1.2002.

²⁵² Ergun, Özsunay, Türk Kartel hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birlikleri Kararları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2000, s. 47.

(4) Bağımsız Tacir Yardımcıları

Tellal (simsar) sözleşme yapmak isteyen kişileri bir araya getirmek, sözleşmenin yapılması için uygun bir ortam hazırlamak gibi aracılık faaliyetlerini yerine getirir. Tellallık sözleşmesi Türk Borçlar Kanununda, 520. madde ve devamında düzenlenmiştir. Konumu itibarıyla tellalın kendine ait ayrı bir işletmesi olabilir. Tellal ile onun hizmetinden yararlanan tacir arasındaki ilişki geçici bir niteliktedir ve tellala özel yetki verilmedikçe, kendisini görevlendiren taraf adına sözleşme yapamaz, bedeli tahsil edemez, satım konusu malları teslim alamaz. Dolayısıyla tellal sözleşme yapılmasına aracılık ettiği teşebbüsten bağımsız olarak faaliyetini yürüten bir teşebbüstür²⁵³.

Komisyoncu, ücret karşılığında kendi adına müvekkili hesabına hukuki işlem yapmayı üstlenen kişidir. Bu özelliği itibarıyla komisyoncu tacirin dolaylı temsil yetkisine sahip yardımcısıdır. Komisyonculuk esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununda (m.532-546) düzenlenmiştir. Komisyonculuğun bir türü olan, ‘taşıma işleri komisyonculuğu’ hakkında, Karayolu Taşıma Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nda özel hükümler (m. 917-930) yer almıştır. Komisyoncu ile müvekkili arasındaki ilişki kural olarak sürekli değildir ve müvekkil komisyoncuya tek bir sözleşmenin yapılması için yetki verir. Komisyonculuk faaliyetini daimi surette icra eden kişi, somut olayın özelliğine göre rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılabilir²⁵⁴. Rekabet Kurulu’nun taşıma işleri komisyoncusuna ilişkin beş kararı bulunmaktadır²⁵⁵.

Acente, Türk Ticaret Kanunu md.102/1’de şu şekilde tarif edilmiştir; ‘*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer veya bölge içinde, sürekli bir şekilde bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse*’. Ticaret Hukuku

²⁵³ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17. Bası, Ankara, 2012, ss. 185-187; Ateş, s. 221.

²⁵⁴ Arkan, ss. 227-228; Ateş, s. 221.

²⁵⁵ Rekabet Kurulu’nun, taşıma işleri komisyoncusuna (forwarder) ilişkin kararları;
Dosya Sayısı: 2011-4-125 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 11-44/996-342 Karar Tarihi: 03.08.2011
Dosya Sayısı: 2010-4-120 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 10-57/1162-443 Karar Tarihi: 2.9.2010
Dosya Sayısı: 2009-4-244 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-09/185-55 Karar Tarihi: 5.3.2009
Dosya Sayısı: 2009-4-206 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-58/1409-370 Karar Tarihi: 9.12.2009
Dosya Sayısı: 2010-4-124 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 10-57/1164-445 Karar Tarihi: 2.9.2010

bakımından acente bağımsız tacir yardımcısı olarak nitelendirildiği gibi ayrıca kendisi de gerekli koşulları taşıdığı takdirde tacir sayılır. Nitekim acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olduğu hususu, kanundaki tanımda da yer alan **“işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın”** ifadesiyle de açık bir şekilde vurgulanmıştır²⁵⁶.

Buna karşılık Rekabet hukuku bakımından acentenin bağımsız bir teşebbüs sayılabilmesi için iktisadi bakımdan da bağımsız olması gerekir. Ancak acente **“ekonomik bağımsızlığa”** sahip olmadığı için kural olarak ayrı bir teşebbüs olarak değerlendirilmez. Çünkü, acentenin müvekkilin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunması²⁵⁷, acentenin yaptığı işlemlerden doğan her türlü hak ve borçların müvekkili üzerinde doğması, faaliyetin yürütülmesi bakımından ekonomik bağımsızlığının olmadığına işaret etmektedir²⁵⁸.

Bu yüzden acente, Rekabet Hukuku bakımından müvekkili olduğu teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs (aynı ekonomik bütünlük) olarak değerlendirilir. Bunun pratik sonucu acentenin rakip sayılmamasıdır. Ortada bir rakip bulunmadığından, acente ile müvekkil arasındaki sözleşme ilişkisinde rekabetten ve rakibin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasından, dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasından söz edilemeyecektir. Buna bağlı olarak, acente ile müvekkil arasında yapılacak sözleşmeler, Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilemez yasanın 4. maddesi kapsamında işlem yapılamaz²⁵⁹.

Öte yandan, bu durum Rekabet Hukuku kurallarının acentelik ilişkisine uygulanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır²⁶⁰. Acentelik sözleşmesinin rekabeti sınırlama amacı taşıdığı veya böyle bir amaç taşımaya bile rekabeti sınırlayıcı bir etki göstermesi (örneğin, beş müvekkilin, kendileri arasında rekabete duyarlı bilgi

²⁵⁶ Tahir Saraç, 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (2), Ankara, 2012, s. 727.

²⁵⁷ Sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlü olması (TK m. 109/1); üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu hususları ona zamanında bildirmek zorunda olması (TK m. 110/1) ve özellikle müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilmesi (m. 110/2) acentenin müvekkilin emir ve talimatlarına uymakla yükümlü olduğunun göstergesidir. (Saraç, s. 727)

²⁵⁸ Ateş, s. 222; Saraç, ss. 727-728; Aslan, Rekabet, s. 285.

²⁵⁹ Saraç, ss.728-729; Aslan, Rekabet, s. 285.

²⁶⁰ Rekabet Kurulunun, Gemi Acentelerine ilişkin kararları; Erdemir Kararı, Dosya Sayısı: 2005-4-186, Karar Sayısı: 07-63/772-280, Karar Tarihi: 2.8.2007; Densay Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139, Karar Tarihi: 16.5.2002

değişimini sağlamak üzere, bir başka deyişle koordinasyon etkisi doğuracak şekilde aynı acenteyi atamaları, acentenin acentelik faaliyetine ilave olarak kendi menfaatine de önemli miktarda işlem yapıyor olması acentenin, müvekkilin ürününü temin etme koşuluyla müşteri olarak kendi kendileri ile sözleşme imzalamaları veya sürekli olarak inhisar hakkı içeren (münhasır) veya rekabet etmeme yükümlülüğü içeren acentelik sözleşmeleri yaparak piyasanın büyük bir kısmına sahip olması, yani müvekkilin yaptığı sözleşmelerin piyasayı kapatma etkisine yol açması) halinde acentelik ilişkisine Rekabet Hukuku kuralları uygulanabilir²⁶¹.

Diğer taraftan Rekabet Hukuku bakımından acentelik ilişkisinin tespitinde ve bu ilişkinin Kanunun 4. maddesi kapsamında olup olmadığına karar verilirken, teşebbüsün kimin nam ve hesabına hareket ettiğine ve ilgili faaliyete ilişkin olarak mali veya ticari herhangi bir risk alıp almadığına bakılmaktadır. Şayet, acente müvekkili adına yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir mali veya ticari risk almamışsa, acente ile müvekkil arasındaki ilişki Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, acentenin faaliyetleri, müvekkilin ekonomik faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık acente herhangi bir mali veya ticari risk almaktaysa acentelik sözleşmesi Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir ve muafiyet konusu olabilir. Burada sözü edilen ticari ve mali riskten kasıt, acentenin, acentelik faaliyetini icra edebilmesi için gerekli insan kaynağı, işyeri kiracılık ücreti ya da elektrik, su, iletişim vb. rutin olağan işletme giderleri dışında, bir bakıma olağan dışı nitelikteki veya önemli seviyedeki bir takım mali katkı veya riskleri üstlenmiş olmasıdır²⁶².

Rekabet Kurulu'nun 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin açıklanmasına yönelik Klavuz'da acentelik anlaşması ile mali ve ticari riskin acenteye ait olduğunun kabul edildiği ve kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek olan durumlar örnek olarak sayılmıştır. Mali ve ticari risklere örnek olarak şunlar zikredilebilir:

a) Taşıma masrafları da dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin alım veya satımına ilişkin masraflara acentenin katkıda bulunması,

²⁶¹ Saraç, ss. 730-731.

²⁶² Saraç, ss. 732-736; Güven, s. 88

- b) Acentenin satış arttırma faaliyetlerine (örneğin reklam masraflarına) doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunmaya zorunlu tutulması
- c) Stokta tutulan sözleşme konusu malların finansmanı ya da kayıp malların maliyeti gibi riskleri acentenin taşıması ve satılmayan ürünleri acentenin müvekkile iade edememesi
- d) Acentenin satış sonrası hizmet, tamir veya garanti hizmeti vermekle yükümlü tutulması
- e) Acentenin, söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek bakımından gerekli olabilecek ve sadece bu pazarda kullanılabilecek yatırımlar yapmak zorunda bırakılması
- f) Satılan ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı acentenin sorumlu olması
- g) Müşterilerin sözleşmenin şartlarını yerine getirmemesinden dolayı, acentenin, komisyonunu alamamasının dışında başka bir sorumluluk taşıması.

Acentenin bağımsız bir tacir olup olmadığı bazı soru işaretleri oluşturuyorsa, bu durumda her bir olay, acente ve müvekkil arasındaki hukuksal ilişkiden ziyade ticari gerçeklikler göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Risklerin değerlendirilmesinde, öncelikle acentelik sözleşmesine özgü risklere bakılmalı, daha sonra piyasaya özgü yatırım riskleri değerlendirilmeli ve son olarak da satış sonrası hizmetler gibi zorunlu diğer faaliyetlerden kaynaklanan riskler dikkate alınmalıdır²⁶³. Rekabet Kurulu'nun gemi acenteliğine ilişkin dört kararı bulunmaktadır²⁶⁴.

Bu konuyla ilgili sonuç olarak denilebilir ki; tellallık, komisyonculuk, acentelik ve benzeri sıfatlarla bir teşebbüsün ticari faaliyetlerinde aracılık ya da temsilcilik yapan işletmenin, aracılık yapılan ya da temsil edilen teşebbüsten bağımsız bir teşebbüs sayılıp sayılamayacağının somut olayın özelliklerine bakılarak belirlenmesi gerekir²⁶⁵.

²⁶³ Güven, s.89; Saraç, s. 740.

²⁶⁴ Rekabet Kurulu'nun, gemi acenteliğine ilişkin kararları;

Dosya Sayısı: 2013-4-106, Karar Sayısı: 14-12/223-99 Karar Tarihi: 26.03.2014, (Önaraştırma)

Dosya Sayısı: 2011-4-333, Karar Sayısı: 12-17/496-139, Karar Tarihi: 06.04.2012, (Önaraştırma)

Dosya Sayısı: 2011-4-125, Karar Sayısı: 11-44/996-342, Karar Tarihi: 03.08.2011, (Önaraştırma)

Dosya Sayısı: 2011-4-333 Karar Sayısı: 12-17/496-139, Karar Tarihi: 06.04.2012, (Önaraştırma)

²⁶⁵ Ateş, s. 224.

b. Teşebbüs Birlikleri

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konu bakımından uygulanmasında, "teşebbüs" kavramı nispetinde önemli olmamakla birlikte, göz önünde tutulması gereken bir diğer süje; "teşebbüs birlikleri" dir. Çünkü Rekabet Kanunu 4. maddesinde, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki yasak faaliyetler içerisinde teşebbüs birliği kararları da yer almaktadır²⁶⁶.

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

RKK, m.3'te "teşebbüs birliği"ni , "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturdukları tüzel kişiliği olan veya olmayan birlikler" olarak nitelemiştir. Bu çerçevede, "teşebbüs birliği" kavramının da hukuki kişilik kavramından daha geniş olduğunu, teşebbüslerin oluşturduğu tüzel kişiliği olmayan fiili gruplaşmaların da, bağımsız birer hak öznesi teşkil etmemesine rağmen teşebbüs birliği kapsamında kabul edilebileceğini belirtmek gerekir²⁶⁷.

Bir birliğe üyelik, kanunen zorunlu tutulmuş olabileceği gibi (ticaret -sanayi odaları, deniz ticareti odaları, Türkiye Bankalar Birliği, Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği), hatta tamamen gönüllü de (TÜSİAD, Beyaz Eşya Üreticileri Derneği gibi) olabilir. Herhangi bir ayırım yapılmadığından dernek, vakıf, sendika, federasyon gibi tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar teşebbüs birliği olarak kabul edileceklerdir²⁶⁸.

Teşebbüs birliğinin varlığından söz edebilmek için, her şeyden evvel ortada son tahlilde Rekabet Hukuku anlamında teşebbüslerden bir araya gelen bir gruplaşma ve fiili birliktelik olması gerekir. Bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunmayan ekonomik birimlerin oluşturduğu gruplar için "teşebbüs birliği" değil, duruma göre "konzern" veya "holding" sıfatı daha uygun düşer²⁶⁹.

²⁶⁶ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 37.

²⁶⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 37-38.

²⁶⁸ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 183; Akıncı, s. 178.

²⁶⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 38.

Teşebbüs birliğinin mutlak suretle yukarıda belirttiğimiz özellikleri haiz teşebbüslerden oluşması gerekmektedir. Bu doğrultuda en az iki teşebbüsün varlığı zorunludur. Teşebbüs birliğinden söz edebilmek için, teşebbüslerin bir araya gelmelerinin bir kereye mahsus veya çok kısa bir süre için olmaması gerekir. Rakip firmaların ortak sorunlarını veya piyasa koşullarını görüşmek ya da çok başka amaçla, hatta rekabeti kısıtlamak için ortak karar almak amacı ile bir defaya mahsusus, bir araya gelmeler birlik olarak nitelendirilemez. Bu beraberliğin, uzunca sayılacak bir süre içinde, örneğin, birkaç haftalık bir süreye yayılmış olması halinde de, bu durum değişmez. Önemli olan belirli amaçlar için sürekli veya en azından süreklilik niyetiyle bir araya gelmektir. Aksi halde kısa süreli oluşumlar, bir iş anlaşması yahut ortak sorunların halli için muhtelif zamanlarda beraber olunması, ne kadar uzun sürerse sürsün teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez. Bunlar koşulları gerçekleştiği takdirde ancak “*uyumlu eylem*” kapsamında mütalaa edilir. Hâkim düşünceye göre, rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının üyeler için uyulması zorunlu (bağlayıcı) kararlardan olması gerekmez²⁷⁰.

Ayrıca teşebbüslerin bir araya gelmesiyle güdülen amacın ticari nitelik taşıması gerekmediği gibi, teşebbüs birliğinin herhangi bir ticari ve ekonomik faaliyette bulunması da söz konusu değildir. Buna karşılık “*teşebbüs birliği*”, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunuyor ise, o takdirde kendisi de aynı zamanda “*teşebbüs*” olarak değerlendirilebilir²⁷¹.

AB kartel hukukunda “teşebbüs birliği” kavramı geniş içerikli bir kavramdır. Teşebbüs birliği, kural olarak “teşebbüsler” in oluşturduğu bir birliktir. Ancak, “teşebbüs birliği” kavramının, “teşebbüs” kavramına özgü koşulları yerine getirmesi gerekli değildir. Özellikle, “teşebbüs birliği” nin, “teşebbüs” gibi, bizzat iktisadi faaliyette bulunması aranmamaktadır. AB kartel hukukunda, teşebbüs birliğinin, şirketler veya dernekler hukukuna göre oluşması ya da başka bir biçimde örgütlenmiş olması mümkündür. Ayrıca, “teşebbüs birliklerinin oluşturduğu birlikler” in de, bu kavram içine dâhil olduğu belirtilmelidir. AB rekabet hukuku uygulamasında, geniş içerikli “teşebbüs birliği” kavramında aşağıdaki örgütlenmelerin yer aldığı gözlenebilir: tüzel kişiliği olan dernekler, tüzel kişilikten yoksun kişi toplulukları,

²⁷⁰ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 38; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 123-124; Akıncı, s. 179.

²⁷¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 38.

kazanç amacı gütmeyen, dernekler, dernekler tarafından kurulan dernekler, kooperatifler²⁷².

2.Kanunun Yer Bakımından Uygulanması ve Etki Doktrini

Türk kanunları, kural olarak Türkiye sınırları içerisinde uygulanır. Milletlerarası hukukta “ülkesellik ilkesi” olarak adlandırılan bu prensip ışığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un da, Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilen Rekabet Hukuku ihlallerine uygulanması gerektiği söylenebilir. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun 2. 4. 6. ve 7. maddeleri farklı alanları düzenlemelerine rağmen, kanun yer bakımından uygulanması ile ilgili hükümleri içermektedir.

Kanunu 2. Maddesi “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*” ifadesi kanunun hangi coğrafi alanda uygulanacağını açıkça ifade etmektedir.

Bir rekabeti kısıtlayıcı işlem veya eylemin 4. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için Türkiye’deki pazarlara yönelik rekabeti kısıtlayıcı bir amacın tespit edilmesi veya bu amaç tespit edilemese dahi bu etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması gereklidir²⁷³.

Kanun 6. ve 7. maddelerinde ise, *ülkenin bütünü de ya da bir bölümünde* bir mal ya da hizmet piyasasındaki hâkim durumun kötüye kullanılması ve rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devirleri yasaklamaktadır.

Her devlet, bir takım istisnaları olsa bile, ülkesinde cereyan eden olaylarda, kişiler ve şeyler üzerinde tek başına yetkilidir. Bu durum devletin egemenlik

²⁷² Özsunay, s. 52.

²⁷³ Gülçin Dere, Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 32.

hakkının doğal bir sonucudur. Bu doğrultuda ülke sınırları içerisinde iktisadi faaliyetlerle meşgul olan her türlü teşebbüs, Rekabet Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Ülkenin coğrafi sınırları ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası anlaşmalarla tespit edilmiş olan sınırlarıdır²⁷⁴.

Bununla birlikte Rekabet Hukukunun yer itibarıyla uygulanmasına ilişkin meselenin bu kadar yalın olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikle rekabeti sınırlayıcı davranışların nerede gerçekleştirildiğini daha doğru bir ifadeyle nerede ika edildiğini tespit etmek, her zaman çok kolay olmayabilir. Günümüzdeki ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve özellikle ticarete ulusal sınırların büyük ölçüde ortadan kalkması, Rekabet Hukuku ihlalinin nerede gerçekleşmiş olduğunun tespitini büyük ölçüde güçleştirmektedir. Bundan da önemlisi, ihlalin nerede gerçekleştiği tespit edilse dahi, bunun etkisini gösterdiği yer ile gerçekleştiği yer farklılaşabilmekte ve hatta etki birden fazla devlette doğabilmektedir. Örneğin bir ihracat kartelinde anlaşma ihraç ülkesinde, zararlı etkiler ise, ithalat ülkesinde doğmaktadır. Böyle bir durumda ise, gerçek anlamda Rekabet Hukuku ihlalinin gerçekleştirildiği yerin, anlaşmanın akdedildiği yer olarak mı, yoksa zararlı etkinin gerçekleştiği yer olarak mı kabul edileceği tartışma konusu yapılabilir²⁷⁵.

Kanunun 2. maddesinden Rekabet Kanun'un yer yönünden uygulanması bakımından, teşebbüslerin kurulu bulunduğu veya işlem/eylemin yapıldığı yere bakılmaksızın, **“rekabeti kısıtlayıcı etkilerin Türkiye piyasasında gerçekleşmesi”** esasının benimsendiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle kanun koyucu, rekabet hukuku kurallarının yer yönünden uygulanması bakımından, uluslararası kamu hukukunda “sonuç yeri”, rekabet hukuku literatüründe ise **“etki teorisi”** olarak bilinen “etki kıstası” nı benimsemiştir²⁷⁶. Nitekim 4054 sayılı yasanın 2. maddesinin gerekçesinde, bu hususa şu şekilde yer verilmiştir;

²⁷⁴ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 152.

²⁷⁵ Bilgin Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1997, ss. 60-62.

²⁷⁶ Gülçin Dere, Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 43.

‘Rekabet hukuku literatüründe ‘etki teorisi’²⁷⁷ olarak isimlendirilen sistem bu kanunda da benimsenmiştir. Başka bir ifade ile merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır.’²⁷⁸

O yüzden teşebbüslerin Türk ya da yabancı olmasına, Türkiye’de ya da yabancı bir ülkede kurulu olmasına ya da, Türkiye’de mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteriyor olmasına bakılmaksızın, eylemin sonucunun Türk piyasalarını etkilemesi halinde kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekecektir²⁷⁹.

Diğer taraftan madde gerekçesindeki “merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüsler” ifadesinin, yurt dışında kurulu şirketlerin faaliyetlerinin Kanun’un 2. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için bu şirketlerin Türkiye’de şube, yavru şirket vs. birimlerinin olması gerektiği şeklinde de yorumlanmaması gerekir. Zira 2. maddede Türkiye piyasalarının etkilenmesi bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Etki doktrini ile amaçlanan ülke içerisinde ortaya çıkan zararlı sonuçları telafi etmek olduğuna göre rekabeti sınırlayıcı faaliyetin pazar üzerindeki etkisine bakılmalıdır. Dolayısıyla Kanun’un gerek 4. 6. ve gerekse 7. maddesinin ülke dışı uygulaması bakımından Türkiye’ye satış hangi kanaldan ve ne suretle gerçekleştirilse gerçekleştirilsin, ilgili teşebbüsün ürünleri Türkiye’ye ithal ediliyor ve pazarlanıyorsa

²⁷⁷ Rekabet hukuku kurallarının ülke dışı uygulanmasında yargısal sorunların ilk kez ele alınarak konuya ilişkin kavram ve teorilerin geliştirildiği ülke ABD olmuştur. Amacı dünya pazarlarında alüminyum üretim ve satışını sınırlamak olan, aralarında Kanada, İngiliz, Fransız, Alman ve İsviçre’li alüminyum üreticilerinin bulunduğu bir uluslararası kartel ile ilgili **Alcoa** davasında, tarafları tamamen yabancı ülkelerde kurulu ve bu ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında ABD mahkemelerinin yargı yetkisini haiz olup olmadığı sorusu tartışmaya açılmıştır. Bu soruya Temyiz Mahkemesi (Court Of Appeal) Yargıcı Learned Hand’in cevabı; ... **bir devletin, sınırları dışında gerçekleşmekle birlikte, olumsuz sonuçlarını bu devlet sınırları içerisinde doğuran davranışlardan dolayı, tabiiyetinde olmayan kişilere dahi sorumluluk yükleyebilmesi, yerleşik bir içtihatır** şeklinde olmuştur. Kararda söz konusu kartel anlaşması yurt dışında yapılmasına karşın, ABD ithalatını etkilemek “amacıyla” yapıldığı ve bu “etkiyi doğurduğu” tespit edilerek Sherman Kanunu’nun uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Böylece literatürde “**etki doktrini**” olarak anılan kavramın temelleri atılmıştır. (Dere, ss. 5-6)

²⁷⁸ Ancak Sanlı aksi görüştedir: ‘...Bununla birlikte genellikle kabul edildiğinin aksine, kanımızca Kanun’daki bu hükmün Rekabet Hukukundaki “**etki doktrini**ni” esas aldığını söylemek güçtür. Zira bu ifade dikkatle incelendiğinde görülecektir ki, burada sadece “**piyasaların etkilenmesi**” değil, bunun yanı sıra “**Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet göstermek**” kriteri öngörülmüştür. Dolayısıyla Türkiye’de mukim veya daha doğru bir ifadeyle Türkiye’de faaliyet gösteren her türlü teşebbüs kendiliğinden Kanun’un kapsamında olduğu gibi, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet göstermemekle birlikte, davranışları ile Türk piyasalarını etkileyen teşebbüsler de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamında olacaktır. (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 40.)

²⁷⁹ Kemal Erol, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tezi, Ankara, 2000, s. 158.

bu teşebbüsün faaliyetlerinin Türkiye pazarında rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurması mümkündür. Aksi yorum, etki doktrininden ve Kanun kapsamından kaçınmak için teşebbüslerce kanunu dolanmanın bir yolu olarak kullanılabilir. Nitekim Wood Pulp kararında bu konu gündeme gelmiş ve ATAD benzer bir sonuca ulaşmıştır²⁸⁰.

Yabancı ve/veya Türkiye sınırları içinde faaliyet göstermeyen bir teşebbüsün kanun kapsamı içine alınmasına yol açan bu “**etkilenme**” kavramı üzerinde durulmalıdır. Bir teşebbüsün faaliyette bulunmadığı bir piyasayı etkilemesi ilk bakışta pek mümkün değilmiş gibi görülebilir. Ancak husus şu örneklerle izah edilebilir;

- Daha önce Türkiye’de faaliyette bulunmayan bir yabancı teşebbüsün, Türkiye’deki bir piyasayı etkileyen önemli bir hammadde, ya da malın tek sunucusu konumuna geldiğini düşünecek olursak, bu teşebbüsün bu hammaddeyi vermekten kaçınması veya belli bir takım koşullar öne sürmesi halinde, Türkiye piyasasında faaliyette bulunmasından değil, aksine “bulunmamasından” söz etmek gerekir. Faaliyette bulunmadan Türk piyasalarının etkilendiği bir durum bu örnekte ortaya çıkmaktadır.
- Diğer bir örnek ise Türkiye’ye bir malı ihraç eden yabancı üreticilerin ihraç fiyatını belirlemeleri, ihracat karteli kurmalarıdır.
- Başka bir örnek, bir yabancı üretici firmanın, başka bir yabancı teşebbüse koyduğu Türkiye’de ihraç etme yasağı olabilir. Böyle bir yasaklamada bulunan teşebbüsün Türkiye’de faaliyette bulunmadan Türk piyasasını etkilemesi mümkün olduğu bu örnekten de anlaşılabilmektedir.

Yabancı teşebbüsün bu eylemleriyle meydana gelen sonuç “etki”dir. Bu sonucun mutlaka olumsuz bir etki olması şarttı aranmamalıdır. Etki yıkıcı fiyat uygulamasından olduğu gibi, piyasada tüketicinin lehine gibi görünen olumlu bir etki

²⁸⁰ Kâğıt hamuru sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşmasına yönelik yürütülen soruşturma sonucunda Komisyon, 41 teşebbüs ve iki teşebbüs birliğini Ortak Pazar içerisinde gerçekleştirdikleri uyumlu eylemlerinden dolayı ABİDA’nın 101. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırmıştır. Bu davada, Dyestuffs davasından farklı olarak, merkezleri AB dışında bulunan teşebbüslerin AB içerisinde **ne yavru şirketleri ne de acenteleri bulunmakta** idi. (JONES, A.ve B. SUFRIN, (2008,1374), EC Competition Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Third Edition’den aktaran, Dere, s. 32)

de olsa, niteliği icabı rekabeti bozucu, olup olmamasına bakılarak değerlendirilmelidir²⁸¹.

Bu etkinin derecesi konusunda Kanunumuzun 2. maddesi bir açıklık ve sınırlama getirmediğinden, kural olarak piyasaları etkileyen her türlü anlaşma, karar ve uygulamaların kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Ancak Avrupa Topluluğu hukukundaki “De Minimis”²⁸² benzeri bir kısıtlamadan sonra, az etkili olanlar için kanunun uygulanmayabileceği Rekabet Kurulu tarafından kararlaştırılıp ilan edilebilir. Birleşme ve devralmalar için ise sadece yurtdışı birleşmeler için değil yurtiçindekiler için de “rekabeti önemli ölçüde azaltacak” etkide bir birleşme olmalıdır²⁸³.

Coğrafi sınır ile ilgili olarak burada tartışılması gereken bir konu, serbest bölgenin, gümrük sahalarının, free shopların dâhilde işleme rejimlerinin uygulandığı alanların durumudur. Ancak, bütün bu alanlar, Türkiye Cumhuriyetinin ülke sınırları içindeki ve egemenliği altındaki yerler olup, sadece gümrük ve ithalat rejimi bakımından özel birtakım statülere tabi kılınmış yerler olduğu için, bu yerlerdeki rekabetin bozulması halinde de, Türk Kanunları ve gerekiyorsa Türk Rekabet Kanunu uygulanacaktır²⁸⁴.

Tez çalışmamızın konusunu teşkil etmesi sebebiyle, tartışılabilir diğer bir konu da, özellikle taşıma hizmetleri sektöründe, uluslararası taşımalarda, piyasanın sınırlarının tespitindedir. Örneğin, Ankara-Lefkoşe, İstanbul-Londra hava taşımalarında bu hizmetin piyasasına hangi ölçüye kadar Türk piyasası, hangi ölçüye kadar da yabancı ülke piyasası demek gerekmektedir sorusu akla gelebilir. Burada hemen cevap verilmelidir ki, ilgili mal ve hizmetin, Türk piyasası ile bir bağlantısının olması, coğrafi yönden Türk Kanunlarının kapsamına girmesi için yeterlidir. Yani, örnekte Lefkoşe’ye yapılan taşımanın Ankara’dan; Londra’ya yapılan taşımanın da İstanbul’dan başlamış olması ve Türk tüketicilerine sunulmuş bir hizmet olması, en nihayetinde bu hizmetin Türk piyasasında da “pazarlanıyor”

²⁸¹ Erol, s.162

²⁸² Söz konusu kural AB’de teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı danışıklı ilişkilerin rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece 81/1 madde yasağı kapsamı dışında görülesi gerektiğini kabul etmek olarak uygulanmaktadır. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2FRekabetterimleri.pdf> (21.7.2014)

²⁸³ Erol, ss. 162-163.

²⁸⁴ Erol, s. 158.

olması sebebiyle, Türk Kanununa tabi olacağında şüphe yoktur. Ancak, aynı şekilde bu hizmetin Kıbrıslı ve İngiliz tüketicilere de sunulmuş, onların piyasalarında da pazarlanmış olduğu düşünülecek olursa, bu hatlardaki uçuş hizmetini salt Türk piyasası olarak almak doğru olmayacaktır. Zira uluslararası taşımacılıkta hizmet çok taraflıdır. Aktarmalı uçuş ve taşımalarda durum biraz daha karmaşık hale gelebilir. Bu nedenle, **her bir ülkenin kendi havalimanından ya da limanından başlattığı taşıma hizmetini hat esasına göre bir ayrı piyasa olarak alması ve değerlendirilmesi gerekir.** Bu hizmetlerin birden çok ülkede sunuluyor olması durumu değiştirilmemeli; her bir ülkenin kendi coğrafi piyasası bakımından bu hizmetin kendi kanunlarındaki rekabet kurallarına uygun olarak sunulması sağlanmalıdır²⁸⁵.

Nitekim Rekabet Kurumu, ‘Havacılık A.Ş. (SunExpress) ile Condor Flugdienst GmbH (Condor)’nin çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda belli bir süre rekabete aykırı davranışlarda bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası açılan soruşturmada, Condor şirketine idari para cezası verilmesine karar vermiştir²⁸⁶.

“coğrafi pazar” tanımı, en dar anlamda kalkışın gerçekleştiği şehir ile varışın gerçekleştiği şehir arasındaki uçuş hattı şeklinde tanımlanmakta olup, dosyanın niteliğine göre uçuşun mesafesi, yolcuların özellikleri ve alternatif kalkış-varış noktalarının birbirine uzaklığı gibi hususlar dikkate alınarak daha geniş coğrafi pazar tanımlamaları da tercih edilebilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Sunexpress ile Condor arasındaki işbirliği, SunExpress’in uluslararası

²⁸⁵ Erol, s. 158; Dere, s. 33.

²⁸⁶ Benzer nitelikte Rekabet Kurumu, Air France (AF) ve KLM S.A. (KL) (birlikte AFKL) ile Northwest Airlines Inc. (Northwest) ve Delta Airlines Inc. (Delta) (birlikte Delta) arasında 12.6.2007 tarihinde imzalanan “Transatlantik Ortak Girişim Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebine, menfi tespit belgesi verilmeyeceğine bununla birlikte Kanun’un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, söz konusu Sözleşme’ye 12.6.2007 tarihinden itibaren bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir. ‘Dosya konusu işlem yukarıda aktarılan hususlar bakımında incelendiğinde **bildirime konu işlemin Türkiye’deki mal ve hizmet piyasalarını etkileyeceği anlaşılmaktadır.** Nitekim bildirim formunda, işlemin taraflarından biri olan Delta’nın İstanbul-New York ve İstanbul-Atlanta hatlarında faaliyet gösterdiği bilgisi yer almaktadır. Ayrıca yine bildirim formunda “(i) (Türkiye dâhil olmak üzere) Avrupa’dan Kuzey Amerika’ya (ve tersi yönde) ve (ii) (Türkiye dâhil olmak üzere) Avrupa’dan bağlantılı öte trafik dâhil olmak üzere Hindistan’a (ve tersi yönde) uçuşlar sözleşme kapsamındadır” ifadelerine yer verilmektedir. Bu bilgiler ışığında bildirime konu işlemin Türkiye’deki havayolu ile yolcu taşımacılığı pazarındaki ve havayolu ile kargo taşımacılığı pazarındaki rekabeti etkileyeceği anlaşıldığından işlemin 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.’ (Dosya Sayısı: 2009-4-81 (Muafiyet) Karar Sayısı: 09-27/577-137 Karar Tarihi: 11.6.2008)

uçuşlarının bulunduğu bütün havayolu taşıma güzergâhlarını içermektedir. Bu çerçevede, inceleme konusu dosya bakımından ilgili coğrafi pazar “**Almanya ve Türkiye arasındaki havayolu taşımacılığı (uçuş) hatları**” olarak belirlenmiştir. Soruşturma kapsamında yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda, tarifeli ve charter “dış hat seat only” yolcu taşımacılığı hizmetleri pazarında faaliyet gösteren Condor ve SunExpress’in çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda belli bir süre rekabete aykırı davranışlarda bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri anlaşılmıştır. İhlal uygulamaları, sadece Almanya merkezli olarak ve Almanya sınırları içerisinde etki doğuracak şekilde değil, aynı zamanda dosya kapsamında belirlenen ilgili pazarda da etki doğuracak şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, inceleme konusu anlaşmaların, **Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesi çerçevesinde Türkiye’deki mal veya hizmet piyasalarını etkilediği** anlaşılmıştır. Bu çerçevede cezaya esas teşkil eden gayri safi gelir ise 4054 sayılı Kanun’un 2. maddesinden hareketle Almanya kalkış-Türkiye varışlı ve Türkiye kalkış-Almanya varışlı hatlardan elde edilen gelir olarak değerlendirilmiştir²⁸⁷.

Avrupa Topluluğunda, uluslararası alanda etki kıstasının bir bağlama sebebi (uygun illiyet bağı) olarak kabul edildiği ilk karar Lotus kararıdır. Açık denizde bir Türk gemisine çarparak gemide bulunan birçok Türk vatandaşının ölümüne sebep olan Lotus S.S. adlı Fransız gemisinin kaptanı hakkında Türk mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’na (Permanent Court Of International Justice-Divan) taşınmış ve Divan kararında; suçu işleyenler yabancı unsurlu da olsa suçun “etkilerinin” Türk gemisi üzerinde gerçekleşmesi ve Türk gemisinin Türkiye’nin egemenlik alanının bir uzantısı olduğu kabulünden hareketle, Türk Ceza Kanunu’nun uygulanabileceğine hükmetmiştir. Lotus kararı, ceza yargılamasına ilişkin bir karar olmakla birlikte yetkili yargı yerinin tayininde “suçun zararlı etkilerine” işaret ederek kamu hukuku niteliği ağır bastığı kuşkusuz olan rekabet hukukuna ışık tutmuş ve özellikle Amerikan işletmelerine karşı Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir ve o tarihten bu

²⁸⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-275 (Soruşturma) Karar Sayısı: 11-54/1431-507 Karar Tarihi: 27.10.2011

yana rekabet hukuku içtihadında “etki” kıstası yavaş yavaş yerini bulmaya başlamıştır²⁸⁸.

Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma 101. ve 102. maddesi bu kuralların ülke dışında uygulanması konusunda açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte rekabeti kısıtlayıcı etkisini Ortak Pazar içerisinde doğuran ve üye devletlerarasındaki ticaretin etkilenmesine yol açan teşebbüs faaliyetlerine AB hukuku çerçevesinde yaptırım uygulandığı görülmektedir. Avrupa Birliği Hukukunda da rekabet kurallarının Birlik dışında uygulanabileceği ve yabancı teşebbüslerin rekabet kurallarına muhatap olduğu tereddütsüz kabul edilmekle birlikte, bunun hangi temele dayandığı hususu tartışmalıdır. Komisyon, bu faaliyetlere her ne kadar etki doktrinini uygulamak istemiş olsa da, Avrupa Birliği Adalet Divanı uluslararası kamu hukukunun genel ilkelerine ters düşmemek adına, duruma göre ekonomik bütünlük teorisi veya uygulama doktrini gibi farklı teorilerden yararlanarak aynı sonuçlara ulaşabilmiştir. Bu çerçevede rekabet hukuku kurallarının ülke dışında uygulanması bakımından AB içtihadının ABD’den geri kaldığı söylenemeyecektir. Bilakis, uluslararası yoğunlaşma işlemlerine ilişkin kararlarda görüldüğü üzere gerek Genel Mahkeme, gerekse Komisyon AB kurallarını belki daha agresif şekliyle ülke dışında uygulamışlardır²⁸⁹.

Ancak ülkelerin bu şekilde, rekabet hukuku kurallarını tek taraflı ülke aşıcı uygulamaları, uluslararası alanda çelişkili kararları ve çatışmaları beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla artık anlaşılmıştır ki ülke dışı uygulama doktrini, rekabet hukukunun etkinliği için önemli bir hukuki dayanak olmakla birlikte, tek başına küresel çapta gerçekleşen rekabet ihlallerini çözmekte yetersiz kalmaktadır. O halde her hukuk düzeni için rekabet hukuku kurallarının etkinliğini sağlamak adına uluslararası alanda işbirlikleri yoluyla soruna çözüm aramanın vakti gelmiştir²⁹⁰.

3.Kanunun Zaman Bakımından Kapsamı

Prensip olarak kanunlar Resmi Gazete’de yayınlanmaları ile yürürlüğe girer ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara uygulanırlar. Rekabetin Korunması

²⁸⁸ Aslan, Rekabet, s. 97; Dere, ss. 2-3.

²⁸⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 40; Dere, ss.13, 25, 26; M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 60-61.

²⁹⁰ Dere, s. 63.

Hakkında Kanun'un 64.maddesi kanunun ne zaman yürürlüğü gireceğini düzenlemektedir.

'Bu Kanunun idari para cezasına ilişkin 16. maddesi ile 17. maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.'

Bu düzenlemeye göre; Kanun, Resmi gazetede yayınlandığı gün olan 13 Aralık 1994 tarihinde, idari para cezalarına ilişkin düzenlemeler ise, bundan tam bir sene sonra; 13 Aralık 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun gerekçesinde bu husus şu şekilde izah edilmiştir;

'Bu hükümle teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bu kanuna uyum sağlayabilmek için belirli bir süre verilmiş olmaktadır. Ceza hükümlerinin uygulanmaması Kanunun işlerliğini kazanmasına bir engel teşkil edecektir; ama Kurul, para cezası dışındaki diğer tedbirleri her zaman uygulayabilecektir. Daha önce benzeri bulunmamış ve ilk defa yürürlüğe giren bir kanun için teşebbüslere böyle bir süre verilmesi zorunlu bulunmuştur.'

Kanun hukuken 1995 yılı başından bu yana yürürlükte olmakla beraber; Kanun'un gerçek anlamıyla uygulamasını sağlayacak olan Rekabet Kurumu; Rekabet Kurulu üyelerinin 27 Şubat 1997 tarihinde atanması nedeniyle, ancak 5 Kasım 1997 tarihinde teşekkül etmiştir. Rekabet Kurumu, Kanun'un etkili biçimde uygulanmasında önemli bir yer tutan idari işlem ve yaptırımlar hususunda münhasır yetkilidir. Bu itibarla Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasındaki bu gecikme, Kanun'un bu geçen süre içerisinde fiilen uygulanamamasına yola açmıştır. Benzer şekilde bildirim ve muafiyete ilişkin hükümler de ancak Kurul'un göreve başlamasıyla uygulanma imkânı kazanmıştır. Zira 12. maddeye göre süre bildirim, Kurul tarafından hazırlanacak matbu formlarla yapılacaktır ve 5. madde gereğince muafiyet verebilecek tek yetkili makam Kurul'dur²⁹¹.

²⁹¹ Aslan, Rekabet, ss.100-101; Badur, s. 42; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 41.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4054 SAYILI YASA KAPSAMINDA YASAKLANAN FAALİYETLER, İLGİLİ PAZAR KAVRAMI VE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. 4054 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YASAKLANAN FAALİYETLER

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, ikinci kısım, birinci bölümünde yer alan 4. 6. ve 7. maddelerde, yasaklanan faaliyetler düzenlemiştir. Esasen kanunun bu maddelerinde belirtilen yasak faaliyetler genel olarak ekonomik verimliliği engelleyen ve rekabeti kısıtlayan faaliyetlerdir. Rekabeti kısıtlayan tarafların amacı, piyasadaki arz ve fiyatı kontrol ederek, tekелci firma gibi normal kâr üzerinde bir kazanç elde etmektir. Rekabetin ekonomik ve sosyal hayattaki olumlu etkilerinden herkes eşit şekilde faydalanırken, rekabetin kısıtlanmasından yararlananlar, sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve davranış birliğinden fayda bekleyen küçük bir gruptur. 4054 sayılı yasa kapsamında yasaklanan faaliyetleri üç başlık altında toplamak mümkündür²⁹².

Bunlardan birincisi, piyasaya egemen güç haline gelerek, diğer firmaları piyasadan çekilmeğe zorlamaktır. Bunda başarılı olan teşebbüs, piyasadaki tekел durumunu korur ya da fiili tekел haline gelerek, fiyatı kendi marjinal gelirine ve giderine göre belirler. Tekel ve tekelleşme önemli bir rekabeti kısıtlama yöntemidir. Hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı, 6. maddede düzenlenmiştir ve doğrudan doğruya uygulanabilen, muafiyet yoluyla yasak dışına çıkarılma imkânı bulunmayan bir hukuka aykırılık halidir²⁹³.

Rekabeti kısıtlayıcı diğer bir yol da, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlamalarıdır. Bu durumda, piyasada faaliyet gösteren firmalar birlikte tekел gibi davranırken, bağımsızlıklarını da sürdürürler. Rekabeti kısıtlamaya yönelik faaliyetler, bu faaliyetlerin taraflarına göre rekabetin yatay ve dikey kısıtlanması şeklinde ikiye ayrılır. Bu ayırıma göre, piyasada farklı seviyede faaliyet gösteren, örneğin, üretici, toptancı, perakendeci gibi, teşebbüsler arasında

²⁹² Akıncı, ss. 36- 37.

²⁹³ Akıncı, 37; M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 84.

rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, rekabeti dikey kısıtlayıcı anlaşmalar olarak adlandırılır. Buna karşılık, aynı seviyede faaliyet gösteren firmalar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, yatay kısıtlama olarak adlandırılır. Her iki kısıtlama türünde de, anlaşmanın tarafı olanlar ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını korumağa devam ederler. Bu yasak kapsamında değerlendirilen, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları kanun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Yasada bu faaliyetlere örnek olarak gösterilen haller ise sınırlayıcı nitelikte değildir. Örnek kabilinden gösterilen hususlar, aslında yabancı ülke rekabet hukuklarında ve mahkeme içtihatlarında açıkça hukuka aykırı kabul edilmiş uygulamalardır²⁹⁴.

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik üçüncü bir uygulama da, aynı ya da farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin tek bir kişilik altında birleşmeleri (merger) durumudur. Piyasada hâkim durum yaratacak veya hâkim durumlarını kuvvetlendirecek nitelikteki teşebbüs birleşmeleri, şayet rekabetin önemli derecede azalması sonucunu doğuracaksa, hukuka aykırı ve yasaktır. Birleşme, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar gibi iradi olmalarına karşılık, tekel durumunda olduğu gibi, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayılarında azalmaya yol açarlar. Ancak, birleşme (merger) Rekabet Hukukunda tekeller ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan farklı düzenlemeye tabidirler. Bu yasak faaliyetler Kanun 7. maddesinde düzenlenmiştir ve Rekabet Kurulu hangi tür birleşmelerin izne tabi olduğunu, hangileri için izin gerekmediğini çıkaracağı tebliğlerle belirleme yetkisine sahiptir²⁹⁵. Yukarıda da izah edildiği gibi kanunda belirtilen yasaklayıcı faaliyetler,

- Bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanması,
- Rekabeti engelleme bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri,
- Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesi veya devralması şeklinde kısaca özetlemek mümkündür.

²⁹⁴ Akıncı, s. 37; M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 84.

²⁹⁵ Akıncı, ss. 37,38; M.Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 85.

Rekabet Kurumu her somut olayda yasaklanan faaliyetlerin mevcut olup olmadığını incelemekte, yasa kapsamına girmeyen başvuruları reddetmektedir. 4054 Sayılı Kanun haksız rekabete yönelik hükümler içermemektedir; yani rakiplerin ürünlerini kötülemek, onları küçük düşürmeye çalışmak gibi uygulamalar, Ticaret Kanununda kendisine yer bulan ve mahkemelerde çözülebilecek hususlardır. Bununla birlikte, tüketici şikâyetleri niteliğinde olan, faturalarda, ödeme şekillerinde, garantilerde ortaya çıkan sorunlar, yanlış ve yanıltıcı reklamlar da Rekabet Kanunu kapsamında ele alınamayacak sorunlar arasındadır. Çok fazla şikâyet konusu olan kayıt dışı, ithal ürünlerin standartlarından veya dumping uygulamalardan kaynaklı dış ticarete yönelik şikâyetler de yasa kapsamında değerlendirilmemektedir²⁹⁶.

Danıştay, Kurulun kanun kapsamında görmeyerek, konunun adli merciler nezdinde takibi gerektiği gerekçesiyle reddettiği²⁹⁷ bir dilekçenin sahibi tarafından açılan davada cebir, şiddet gibi fiziki güce dayalı eylemlerin kanun kapsamına girmeyeceğini, ekonomik güce dayalı olan ve kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde belirlenen yasaklar kapsamındaki eylem ve işlemlerin kanun kapsamında kalacağına karar vermiştir²⁹⁸. Ancak, 4054 sayılı Kanun'un getiriliş amacı ve kapsamı ile Kurul'un görev ve yetkileri dikkate alınacak olunursa bu karara katılamayacağı, karardaki Danıştay savcısının düşüncesine katılabileceği rahatlıkla söylenebilir²⁹⁹.

²⁹⁶ Ali Demiröz, Rekaabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2011, ss. 23-29.

²⁹⁷ Rekabet Kurulunun, 05.09.2001 tarih ve 26704 sayılı kararı.

²⁹⁸ Danıştay, "Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin Rekabet Kurumu kayıtlarına giren şikâyet dilekçesiyle davalı idareye başvurarak, şirketlerine ait fabrikalarından faaliyet konularıyla ilgili malların sevkiyatı sırasında bu sevkiyata; kendi alanlarında tekel yaratma çabası içinde olan Sınırlı Sorumlu .. Kamyoncular ve Taşıyıcılar Kooperatifi ve başkanı tarafından örgütlenen bir grup kooperatif üyesiyle başkaca kişiler tarafından, örgütlü ve devamlı surette yol kesme, cebir, şiddet, tehdit, sabote, cana kast eylem ve yöntemleri ile rekabeti sınırlayıcı, hatta tamamen ortadan kaldırıci faaliyetlerle engel olduğu belirtilerek, bu kurum ve şahısların Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda yer alan müeyyideler ile cezalandırılması ve anılan Kooperatifin nakliyecilik konusunda tekel yaratma faaliyetlerinin önlenmesini istediği, Rekabet Kurumunun dava konusu 5.9.2001 tarih ve 26704 sayılı işlemiyle, dilekçede belirtilen hususların içerik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunmadığı, konunun adli merciler nezdinde takibi gerektiği belirtilerek istemin reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, şikâyete konu eylemlerin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. 6. ve 7. maddelerinde öngörülen ekonomik güce dayalı, yasaklanmış davranış ve işlemlerden olmayıp, fabrikadan malların sevkiyatının kamyonların geçişine izin vermeyecek şekilde kapatılarak engellenmesi, cebir, şiddet gibi fiziki güce dayalı eylemler olduğundan, şikâyetin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." gerekçeleriyle davayı reddetmiştir.(Danıştay.10.D., 24.12.2003 tarih ve E.2001/3165, K.2003/5309 sayılı kararı)

²⁹⁹ Ahmet Eğerci, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tezi, Ankara, 2004, ss. 43-44.

‘....olayın oluş biçimi ve niteliğine göre, olayın adli mercilerce incelenmesi gereken yönünün bulunduğu kuşkusuz ise de, böyle bir olayın adli mercilerce incelenecek olmasının, olayı yaratan şahıslar hakkında adli işlemler yapılıyor olmasının; şahısları hukuka aykırı eylem ve davranışlarda bulunmaya sevkeden kuruluş ve kurumların da olayda sorumluluğunun bulunması halinde kuruluşun yasadışı tutum, davranış ve yönlendirmelerinin devamının davalı idarece durdurulması, ihlallere son verilmesi ve gerekiyorsa idari para cezası uygulanması davalı idarenin görevidir. Olayın bir yönüyle adliye intikal etmiş olması davalı idareyi görevinden alıkoymaz. Sorun yaratan kurumu ve bu sorunu gidermekte görevli ve yetkili davalı idareyi sorumluluktan kurtarmaz.

Bu nedenle dava konusu olayla ilgili olarak davalı idarece inceleme ve araştırma yapıp anılan kooperatifin mevcut olayın oluşumuna ve devamına etkisi, sebep oluşu ve 4054 sayılı yasanın yasakladığı tutum ve davranışın sergilenmesindeki sorumluluğu; yasadışı eylemi sergileyen başkan ve üyelerinin bu davranışlarının kooperatiften tam bağımsız bir davranış olup olmadığının yapılacak bir soruşturma ve inceleme sonucu saptanması ve bulunacak sonuca göre işlem yapılması gerekirken bu yapılmaksızın, fiziki güce dayalı fiillerde, kaba kuvvetle engelleme fiili gösterenler hakkında ancak adli makamlara başvurulabileceği; 4054 sayılı yasanın uygulanamayacağı gerekçesiyle talebin reddedilmesi yolundaki işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.’

Nitekim Rekabet Kurulu, benzer bir olayda Haydarpaşa Gümrük Sahası’ndaki taşıyıcı kooperatiflerle ilgili olarak ‘kooperatife üye olmayan nakliye araçlarının gümrük sahalarına alınmadığı, bu konuyla ilgili olarak Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan bir şikâyetin, bir kooperatifin yönetim kurulu üyesinin, bir aracın gümrük sahasına girmesine engel olmaya çalışıldığı iddiasına ait olup, konunun savcılığa ve takibinde mahkemeye intikal ettiği saptanmasına karşın’, Kurul, ilgili kooperatiflerin hâkim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadığını incelemiş ve sonuçta bu yönde bir ihlalin olmadığını saptamıştır. Kuşkusuz Kurul’un, iddiaları 4054 sayılı Kanun uyarınca incelemesi yerindedir.

Üstelik Danıştay, sözü edilen Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlığı esastan inceleyerek davayı reddetmiştir³⁰⁰.

Rekabet Kurumu, denizcilik sektörüne ilişkin olarak bir forwarderin, gemi acentelerinin haksız rekabetine maruz kaldığına ilişkin başvurusunu, konunun kanun kapsamında bulunmadığından bahisle reddetmiştir³⁰¹.

‘başvuru sahibinin genel müdürlüğünü yaptığı şirketin 1998 yılından itibaren uluslararası deniz konteyner taşımacılığı yapan “forwarder” (ara taşıyıcı) bir firma olarak faaliyet gösterdiği; hizmetlerini gemi acentelerinden aldıkları navlun ve diğer fiyatlara bağlı olarak sürdürdükleri; konteyner ticari yük taşımacılığı konusunda özellikle Arkas Holding A.Ş. (Arkas)’nin bünyesindeki gemi acentelerinden kaynaklı haksız rekabete maruz kaldıkları; gemi acentelerinin fiyat ve hizmet politikalarının özellikle “forwarder” firmalara karşı müşterilerine hizmet vermelerini engelleyecek tarzda geliştirdiği; navlun ve hizmet amacı ile başvuruda bulunduklarında müşterinin kimliğini öğrenmeye yönelik baskı yapıldığı; mevcut müşterilerinin yavaş yavaş gemi acentelerinin eline geçtiği ve bu sebeple zarara uğradıkları iddia edilerek, konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında incelenmesi talep etmiştir.

Esasen, rakiplerin anlaşarak bir başka rakibi pazar dışına itmesi yahut hâkim durumdaki teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanarak (örneğin yıkıcı fiyat uygulayarak) diğer teşebbüsleri pazar dışına çıkarma çabası gibi haller hariç olmak üzere, teşebbüslerin daha düşük fiyat teklif ederek birbirinin müşterisini kazanma çabaları rekabet etme yollarındandır. Gerek başvuru dilekçesi, gerekse telefon görüşmesinde şikâyet edilen husus, gemi acentelerinin şikâyetçinin müşterisini elinden aldığına ilişkin olup, rekabet ihlaline ilişkin bir iddia yer almamaktadır. Dolayısıyla, Arkas bünyesinde yer alan gemi acenteleri hâkim durumda bulunsalar dahi, başvuruda yer alan iddiaların kötüye kullanma niteliğinde eylemler olmaması nedeniyle, söz konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı ve bu nedenle herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.’

³⁰⁰ Eğerci, s. 44-45; R. Kurulu’nun 26.4.2001 tarih ve 01-21/191- 49 sayılı kararı; Danıştay.10.D. 6.4.2004 tarih ve E. 2001/4876, K. 2004/3646; E. 2001/2625, K. 2004/3648 sayılı kararları.

³⁰¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-125 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 11-44/996-342 Karar Tarihi: 03.08.2011

Denizcilik sektörü ile ilgili olarak gerek Rekabet Kurumu uzmanları ile yapılan görüşmelerde gerekse Rekabet Kurulu’nun karar istatistiklerinin incelenmesi neticesinde en fazla hâkim durumun kötüye kullanılması yönünde kuruma başvuruların yapıldığı tespit edilmiştir. Bu sebeple çalışmamızda hâkim durumun kötüye kullanılması üzerinde durulacaktır.

II. İLGİLİ PAZAR KAVRAMI VE İLGİLİ PAZARIN REKABET HUKUKU AÇISINDAN ÖNEMİ

Rekabet hukuku, piyasalarda rekabetçi bir yapı olmasını ve bu yapının korunmasını sağlayan bir hukuk disiplini. Rekabetin piyasaya bağlı bir kavram olması nedeniyle, ilk aşamada, rekabet şartlarının zarar gördüğü iddia edilen piyasanın belirlenmesi gerekir³⁰². Kanun ancak muayyen bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet ile ilgilenmektedir, bu nedenle tek başına piyasa ya da pazar yerine ilgili pazar, ilgili piyasa terimleri kullanılır. İlgili pazar/ piyasa kavramı kanunun tamamının uygulanması açısından büyük bir öneme sahiptir³⁰³.

İlgili pazarın tanımlanması, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan bir araçtır. Bu araç, Rekabet Kurulu’nun rekabet politikası uygulamasının çerçevesini belirlemesine olanak verir. Pazar tanımlamasının temel amacı, inceleme konusu teşebbüslerin ve teşebbüs faaliyetlerinin karşı karşıya kaldığı rekabetçi kısıtların belirlenmesinde önemli rol oynamakta ve teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması veya birleşme/devralma/ ortak girişim işlemlerinin incelenmesinde temel adımlardan birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, pek çok rekabet analizinde başlama noktası “ilgili” pazar tanımıdır³⁰⁴.

³⁰² Piyasa ibaresi, kanunun amacını gösteren 1. maddesinde ‘**mal ve hizmet piyasalarında**’ rekabetin sınırlanmasını önlemektir; kanun kapsamını gösteren 2. madde açısından ‘Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde **mal ve hizmet piyasalarında** faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen’ teşebbüslere bu kanun uygulanır; kanun 4. maddesi açısından ‘Belirli bir **mal veya hizmet piyasasında** doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlayıcı’ anlaşmalar, uyumlu eylemler veteşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri yasaktır; 6.madde açısından ‘**bir mal veya hizmet piyasasındaki**’ hâkim durumun kötüye kullanılması yasaktır. 7. madde açısından ise ‘**bir mal veya hizmet piyasasındaki**’ rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri ve devralmaları yasaktır.

³⁰³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 88; Aslan, Rekabet, s. 111; Ateş, s. 275.

³⁰⁴ Rekabet Kurumu, İlgili Pazar; İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 2.

Pazarın sınırlarının belirlenmesi ve belirlendikten sonra da ilgili teşebbüslerin pazar paylarının tespit edilmesi rekabet analizlerinde merkezi bir öneme sahiptir. Hatta Pittman’a göre, pazar tanımı antitröst soruşturmalarında ve uygulamalarında yapılan işin can damarıdır³⁰⁵. Çünkü bütün rekabet ihlalleri bakımından yapılan iktisadi analizlerde uyumsuzluk konusu olayın rekabet ihlali oluşturma kapasitesine sahip olup olmadığının saptanabilmesi için, ilgili teşebbüsün veya teşebbüslerin piyasa güçlerinin³⁰⁶ saptanması gereklidir. Teşebbüslerin piyasa güçlerinin temel ölçütü piyasa paylarıdır. Piyasa payı ise ilgili piyasa çerçevesinde saptanması gereken bir pay oranıdır³⁰⁷.

Pazarın tanımlanması, pazar paylarını hesaplamak ve pazar payı bilgilerinin kullanılması suretiyle analizlerde yararlanılacak diğer bilgilere ulaşmak için gerekli bir aşamadır. Bunun yanı sıra, belirli piyasa gücüne sahip bir teşebbüsün veya teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının olması gereken rekabet düzenini nasıl etkilediği veya etkileyeceği hususunda doğru yorumlar yapabilmesi için, rekabetçi niteliği bakımından piyasa yapısının (market structure), açık ifade ile piyasanın tam rekabet, monopollü rekabet, oligopol veya monopol niteliğinin saptanması gerekir. Piyasanın niteliği de ilgili piyasa çerçevesinde saptanması gereken bir olgudur. Bu sayede yapılan analizler de daha doğru ve sağlam bir zemine oturtulmuş olur.

<http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=t2Ee4UHsKmTmd4uY6/5qNA==H7deC+LxBi8=>

(3.12.2013)

³⁰⁵ S. Baker ve L. Wu (1998), “Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”, *European Competition Law Review*, No: 5, s.273 ve R.Pittmanb(1994), “The Heart of Antimonopoly Investigation and Enforcement: The Choices of Consumers”, *A Seminar for Staff Members of Antimonopoly Offices of Central and Eastern Europe*, 7 Mart 1994, Vienna, Austria, s. 2’ den aktaran; Murat Çetinkaya, *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, 1.4. sayılı başlık.

³⁰⁶ Rekabet hukukunda, pazar gücünün ve pazar gücü ile ilgili kavramların önemli olması, doğal olarak, pazar gücünün yaratılabildiği, artırılabilirdiği ya da var olduğu durumların tespit edilmesini önemli bir analiz haline getirmektedir. Pazar gücü, bir şirketin karşı karşıya olduğu rekabetin şiddet ve yoğunluğunun doğrudan bir fonksiyonudur. Belirli bir pazar gücüne sahip firmanın piyasa değişkenlerini (pazardaki ürün fiyatı ve miktarı) etkileyebilecek güce sahip olduğu kabul edilmektedir. R.Pitofsky (1990), “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”, *Columbia Law Review*, C.: 90, No: 7,s.1806’dan aktaran Murat Çetinkaya, *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, 1.4. sayılı başlık; Kemal Tahir, Su , *Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, 2003, 1.1.başlık.

³⁰⁷ Richard Whish, - Brenda Sufrin,: “Article 85 and The Rule of Reason”, *Yearbook of European Law*, No:7, 1987, s.23-24; Valentine Korah,: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Edition, Oxford, Hart Publishing, 2000, s.83 ; Bishop, Simon - Walker, Mike: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet-Maxwell, 2002. Bishop-Walker, a.g.e., s.177’den aktaran; Dilek Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2006, ss.77-78.

Nihayet, tespit edilen ihlaller için uygulanacak idari para cezasının miktarının tayini içinde ilgili pazar tanımına ihtiyaç bulunmaktadır³⁰⁸.

A. İlgili Pazar Kavramına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Rekabet, teşebbüs, teşebbüs birliği ve hâkim durum gibi kavramları özel olarak tarif eden kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun uygulaması bakımından ‘ilgili piyasa’ terimi için bir tanım yapmamıştır. Avrupa Birliği Hukukunda da Roma Antlaşması’nda tanımlanmayan, buna karşılık Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarında başarılı bir şekilde ifadesini bulan “*ilgili piyasa*” kavramı, genel olarak mal ve coğrafya olmak üzere iki ayrı açıdan ele alınmaktadır. Komisyon, ABD’den oldukça uzun bir süre sonra, 1997 yılında, Topluluk Hukuku’nda ilgili ürün ve coğrafi pazar kavramının nasıl uyguladığını açıklamak amacıyla şeffaflık politikası izleyerek, ‘Topluluk Rekabet Hukuku Amaçları Bağlamında İlgili Piyasanın Tanımı Hakkında Duyuru’yu yayımlamıştır. Bu duyuruda Komisyon, pazar tanımına ilişkin genel açıklamalara ve tanım yapılırken kullanılacak delillere ve yöntemlere yer vermiştir. Duyuru incelendiğinde oldukça yol gösterici olduğu görülmektedir³⁰⁹.

Rekabet Kurulu da, bu Duyuru paralelinde, pazar tanımı yaparken izlediği yöntemi ve bir karara varırken dayandığı kriterleri olabildiğince açıklıkla belirtmek ve böylece teşebbüsler açısından doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla, 2008 yılında, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*’u kabul etmiştir. İlgili piyasa kavramının en güncel tanımı ise 2010/4 sayılı, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğin ekinde bulunan bildirim formunun 5. maddesinde yer almaktadır³¹⁰.

³⁰⁸ Çetinkaya, 1.4.başlık; David Harbord , Georg von Graevenitz: “Market Definition in Ologopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomolies”, ECLR, Vol: 21, 2000, s.151-152; Thomas Kauper, “The Problem of Market Definition Under EC Competition Law”, Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Enstitute, International Antitrust Law and Policy, Ed. Barry E. Hawk, New York, Sweet-Maxwell, 1997, s.246-248’ten aktaran, Cengiz, s. 78; Ateş, s. 278.

³⁰⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 89; Çetinkaya, s. 78 (ek1); Ateş, s. 276.

³¹⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M Ancak bu duyurudan önce, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğin 4. maddesinde, 2002/2sayılı, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğin 3.maddesinde ilgili pazar tanımına yer verilmiştir. (Ateş, s. 277)

B. İlgili Pazarın Tespiti

İlgili pazar, rekabet normuna muhatap her teşebbüsün faaliyet konusuyla ve faaliyet gösterdiği yer ile ilgisi olan pazardır. Burada faaliyet konusundan maksat, teşebbüsün üretimini, dağıtımını, alımını ve satımını yaptığı kısaca piyasaya sürdüğü mal ve hizmettir³¹¹. Rekabet hukukunda pazar tanımında teşebbüsün faaliyet konusuna kısaca ‘ürün’ denmektedir. Faaliyet yerinden kasıt ise, teşebbüsün faaliyetini icra ettiği belli özellikleri ile sınırlandırılabilir bir yöre, bölge ve coğrafi alandır. İlgili Pazar tespit edilirken, söz konusu pazarın ürün ve coğrafi boyutunun ortaya konulması gerekmektedir³¹².

Kılavuzda pazar, hem ürün ve hem de coğrafi bölge boyutlarıyla tanımlamıştır. Pazarı, ürün ve coğrafi boyutuyla tanımlamaktaki amaç, incelenen teşebbüslerin davranışlarını sınırlama ve etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranmalarını önleme gücüne sahip rakiplerinin ortaya çıkarılması olarak, kılavuzda izah edilmiştir. İlgili pazar tanımlarının yorumlanmasında ve ilgili pazar kavramı ile ilgili olarak kanun ve tebliğlerin uygulanmasında Kurul bu kılavuzdaki kriterleri göz önünde bulunduracaktır. Kılavuzda, ilgi pazar tanımının, pazar gücüne ilişkin olarak Rekabet Kanun’un 6. ve 7. maddelerin uygulanması bakımından önem taşıyan pazar payı hesaplarının yapılmasında ve kanunun 4. ve 5. maddelerinin uygulanmasında kullanılacağı vurgulanmıştır³¹³.

İlgili piyasanın hem ürün hem de coğrafi açıdan incelenmesi çoğu zaman geniş kapsamlı ekonomik analizlerin³¹⁴ yapılmasını gerekli kılar. Bu durum ise, özellikle piyasaların çeşitliliği ve birbirleriyle olan benzerlikleri göz önünde

³¹¹ Mal ve hizmet kavramlarından neyin anlaşılması gerektiği 4054 sayılı yasanın tanımlar başlığı altında üçüncü maddede açık bir şekilde ifade edilmiştir. ‘Mal: Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı, Hizmet: Bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fıkri veya her ikisi beraber olan faaliyetleri, ifade eder.’

³¹² Ateş, s. 278.

³¹³ Ancak inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse coğrafi açıdan olası alternatif Pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa Pazar tanımı yapılmayabilir. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, madde 1, 4, 6, 20.

³¹⁴ İlgili analizler için bakınız; Çetinkaya, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, s. 30; Gürpınar, Piyasa Tanımı ve Piyasa Gücünün Ekonomik Analizinde Kullanılan Kantitatif Teknikler, s. 226; Senyücel/Aktaş, ss.44-60; Kalkan, ss. 380-405.

tutulacak olursa, Rekabet Hukukunun uygulaması bakımından oldukça güç bir incelemedir ve belirtelim ki, çoğu kez kesin bir sonuca ulaşmak imkânsızdır³¹⁵.

İlgili pazar, sektörün durumu ve incelemenin içeriğine göre davadan davaya değişen bir kavramdır. Bu sebeple pazarın belirlenmesinde genel kurallar çizmek güçtür. Bir davada bir faktörün incelenmesi, diğerinde ise başka bir faktörün ele alınması pazar tanımlarının yanlış olduğunu göstermez³¹⁶. Çünkü ilgili pazar, temel olarak firmaların pazar güçleri ve tüketicilerin tepkilerine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Geleceğe yönelik bir çalışma olan yoğunlaşma analizinde yapılacak pazar tanımı, hâkim durum ya da rekabeti sınırlayıcı eylem gibi geçmişteki davranışları konu alan bir analizdekinden farklı olabilir³¹⁷. Buna ilaveten zaman içerisinde tüketici tercihleri, satış yapılan bölgeler, ürün fiyatları gibi unsurlardaki değişimlerden dolayı farklı pazar tanımları da ortaya çıkabilir³¹⁸.

Diğer taraftan teknolojik gelişmeler, sınır ötesi gerçekleştirilen işlemler günümüzde ilgili pazar tanımının yeniden ele alınmasını gerektirecek ölçüde büyük değişimler getirmiştir. Sınır ötesi birleşmelerde ilgili coğrafi pazar dünya pazarı olarak belirlenirken, ilgili mal ya da hizmet pazarları da eskisinden farklı olarak birçok alt pazarlara ayrılmaktadır. Bu nedenle de her somut olay için ayrı bir pazar tanımının yapılması gerekir³¹⁹.

³¹⁵ Çetinkaya, ss. 35-36; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 246-247.

³¹⁶ Teşebbüslerin ilgili pazarın nasıl tanımlanacağını bilmeleri normalde çok mümkün değildir. Hatta ilgili pazar tanımı, statik olmayan, dinamik bir unsur olduğu için, Kurul, 5 yıl önce yaptığı bir tanımı 5 yıl sonra farklı bir şekilde yapabilir ve bu da aslında Kurulun bir çelişkisi değil, pazardaki değişimlerin bir gereği olabilir; teknolojik gelişmeler veya bazı başka faktörlerden dolayı pazarda çeşitli şeyler değişmiş ve ikame olmayan iki ürün ikame hâle gelmiş olabilir. (Orçun Senyücel, 2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 103.)

³¹⁷ İnceleme konusunu bir birleşme/devralma işlemi veya hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine ilişkin olup olmadığına bağlı olarak ilgili pazarın tanımlanmasında kullanılan yöntemler farklılaşmaktadır. Literatürde Selofan Yanılgısı olarak da bilinen husus göz önüne alındığında, ilgili pazarın tanımlanırken birleşme/devralma işlemlerinde “cari fiyat seviyelerinin”, hâkim durumun kötüye kullanılması incelemelerinde ise “rekabetçi fiyat seviyelerinin” dikkate alınması gerekmektedir. (Ekrem, Kalkan, Talep Esnekliklerinin Rekabet İktisadındaki Önemi ve Bazı Tahmin Yöntemleri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Kayseri, 2008, s. 384.)

³¹⁸ Örneğin iki üründen (A,B), A, B’ye tercih ediliyor ve bu sebeple yüksek bir fiyattan satılıyor ise hâkim durumun incelenmesinde A ürünü tek başına bir pazar olarak alınabilecektir. Çünkü belli bir pazar gücü vardır. Ancak A ve B ürünlerini üreten firmaların birleşmeleri durumunda, A ve B ilgili pazar olarak alınacaktır. Çünkü A ürününde hâkim durumda olmasından dolayı yüksek fiyattan satış yapan bir firma, A ürünün ikamesi olan B ürününde de güçlenirse A ürünün fiyatlarını daha da artırma imkânına kavuşacaktır. (Orçun Senyücel, Cihan Aktaş, İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Kurumu Dergisi, Haziran, 2000/2, s. 44, 57; İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, madde. 7)

³¹⁹ Güven, s. 285.

1. İlgili Ürün Pazarının Belirlenmesi

İlgili piyasanın tanımlanmasında ilk aşama, rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri icra eden teşebbüslerin hangi mal veya hizmet piyasasında çalıştıklarının tespitidir. Yani, incelemeye konu olan piyasanın hangi ürünlerden oluştuğunun saptanmasıdır. Söz konusu teşebbüsler aynı coğrafi piyasada yer alsa bile, farklı mal veya hizmetler üretiliyorsa, bu teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olmaları muhtemel değildir. Bu durumda açıklığa kavuşturulması gereken sorun, hangi mal veya hizmetlerin aynı piyasada değerlendirildiklerinin belirlenmesidir³²⁰.

Pazarın belirlenmesinde öncelikle söz konusu mal ya da hizmetin, başka mal ya da hizmetlerle "*ikame edilebilirlik (substitutability)*"³²¹ derecesi önem kazanmaktadır. Avrupa Birliği'nde, Komisyon'un ilgili pazar ile ilgili Duyuru'sunda³²², İlgili ürün pazarı; '*ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından, tüketici tarafından söz konusu ürünle değiştirilebilen ya da ikame edilebilen bütün ürün ve hizmetleri kapsayan pazar*' olarak tanımlanmıştır. İlgili ürün pazarı fiziksel ve teknik özellikleri büyük oranda aynı olan ve birbiriyle değiştirilebilen bir dizi mal ya da hizmetten meydana gelir. İlgili ürün piyasasının belirlenmesinde rekabet şartları, fiyatlar, talepteki çapraz fiyat elastikiyeti gibi faktörler önem taşır³²³.

Rekabet Kurulunun yayınladığı, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzda, ilgili ürün pazarının tespitine ilişkin olarak, AB Komisyonunun Duyurusuna paralel, doğrudan bir düzenleme yapılmıştır. Bu kılavuzun 3.

³²⁰ Topçu, s. 154.

³²¹ Ancak her ürünün birçok ikamesi bulunabilir. İlgili ürün pazarı belirlenirken, ne dereceye kadar ikame ürünlerin kapsama alınması gerektiğine ilişkin olarak, *Times-Picayune*¹ davasında Amerikan Temyiz Mahkemesi genel kabul gören şu ölçüyü koymuştur: '*Her ürünün ikamesi vardır. Ama ilgili pazarın, bu sonsuz genişliği kapsamı anlamlı olmaz. İlgili ürün pazarı belirlenirken, makul fiyat değişikliklerine rağmen, nispeten önemsiz sayıda müşterinin yöneleceği ikame mallar dışarıda kalacak şekilde çember daraltılmalıdır.*' (Su, s.11)

³²² Komisyon SSNIP yaklaşımını benimsemiştir. SSNIP testine göre, tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün, belli bir ürünün fiyatında küçük, önemli ve kalıcı bir artış uygulaması, tüketicilerin başka ürünlere yönelmelerine yol açıyorsa ve bu durum sonucunda da yapılan fiyat artışı kârlı olmuyorsa, firmanın ürettiği ürünle tüketicilerin yöneldiği ürünler aynı ürün pazarında yer alıyor demektir. Bu bağlamda, bir ilgili ürün pazarının SSNIP testinin koşullarını sağlayan bütün ürünleri kapsadığı söylenebilir. Bu şekilde tespit edilen ürün pazarı, söz konusu ürünle en iyi şekilde ikame edilebilen diğer bütün rakip ürünleri içerirken, pazarı olduğundan geniş gösterecek hiçbir ürünü de kapsamayacaktır. (Çetinkaya, ss. 4-5.)

³²³ Öz, s. 92; Çetinkaya, ss. 4-5; Güven, ss. 278-279.

maddesinde, ilgili ürün pazarının tespiti ile ilgili olarak 1997/1 sayılı tebliğe atıf yapılmıştır.

‘İlgi ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlarda değerlendirilir.’

Yine kılavuzun 17 ve 18. maddelerinde ilgili ürün pazarının tanımında dikkate alınan kriterlere değinilmiştir; ‘Ürün pazarının tanımlanmasında öncelikle mevcut bilgilere veya olaya taraf teşebbüsler tarafından sunulan bilgilere dayanarak, olası ilgili pazarlara ilişkin bir ön görüş oluşturulur. Bu ön görüşte alternatif ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığı önemlidir³²⁴. İkameyi belirleyen çeşitli kriterler mevcuttur. Bu kriterler, incelenmekte olan endüstri, mal veya hizmetlerin özelliklerine göre değişebilmektedir. Bir incelemede kullanılan kriter başka bir incelemede hiçbir önem taşımayabilir. Kurul, ikameyi belirlemek için değişik bilgi kaynakları veya analiz türlerine yönelik katı bir hiyerarşi benimsemekten kaçınmaktadır.’

³²⁴ Rekabet Kurulunun Eken Kararında karayolunun, **deniz taşımasının ikamesi olmadığına karar vermiştir**. ‘İzmit Körfezi’nin kuzeyinden güneyine araçla geçiş yapmak isteyen bir sürücü, karayolu ile denizyolu arasında tercih yapmak durumundadır. Karayolunu tercih etmesi durumunda 110 kilometrelik mesafeyi, kısmen otoban, kısmen de iki yönlü karayolunu kullanarak kat etmesi gerekmektedir. Ülkemizdeki yol ve trafik koşulları dikkate alınarak, denizyolunu tercih etmenin, olası trafik kazalarını önlemesi ve uzun bir süre araç kullanmış veya kullanacak olan sürücülerin dinlenmesini sağlaması sebepleriyle daha güvenli olduğu, dolayısıyla da tüketici açısından, feribotla seyahatin, karayolunu kullanmaktan daha avantajlı olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca, deniz yolu kullanıldığı takdirde, daha az yol kat edildiği için söz konusu güzergâhı sık kullanan şehirlerarası yolcu otobüsleri ve benzeri araçlar daha az yıpranacak, dolayısıyla bu araçları işleten firmaların maliyetleri azalacaktır. Ürünlerin fiyatları karşılaştırıldığında; bir otomobilin, 110 km. olan Eskişehir ile Topçular arasındaki karayolu mesafesini kat ederken yaklaşık 8-9 litre akaryakıt sarf edeceği varsayıp, buna E-6 otobanının kullanılması durumunda ödenecek geçiş ücreti de eklendiğinde, karayolu geçişinin feribot ücreti olan 20.000.000 TL’ye yakın bir maliyetinin olduğu görülmektedir. Bu durumdan, feribot işletmesinin fiyatlarını belirlerken, karayolu kullanmanın maliyetini göz önünde bulundurduğu, bu nedenle de aslında karayoluyla rekabet halinde olduğu ve ilgili ürün pazarının karayoluyla yapılan taşımacılığı da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği sonucunavarılabılır. Ancak TDİ, 2000 yılında Eskişehir-Topçular hattında yaklaşık %65’lik, 2001 yılında ise yaklaşık %62’lik bir karlılık oranına sahiptir. Karayolu ile ulaşım denizyolunun gerçek bir ikamesi olsaydı, TDİ şikâyet konusu hatta görece yüksek bir kar marjına sahip olamazdı. Gerçekten de, TDİ’nin feribot ücreti ile karayolu ile yapılan taşımacılığın tüketiciye maliyetinin birbirine bu kadar yakın olmasının asıl nedeni, birbirlerini ikame etmeleri değil, TDİ’nin taşıma ücretlerini, karayolundan rekabet baskısı görmeyeceği son düzeye kadar artırmasıdır. Yukarıda verilen bilgiler ve yapılan değerlendirmeler ışığında ilgili pazar, “İzmit Körfezi’nin güney ve kuzey kıyısı arasında, feribotla taşıt ve yolcu taşıma hizmeti pazarı” olarak belirlenmiştir. (Dosya Sayısı: 2002-4-146 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 03-03/25-7, Karar Tarihi: 9.1.2003)

Ürün pazarı tanımlanmasında, ikame edilebilirlik ya da çapraz elastikiyet/esneklik anahtar konumdadır. İkame edilebilirlik ölçüsü, ‘talep açısından ikame edilebilirlik’ ve ‘arz açısından ikame edilebilirlik’ olmak üzere ikiye ayrılır. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz’da, pazar tanımlamasının temel ilkelerinin, talep ikamesi ve arz ikamesi olduğu da ana başlıklarla belirtilmiştir. Bunların haricinde, piyasaya yeni bir teşebbüsün girmesiyle ilgili bir vakada pazar tanımı yapılması gerekiyorsa ‘potansiyel rekabet kavramı’ üzerinde de durulabilmektedir³²⁵.

İlk bakışta aynı mal ya da hizmet pazarı kapsamında olacağı düşünülen ürünlerin, ayrıntılı bir ekonomik analizinin yapılmasından sonra farklı mal ya da hizmet pazarları içerisinde yer aldığı görülebilir. Nitekim Rekabet Kurulu, Deniz Nakliyat T.AŞ.’nin özelleştirilmesi ile ilgili kararında ürün pazarını üç ayrı şekilde değerlendirmiştir³²⁶.

‘Özelleştirme kapsamındaki Deniz Nakliyat A.Ş. deniz yolu ile taşımacılık pazarında faaliyet göstermekte ise de adı geçen pazar, **hukuki ve ekonomik nedenlerle bir bütünlük arz etmemektedir**. Türk limanları arasındaki taşımacılık hizmetlerinin 815 sayılı Kabotaj Kanunu gereğince, sadece Türk bayraklı gemilerce yapılabilmesi bu hizmet sektöründe rekabeti görece olarak kısıtlamakta iken, uluslararası taşımacılık hizmetlerinin, yabancı bayraklı gemilerce de yapılabilmesi rekabeti söz konusu hizmet sektöründe yaygın ve açık hale getirmektedir. Keza, Deniz Nakliyat A.Ş.’nin en büyük gelir kalemini oluşturan ve çok sayıda limanı kapsayan, tarifeli seferler olarak tanımlanabilecek, liner işletmeciliğinin ise diğer taşımacılık türlerinden daha fazla yatırım ve acentelik ağı kurulmasını gerektirmesinin yanı sıra, bu alanda ticari başarı elde edilmesinin piyasada tanınmış olmaya bağlı olması nedenleriyle, bu hizmet alanının da sektörün yukarıda sözü edilen diğer hizmet alanlarından farklı olduğu düşünülmektedir. Açıklanan nedenlerle, ilgili ürün pazarları, her biri birbirinden ayrı değerlendirilmek üzere **Kabotaj Hattında Denizyolu Taşımacılığı, Uluslararası Denizyolu Taşımacılığı ve Liner Taşımacılığı (Tarifeli Denizeniz Taşımacılığı)** olarak değerlendirilmiştir.’

³²⁵ Güven, s. 285; Ateş, ss. 279-280; İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, madde, 8-16 .

³²⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya No: D4/1/M.A.-00/1, Karar No: 00-6/61-28, Karar Tarihi: 10.02.2000.

2. İlgili Coğrafi Pazarın Belirlenmesi

İlgili piyasanın tanımlanmasında, ilgili ürün piyasası saptandıktan sonra, ikinci aşama incelemeye konu olan ilgili ürün piyasasının coğrafi sınırlarının saptanmasıdır. Bu açıdan saptanan piyasaya “ilgili coğrafi piyasa” adı verilmektedir. Rekabet davalarında ilgili pazarın, coğrafi boyutu dikkate alınmaksızın ihlalin varlığını ve kapsamını tespit etmek mümkün olmaz. Zira coğrafi açıdan herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, ilgili malın ticari hayata konu olduğu tüm coğrafyayı global olarak ilgili coğrafi piyasa olarak kabul etmek³²⁷, çoğu kez ekonomik gerçeklere uygun olmadığı gibi, Rekabet Hukukunun amaçlarıyla da bağdaşmaz³²⁸.

İlgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde temel alınacak olan esas, doğal olarak öncelikle teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen bölgedir. Bu bağlamda, teşebbüsün faaliyetinin niteliğine göre söz konusu bölge ülkenin bütünü olabileceği gibi, bir şehir veya bir mahalleyle de sınırlı kalabilir. Fakat ilgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde, sadece fiilen faaliyette bulunan bölgeyle sınırlı kalınmaz. Faaliyette bulunan bu bölge ile özellikle rekabet koşulları açısından benzerlikler gösteren diğer bölgeler, ilgili coğrafi piyasa kapsamında değerlendirilmelidir. Zira ilgili mal piyasasının tespit edilmesinde olduğu gibi, farklı bölgelerdeki potansiyel rekabet imkânının da dikkate alınması gerekir. Örneğin, bir ürünün önemli orandaki müşterileri, aynı ürünü başka bir bölgedeki satıcıdan aynı veya yakın fiyatlarla temin edebiliyorlarsa, bu durumda ilgili ürünün coğrafi piyasası, diğer bölgeyi de kapsamı içine alır. Bu bağlamda, özellikle hâkim durumun belirlenmesi açısından, teşebbüsün herhangi bir şekilde faaliyette bulunmadığı bölgeler ve dolayısıyla da, bu bölgelerde faaliyette bulunan

³²⁷ Ancak, bilgisayar sistemleri, internet, telefon, faks gibi iletişim araçlarının hızla gelişmesi; alıcı ile satıcının bir araya gelmesi, yüz yüze konuşması zarureti ortadan kaldırmıştır. Şüphesiz alış veriş dünyasına internetin girmesi ve internet kullanımının hızla artması, ilgili piyasanın tesbitinde coğrafi sınırları zorlayacaktır. Bugün evindeki bir alıcının, internet vasıtasıyla, Ankara'daki veya Amerika'daki bir satıcıya sipariş verebilmesinde herhangi bir güçlük yoktur. Dolayısıyla artık belirli bir bölge, hatta ülke değil, global piyasalardan söz edilmektedir. Avrupa Birliği Hukukunda bazı mallar açısından hem 85 (WoodPulp-Komisyon (1988) ECR 5193) hem de 4064/89 sy. Tüzük'ün (Aerospatiale/de Havilland, OJ(1991), L.334/42 (1992), 4 CMLR.2 - bu davada Çin ve Doğu Avrupa kapsam dışı tutulmuştur-) uygulanmasında ilgili coğrafi piyasa, malın nitelikleri nedeniyle global olarak tüm Dünya piyasası olarak kabul edilmiştir. İlgili coğrafi piyasanın tesbitinde Ortak Pazar dışındaki teşebbüslerin de dikkate alınmasında, özellikle uluslararası ticaretin gelişmesi nedeniyle gümrük duvarları ve tarifelerin kalkmasının büyük etkisi olmuştur. (Topçu, s. 57; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, dipnot 49, s. 281)

³²⁸ Cengiz, s. 90; Ateş, s. 285.

teşebbüsler de, ilgili coğrafi piyasa kapsamına alınacak ve bu bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler rakip olarak kabul edilecektir. Bir başka anlatımla, farklı bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler, tüketiciler için alternatif bir arz kaynağı olarak ve farklı bölgelerdeki tüketiciler de, teşebbüsler için alternatif bir talep kaynağı olarak görülebiliyorsa, o takdirde bu bölgelerin aynı coğrafi piyasa içerisinde mütalaa edilmesi gerekmektedir³²⁹.

Avrupa Birliği'nde Komisyon'un ilgili Pazar tanımına ilişkin Duyuru'sunda ilgili coğrafi pazar, *'ilgili teşebbüsün mal ya da hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet şartlarının yeterince homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler'* şeklinde tanımlanmıştır.

Rekabet şartlarındaki farklılık ise, ilgili malların taşıma maliyetleri, dağıtım sistemleri, ulaşım şekilleri, fiziksel nitelikleri, ticari özellikleri, ürünlerin fiyatları, markası, kullanım kolaylığı, maliyetleri, hukuki engeller, bölgenin coğrafi ve ekonomik yapısı, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasındaki teşebbüslerin pazar payları, tüketici alışkanlıkları, kültürel ve geleneksel yapı gibi faktörlerden kaynaklanabilmektedir³³⁰. Avrupa Birliği Hukukunda bu faktörlerden özellikle **taşıma maliyetleri temel kıstas olarak** ele alınmakta ve malın fiziksel özellikleri ve taşıma olanaklarına bağlı olarak, nakliye ücretinin çok düşük olduğu durumlarda, coğrafi piyasa Ortak Pazar'ın bütünü olarak kabul edilmektedir. Adalet Divanı birçok kararında rekabet şartlarının *mutlak anlamda (tamamen) homojen (perfectly homogeneous)* olması gerekmediğini, *yeterince homojen (sufficiently homogeneous)* olmasının yeterli sayılacağını belirtmektedir³³¹.

Rekabet Kurulunun yayınladığı, 'İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'daki, coğrafi pazar tanımının, Komisyon Duyurusunda yer alan tanım ile aynı olduğu görülmektedir; Kılavuza göre coğrafi pazar; *"Coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu*

³²⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 249-250.

³³⁰ Hatta coğrafi pazar tanımında bazen bir şehir merkezinde trafik yoğunluğu, tren, otobüs, metro, deniz taşıtları gibi alternatif ulaşım imkanlarının olup olmamasının bile dikkate alınması gerekebilir. (Ateş, s. 286)

³³¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 250; Güven, s. 298; Ateş, s. 286; G. Aşcıoğlu Öz, s. 100.

bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.’’ şeklinde tanımlanmıştır³³².

Kılavuzda ilgili coğrafi bölgenin tespitinde izlenecek yol şu şekilde tarif edilmiştir; *‘Coğrafi pazarın tanımlanmasında öncelikle tarafların ve rakiplerin pazar paylarının dağılımına ilişkin göstergelerden ve fiyat farklılıklarından hareketle bir ön görüş oluşturulur. Ardından, değişik bölgelerdeki teşebbüslerin müşteriler için gerçekten birer alternatif arz kaynağı oluşturup oluşturmadığı incelenir. Bu incelemede, talebin yapısı göz önüne alınır. İncelenen teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa dönemde ve ihmal edilebilir maliyetlerle başka yerlerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydıramayacakları temel noktayı oluşturacaktır³³³.’*

İlgili coğrafi pazar, duruma göre Türkiye coğrafyası ve hatta Türkiye topraklarını da aşan bir bölge de olabilir. Uygulamada Türkiye’den daha geniş pazarlarda meydana gelip de Türkiye’yi de etkileyen ihlallerde, sınır ötesi bir coğrafi pazar tanımı yapılmaktadır. Aynı şekilde bir birleşme ve devralma işlemi bakımından da ülke sınırlarını aşan bir coğrafya için ilgili pazar tanımı yapılabilmektedir. Ülkenin yedi coğrafi bölgesinden her biri ayrı bir pazar sayılabileceği, bir birine komşu birden fazla ilde, bir coğrafi pazar olarak belirlenebilir. Somut olayın özelliklerine göre bazen de bir il ya da ilçe hatta bir mahalle dahi ilgili coğrafi pazar niteliği taşıyabilir. Aynı şekilde belli bir körfezin veya limanın, karayolu ve havayolu terminallerinin, iki şehir arasındaki karayolu veya havayolunun, serbest bölgelerin, organize sanayi bölgelerinin de coğrafi pazar olarak değerlendirilmesi mümkündür³³⁴.

Nitekim Rekabet Kurulunun coğrafi pazar tanımına ilişkin olarak deniz ulaştırmasına konu birçok kararı mevcuttur. Kuşadası Limanı’nın işletme hakkını devralan, Ege Liman İşletmeleri A.Ş.’nin liman hizmetleri pazarındaki (ilgili ürün pazarı) hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile ilgili kararda ilgili pazar şu şekilde tarif edilmiştir³³⁵;

‘Önaraştırmaya konu teşebbüsün sunduğu hizmetlerin en büyük müşterisi konumundaki kruvaziyer gemileri, programlarına müşterilerin ilgisini çekebilecek

³³² İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, m. 3.

³³³ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, m. 18.

³³⁴ Ateş, ss. 287-288.

³³⁵ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49 Karar Tarihi: 25.3.2004

tarihi ve doğa güzellikleri olan yerleri alırlar. Akdeniz çanağını dolaşan kruvaziyer gemilerin Kuşadası Limanı'na uğramalarının en önemli nedeni de Kuşadası ve hinterlandındaki Efes antik kenti ve Meryem Ana Evi'dir. Gemilerle gelen turistlerin büyük çoğunluğu, karada bu yörelere yapılan turlara katılmaktadırlar. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazar, **"Kuşadası ve hinterlandına hitap eden limanların bulunduğu coğrafi bölge"** olarak tespit edilmiştir. Bu coğrafi pazarda ise, kruvaziyer gemilerin yanaşabileceği iki liman bulunmaktadır: TCDD tarafından işletilen İzmir Limanı ve Kuşadası Limanı. Daha çok yük limanı olarak kullanılan İzmir Limanı'nın yukarıda sözü edilen yörelere uzaklığı yaklaşık 70 km olup, otobüsle 1 saat sürmektedir. Bu liman, bölgeye 15 km uzaklıkta olan Kuşadası Limanı kadar avantajlı olmamakla beraber, Kuşadası Limanı'nın tarife değişikliğinden dolayı bir ölçüde de olsa Kuşadası Limanı'na rakip liman haline gelmiştir. Nitekim düzenli bir biçimde her yıl Kuşadası Limanı'na uğrayan Costa Crociere S.P.A. firmasının 2004 yılında İzmir Limanı'na uğrayacağını belirtmesi de İzmir Limanı'nın Kuşadası Limanı'na alternatif olabileceğini göstermektedir. Ege Bölgesi'nde bulunan Çeşme, Dikili, Güllük, Marmaris gibi diğer limanlar ise, gerek Kuşadası'na uzaklıkları, gerek teknik açıdan zorluklar ve gerekse bu limanların bulunduğu yörelerin kruvaziyer gemilerin getirdiği 2.000-3.000 yolcuya birden yeterli düzeyde hizmet verecek turistik altyapıdan yoksun olmaları sebebiyle mevcut koşullarda etkin bir alternatif olarak görülmemektedirler³³⁶.

Bandırma Limanının işletme hakkının devrine ilişkin Rekabet Kurulu kararında ilgili coğrafi pazar üç bölge olarak belirlenmiştir³³⁷.

'Dosya konusu bakımından ilgili coğrafi pazarın, yük ve yolcu limanları açısından ayrı ayrı tanımlanması gerekmektedir. Liman hizmetlerinin verildiği ilgili coğrafi pazarlar gerek limanın bulunduğu coğrafik konum gerekse limanın hizmet verdiği diğer liman ve hatlar ile yakın ilişkilidir. Anılan durum, limanlarla ilgili olarak kullanılan ve yakalama alanları (catchment areas) olarak isimlendirilen, ilgili limana hizmet veren ya da ilgili limanın hizmet verdiği limanlar ve/veya coğrafi

³³⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49 Karar Tarihi: 25.3.2004

³³⁷ Bandırma Limanı'nda sunulan hizmetler dikkate alınarak ilgili ürün pazarları; Konteyner elleçleme hizmetleri pazarı, Ro-Ro gemilerine yönelik liman hizmetleri pazarı, konteyner elleçleme hizmetleri pazarı, tren ferisi taşımacılığına yönelik liman hizmetleri pazarı ve feribotla yolcu taşımacılığına yönelik liman hizmetleri pazarı olarak belirlenmiştir. (Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-4-96 (Özelleştirme Nihai Bildirim) Karar Sayısı: 08-39/517-191 Karar Tarihi: 12.6.2008)

alanları kapsayan, diğ er bir deyişle limanın rekabet edebileceği coğrafi aralıklar ile açıklanabilir.

Bu bakımdan, liman hizmetlerine ilişkin ilgili coğrafi pazar kavramında iki unsur ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, pazarın “statik unsuru” olarak adlandırılan, limanın hizmet verdiği coğrafi alandır; “hinterlant trafiği”. İkincisi ise, “dinamik unsur olarak adlandırılan, liner hatları tarafından belirlenen ve işletilen rotalar ile ilgili olan, limanın hizmet verdiği diğ er limanlar şeklinde tanımlanan coğrafi alandır; “derin su trafiği veya transit trafik”.

Derin su gemileri için gerekli olan farklı rıhtım ve kara ekipmanları veri olarak alındığında limanların hizmet verdiği pazarın unsurları belirgin hale gelmekte; bu bakımdan, limanın bulunduğu bölge, kapasitesi, derinlik ve elleçleme verimlilikleri limanın statik ve/veya dinamik unsurları içeren bir coğrafi pazara sahip olup olmadığının belirlenmesinde önem kazanmaktadır.

Yukarıdaki belirlemelerden de anlaşılacağı üzere dinamik unsurlar açısından limanın büyüklük olarak ana (transit veya hub) liman olma durumu incelenmektedir. Bunun en önemli kriteri ise limanın düzenli hat taşımacılarını (liner) ilgili limana çekecek coğrafi konumu ve kapasite özellikleridir. Coğrafi konum olarak belirleyici olan husus, limanın  n  açık bir liman olmasıdır ki Bandırma limanı bu özelliği taşımamaktadır. Bu nedenle Bandırma Limanı’nın gelecekte derin su trafiğinde seyreden gemiler için bir uğrak yeri olabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bandırma Limanı üzerinden yapılan ro-ro taşımacılığı faaliyetleri de kabotaj hattı kapsamındaki taşımalarından ibarettir. Bu nedenlerle coğrafi pazarın statik unsuru olarak adlandırılan hinterlant trafiği bakımından konvansiyonel y k elleçleme, konteyner elleçleme, ro-ro gemilerine yönelik liman hizmetleri ve tren ferisi taşımacılığına yönelik liman hizmetleri pazarları için Bandırma Limanı’na ilişkin olarak, “Kuzey Ege, Marmara ve üç Anadolu’nun batısı” ilgili pazar olarak belirlenmiřtir³³⁸.

Nemtaş Nemrut Liman  şletmeleri A.ř. ve Ermar Uluslararası Denizcilik ve Taşımacılık Ticaret Ltd. şti. tarafından 4054 sayı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ihlal edilip edilmediğinin tespiti ile ilgili kararda, ‘ r n Pazarı:

³³⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-4-96 ( zelleştirme Nihai Bildirim) Karar Sayısı: 08-39/517-191 Karar Tarihi: 12.6.2008

Önaraştırma konusu çerçevesinde ilgili ürün pazarı "Üçüncü kişilere yönelik gemi acenteliği hizmeti pazarı" olarak tespit edilmiştir. Coğrafi Pazar: Limanlara boşaltılan ürünlerin nitelikleri itibarıyla karayolu ile taşıma giderleri yüksek olduğundan, bu coğrafi bölgede yer alan fabrikalar açısından, Nemrut körfezi limanlarını ikame edebilecek başka liman bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "Nemrut Körfezi" olarak belirlenmiştir³³⁹.

3. İlgili Pazarın Zaman Boyutu

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ve Roma Antlaşması'nda belirtilmemiş olmakla birlikte, Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili piyasanın mal ve coğrafi boyutunun yanı sıra, dönemsel boyutunun da bulunduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir³⁴⁰.

Ürün arz ve talebi bir takım mevsimsel etkiler nedeniyle farklı yapılara sahip olabileceği gibi, bir pazarın yapısı ve şartları da, zamanla gelişen teknolojik şartlar ve değişen ekonomik ve sosyal koşullarla birlikte farklılaşabilmektedir. Bir anlamda pazarlar zamanla bir evrim geçirmektedirler. Aynı şekilde, pazar tanımları da bu zamansal etkileri göz önünde bulundurmak ve söz konusu değişikliklere ayak uydurmalıdır. İlgili pazarın zaman boyutu, ilgili ürün pazarı kavramı ile doğrudan ilişkili olup, bir ürünün talep ya da arzının esnekliği incelenirken, kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerin farklı sonuçlar vermesi ile ilgilidir³⁴¹.

Komisyonun ve Adalet Divanının bu konuya ilişkin yaklaşımı ise, uzun dönemli değil, kısa dönemli değerlendirmelerin yapılması gerektiği yolunda olmuştur. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ilgili zaman süreci, her olay için ayrıca değerlendirilmeli ve bu değerlendirme olayın şartları çerçevesinde makul sayılabilecek bir süreci kapsamalıdır³⁴².

Bir ürünün arz ve talep esnekliklerinin değişkenlik göstermesi ürünlerin mevsimsel etkilere maruz kalmalarına bağlıdır. Örneğin, yazlık ve kışlık giyeceklerle

³³⁹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: D4/1/Ş.K.-00/2 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 01-40/402-104 Karar Tarihi: 22.8.2001

³⁴⁰ G. Aşcıoğlu Öz, s. 102; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 251; Ateş, s. 288.

³⁴¹ Çetinkaya, 1.2.4. numaralı başlık, s. 13; G. Aşcıoğlu Öz, s. 102; Ateş, s. 289.

³⁴² G. Aşcıoğlu Öz, s. 103.

olan talep yılın değişik aylarında farklı esnekliklere sahip olacaktır. Aslında, pazarın zaman boyutu, bir anlamda pazarın ürün boyutunun bir uzantısıdır. Örneğin; ürün, günün belli bir saatindeki tren hizmetlerinin arzı şeklinde belirlenirse ürün pazarı zamansal bir boyut da kazanmış olmaktadır. Bu şekilde zaman boyutunun hesaba katılması tanımlanan pazarın kapsamının daralmasına yol açacaktır. Pazarın zaman boyutunun değerlendirilmelerde hesaba katılması aynı zamanda, bir endüstride gerçekleştirilen bir antitröst incelemesinde yapılan pazar tanımının, bu endüstride daha önceden yapılmış olan pazar tanımlarıyla aynı olma zorunluluğunu da ortadan kaldıracaktır. Bu takdirde zaman açısından farklı pazarlar tanımlandığında, bir teşebbüsün belli bir dönemde hâkim durumda olduğu sonucuna varılabilirken, başka bir dönemde hâkim durumda olmadığı sonucuna varılması da mümkün olabilmektedir³⁴³.

III. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrası ile belirli bir mal veya hizmet piyasasında hâkim durumda bulunan teşebbüs veya teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Söz konusu hükme göre;

"Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya 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."

Kanun 6. maddesinin uygulanabilmesi için hâkim durumda olmak ön koşuldur. Bununla birlikte hâkim durumda olmak değil, bu durumu kötüye kullanmak kanunda yasaklanmıştır. Bu husus madde gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir.

"Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hâkim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların

³⁴³ Çetinkaya, s. 13; Ateş, s. 290; Güven, s. 301.

artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta, gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır. Ayrıca ülkemiz Avrupa Topluluğuna tam üyelik için başvurmuş bulunmaktadır. Bu şartlar altında teşebbüslerin büyüyerek Topluluk ve dünyada rekabet edebilecek güce erişmeleri gerekir.

Diğer taraftan, piyasada hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.

Bazı durumlarda teşebbüs, hâkim duruma yasaların sağladığı korumalar nedeniyle de gelebilir. Özellikle sınaî ve ticari mülkiyet hakları böyle bir koruma sağlar. Bu hakların kullanımı hiçbir şekilde rekabeti ortadan kaldırma amacına hizmet etmemelidir. Ayrıca uygulamada en çok rastlanan kötüye kullanma halleri ikinci fıkra da örnek olarak sayılmıştır ve bunlar tahdidi değildir.'

Teşebbüsler için faaliyet gösterdikleri piyasada hâkim konumda bulunmak, ekonomik güç ve başarı ifadesidir. Bu itibarla piyasa kurallarının doğal bir gereği olarak, rekabet kuralları, monopol veya daha geniş olarak, hakim konumda bulunan teşebbüslerin varlığını yasaklamaz. Bu tip bir yaklaşım, Rekabet Hukukundan beklenen ekonomik amaçlara uygun bir çözüm tarzı da değildir. Bununla beraber, piyasada hâkim konumda bulunan bir teşebbüsün, rekabet ortamının geçerli olduğu piyasalarda faaliyette bulunan diğer teşebbüslere kıyasla, daha kolay bir şekilde rekabet şartlarını yönlendirmesi mümkündür. Zira teşebbüsün sahip olduğu ekonomik güç ve bunun sağlayacağı rekabet avantajı, onun piyasada büyük ölçüde keyfi davranabilmesine ve rekabetin işleyişine rahatça etkide bulunabilmesine imkân verir. Bu itibarla, rekabet kurallarıyla genelde bu hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyetleri kontrol altına alınmakta ve bu teşebbüslerin serbest rekabetin gereklerine uygun davranmaları sağlanmaktadır³⁴⁴.

A. Rekabet Hukukunda Hâkim Durum Kavramı

4054 sayılı yasanın 3. maddesinde hâkim durum; "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek,

³⁴⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 244.

fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün belirleyici bir etkide bulunduğu ekonomik parametreler ile ilgili sayımın sınırlı olmadığı, bu konuda başka araçların da kullanılabileceği, cümlede yer alan ‘gibi’ sözcüğünden de anlaşılmaktadır³⁴⁵.

Bu tanım, Roma Antlaşması' nın 82. (eski 86) maddesi çerçevesinde hâkim durum kavramı ile karşılaştırıldığında, kanun koyucunun, Avrupa Topluluğu rekabet hukuku içtihatlarından benimsenmiş olan hâkim durum tanımını esas aldığını söylemek mümkündür. AB rekabet hukukunda hâkim durum kavramı ile ilgili açık bir tanım yer almamaktadır. Bu nedenle Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında, somut olaylar bağlamında hâkim durum kavramını tanımlamaktadır. Komisyon Tartışma Metninde hâkim durum; ***‘bir teşebbüsün rakiplerini, alıcıları ve tüketicileri, dikkate almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket ederek pazardaki etkin rekabeti önleyebilmesini sağlayan ekonomik güç’*** şeklinde tanımlamıştır³⁴⁶.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda olduğu gibi Rekabet Kanununda da, hâkim durumda olmak, belirli oranlarda pazar payı ile ifade edilmek yerine, söz konusu teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek pazar şartlarını belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Nitekim rekabetçi baskılardan bağımsız davranabilen bir teşebbüs, fiyatlarını karlı bir biçimde rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilme ve belirli bir süre boyunca bu düzeyde sürdürebilme imkânına sahiptir. Bunun yanı sıra bu konumdaki bir teşebbüs; üretim ve dağıtım düzeyi, mal ve hizmet çeşitliliği ve/veya kalitesi, yenilik düzeyi gibi unsurları da kendi lehine ve tüketicilerin zararına olacak şekilde rekabetçi seviyenin altına çekebilecektir. Bu tanım çerçevesinde hâkim durumun tespitinde, her somut olayda teşebbüsün ilgili pazardaki payı tek başına belirleyici olmayacağından, bunun yanı sıra ilgili pazarın, inceleme konusu teşebbüsün ve ilgili ürünün yapısı, mevcut ve potansiyel rakiplerin

³⁴⁵Aslan, Rekabet, s. 437; ‘Aslan’a göre bu tanımlama bir de eksiklik içermektedir. İşletmenin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olması vurgulanırken kendisine mal verenlerden yani sağlayıcılardan (supplier) bağımsızlığı vurgulanmamıştır.

³⁴⁶Hasan Karakılıç, Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 429; Aslan, Rekabet, s. 437; Güven, s. 264; G. Aşcıoğlu Öz, s. 105; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 246.

konumu, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi pek çok ölçütün birlikte incelenmesi gerekmektedir³⁴⁷.

1. Hâkim Durumun Belirlenmesi

Hâkim durum kavramı, soyut değil, bir piyasaya bağlılığı ifade ettiğine göre, bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle onun hangi piyasada faaliyette bulunduğunun tespit edilmesi gerekir. Hâkim durumun **hangi coğrafi alanda, hangi ürün pazarında ve hangi dönemde söz konusu olduğunun tespiti**, esas itibarıyla hâkim durum kavramının sınırlarının farklı açılardan belirlenmesi anlamına gelmektedir³⁴⁸. İkinci aşama olarak, söz konusu piyasada hâkim durum koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir³⁴⁹.

Hâkim durumu sağlayan ekonomik güç ilgili piyasa bazında ele alındığına göre, bu gücün belirlenmesi için öncelikli olarak incelenmesi gereken, ilgili piyasanın yapısı ve bu piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa paylarıdır³⁵⁰. Söz konusu teşebbüsün piyasa payı ve bu payın diğer rakiplerinin payları karşısındaki durumu, hâkim durumun tespitinde ele alınacak temel kriterdir. Fakat piyasa paylarına ilişkin olarak yapılan bu değerlendirme, genel olarak söz konusu teşebbüsün ekonomik gücü hakkında önemli derecede bilgi sağlıyor olsa da, pek çok durumda hâkimliğin saptanmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Bu nedenle, piyasa payı kriterinin ek bir takım yardımcı kriterlerle tamamlanması gerekmektedir³⁵¹.

³⁴⁷Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz, 2014, s. 2.

³⁴⁸İlgili ürün pazarı ile ilgili coğrafi pazarın tanımlanması, o pazarda aktif durumda bulunan tedarikçi ve alıcı/tüketicilerin tespitine olanak sağlar. Bu noktadan hareketle tedarikçilerin ilgili bölgede ilgili ürüne ilişkin satışları esas alınarak toplam pazar büyüklüğü ve her tedarikçinin pazar payı hesaplanabilir. (İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Klavuz, m. 41)

³⁴⁹Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 246, s. 252; G. Aşcıoğlu Öz, s. 153; Aslan, Rekabet, s. 464.

³⁵⁰Toplam pazar büyüklüğü ve pazar payları çoğu zaman araştırma şirketlerinin verilerinden ya da meslek birliklerinin yaptığı araştırmalardan elde edilebilir. Bu mümkün olmadığında ya da mevcut tahminler güvenilir bulunmadığında, toplam pazar büyüklüğünü ve pazar paylarını hesaplamak için ilgili pazardaki her bir tedarikçiden kendi satış rakamını bildirmesi istenebilir. (İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Klavuz, m. 41.)

³⁵¹Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252.

2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

a. Niceliksel Ölçütler

(1) İlgili Teşebbüsün Pazar Payı

Hâkim durumun belirlenmesinde kullanılan temel ölçüt, söz konusu teşebbüsün ilgili pazar payıdır. Pazar payı genellikle incelemeye konu olan faaliyetlerin niteliğine göre satışların parasal değeri veya satış miktarı üzerinden hesaplanmaktadır. Rekabet Kurulu yaptığı değerlendirmede bu ölçütler ile birlikte incelenen pazarın özellikleri sebebiyle kapasite ya da rezerv miktarı gibi göstergelerden³⁵² biri ya da bir kaçını da gözönüne alarak pazar payını belirleyebilmektedir³⁵³.

Pazar payı kriteri, bazı hallerde diğer kriterleri dikkate almaksızın hâkimliğin göstergesi sayılabilir. Bu duruma verilebilecek en tipik örnek, ilgili piyasada monopol konumunda faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Avrupa Birliği Hukukunda monopolün yanı sıra, çok yüksek piyasa payları da, belirli bir süre boyunca³⁵⁴ devam etmeleri kaydıyla, başlı başına hâkim durumun varlığı için yeterli görülmektedir. Adalet Divanı, bu konuda sabit bir oran öngörmemiş, her olayı kendi şartları çerçevesinde ayrıca değerlendirmiştir³⁵⁵.

Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu dair delil teşkil eden belirli bir pazar eşiği yoktur. Çok yüksek pazar payına sahip olmak hâkim durumda kabul

³⁵² Pazar paylarının belirlenmesindeki referans noktası çoğunlukla satış rakamları olsa da, ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine bağlı olarak başta kapasite, ihale pazarlarındaki aktör sayısı, havacılıkta olduğu gibi filo büyüklüğü ya da madencilik benzeri sektörlerde olduğu gibi kontrol edilen rezerv miktarı gibi başka göstergeler de yararlı bilgiler sağlayabilmektedir. Kural olarak, hem hacim cinsinden satış, hem de değer cinsinden satış rakamları yararlı bilgiler sağlar. Farklılaştırılmış ürünler söz konusu olduğunda, çoğu zaman değer cinsinden satış rakamları ve bunlara bağlı pazar paylarının, tedarikçilerin birbirlerine kıyasla durumlarını ve pazar güçlerini daha iyi yansıttığı kabul edilebilir. (İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Klavuz, m. 42, 43.)

³⁵³ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı: 14-05/97-RM(1), p. 11.

³⁵⁴ Avrupa Birliği uygulamasında hâkim durumda bulunma süresi beş yıldan fazla olarak kabul edilmektedir. Süreler somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. (Güven, s.304-305) Ancak ihale pazarları, hızlı büyüyen pazarlar ve yeni oluşmakta olan pazarlarda, pazarların özellikleri nedeniyle teşebbüslerin pazar payları sürekli bir dalgalanma gösterebildiğinden, genellikle pazar paylarının sürekliliğinden bahsedilememekte ve dolayısıyla pazar payı teşebbüsün pazardaki konumu hakkında güvenilir bir gösterge olmayabilmektedir. Aksi bir yapı gösteren doymuş pazarlar bakımından ise pazar payları daha kuvvetli bir gösterge niteliği taşımaktadır. (Hâkim Durum Klavuz, p.14)

³⁵⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252; Aslan, Rekabet, s. 443; G. Aşcıoğlu Öz, s. 108.

edilmek bakımından yeterli olmayabilir. Özellikle işletme yüksek pazar payına sahip olsa bile, önemli miktardaki ithalatın ve pazardaki diğer unsurların baskısı nedeniyle, pazar davranışlarını rakip ithalatıcılardan bağımsız olarak belirleyemiyorsa hâkim durumda değildir³⁵⁶.

Diğer taraftan, söz konusu teşebbüsün pazar payının ortalama düzeylerde seyretmesi halinde piyasa payı yakın rakipleriyle karşılaştırılmakta ve bunun sonucuna bağlı olarak, diğer unsurların yardımlarıyla hâkim durum belirlenmektedir. Ancak çok düşük piyasa payına sahip olması halinde de, diğer faktörler dikkate alınmaksızın, hâkim durumun bulunmadığı kabul edilmektedir³⁵⁷.

Kurul'un yerleşik uygulamasında % 40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmekte, bu düzeyin üzerindeki pazar payına sahip olan teşebbüsler bakımından ise daha detaylı bir incelemeye gidilmektedir³⁵⁸.

(2) Rakiplerin Sayısı ve Pazar Payları

Bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının tespitinde sadece ilgili işletmenin değil rakip işletmelerin pazar gücü de önemlidir. Zira bu işletmenin pazar payı ile birlikte, pazardaki rakiplerinin sayısı ve onların pazar paylarının da saptanması, pazarın yapısı hakkında bir fikir verecektir³⁵⁹. Teşebbüs yüksek pazar payına sahip olmakla birlikte, diğer teşebbüslerin pazar payları çok düşük değilse ve rekabetçi bir baskı oluşturuyorsa hâkim durumda olmayabilir. Avrupa Birliği uygulamasına göre söz konusu teşebbüsün piyasa payı rakiplerine oranla ne kadar yüksek ve istikrarlıysa, mevcut rakiplerin incelenen teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratma olasılığı o kadar azalacak ve hâkim durumda olarak kabul edilmesi de o nispette kolaylaşacaktır³⁶⁰.

³⁵⁶ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 12; Aslan, Rekabet, s. 446.

³⁵⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252; Güven, s. 303.

³⁵⁸ Hâkim Durum Klavuz, p (12)

³⁵⁹ Hâkim durumda olan işletmenin pazar payı, "*mutlak Pazar payı*" (*absolute market share*), buna karşılık, bu işletmenin pazar payının, pazardaki diğer işletmelerin pazar payları karşısında ifade ettiği değer, "*nispi pazar payı*" (*relative market share*) olarak tanımlanmaktadır.(G. Aşcıoğlu Öz, s.109)

³⁶⁰ Aslan, Rekabet, s. 445; Güven, ss. 303-304; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252; G. Aşcıoğlu Öz, s. 109; Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı: 14-05/97-RM(1), p. 13.

b. Niteliksel Ölçütler

(1) Pazara Giriş Engelleri

Hâkim durumun varlığını kabul etmekte pazar payının yeterli görülmediği, pazar payının çok yüksek olmadığı durumlarda giriş engelleri de incelenir. Çünkü ilgili pazarda faaliyet gösteren bir işletmenin, pazarda hâkim duruma geçmesi ya da zaten hâkim durumda ise, bu durumunu güçlendirmesi, pazara giriş engellerinin³⁶¹ varlığı ve niteliği ile yakından ilişkilidir. Pazara giriş engellerinin varlığı halinde, işletme üzerinde rekabetin yaratacağı herhangi bir baskı olmayacak veya bu baskı sınırlı olacaktır, bunun neticesinde de teşebbüs rekabet baskısından uzak bir piyasa politikası izleyecektir. Bu durum ise hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün konumuna eşdeğerdir. Ekonomistler genellikle bir pazarda girişler kolaysa burada hâkim durumu kabul etmezler. Giriş engelleri yüksek olan bir pazardaki birkaç firma ise tek el karı elde edebilir (özellikle oligopol piyasalarda)³⁶².

Ayrıca pazara giriş engelleri, potansiyel rekabet ile de doğrudan ilgili olup, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği, potansiyel rekabetin varlığını etkileyebilecek niteliktedir. Potansiyel rekabetin ortadan kaldırılması, engellenmesi, rekabet ihlaline neden olmaktadır. Buna karşın, piyasada potansiyel rekabet fazla ise, yüksek pazar payına sahip olan teşebbüsün, piyasadan bağımsız olarak hareket etmesi söz konusu olamayacağı gibi pazardaki hâkim durumu da fazla uzun sürmeyecektir³⁶³.

³⁶¹ Giriş engelleri, *doğal engeller (natural barriers)* ve *sonradan yaratılan engeller (created barriers)* olmak üzere, iki ana başlık altında incelenmiştir. Bu sınıflandırmada, ölçek ekonomisinin sonucu olarak ortaya çıkan engellerle, üretim maliyetinin ortaya çıkardığı engeller doğal engeller olarak değerlendirilmiştir. Her somut olayda doğal giriş engelinin bulunup bulunmadığı; hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün değil, ağırlıklı olarak ilgili piyasanın özelliklerine bağlı olarak belirlenecektir. Sonradan yaratılan giriş engelleri ise, patent, marka hakkı gibi sınai mülkiyet hakları, kanuni tekeller veya ithalat kısıtlamaları gibi, devletin yapacağı yasal düzenlemeler sonucunda ortaya çıkan engeller olarak tanımlanmıştır. (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 253-254; G. Aşcıoğlu Öz, s. 110)

³⁶² G. Aşcıoğlu Öz, s. 110; Aslan, Rekabet, s.449; İbrahim Gül, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Yüksek Lisan Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 13.

³⁶³ G. Aşcıoğlu Öz, s. 110; Güven, ss. 308- 310

(2) Hukukun Koruduğu Tekel Hakları

Bu düzenlemeler arasında sadece bir ya da az sayıda şirkete verilmiş işletme imtiyazları olabileceği gibi, devlete ait şirketlerin tekel olarak yürüttüğü faaliyetler de söz konusu olabilir³⁶⁴. Bunun dışında devlet tarafından getirilen düzenlemeler arasında lisansa, patente, know how ve telif haklarına ve diğer fikrî-sınai mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Ancak bir mal veya hizmet üretiminde fikrî-sınai mülkiyet haklarına sahip olmak o firmanın hâkim durumda olduğunu göstermeye yetmez, bu hukuki durumun ekonomik güç veya ilgili pazarda yüksek bir payla ve benzeri şekilde desteklenmesi gerekir³⁶⁵.

Fikrî-sınai mülkiyet hakları incelemelerine konu olan ürünün diğer ürünlerle rekabet halinde olup olmaması çok önemlidir, yani söz konusu ürünlerle ikame olabilecek rakip ürünlerin mevcudiyeti veya piyasaya olası girişler hâkim durum analizlerinde dikkate alınması gereken hususlardır. Avrupa Birliği Hukukunda da, ikame edilebilirlik imkânının bulunmadığı hallerde, bu tip imtiyazlı haklar giriş engeli olarak değerlendirilmekte ve hâkimliğin diğer göstergeleri olarak kabul edilmektedir³⁶⁶.

(4) Teknolojik Üstünlük

Gerçek teknoloji icadı ürünlerin piyasaya sunulması yenilikçi firmaya, rakip firma onu veya benzerini bulana dek pazarda hâkim bir konum sağlar. Çünkü teknolojik yenilik ürünlerinin taklit edilmesi zor olduğu gibi rakip firma ya da firmaların, o ürünü geliştirebilmeleri için bir zaman sürecine de ihtiyaçları vardır. Piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün sahip olduğu “yüksek teknoloji”de, piyasaya

³⁶⁴ Rekabet Kurulu Havaş’ın, hava alanları- şehir merkezi yolcu taşıma piyasasında hakim durumda olduğunu hiçbir analize gerek görmeden kabul etmiştir. ‘*Toplu taşıma hizmetleri pazarında faaliyet gösteren HAVAŞ’ın esasen bu görevi yürütmekle yükümlü olan DHMİ’nin taşıronu olarak sözleşme ile hizmetlerini yürüttüğü; bu sözleşmenin Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22)’nin “Özel Yetkiler” başlıklı 11/c maddesinde yer alan “Şehirler ile havaalanı arasındaki düzenli yolcu taşıma işletmeciliği taleplere göre DHMİ tarafından düzenlenir” hükmüne dayanılarak yapıldığı, söz konusu yönetmeliğin yürütülmesinden DHMİ ile Ulaştırma Bakanlığı’nın sorumlu oldukları*’. Rekabet Kurulu Kararı, Karar No:99-12/89-31 Karar Tarihi:03.03.1999

³⁶⁵ Aslan, Rekabet, s. 454; Mehmet Yanık, Hâkim Durumun ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, 1. Dönem, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, 2.2.2.numaralı başlık.

³⁶⁶ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 254; Yanık, 2.2.2. numaralı başlık.

giriş yapacak olan teşebbüsler için giriş engeli oluşturabilir. Özellikle birçok üründe araştırma geliştirme (ar-ge) yatırımlarının büyük maliyetler gerektirmesi, hâkimliğin belirlenmesinde teknoloji üstünlüğünün önemini artırmaktadır³⁶⁷.

(5) Sermaye İhtiyacı

Bazı durumlarda ilgili pazarda faaliyet göstermek, yüksek teknoloji gerektirmese de, ilgili pazara giriş, yatırım, üretim ve pazarlama için oldukça büyük miktarlarda sermayenin gerekliliği de, hâkim durumun incelenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurlar arasında yer almıştır. AB Komisyon'u, bir piyasaya giriş için gerekli yüksek sermaye ihtiyacını, batık maliyetleri³⁶⁸ göz önünde bulundurmadan giriş engeli olarak değerlendirmektedir³⁶⁹.

Bu bağlamda, teşebbüsün öz kaynakları, sermayesi, kredi ve sermaye piyasalarına giriş kolaylıkları gibi faktörler, söz konusu teşebbüsün ilgili piyasada daha rahat rekabet edebilmesine ve yeni yatırımlara girebilmesine imkân sağlar. Özellikle söz konusu teşebbüse dâhil ekonomik grubun, para ve bankacılık sektöründe de faaliyet göstermesi, finansal açıdan önemli bir üstünlük olarak nitelendirilebilir³⁷⁰.

Sermaye ihtiyacının giriş engeli oluşturması, Türkiye açısından daha çok önem taşımaktadır. En başta kaynakların kıt olması, bu önemi artırmakla birlikte asıl mesele, ülkede yerleşik bankaların çoğunlukla holding bankaları olması ve sermayenin kullanımının ilgili holding şirketine nazaran küçük teşebbüslere daha pahalıya gelmesi; hatta bazı durumlarda talep edilen kredinin alınmasının bile mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır³⁷¹.

Rekabet Kurumu, Türkiye'deki marinaların yatlar için uyguladıkları kira bedellerine özellikle son üç yılda fahiş oranlarda zam yaptıkları; söz konusu zam oranlarını birlikte belirledikleri ve aynı tarihlerde fiyatlarına yansıttıkları iddiası ile

³⁶⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 254; Aslan, Rekabet, s. 450; Yanık, 2.2.7 numaralı başlık.

³⁶⁸ Bir piyasada faaliyet gösterebilmek için yapılan, piyasadaki çıkarken elden çıkarma yoluyla tekrar paraya dönüştürülemeyen ya da geri kazanılamayan veya başka bir faaliyet alanında kullanılamayan faaliyetlerdir. (Rekabet Terimleri Sözlüğü)

³⁶⁹ G. Aşcıoğlu Öz, s. 112; Yanık, 2.2.3 numaralı başlık.

³⁷⁰ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 254-255.

³⁷¹ Yanık, 2.2.7 numaralı başlık.

önaraştırmaya konu olayda, marinacılıkta yüksek sermayenin gerekliliğini, pazara giriş engeli olarak değerlendirmemiştir.

‘Hâkim durum değerlendirmesi açısından önem arz eden diğer bir husus da pazara giriş engelinin bulunup bulunmadığıdır. Yukarıda belirtildiği üzere ilgili pazarın tabi olduğu temel mevzuatta belirtilen kriterlere sahip herhangi bir gerçek ya da tüzel kişinin yat limanı işletmesi önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Yat limanlarının yüksek miktarda sermaye yatırım gerektiriyor olması sektöre girişi zorlaştırıcı gibi görülse de, bu husus yatçılık sektörüne olan yoğun talebin birçok yeni marina yatırımını tetiklediği içinde bulunduğumuz bu dönemde, üzerinde durulması gereken bir faktör değildir. Kaldı ki marinalarda, yat sahipleri açısından teknelerini, prestij marinalarda bağlamak sosyal bir statü unsuru oluşturacağı için yüksek fiyat politikası kabul görmekte; sektör temsilcileri de görüşme tutanaklarında benzer beyanlarda bulunmaktadır.’³⁷²,

(5) Ölçek Ekonomileri, Fazla Kapasite, Doğal Tekeller

Hâkim durumun ve pazara giriş engellerinin değerlendirilmesinde, göz önünde bulundurulmuş bir başka önemli ölçüt, *ölçek ekonomileridir*. Bir işletmenin üretim ölçeği (büyüklüğü) ile uzun dönem maliyet yapısı arasındaki ilişki, o işletmenin gücünün belirlenmesi bakımından önemlidir. Ölçek ekonomilerinde işletmelerin, üretim birim maliyetini en aza indirgeyebilmek için, belirli bir asgari üretim ölçeğine ulaşmış olmaları gerekmektedir, zira bunun altında üretim yapıldığı takdirde, maliyet artacaktır. Kurulu firma belirli bir üretimi, potansiyel firmadan daha düşük bir maliyetle üretebilir. Ancak potansiyel firma açısından bu durum, endüstri üretiminin önemli bir bölümünü üretip tüm ölçek avantajlarını kazanamadığı sürece giriş engeli oluşturmaktadır³⁷³.

Kurulu firmanın herhangi bir giriş tehdidinin yokluğunda yaptığı stratejik kapasite yatırımları, daha sonraki girişlere daha agresif tepki göstermesine imkan verebilmektedir. Amaç yeni firma girişlerini toptan caydırmaktır. Fazla kapasite pazardaki normal talepten fazla olan kapasitedir. Teşebbüsün kullanılmayan

³⁷² Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-15 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 11-44/992-338
Karar Tarihi: 03.08.2011

³⁷³ G. Aşcıoğlu Öz, s. 113; Yanık, 1.2.2 numaralı başlık.

kapasiteye sahip olması, talepte önemli bir artış olmadığı sürece, ilgili piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüslerin yatırımlarını boşa çıkaracak ve potansiyel rekabet olgusunu ortadan kaldıracaktır. Uzun dönemde fazla kapasite bulundurulması Komisyon ve Avrupa Topluluğu Adalet divanı kararlarında da tekel gücünün göstergesi sayılmaktadır. Roch davasında, Roche'un tek başına tüm dünya talebini karşılayabilecek kadar fazla kapasiteye sahip olması, yeni yatırımları kazançsız hale getireceğinden potansiyel rekabetin olmaması sonucunu doğurduğu ve bunun bir hâkimlik göstergesi olduğu kararda belirtmiştir³⁷⁴.

Genel olarak doğal giriş engeli, ilgili piyasanın yapısal özelliklerinin, yeni giriş yapacak olan teşebbüsler için uygun olmaması halini ifade eder. Bir piyasada ölçek ekonomileri dolayısıyla üretimin azalan maliyetlere ve artan verime bağlı olması, firmanın optimum faaliyet hacminin piyasaya oranla büyüklüğü ya da piyasa talebinin birden fazla teşebbüs için yetersizliği gibi sebeplerle ekonomik olarak yalnızca bir firmanın faaliyette bulunmasını zorunlu kılan doğal koşulların varlığı halinde *doğal tekellerden* bahsedilir. Piyasaya ikinci bir firmanın girmesi, üretim-dağıtımdaki optimum kapasiteyi ortadan kaldıracağı için zararlı olacaktır. Bu koşullarda doğal giriş engelleri dolayısıyla ilgili teşebbüsün hâkim durumda olduğuna karar verilebilir. Doğal tekeller su, hava gazı, elektrik, tren telefon işletmeciliği gibi özellikle kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerde kendini gösterirler³⁷⁵.

(6) Dikey Entegrasyon

Bir işletme üretimden dağıtıma kadar ürünün pazara ulaştırılmasındaki zincirde her halkayı kendi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlamış ise, bu rakipler için önemli bir giriş engeli oluşturur³⁷⁶. Dikey entegrasyonda teşebbüs, ilgili piyasanın bir aşamasında değil, diğer aşamalarında da, doğrudan veya dolaylı olarak

³⁷⁴ Aslan, Rekabet, s. 451; Yanık, 2.2.4 numaralı başlık; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 255.

³⁷⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 253; Yanık, 2.2.4 numaralı başlık

³⁷⁶ Pamuğu tarlalardan tesislerine, kendi ulaşım ağını kullanarak taşıyan, daha sonra pamuğu, kendi tesislerinde çırçırlayan ve kendi laboratuvarlarında yapacağı kalite ölçümünü takiben, ortaya çıkan farklı kalitedeki pamukları, kalitelerine göre, yine kendi tesislerinde farklı niteliklerde dokuyan ve nihayet ürünü, fabrika satış mağazalarında ve kendi dağıtım kanallarını kullanarak toptancı ve perakendecilere ulaştırmak suretiyle pazarlayan bir işletme, dikey olarak oldukça ileri düzeyde entegre olmuş sayılacaktır.(G. Aşcıoğlu Öz, s. 114)

etkin biçimde faaliyet göstermektedir. Dikey bütünlük, bağımsız dağıtıcılar ve satıcılar vasıtasıyla oluşturulan sürüm ağı ile kurulabileceği gibi, yavru ortaklıklar ve şubeler gibi, teşebbüs içi büyüme yoluyla da kurulabilir³⁷⁷.

United Brands, davasında Adalet Divanı, muzların üretildiği toprakların mülkiyetine sahip olmaktan başlayarak, ürünlerin satış noktalarına kadar ulaştırılmasını sağlayan güçlü bir dağıtım ağının olmasını, *United Brands*'in dikey entegrasyonunu sağlamış bir işletme olduğu şeklinde yorumlamış ve bu unsuru, hâkim durumun göstergeleri arasında değerlendirmiştir³⁷⁸.

(7) İşletme Politikaları

Hâkim durumun saptanmasında göz önüne alınan ölçütlerden biri de, işletmenin pazardaki tutumuna ilişkindir. Örneğin bir işletme, firma politikası olarak pazarda güçlü duruma gelebilmek veya güçlü durumda kalabilmek için alıcılarına farklı fiyatlar uygular³⁷⁹ ya da sadakat indirimleri önerirse, bu yönde bir işletme politikası, diğer işletmelerin pazara girişini engelleyeceğinden ya da pazarda tutunabilmeleri açısından caydırıcı bir rol oynayacağından, pazara giriş engeli oluşturmakta ve işletme hâkim durumdayken bunu sürdürdüğü için de, bu kez kötüye kullanma sayılması olasılığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda, aslında işletmenin kötüye kullanma sayılabilecek bu davranışı gerçekleştirmesi, pazara giriş engeli oluşturmakta ve aynı zamanda hâkim durumun varlığı açısından da bir gösterge sayılabilmektedir³⁸⁰.

İşletme politikaları çerçevesinde, yukarıda sayılanların yanı sıra, işletmenin, geniş bir ürün yelpazesinin olması ve müşteri ya da tüketicilere birbirinden farklı

³⁷⁷ Aslan, Rekabet, s. 449; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 254.

³⁷⁸ G. Aşcıoğlu Öz, s. 114; Aslan, Rekabet, s. 449.

³⁷⁹ Pazarı bölerek fiyat farklılaştırmasına gidebilen teşebbüs için sadece pazar payı hâkim durumda bulunduğunu göstermeyebilir. Ancak pazar payı fiyat farklılaştırması ile birlikte değerlendirildiğinde fiyat farklılaştırmasına gidebilen teşebbüs, hâkim durumda bulunabilir. Fiyat farklılaştırmasından anlaşılması gereken üreticinin, pazarı talep elastikiyetleri farklı olan alt pazarlara bölerek malı alt pazardaki müşterilerine farklı fiyattan satmasıdır. Teşebbüsün fiyat farklılaştırmasına gitmesinin en önemli nedeni karını maksimuma çıkarma isteğidir. Diğer bir deyişle aşırı kar elde etmek istemesidir. Teşebbüsün fiyat farklılaştırmasına gitmesi hâkim durumda bulunduğunu gösterebilir.(Orhan Türkay, Mikroiktisat Teorisi, 7. bası, Ankara 1997, s. 204,205'den aktaran, Gül, s. 14)

³⁸⁰ G. Aşcıoğlu Öz, s. 114.

ürün seçenekleri sunabilmesi, müşterilerin ürün veya marka bağımlısı olması³⁸¹ da, hâkim durumun saptanmasında tek başına belirleyici olmamakla beraber, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilebilecek unsurlar arasındadır. Komisyon'un Telia/Telenor birleşme kararında, iki şirketin birleşmesi neticesi oluşacak yeni şirket Newco'nun gerekli altyapılara sahip olması sebebiyle telefon, internet ve kablo tv gibi çeşitli hizmetleri aynı anda sunabilme imkânının, müşteri bağlılığı sağladığı, Newco'nun bu şekilde geniş ürün çeşidi ve teknolojisi ile üstesinden gelinmesi çok zor giriş engelleri oluşturduğunu belirtilmiş³⁸².

İşletme politikaları çerçevesinde, söz konusu işletmenin mali kaynaklarının kullanımı, reklam ve tanıtım giderlerine ayırdığı pay gibi hususlar da diğer işletmelerin pazara girişi ya da pazarda kalabilmeleri açısından güçleştirici ya da caydırıcı olabileceğinden, bunların da pazara giriş engeli olarak göz önüne alınması gerekir. Diğer yandan teşebbüsün mevcut veya potansiyel rakiplerinin karşılık vermek zorunda kalacakları büyük çaplı yatırımlar yapması ve pazarın rakiplere önemli ölçüde kapanması etkisini doğurabilecek uzun dönemli sözleşmeler akdetmesi de potansiyel rakiplerin pazara girmesinin ya da mevcut rakiplerin büyümesinin önünde engel teşkil edebilmektedir. Bu faaliyetlerin yeni teşebbüslerin katlanamayacağı büyüklükte önemli kaynak ihtiyacı doğurması kaçınılmazdır. Aynı zamanda kurulu firma açısından bu tür faaliyetlerde ölçek ekonomileri de söz konusu olabilmektedir. Reklamların, homojen olarak bir batık maliyet türü olması sebebiyle çözümlemelerde batık maliyetlere de gönderme yapılmaktadır³⁸³.

(8) Alıcıların Gücü

Bir teşebbüsün ilgili pazardaki davranışları üzerinde etkili olan unsurlar mevcut ve potansiyel rakiplerle sınırlı değildir. İncelenen teşebbüsün müşterileri görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterince bilgili ve makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını yaratmak imkânına

³⁸¹ Dünya petrol krizi nedeniyle normal rekabet sürecinin durduğu bir ortamda Komisyon, petrol sağlayıcılarının geleneksel olarak mal vermekte oldukları müşterileri karşısında her birinin ayrı ayrı hâkim durumda olduklarına karar vermiştir. (Aslan, Rekabet, s. 454)

³⁸² G. Aşcıoğlu Öz, s. 115; Yanık, 2.2.4 numaralı başlık.

³⁸³ G. Aşcıoğlu Öz, s. 115; Yanık, 2.2.5 numaralı başlık; Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 19.

sahip ise bu müşterilerin pazarlık gücüne, bir başka deyişle alıcı gücüne sahip olduğu söylenebilecektir. Bu durumda müşterilerin alıcı gücü, incelenen teşebbüsün davranışlarını sınırlayan rekabetçi bir unsur olarak ortaya çıkacak ve teşebbüsün hâkim durumda olarak değerlendirilmesini engelleyebilecektir. Bununla birlikte, yalnızca sınırlı bir müşteri kitlesinin hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünden korunmasını sağladığı durumlarda, alıcı gücünün yeterli seviyede rekabetçi baskı oluşturmadığı değerlendirilebilecektir³⁸⁴.

3. Birlikte Hâkim Durum (Oligopol Pazarı)

a. Genel Olarak

Birlikte hâkimiyet, iktisadi olarak doğrudan karşılığı olmayan hukuki bir kavramdır. Genel bir ifade ile birlikte hâkimiyetin fiyatları rekabetçi seviyelerin üzerinde tutabilmek için davranışlarını gizli işbirliği ile koordine edebilen, az sayıda büyük firmanın olduğu pazarlarda meydana geldiği düşünülür. Bu nedenle koordinasyonun açık bir şekilde olması gerekli değildir. Başarılı bir işbirliği sadece fiyatlar ve ürün seviyesinde anlaşarak gözlem içinde olmayı değil, aynı zamanda işbirliğine aykırı davranışlarda bulunanlara yönelik bazı cezalandırma stratejilerini de gerektirir. Anılan işbirliğinin gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkan sonuç “birlikte hâkimiyet” ile ifade edilmektedir³⁸⁵.

Bir işletmenin tek başına hâkim olması ile başka bir işletmeyle birlikte oluşturduğu hâkimlik arasında ekonomik sonuçlar bakımından pek fark yoktur. Birlikte hâkimlik, bir anlaşmayla, uyumlu davranışla veya pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir. Pazarın özellikleri gereği ortaya çıkan birlikte hakimlik ise oligopol pazarını gündeme getirir³⁸⁶.

Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren firmalar genellikle bir işbirliği yapma eğilimindedir. Çünkü rekabet arzusu sonuçta her pazar üyesine zarar verebilir

³⁸⁴ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 21.

³⁸⁵ E. Gellhorn ve W. E. Kovacic (1994), Antitrust Law and Economics In aNutshell, Fourth Edition, West Publishing, Minn.s.226; C.Caffarra, C. ve K-W. Kuhn (1999), "Joint Dominance: The CFI Judgement on Gencor/Lonrho", E.C.L.R., s. 355'den aktaran Hakan Sabuncu, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 3.1 numaralı başlık.

³⁸⁶ Aslan, Rekabet, s. 458.

ve ortaya çıkan rekabet şartları bir anlamda savaş şartlarına dönebilir. Bu denli zararlı olabilecek bir rekabet yerine rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak üzere koordine edilmiş bir karşılıklı etkileşim çoğu zaman bu firmaların lehine olacaktır³⁸⁷.

Böyle bir pazarda bir işletmenin rekabeti sınırlayıcı veya kötüye kullanma sayılabilecek davranışlarını öteki işletmeler takip ediyorsa bu uyumlu davranış olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda konu rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu davranışları yasaklayan hükümler kapsamına girer. Ancak asıl sorun, işletmenin kendi müşterilerinden birine karşı kötüye kullanma sayılacak bir davranış yaptığı zaman diğer işletmeler bunu takip etmemişlerse bu davranışın nasıl yasaklanacağıdır. Böyle bir davranış işletmenin tek başına hâkim olduğu bir pazarda yapılıyorsa hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edecektir. Oysa oligopol pazarında yapılıncı ve rakiplerin buna karşı reaksiyonda bulunmayacaklarını bilerek yapılıncı nasıl yasaklanacaktır? Böyle bir durumda ‘pazarın özellikleri gereği birlikte hâkimlik’ kıstasına başvurmak gerekir. Böyle bir kıstasın kabulü halinde oligopol pazarındaki işletmeler birlikte hakim durumda kabul edilebileceklerdir ve sonuçta bu davranışları yasaklanabilecektir³⁸⁸. Ancak her dar oligopol piyasasındaki teşebbüslerin otomatik olarak birlikte hakim durumda oldukları varsayımına gidilmemeli, bu pazardaki işletmelerin uyumlu eylem sayılamayacak derecede zayıf ancak birbirine paralel bilinçli davranışlarla rekabeti sınırladıklarının iyi araştırılması gerekir. Birlikte hâkim durum çok istisnai bir durum olarak görülmeli ve bu yönde karar verilirken daha fazla pazar yapısı ve işletmelerin davranışları ile ilgili analizlere yer verilmelidir³⁸⁹.

4054 sayılı yasanın 6. maddesinde sadece tek başına hâkim durum değil birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması da yasaklanmıştır. Bununla birlikte hangi hallerde ‘birlikte hâkim durumun’ var sayılması gerektiğine dair bir ipucu

³⁸⁷ Yaşar Tekdemir, AT Rekabet Hukuku Işığında ‘ Birlikte Hâkimiyet Kavramı’, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, 2000, (Birlikte Hâkimiyet), s. 4.

³⁸⁸ Her birinin pazar payı % 20-25 civarında ve pazardaki teşebbüs sayısının dört olduğu oligopol bir pazarda, pazarın bu yapısı çerçevesinde bu teşebbüslerin, aynı anda birbirinden bağımsız olarak, pazar parametrelerini ayrı ayrı belirleyebilme güçleri olduğundan, bu teşebbüsler, rekabet hukuku çerçevesinde pazarda hakim durumda sayılmalıdır. Esas itibarıyla, bu işletmeler arasında, birliktelik olarak adlandırılabilir, bilinçli olarak gerçekleştirdikleri eşgüdümlü bir davranış söz konusu değildir. Böyle bir durumda, teşebbüslerin, pazarda birbirinden bağımsız olarak hâkim durumda olabilecek pazar gücünün kaynağı, pazarın yapısıdır. (Aslan, Rekabet, s. 459; G. Aşcıoğlu Öz, s. 157)

³⁸⁹ Aslan, Rekabet, ss. 458, 459, 461.

yasada bulunmamaktadır³⁹⁰. Kanun'un tanımlara ilişkin 3 üncü maddesinde yer alan, "*hâkim durum*" tanımı bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücü olarak tanımlanmış ve pazarda birden fazla teşebbüsün de hâkim durumda olabileceği belirtilirken bu teşebbüsler arasında herhangi bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem olması şartı aranmamıştır³⁹¹.

Kanun'un 6. maddesi ile yasaklanan, birlikte hâkim durumda olmak değil, bu hâkimiyetin pazarda kötüye kullanılması olduğundan, pazarda birlikte hâkim durumda olan teşebbüslerden, yalnız hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilen teşebbüslere 6. maddenin uygulanması söz konusu olmalıdır. Bir başka deyişle, pazarda hâkim durumda olan birden fazla teşebbüs, bu hâkim durumu birlikte veya aynı anda birbirinden bağımsız olarak elde etmiş de olsa, 6. madde çerçevesinde bir olgu/statü olarak hâkim durumda olmak değil, kötüye kullanma eylemi yasaklandığı için, ancak hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüsler açısından kanun'un 6. maddesi kapsamında hukuka aykırılıktan söz edilebilir³⁹².

b. Avrupa Birliği Hukukunda Birlikte Hâkimiyet Kavramı ve Konferanslar

Tarifeli deniz taşımacılığı konferansları, çok sayıda teşebbüsten oluşan bir yapı arz etmekte olduğundan, hâkim durum değerlendirmesi bakımından, tek bir teşebbüsün hâkim durumundan ziyade birlikte hâkimiyet söz konusu olmaktadır. Whish'e göre, teşebbüslerin birlikte hâkim durumda olduğunu belirlenmesinde en önemli husus, aralarındaki ekonomik bağıdır. Özellikle de, birlikte hâkim durumda bulundukları düşünülen teşebbüslerin tek bir teşebbüs olarak nitelendirilmelerini sağlayacak kadar yakın bir ilişkide olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹³.

³⁹⁰ Aslan, Rekabet, s. 459.

³⁹¹ Aslan, Rekabet, s. 459; G. Aşcıoğlu Öz, s. 158.

³⁹² G. Aşcıoğlu Öz, s. 159.

³⁹³ R. WhishHIS. (2001), *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, London, s. 473'den aktaran, Kutoğlu, s. 36.

Ayrıca, tarifeli deniz taşımacılığı konferansları, bir anlaşmanın hem 81(1)³⁹⁴. maddeyi ihlal etmesinin hem de anlaşmanın tarafları arasında birlikte hakim duruma yol açacak bir ekonomik bağ oluşturmamasının, bir örneği olmaları nedeniyle rekabet hukuku açısından ilgi çekici bir durum oluşturmaktadır. Faull ve Nikpay bu durumu; *“bazı durumlarda, teşebbüsler arasındaki 81(1) madde kapsamında bir uyumlu eylem ya da anlaşma, aynı zamanda sözleşmenin taraflarının birlikte hâkim durumda bulunmalarına yol açar. Bu durumun en iyi örneği, Komisyon’un tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslar ile ilgili kararlarında görülebilir”* şeklinde özetlemektedir³⁹⁵.

Avrupa Birliği Hukuku’nda, konferansların, birlikte hâkim durum yarattığının tespit edildiği, birden fazla karar olmakla birlikte; birlikte hâkimiyete ilişkin ekonomik bağ hususunu açıklaması yönüyle, Komisyon’un CEWAL kararı ve bu kararın temyiz edildiği Bidayet Mahkemesi ile ATAD kararları önem taşımaktadır. Komisyon, CEWAL konferansı üyelerinin birlikte hâkim durumlarını kötüye kullandıklarını tespit ederek konferans üyelerine ceza uygulamış, bunun üzerine taraflar söz konusu kararı Bidayet Mahkemesine götürmüştür. Dava sonucunda Bidayet Mahkemesi’nin aldığı karar, birlikte hâkim durum için gerekli olan, teşebbüsler arasındaki ekonomik bağ unsurunun, konferans anlaşması sayesinde oluştuğunu tespit etmesi bakımından önemlidir. Söz konusu kararda Mahkeme, CEWAL üyelerinin ortak bir fiyat tarifesine ve taşıma koşullarına bağlı hareket etmelerini ve pazardaki rekabetçi tehditlere karşı güçlerini birleştirmelerini, birlikte hâkim duruma kanıt olarak göstermektedir³⁹⁶.

³⁹⁴ Eski ATA md.81, yeni ABİDA, md.101 ‘ Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır’.

³⁹⁵ J.Faull ve A. Nikpay (1999), *The EC Law of Competition*, First Edition, Oxford University Press, Oxford, s.140’dan aktaran, Kutoğlu, s. 36.

³⁹⁶ *Compagnie Maritime Belge v Commission*, (1996) ECR II-1201’den aktaran, Kutoğlu, s. 37.

B. Kötüye Kullanma

1. Genel Olarak

AB hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukuku açısından da esasen teşebbüslerin pazarda hâkim durumda olmaları yasaklanmamıştır. Bu durumun tek istisnası birleşme ve devralmalar yoluyla bir teşebbüsün hâkim duruma gelmesidir. Bu nedenle adı geçen hukuk sistemlerinde bir teşebbüsün üretimde etkinlik yoluyla pazarda hâkim duruma gelmesi ve bu durumun devam etmesi rekabete aykırı değildir. Bir teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunması söz konusu teşebbüsün, bu hâkimiyeti nedeniyle zararlı olacağı anlamına gelmez. Diğer bir deyişle teşebbüs hâkim durumu nedeniyle yararlı sonuçlar da meydana getirebilir. Nitekim hâkim durumda bulunan teşebbüs, düşük maliyetle çalışabilir, araştırmalara daha büyük fonlar ayırarak yeni teknik gelişmelerin öncüsü olabilir, yeni ürünleri pazara sunabilir, etkin maliyet kontrolü, riskin azlığı gibi nedenlerle daha düşük fiyat uygulayarak tüketici refahını olumlu yönde etkileyebilir³⁹⁷.

Bununla birlikte ilgili pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsler, hâkim durumlarının yarattığı avantajdan yararlanma eğilimleri göstermektedirler. Gerçekten hâkim durumda bulunan teşebbüsün, rakiplerinin yarattığı baskıdan uzak olduğu için kendi fiillerini kontrol etmeleri oldukça güçtür³⁹⁸. Bu sebeple hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiillerinin kontrol altında tutulması gereklidir. Rekabete aykırı görülen ve bu nedenle de yasaklanan husus, bir ya da daha fazla teşebbüsün tek başlarına ya da birlikte sahip oldukları hâkim durumlarını, yine tek başlarına ya da başka teşebbüsler ile yapacakları anlaşmalar veya işbirliği içinde gerçekleştirecekleri davranışlar ile kötüye kullanmasıdır.³⁹⁹ 4054 sayılı yasa kapsamındaki yasaklamanın özü, pazarda hâkim durumda olan bir ya da daha çok işletmenin, bu güçlü konumlarına dayanarak, rakiplerine, müşterilerine ve pazardaki rekabetçi yapıya

³⁹⁷ Karakılıç, s. 431; Gül, s. 20; G. Aşcıoğlu Öz, s. 125.

³⁹⁸ Hâkim durumda bulunan teşebbüs doğal olarak piyasada faaliyette bulunurken çok dikkatli hareket etmek zorunda kalacaktır. Hâkim durumda olması nedeniyle piyasadaki faaliyetleri kolaylıkla kötüye kullanma kapsamında değerlendirilebilecek, teşebbüs risk altında olacaktır. Teşebbüs piyasada faaliyette bulunurken 'orantılılık ilkesine' uygun davranması, diğer teşebbüslerin davranışlarına karşı bu davranışlarla orantılı olarak tepki vermesi, hareket etmesi gerekmektedir. (Seda Ulaş Kısa, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, ss. 18-19)

³⁹⁹ Karakılıç, s. 432; Gül, s. 20.

zarar vermelerini önlemektir⁴⁰⁰. Bu husus 6. maddenin gerekçesinin 2. fıkrasında da şu şekilde ifade edilmiştir;

‘Diğer taraftan, piyasada hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.’

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz’da⁴⁰¹, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip olduğu pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemlerinin kanun tarafından yasaklandığı ve bu teşebbüslerin eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde ‘*özel sorumluluğunun*’ bulunduğu belirtilmektedir.

2. Kötüye Kullanma Kavramı

4054 sayılı kanun m. 6 ve Roma Antlaşması m. 82 hükümleri ‘*hâkim durumun kötüye kullanılması*’ nı bir rekabet ihlali olarak değerlendirmiş ve yasaklamıştır. Her iki hüküm de hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımını yapmaktan kaçınmış ve hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek halleri örnek kabilinden saymıştır⁴⁰². Rekabetin dinamik bir süreç olması ve bu anlamda zamanla değişebilen niteliği göz önünde bulundurulduğunda bunun aslında yerinde bir tutum olduğu söylenebilir. Çünkü rekabet hukuku düzenlemeleri ile böyle bir tanımlamaya gidilmiş olsaydı, bu durum uygulamada rekabet otoriteleri yanında, mahkemeleri dahi sınırlayacak ve somut olaylar açısından çeşitli sorunlara neden olacaktı. Sınırlayıcı bir sayım veya sınırları belirlenmiş bir rekabet hukuku uygulaması, değişen ekonomik ve ticari yaşam karşısında, yasal düzenlemelerin zamanla işlevsiz kalması tehlikesini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle kötüye

⁴⁰⁰ Karakılıç, s. 432; Gül, s.20; G. Aşcıoğlu Öz, s. 126.

⁴⁰¹ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 2.
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf>

⁴⁰² Kanun 6. Maddesinde yer alan kötüye kullanma halleri genel olarak AB antlaşmasının 82. maddesindeki örneklerle paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte haksız fiyat ve diğer sözleşme koşulları koymaya ilişkin örnek Türk mevzuatında bulunmamakta, mal vermeyi kesme ve bir pazardaki hâkimliğin başka bir pazarda kötüye kullanılması yasağı gibi AB mevzuatında olmayan ancak içtihatlarında yerleşmiş bazı hususlar ise Türk mevzuatında yer almaktadır. (Aslan, Rekabet, s. 463)

kullanma kavramı ve bu konudaki örnekseyici yaklaşım, uygulamada teşebbüslerin değişen ekonomik koşullar ile birlikte başvurabilecekleri rekabet karşısı farklı davranışları kontrol altına almaya olanak tanıyacak şekilde esnek değerlendirmelere imkân sağlamaktadır⁴⁰³.

Hâkim durumun kötüye kullanılması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Sınırlı bir sayım mümkün değildir. Çünkü en yaygın olan kötüye kullanma halleri belirlendikten sonra teşebbüsler yaptırıma tabi olmamak için bunlardan kaçınacak başka yollar arayacaktır. Bu nedenle de örnekseme yoluyla belli başlı, en sık rastlanan kötüye kullanma hallerinin belirtilerek, somut olaya göre bunlar dışında gerçekleşen durumların kötüye kullanma olup olmadığını inceleyip, değerlendirmek doğru bir yöntem olacaktır⁴⁰⁴.

Gerek 4054 sayılı yasanın 6. maddesinde, gerekse RA m. 82 hükümlerinin ikinci fıkralarında sınırlayıcı olmamak üzere yapılan sayım da, bu hükümlerin genel norm olma özelliğini etkilememektedir. Bu sayımda yer alan tanımlar, hükmü uygulayacak olanlara bir kolaylık sağlamaktadır. Rekabet Kurulu, AT Komisyonu ve Mahkemeleri, kararlarının önemli bir çoğunluğunda yaptıkları ihlal tespitlerini, sayımda örnek olarak yer alan hallerden birine dayandırmakla birlikte; bu örnekler dışında da hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek ve bu özellikleri ancak somut olaydaki iktisadi yaklaşımla belirlenebilecek çok sayıda eylem türünün ortaya çıktığı ve çıkabileceği açıktır⁴⁰⁵.

Nitekim hâkim duruma ilişkin klavuzun 5. paragrafında da Kurulun incelemelerinde asıl olan, iktisadi bir bakış açısıyla Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediği olup, davranışın madde de sayılan hallerden birine bütünüyle uygunluk göstermesinin aranmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi yasada sayılan kötüye kullanma halleri sadece örnektir; yani daha başka kötüye kullanma halleri de 6. madde ile yasaklanabilecektir. Bu husus 6. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinden açıkça anlaşılmaktadır.

⁴⁰³ Osman Berat, Gürzumar, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı, Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 1. Bası, Ankara, 2006, s. 35; Karakılıç, s. 433; Kısa, s. 13; Aslan, Rekabet, s. 463.

⁴⁰⁴ Güven, s. 344.

⁴⁰⁵ Gürzumar, s. 37.

‘Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya 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) Ticari 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 getirilmesi,*
- d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması’*

Komisyon, kötüye kullanmayı⁴⁰⁶ ; ***‘hâkim durumdaki teşebbüsün, piyasadaki hâkimiyetinin getirdiği fırsatları, normal ve yeterince etkili bir rekabet olsa idi elde edemeyeceği ticari avantajları, elde edebilecek şekilde kullanması’*** olarak ifade etmiştir⁴⁰⁷. Komisyon ve Adalet Divanı, kötüye kullanma kavramını Roma Antlaşması’nın amacını da dikkate alarak geniş yorumlamış ve kötüye kullanma kavramını rekabetin azaltılması sonucunu doğuran her türlü davranışı kapsayacak şekilde değerlendirmiştir. Bu yaklaşıma bağlı olarak, Avrupa Birliği

⁴⁰⁶ Karakılıç, s. 434; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 260.

⁴⁰⁷ Sanlıya göre; söz konusu teşebbüsün hâkim durumun sağladığı ekonomik güce dayanarak, etkin rekabet koşulları içerisinde elde edemeyeceği haksız yararlar sağlaması ve rekabetin olumsuz biçimde etkilenmesine yol açacak her türlü davranışı, kötüye kullanmayı oluşturur. Kötüye kullanma teşkil eden davranış, hukuki işlem vasfını taşıyabileceği gibi, sadece fiili, eylemsel bir nitelikte de olabilir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 260-261). Aslan, kötüye kullanmayı *"Bir hâkim işletmenin rekabeti sınırlandırıcı, bozucu ya da engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır"* şeklinde tanımlamış. (Aslan, Rekabet, s. 465)

Hukuku uygulamasında kötüye kullanma kavramı objektif olarak değerlendirilmekte ve teşebbüsün sorumlu tutulabilmesi için “*kusurlu olma*” şartı dahi gerekli görülmemektedir⁴⁰⁸.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz’da kötüye kullanma; Hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları olarak tanımlanmıştır. Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, hâkim durumunu kötüye kullanması; fiyat artışı, ürün kalitesinde ve yenilik düzeyinde düşüş, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalış gibi tüketici refahına zarar verebilecek sonuçlar doğurabilmektedir. Tüketici refahında meydana gelen azalma, yeniden satıcılar düzeyinde ortaya çıkabileceği gibi nihai tüketiciler düzeyinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla hâkim durumdaki teşebbüslerin, eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde “*özel sorumluluğu*”nun bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁹.

Kötüye kullanma hallerinden herhangi birinin varlığında, Rekabet Kurulunun harekete geçebilmesi ve hâkim durumun kötüye kullanıldığına karar verilmesi için, ilgili teşebbüsün kusuru olmasına gerek yoktur. Teşebbüs kusursuz olursa, hatta bu konuda bir ihmali de olmasa bile 6. madde anlamında bir kötüye kullanma söz konusu olabilecektir. Kusur sadece delil açısından ve yaptırım uygulanırken bunun derecesini belirlemede; örneğin para cezası uygularken uygulanacak para cezasını tespit etmede dikkate alınır⁴¹⁰.

Pazarda hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, Kanunun 6. maddesinin ifadesine uygun olarak mutlaka rekabetin bozulmuş olma şartı aranmamalı, alıcı/kullanıcı/tüketiciye yönelik kötüye kullanma halleri de göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹¹.

Kötüye kullanma sadece hâkim durumdaki işletmeler için söz konudur, hâkim durumda olmayan bir firmanın kötüye kullanma fiillerini işlemesi söz konusu olmaz.

⁴⁰⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 260.

⁴⁰⁹ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 2. 22. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURU M+KILAVUZU111.pdf> (20.2.2014)

⁴¹⁰ Ulaş Kısa, s. 15, 17; Ünal Tekinalp, ATAD Kararları Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, Şubat, 2000, s. 74.

⁴¹¹ G. Aşcıoğlu Öz, s. 159.

Kötüye kullanma sayılan davranışların bir kısmı, pazarda hâkim durumda olmayan işletmeler tarafından gerçekleştirildiği takdirde, rekabet hukukuna aykırı olması bir yana, bu davranışlar, işletmeler arası rekabeti teşvik eden, arttıran bir etkiye sahiptir⁴¹².

3. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri ve Avrupa Birliği Uygulamaları

a. Piyasaya Girişleri Engellemek ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırmak

4054 sayılı yasanın 6/2(a) bendiyle hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün; *‘ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri’*, kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmıştır.

Belirli bir piyasada hâkim durumdaki teşebbüsün, giriş engelleri yaratarak hâkim konumunun avantajlarından faydalanmayı sürdürmesi ve potansiyel rekabeti engellemesi durumunda, serbest rekabetin zarar göreceği açıktır. Bununla beraber, yeni giriş yapacak olan teşebbüsler için ilgili piyasayı elverişsiz kılabilecek pek çok faktör bulunabilir. Dolayısıyla, bunlardan hangilerinin 6. madde anlamında “engel” olarak nitelendirileceğinin belirlenmesi gerekmektedir⁴¹³.

Maddede bahsi geçen, *‘rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması’* kavramı çok geniş bir kavramdır. Aslında piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin bütün piyasa davranışları, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini bir ölçüde zorlaştırabilecek nitelikte olabilir. Rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıran uygulamaların rekabeti sınırlayıcı ve meşru görülemeyecek uygulamalar olması gerekmektedir. Hâkim durumda olan teşebbüs tarafından, rakiplerin pazara girişinin doğrudan ya da dolaylı olarak engellenmesinin açıkça rekabeti sınırlandırdığı kabul edilmekle beraber, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasının her zaman kötüye kullanma sayılamayacağı, böyle bir tutumun bazı hallerde rekabeti teşvik edebileceği de ileri sürülmüştür⁴¹⁴.

⁴¹² Aslan, Rekabet, s. 465; G. Aşcıoğlu Öz, s. 125.

⁴¹³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 263.

⁴¹⁴ Aslan, Rekabet, s. 470, G. Aşcıoğlu Öz, ss. 160- 161.

Diğer taraftan, engelleme veya dışlama hâkim işletmenin pazarında olabileceği gibi, hâkim işletmenin pazarına yakın, komşu pazarda veya onunla ilgili veya bağlantılı pazarda da olabilir. Onun için burada pazar kavramında bir genişleme yapmak gerekir. Meselâ liman hizmetleri pazarı vardır, bunun yanında da şilepçilik ve vapurculuk pazarı da vardır. Bunlar ilk bakışta tamamıyla birbirinden ayrı ama birbirine komşu pazarlardır, bu pazarlardan birine hâkim olan bir işletme, öteki pazarı etkileyebilecek engellemeler ve dışlamalarda bulunacak olursa durumu yine 6. maddenin kapsamı içinde mütalâa edilecektir⁴¹⁵.

Hâkim durumdaki teşebbüsün somut olayın özelliklerine bağlı olarak, ilgili piyasaya girişleri engellemek veya aktüel rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla kullanabileceği; yıkıcı fiyat uygulamak, mal ve hizmet vermeyi reddetmek, fikri ve sınai mülkiyet haklarından doğan yetkilerini kullanmak, tekeli temin yükümlülüğü koymak, indirim sistemleri uygulamak gibi pek çok dışlayıcı vasıta bulunmaktadır. Kural olarak bu hallerden herhangi birinin varlığı, otomatik olarak kötüye kullanmanın gerçekleştiği şeklinde yorumlanmamalı ve dışlayıcı etkinin gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca tespit edilmelidir⁴¹⁶.

Dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma hallerinde, ihlalin ortaya konulması açısından rakiplerin dışlanması ve böylece tüketici refahının azalmasının fiilen gerçekleşmiş olması aranmamakta; eşit etkinlikteki bir rakibin dışlanması ve böylece tüketici refahının azalmasının muhtemel olması yeterli kabul edilmektedir⁴¹⁷.

Dışlayıcı davranışlara yönelik olarak Kurul tarafından yapılan değerlendirmenin esasını, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi oluşturmaktadır. Rekabet karşıtı piyasa kapama (*anti-competitive foreclosure*); hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesidir. Rekabet karşıtı piyasa kapama tüketici zararı, fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilir⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Tekinalp, s. 75.

⁴¹⁶ Tekinalp, s. 77; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 263-264.

⁴¹⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12 47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012

⁴¹⁸ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı: 14-05/97-RM (1), p. 25.

(1) Yıkıcı Fiyat Uygulaması ve Cewal Kararı

Hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüsler mevcut rakipleri piyasa dışına çıkarmak ya da onları piyasada zayıflatmak yahut potansiyel rakiplerin piyasaya girmesine engel olmak amacıyla çok düşük fiyat uygulayarak rekabet ihlali gerçekleştirmektedir.

Bir fiyatlama davranışının yıkıcı olarak adlandırılabilmesi için çeşitli kriterlerin karşılanması gerekmektedir. Bu kriterler, öncelikle davranışın fizibl olması, ikinci olarak uygulanan fiyatın maliyetlerin altında olması ve üçüncü olarak da yıkıcı fiyat dönemimde karşılaşılan kayıpların daha sonra fiyat yükseltme ile karşılanabilir olmasıdır. Tirole, yıkıcı fiyatı; ‘ *rakiplerin piyasayı terk etmelerine sebep olan ya da potansiyel rakiplerin girişlerini caydırıcı nitelikte, uzun dönemli karlar için kısa dönemli maliyetlere katlanmayı gerektiren davranış*’ olarak tanımlamaktadır⁴¹⁹.

Yıkıcı fiyatın iktisadi temelleri, bu uygulamayı statik bir çerçevede ele alan ve uzun dönem kâr maksimizasyonunu amaçlayan güçlü bir firmanın, birden fazla pazarda faaliyet gösterdiği, bu pazarlardan bir kısmında firmanın fiyatını maliyetin üzerinde belirleyebildiği ve böylece normalin üstünde kâr elde ettiği, diğer bazı pazarlarda ise, küçük rakiplerin rekabeti ile karşı karşıya olduğu için tekel rantı elde edemediği bir model üzerinde geliştirilmiş olan “Klâsik Yıkıcı Fiyat Teorisi”ne (Derin Cep Teorisi – *Deep Pocket Theory*) dayanmaktadır. Bu varsayımlar altında yıkıcı fiyat, hâkim durumdaki firmanın rekabet içerisinde bulunduğu bir pazarda fiyatlarını yeterli bir süre boyunca marjinal maliyetinin altında belirleyebilmesi halinde ortaya çıkmakta, yıkıcı fiyatın uygulandığı bu süreçte, hem güçlü firma hem de rakipleri zarar etmektedir. Ancak güçlü firma rakiplerine kıyasla daha fazla kaynağa ve finansal güce sahip olduğu için bu zararlara daha uzun bir dönem katlanabilmekte, rakipleri ise pazardan çıkmaya zorlanmaktadır. Klasik teoriye göre yıkıcı fiyatın rekabet hukukunda yasaklanmasının gerekçesi, bu uygulamanın tüketici refahında ve toplumsal refahta yol açtığı azalıştır. Pazarın, rakiplerin bulunduğu bir pazar yapısından tekelci bir pazara dönüşmesiyle birlikte tüketici refahında ve toplam refahta bir kayıp yaşanmaktadır. Ayrıca yıkıcı fiyat uygulaması, rakipleri

⁴¹⁹ Yanık, 3. 1. numaralı başlık.

pazar dışına çıkarma noktasında başarısız olsa bile, bu uygulama nedeniyle tüketici refahında ortaya çıkan artışın üretici refahındaki kaybı telafi etmediği belirtilmekte ve dolayısıyla başarısız bir yıkıcı fiyat uygulamasının dahi, toplumsal refahta bir düşüşe yol açacağı ileri sürülmektedir⁴²⁰.

İlk bakışta oldukça basit görünen bu uygulamanın, 6. madde anlamında yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesi ise, o nispette kolay değildir. Zira hâkim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, stokların eritilmesi, promosyon, indirim politikaları, ekonomik konjonktür ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü saiklerle de fiyat düşürme yoluna gidebilir. Bu itibarla, yıkıcı fiyatların, rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir. Ayrıca fiyatta yapılan indirimin, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güçtür.⁴²¹

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin uygulamış oldukları fiyatın yıkıcı fiyat olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda maliyet hesabına dayanan bir test yapılmasının yanı sıra teşebbüslerin; diğer teşebbüslerin piyasa dışına çıkartılması şeklinde bir niyetlerinin⁴²² olup olmadığı da dikkate alınmaktadır. Yıkıcı fiyat, piyasa terklerine neden oluyorsa veya piyasaya girişleri engelliyorsa maliyetin altında olması zorunlu değildir. Hâkim bir firma, spesifik bir rakibi ya da rakipleri hedef alarak diğer yerlerde uyguladığı fiyat düzeyinin altında seçici fiyat indirimine gidiyorsa, bu

⁴²⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12 47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012, paragraf, 144, bkz. “Finansmana Erişimi Zorlaştırmak Suretiyle Dışlamaya Yol Açan Yıkıcı Fiyat Modeli” hakkında ayrıntılı bilgi aynı kararda yer almaktadır.

⁴²¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 264; Aslan, Rekabet, s. 471.

⁴²² Topluluk Mahkemesinin ilk kararlarında bu fiyat seviyesi ne olmalı tartışması yapılmış ve ilk kararlarında topluluk Mahkemesi değişebilir ve vasati fiyat ile maliyet fiyatının üzerinde durmuş, daha sonra bu ölçüleri kullanmakla birlikte, analize yer vermeden niyete bakmıştır. Yani, hâkim işletme fiyatı hangi niyetle tespit etti, bir düşük fiyat olması şart. Ama, düşük fiyatı hangi niyetle tespit etti? Bu niyeti araştırmaya başlamıştır. Rekabet hukukunda bildiğiniz gibi usul hukukundaki delil sistemi uygulanmayabiliyor. Hâl ve vaziyet delilleri de delil olarak kabul ediliyor. Topluluk Mahkemesi bu niyeti tespit ettiği anda esas itibariyle engelleme dediğimiz veya dışlama dediğimiz kötüye kullanmayı kabul etmiş. Önemli bir karar “Akzo” kararı, biliyorsunuz ki “Akzo” önemli bir kimya işletmesi; bu işletmeye karşı “ECS” diye bir firma hem Hollandalı, hem de dünyanın birçok yerinde ona rakip olacak bir durumda, fakat daha ziyade Hollanda’da rakip; “Akzo” Hollanda merkezli işletme olduğu için, ECS’nin Hollanda’daki rekabetini çok önemsemiyor. Ama bir müddet sonra bunun, Almanya’daki “BASF” vasıtasıyla Alman ve Belçika pazarına girmek istediğini sezince, o pazarda da fiyatı düşürüyor ve bir müddet sonra “ECS” Akzo’nun uyguladığı fiyatlarla tutunamaz hale geliyor. Komisyon Akzo aleyhine mahkûmiyet kararı veriyor ve daha sonra da iş Avrupa Topluluk Mahkemesine gittiğinde, Topluluk Mahkemesi Akzo’nun fiyat düşürmesinin, hiç fiyat analizine girmeden düşürmenin, amacına göre karar veriyor. (Tekinalp, s. 76.)

durum Komisyon tarafından yıkıcı fiyat olarak isimlendirilmektedir. Hatta fiyatın, maliyetlerin altında olup olmadığına bakılmamakta; rakibi ortadan kaldırma amacı olması yeterli sayılmaktadır⁴²³.

Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı “Compagnie Maritime Belge SA” kararında ilk kez, pazarda hâkim durumdaki işletme tarafından talep edilen fiyatların maliyeti karşılayıp karşılamadığını araştırmaya gerek görmemiştir. Denizcilikte, tarifli deniz taşımacılığı yapan donatanların oluşturdukları konferanslar vardır, çoğu kez konferans üyesi olmayanların piyasadan silinmesi veya zayıflamaları için, her hatta bir kurban şilep tahsis edilmektedir⁴²⁴. Karara konu olan olayda, tarifeli deniz taşımacılığı yapan donatanların oluşturduğu bir birlik olan CEWAL’ın konferansında üye donatanlar, Zaire ve Angola’daki limanlar ile kuzey denizi limanları arasında tarifeli taşımacılık yapmaya karar vermişlerdir. CEWAL’ın üyesi olan Compagnie Maritime Belge SA (CMB) ve diğer donatanlar arasındaki yakın ilişki sebebiyle CEWAL ile ilgili pazarda birlikte hareket etmiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Komisyon’un CEWAL’ın ve bu nedenle CEWAL dışında kalan tek rakibin gemileri karşısında, Compagnie Maritime Belge SA’nin gemilerini amaca yönelik olarak olağandan daha düşük fiyatlarla sefere sokarak pazarda hâkim durumunu kötüye kullandığı yolundaki değerlendirmesini onaylamıştır. Burada CEWAL’ın seçici düşük fiyat uyguladığı, CEWAL’ın yıkıcı fiyat (yıkıcı gemi) uygulamasından neredeyse çifte biçimde fayda sağladığı tespit edildiğinden, artık fiyatların maliyeti karşılayıp karşılamadığı araştırılmamıştır. Burada CEWAL’ın dışında kalan tek rakip, CEWAL ile rekabet etmesini sağlayacak en önemli ve hatta tek araç olan daha elverişli fiyattan yoksun kalmış, diğer taraftan CEWAL’ın diğer hat gemilerinden yüksek fiyatlar talep edilmiştir. Bu kararın, yıkıcı fiyatlamanın maliyetten bağımsız olarak tespitine ilişkin metotların önemini kuvvetlendirdiği belirtilmiştir. Ancak pazar yapısının giriş engeli oluşturması gibi özel durumlarda istisnai olarak yıkıcı fiyatlamanın maliyet-fiyat analizine gitmeden belirlenebileceği burada vurgulanmalıdır⁴²⁵.

⁴²³ Kısa, s. 39; Tekinalp, s. 76; Yanık, 3. 1. numaralı başlık.

⁴²⁴ Tekinalp, s. 77.

⁴²⁵ Sevilay Uzunallı, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile hâkim Durumun Kötüye kullanılması, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı: 4 Ekim 2010, s. 83.

Yıkıcı fiyat yoluyla rekabet karşıtı piyasa kapamanın tespitinde, rakiplerin pazardan fiilen çıkmış olması bir zorunluluk değildir. Hâkim durumdaki teşebbüsün rakibinin kendisiyle etkin bir şekilde rekabet etmesini engellemeyi ve bu şekilde rakibini tamamen piyasa dışına itmek yerine onun da kendi fiyat uygulamasını takip etmesini sağlamayı tercih etmesi ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Bu tür bir disipline etme davranışı, rakiplerin pazar dışına itilmesinin beraberinde getireceği – özellikle rakibin varlıklarının düşük bir fiyatla satılması ve yeni bir rakibin düşük maliyetli bir şekilde pazara girmesi gibi – riskleri ortadan kaldıracaktır⁴²⁶.

Hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışının rekabet karşıtı bir piyasa kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirilirken, teşebbüsün kısa dönemde feragatte bulunduğu tespitinin yanı sıra, giriş engelleri de dâhil olmak üzere ilgili pazarın koşulları, mevcut ve potansiyel rakiplerin konumları ve bu rakiplerin gerçekleştirmiş veya potansiyel karşı eylemleri, hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin seçici nitelikte olup olmadığı, hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin boyutu, süresi ve sıklığı, fiili dışlamaya ilişkin olası deliller, dışlama stratejisine ilişkin doğrudan deliller gibi ilave birtakım unsurların da dikkate alınması gerekebilir⁴²⁷.

Diğer taraftan, yıkıcı fiyat uygulamasında;

- Hâkim durumdaki teşebbüsün başta maliyetler olmak üzere pazar koşulları hakkında daha fazla bilgiye sahip olması,
- Hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara girişleri caydırmak için pazarın karlılığı ile ilgili algıları manipüle edebilmesi,
- Hâkim durumdaki teşebbüsün, yıkıcı fiyat uygulama konusunda bir şöhrete sahip olması,
- Yıkıcı fiyata maruz kalan teşebbüsün dış finansmana ihtiyaç duyması,
- Maliyet altı fiyatlamanın rakibe kayabilecek müşterilere yönelik olarak seçici bir şekilde uygulanması,

⁴²⁶ Hâkim Durum Klavuz, p. 57.

⁴²⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12 47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012, paragraf, 156.

durumlarının varlığı halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin rekabet karşıtı bir piyasa kapamaya yol açma ihtimali artacaktır⁴²⁸.

(2) Fiyat Sıkıştırması Uygulaması

Fiyat sıkıştırması, bir üretim/hizmet zincirinin hem üst hem de alt pazarında faaliyet gösteren ve özellikle üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip dikey bütünleşik bir firmanın (teşebbüsün) alt pazardaki rakiplerini dışlamak veya rekabeti engellemek gibi amaçlarla uygulayabildiği bir fiyatlandırma stratejisidir. Fiyat sıkıştırması, bu teşebbüsün üst pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden üretilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak, kısması sonucunda oluşmaktadır. Daralan bu marj karşısında alt pazarda teşebbüs kadar etkin olsalar bile mevcut veya potansiyel rakiplerin teşebbüsle kârlı bir şekilde rekabet etmesi olanaksız hale gelmektedir⁴²⁹.

Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, alüminyum külçe (hammadde) üreten ve bu faaliyete ilişkin pazarda yüksek pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün aynı zamanda bu külçeden yapılan alüminyum levha pazarında faaliyet göstermesi halinde söz konusu teşebbüs, külçenin fiyatının artırarak (yüksek belirleyerek) ve/veya levhanın fiyatını düşürerek (her iki fiyat arasındaki marjı kısarak) bu fiyatları takip etmek durumunda kalan rakiplerinin kârlılığını yok edebilecektir. Bunun sonucunda, teşebbüs rakiplerin pazardan çıkmasını sağlayabilecek, onları kontrol altında tutabilecek ve/veya yeni girişleri engelleyebilecektir⁴³⁰.

Fiyat sıkıştırması, belirli hukuki koşulların eş zamanlı gerçekleştiği durumda rekabet karşıtı bir strateji olarak ele alınmaktadır. Esas olarak, Komisyon kararlarında üzerinde durulan ve fiyat sıkıştırmasının teşebbüs açısından rasyonel/kârlı bir strateji olabilmesi için gerekli ekonomik koşulların hukuki zemine aktarılmış hali olarak da yorumlanabilen bu koşulları;

⁴²⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12 47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012, paragraf, 157.

⁴²⁹ J. Bouckaert ve F. Verboden (2004), "Price Squeezes in a Regulatory Environment", Journal of Regulatory Economics, Vol:26, No:3, s. 322'den aktaran, Şerife Demet Kaya, Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açidan Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008, s. 4.

⁴³⁰ Karakılıç, s. 443; Kaya, ss. 4-5.

1. Teşebbüsün dikey bütünleşik yapıda olması,
2. Teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda (tekel gücünde) bulunması,
3. Teşebbüsün bu hâkim durumunu (tekel gücünü) alt pazardaki üretim ve rekabet için zorunlu olan girdi üzerinden elde etmiş olması,
4. Girdinin fiyatı ve alt pazardaki fiyat arasında kârlı olmayan bir marj kalması,
5. Teşebbüsün objektif gerekçelerinin olmaması,
6. Alt pazarda rekabetin kısıtlanması olarak sıralamak mümkündür⁴³¹:

Komisyon'un fiyat sıkıştırmasını ilk kez tespit ettiği, 'British Sugar' kararında, hem ham şeker (toptan pazar) hem de tanelenmiş şeker (perakende) pazarında hâkim durumda bulunduğu tespit edilen British Sugar plc (BS)'nin perakende pazara giriş yapmak isteyen rakibi (şikâyetçi) Napier Brown (NB)'u pazar dışına çıkarmak için saldırgan bir kampanya başlatarak bir dizi rekabet karşıtı eylemde bulunduğu belirlenmiş ve bunların arasında fiyat sıkıştırması da sayılmıştır. Kararda Komisyon, *'hem hammadde hem de türetilmiş [perakende] ürün pazarında hâkim durumda olan firma tarafından hammadde için [perakende pazardaki] rakiplerine sunulan [toptan] fiyat ile kendi türetilmiş ürününün fiyatı arasındaki, kendi dönüşüm [alt pazar] maliyetlerine yetmeyen marjın, türetilmiş ürünündeki rekabetin kısıtlanmasıyla sonuçlanacak şekilde devam ettirilmesi hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır.'* ifadesine yer vererek fiyat sıkıştırmasının ne şekilde ihlal teşkil edeceğinin sınırlarını çizmiş ve *'BS'nin fiyatı düşürme kampanyalarının, paketleme ve satış faaliyeti [perakende pazar faaliyeti] konusunda kendisi kadar etkin perakende şeker satıcısının [rakibin] uzun dönemde pazarda kalmasına yetmeyecek marj bıraktığı'* gerekçesiyle BS'nin fiyatlandırma politikası yoluyla NB'yi pazar dışına çıkarmak için hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varmıştır⁴³².

Fiyat sıkıştırmasına ilişkin Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi tarafından verilen kararlara bakıldığında, bu uygulamanın 2000'li yıllara kadar hammaddeye dayalı sektörlerde inceleme konusu yapıldığı ve genellikle hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamındaki diğer ihlal türleriyle birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Son zamanlarda ise fiyat sıkıştırması özellikle telekomünikasyon sektörüne yönelik yapılan incelemelerde geniş çaplı bir şekilde ele alınmış, aynı zamanda teşebbüslerin inceleme konusu fiyatlarının tamamen ya da kısmen ulusal

⁴³¹ Kaya, ss. 27-28.

⁴³² Karakılıç, ss. 445-446; Kaya, ss. 20-21; Tekinalp, s. 77.

düzenleyici otoriteler tarafından düzenleniyor olmasına rağmen 82. madde kapsamında müdahalede bulunulmuştur⁴³³.

(3) İndirim Sistemleri

Piyasa payı yüksek olan bir teşebbüs, tüketicileri ya da müşterileri, indirim sistemine alarak giriş engelleri oluşturabilmektedir. Müşteri de sağlayıcı tarafından verilen indirimleri kaybetmemek için girmiş olduğu sistemden çıkarak sağlayıcı değiştirme yoluna gitmemektedir. Aynı ürün piyasasında faaliyet gösteren küçük ölçekli firmalar, indirim sistemi ile piyasa dışına çıkarılmaktadır ve pazar yeni girişlere kapanmaktadır. Pazar içerisinde bulunan küçük firmalar piyasadan çıkmadan önce piyasanın girişlere kapanması hâkim firmanın konumunu güçlendiren bir davranıştır⁴³⁴.

Esasen teşebbüslerin, serbest piyasa koşullarında faaliyette bulunurken, iş hacimlerini korumak veya artırmak amacıyla, müşterilerinin kendilerinden daha fazla mal ve hizmet almalarını teşvik eden bu tür uygulamalarda bulunması, olağan ve rasyonel davranış biçimidir. Üstelik teşebbüslerin müşterilerine karşı indirimler uygulaması, aslında rekabet teorisi açısından da amaçlanan bir olgudur. Bununla beraber, bu tip davranışların aynı zamanda rekabete zarar verecek biçimde rakip teşebbüsleri dışlayıcı ve teşebbüsler arasında rekabet farklılıkları yaratacak şekilde ayırıcı özellikler kazanması da mümkündür⁴³⁵.

İndirim sistemlerinin illegal olarak değerlendirilebilmesi için ilk olarak rekabetçi veya anti-rekabetçi olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu belirlemede ilk bakılacak husus, indirimlerin maliyet tasarruflarının bir yansıması olarak verilip verilmediğinin ortaya çıkarılmasıdır. İkinci olarak müşterinin başka bir sağlayıcıdan alma konusunda olası ticari kararlarının, indirimlerle kısıtlanma derecesinin tespiti gerekir. Son olarak indirimlerin hâkim firmanın mevcut ve potansiyel rakiplerine olan etkileri ve kendi hâkim gücünün artırılıp artırılmadığının belirlenmesi gerekir⁴³⁶.

⁴³³ Kaya, s. 24.

⁴³⁴ Yanık, 3.3.1 numaralı başlık.

⁴³⁵ Güven, s. 351; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 266.

⁴³⁶ Yanık, 3.3.1 numaralı başlık.

Rekabet Kurul'u, indirim sistemlerini değerlendirirken teşebbüsler tarafından ileri sürülebilecek fiyatların düşmesinin sağlanması, çıktı düzeyinin ve ürün çeşitliliğinin arttırılması, ürünlerin ayrı ayrı satın alınmasından kaynaklanan işlem maliyetlerinin düşürülmesi, yeniden satıcıların sağlayıcının ürünlerine yoğunlaşması temin edilerek bedavacılığın önlenmesi gibi haklı gerekçe iddialarını göz önünde bulundurmaktadır⁴³⁷

Sadakat İndirimleri; Hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından, müşteriye ihtiyacının tümü ya da en azından önemli bir kısmını kendisinden karşılaması ve rakip teşebbüslerden mal almaması koşuluyla indirim yapması işlemidir. Sadakat indirimleri, buna muhatap müşterilerin başka teşebbüsten mal almalarını büyük ölçüde kısıtladığından ve rakiplerin rekabet edebilme imkânını azalttığından dolayı kötüye kullanma durumu olarak nitelendirilmektedir⁴³⁸. Artan oranlı miktar indirimleri de, özellikle etkileri dikkate alındığında sadakat indirimi olarak değerlendirilebilir⁴³⁹.

Adalet Divanı, *Hoffmann La Roche* davasında sadakat indirimini şu şekilde ifade etmiştir; “*Bir pazarda hâkim durumda olan teşebbüs, müşteri kendi isteğiyle bağlansa bile bu müşterinin ihtiyacının tamamının veya önemli bir kısmının münhasıran kendinden almayı taahhüt etmesi ya da buna mecbur edilmesinin, bu zorunluluğun daha başka şartlarla kuvvetlendirilip kuvvetlendirilmemesine bakılmaksızın veya bu yükümlülüğün indirim sağlama düşünceleri ile kabul edilmesine bakılmaksızın Kurucu anlaşmanın 82'nci [eski 86'ncı md.] maddesini ihlal eder*”. Adalet Divanı, doğrudan alıcı işletmenin satın alma kapasitesine bağlı olarak yapılan bağlılık indirimlerinin, alıcılara mali bir yarar sağlamak suretiyle onların talep ettikleri mal veya hizmetleri rakip işletmelerden satın almalarını önlemeye yönelik olduğu için rakip işletmelerin pazara girişlerini engellemek suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlamıştır⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Hâkim Durum Klavuz, p. 81.

⁴³⁸ Sadakat indirimleri, bazen birim fiyattaki yüzdelik bir indirimden daha farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, 20 lt'lik benzin alınması karşılığında bir futbol takımı oyuncularının heykelciklerinin verilmesi şeklindeki bir uygulama, eğer sınırlı bir süre için uygulanıyorsa, takım kadrosunu tamamlama isteği nedeniyle müşteriler üzerinde sadakat indirimi etkisi gösterebilecektir. (Bekir Kocabaş, İndirim Sistemleri ve Rekabet, Uzmanlık Tezi No:90, Rekabet Kurumu, Ankara, 2008, s. 11.)

⁴³⁹ Aslan, Rekabet, s. 490; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 266; Kocabaş, s. 11.

⁴⁴⁰ Yanık, 3.3.1/i numaralı başlık, G. Aşcıoğlu Öz, s. 136.

Miktar İndirimi; Miktar indirimleri ise, müşterinin alımlarının maliyette yaratacağı tasarruf göz önüne alınarak sadece alınan miktara bağlı olarak verilen ve tüm alıcılar için objektif bir şekilde uygulanan indirimler olarak tanımlanmaktadır. Miktar indirimleri kimi durumlarda sağlayıcının bir teklifi şeklinde, kimi durumlarda ise alım gücüne sahip alıcıların baskısı sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Komisyon, Deutsche Post kararında, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın içtihatları ışığında “miktar indirimi” ile “sadakat indirimi” arasındaki farkı ortaya koymuştur. Komisyon'a göre miktar indirimi, münhasıran sağlayıcıdan yapılan alımların miktarıyla ilgilidir. İndirim, objektif olarak alınan miktara göre belirlenmektedir ve tüm potansiyel alıcılara uygulanmaktadır. Sadakat indirimi ise, doğrudan müşterinin yaptığı alım miktarına göre değil, müşterinin ihtiyaçlarının önemli bir kısmını, indirim veren teşebbüsten alıp almadığına bağlı olarak verilmektedir⁴⁴¹.

Bu farklılığın doğal bir sonucu, indirim veren teşebbüsten aynı miktarda alım yapan iki teşebbüsün, miktar indiriminin uygulanması durumunda aynı indirimi alacakken sadakat indiriminin uygulanması durumunda farklı indirim almasıdır. Bu yönüyle sadakat indirimlerinin ayrımcı yönünün miktar indirimlerine kıyasla daha belirgin olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, hiç şüphesiz bu önerme, miktar indirimlerinin ayrımcılık yaratmayacağı anlamına da gelmemektedir. Bu indirimler eğer bir birine rakip olan işletmeler arasında ayrımcılık yapılması suretiyle birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı duruma sokuyorsa böyle bir miktar indirimi uygulaması hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil eder⁴⁴².

Örneğin, Portuguese Airports, kararında ATAD, en yüksek indirime sadece iki havayolu şirketinin ulaşabildiğini, ayrıca en üst banttaki indirim oranı artışının daha düşük bantlardaki indirim oranından daha büyük olduğuna dikkat çekerek birkaç büyük alıcının ulaşabileceği yüksek eşikler içermesi ve böylece orantısız olması halinde ayrımcı olabileceğini belirterek Komisyon'un ihlal kararını onaylamıştır⁴⁴³.

Hedef İndirimleri: Kötüye kullanma olarak mütalaa edilebilecek bir başka indirim sistemi de, hâkim teşebbüsün, müşterilerine genellikle yıllık olarak saptadığı bir satış

⁴⁴¹ Kocabaş, s. 11.

⁴⁴² Kocabaş, s.12, 42; Aslan, Rekabet, s. 491.

⁴⁴³ Kocabaş, ss. 42-43

hedefine ulaşıldığı takdirde uyguladığı hedef indirimleridir. Hedef indirim, öngörülen zaman dilimi içinde hedeflenen satış miktarına ulaşma veya bu hedefi aşma koşuluna bağlanmıştır. Temelde dışlayıcı veya ayırmacı olarak nitelenmeyen bu uygulama, uzun bir süreye bağlandığı ve müşteriler açısından objektif şartlar içermediği, şeffaf olmadığı takdirde, müşterilerin seçim özgürlüğünü elinden almakta ve onların üzerinde, hedefler ulaşılması yönünde baskı yaratarak, rekabetin dışlanmasına neden olabilmektedir.

Adalet Divanı *Michelin* davasında, bu indirimlerin her ne kadar anlaşmalarla belirlenmiş hedefler içeriyor gibi görünse de esasında Michelin tarafından tek taraflı dayatılan hedefler içermesi ve aynı miktarda alım yapan müşterilerin farklı indirim alması sebebiyle ‘ayırmacı’ ve ‘haksız’ olduğunu belirtip, alıcı üzerinde yaratacağı baskı ve doğuracağı sonuçlar itibarıyla pazara rakiplerin girmesini veya alıcıların alternatif temin kaynaklarına ulaşmalarını engelleyebilecek nitelikte ise kötüye kullanma sayılabileceğini belirtmiştir.⁴⁴⁴.

(4) Sözleşme Yapmayı Reddetme

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 sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir⁴⁴⁵.

Sözleşme yapmayı reddetme, koşulsuz ya da koşullu reddetme şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün herhangi bir şart öne sürmeksizin sözleşme yapmayı reddetmesi koşulsuz ret olarak değerlendirilirken, sözleşme yapmayı sözleşme talebinde bulunan teşebbüsün kendisi ile alt pazarda

⁴⁴⁴ Yanık, 3.3.1/ii numaralı başlık, Aslan, Rekabet, s. 489; G. Aşcıoğlu Öz, ss. 136-137; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 266-267.

⁴⁴⁵ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 38.

rekabet etmemesi ya da kendisine rakip olan bir teşebbüsle iş yapmaması gibi birtakım koşullara bağlaması koşullu ret olarak değerlendirilmektedir. Koşullu ret kapsamındaki davranışlar genellikle bağlama ve münhasırlık gibi diğer rekabet ihlallerinin bir aracı olarak ortaya çıkabilmekte ve bu nedenle söz konusu ihlaller çerçevesinde incelenmektedir.

Sözleşme yapmayı reddetme, mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde olabileceği gibi, potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi şeklinde de olabilmektedir.

Sözleşme yapmayı reddetme, hâkim durumdaki teşebbüsün, kendisine yöneltilen sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin reddetmesi şeklinde doğrudan reddetme ya da makul olmayan ertelemeler, ürün arzının azaltılması ve makul olmayan şartlar ileri sürülmesi gibi davranışlar yoluyla dolaylı olarak reddetme şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁴⁴⁶.

Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetme davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabilmektedir. Burada **alt pazar kavramı**, sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanıldığı pazarı ifade etmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarması daha muhtemeldir⁴⁴⁷.

(i) Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapmanın Reddi

Rekabet hukuku uygulamasında, esas olarak, hâkim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakları olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak

⁴⁴⁶ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 39, 40, 41.

⁴⁴⁷ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 42.

değerlendirilebilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüse rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir⁴⁴⁸.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Roma Antlaşması'nda bu hususta herhangi bir açık düzenleme bulunmamakla beraber; Avrupa Birliği Hukuku uygulaması ve doktrinde, mal vermeyi kesme veya reddetme, bir kötüye kullanma hali olarak mütalaa edilmektedir. Avrupa Birliği Hukukunda, mal vermeyi reddetmenin hangi hallerde kötüye kullanma olarak kabul edildiği hususunda tam bir netlik bulunmamakla beraber, özellikle önceki yıllarda verilen kararlarda, uzun süreden beri mal sağlanan müşterilere haklı bir sebep olmaksızın mal sağlamanın kesilmesi, 86. madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Daha sonra verilen kararlarda ise, daha geniş yorum tarzı benimsenerek, sadece aktüel müşterilere değil, piyasaya yeni giriş yapmakta olan potansiyel müşterilere karşı da mal veya hizmet sağlamaktan imtina etmek, bu teşebbüsler bakımından malın veya hizmetin ilgili piyasada faaliyet göstermek için hayati önemi haiz olması ve bu mallar bakımından hâkim teşebbüse bağımlı olunması şartıyla, kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir⁴⁴⁹.

Rekabet Kurulu, 03.01.2013 tarihli ilaç sektörüne ilişkin kararında⁴⁵⁰ ve 29.01.2014 tarihli Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuzda, sözleşme yapmayı reddetme iddialarını değerlendirirken, ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte arandığını belirtmektedir. Bunlar;

Malın/girdinin gerekliliği: Sözleşme yapmayı reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne veya hizmete ilişkin olmalıdır. Vazgeçilmezlik koşulunu değerlendirirken Kurul, reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin bir şekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olmasını yani, ilgili unsurun mevcut veya potansiyel ikamesinin olup olmadığını aramaktadır. Kurul, hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilen bir gelecekte söz konusu unsurunu etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacaklarını göz önünde bulundurmaktadır. Genel olarak, eğer söz konusu unsur bir doğal tekelin sonucuysa, önemli şebeke

⁴⁴⁸ Rekabet Kurumu Klavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 35.

⁴⁴⁹ Pelin Güven, Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, s.11; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 265;

⁴⁵⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2012-3-147 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 13-01/3-3 Karar Tarihi: 03.01.2013

etkileri veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi söz konusuysa ilgili unsurun rakipler tarafından tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Kurul, her bir dosya bakımından pazarın dinamik yapısını ve ilgili unsurun sağladığı pazar gücünün sürdürülebilirliğini ayrıca göz önünde bulundurmaktadır⁴⁵¹.

Etkin rekabetin ortadan kalkması: Vazgeçilmezlik koşulunun sağlandığının tespit edilmesinden sonra, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin hemen ya da zaman içinde alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirilmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki payı büyüdükçe, sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırılması olasılığı artmaktadır. Ayrıca, hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtı bulunması ve ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerin ürettiği mal ya da hizmetlerle yakın ikame olması durumunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığının daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Zira bu durumda sözleşme yapmayı reddetme sonucunda etkilenen rakiplerin oranı ve bu davranış sonucunda pazarın kapatıldığı rakiplere yönelik talebin hâkim durumdaki teşebbüse kayma düzeyi artmaktadır⁴⁵².

Tüketici zararı: Reddetmenin, tüketicinin zararına yol açması muhtemel olmalıdır. 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. Bu durum, özellikle sözleşme yapma talebinde bulunan rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetler ile sınırlı kalmayarak potansiyel talebin olduğu yeni ve daha gelişmiş mal veya hizmetler sunma amacını taşıdığı veya teknolojik gelişmeye katkıda bulunmasının olası olduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda alt pazarda normalde elde edeceği kardan daha fazla kar elde etmesinin muhtemel olup olmadığı da tüketici zararının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır⁴⁵³.

⁴⁵¹ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 44.

⁴⁵² Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 46.

⁴⁵³ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 47.

Unsurlar gerek mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi, gerekse hâkim durumdaki teşebbüs tarafından daha önce sağlanmayan mal, hizmet veya unsura ilişkin sözleşme yapmanın reddi durumlarında uygulanmaktadır. Ancak, mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi durumunda bir ihlalin ortaya çıkması daha muhtemeldir. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüs ile oluşturulan sözleşme ilişkisine özgü olarak müşteri, söz konusu sözleşme kapsamında tedarik edeceği girdiyi kullanmak üzere bir yatırım yapmış olabilir. Bu durum söz konusu girdinin vazgeçilmez olarak değerlendirilmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmaktadır. Ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün daha önce bu unsuru sağlamış olması, ürünü arz etmenin teşebbüsün ilk yatırımının karşılığını yeterince alamaması konusunda bir riski içermediğinin göstergesi olarak kabul edilebilecektir⁴⁵⁴.

Yukarıda sayılan üç koşulun birlikte varlığının yanı sıra Kurul, teşebbüsün ileri sürdüğü haklı gerekçe iddialarını da göz önünde bulunduracaktır. Sözleşme yapma talebinde bulunan teşebbüsün ticari kredibilitesinin olmaması, arzın kapasite sınırlarına bağlı olarak geçici olarak ya da tamamen durdurulması, çeşitli güvenlik gerekliliklerinin karşılanamaması gibi hususlar nesnel gereklilik olarak değerlendirilebilmektedir.

Hâkim durumda bulunan teşebbüsün, rakipleriyle sözleşme yapması halinde yaptığı yatırımları karşılamaya yetecek bir getiri elde edemediği, yatırımlarını devam ettirmek için redde konu unsurdan belirli bir süre sadece kendisinin yararlanması gerektiği, aksi takdirde yatırım güdüsünün olumsuz etkileneceği yönündeki iddialarının ise etkinlik savunması bağlamında değerlendirilmesi mümkündür⁴⁵⁵.

Hâkim durumdaki teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısını artırarak kısa vadede genellikle tüketicilerin yararına sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüslere getirilen böyle bir yükümlülük, teşebbüslerin yaptıkları yatırımların ve yeniliklerin karşılığını alamamasına neden olmak suretiyle hem hâkim durumda bulunan teşebbüsün hem de diğer teşebbüslerin yatırım ve yenilik güdülerinde azalışa yol açma ve uzun vadede tüketicilerin aleyhine sonuçlar ortaya çıkarma riski taşımaktadır. Bu nedenle, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen sözleşme yapmayı reddetme davranışına ilişkin analizinde Kurul, sözleşme yapma

⁴⁵⁴ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 45.

⁴⁵⁵ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 48, 49.

yükümlülüğü getirilmesinin kısa ve uzun vadeli etkilerini birlikte dikkate almaktadır⁴⁵⁶.

(ii) Zorunlu Unsur Doktrini

Zorunlu unsur (Essential-Facilities) doktrini, hâkim durumdaki teşebbüslere getirilen, anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulamadır. Zorunlu unsur doktrini genellikle dikey bütünleşik piyasalarda söz konusu olmaktadır. Birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir imkân/tesis/altyapı vb. bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez ise ve bu unsurun alternatifinin oluşturulması hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün değilse, bu durumda bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açmak için zorunluluk getirilmektedir⁴⁵⁷.

Gürzumar'a göre zorunlu unsur doktrini; 'üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün, üst pazarda sahip olduğu (ve kendisine bu hâkim durumu bizzat bahşeden) bir unsuru, alt pazardaki (potansiyel) rakiplerine kullandırma konusunda, iş (anlaşma) yapmaktan kaçınmak suretiyle, bu hâkim durumunu, alt pazarda rekabetin oluşumunu engelleyecek ya da bu pazarın rekabete kapatılmasını (ortadan kalkmasını) veya kapalı tutulmasını sağlayacak tarzda kötüye kullanmasıdır.⁴⁵⁸

Bir teşebbüsün faaliyetinin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ihlal niteliği taşıması için öncelikle unsurun zorunlu olduğunun ispatlanması ve ardından bu unsura erişimin reddediliyor olması gerekmektedir. Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temelde iki kriter bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) unsura sahip firmanın ilgili pazarda hâkim durumda olması ve (2) bu unsurun benzerinin 'makul şartlarda' yapılamıyor olmasıdır. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için (3) hâkim durumdaki teşebbüsün zorunlu unsuru kullandırmayı reddetmesi veya kullanımını engellemesi (4) bu

⁴⁵⁶ Rekabet Kurumu Kılavuz, 29.01.2014 tarih Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), p. 36, 37.

⁴⁵⁷ Hakan Suat, Ölmez, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 200, s. 12.

⁴⁵⁸ Gürzumar, s. 114.

reddetme veya engelleme eyleminin haklı gerekçelere dayanmıyor olması zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁵⁹

(iii) Avrupa Topluluğu Hukukunda Şebeke Endüstriler ve Zorunlu Unsur Doktrini

Amerika Birleşik Devletleri'nden, Avrupa Topluluğu Hukuku'na, AT Komisyonu'nun verdiği kararlarla ithal edilmiş olan zorunlu unsur doktrininin ölçüt ve şartlarına göre ihlal türleri, öğretide engelleyici veya dışlayıcı davranışlar üst başlığı (genellikle de iş yapmayı reddetme) kapsamında değerlendirilmektedir. AT rekabet hukuku öğretisinde yapılan değerlendirmelerde, zorunlu unsur doktrinin uygulanmasına yol açan ihtiyacın özellikle **serbestleştirme ve deregülasyon**⁴⁶⁰ ile yakın bir ilişkisi olduğuna, telekomünikasyon, enerji ve demir yolu ulaşımı gibi sektörlere atıfla, şu şekilde dikkat çekilmektedir⁴⁶¹;

‘Telekomünikasyon, enerji ve demiryolu ulaşımı gibi sektörler şebeke (ağ) endüstrileridir. Dolayısıyla bu sektörlerde, bir yandan şebekenin, diğer yandan ise bu şebekeden yararlanılarak sunulan hizmetlerin ait olduğu iki farklı faaliyet alanı söz konusudur. Şebekeye sahip bir teşebbüsün, aynı zamanda bu şebekeye dayanılarak sunulan hizmetler pazarında (alt pazarda) da faaliyet göstermesi durumunda (dikey entegrasyon), bu teşebbüsün üst yada birincil pazarı oluşturan şebeke üzerindeki hakimiyetini, alt pazardaki etkinliği lehine kullanması ihtimali ve riski büyüktür. Sahip olduğu şebeke üzerinden, serbestleştirme süreci öncesinde tek başına hizmet sunan bir tekelci teşebbüsün üst pazardaki tek el durumunun, serbestleşme hukuken yürürlük kazandıktan sonra da fiilen devam ediyor (ve –doğal tek el özelliği varsa- devam da edecek) olması, rekabete açılmak istenen alt pazarda faaliyet göstermek isteyen diğer teşebbüslerin söz konusu şebekeden yararlanmalarını zorunlu kılar. Eğer bu yararlanma olanağının şebeke sahibi tarafından – haklı ve nesnel gerekçeler

⁴⁵⁹ Ölmez, s.14; Aslan, Rekabet, s. 501.

⁴⁶⁰ Deregülasyon; Düzenleyici kuralların kaldırılması veya azaltılmasıdır. Fiyatlar ve piyasaya girişler üzerindeki kontrollerin kaldırılmasının ifade etmektedir.

⁴⁶¹ Hâkim durumda olan işletmeye, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olarak sözleşme yapma zorunluluğu yüklenmesi, Rekabet Hukuku İlkeleri ile haklı görülmeye çalışılmaktadır. Bu gibi sektörlerde genellikle serbest rekabet ilkesinin işlemesi de mümkün görülmemektedir. Bu nedenle bu gibi serbest rekabet kurallarının işlemediği pazarlar genellikle regüle edilmektedir. Zorunlu unsur doktrininin tartışıldığı pazarlarda yasal ya da doğal tek el halleri söz konusudur. (Aslan, Rekabet, s. 498)

söz konusu olmaksızın- engellenmesine izin verilirse, ilgili sektörün serbestleşmesinden ve böylece de rekabete açılmasından söz etmek mümkün olmaz. Anılan türden sektörlerin rekabetçi bir yapıya kavuşturulması, iktisadi, siyasi ve teknik bakımdan çok karmaşık bir süreç olduğundan rekabetçi düzene geçiş yapılarına kadar (ve bu geçişin mümkün olduğunca sancısız olması için) özellikle de ilgili sektörlerle özel (sektör-spesifik) kurallara, düzenlemelere ihtiyaç duyulmuşsa da, bu tür özel kurallar Topluluk Rekabet Hukuku normlarının işlevini kaybetmesine yol açmamışlardır.⁴⁶²

AT Komisyonu, üye ülkelerde yürürlüğe konacak ve özellikle de şebekeye erişimin şartlarını düzenleyecek sektöre özel kurallara ilişkin Topluluk direktifleriyle, yasaklayıcı özellik arz eden rekabet kuralları arasındaki ilişkiyi duyurularla şu şekilde açıklamıştır;

‘Sektöre özel kurallar, şebeke sahibine ayrımcılıktan uzak bir erişim sağlama yükümlülüğü yükler ve bunun şartlarını belirler; rekabet hukuku kurallarına dayalı bir yaptırım, ancak, şebeke sahibinin başka teşebbüslerin şebekeye erişimini engelleme eylemi hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil ediyorsa söz konusu olabilir. Üye ülkelerden çıkarılan sektöre özel düzenleyici kanunların RA’da yer alan rekabet kurallarından önce geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Bunlar ilgili pazarın açılmasına yönelik ve aynı anda uygulanması mümkün olan ve hatta birbirlerini tamamlayan iki normdur⁴⁶³’.

Erişim Duyurusu, zorunlu unsur; *‘müşterilere ulaşmak ya da rakiplerin işlerini yapabilmesi için zorunlu olan ve aynı işlevi yerine getirecek bir benzerinin makul yollarla yaratılması da mümkün bulunmayan bir imkân ya da alt yapı’*, şeklinde tanımlamıştır. Duyurunun 87’inci ve onu izleyen paragraflarında, telekomünikasyon sektöründeki erişim taleplerinin reddinin, hâkim durum kötüye

⁴⁶² J.Mestmacker, H.Schweitzer, Europaisches Wettbewerbsrecht, Münchhen, 2004,s446; Philipp, Jacobi, Third-Party Access im Europaischen Wettbewerbsrecht, 2002, ss. 445-446; Bellamy&Child, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London, 200, s. 400’dan aktaran, Gürzumar, ss. 115-116.

⁴⁶³ J.Mestmacker, H.Schweitzer, Europaisches Wettbewerbsrecht, Münchhen, 2004, s. 446; Philipp, Jacobi, Third-Party Access im Europaischen Wettbewerbsrecht, 2002, s. 211; Holger, Hohmann, Die essential facility doctrine im Rrcht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1. Auflage 2001, s. 64’dan aktaran Gürzumar, ss. 116-118.

kullanılması sayılabilmesi için aranan şartlar, **zorunlu unsur doktrini** temelinde şu şekilde açıklamıştır⁴⁶⁴.

- Kullanılmak istenen unsura ulaşma keyfiyeti, ilgili pazarda rekabet edebilmek için genel bir zorunluluk oluşturmalıdır.
- Unsur sahibinin, unsuru erişime açmasına imkân tanıyan yeterli bir kapasite mevcut olmalıdır.
- Unsur sahibi, mevcut bir mal veya hizmet pazarındaki talebi karşılamakta yetersiz kalıyor veya erişim talebini reddetmekle, ya ihtiyaç duyulan potansiyel bir mal veya hizmet pazarının oluşmasını bloke ediyor yahut da mevcut veya potansiyel bir mal ya da hizmet pazarındaki rekabeti engelliyor olmalıdır.
- Unsuru kullanmak isteyen teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir bedel ödemeye ve diğer ayrımcı olmayan koşulları kabul etmeye hazır olmalıdır.
- Erişim talebinin reddedilmesinin hiçbir nesnel (haklı) sebebi bulunmamalıdır.

Zorunlu unsur doktrini hakkında AT öğretisinde bir kısım yazarlar tarafından yapılan açıklamaların hareket noktasını, telekomünikasyon ve enerji sektörü oluşturmakla birlikte, Komisyon'un zorunlu unsur doktrinini kullandığı ilk davalar doğal tekel niteliği gösteren liman ve havayolu gibi ulaşım sektöründe yer almaktadır. Sonraları doktrinin uygulaması genişletilerek diğer sektörlerde de önemli bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıca tekelleşmeye eğilimli piyasaların serbestleştirilmesinde ve özellikle telekomünikasyon sektörünün rekabete açılmasında önemli bir enstrüman olarak görülmüştür. Ancak bu kararların dışında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemelerinin (öğretide çoğu kez ve genel olarak salt iş yapmayı reddetme eylemi kapsamında değerlendirilmekle birlikte) zorunlu unsur doktriniyle de ilişkilendirilen ve Komisyon'un ise doğrudan doğruya zorunlu unsur doktrinine dayandığı başka kararları da vardır⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴Erişim Duyurusu, 91. paragraftan aktaran Gürzumar, s. 118.

⁴⁶⁵Ölmez, 1. 5. numaralı başlık; Gürzumar, ss. 118- 119.

(iv) Zorunlu Unsur Doktrinin Uygulanmasında Genel Kriterler

Zorunluluk; Doktrinin bir olayda uygulanabilmesi için, öncelikle unsurun zorunlu olup olmadığının tespit edilmesi gereklidir. Zorunluluğun belirlenmesi için, varlığın hem aşağı (ikincil) pazardaki rekabet için hayati bir önem taşıdığının hem de benzerinin kurulmasının pratikte ve makul ölçütler çerçevesinde imkânsız olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Unsurdan faydalanmak isteyen rakipler, bulundukları piyasada faaliyetlerini sürdürmek veya rekabetin varlığı için bu unsurun mutlaka gerekli olduğunu göstermek zorundadırlar⁴⁶⁶.

Bir unsurun zorunlu olması için unsura sahip firmanın ilgili piyasada hâkim durumda bulunması gerekmektedir. Zorunlu unsur doktrininin temel mantığından hareketle zaten hâkim durumda kabul edilmeyen bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsura zorunlu demek yanlış olacaktır. Komisyon'un telekomünikasyon sektörü için yayınladığı Giriş Tebliği'nde; *“zorunlu unsur olarak kabul edilen bir unsura girişi kontrol eden bir teşebbüs 86. madde (eski 82) anlamında hâkim durumda kabul edilir fakat hâkim durumdaki bir teşebbüs herhangi bir zorunlu unsuru kontrol etmeyebilir”* denmektedir. **Buradan anlaşıldığı üzere bir unsurun zorunlu olduğu tespit edildiğinde o unsuru kontrol eden teşebbüs de otomatikman hâkim durumda sayılacaktır**⁴⁶⁷.

Unsurun zorunluluğunu ispatlamak için alternatif, sürdürülebilir bir varlığın makul ve uygulanabilir bir şekilde kurulmasının imkânsız olduğunun ya da rasyonel olarak mümkün olmadığının ispatlanması gerekmektedir. Unsurun alternatifinin kurulmasının zor olmasında bazı kriterler şunlardır⁴⁶⁸;

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

⁴⁶⁶ Ölmez, 1. 1. 1. numaralı başlık.

⁴⁶⁷ Ölmez, 1.1.1. a. numaralı başlık.

⁴⁶⁸ P.Areeda ve H. Hovenkamp (1996), “Antitrust Law (Supplement)”, Little, USA. s. 736'dan aktaran, Ölmez, 1.1.1. b. numaralı başlık.

- Teknolojik kısıtlamalar;
- Ekonomik kısıtlamalar,

Zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanma olabilmesi için, unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda, diğer teşebbüsler içinde de zor olması gerekmektedir. Yüksek yatırım maliyeti bir unsuru zorunlu hale getirebilir fakat bu durum her sektörün kendine özgü dinamiklerine göre değerlendirilmelidir. Yatırımın miktarının piyasaya giriş için bir engel oluşturabilmesi için yatırım maliyetinin başka teşebbüslerin aynısını yapamayacağı kadar yüksek olması yeterlidir. Bununla birlikte rakiplerin aynı yatırımı yapmaları durumunda dezavantajlı duruma gelecekleri veya ek maliyetlere girecekleri savunması doktrinin uygulanması için yeterli değildir. Doktrin teşebbüsleri tek tek değil piyasadaki tüm rekabeti koruma amacına yöneliktir. Bu nedenle yatırım maliyetlerinin piyasadaki tüm rekabeti bozacak düzeyde olması durumunda doktrin uygulanabilecektir⁴⁶⁹.

Deniz limanı işleten bir teşebbüsün, bu limana feribot servisi yapmak isteyen teşebbüse liman hizmeti vermesi o feribot işletmecisi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Bir liman genellikle coğrafi olarak uygun bir yere yapılır ve bu limanlara çeşitli ulaşım bağlantıları yapılarak karayolundan ve denizyolundan taşıma bağlantıları tamamlanır. Limanların yanına veya yakınına ikinci bir liman yapılması hem coğrafi hem ekonomik ve hem de hukuki engellerle karşılaşmaktadır. Bu nedenle belli bölgelerdeki limanlar buralara sefer yapmak isteyen gemi ve işletmecileri için zorunlu unsur olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁰.

Reddetme Eyleminin Varlığı; Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında rekabetin kısıtlandığının iddia edilebilmesi için öncelikle bir reddetme eyleminin varlığı gerekmektedir. Ortada bir reddetme eylemi bulunmadığı takdirde zorunlu unsur doktrininin de uygulamasına gerek kalmayacaktır. Reddetme eylemi açıkça olabileceği gibi bazı durumlarda

⁴⁶⁹ J.S. Venit ve J. J. Kallaugher (1994), “*Essential Facilities: A Comparative Law Approach*”, B. Hawk (der.), Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.324’den aktaran Ölmez, 1.1.1. b. numaralı başlık; Yaşar Tekdemir, AT Rekabet Hukukunda Antlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Uzmanlık Tezi, 1. Bası. Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, (Zorunlu Unsur), 3.3.4.1.numaralı başlık.

⁴⁷⁰ Ölmez, 4.6.3.numaralı başlık.

rakiplere karşı unsurdan faydalandırmamak için çok ağır şartlar ileri sürmek vasıtasıyla da olabilir ki, bu tür ağır şartlar komisyon tarafından reddetme eylemi ile aynı ağırlıkta bir ihlal değerlendirilmektedir⁴⁷¹.

Objektif Gerekçelerin Olmaması; Zorunlu unsura sahip teşebbüsün unsurdan faydalandırmamak için haklı gerekçeleri var ise, unsur zorunlu olarak kabul edilse dahi reddetme eylemi ihlal teşkil etmez. Objektif gerekçeler duruma göre farklı olabilmektedir. Genelde teknik uyumsuzluk, kapasite yetersizliği, ek maliyetler gerekliliği gibi çeşitli gerekçeler ileri sürülebilir.

Bu gerekçelerin her olayda ayrı ayrı ve o vakaya özgü değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir reddetme eylemi olduğunda, zorunlu unsura sahip teşebbüsün gerekçelerinin ele alınması, haklı olup olmadığının veya reddetme eyleminin giderilmesi için yapılması gereken şeylerin neler olduğunun ve bunların teşebbüs tarafından giderilmesinin ne derece mümkün olabileceğinin tespiti, doktrinin adil bir şekilde uygulanması için çok önemlidir⁴⁷².

(v) Zorunlu Unsur Doktrininde Pazar Tanımlaması

Zorunlu unsur doktrininde ilgili ürün pazarı tanımlanırken, zorunlu unsur olarak kabul edilen altyapı, hammadde veya benzer nitelikteki unsurların kendisi mi bizzatı ilgili ürün pazarı olarak kabul edilecek yoksa bu unsurlardan faydalananak girilmek istenilen pazar mı ilgili ürün pazarı olarak belirlenecektir. Örneğin, bir liman gemi işletmecileri için olmazsa olmaz bir unsurdur. Gemi işletmecilerinin faaliyet gösterdiği piyasa gemi ile taşımacılık hizmetinin verilmesidir, fakat gemi işletmecilerinin bu faaliyetlerini sürdürebilmeleri ancak limanlara girebilmeleri ile mümkün olabilecektir. Bu durumda ilgili ürün pazarı gemi işletmeciliği pazarı mı yoksa liman işletmeciliği pazarı mı olacaktır⁴⁷³.

Genel olarak zorunlu unsur doktrinin uygulandığı davalara bakıldığında, oldukça dar pazar tanımlarıyla karşılaşmakta, hatta deyim yerindeyse zorunlu unsur kabul edilen tesis/araç/alt yapı çoğu zaman tek başına bir pazar ve genellikle ona bağlı alt pazarlarda mal ve hizmet sunulan bir üst pazar olarak tanımlanmaktadır. Bu

⁴⁷¹ Ölmez, 1.1.2 numaralı başlık.

⁴⁷² Ölmez, 1.1.3 numaralı başlık.

⁴⁷³ Ölmez, 1. 2. numaralı başlık

yaklaşım özellikle doğal tekel konumundaki unsurlar için doğru olsa da, olay bir Fikri Mülkiyet Hakkı ya da kritik olan bir mal/hizmete ilişkin olduğunda yanlış sonuçlara götürebilmektedir. Bu durumda hem ilgili ürün pazarının hem de ilgili coğrafi pazarın (zorunlu unsur hallerinde daha önemli) çok dikkatli tanımlanması gerekmektedir⁴⁷⁴.

Nitekim Komisyon, liman davalarında ilgili coğrafi pazarı dar tanımlama yoluna giderek, bir anlamda söz konusu liman ve buna bağlı hizmetleri ilgili pazar olarak değerlendirilmiş ve alternatif limanları dikkate almamıştır. Aynı şekilde *British Midland* davasında iki nokta arasındaki güzergâhı ilgili pazar olarak kabul etmiştir. *Sea Container/Sealink* ile ilgili Komisyonun kararına ilişkin değerlendirmesinde, Komisyonun ilgili pazarı Birleşik Krallık ve İrlanda arasındaki merkezi koridor olarak belirlediğini ve bu koridor içinde Holyhead'in tek mevcut Birleşik Krallık limanı olduğunu ve sonuçta zorunlu unsur olarak değerlendirildiğini ifade ederek, bunun tartışmaya açık olduğunu söylemiştir⁴⁷⁵.

(vi) Avrupa Toplulukları Komisyonun Zorunlu Unsur Doktrinine Dayanan, Liman İşletmeciliği ve Denizyolu Ulaştırmasına İlişkin Kararları

Holyhead I Kararı

Galler ile Dublin ve Dun Laoghaire arasındaki deniz yolu rotası, İrlanda ile Britanya adası arasındaki vapur seferlerinin en önemli bağlantı alanıdır ve söz konusu taşıma trafiğinin % 50'si merkez koridor rotası olarak adlandırılan bu kulvar üzerinde yoğunlaşmıştır. Diğer taraftan bu yolun kullanılması, pratik olarak, sadece Holyhead limanından yararlanmak suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Holyhead limanının bir başka özelliği ise, giriş kanalının darlığı nedeniyle, herhangi bir geminin limana girişinin ya da limandan çıkışının, diğer gemilerin hazırlık işlemlerine ara verilmesini zorunlu kılmasıdır.

⁴⁷⁴ Ölmez, 1. 2. numaralı başlık; Tekdemir, Zorunlu Unsur, 4. 1. numaralı başlık.

⁴⁷⁵ D.Rıdyard, (1994), "Essential Facilities and The Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law", *E.C.L.R.* Vol:17, No:8, s.310'dan aktaran Tekdemir, Zorunlu Unsur, 4. 1. numaralı başlık.

Anılan kararlardan ilkinin konusunu oluşturan olayda, bir İsveç şirketi olan Stena-Line, kendi kontrollündeki iki şirket aracılığıyla (Sealink Harbours ve Sealink Stena Line) hem Holyhead Limanı'nı işletmekte hem de bu limandan İrlanda'ya insan ve araç taşımak için feribot seferleri düzenlemektedir. Bu arada, başka bir şirket olan B&I Line tarafından da yine aynı limandan İrlanda'ya feribot seferleri gerçekleştirilmekte ve B&I Line bu faaliyeti sebebiyle, Büyük Britanya adası ve İrlanda arasında anılan deniz koridorunda düzenlenen feribot seferleri pazarında Sealink'in rakibi konumunda bulunmaktadır. Olayda, Sealink, kendisine ait vapurların limana giriş çıkış saatlerini, yükleme ve boşaltmalarını liman girişinde yapan B&I Line'ın bu işlemlerinin- eskisine nazaran daha sıklıkla- durdurulmasına sebep olacak şekilde yeniden düzenler. Bu durum B&I Line bakımından ciddi bir rekabet dezavantajı yarattığından B&I Line, Sealink'i geçici tedbir istemiyle Komisyona şikâyet eder.

Komisyon, Sealink'in pozisyonunu bir yanda hâkim durumdaki liman işletmecisi ve diğer yandan limandan faydalanan bir teşebbüs (feribotla taşıma işletmeciliği) olarak ikiye ayırmış ve bu teşebbüsün, ***hâkim durumda bulunan bir liman işletmecisi olarak, kendi feribot taşımacılığı lehine ayrımcılık*** yapmakta özgür olmadığını belirtmiştir⁴⁷⁶.

Komisyona göre; '...bir zorunlu unsuru, yani kendisine erişim sağlanmadıkça rakiplerin müşteriye hizmet sunması imkansız olan bir imkan ya da alt yapıyı hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs, rakiplerinin o imkan ve alt yapıya erişme taleplerini reddederse veya böyle bir erişim talebini kendi hizmetlerine uyguladığı koşullardan daha elverişsiz koşullar öne sürerek kabul eder ve böylece de rakiplerini rekabet açısından dezavantajlı konuma getirirse, bu teşebbüs RA m.86(eski) hükmünü (diğer koşullarında gerçekleşmiş olması kaydıyla) ihlal etmiş olur.....Zorunlu unsurun sahibi olup da bir pazardaki gücünü bu pazarla ilintili başka pazardaki durumunu güçlendirecek şekilde kullanan (özellikle de o ilintili pazara bir rakibinin girmesini, kendi faaliyetlerine uyguladığı koşullardan daha elverişsiz koşullara tabi kılan) bir teşebbüs rakibine hiçbir haklı nesnel neden

⁴⁷⁶ Commission, Common Market Law Report,1992'den aktaran Gürzumar, s. 121.

*olmaksızın rekabet dezavantajı yaratmış olmak suretiyle, m.86 hükmüne aykırı davranmış demektir*⁴⁷⁷.

Komisyon bu kararıyla;

- Zorunlu unsurun kullanımını kendi hizmetlerine uyguladığı koşullardan farklı koşullara tabi tutmak ile talebin toptan reddi arasında sonuç bakımından herhangi bir fark olmadığını ortaya koymuştur.
- Kurul kararında; *‘dikey bütünleşik bir teşebbüsün, zorunlu unsurun alt pazarda rakipleri tarafından kullanılmasının kabulünü, o pazarda söz konusu unsura dayanarak ürettiği kendi hizmetlerine nazaran daha elverişsiz koşullara bağlamak suretiyle, bir pazardaki hâkim durumdan başka bir pazardaki rekabet koşullarını bozacak şekilde yararlanmasından’* bahsetmekle iki farklı farklı kötüye kullanma davranışı olan *‘ayrımcılık’* ile *‘bir pazardaki hâkim durumun diğer bir pazardaki rekabet koşullarını engelleyecek şekilde kötüye kullanılması’* halinin tek bir kötüye kullanma davranışı oluşturabileceğini de işaret etmiş olmaktadır.
- Kararda ayrıca zorunlu unsurun kullanılması için rakiplere eşit olmayan koşulların uygulanması halinde onların rekabet açısından dezavantajlı hale getirilmiş olması sonucunun RA m.86 hükmünün ihlali için yeterli görülmüştür.
- Ayrıca karara konu olan olayda zorunlu unsur sahibi teşebbüsün söz konusu unsuru başka teşebbüslere kullandırmasının (liman hizmetleri sunmasının) onun asli ve olağan iştiğal alanına dâhil olması, başka bir ifadeyle, limanın Stena-Line’in feribot seferlerine münhasıran özgülünmüş bir iç işletme unsuru sayılmasının mümkün olmamasıdır. Olayda liman sahibi, limanı rakibi olan şikâyetçi teşebbüse uyuşmazlığın çıkmasından önce zaten kullandırmakta olduğu için, mevcut bir ilişkinin devamının haklı nedenlere dayanmaksızın zor şartlara bağlanması da söz konusudur⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ 1992, Common Market Law Report, 255,256’dan aktaran Gürzumar, s. 121; Tekdemir, Zorunlu Unsur, 3.2.2 numaralı başlık; Ölmez, 1. 5. numaralı başlık.

⁴⁷⁸ Gürzumar, ss. 174-175. ; Tekdemir, Zorunlu Unsur, 3.2.2. numaralı başlık.

Holyhead II Kararı

Komisyonun aynı limanla ilgili (21 Aralık 1993) ikinci kararına konu olan olayda ise, Sealink İrlanda'ya hızlı feribot seferleri düzenlemek isteyen Sea Containers şirketinin Holyhead Limanından yararlanma talebinin kabulünü (özellikle de limana giriş ve çıkış zamanları ve limanın yanaşma ve yükleme alanları bakımından) son derece elverişsiz koşullara bağlar. Limanda o sırada feribot seferleri düzenleyen sadece iki teşebbüs (kendisi ve B&I Line) bulunmasına rağmen, öne sürdüğü koşulları liman kapasitesinin dolmuş olması mazeretine dayandırmak isteyen Sealink'in bu davranışına karşı, Sea Containers (geçici tedbir istemiyle) Komisyon'a başvurur. Sealink, Komisyon olayla ilgili kararını vermeden önce Sea Containers'ın talebinin kabulünü daha makul koşullara bağlar ve Sea Containers ile bu yeni koşullarda uzlaşır. Komisyon ise kararında, İngiltere ile İrlanda arası feribot seferlerinin merkezi koridorunun ilgili pazar olarak kabulü temelinde, bu pazarda Holyhead'in elverişli tek İngiliz Limanı olduğu ve bu sebepten dolayı feribot hizmetleri için Holyhead Limanını zorunlu faktör kabul etmiştir⁴⁷⁹.

'Holyhead'e en yakın Britanya limanı olan Liverpool kullanılacak olursa yolculuk süresinin iki misline çıkacağını, ayrıca Sea Containers'ın kendisinin yeni bir liman inşa etmesinin de iktisadi ve fiziksel bakımdan gerçekçi bir alternatif olmadığını, Sealink'in Büyük Britanya adası ile İrlanda arasındaki merkez koridor rotasında feribotla araba ve yolcu taşımacılığı için gerekli olan liman hizmetleri bakımından hâkim durumda olup, Sealink'in başlangıçtaki davranışının hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil ettiği sonucuna varmıştır.'

Bu karar önceki olaydan farklı olarak, mevcut bir rakibin dezavantajlı konuma getirilmesi değil, pazara yeni girmek isteyen bir rakibin erişim talebinin kabulünün elverişsiz koşullara bağlanması söz konusu olmuştur⁴⁸⁰.

Port of Rodby Kararı

Bu karar Almanya Schleswig-Holstein'daki Puttgard ile Danimarka'daki Rodby limanı arasındaki feribot seferleri için yararlanılması gereken liman

⁴⁷⁹ Gürzumar, ss. 121-122; Yanık, 3.5 numaralı başlık.

⁴⁸⁰ Case IV/34689, OJ 1994 L 15/8, pr.63, 64, 65, 79 'den aktaran Gürzumar, ss. 121-122.

hizmetlerine erişim ile ilgilidir. Tamamı Alman Federal Demiryolu İşletmesi (DB) ve Danimarka Devlet Demiryolları İşletmesi (DSB) tarafından oluşturulan bir ortak girişim tarafından işletilen Puttgard ile Rødby arasındaki feribot hattı, yolcu taşımacılığında %70.9 ve mal taşımacılığında ise %87.9'luk pazar payıyla Almanya ile Danimarka (ve İsveç) arası deniz ulaşımının en önemli hattını oluşturmaktadır. Coğrafi nedenlerle, söz konusu bağlantının- iki yakada farklı yerler arasında kurulacak- başka bir alternatifi yoktur. Danimarka Ulaştırma Bakanlığının bir departmanı olarak çalışan ve Danimarka'daki demiryolu trafiğini organize etme konusunda münhasır hak sahibi olan DSB, aynı zamanda Rødby limanının sahibi olup, limanı münhasıran yönetme yetkisine sahiptir. Limandaki terminalden yararlanılması ise Ulaştırma Bakanlığı'nın DSB'nin önerisi üzerine vereceği izne bağlıdır⁴⁸¹.

Stena Line, anılan denizyolu hattındaki feribot seferi pazarına girmek ister. Ancak Danimarka Ulaştırma Bakanlığı, Stena Line'ın Rødby Limanından yararlanma talebini reddeder. Bakanlık aynı zamanda şirketin sunduğu ikinci bir alternatif olan, Rødby limanının hemen yanında özel bir terminal kurma isteğini de geri çevirir. Bunun üzerine Stena Line Komisyona başvurur.

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, ilgili pazarı Rødby-Puttgarden hattında gerçekleştirilen feribotla yolcu ve araç taşıma faaliyeti için Danimarka'da verilmesi gereken liman hizmetleri pazarı olarak belirler. Komisyon'a göre; DSB, Rødby Liman'ının sahibi ve yönetim makamı olarak, bu pazarda hukuken güvence altına alınmış bir tekelden yararlanmakta ve böylelikle de tek başına hâkim durumda bulunmaktadır. Hattaki feribot hizmetleri pazarında o zamana kadar sadece DB ve DSB feribot seferi düzenlemektedir. Komisyona göre DSB'nin ve DB'nin komşu (fakat farklı) bir piyasa teşkil eden bu pazardaki konumları, herhangi bir **tarifeli hat konferansı üyelerinin** (durumları birlikte değerlendirilmesi gereken) konumuna çok benzemektedir ve bu nedenle de birlikte mütalaa edilmelidir. Buna göre, DSB ve DB söz konusu hattaki feribot seferleri pazarında birlikte hâkim durumdadırlar. Komisyon kararında şu ifadeler yer vermiştir⁴⁸².

'Bir zorunlu unsur, yani kendisine erişim sağlanmadıkça rakiplerin müşteriye hizmet sunması imkansız olan bir imkan ya da alt yapıyı hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüsün, rakiplerinin o imkan ya da alt yapıya erişme

⁴⁸¹ Case 94/119/EEC, OJ 1994L 55/52 'den aktaran, Gürzumar, s. 122-123.

⁴⁸² Gürzumar, s. 123.

taleplerini reddetmesinin RA (eski) md.86 hükmünü ihlal anlamına geleceğini; bu nedenle zorunlu unsur niteliğindeki bir limana sahip olan veya böyle bir limanı yöneten ve aynı zamanda o limadan feribotla taşıma hizmetleri de sunan bir teşebbüsün, aynı deniz yolu hattında faaliyet göstermek isteyen başka bir gemi sahibine söz konusu limana erişim imkanı vermemesinin, nesnel bir mazaret bulunmadıkça, RA md.86 ihlal edilmeden mümkün olamayacağını.....

‘..belli bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün, komşu fakat ayrı bir pazarda, başka bir teşebbüs tarafından verilebilecek ikincil bir hizmeti, o teşebbüs tarafından yaratılacak tüm rekabetin elimine olması riskini doğuracak bir şekilde ve hiçbir nesnel sebep göstermeksizin sadece kendisine ayırmasının hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil edeceğini.. ’

Komisyon ayrıca, olayda DSB’nin Stena Line karşı gerçekleştirdiği davranışın, RA. m.86 (eski) ile birlikte aynı antlaşmanın 90. maddesine de (eski) aykırı nitelik taşıdığından, Danimarka Hükümeti’nin söz konusu ihlali sona erdirmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸³.

Port of Roscoff Kararı

Bu karara konu olayda ise, Roscoff (Fransa) Liman’ını işletmekte olan Morlaix Sanayi ve Ticaret Odası (ICC Morlaix), feribot taşımacılığı şirketi Irish Continental Group’un (ICG), Roscoff’dan İrlanda’ya feribot seferleri düzenleme talebini, sebep göstermeksizin reddeder. O sırada sadece tek bir teşebbüs, Brittany Ferries, Roscoff Liman’ından İrlanda’ya sefer düzenlemektedir. Bretagne ile İrlanda arasında feribot seferleri için başka herhangi bir limandan yararlanılması çeşitli teknik ve fiili nedenlerden dolayı mümkün değildir. Diğer yandan liman işletmecisi olan CCI Morlaix’in, liman hizmetlerinden yararlanmak suretiyle gerçekleştirilen feribot taşımacılığı pazarında kayda değer bir faaliyeti olmayıp sadece, Brittany Ferries şirketinde %5 hissesi vardır.

Komisyon, önceki liman kararlarında kullandığı zorunlu unsur tanımını burada da kullanarak, Roscoff limanının Bretagne ile İrlanda arasındaki feribot taşımacılığı faaliyeti için bir zorunlu unsur oluşturduğunu belirtir. CCI Morlaix’in

⁴⁸³ Case 94/119/EEC, OJ 1994 L 55/52 pr.12,19’dan aktaran Gürzumar, ss. 123-124.

söz konusu deniz hattındaki feribot taşımacılığına verilecek liman hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğunu ve bu hâkim durumunu kötüye kullandığına karar verir⁴⁸⁴.

Diğer dosyalardan farklı olarak, zorunlu unsurun kullandırılmamasının hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil etmesi bakımından, Komisyonun zikretmiş olduğu zorunlu unsurun sahibi olan teşebbüsün, bu unsuru aynı zamanda kullanıyorsa olması (yani hâkim durumdaki teşebbüsün alt yapıyı hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs olması ve böylelikle talep sahibi teşebbüs ile arasında potansiyel bir rekabet ilişkisinin bulunması) keyfîyeti esasen bu olayda gerçekleşmiş değildir. Komisyon liman işletmecisi CCI Morlaix'in feribot taşımacılığı şirketi Brittany Ferries üzerindeki iktisadi çıkarının çok büyük olmamasının, CCI Morlaix'in eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini engellemeyeceğini kararında belirtmiştir⁴⁸⁵.

Komisyon, Roscoff Limanının kabul edilebilir şartlarla giriş sağlanabilecek tek yer olduğunu, ekonomik ve fiziki gerekçelerle göstermiş ve böylece fiili tekelleşme durumunda olduğunu tespit etmiştir. Komisyon kararında, bu tekelin, rakiplerin müşterilerine hizmet verebilmeleri için zorunlu bir unsur olan hizmetleri vermeyi reddetmesini hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir⁴⁸⁶.

(vii) Geniş ve Dar Anlamda Zorunlu Unsur Doktrini

Somut bir olayda, ilgili unsur münhasıran sahibinin ona dayanak sunduğu (alt pazar) faaliyetine *özgülenmiş bir işletme unsuruysa* ve bu nedenle de bu unsurun piyasaya sunulmasının, başka teşebbüslere ivazlı olarak kullandırılmasının unsur sahibinin **iştilal alanına girdiği kabul edilemiyorsa**, bu unsurun sahibi tarafından alt pazardaki potansiyel rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ilke **dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur** doktrini olacaktır.

⁴⁸⁴ Gürzumar, ss. 124-125.

⁴⁸⁵ 1995/ 5 CMLR 177 'den aktaran, Gürzumar, ss.124-125.

⁴⁸⁶ Jean-Yves Art, Dirk Van Liedekerke Developments in EC Competition Law in 1995, s. 251'den aktaran Aslan, Rekabet, s. 500.

Buna karşın, eğer somut bir olayada, ilgili unsur, münhasıran sahibinin ona dayanak sunduğu alt pazar faaliyetine *özgülenmiş bir işletme unsuru değilse* ve bu nedenle bu unsurun piyasaya arz edilmesinin ve başka teşebbüslere ivazlı olarak kullandırılmasının unsur sahibinin **iştilal alanına girdiği kabul edilebiliyorsa** bu durumda bu unsurun sahibi tarafından alt pazardaki rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ölçütün **geniş anlamda zorunlu unsur doktrini** olarak adlandırılması mümkündür⁴⁸⁷. Bu açıklamalar kapsamında aşağıdaki gibi bir ayrıma gidilmesi mümkündür⁴⁸⁸:

- Zorunlu unsur doktrininin değerlendirme alanı dışında kalan iş yapmaktan (mal göndermekten veya hizmet sunmaktan) kaçınma halleri
- Zorunlu unsur doktrininin değerlendirme alanına giren rakiplerle anlaşma yapmaktan kaçınma halleri:
 - 1) Geniş anlamda zorunlu unsur doktrinin değerlendirme alanına giren anlaşma yapmaktan kaçınma halleri,
 - 2) Dar anlamda zorunlu unsur doktrinin değerlendirme alanına giren anlaşma yapmaktan kaçınma halleri.

Komisyon'un limanlara ilişkin **Holyhead I, II** kararlarına konu olan ilişkilerde, zorunlu unsuru pazarlamanın veya ivazlı olarak kullandırmanın, unsur sahibinin iştilal alanına girdiğini söyleyebiliriz. Bu durumda karara konu olan olayların geniş anlamda zorunlu unsur doktrininin değerlendirme alanına girdiği söylenebilir⁴⁸⁹.

Port of Rodby kararında, Rodby limanından başka teşebbüslere liman hizmeti sunulmasının DSB'nin iştilal alanına girmediği, bu limanın, baştan beri ve sadece DSB'nin kendisinin Rodby-Puttgarden arasındaki feribot taşımacılığı faaliyetine özgülenmiş olduğu ve bu limandan DB'nin aynı hattın feribot seferi düzenlemek üzere yararlanmasında bu bağlamda başka bir sonuca varılmasını gerektirmediği, çünkü; ortak fiyat tarifelerinin belirlenmesi, sefer zamanlarının birlikte tespit edilmesi, ortak pazarlama faaliyetleri gibi işbirliği yöntemleriyle her iki teşebbüsün aslında birlikte faaliyet gösterdikleri dolayısıyla söz konusu limanı

⁴⁸⁷ Gürzumar, s. 159.

⁴⁸⁸ Gürzumar, s. 161.

⁴⁸⁹ Gürzumar, ss. 159-160; dipnot. 233.

sadece kendi inisiyatifindeki seferler için kullandığı dikkate alındığında, Komisyon'un burada dar anlamda zorunlu unsur doktrini çerçevesinde değerlendirmesi gereken bir olay olduğu görülmektedir⁴⁹⁰.

Komisyonun **Port of Roscoff** kararındaki olayda, Roscoff limanını işletmek, yani bu limandan yararlanmak isteyen gemi işletmelerine liman hizmetleri vermek CCI Morlaix'ın olağan iştiğal alanını oluşturduğu gibi, CCI Morlaix'ın alt pazar olan limandan feribot seferi düzenleme pazarında bağımsız ve kayda değer bir faaliyetinden söz etmek mümkün değildir. CCI Morlaix'ın liman hizmeti faaliyeti vermekten kaçındığı ICG'nın esasen onun rakibi olduğundan da söz edilemez. Bu nedenle karara konu olan olay, aslında bu çalışmada belirlenen çerçevede ne geniş ne de dar anlamda zorunlu unsur doktrininin değerlendirme alanına girmektedir⁴⁹¹.

b. Ayrımcı Uygulamalar ve Corsica Ferries Kararı

4054 sayılı yasanın 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ikinci örnek, aynı maddenin (b) bendinde şu şekilde düzenlenmiştir; *"...Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması..."*

Bu konuya ilişkin Avrupa Birliği Hukukundaki paralel düzenlemede (m.102/c) ise ayrımcılık; *'ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları'*, şeklinde kalem alınmıştır.

Her iki düzenleme de hâkim teşebbüsleri muhatapları karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Ancak, 4054 sayılı kanun'un "b" bendindeki düzenlemede ise eksiklik bulunmaktadır. Zira hâkim teşebbüs sadece alıcılarına değil, satıcı ve aracılara da farklı şartlar dayatarak, onlar arasında rekabet koşulları açısından ayrımcılık yapabilir. Bu nedenle "alıcı" kavramının, hâkim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması mecburiyeti bulunmaktadır⁴⁹².

⁴⁹⁰ Gürzumar, s. 176.

⁴⁹¹ Gürzumar, ss. 159, 160, 176; dipnot. 233, 294.

⁴⁹² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 267; Kanımızca Kanun'un 6/1 inci maddesinin genel ifadesi çerçevesinde ve bu maddede yer alan eylemin sadece bir örnek oluşturması nedeniyle ayrımcılığın,

Diğer yandan kanunun 6/2(b) maddesinde yer verilmemiş olan bir husus, tarafların rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirilmesi suretiyle ortaya çıkan ya da bu sonucu doğuran ayrımcılıktır. Bu şekilde rekabet edebilirlikleri açısından birbirlerine karşı dezavantajlı konuma gelme koşulunun olmaması halinde, rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamaların da yasaklanabileceği belirtilmiştir. Ayrımcı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı olabilmesi için ayrımcı uygulamada bulunan işletmelerin en azından potansiyel olarak birbirinin rakibi olması gerekir. Aksi halde bir işletmenin farklı pazarlardaki rekabet koşullarına göre farklı farklı belirlediği fiyatlar nedeniyle ortaya çıkan ayrımcılık halleri de yasaklanmış olacaktır. Bu ise işletmelerin farklı pazar koşullarına uyum sağlamalarını engelleyecektir⁴⁹³.

Ayrımcılığa ilişkin olaylar genellikle fiyat ayrımcılığı, mal vermeyi veya zorunlu unsurlara erişimi reddetme, farklı şartlar ileri sürme gibi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Fiyat ayrımcılığının iki tür uygulaması söz konusudur. Bunlar, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılıktır⁴⁹⁴.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı; hâkim teşebbüsün farklı satış fiyatları uygulamak suretiyle yaptığı ayrımcılık türüdür. Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece olmak üzere üç alt kategoride incelenmektedir. Dolaylı fiyat ayrımcılığı, esas itibarıyla hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılara aynı fiyattan satış yapmasına karşın, neticede satış fiyatı haricindeki unsurlardan kaynaklanan nedenlerle, alıcılar için farklı fiyatlar oluşması şeklinde ifade edilebilir. Bu bağlamda, dolaylı fiyat ayrımcılığı, genel olarak teşebbüsün bazı alıcılara indirim yapması ve parasal ödemelerde bulunması olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır⁴⁹⁵.

Corsica Ferries II kararında, Cenova Limanı kaptanlarınca kurulmuş bir şirkete, kamu otoritelerince zorunlu pilotaj hizmetini sağlamak üzere münhasır bir hak tanınması sözkonusudur. Şirket tarafından belirlenen plotaj tarifeleri, bakanlık tarafından onaylanmıştır. Firma tarafından İtalyan limanları arasında faaliyet gösteren ve İtalyan bayrağı taşıyan gemilere daha düşük bir tarife uygulanmasına rağmen

hâkim durumda olan teşebbüsün alıcı veya satıcı olması olasılığı ve hem alıcılara ve hem de satıcılara karşı uygulanabileceği haller göz önünde bulundurulmalıdır.(Asçıoğlu, 1.3.2 numaralı başlık)

⁴⁹³ Aslan, Rekabet, s. 482.

⁴⁹⁴ Yanık, s. 3,3. numaralı başlık.

⁴⁹⁵ Bkz. ayrıntılı bilgi için, Ümit Görgülü, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi no:32, Ankara, 2003, 2. Bölüm.

İtalya'dan diğer üye devletlere ya da üye devletlerden İtalya limanlarına sefer yapan deniz araçları, aynı indirimden yararlanamamaktadır. Corsica Ferries şirketi, milli denizcilik şirketlerine karşı uygulanan ayrımcı indirim sistemine karşı dava açmıştır. Adalet Divanı kararında, bir işletmenin yasal tekel olması halinin, bizzatı R.A'nın 86. maddesine aykırı olmadığını, ancak bu tekel gücünün kötüye kullanılmasının yasaklandığını belirtmiştir. Bu kararda Adalet Divanı, aynı hizmet için eşit koşullarda olan işletmelere farklı şartların uygulanıyor olmasını, ulusal otoritelerin kendi vatandaşları lehine ayrımcılıkta bulunmasının R.A'nın 86/2(c)(102/c) maddesi çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir⁴⁹⁶.

Mal ya da hizmetin eşit konumdaki alıcılara farklı fiyatlardan satılması her zaman otomatik olarak ayrımcı uygulama kapsamında değerlendirilmez⁴⁹⁷. Rekabet Kurulu, bu hususu 'CINE 5' kararında şu şekilde izah etmiştir.

'Arz ve talebe bağlı olarak fiyatta değişikliğin meydana gelmesi piyasa ekonomisinin işleyişi açısından doğaldır, hatta bazen kaçınılmazdır. Birçok piyasa faktörüne bağlı olarak aynı ürünün farklı fiyatla satışı yapılabilmektedir. Çabuk bozulan bir malın kısa zamanda satılmasının zorunlu olması durumunda malın satışını kısa sürede gerçekleştirmek için satıcının fiyatları düşürmesi gerekebilmekte veya stok fazlası, teknolojik yenilikler nedeniyle malın fiyatı düşürülmek veya yükseltilmek istenebilmektedir. Dolayısıyla, her fiyat farklılaştırması, ayrımcı uygulama teşkil etmemektedir.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün ayrımcı uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

- I. *Ayrımcı uygulamada bulunulan teşebbüsler birbirinin rakibi olmalıdır.*
- II. *Uygulama alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmelidir.*

⁴⁹⁶ Ece Aslan, Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2010, ss. 260-261.

⁴⁹⁷ Somut olay kapsamında ayrımcı fiyat uygulamalarının tespitinde genel olarak iki unsurun dikkate alınması önem taşır. Bunlardan ilki, Kanun'da da belirtildiği üzere, işlemlerin ayniyeti ve muhatap teşebbüslerin konumları arasında yapılan karşılaştırma ve kıyaslama, diğeri ise, uygulanan fiyata etki etmesi muhtemel diğer piyasa faktörlerinin değerlendirilmesidir. (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 267-268)

III. *Eşit olmayan ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması, Rekabet Hukuku açısından fiyat ayrımcılığı değildir. Ticari işlemlerin eşit olup olmadığının tespitinde kullanılan kriterler ise şunlardır:*

- *Ticari işleme konu malın doğasına bağlı unsurlar: Malın cinsi, niteliği, maliyeti vb. unsurların eşit olup olmaması,*
- *Ticari işlemlerin gerçekleştiği koşullar: Teslimatın nerede, ne zaman yapılacağı, alıcı tarafından yapılacak ödemenin peşin veya vadeli olması, alım hacmi (miktarı) gibi tamamen alıcının talebinin sağlayıcıya hangi koşullarda yöneldiğinin belirlenmesine ilişkin koşulların eşit olup olmaması*⁴⁹⁸,

Fiyat ayrımcılığının kötüye kullanma hali olup olmadığının tespiti için objektif haklı görülebilirlik kistası uygulanmaktadır. Buna göre teşebbüsler yaptıkları ayrımcı uygulamayı ekonomik gerekçelerle açıklayabilirler. Bu kapsamda, hâkim teşebbüs özellikle maliyet, rekabet ve değişen koşullar savunmaları yaparak sorumluluktan kurtulabilir. Uygulamada, haklı bir gerekçeye dayanmayan ve rekabet ortamını olumsuz etkileyen fiyat ayrımcılığı uygulamalarının yasaklanması konusunda genel bir görüş birliğinin bulunduğu söylenebilir de, rekabet ortamını etkilemeyen ancak tüketicinin veya sağlayıcının sömürülmesine neden olan ayrımcı uygulamaların yasaklanıp yasaklanmaması gerektiği hususunda bir fikir birliği oluşmamıştır. Bu konu daha çok uygulayıcıların kabul edecekleri politikalara göre şekillenecektir. Yine de, görünürde rekabet ortamını olumsuz etkilemese de hâkim teşebbüsün fiyat ayrımcılığı yapabilmek için piyasayı suni olarak yeniden düzenlemesi, kötüye kullanma hali olarak değerlendirilebilir. Esasen buradaki kötüye kullanma halinin, fiyat ayrımcılığı ile ilişkisi kadar, hâkim teşebbüsün pazar gücüne dayanarak piyasa koşullarını kendi çıkarlarına göre düzenlemesi ile ilgili olduğu da söylenebilir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya No:1-Ö.G.-98/8 (soruşturma), Karar No: 99-46/ 500/ 316, Karar Tarihi:11.10.1999, Resmi Gazete Sayısı; 24362, (CINE 5Kararı).

⁴⁹⁹ Görgülü, 5.Bölüm, Sonuç Kısmı.

c. Ek Yükümlülükler Öngörmek ve Bağlama Uygulamaları

Kanun'un 6/2(c) maddesi; " *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 getirilmesi* " hâkim durumun kötüye kullanılması durumlarından birisidir.

Kanun'un 6/2(c) maddesinde i) bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınması koşulu, ii) talep edilen bir mal veya hizmetin satışının, alıcı tarafından başka mal ve hizmetlerin de teşhiri şartına bağlanmış olması, iii) satın alınan bir malın veya hizmetin yeniden satışında belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi yeniden satışa ilişkin koşulları düzenlemektedir⁵⁰⁰.

Bu konuya dair AB Rekabet Hukuku'nda ABİDA'nın 102/d.bendindeki paralel düzenleme ise daha sade ve anlaşılır mahiyettedir; '*sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması*' hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

4054 sayılı yasanın 6/2(c) maddesinin, AB Rekabet Hukukundaki düzenlemeye nazaran daha sınırlı ve eksik olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Buna göre yasa maddesi sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri ya da tekrar arzı ile ilgili ek yükümlülükler düzenlemiş olması, daha farklı ek yükümlülükler⁵⁰¹ yüklemeyi kapsam dışı bırakmaktadır. Diğer taraftan bu düzenlemenin amacı, hâkim teşebbüs tarafından, pazarlık imkânı olmayan teşebbüslere karşı sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak dayatılan istismara dayalı uygulamaların önüne geçilmesidir. Bu uygulamaların tespit edilmesinde belirleyici olması gereken ise, "*ticari teamüller*" ve "*antlaşmanın niteliği*" kıstaslarıdır. Dolayısıyla Kanun'un 4. maddesi ve ABİDA'nın da 102. maddesinde yer alan açık hükümlere rağmen bu

⁵⁰⁰ G. Aşcıoğlu Öz, s. 163.

⁵⁰¹ Örneğin aynı işletmeler kendilerinden buzdolabı satın alınabilmesini, kendi ürettikleri diğer ürünlere de bakım ve onarım hizmetleri verilmesi koşuluna bağlayabilirler. (Aslan, Rekabet, s. 495)

kıstaslara yer verilmemesi, bu hükmün fonksiyon itibarıyla sakatlanmasına yol açmıştır⁵⁰².

Satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlı olarak yaptığı anlaşmalara **bağlama anlaşmaları** denir. Bu tür anlaşmalarda alıcı tarafından esas olarak talep edilen birinci ürüne “bağlayıcı ya da bağlayan ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne “bağlanan ya da bağlı ürün” adı verilmektedir. Bağlayıcı ya da bağlanan ürünün mal, hizmet, arsa ve patent gibi maddi ya da maddi olmayan bir ekonomik varlık olması mümkündür⁵⁰³.

Rekabet Hukuku’nda bağlama uygulaması kavramı, alıcı ile satıcı arasındaki ticari ilişki çerçevesinde ortaya çıkan ve anlaşmanın niteliğine ve ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal ya da hizmet ile birlikte diğer mal ya da hizmetin satın alınmasının zorunlu kılındığı uygulamalar olarak tanımlanabilir. Satıcının ekonomik açıdan cazip sunumlar veya sözleşmesel yükümlülükler ile alıcıyı bir ürün ile birlikte farklı bir diğer ürün veya hizmeti de almaya yönlendirdiği veya zorladığı durumlarda bir bağlama uygulaması söz konusudur. Satıcı bu konuda sözleşmesel koşullar veya sahip olduğu pazar gücü ile alıcının iradesini etkileyerek bağlama şeklindeki sunumu kabul etmesini sağlamaktadır. Bağlama uygulaması teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem yoluyla ortaya çıkabileceği gibi, hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünü kötüye kullanması yolu ile de ortaya çıkabilir⁵⁰⁴.

Sanlıya göre; yasa maddesinde belirtilen uygulamalardan ilki sıklıkla rastlanan ve literatürde, “*kelepçeleme sözleşmeleri*” veya “*kayıtları*” olarak adlandırılan hallerdir. Örneğin alıcının talep ettiği bilgisayarın, yazıcısıyla birlikte alınmasının şart koşulması veya talep edilen bir arabanın, klima olmaksızın satışından kaçınılması hallerinde, kelepçeleme uygulamasının varolduğu söylenebilir. Bu durumda alıcı tarafından esas arzu edilen mal, örneğin bilgisayar, “*bağlayan veya bağlayıcı mal*”, bununla birlikte alımı dayatılan mal, yani yazıcı ise, “*bağlı mal*” olarak adlandırılmaktadır. Hükümde yer alan ikinci durum da,

⁵⁰² Aslan, Rekabet, s. 495; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 268.

⁵⁰³ Kürşat Ünlüsoy, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, 1. 2.numaralı başlık.

⁵⁰⁴ Karakılıç, s. 571, 572, 15.

kelepçeleme sözleşmelerinin bir görünümü olarak nitelendirilebilir. Zira buradaki tek farklılık, bağlı malın satımı yerine, teşhir edilmesi, yani reklam ve tanıtımının yapılması şartının öngörülmesidir. Örneğin, alıcı tarafından talep edilen bilgisayarın satışı, satıcı tarafından yazıcının da teşhiri koşuluna tabi kılınırsa, bu durum, hem alıcının ticaret özgürlüğünün kısıtlanmasına, hem de yazıcı piyasasındaki rekabetin dışlanmasına neden olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, kelepçeleme sözleşmeleri veya bu etkiyi doğuran sözleşmeler, bu iki durumdan ibaret değildir⁵⁰⁵.

Ancak Karakılıç, sözleşmenin niteliği ilgili olarak farklı görüştedir. Karakılıç'a göre, *'sözleşmede kararlaştırılan hükümlerden dolayı sözleşme taraflarından birinin, ekonomik özgürlüğünün genel ahlaka aykırı sayılacak kadar aşırı derecede sınırlandırılması ve bu sebeple diğer tarafın keyfine tabi olur hale gelmesi'* olarak tanımlanan kelepçeleme sözleşmeleri ile bağlama uygulamalarının farklı durumlar olduğu görüşündedir. Bu kapsamda, bağlama uygulamaları mal ve hizmet piyasasındaki rekabeti sınırlayan veya ortadan kaldırabilen davranışlardır. Kelepçeleme sözleşmeleri ise daha uzun süreli, bireysel sözleşmelerdir ve sözleşmedeki edim-karşı edim dengesindeki oransızlık nedeni ile kişilerin ekonomik özgürlüklerinin tehlikeye girmesi hali söz konusu olup bu durum sözleşme ilkesi özgürlüğü yanında genel ahlaka da aykırı olarak değerlendirilmektedir. Bağlama uygulaması ise mal veya hizmet piyasalarında ortaya çıkabilen daha genel bir durumu ifade etmektedir. Hatta bu konuda, kural olarak, hâkim durumda olmamak koşuluyla bir teşebbüsün kendi ticari politikası ile ürünlerini bağlı satması ve tüketicilerinde kendi özgür iradeleri ile bu tarz sunumları kabul etmeleri rekabete aykırı değildir. Buna karşın, rekabet hukukunda da önemli bir uygulama yeri olan dikey anlaşmalar kapsamında özellikle de bayilik ve tek satıcılık sözleşmelerinde yer alan koşullar kelepçeleme sözleşmeleri açısından değerlendirilebilir. Örneğin bayilik sözleşmesinde yer alan yüksek orandaki cezai şart veya bayie yüklenen uzun süreli rekabet yasağı bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁰⁶.

Bağlama anlaşmalarının klasik biçiminde iki ürünün bağlanması söz konusudur. Hâlbuki bağlama anlaşmaları her zaman bu kadar belirgin olmamakta, hemen göze çarpmayan ya da bağlama açısından tartışmalı olan birçok karmaşık

⁵⁰⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 120-121.

⁵⁰⁶ Ünal Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara, 2012, aktaran, Karakılıç, ss. 14-15.

biçimde olabilmektedirler⁵⁰⁷. Bunların başında ise satıcının tüm ürün çeşidinin alıcı tarafından satın alınmasına yönelik olarak yapılan “full line forcing” uygulaması gelmektedir. Bu uygulamalar bağlama anlaşmalarının olduğu kadar tekelden satın alma anlaşmalarının ya da fiyat dışı rekabet sınırlamalarının bir biçimi olarak da görülebilmektedir. Bağlama anlaşmalarının bir başka biçimi ise paket ya da takım olarak yapılan satışlardır. Paket satışın anlamı, birden fazla ürünün birleştirilerek tek bir fiyattan satılmasıdır⁵⁰⁸.

Bağlı ürün satışı, ikinci piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler aleyhine sonuçlar doğurduğu gibi hâkim firmaya da haksız avantajlar sağlamaktadır. Hâkim firmanın pazar gücüne sahip olduğu ürünü, yeni girmek istediği ya da hâkim durumda olmadığı pazarda ürettiği ürünün de alınması şartıyla satması, sınırlı piyasa hacmini kendi lehine değiştirmekte ve bu pazara girmek isteyen ya da yalnızca bağlı ürün piyasasında faaliyet gösteren sağlayıcıları pazar dışına çıkararak rekabeti engelleyici etkiler doğurabilir. Gerçi her iki pazara hâkim olunması durumunda da kötüye kullanma söz konusudur. Bu davranışın sonucu rakibin mutlaka pazardan silinmesi olmayabilir. Rakibin rekabet gücünün kırılması ile ondan gelebilecek rekabet baskısından kurtulmuş olunur. Ayrıca fiyat ayrımcılığı ve yıkıcı fiyat uygulamasına neden olması gibi rekabet üzerinde olumsuz etkileri de bulunmaktadır. Diğer taraftan bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri aynı zamanda alternatif tedarik kaynaklarının azalması anlamına da geldiğinden, bu durum dolaylı yoldan alıcıların sömürülmesi suretiyle tüketici refahının da olumsuz etkilenmesine yol açacaktır. Tüketicilerin ilgili ürünle ilgili olarak seçeneklerini sınırlandırmakta, tek bir ürün satın alınması konusunda bir mecburiyet meydana getirmektedir⁵⁰⁹.

Microsoft olayında olduğu gibi, yazılım piyasasında hâkim durumda olan bir teşebbüsün, yazılım programı satarken internete erişim programının da alınmasını şart koşması veya yazılım programı içerisine bu programı da dâhil ederek satması, teşebbüsün bir mal ya da hizmet ile birlikte diğer mal ya da hizmetin satın alınması konusunda şart ileri sürmesi durumuna örnektir. AB Hukuku’nda Komisyon bağlama

⁵⁰⁷ P. Areeda, ve D. F. Turner (1978), *Antitrust Law*, Vol. III, Fourth Edition, Little Brown and Company, Boston. s. 257’den aktaran, Ünlüsoy, 1. 3 numaralı başlık.

⁵⁰⁸ Diğer yandan bağlama anlaşmaları ekonomik açıdan kullanım amaçlarına göre de değişik biçimlerde olabilmektedirler. Bunlardan başlıcaları; ekonomik gücün genişletilmesi (*leveraging/extension of monopoly*), fiyat ayrımcılığı, yıkıcı fiyat uygulaması, gizli fiyat indirimleri, fiyat kontrollerinden kurtulma biçimleri olarak sayılabilir. (Ünlüsoy, 1. 3 numaralı başlık)

⁵⁰⁹ Yanık, 3. 6 numaralı başlık; Karakılıç, s. 135; Güven, s. 360.

uygulamalarına ilişkin Microsoft kararında bir bağlama uygulamasının 102. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için; (i) bağlayan ve bağlanan ürünlerin farklı ilgili ürün pazarlarında yer alması (ii) bağlama uygulamasını gerçekleştiren teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hâkim durumda olması, (iii) teşebbüsün tüketicilere bağlayan ürünü bağlanan üründen bağımsız bir şekilde tek olarak satın alma şansı sunmaması ve (iv) bağlama sonucunda pazarın rakiplere kapatılması koşullarının **bir arada** bulunması gerektiğini belirtmiştir⁵¹⁰.

Somut bir olayda bağlama uygulamasının varlığı açısından öncelikle bağlayan ve bağlanan ürün olarak da tanımlanan iki farklı ürünün tespiti gerekmektedir. İki farklı ürünün varlığı fotokopi-kâğıt örneğinde olduğu gibi ilk bakışta kolayca anlaşılabilir. Ancak birçok olayda örneğin teknolojik ürün bağlama uygulamalarında çoğu zaman iki farklı ürün birlikte işlevsel olacak şekilde bağlandığından bu ayrımı yapmak oldukça güçtür. Bu konuda belirleyici olan alıcı ya da tüketiciler açısından her iki ürüne yönelik ayrı bir talebin varlığıdır. Alıcı bağlayan ya da bağlanan ürünü pazarda farklı tedarik kaynaklarından edinebiliyor veya potansiyel açıdan dahi olsa her iki ürüne yönelik ayrı bir pazar ve tüketici talebinden söz etmek mümkün ise bu durumda iki farklı ürün bulunmaktadır⁵¹¹.

Diğer bir unsur ise teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hâkim durumda veya önemli bir pazar gücüne sahip olmasıdır. Genel kural böyle olmakla birlikte, ikincil ürün pazarlarındaki bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri bakımından teşebbüsün bağlayan ve /veya bağlanan ürün pazarında, paket satışlarında ise teşebbüsün ürünlerden en az birisi ile ilgili pazarda hâkim durumda olması yeterlidir. Bağlama anlaşmalarının yasaklanmasının başlıca nedenlerinden biri satıcının bir ürüne ilişkin ekonomik gücünü, diğer ürüne aktarma girişimidir. Bu bakımdan satıcının bağlayıcı ürüne ilişkin gücünün, alıcıyı istenmeyen bir alımda bulunmasına zorlama yoluyla bağlanan ürün pazarında bir sınırlama yaratabilmesine yetecek bir güç olması gerekmektedir. Bağlanan ürünün talep edilmemesi çok yüksek bir fiyatla

⁵¹⁰ Erdem Aktekin, Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarlarında Bağlama Uygulamalarına Yaklaşım ve Öneriler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Seri No: 118, Ankara, 2013, s. 27; Güven, s. 360.

⁵¹¹ Karakılıç, s. 573.

sunulmasından ya da alıcının ilk tercihi olmayan bir markanın seçilmesi gibi nedenlerden kaynaklanabilir⁵¹².

Bağlama anlaşmasından söz edilebilmesi için doğal olarak ayrı ürünlerin bağlı satışının kanıtlanması gereklidir. Aslında burada kanıtlanması gereken ürünlerin paket olarak satışından çok alıcının istenmeyen bir ürünü almaya zorlanıp zorlanmadığıdır. Son olarak ise bağlayıcı anlaşmaların bağlanan ürün pazarında rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurması gerekmektedir. Rekabet Kurulu da bir anlaşmanın bağlayıcılık unsuru içerip içermediğini yukarıda izah edilen kriterler göre belirlemektedir⁵¹³.

(1) Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Bağlama Uygulamaları

4054 sayılı yasanın, 4'üncü maddesi uyarınca; mal ya da hizmet piyasalarında rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bağlama anlaşmaları yasanın 4'üncü maddesinin (f) bendinde hükme bağlanmış ve *'Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi'* yasada hukuka aykırılık teşkil eden örnekler arasında sayılmıştır.

AB Rekabet Hukuku'nda ABİDA'nın 101/1(e) bendindeki düzenlemede ise *'sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan'* tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.

⁵¹² Karakılıç, s. 574; T.L Banks, (2000), Distribution Law: Antitrust Principles and Practice, Second Edition, Aspen Law and Business, New York. 7-33'den aktaran Ünlüsoy, s. 2.5.3.numaralı başlık.

⁵¹³ Aslan, Rekabet, s. 496; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002-3-70 (Önaraştırma) , Karar Sayısı: 03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.1.2003

Bu hükme benzer şekilde, RKHK m.4/f göre de rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisi olan bir anlaşma (yatay ve dikey anlaşmalar), karar veya uyumlu eylem ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları yasaktır. Bu anlamda ilgili davranış açısından tarafların çokluğu ve taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın varlığı gerekmektedir. RKHK 4. maddeleri teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerini düzenlemektedir. Bu yüzden söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi en az iki teşebbüsün varlığını gerektirir. Diğer taraftan bu uygulamaların yasa kapsamında hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, farklı piyasalara ait iki ayrı malın bulunması ve söz konusu uygulamanın da, ticari teamüllere veya anlaşmanın niteliğine aykırı olması gerekir⁵¹⁴.

RKHK m.6 açısından ise bir bağlama uygulamasının yasaklanabilmesi için teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması gerekmektedir. Bu hüküm teşebbüslerin etkin ve bozulmamış bir rekabet düzenini hedef alan, tek yanlı davranışlarını engellemeye yönelik hükümler içermektedir⁵¹⁵.

Bağlama uygulamaları açısından hukuku uygunluk nedenleri, yargısal makamlar tarafından dar olarak yorumlanan, objektif haklı bir neden ve/veya bir ticari teamülün varlığıdır. Bu hukuka uygunluk halleri RKHK m.4/2(f) maddesinde yer almasına rağmen, m.6/2(c) hükmünde yer almamaktadır. Dolayısıyla m.6/2 (c) bendinin mehzaz düzenlemesi olan ABİDA'nın 102/d bendinden farklılık söz konusudur. Avrupa Birliği uygulamasında, Komisyon, objektif gereklilik savunmasını, aynı zamanda hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı ve ayrımcı davranışları açısından genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedir. Diğer taraftan hâkim durumdaki teşebbüslerin genel olarak haklı gerekçe savunmaları ve bunla bağlantılı olarak ticari teamül iddialarını, Komisyon ve mahkemeler oldukça dar yorumlamaktadırlar⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Karakılıç, ss. 304-305; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 242; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 121.

⁵¹⁵ Her iki hükmün asıl hedefi aynı zamanda diğer teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğüne karşı yapılan ve rekabet yoluyla kontrolü mümkün olmayan davranışların engellenmesi düşüncesidir. Her ne kadar bu hükümler farklı davranışlara karşı uygulanacak kurallar gibi düşünülse de burada nihai amaç rekabet hukuku düzenlemeleri ile iç pazar hedefine ulaşmak için rekabetin korunmasıdır. (Karakılıç, s. 303)

⁵¹⁶ Komisyon, ABA m. 82 Hakkındaki Klavuz, No:28-29, Komisyon, Tartışma Metni, No:80'den aktaran, Karakılıç, s. 75, 530, 531.

Rekabet Kurulu'nun, yasanın 4. maddesi kapsamında bağlama uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlardan biri olan Densay A.Ş kararı, liman hizmetleri ve gemi acenteliği hizmetlerine ilişkindir. Kurulca yapılan soruşturma neticesinde rekabet ihlalinin tespit edildiği ve yüksek miktarda para cezasını içeren bu karar, tezimizin konusu kapsamında değerlendirilmese de, denizcilik sektöründeki önemi ve emsal niteliği nedeniyle tezin dördüncü bölümünde yer alan Rekabet Kurulu kararları başlığı altında incelenmiştir.

d. Bir Pazardaki Hâkim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen bir diğer kötüye kullanma örneği, m.6/2 (d) bendinde yer alan, *“Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler”* şeklindeki düzenlemedir.

Bu düzenleme, ABİDA'nın 102. maddesinde yer almamakla birlikte ATAD içtihatları⁵¹⁷ ile ortaya çıkan kötüye kullanma örneğidir. Bunlardan en önemlisi Telemarketing kararıdır. Karara konu olayda Adalet Divanı Telemarketing davasında bir pazardaki hâkim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılabileceğine hükmetmiştir. Söz konusu olayda televizyon hizmeti pazarında hâkim durumda olan Compagnie Luxembourgeoise (CLT) firması hiçbir haklı gerekçe olmadan komşu bir pazar olan, telemarketing faaliyetini (reklamı yapılan ürünle ilgili bilgi alınabilmesi veya siparişin gerçekleştirilebilmesi için reklamda belirtilen belirli bir telefon numarasının aranması sistemi), yan kuruluşu olan Information Publicite' hasretmiştir. Sonrasında ise CLT, reklam yayınlamak için kendisinden süre satın alan ve telemarketing hizmeti veren Centre Belge firmasının kontratını yenilemeyerek, kendi iştiraki olan reklam acentasına ait telefon numaralarının kullanılmadığı telemarketing reklamlarını da yayınlamamaya karar vermiştir. Centre Belge firmasının yargıya başvurusu üzerine ATAD, haklı bir neden yokken, bir pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, kendi başına veya aynı gruba ait bir yavru şirket vasıtasıyla hâkim olunan pazara bitişik (komşu) fakat ayrı pazarda faaliyette

bulunan diğer teşebbüsten gelecek bütün rekabeti yok etmek için hâkim olunan pazardaki faaliyeti diğer teşebbüse yararlandırmamasını hâkim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir⁵¹⁸.

Diğer yandan AB Komisyonu Kodok firmasının üretmiş olduğu teknolojik bakımdan çok üstün yeni bir filmi sadece kendi makinelerine uyacak şekilde imal etmesini, film pazarındaki hâkim durumunu makine pazarında kötüye kullandığı şeklinde yorumlamıştır. Commercial Solvents şirketinin mamül madde pazarına girmek amacıyla eskiden beri hammadde verdiği Zoja firmasına mal vermeyi kesmesini, hammadde pazarındaki hâkim durumun mamul madde pazarında kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir⁵¹⁹.

4054 sayılı yasanın 6/2 (d) hükmünün özelliği, bir teşebbüsün hâkim durumda olduğu pazar ile kötüye kullanma sayılan eylemlerin gerçekleştiği pazarın, farklı pazarlar olabileceğinin Kanun'da açıkça belirtilmiş olmasıdır. Burada başka mal ve hizmet piyasalarında rekabeti bozmayı amaçlayan eylemler denilmek suretiyle kötüye kullanma sayılan eylemler tanımlanmamış, genel olarak bu amaca yönelik eylemlere gönderme yapılmıştır⁵²⁰.

Hâkim teşebbüsün diğer piyasalarda rekabete etkide bulunması, ancak dışlayıcı veya kelepçeleme uygulamaları gibi, buna sebebiyet veren başka bir uygulamayla birlikte gerçekleşebilir. Bir başka deyişle, diğer piyasalarda rekabete etkide bulunmak, somut olayların önemli bir kısmında kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek bir uygulamanın sonucu veya bir unsurudur. Zira hâkim teşebbüsün sadece diğer piyasalardaki rekabet şartlarını bozmayı amaçlaması, ekonomik açıdan rasyonel bir davranış biçimi değildir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda bu düzenlemeye örnek teşkil edecek kararlar gözden geçirildiğinde de görülecektir ki, başka piyasalardaki rekabetin sınırlandırılması, bağımsız olarak değil, diğer başka kötüye kullanma hallerinin tali bir sonucu olarak gerçekleşmiştir. Bu kararların genelindeki ortak özellik, rekabetin kısıtlandığı diğer piyasanın komşu

⁵¹⁸ Case 311/84 Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA and Information publicite Benelux SA, ECR., Y.1985, s. 3278, p.27.' den aktaran Gül, s. 113, dn.350; Cemil Yanık, Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabeti Bozucu Fiyat Dışı Uygulamalar, Düzenleyici Yaklaşımlar, Uluslar arası Örnekler ve Türkiye Uygulaması, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2011, s. 26; Gürzumar, ss. 136-137.

⁵¹⁹ Aslan, Rekabet, s. 497.

⁵²⁰ G. Aşcıoğlu Öz, s. 163.

piyasa, yani hâkim konumda bulunan piyasaya malların niteliği bakımından yakın özellikler taşıyan bir piyasa olmasıdır. Buna karşılık, özellikle kelepçeleme sözleşmelerinin bulunduğu kötüye kullanma durumlarında; komşu piyasa özelliği göstermeyen piyasalarda rekabetin zarar görmesi mümkündür⁵²¹.

Aslana göre ise; hâkim olunan pazar ile kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği pazarlar birbirleri ile bağlantılıdır. Bu hüküm, içinde hâkim durumda olunan pazarla, kötüye kullanmanın gerçekleştiği iddia edilen pazar arasında bir bağlantı olmayan hallerde uygulanmaz⁵²².

e. Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın, Teknolojinin Kısıtlanması ve Port of Genoa Kararı

4054 sayılı yasanın m.6/2 (e) bendinde son kötüye kullanma örneği olarak "...Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ABİDA m.102/2 (b) bendiyle birebir aynı mahiyettedir. Bu düzenleme genel olarak, rekabet baskısının bulunmadığı durumlarda⁵²³ rekabet kavramından beklenen yararların gerçekleşmeyeceği ve bu nedenle de, ekonomik gelişmenin duraksayabileceği varsayımına dayanır. Hâkim konumdaki teşebbüs, özellikle yüksek giriş engellerinin bulunduğu durumlarda, aktüel ve potansiyel rekabet baskısını dikkate almayacak ve bu nedenle, verimlilikten uzaklaşabilecektir. Bu durum özellikle devlet tekeli ve devletin imtiyaz verdiği hâkim teşebbüsler tarafından yapılabilir. Çünkü sözkonusu piyasalara girebilmek yüksek maliyetler gerektirir. Üretim ve pazarlama talep miktarına göre değişkenlik arzedeceğinden, hakim teşebbüs talebin yükseldiği durumlarda arzı yükseltmeyerek ya da kısarak suni bir şekilde fiyatın artmasına böylece monopol karı elde etmeye çalışabilir. Teknolojinin yenilenmemesi halinde yüksek maliyetli üretimin hem fiyat açısından hem de sağlık ve kalite açısından tüketicinin zararına olduğu tartışmasızdır.

⁵²¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 270-271, dn. 245.

⁵²² Aslan, Rekabet, s. 497.

⁵²³ Hakim durumda bulunmak, müşteri ve tüketicileri sömürerek monopol karı elde etmek veya rakipleri dışlayarak rekabet baskısından uzaklaşmak gibi avantajların yanı sıra, bazı şartlar altında gelişim ve ilerleme zorunluluğunun olmadığı rahat bir faaliyet ortamı da sağlayabilir. Bu durum Rekabet Hukuku literatüründe "*rahat yaşam*" (quiet life) olarak adlandırılmakta.(Richard Whish/ Brenda Sufryn "Competition Law", 3rd Edition, London, 1993, s.271; Christopher Bellamy/ Graham Child, "Common Market Law of Competition", 4th Edition, London 1993, s.640'dan aktaran, Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 309, dn. 246.

Böylelikle, özellikle üretim, pazarlama veya teknoloji gibi alanlarda gelişme yavaşlayacak ve bu durum, genel ekonomi ve dolayısıyla da tüketicilerin zararına sonuçlar doğuracaktır⁵²⁴.

Rekabet hukuku kuralları, ne rakiplerin, ne tüketicilerin ve ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatinin korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması bir nihai hedef olarak, tüketicinin genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarından korunmasıyla gerçekleşir. Rekabet kurallarının uygulanmasında tüketici menfaatinin birincil ve doğrudan amaç değil, nihai ve dolaylı sonuçtur. Buna karşın Rekabet Kanununun 6/2(e) maddesinde de açıkça tüketici menfaatine yer verilmiştir⁵²⁵.

Bu maddede yer almamış olsaydı dahi, üretimin, teknik gelişimin, pazarların, pazarda hâkim durumda olan bir işletme tarafından sınırlandırılmasının hâkim durumun kötüye kullanılması sayılması gerekirdi. Bu maddede *"tüketicinin zararına olacak şekilde"* denilmek suretiyle tüketiciye verilen özel önem vurgulanmaktadır. Ayrıca bu maddenin açık hükmü karşısında, hâkim durumun kötüye kullanılmasının, sadece taraflarının teşebbüsler olduğu ticari ilişkiler bakımından değil, hâkim durumda olan teşebbüsün tüketici ile ilişkilerinde de söz konusu olabileceği sonucuna varmak da mümkündür.⁵²⁶

Üretimin kısılması halinde pazarda oluşan fiyat normal şartlara göre daha yüksek olacaktır. Bu durumda tüketicinin refah kaybı hâkim durumda bulunan teşebbüse aktarılacağından hâkim durumda bulunan teşebbüs aşırı kar elde edebilecektir. Pazarlamanın gelişmesinin engellenmesi farklı fiyat bölgelerinin bulunduğu durumlarda özellikle önem arz eder. Hâkim durumda bulunan teşebbüs daha fazla kar elde etmek için tüketici talep esnekliğinin farklı olmasından veya bölgeler arası farklılıklardan yararlanarak farklı fiyat uygulayabilir. Hâkim durumda bulunan teşebbüs farklı fiyat uygulamasını devam ettirmek için her bölgenin talep edebileceği miktarı daha önceden tespit ederek bu miktarla dağıtıcıların talep edebileceği miktarı sınırlayabilir (ürün alımına kota getirilmesi). Bunun gibi hâkim

⁵²⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 271; 179/90 Merci, (1991) ECR I, 5889'den aktaran Güzin Üçışık, Nazmi Ocak, Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun Telokom Kararının Düşündürdükleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırma Dergisi, Cilt 12 Sayı: 1-3, İstanbul, 2006, s. 352.

⁵²⁵ G. Aşcıoğlu Öz, ss. 22, 165.

⁵²⁶ G. Aşcıoğlu Öz, ss. 165-166.

durumda bulunan teşebbüs bir bölgedeki dağıtıcının fiyat avantajından yararlanarak diğer bir bölgeye satış yapmasını yasaklayabilir. Ürün alımına kota getirilmesi veya diğer bölgeye satış yapılmasının yasaklanması, pazarlamanın gelişiminin önlenmesi anlamına gelir. Bu gibi durumlarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün pazarlamanın gelişimini önlemeden fazla kar elde etmek için uyguladığı fiyat farklılığını devam ettirmesi mümkün değildir. Teknik gelişmeler ise pazardaki hâkim durumda bulunan teşebbüslerin hâkimiyetlerinin sona ermesine neden olmaktadır. Bu nedenle hâkim durumda bulunan teşebbüsler hâkim durumlarını devam ettirebilmek için teknik gelişmeyi engelleyebilmektedirler. Teknik gelişmeler ürünün kalitesini arttıracak gibi tüketiciye sunulan hizmetlerin çeşitlendirilmesine de neden olabilir⁵²⁷.

Avrupa Birliği uygulamasıda bu konuya ilişkin Port of Genoa kararı İtalyan liman hizmetlerinin görülmesi ile ilgilidir. İtalyan yasaları ile limanlarda yükleme, indirme, depolama ve liman işletmeciliğinin gerektirdiği diğer hizmetlerinin yerine getirilmesi, işçilerden oluşan liman hizmetleri şirketlerine (Merci) verilmiş ve aynı yasalar ile bu şirketlere söz konusu hizmetlerin üçüncü kişiler lehine yerine organize edilmesi hakkı tanınmıştır. Söz konusu limanda şirket, liman hizmetleri yavaş yaptığı gibi hizmet sunduğu için kişilerden de mükemmel bir hizmetin ücretini almaktadır. Dava konusu uyuşmazlık Siderurgica adlı bir deniz taşıma şirketinin Genoa limanında işletme hakkı tanınan Merci şirketine indirme işlemlerinin yapılması için başvurması ertesinde, Merci şirketi tarafından indirme işleminin geciktirilmesi ve fakat Siderurgica tarafından kendi olanakları ile indirme hizmetlerinin yapılmasına da izin verilmemesi üzerine çıkmıştır. Bu şirket tarafından zararının tazmini amacıyla açılan davada ulusal mahkeme tarafından ATAD'a, Merci'ye tanınan bu hakkın Antlaşma'nın 86. (eski) ve 90(1). (eski) maddesine uygun olup olmadığı sorulmuştur. Ulusal mahkemede ileri sürülen diğer iddialar olan aşırı fiyatlandırma, eski teknolojinin kullanılması, eşit durumdakilere farklı uygulamalarda bulunulması gibi iddiaları da göz önünde bulunduran ATAD, diğer davalarından farklı olarak⁵²⁸,

'Münhasır hakka sahip Merci'nin ulusal düzenlemeler çerçevesinde, sonuç olarak talep edilmeyen hizmetler için ücret istemeye, verilen hizmet ile orantılı

⁵²⁷ Gül, ss. 37-38.

⁵²⁸ İlmutluhan Selçuk, ATA Antlaşmasının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar, Türk Rekabet Hukuku'na Etkileri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, ss. 59-60; Tekinalp, s. 84.

olmayan fiyatlar uygulamaya, *maliyetlerin yükselmesine neden olan eski teknolojiyi modern teknolojiyi ile değiştirmeyi reddetmeye* ve eşit durumdakilere farklı indirimler vermek suretiyle ayırimcılık yapmaya *sevk edildiğini*,.....bu koşullar çerçevesinde üye devletin dava konusu olan düzenlemeleri yapmak suretiyle Antlaşma'nın 86. maddesine aykırı bir durum yarattığını,..' ifade ederek, Merci'ye tanınan hakların Antlaşma'nın 86.(eski) maddesi ve 90(1) (eski) maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Karar'a ilişkin yukarıda belirtilen farklılık, Mahkeme'nin “*sevk etme*” kriteri getirmiş olmasıdır. Ancak bu kriter, daha sonra ‘*hakim durumun fiilen kötüye kullanılmasına ihtiyaç olmadığı kriteri*’ getirilmek suretiyle, genişletilmiştir. ATAD'ın bu kriteri kullanılmasının sınırlayıcı bir etkisi olmamakla beraber, Mahkeme'yi sevk etme kriterini kullanmaya iten etmenin dava konusu olayda gerçekleşen ihlallerin niteliği ve ağırlığının olduğu söylenebilecektir⁵²⁹.

C. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Niyet Unsuru ve Cewal Kararı

Rekabet hukuku uygulamasında, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlarının olumsuz sonuçlar doğuracağı teorik olarak iyi anlaşılmış ve genel kabul görmüş olsa da, bu alanda *meşru rekabetin (competition on merits)* rekabet karşıtı davranışlardan nasıl ayırt edileceği sorusu uzun süredir tartışılan konuların başında yer almaktadır. Teşvik edilmesi gereken rekabetçi davranışların, yasaklanması gereken rekabet karşıtı davranışlardan ayırt edilmesinde yaşanan zorluklar, gerek ABD gerekse AB içtihadında farklı ve çelişkili standartların doğmasına zemin hazırlamıştır. Bu noktada, her iki rekabet hukuku sisteminde de kötüye kullanmanın tespitinde hâkim durumdaki teşebbüslerin niyetinin araştırılmasının gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle niyet unsurunun tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde bir ölçüt olup olmadığı hususunun belirlenmesi söz konusu standartların oluşturulması aşamasında elzem bir konu haline gelmiştir⁵³⁰.

⁵²⁹ Selçuk, s. 60.

⁵³⁰ Hatiçe, Yavuz, Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, ss. 5, 7, 8.

⁵³⁰ United Brands v. Commission Case 27/76 [1978] ECR 207, parağ. 189'dan aktaran, Yavuz, s. 22.

AB uygulamasında ATAD, bir kararında, davranışın meşruluğunu hâkim durumdaki teşebbüsün niyetine bağlayarak şu açıklamada bulunmuştur; “Bir teşebbüsün hâkim durumda olması, saldırıya uğrayan ticari menfaatlerini koruma hakkını elinden almamakta ve hâkim durumdaki teşebbüsler, korumaya çalıştıkları menfaatleri ile uygun olan makul adımları atma hakkına sahip olmaktadır. Fakat asıl amacın (*actual purpose*) hâkim durumu güçlendirmek ya da kötüye kullanmak olduğu hallerde böyle bir davranışa izin verilemez⁵³¹.”

Compagnie Maritime Belge (CMB) kararı, AB uygulamasında hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde niyete verilen önemi daha net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu kararda Komisyon, bir denizyolu işletmecileri konferansına (Central West Africa Lines-Cewal) üye teşebbüslerin fiyatlandırma politikalarını değerlendirmiş ve piyasadaki tek rakibi bertaraf etmek için ulaşım ücretlerini düşürerek takip ettikleri “*savaşçı gemiler*” (*fighting ships*) uygulaması nedeniyle ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın en önemli özelliği, incelenen tarifelerin Cewal’ın maliyetlerinin üzerinde belirlenmesi nedeniyle yıkıcı fiyatlamanın mutlak koşullarının karşılanmamış olmasıdır. Cewal rakip tarafından duyurulan fiyatlar ile aynı seviyede veya bu fiyatlardan daha düşük fiyatlar uygulamıştır. Buna karşın kararda, incelenen seçici düşük fiyatlandırma, ayrımcı niteliğinden dolayı değil, rakibi piyasa dışına itme niyetiyle uygulanmış olmasından dolayı kötüye kullanma olarak görülmüştür. Komisyon teşebbüsün niyetini tespit ederken Cewal içinde “**Özel Savaş Komitesi**” (*Special Fighting Committee*) kurulduğunu ve daha sonra Cewal’ın uygulanan fiyat politikası için “**savaşan gemiler**” ifadesini kullandığını gösteren görüşme tutanaklarını kullanmıştır. Genel Mahkeme ise dışlayıcı niyetin yeterli hukuki standartta ortaya konulduğunu belirtmiştir⁵³².

Hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin incelendiği *Michelin II* kararında ise mahkeme; “Bir teşebbüsün, amacı rekabeti kısıtlamak olan bir davranışı fiilen uyguladığında, beklenen sonuca ulaşamamış olması 102. maddenin uygulanmasını engellemek için yeterli değildir” ifadesini kullanarak, etkisine bakılmaksızın **rekabeti kısıtlama niyeti taşıyan** indirim sistemlerine kötüye

⁵³¹ Yavuz, s. 22.

⁵³² *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission* T-24/93, T-25/93, parağraf.147; M.J. Melicias (2010), “The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis”, *World Competition - Law And Economics Review*, Vol. 33, No.4, s. 584’aktaran, Yavuz, ss. 23-24.

kullanma hali olarak yaklaşmış ve bu yaklaşımın kapsamını diğer 102. madde ihlallerini de içine alacak şekilde genişletmiştir⁵³³.

Türkiye uygulamalarında ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. madde açısından ve özellikle amaç unsuruna açıkça yer verilen (a) ve (d) bentlerine dayanılarak yapılan ihlal değerlendirmelerinde niyet unsurunun yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak, niyet unsuruna ilişkin değerlendirmelerin sistematik biçimde yapıldığını veya Kurul'un net bir eğilim içinde olduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir⁵³⁴.

Kurul, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuzda, rekabet karşıtı piyasa kapamanın varlığını incelerken, dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller bağlamında niyet unsurunun dikkate alınacağını açıkça belirtmiştir. Buna göre; Hâkim durumdaki teşebbüsün, incelenen davranışı gerçekleştirirken sahip olduğu niyeti de dikkate alınabilir. Niyetin tespiti temel olarak incelenen davranıştan yapılan çıkarımlar yoluyla elde edilen dolaylı delillerin yanı sıra doğrudan deliller kullanılarak da yapılabilir. Doğrudan deliller, bir rakibi dışlamak, pazara girişi engellemek ya da oluşan bir pazarı ele geçirmek için belirli bir davranışın uygulanacağını gösteren detaylı bir plan veya dışlayıcı davranışa yönelik somut bir tehdidi gösteren deliller gibi rakipleri dışlamaya yönelik bir stratejiye dair teşebbüs içi belgeleri içermektedir. Niyetin analizinde, doğrudan ve dolaylı delillerin birbirini destekleyecek şekilde kullanılması mümkündür⁵³⁵.

D. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Haklı Gerekçe

1. Avrupa Birliği Hukuku'nda Haklı Gerekçe

Gerek rekabet otoritelerinin hatalı karar verme riskinin azaltılması gerekse teşebbüsler açısından yasal belirliliğin sağlanması amacıyla tek taraflı davranışların hangi durumlarda kötüye kullanma olarak görüldüğünün belirlenmesi önemlidir. Bu kapsamda, hâkim durumda olan teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde kullanılacak standartların neler olduğu, rekabet hukuku literatüründe sıkça tartışılan

⁵³³ Michelin v. Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047.parağ. 245'den aktaran, Yavuz, s. 24.

⁵³⁴ Yavuz, s. 79.

⁵³⁵ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf> (Hâkim Durum Klavuz, p. 26/son. (30.7.2014))

konulardan biridir. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesini, literatürde şekilci ve iktisadi yaklaşımdan uzak biçimde uygulamakla eleştirilen Avrupa Birliği'nde ise bu maddenin “modernizasyonu” gündeme gelmiştir. Bu kapsamda Avrupa Komisyonu, 102. madde uygulama önceliklerine ilişkin *iktisadi değerlendirmeyi ve etki temelli yaklaşımı* esas alan bir Rehber yayımlamıştır. Bu süreçte, bir yandan hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti olumsuz etkileyecek davranışlarını yasaklarken, bir yandan da *meşru rekabeti* (*competition on merits*) ve etkinlik doğurucu davranışları bu yasağın dışında tutacak bir yaklaşım belirlemek en temel amaçlardan biri olmuştur. Ne var ki, buna ilişkin literatürde ve uygulamada bir fikir birliğinin oluştuğunu söylemek henüz mümkün deđildir⁵³⁶. Birlik Mahkemelerinin ve Komisyon'un bugüne kadar aldıkları kararlar çerçevesinde 102. madde uygulamasına yön veren başlıca dört ilkeden bahsetmek mümkündür:

- Bunlardan ilki, hâkim durumdaki teşebbüslere Ortak Pazar'daki rekabetçi sürece zarar vermeme yükümlülüğü getiren “özel sorumluluk” ilkesidir.
- İkincisi, teşebbüs davranışının pazardaki fiili etkisinin rekabeti kısıtlamak olduğu hallerde diğer subjektif unsurların dikkate alınmayacağına işaret eden “kötüye kullanmanın objektif bir kavram” olmasıdır.
- İhlalin varlığına ilişkin değerlendirmede, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının potansiyel rekabet üzerindeki sınırlayıcı etkilerinin de değerlendirmede göz önüne alınması, içtihatla yer bulan bir başka ilkedir.
- Dördüncü ilke ise, hâkim durumdaki teşebbüsün *prima facie* (*ilk bakışta*) ihlal niteliğinde olan davranışı için *haklı gerekçeler* (*Objective Justification*) sunabilmesi halinde davranışın 102. madde yasaklamasının kapsamı dışına çıkmasıdır⁵³⁷.

⁵³⁶ Recep, Gündüz, Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe; AB ve ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 1; Yavuz, s. 2.

⁵³⁷ P.Loewenthal (2005), “The Defence of Objective Justification in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, Vol:28, s.455; Michelin NV v Commission, Case 322/81 (1983) ECR 3461, para. 57; British Airways v Commission, Case T-219/99 (2004) ECR II 5917, para. 293.'den akataran Gündüz, s. 3.

AB içtihadının, ihlal şüphesi uyandıran hâkim durumdaki teşebbüs davranışı için üç gerekçe türüne işaret ettiğini söylemek mümkündür⁵³⁸;

Bunlardan ilki **nesnel zorunluluk** gerekçesidir. Hâkim durumdaki teşebbüs, görünüşte ihlal niteliğinde olan davranışlarının dışsal bir takım etkenlerden dolayı nesnel olarak zorunlu olduğunu ileri sürebilir. Örneğin, mal vermeyi reddetme bakımından arz şokları ya da bağlama anlaşmaları bakımından kamu sağlığı nedenleri, içtihatla en azından ilkesel olarak kabul edilen nesnel zorunluluk gerekçeleridir. Burada ürünün doğasına özgü tehlikeli yapısı nedeniyle ortaya çıkabilecek olan güvenlik veya sağlık gibi nedenler bu tarz objektif gereklilikler olarak değerlendirilebilir. Bu anlamda objektif gereklilik pazardaki tüm teşebbüsler bakımından geçerli olmalı ve hâkim durumdaki teşebbüs bu objektif gereklilik nedeniyle, söz konusu davranış olmaksızın ilgili ürünün üretim veya dağıtımının mümkün olmayacağını göstermelidir. Ancak böyle durumlar AB hukuku tarafından sıkı ve dar yorumlanmaktadır⁵³⁹.

İkinci gerekçelendirme yöntemi ise, **rekabete karşılık verme gerekçesidir**. Bu gerekçelendirme biçiminin dayandığı temel ilke, hâkim durumda da olsa bir teşebbüsün meşru ticari menfaatlerini korumak hakkına sahip olduğunun kabulüdür. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün bu savunmaya dayanabilmesi için, pazarda aşırı bir zarara neden olmadığını ve bazı rakiplerin saldırgan davranışları karşısında kendi ticari ve ekonomik çıkarlarını korumak için rakiplerin pazar stratejilerine karşı koyduğunu göstermelidir. Komisyonun tartışma metninde bu savunmanın sadece fiyat temelli kötüye kullanma halleri için uygulanabileceği vurgulanmıştır⁵⁴⁰

Üçüncü gerekçelendirme yöntemi ise modernizasyon sürecinden sonra 102. madde uygulamalarında daha kritik hale gelen **etkinlik** gerekçesidir. Üretim ve satış maliyetlerinde tasarruf sağlaması, işlem maliyetinin düşmesi ve daha kolay pazarlama olanakları gibi durumlar etkinlik savunması açısından öne çıkabilir⁵⁴¹.

⁵³⁸ P. Loewenthal (2005), “The Defence of Objective Justification in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, Vol:28, s. 464’dan aktaran, Gündüz, s. 9.

⁵³⁹ Objektive necessity (Komisyonun Tartışma Metni, no: 80; Hilti, Tetra Pak Komisyon Kararları’dan aktaran, Karakılıç, ss. 535-536)

⁵⁴⁰ Meeting Competition Defence. (Komisyonun Tartışma Metni, no: 81,83’dan aktaran Karakılıç, s. 536.)

⁵⁴¹ Tartışma Metninde ekonomik etkinlik savunmasının ileri sürülebilmesi için, teşebbüslerin dört şartın birlikte gerçekleştiğinin kanıtlamaları gerektiğini belirtilmektedir. Aşağıda açıklanacak olan bu şartlar, Tartışma Metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, 81(3) madde kapsamında muafiyet için aranan şartlar ile son derece benzemektedir. Teşebbüsün somut olayda; 1. Davranışının güncel veya

Burada diğer savunmalardan farklı olarak objektif faktörlere değil kötüye kullanma teşkil eden davranışların olumlu ve olumsuz yönlerinin birlikte tartılması esasına dayanmakta ve olumlu yönlerin daha ağır basması durumunda hukuka aykırılığın ortadan kalkması yani davranışın m.102 yasağından muaf tutulmasını sağlanmaktadır. Böylelikle, tüketici refahını esas alan etki-temelli yaklaşımın davranışın güncel veya olası etkileri üzerinde odaklanması sayesinde; 102. maddedeki rekabet kurallarının katılığı ile tüketici refahı arasında uyum sağlanarak, adil ve ekonomik açıdan daha yararlı olacak sonuçlar elde edilmesi amacı ortaya çıkmaktadır⁵⁴².

Komisyon ve Birlik Mahkemeleri kararlarına dair yukarıdaki açıklamalar hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarının gerekçelendirilmesinde bazı ilkelerin ön plana çıktığını göstermektedir. Buna göre *meşru ticari menfaatler* (legitimate business behaviour), *meşru kamu yararı* (legitimate public interest) ve *orantılılık* (proportionality) AB içtihadında haklı gerekçenin etrafında şekillendiği ilkelerdir⁵⁴³.

Meşru Ticari Menfaat İlkesi; Bir teşebbüsün hâkim durumda olmasının meşru ticari menfaatlerini koruma hakkını elinden almadığı, içtihatla ilkesel olarak kabul edilmiştir. Verilen kararlarda meşru ticari menfaatin meşru rekabetten, mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen alıcıya mal vermeyi reddetmeye kadar oldukça geniş bir yelpazede ele alındığını belirtmek mümkündür⁵⁴⁴. AB uygulamasında

potansiyel bir etkinlik sağlayacağını, 2. Söz konusu faydanın sağlanması için, bu davranışın kaçınılmaz olduğunu, 3. Ortaya çıkacak olan faydanın tüketici yararına olduğunu, 4. Davranış sonucunda, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığını kanıtlaması gerekmektedir. Bu dört şartın birlikte gerçekleşmiş olduğunun kanıtlanması halinde, söz konusu davranışın sonucu rekabetçi sürecin esaslı olarak artması söz konusu olacaktır. (Hande Hançer, Özge İçöz, Roma Antlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkındaki Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri, Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, 200, s. 156)

⁵⁴² Ulrich Immenga ve diğerleri, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht Art 102'den aktaran, Karakılıç, s. 548; Hançer, s. 156.)

⁵⁴³ P. Lowe. (2004), "DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance", *International Antitrust and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute B.E. Hawk Ed.* içinde, New York, ss.163-164'den aktaran, Gündüz, s. 9.

⁵⁴⁴ Campagne Maritime kararında, seçici ve yıkıcı fiyatlamaya ilişkin bu davada, birlikte hâkim durumdaki taşımacılık konferansı fiyatlarının AKZO testi çerçevesinde yıkıcı fiyat olmadığını ve rekabete karşılık vererek meşru ticari menfaatini korumaya çalıştığını belirtmiş olsa da Genel Mahkeme toplantı tutanaklarında yer alan "*rakipten kurtulmaya*" dair ifadelerin dışlayıcı niyeti açıkça gösterdiğini değerlendirmiş ve haklı gerekçeler öne sürülemeyeceğini belirtmiştir. Bu kararlar, Birlik Mahkemelerinin, dışlayıcı niyetin varlığına karine teşkil eden hallerin yanı sıra dışlayıcı niyetin

hâkim durumdaki teşebbüse ilkesel olarak meşru ticari menfaatlerini savunma hakkı tanınmış olsa da dışlayıcı niyet veya etkinin ortaya konulduğu davranışlar bakımından meşru ticari menfaatlerini savunabilmesi oldukça güçtür⁵⁴⁵.

Meşru Kamu Menfaatinin Varlığı İlkesi; Hâkim durumda bulunan teşebbüsün “ teknik, güvenlik veya etkinlik standartları ile çelişeceği ” gerekçesi ile zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin erişimine sınırlama koyduğu durumlarda kamu menfaati gündeme gelebilmektedir. Benzer şekilde içtihatları sınırlı sayıdaki kararda kamu menfaatinin ilkesinin hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından da kullanıldığı görülmektedir⁵⁴⁶.

Orantılılık İlkesi; Bu ilke uyarınca, bir teşebbüsün hâkim durumda olması, tehdit altındaki ticari çıkarlarını korumak amacıyla tedbir alamayacağı anlamına gelmez. Ancak, hâkim teşebbüsün aldığı karar ve uyguladığı politikalar, adil ve tehdit ile orantılı olmalıdır. Başka bir anlatımla, ticari çıkarlarını korumak için başvuracağı uygulamanın (bu durumda mal verme veya hizmet sunmanın reddedilmesi) asıl amacı veya doğuracağı etki, rakiplerini pazar dışında bırakarak hâkim durumunu güçlendirme veya kötüye kullanma olmamalıdır. Birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olan orantılılık ilkesi, meşru bir menfaatin, makul (*reasonable*) biçimde, zorunlu (*necessary*) olanın ötesine geçmeden elde edip edilmediğinin analizini yapmak adına geliştirilmiştir⁵⁴⁷.

2. Rekabet Kurulu Kararlarında Haklı Gerekçe

Ülkemizde de yasanın 6. madde uygulamaları Rekabet Kurulu’nun kararları ile şekillenmiştir. Kurul kararlarında haklı gerekçeye ilişkin değerlendirmelerin

subjektif olarak tespit edildiği hallerde de meşru ticari menfaatin savunulamayacağını göstermektedir. (Gündüz, s. 11)

⁵⁴⁵ A.Llorens (2007), “The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC”, *Common Market Law Review*, Vol: 44, s. 1746-1747’den aktaran Gündüz, s. 10.

⁵⁴⁶ J.Lang, (2004), “Anticompetitive Non-Pricing Abuses under European and National Antitrust Law”, *2003 Fordham Corporate Law Institute Hawk Ed. içinde*, New York, s. 272’den aktaran Gündüz, s. 11.

⁵⁴⁷ Orantılılık ilkesi kendi içinde iki test içermektedir: (i) kullanılan araç ya da yöntemlerin yasal olarak korunan menfaati makul biçimde elde edebilmek için uygun olup olmadığına yönelik “uygunluk” (*suitability*) testi ve (ii) davranışın zorunlu olup olmadığını inceleyen “zorunluluk” (*neccesity*) testi. (P.Craig ve G. De Burca (2003), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, New York, s.372’den aktaran Gündüz, ss.12-13; Gül, dn.196, s.59; G. Aşcıoğlu Öz, s. 133.

sistematik biçimde yapıldığını belirtmek mümkün görünmemektedir. Kurul'un, sözleşme yapmanın reddine ilişkin verdiği kimi kararlarda haklı gerekçenin olmamasını ihlalin varlığı bakımından bir koşul olarak değerlendirdiği görülmüştür. Diğer taraftan Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin verdiği ve Kurul kararlarını bozan az sayıdaki kimi kararlarda haklı gerekçenin esastan değerlendirildiği görülmektedir⁵⁴⁸. Kurul'un Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)'nin Çanakkale Boğazı'nda yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası kapsamında verdiği ve şikâyeti reddettiği kararına ilişkin olarak Danıştay bozma kararını haklı gerekçelerin yokluğuna dayandırmıştır. Bu bağlamda Danıştay;

“...tarifelerin 2003 yılından 2005 yılı başına kadar haklı bir gerekçe olmaksızın sürekli indirildiği..” ve “TDİ'nin indirimlerini haklı gösterecek başka herhangi bir maliyet azalması ya da verimlilik artışının da bulunmadığı, kaldı ki, rekabetle karşılaşmadığı hatların aksine rekabetle karşılaştığı hatlarda süreklilik arz eden indirimler yaptığı” tespit ve değerlendirmelerine yer vermiştir⁵⁴⁹.

Haklı gerekçeye ilişkin Rekabet Kurulu kararları⁵⁵⁰ incelendiğinde, Kurul'un kanun hükmünde açıkça yer almamasına karşın, geçerli haklı gerekçenin varlığı halinde ihlal iddiasının düşeceğini açıkça ortaya koymaktadır. AB uygulamasında olduğu gibi Rekabet Kurulu kararlarında da etkinlik, rekabete karşılık verme ve nesnel zorunluluk savunmaları haklı gerekçeler olarak görülmüş ve bu gerekçeler orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Orantılılık ilkesi, Kurul kararlarında genellikle özel sorumlulukla birlikte değerlendirilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüslerin rakibin dışlanması sonucunu doğuran davranışları orantılılık ilkesine aykırı olarak nitelendirilmektedir⁵⁵¹.

Rekabet Kurulu'nun 29.01.2014 tarihinde yayınladığı, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının

⁵⁴⁸ Gündüz, s. 56-57.

⁵⁴⁹ Danıştay 13. D. 07.01.2008 tarih E. 2006/2612, K. 2008/157 sayılı karar.

⁵⁵⁰ **Yaysat 2**,00-49/529-291 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 07-63/777-283 sayı ile yeniden karar almıştır. 04-32/304-71 sayılı karar. **Frito Lay**, Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 06-24/304-71 sayı ile yeniden karar almıştır. **Sanofi Aventis** 09-16 /374-88 sayılı karar. 01-35/347-95 sayılı karar. **Turkcel 1**, Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05-88/1221-353 sayı ile yeniden karar almıştır.

⁵⁵¹ Gündüz, ss.67-50.

Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz'da⁵⁵², Kurul tarafından dikkate alınacak haklı gerekçe savunmalarının nesnel gereklilik ve etkinlik başlıkları altında sınıflandırmıştır. Klavuzda, Kurulun haklı nedenleri değerlendirirken göz önünde bulundurması gereken hususlar şu şekilde ifade edilmiştir;

Kurul nesnel gereklilik gerekçesini değerlendirirken öncelikle davranış ile korunan meşru bir menfaatin bulunup bulunmadığını ve davranışın, korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca incelemeye konu davranışın nesnel olarak gerekli kabul edilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı kendisi dışındaki sebeplerden (örneğin; ilgili kamu otoriteleri tarafından belirlenen sağlık ve güvenlik gereksinimleri gibi) kaynaklanmalı ve teşebbüs söz konusu menfaati korurken rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamamalıdır. İncelemeye konu davranışın meşru bir menfaati korumak için vazgeçilmez olduğunu ispat etme yükü hâkim durumdaki teşebbüs üzerindedir. İncelemeye konu teşebbüs tarafından öne sürülen etkinlik gerekçesini değerlendirirken Kurul, teşebbüsten aşağıda sayılan dört koşulun birlikte sağlandığını ispat etmesini beklemektedir:

- Etkinlikler davranışın sonucu olarak gerçekleşmeli ya da gerçekleşmesi muhtemel olmalı,
- Davranış söz konusu etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olmalı,
- İncelenen davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel etkinlikler, davranışın etkilenen pazarlarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerini telafi etmeli,
- Davranış, fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmamalı⁵⁵³.

⁵⁵² <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf>(29.06.2014)

⁵⁵³ Hâkim Durum Kılavuz, p.31, 32.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DENİZ ULAŞTIRMASINDA REKABET HUKUKU SORUNLARI

I. DENİZ ULAŞTIRMASI VE REKABET

Deniz taşımacılığının en önemli özelliklerinden bir tanesi, bu taşıma türünde görülen rekabetin, diğer sektörlerle nazaran çok daha sert ve şiddetli olmasıdır. Deniz taşımacılığının bu özelliği onu ekonomide yer alan diğer büyük sektörlerden ayırmaktadır. Rekabet, böyle bir sektörde daha değişik bir rol edinir ve deniz taşımacılığının benzersiz uluslararası karakterine bağlı olarak farklı bir yaklaşımı gerektirir. Deniz taşımacılığı uluslararası ticaret ile sağlam bir bağa sahiptir ve halen ulaştırmada en etkin yoldur. Bunun doğal bir sonucu olarak deniz taşımacılığı birçok yabancı unsuru da bünyesinde barındıran önemli bir sektördür. Örneğin; Suudi Arabistan petrolünün Türkiye'ye bir gemi tarafından taşınmasını ele alalım. Gemi Yunan asıllı birisine ait, Liberya'da bulunan bir Amerikan şirketine kayıtlı ve bir Bahama şirketi tarafından işletiliyor olabilir. Gemide, Polonya'da üretilmiş, Danimarka motorları kullanılıyor olabilir. İtalyan kaptan tarafından yönetiliyor ve mürettebatı da Filipinli olabilir. Bir New York bankası tarafından finansa ediliyor ve Lloyds of London tarafından sigortalanmış ve bir uluslararası petrol şirketine üç yıllığına kiralanmış olabilir. Bu karmaşık uluslararası tabiat rekabet hukukuna tüm açılardan uluslararası bir boyut getirmektedir⁵⁵⁴.

Deniz taşımacılığı rekabeti sadece ulusal girişimler arasında değil, ayrıca aynı sosyal, ekonomik ve politik zeminlere sahip olmayan devletler arasında da cereyan etmektedir. Kendilerine ait ticaret filoları olan ya da olmasını amaçlayan ülkeler problemlere taşıyanlar gözünden bakma eğilimindeyken, kendi filoları olmayan ya da kendi filolarını kurma kararı almamış olanlar problemlere taşımadan faydalananların (taşıtan, yükleyen) bakış açısından yaklaşmaktadırlar⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Ademun Odeke, Hakan Karan, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, 2002, ss. 245-246.

⁵⁵⁵ Odeke, Karan, s. 146.

A. Tarifersiz Deniz Taşımacılığında Rekabet

Tarifersiz deniz taşımacılığı, tam rekabet piyasası ile uyum göstermektedir ve bu nedenle navlun düzeyi sürekli değişiklik gösterir. Tarifersiz deniz taşımacılığının, beklenmedik büyük değişikliklere ayak uydurabilme esnekliği, dünya ekonomik yaşamında kıyaslanamaz derecede önem kazanmasını sağlamıştır. Diğer hiçbir taşımacılık türünün talebe bu denli duyarlılığı olduğu söylenemez. Tarifersiz deniz taşımacılığında navlun, kısa dönemli spot piyasalarda oluşmakta, bu piyasaların aynı yük grubundaki uzun dönemli piyasalarla karşılıklı etkileşimi bulunmaktadır. Tarifersiz deniz taşımacılığı, navlun fiyatlarındaki hızlı değişimlerin normal olduğu bir piyasadır. Navlun düzeylerindeki bu değişiklik hem çok hızlı hem de oldukça şiddetlidir. Bu nedenle bu taşıma türünde çalışan donatanlar, piyasadaki bir durgunluk döneminden, tarifeli deniz taşımacılığında çalışan donatanlara nazaran daha çabuk etkilenirler⁵⁵⁶.

Tarifersiz deniz taşımacılığı piyasası çok büyük sayıda, küçük iş hacmi bulunan taşıyan ve taşıtanlardan oluştuğu için her firmanın üretimi ve tüketimi, endüstrinin genel üretim toplamı içinde oldukça düşük kalır. 25-30 gemilik önemli çapta bir filoya sahip olan donatanın bile piyasayı etkilemesi söz konusu değildir. Navlunlar, en büyük tarifersiz gemi firmasından bile bağımsız, çok sayıda faktöre bağlı olduğundan, tarifersiz deniz taşımacılığında fiyatlar üzerinde kontrol tesis etmek zordur. Servis sağlayıcılar ve taşıma talep edenler, kendi arz ve talep miktarlarını değiştirecek olsalar dahi piyasadaki veri navlun değişmez⁵⁵⁷.

Tarifersiz taşımacılıkta, taşıyanların sunduğu hizmet homejendir, taşıma hizmetinin özelliği dolayısıyla, reklam yapılarak hizmetin farklılaştırılması söz konusu değildir. Markalaşarak taşıtanı etkilenmek olanaksızdır. Taşıma hizmeti standarttır, farklılaştırılmaz. Tarifersiz taşımacılıkta, taşınan yüklere herhangi bir özen gösterilerek fiyat artırımında bulunulamaz, çünkü yükler zaten ambalajsız (dökme) taşınmaktadır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Sadık Özlen Başer, Türkiye'nin Uluslararası Denizlerdeki Tarifersiz Gemi Taşımacılığının Ekonomik Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, İzmir, 2004, (Analiz), ss. 97, 100; Taş, s. 46; Denктаş Şakar, Analiz, s. 220.

⁵⁵⁷ J.J. Evans An Analysis of Efficiency of the Bulk Shipping Markets. Maritime Policy and Management 1994, s. 312; Ignacy Chrzanowski, Krzyzanowski, Maciej ve Kryzsz, Lüks (1979), Shipping Economics. Fairplay Publicaiton, London, s. 56'dan akataran Başer, Analiz, ss. 113-112.

⁵⁵⁸ Başer, Analiz, ss.114, 115.

Tarifesiz deniz taşımacılığında çalışan gemilerin çoğunluğu, yükleme ve boşaltma işlevlerini kendi olanakları ile yapabilecek kapasitededir, bu nedenle limanlardan bağımsız hareket edebilirler. Bu piyasanın organizasyon yapıları, tarifeli deniz taşımacılığına kıyasen daha küçük ve basittir. Aynı rotada düzenli ve tekrar eden bir taşıma biçimine ihtiyaç duyulmadığı için, bazı standart düzenleyici kurallara ve kamunun menfaatini koruyan özerk organizasyonlara gerek yoktur. Piyasadaki aktörleri etkileyecek her hangi bir devlet müdahalesi yoktur. Etkili olan güç, arz ve talep kanunu ile ifade edilebilecek ekonomik yasalar⁵⁵⁹.

Tarifeli deniz taşımacılığında şart olan örgütsel yapının, bu taşıma türünde zorunlu olmaması, daha az sermaye yoğunluklu ve gemi işletiminin daha esnek olması sebebiyle, tarifesiz deniz taşımacılığı piyasasına giriş daha kolaydır. Giriş ve çıkışların tüm girişimcilere açık olduğu, çok sayıdaki bağımsız taşıyanın, yine çok sayıdaki taşıtana hizmet sunduğu bu piyasalarda, oldukça yüksek oranda rekabet düzeyi yaratılır. Oluşan denge, fiyat düzeyi navlunu belirler. Bu nedenlerle tarifesiz deniz taşımacılığında görülen rekabet diğer türlerden daha çok serbesttir. Taşıtanlar donatanlara bağlı kalmayacaklarından ve piyasalar dağınık olduğundan tekelleşmesi olanaksız değilse bile zordur⁵⁶⁰.

1. Tarifesiz Deniz Taşımacılığında Havuz Anlaşmaları

Geçmişte donatanlar, çok düşük navlun dönemlerinin uzamasıyla oluşan yıkıcı sonuçların etkilerini azaltmak için çeşitli çabalar harcamışlardır. Çoğu zaman tarifesiz taşımacılıkta aşırı kapasite sorunu yaşanmakta ve bu durum da donatanların kolektif bir şekilde tepkisine yol açmaktadır. Donatanlar bir şekilde kendilerini organize etmekte ve piyasadaki tonaj miktarını kontrol altında tutmaya çalışmaktadırlar. Bu durum bireyleri birleşmeye yöneltmekte; fiyat ve navlunları olduğu gibi kabul etmektense bunları iyileştirme çabaları içinde oldukları görülmektedir. Bu tür sistemlerin oluşumu donatanların tepkisini pasiflikten aktifliğe taşımaktadır⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Başer, Analiz, ss. 100, 101, 102, 118.

⁵⁶⁰ Ignacy Chrzanowski, Krzyzanowski, Maciej ve Kryzsz, Lüks (1979), Shipping Economics. Fairplay Publication, London, s. 56'dan aktaran, Başer, Analiz, ss. 103, 111.

⁵⁶¹ Basil Metaxas, The Economics of Tramp Shipping, London, 1971, s. 233; James Mc Conville, Economics of Maritime Transport, Theory and Practice Whiterby, London, 1999, s. 255'den aktaran, Denктаş Şakar, Analiz, s. 221.

1960 yıllarında, dökme taşımacılık piyasasının büyümesi ile birlikte, hem taşıyanlara daha güçlü pazarlık konumu sağlamak, hem de büyük taşıtanların taleplerini karşılamak için taşıyanlarca, tonajlarını daha verimli bir şekilde değerlendirme ve düzenleme fırsatı yaratmak adına, havuzlar (shipping pool) oluşturulmuştur. Havuzlar, giderek artan oranda uzmanlaşmayı gerekli kılan rekabetçi piyasa durumunda armatörlük, gemi yönetimi ve pazarlama gibi yeni oluşan gelişmelere karşı ortaya çıkmıştır. Süreli kiralama ve diğer uzun dönemli taşıma sözleşmelerine giderek artan yönelme, filolardaki gemilerin tür ve boyutlarına uygun uzun dönemli kiralama ya da kontratlı iş elde etme isteği, havuzların ve konsorsiyumların oluşumunu ve bunların yeterli büyüklüğe çıkmalarını kaçınılmaz kılmıştır⁵⁶².

Dökme yük taşımacılığındaki havuzlar, tarifeli deniz taşımacılığında görülen konferans ve konsorsiyumlar kadar yaygın değildir. 1974 yılında otuz civarında büyük uluslararası dökme taşımacılık havuzu ve konsorsiyumu bulunduğu, bunların birçoğunun Norveçli donatanlardan oluştuğu bilinmektedir. 1974 yılında kırkın üzerinde Norveçli taşımacılık şirketi bu havuzlara üyedir. 1996 yılındaki çalışmalarda ise altmış tane dökme yük havuzunun varlığı saptanmıştır. Ancak yazarlar, bu sayının iki katı bile alınsa, tarifeli deniz taşımacılığındaki yüzlerce konferansın ve konsorsiyumun yanında çok önemsiz bir sayı olduğundan bahsetmektedirler. Dökme yük taşımacılık havuzlarının sayılarının az olması, AB rekabet düzenlemelerine uyumları ve bir ekonomik güç olarak etkisizlikleri, iktisat teorisinin analiz teknikleri ile gayet açık şekilde ortadadır⁵⁶³.

Taşımacılık havuzunun anlamı, bir idarecinin muhafazasında bulunan ve farklı sahipleri olan aynı tip gemilerin bir arada toplanmasıdır. Bu doğrultuda idare, gemileri tek ve bağlı bir filo ünitesi şeklinde pazarlamakta ve bir havuzda elde ettiği kazancı, önceden mutabık kalınmış bir oran doğrultusunda, gemi sahiplerine paylaştırmaktadır. Buradaki amaç ise daha etkili bir filoya sahip olup, büyük taşıma kontratları bağlamak ve riskin de bir bakıma paylaştırılmasıdır. Bazen havuzlar arası

⁵⁶² Arnljot Stromme, Svendsen, Internationalization of Shipping Enterprises. Institute of Shipping Research, Bergen, 1974, s.5; William Packart, Shipping Pools, Lloyd's of London Press, London, 1989, s. 145'den aktaran, Başer, Analiz, ss. 193-194.

⁵⁶³ Hercules Haralambides,(1996), The Economics of Bulk Shipping Pools, Maritime Policy and Management, s. 236; Arnljot Stromme, Svendsen, Internationalization of Shipping Enterprises. Institute of Shipping Research, Bergen, 1974, s. 6'den aktaran, Başer, Analiz, ss. 207-208.

ortak yönetimde söz konusu olabileceği gibi, bir havuzun başka bir havuzun içinde yapılanması da söz konusu olabilmektedir. Tarifersiz deniz taşımacılığı havuzlarının özellikleri kısaca, benzer yük kapasitesi, merkezi idare, beraber pazarlama faaliyeti, nakliye ücretlerinin görüşülmesi, toplama, oran sistemi, kazanç paylaşımı ve adil paylaşımdan oluşmaktadır⁵⁶⁴.

2. Avrupa Birliği'nde Havuz Anlaşmalarına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Navlun oranlarının müzakere edildiği taşıma sözleşmelerinde, fiyat dışında arz ve talebe ilişkin etkileyici güçlerin de dikkate alındığı görülür. Dökme taşımacılık havuzlarının çalışmaları büyük oranda Avrupa Komisyonunun tarifersiz taşımacılık kapsamında görülmektedir. Avrupa Birliği tarifersiz deniz taşımacılığını şu şekilde tarif etmiştir⁵⁶⁵;

‘Navlun oranlarının arz ve talep koşulları doğrultusunda, basamak basamak özgür bir şekilde müzakeresi kapsamında, dökme ya da genel yüklerin, düzenli bir program ya da ilan edilmiş bir sefer bazında olmayan sözleşme türlerinden, sefere ya da süreye bağlı ya da bu kapsamda her hangi bir kiralama zemininde, bir ya da daha fazla taşıtanca kısmen ya da tümüyle kiralanmış bir gemi ile taşınması..’

Bu tanım, dökme yük taşımacılığı havuzlarının çoğunun Avrupa Birliğinin 4056 sayılı düzenlemesinden muaf tutmaktadır. Öte yandan bu havuzların fiyat belirlememe ögesi de kendilerini Roma Sözleşmesinin rekabete ilişkin 85 (1)⁵⁶⁶ maddesinin kapsamı dışında tutmaktadır. Sözü edilen madde, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz yönde etkileyecek tüm anlaşmaları yasaklamaktadır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Başer, Analiz, ss. 194-195; William Packart “Shipping Pools”. Lloyd's of London Press, London, s. 6; H.E Haralambides, “The Economics Of Bulk Shipping Pools”, Denizcilik Ekonomisi ve Lojistik Merkezi, Erasmus Rotterdam Üniversitesi’den aktaran Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, Cilt;13, Sayı; 3, Temmuz 2012, s. 106.

⁵⁶⁵ Hercules Haralambides, (1996), The Economics of Bulk Shipping Pools, Maritime Policy and Management, s. 235’den aktaran Başer, Analiz, ss. 92

⁵⁶⁶ ATA m.81, ABİDA m.101 ‘1. Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan.’<http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>(6.1.2014)

⁵⁶⁷ Başer, Analiz, ss. 92, 205.

Havuzları rekabet yasasının kapsamına sokabilecek temel rekabet ögesi ilk bakışta havuz sözleşmesinin kendisi gibi görünmektedir. Ancak havuz yönetim şirketi ile havuz üyeleri arasındaki bağ ve ilişki değişken navlun oranlı, zaman bazlı kira sözleşmesi temelinde düzenlenmektedir⁵⁶⁸. Bu açıdan bakıldığında bir havuz, kendi filosunu güçlendirmek için tonaj kiralayan, bağımsız büyük bir dökme yük taşıyıcısı donatandan pek farklı görünmemektedir. Sözleşmeye bir ölçme ve dağıtım sisteminin dâhil edilmesinin rekabet kurallarıyla olan ilişkisi, donatanın geliri, pay ve maliyet dağıtımını düzenlemelerinden pek farklı olmayacaktır⁵⁶⁹.

Diğer taraftan Roma Sözleşmesi'nin md. 85/3 hükmü⁵⁷⁰, ölçek ekonomilerinin başarılmasına, üretimin geliştirilmesine, ürün dağıtımına, teknik ya da ekonomik gelişime katkı sağlayan işbirliği sözleşmelerini yasanın uygulamasından muaf tutmaktadır. Yasada belirtilen ve işbirliği sözleşmelerinde aranan şart, sonuçta elde edilen kazanımların tüketici lehine adil bir şekilde paylaşımıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, yalnızca sınırlı olan belirleme yetenekleriyle değil, aynı zamanda uluslararası dökme yük ticaretinde modern talep gereklerine uyum yeteneğine ve esnekliğine sahip olmaları nedeniyle, taşımacılık havuzlarının tüketici refahına katkıda bulundukları iddia edilmektedir. Ancak yüksek oranda uzmanlaşmış piyasalar konusunda, bu ifadelerin çok dikkatli kullanılması gerekmektedir. Çünkü bir piyasa daha da iktisatlaştıkça, daha az rekabet edebilir duruma gelir ve işbirliği anlaşmaları piyasa paylarının belirlenmesinde dikkate değer ölçüde etkili olabilir⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Çoğu havuzda, filo tek ve birleşik bir varlık olarak havuz yönetimi şirketince pazarlanır. Aslında bu şirket havuzun ticari faaliyetlerinin yönetiminden sorumlu, kiralayıcı bir şirkettir. Genellikle gemilerin bordolarına havuzun adı yazılır ve kiracının gemiyi o adla tanıyacağı şekilde kiralama ve taşıma işlemi düzenlenir. Geminin gerçek sahibinin kim olduğu konusu kiracıyı ilgilendirmez, ilgilendirmesi için bir neden de yoktur.(Bernhard J.Abrahamsson, *İnternational Ocen Shipping; Current Concepts and Principles*. Westview Press, Boulder, Colorado 1980, s. 117'den aktaran Başer, Analiz, s. 196.

⁵⁶⁹ Başer, Analiz, s. 205.

⁵⁷⁰ ABİDA, m.101/3 (eski ATA, md.81, eski Roma Ant. md. 85.)‘Bununla birlikte, tüketicilere ortaya çıkan faydadan adil bir pay ayırarak, malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik ya da ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunan ve, a) ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak bakımından zaruri olmayan kısıtlamalar getirmeyen, b) bu teşebbüslere, söz konusu malların önemli bir bölümü için rekabeti ortadan kaldırma imkânı vermeyen, i-teşebbüsler arası her türlü anlaşma veya anlaşma kategorisine, ii-teşebbüs birliklerinin her türlü karar veya karar kategorisine, iii- uyumlu eylem veya uyumlu eylem kategorisine, 1. paragrafta yer alan hükümlerin uygulanmayacağı kararlaştırılabilir. <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (6.1.2014)

⁵⁷¹ William Packart, *Shipping Pools*, Lloyd's of London Press, London, 1989, s.150; Arnljot Stromme, Svendsen, *Internationalization of Shipping Enterprises*. Institute of Shipping Research, Bergen, 1974, s. 5'den aktaran, Başer, Analiz, s. 206.

Avrupa Birliği hukukunda 4056/86 sayılı tüzük, tarifesiz deniz taşımacılığının tanımını yapmakla birlikte bu taşımacılık modelini AB rekabet hukuku uygulamasının dışında bırakmıştır. Aynı zamanda 4056/86 sayılı Tüzüğün giriş kısmında, tarifesiz deniz taşımacılığının bu tüzüğün kapsamı dışında olmasının tercih edileceği, tarifesiz deniz taşımacılığı hizmetleri fiyatlarının somut olaya göre ve arz ve talep koşulları doğrultusunda özgürce belirleneceği belirtilmiştir. 14.12.2006 tarih ve 1419/2006 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle 4056/86 sayılı Tüzüğün yürürlükten kaldırılması ve ilgili alanın 1/2003 sayılı Tüzük kapsamına sokulmasının ardından, ulusal rekabet otoritelerinin AB Antlaşması'nın 101. ve 102. maddelerini tarifesiz deniz taşımacılığına da uygulayabilme imkânları doğmuştur⁵⁷².

Tarifesiz deniz taşımacılığına ilişkin havuz anlaşmaları açısından Avrupa Komisyonu'nun "yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin AB Antlaşması'nın 81. Maddesinin Uygulanması Hakkında Kılavuz" (Yatay İşbirliği Kılavuzu) ile Denizyolu Taşımacılığı Kılavuzu'nun 64. paragrafında, havuz anlaşmasının taraflarının asıl veya potansiyel rakip olmamaları halinde AB Antlaşması'nın 101. maddesini ihlal anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Faaliyetlerinin minimal önem taşıdığı üye ülkeler arasındaki ticareti engellememesi nedeniyle rekabetin ilgili parametrelerini etkilemediği durumlarda bu şekilde bir ihlal söz konusu olmayacaktır⁵⁷³.

Denizyolu Taşımacılığı Kılavuzu'na göre havuz üyelerinin yüksek pazar gücü olmaması durumunda, ortak satış yaratmayan ama ortak planlama veya ortak alım gerçekleştiren havuzların ilgili maddeyi ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Rakipler arasındaki havuz anlaşmasının ana konusunun ortak satış olduğu ve fiyatlama politikası açısından bir işbirliğinin olabileceği durumlarda, söz konusu durumun Avrupa Komisyonu tarafından AB Antlaşması'nın 101. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturabilecek nitelikte olabileceği değerlendirilmiştir. Havuz anlaşmasının amacının rekabeti kısıtlamak olmadığı durumlarda ise, anlaşmanın AB Antlaşması'nın 101. maddesini ihlal edip etmediğinin anlaşmanın etkileri incelenerek

⁵⁷² Gürkaynak ve diğeri, ss. 105-106.

⁵⁷³ Yatay İşbirliği Anlaşmalarına ilişkin Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın 81. maddesinin Uygulanması Hakkında Kılavuz ve Denizyolu Taşımacılığı Hizmetlerine AT Kurucu Antlaşması'nın 81. maddesinin uygulanması hakkında Kılavuz; Avrupa Komisyonu, "AT Kurucu Antlaşması Kapsamındaki Ticaret Kavramı Üzerindeki Etkiler Hakkında Kılavuz", OJ C 101, 27.4.2004, paragraf 81'den aktaran Gürkaynak ve diğeri, ss. 106-107.

karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁷⁴

Söz konusu kılavuzda, genel olarak bir havuz anlaşmasının olumsuz bir etki yaratıp yaratmadığının tespitinde dikkate alınması gereken unsurlar; ekonomik yapı, ilgili pazar yapısı, tarafların birleşik pazar gücü, havuz anlaşmasının koşulları ve havuz anlaşmasının yakın pazarlarda doğuracağı olası etkiler olarak belirtilmiştir. Diğer taraftan havuz anlaşmalarının m.101 kapsamında bir ihlal teşkil etmesi durumunda dahi, ABİDA m.101/3’de belirtilen şartları birlikte taşımasıyla koşuluyla AB rekabet hukuku kurallarıyla uyumlu hale gelmesi mümkündür. Bunlar;

- Etkinlik kazanımı yaratması,
- Söz konusu faydaların taşımacılığa ilişkin kullanıcılara geçmesi;
(örneğin taşımacılık fiyatlarının düşmesi veya yeni lojistik çözümler)
- Söz konusu etkinliğin sağlanabilmesi açısından daha az kısıtlayıcı bir yöntem bulunmaması ve son olarak,
- Pazarın büyük bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasının söz konusu olmaması (örneğin havuzun pazar payı ve ilgili pazarda faaliyet gösteren rakiplerin sayısı)⁵⁷⁵.

B. Tarifeli Deniz Taşımacılığında Rekabet

Dünya ticaretinin globalleşmesi ile beraber deniz taşımacılığına olan talebin artması tarifeli denizyolunu zorunlu kılmıştır. İşletmeler bu taşıma türünde, sabit pazarlara hizmet vermektedirler. Pazarlar belli olduğundan her varış yeri için uygulanacak navlunlarda konferanslarda tespit edilmektedir. Tarifeli deniz taşımacılığı, normal piyasa koşullarında daha istikrarlı kar sağladığı söylenen bir hizmet şeklidir. Bu taşıma türünde navlun piyasası kararlıdır. Piyasanın işleyişini,

⁵⁷⁴ Avrupa Komisyonu “Denizyolu Tasımacılığı Hizmetlerine AT Kurucu Antlaşması’nın 81. maddesinin uygulanması hakkında Kılavuz”, OJ C 245, 26.9.2008, paragraf 31, 34; C. Stamatou ve P.Necocleous (2009), The New Era of EC Competition Law in the Shipping Industry”, International Company and Commercial Law Review, Sayı: 1, s. 7’den aktaran, Gürkaynak ve diğerleri, s. 108.

⁵⁷⁵ Avrupa Komisyonu “Denizyolu Taşımacılığı Hizmetlerine AT Kurucu Antlaşması’nın 81. maddesinin uygulanması hakkında Kılavuz”, OJ C 245, 26.9.2008, paragraf, 69; Antitrust: Draft.do? Guidelines for maritime transport, Brüksel, 13 Eylül 2007, “europa. eu/rapid/pressReleasesAction reference=MEMO/07/355”; 43/82 sayılı ve 63/82 sayılı VBVB ve VVVB v Komisyon Birleşmiş Davalar [1984] ECR-19, C-238/05 sayılı Asnex-Equifax v Asociacion de Usuarios de Servicios Bacarios kararı [2006] ECRI-11125.’ten aktaran, Gürkaynak ve diğerleri, ss. 109-110.

navlun konferansları ve donatan birlikleri taşıyan açısından; yükleyiciler konseyi de taşıtan açısından üstlenir⁵⁷⁶.

Tarifeli deniz taşımacılığı, açılmasız rekabetin görüldüğü bir taşıma şeklidir. Rekabetin nedeni yükün ekonomik değerinin yüksek olmasıdır. Bu yüzden donatanlar, rekabet olanakları sınırlı, devlet himayesiyle hizmet görmek isterler. Tarifeli deniz taşımacılığında rekabet, tarifesiz deniz taşımacılığındaki tam rekabet modelinden farklı olarak oligopol piyasalara uyum göstermektedir⁵⁷⁷.

1. Konferansların Ortaya Çıkışı ve Özellikleri

Tarifeli deniz taşımacılığında, bugün hala geçerliliğini koruyan konferans sisteminin tarihi, 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar uzanmaktadır. Buharlı gemilerin dünya denizlerinde boy göstermeye başlamalarıyla birlikte, deniz taşımacılığı endüstrisinin yapısında büyük değişiklikler meydana gelmiştir. Rüzgâr koşullarından bağımsız olarak çalışabilen buharlı gemilerle, hem mallar daha kısa sürelerde taşınmaya, hem de varış tarihleri kesin olarak bilinmeye başlanmıştır. Aynı tarihlerde Süveyş Kanalı'nın gemi trafiğine açılmasıyla birlikte Londra-Kalküta hattındaki mesafe kısalmıştır. Buharlı gemilerin bu hatta çalışmaya başlamasıyla birlikte sevk edilen tonaj miktarı da artırmıştır. Yelkenli gemiler ise Kızıldeniz'deki hava koşullarının elverişsizliğinden dolayı, Afrika Kıtası'nın güneyinde yer alan Ümit Burnu'ndan dolaşmak durumunda kalmışlardır. Buharlı gemilerle rekabet edemeyen yelkenli gemi sahipleri, pazar paylarını korumak amacıyla fiyatlarını düşürmüş, buharlı gemi sahipleri de aynı şekilde cevap vermişlerdir. Taşıyıcılar arasındaki bu rekabet nedeniyle navlun bedellerinde yaşanan düşüş, birçok gemi sahibini iflasa sürüklemiştir⁵⁷⁸.

Londra-Kalküta hattında çalışan ve iflas etme tehlikesi ile karşı karşıya kalan buharlı gemi sahiplerinin bir araya gelmesiyle, ilk konferans olan, Kalküta

⁵⁷⁶ Çakır, Ders Notları (2011)

[http://www.slideshare.net/YunusCengiz/deniz-iletmecilii\(31.7.2014\)](http://www.slideshare.net/YunusCengiz/deniz-iletmecilii(31.7.2014))

⁵⁷⁷ James Mc Conville, Economics of Maritime Transport, Theory and Practice Whiterby, London, 1999, s.168'den aktaran, Denктаş Şakar, Analiz, s. 218; Çakır, Deniz İşletmeciliği Ders Notlar.

⁵⁷⁸ Mehmet Kemal Kocaemre, Türk Düzenli Hat Konteyner İşletmelerinin Akdeniz'deki Rekabet Gücü, (Yayınlanmamış Tezsiz Yüksek Lisans Projesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s. 7; C.L Kendall (1986), The Business of Shipping, Cornell Maritime Press, Centreville, Md, s.302'den aktaran, Levent Kutoğlu, Düzenli Hat Taşımacılığında Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu, 5. Dönem Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 10; Denктаş Şakar, Analiz, s. 218

Konferansı (Calcutta Conference) 1875 yılında meydana gelmiştir⁵⁷⁹. Bu taşıyıcıların, konferans çatısı altında, kapasitelerini azaltarak fiyatları tekrar yükseltme çabasına girmeleri, taşıtıcıların yelkenli gemileri tercih etmeye başlamasına yol açmıştır. Buharlı gemi sahipleri ise, taşıtıcıları kendilerine bağlamak için, bir çeşit sadakat indirimi sistemi olan, sonradan ödemeli indirim sistemini uygulamaya başlamışlardır⁵⁸⁰.

BM Liner Konferansları İçin Davranış Kodu Hakkında Konvansiyonda (1974), liner konferansın tanımı; *‘yüklerin belirli coğrafi limitler içinde özel rota ya da rotalarda taşınması için, uluslararası liner hizmeti veren ve tabiatı ne olursa olsun tek ya da müşterek navlun oranı ve diğer anlaşma koşulları ile ve liner hizmetlerinin kurallarına saygılı bir biçimde çalışmak konusunda sözleşme ya da anlaşma yapmış olan, gemi işleten iki ya da daha çok nakliye şirketinin oluşturduğu grup’* şekilde yapılmıştır⁵⁸¹.

Tarifeli deniz taşımacılığının ana anlaşma şeklini konferans sistemi olmuştur. Konferanslar genelde, tarifeli deniz konferansları, taşımacılık konferansları, deniz taşımacılığı konferansları olarak da anılmaktadırlar. Konferanslar, aynı ticari hatlarda çalışan, tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti sunan işletmelerin, aralarındaki yıkıcı rekabetin zararlı etkilerini düzenlemek amacıyla oluşturdukları derneklerdir. Konferanstaki tartışmalar, belirlenen amaçlar ve stratejiler konusunda çok az şey bilinmektedir. Konferanslar açık ya da kapalı olabilirler. 1916 yılında ABD Denizcilik Kanunu, ABD’den ve ABD’ye olan ticari rotalarda konferansların açık olması gerektiğini belirtmektedir. Açık olma durumunda ilgili kurallara uyma iradesine ve bu kuralları yerine getirme yeterliliğine sahip her başvuru kabul edilir. ABD ve Kanada hariç başka yerlerde konferanslar kapalıdır. Konferansın kapalı olması halinde ise buralara yeni üyelerin kabulü konferansta bulunan mevcut üyelerin olurlarına bağlıdır. Bir deniz taşımacılığı şirketi sözü edilen konferansa asil ya da yedek üye olabilir. Yedek üye olması halinde oy kullanma hakkı yoktur fakat konferansın tüm kurallarına uymak durumundadır. Bir konferansa üye olmayan

⁵⁷⁹ Esasen ilk konferans New York ve Avrupa arası taşımacılık kapsamlı 1868 yılında kurulan Transatlantik Deniz Taşımacılığı Konferansıdır. Ancak bu konferansta navlun oranlarını kontrol konusunda 1902 yılına kadar bir mutabakat sağlanamamıştır. Gerçek anlamda fiyat belirleyen konferans Kalküta Konferansıdır.(J.R Smith, Ocean Freight Rates. Political Science Quartely.21(2), 1906, ss. 25-255’den aktaran, Başer, Analiz, s. 211)

⁵⁸⁰ Kutoğlu, s. 10; Denktaş Şakar, Analiz, s. 218; Kocaemre, s. 7.

⁵⁸¹ Odeke, Karan, s. 255.

tarifeli deniz taşımacılığı şirketi *bağımsızdır*. Konferansların yazılı anlaşmalar çerçevesinde faaliyet gösteren ve sekreteryalara sahip olanları bulunduğu gibi, sadece fiyatlar ve sefer sıklığı konusunda bağlayıcı olmayan anlaşmalar etrafında çalışanları da bulunmaktadır⁵⁸².

Konferanslar belirli bir rotada çalışan, tarifeli deniz taşımacılığı hatlarının kuruluşlarıdır. Konferanslar iki liman arasında, iki bölge arasında, bir limana bir bölge ya da bir bölge bir liman kapsamında çalışırlar. Böylece, genellikle geniş çaplı coğrafi yüzeyleri kapsarlar. Genelde giriş ve çıkış hatları için farklı konferanslar bulunmaktadır. Örnek olarak, Transpasifik Batı Navlun Anlaşması ABD'den Uzakdoğu ve Hindistan yarı kıtasına olan rotada çalışmaktadır. Fakat bazı konferanslar bir rota üzerinde her iki yönde de trafiği içermektedirler, bunlara örnek olarak Trans Atlantik Konferans Anlaşması, ABD ve Kuzey Avrupa arasında her iki yönde çalışmaktadır⁵⁸³.

Liner konferanslarda üye hatlar genellikle, diğer hatlar ya da devletler ile rakiplerin hatlara girişlerinin yasaklanması ve taşıma ücretlerinin oranları konularında anlaşmaya varırlar. Böylece, tarifeli deniz taşımacılığı pazarı, devletlerin elinde olan hava ve demiryolu pazarının aksine, denizcilik şirketlerinin kontrolü altına girer⁵⁸⁴.

2. Konferansların Fonksiyonları

Asıl amaçları konferans üyeleri arasındaki gereksiz rekabeti önlemek ve konferans dışındaki firmalara karşı daha güçlü olmak olan bu yapıların politikalarını şu şekilde belirtmek mümkündür⁵⁸⁵;

- Tek bir navlun tarifi uygulamak,
- Kalkış noktalarının sayısını önceden belirlemek

⁵⁸² Kocaemre, s. 6; OECD, Regulatory Issues in International Maritime Transport, s. 16'dan aktaran Denktaş Şakar, Analiz, ss. 218-219; J.J Evan, Concerning the Level of Liner Freight Rates, Maritime Policy and Management, 9(2), 1982, s. 103'den aktaran, Başer, Analiz, ss. 210, 213; B. Farthing (1987), International Shipping, First Edition, Lloyd's of London Press Ltd., London, s. 96'dan aktaran Kutoğlu, s. 11.

⁵⁸³ Başer, Analiz, s. 214; OECD, Competition Policy in Liner Shipping, 2002, s. 19'dan aktaran, Dektaş Şakar, s. 219.

⁵⁸⁴ Odeke, Karan, s. 256.

⁵⁸⁵ Kocaemre, s. 7.

- Hizmet vereceği alanı önceden belirlemek
- Sistem gereklerini entegre etmek
- Konferans dışı firmalara karşı ortak karar almak

Konferansların politikalarını gerçekleştirmek adına yürüttükleri faaliyetler, durumdan duruma değişim göstermekle birlikte, aşağıda listelenenlerden birini veya birden fazlasını içerebilmektedir⁵⁸⁶:

- Ortak navlun bedelleri belirlemek,
- Sefer sıklığı ve tahsisatı konusunda anlaşma yapmak,
- Üyelik şartları oluşturmak,
- Taşıticıları bağlamak amaçlı sadakat indirimleri yapmak,
- Ortak sürsarj⁵⁸⁷ belirlemek,
- Yük havuzu oluşturmak,
- Gelir havuzu oluşturmak,

Tonaj için yapılan gereksiz rekabetten kaçınmak ve kar garantili önceden belirlenmiş navlun politikası oluşturmak, konferansların sağladığı faydalar arasındadır. Bununla birlikte navlun oranlarının tutarlılığı, üreticilerin ve tüccarların uzun dönemli kontratlar yapmasını sağlamaktadır, bu durum ise uluslararası ticaretin belirsizliğini ve istenmeyen riski azaltmaktadır. Konferanslar işletmeler arasında, işletme yapısına bağlı olmaksızın eşitlik sağlar. Düzenli ve sık taşıma işletmenin denizaşırı pazarlara göndereceği ürünleri planlamasına, gereksiz stok taşıma

⁵⁸⁶ Kutoğlu, ss. 11-12.

⁵⁸⁷ Sürşarj, taşıyıcıların bir maliyet kaleminde meydana gelen artışı, doğrudan navlun bedeline yansıtması anlamına gelmektedir. Örneğin, düzenli hat taşıyıcıları, yakıt fiyatlarının seviyesinde bir artış olduğunda yakıt sürşarjı adı altında, konteyner başına ek ödeme talep edebilirler. Diğer bir sürşarj uygulaması ise, limanlarda yoğunluk olması nedeniyle gemilerin fazladan bekleme yaptıkları durumlarda, beklemekten doğan maliyeti karşılamak için taşıyıcılardan ek ödeme talep edilmesi olup buna liman yoğunluğu sürşarjı (port congestion surcharge) denmektedir. Öte yandan taşıyıcılar, maliyetlerde herhangi bir artış olmadığı halde, taşıyıcılık hizmetlerine olan talebin artmasından faydalanarak, karlarını arttırmak amacıyla, yüksek sezon sürşarjı (peak season surcharge) adı altında, fiyatlarda artışı yapabilmektedirler. (Kutoğlu, s. 12. dn. 7)

ihtimalini azaltmasına ve operatörün araçlarını tam kapasitede kullanmasını sağlar. Hizmetin finansmanı, operatörleri daha iyi ve hızlı gemiler temin etmeye yönelir⁵⁸⁸.

3. Konferansların Değişim Süreci

Deniz aşırı ticaretin ve teknolojinin artmasıyla birlikte zaman içinde, konferanslar bütün dünyada yaygınlaşmıştır. 1995 senesinde dünya genelinde birçoğu aktif olmayan 360 adet, 2001 yılında ise 150'nin üzerinde faal konferans bulunmaktaydı. Bununla birlikte, son yıllarda meydana gelen bazı gelişmelerle birlikte konferanslar, güçlerini kaybetmeye başlamış, dünya tarifeli deniz taşımacılığında fiyatlar ve kapasite üzerindeki kontrolü azalmıştır⁵⁸⁹. Bununla birlikte konferanslar, üyelerinin yatırımlarını birlikte planladıkları ve koordine ettikleri, bu yolla kapasite fazlasını kontrol altında tuttukları platformlar haline gelmişlerdir. Konferans çatısı altında bir araya gelen taşıyıcılar, talep ve navlun bedelleri konusunda karşılıklı bilgilerini paylaşmakta ve ileriye yönelik tahminler yapmaktadırlar⁵⁹⁰.

Bir asırdan fazla bir süredir tarifeli deniz taşımacılığına hâkim olan konferansların önemini kaybetmeye başlaması, 1960'larda başlayan konteyner kullanımına geçişle yakından ilgilidir. Konteyner kullanımı, tarifeli deniz taşımacılığında fiyat konusundaki işbirliğinden ziyade maliyetleri düşürmeye, yatırım risklerini paylaşmaya ve sunulan hizmeti geliştirmeye yönelik ortaklıklar olan konsorsiyum ve stratejik ittifakların öne çıkmasına neden olmuş ve konferansların gücü de giderek azalmıştır.

Diğer taraftan globalleşme ile birlikte, dünyanın çok çeşitli bölgelerindeki pazarlara ulaşmak isteyen taşıtanların, taşıyanlardan daha geniş coğrafi kapsamlı taşıma hizmetleri talep etmeleri, taşıyanları büyümeye zorlamış ve tek başlarına karşılamaları zor olan maliyet ve risklerle karşı karşıya bırakmıştır. Bütün bu yeni pazar dinamiklerinin gerekli kıldığı yatırımlar ve bu yatırımların doğurduğu riskler,

⁵⁸⁸ Kocaemre, ss.7-8.

⁵⁸⁹ 1970 yıllarda konteynerleşmenin hız kazanmasıyla konferans sistemi etkinliğini yitirmeye başlamıştır. Konferanslar kurulan yeni işletmelerle rekabet edebilmek için farklı filo tipleri, konteynerler ve ekipman almak zorunda kalmış organizasyonlarını yeniden yapılandırmak, tarifeleri ve navlunları değiştirmek durumunda kalmışlardır. (Alan E.Branch, Elements of Shipping Seventh Edition, Routledge, 2005' den aktaran, Kocaemre, s. 8.)

⁵⁹⁰ Sea Transport, 'operation and economics', Patrick M. Aldartan, Thomas Read Publications,1995'den aktaran, Kocaemre, s. 7; OECD (2002), "Final Report on Competition Policy in Liner Shipping", <http://www.oecd.org/dataoecd/13/46/2553902.pdf.s.19'dan> aktaran Kutoğlu, s.11

taşıyanları konsorsiyum ve stratejik ittifaklar gibi oluşumların bünyesinde işbirliği yapmaya zorlamıştır⁵⁹¹.

Konteyner kullanımına geçiş ile birlikte meydana gelen elleçleme faaliyetlerindeki iyileşmeler, gemiden gemiye konteyner aktarımını kolaylaştırarak merkez-ve-uç sistemlerinin kullanımını yoğunlaştırmıştır. Bu yeni sistemde taşıyanlar için, merkezler arasında sefer yapacak ve bir seferde çok fazla konteyner taşıyabilecek gemileri kullanarak, ölçek ekonomilerinden yararlanma ve maliyetleri azaltma imkanı doğmuş, gemi kapasitelerinde büyüme yönünde bir trend meydana gelmiştir. Gittikçe büyüyen gemilerin kapasite kullanımlarının belirli bir seviyede tutulması ihtiyacı, merkez-ve-uç sistemi⁵⁹² dâhilinde operasyonel işbirliği yöntemlerinin yanı sıra, yoğunlaşmaları da beraberinde getirmiştir. Yaşanan bu yoğunlaşmalarla birlikte, bir konferansa dâhil olmadan da, müşterilerine yeterli sıklıkta ve kalitede hizmet sunacak ekonomik ve operasyonel güce sahip bağımsız taşıyıcılar ortaya çıkmıştır⁵⁹³.

Tek başına faaliyet gösteren bu büyük **“bağımsız”** taşıyıcıların, neredeyse orta büyüklükteki bir ülkenin bütçesine eşit olan sermaye yapıları ve ülkelerin uluslararası dış politikalarını dahi belirleyebilme özelliğine sahip ticari ve teknik güçleri, dünya çapında etkinliğe sahip altyapı ve liman hizmetleri karşısında, konferansların pazar güçleri önemli ölçüde azalmıştır.

Konferansların hâkimiyetlerinin azalmasında etkili olan bir başka faktör, ABD’de hizmet sözleşmeleri alanında yaşanan gelişmeler ve bu gelişmelerin, dünya tarifeli deniz taşımacılığı ticaretine etkisidir. Dünya tarifeli deniz taşımacılığı ticaretinde çok önemli bir yere sahip olan ABD’de, 1998 yılında yürürlüğe giren Okyanus Denizciligi Reform Kanunu (OSRA) ile hizmet sözleşmelerinin yapılmasına engel bazı düzenlemelerin kaldırılması, başta Avrupa-ABD hattında

⁵⁹¹ Kutoğlu, ss. 49-50.

⁵⁹² Gemilerin kapasite kullanımı ile ilgili sorunlara ek olarak, büyük konteyner gemilerinin sadece gerekli altyapı yatırımlarını yapmış olan büyük limanlara yanaşabiliyor olması, merkez-ve-uç sistemlerinin kullanılmasını gerektirmiştir. Bu sistemde bütün limanlar arasında sefer yapılması yerine, uç olarak adlandırılan noktalardan, diğer bir deyişle, küçük, tali limanlardan, besleyici gemileri aracılığıyla merkez limanlarına taşıma yapılmakta, merkez limanlarında aktarma gerçekleştirildikten sonra, büyük konteyner gemileri ile diğer merkez limanına taşınan yükler yine besleyiciler aracılığı ile küçük limanlara dağıtılmaktadır. Böylelikle, hem besleyici hatlarında hizmet veren küçük gemilerin, hem de ana hatlarda faaliyet gösteren büyük gemilerin kapasite kullanımının yüksek olması sağlanmakta, kapasite maliyetlerinden tasarruf edilmektedir.

⁵⁹³ Kutoğlu, s. 49.

olmak üzere tüm dünyada bu sözleşmelerin yayılmasını tetiklemiştir⁵⁹⁴.

Tarifeli deniz taşımacılığında hizmet sözleşmelerinin yaygınlaşmasında diğer bir önemli etken, Avrupa Komisyonu'nun TACA kararında, hizmet sözleşmeleri konusunda izlediği tutumdur. Söz konusu kararda TACA konferansının, üye taşıyıcıların hizmet sözleşmeleri yapmasına sınırlama getirmek amacıyla bir rehber yayımlaması Komisyon tarafından 4056/86 sayılı Tüzük'le sağlanan muafiyetin kapsamı dışında bulunmuştur. ABD-Kuzey Avrupa hattında, 1990'lı yıllarda önemli bir pazar payına sahip olan bu konferansın hizmet sözleşmeleri ile ilgili sınırlamalarının Komisyon tarafından yasaklanması, bu sözleşmelerin söz konusu hatta yaygınlaşmasında etkili olmuştur.

Hizmet sözleşmelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte, konferansların fiyat seviyesi üzerindeki kontrolü giderek azalmıştır. Bu sözleşmelerde navlun bedelleri, bizzat taşıtan ve taşıyan arasında yapılan karşılıklı görüşmeler sonucunda belirlenmektedir. Tarafların, konferansın fiyat tarifelerine bağlı kalmak yerine kendi hizmet sözleşmelerini akdetmeleri daha avantajlıdır. Bu nedenle hizmet sözleşmeleri giderek tarifeli deniz taşımacılığında iş yapmanın normu haline gelmekte, konferansların fiyat üzerindeki kontrolünü azalmaktadır⁵⁹⁵.

Bağımsız taşıyıcıların konferans kontrolüne girmek istememeleri, fiyatları ve kapasite fazlasını kontrol altında tutmak isteyen konferansları bir takım başka arayışlara yöneltmiştir. Bu nedenle konferanslar bağımsız taşıyıcılarla, fiyat ve kapasiteyi kontrol etmeye yönelik, bağlayıcı özelliği olmayan müzakere anlaşmaları (*Discussion agreement*) yapmaya yönelmişlerdir⁵⁹⁶.

Günümüzde konferansların pazar gücü oldukça düşmüştür. Konferanslar ihracatçı, ithalatçı ve gemi sahiplerinin artan ticari taleplerine ve hükümetlerin artan yasal düzenlemelerine maruz kalmaktadırlar. 1995'ten itibaren konferans dışı firmalar taşıma sektörünün yüzde seksenini domine etmişlerdir. Bu oran 1970'lerde yüzde beş ile on arasındadır⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Kutoğlu, s. 50.

⁵⁹⁵ Kutoğlu, s. 50.

⁵⁹⁶ Kutoğlu, s. 11.

⁵⁹⁷ Alan E. Branch, *Elements of Shipping* Seventh Edition, Routledge, 2005' den aktaran, Kocaemre, s. 8.

a. Konsorsiyum

Bir ortak girişim olan konsorsiyumlar⁵⁹⁸, üyelerine faaliyetlerini rasyonalize etme, risk paylaşma ve ortak yatırım yapma gibi imkânlar sunmakta, operasyonel işbirliği temeline dayanmaktadır, bu özellikleriyle konferanslardan ayrılmaktadırlar. Ayrıca konferanslardan farklı olarak konsorsiyum üyeleri bağımsızlıklarını geniş ölçüde muhafaza etmekte ve konferanslar gibi organizasyonlarla sürekli bir bağ kurmamaktadırlar. Bu birlikteliğin asıl amacı sadece belirli bir sürede tatmin edilemeyen taşıma talebini karşılamaktır. 823/2000 sayılı Tüzüğün 1. maddesi ise konsorsiyumu şu şekilde tanımlamıştır⁵⁹⁹:

“Konsorsiyum, uluslararası düzenli hat taşımacılığı sunan iki veya daha fazla gemi işleticisi taşıyıcı arasında, esasen konteynerle ve sadece yük taşımak için, belirli bir hatta, taraflarının tek başlarına verebileceklerinden daha gelişmiş bir hizmet sunmasına yönelik ve amacı üyeler arasında teknik, operasyonel ve ticari anlaşmalar yoluyla operasyonları rasyonalize etmek olan fiyat belirlenmesi içermeyen anlaşmalardır.”

1960’lı yıllarda başlayan konteyner kullanımı, tarifeli deniz taşımacılığını önemli şekilde değiştirmiştir. Yüklerin standart şekil ve büyüklükteki konteynerlerle taşınması, aynı gemide farklı tipteki kargonun taşınmasına olanak vermiş, böylelikle yükün cinsinden bağımsız olarak, taşıyanların birbirlerinin gemisinden konteyner bölmeleri kiralaması (slot charter) mümkün olmuştur. Konteyner kullanımı, sadece gemilerin ortak kullanımını sağlamamıştır; limanlarda konteynerleri elleçlemek için kullanılan ekipmanların da yine farklı taşıyanlar arasında ortak olarak kullanılmasını mümkün kılmıştır. Bütün bu operasyonel işbirliği olanakları, taşıyanların konteyner kullanımına geçiş için ihtiyaç duydukları yatırımları, konsorsiyumlar bünyesinde bir araya gelerek birlikte gerçekleştirmelerini ve bu yolla yatırım risklerini paylaşmalarını sağlamıştır⁶⁰⁰.

Birkaç taşıyanın, bir hatta gemilerini ortak bir program altında çalıştırmaları ve bu gemilerin toplam kapasitesini, sundukları kapasite ile oranlı bir şekilde

⁵⁹⁸ İşletmelerin belirli bir işi veya işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve bunlardan her birinin diğerlerinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu üstlenmeleri durumunda Konsorsiyum söz konusu olur.

⁵⁹⁹ Kutoğlu, s. 18; Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, Cilt; 13, Sayı; 3, Temmuz 2012, s. 100.

⁶⁰⁰ Kutoğlu, s.18.

paylaşmaları yaygın olarak görülen bir konsorsiyum çeşididir. Öte yandan ortak liman ekipmanı kullanımı ve ortak pazarlama şirketi işletmek de, konsorsiyumların faaliyetleri arasında yer almaktadır. Konsorsiyumlar, maliyet düşürmeye ve etkinlik yaratmaya yönelik ortak girişimler olup, taraflarının tek başlarına sunamayacakları boyuttaki hizmetleri işbirliği yoluyla sunmalarına hizmet etmektedirler⁶⁰¹.

Konsorsiyumlar, operasyonel işbirliği temelinde kurulmaları nedeniyle konferanslardan farklıdırlar. Zira konferansların işlevleri, genellikle üyelerinin ortak fiyat belirlemeleri ve kapasite sunumlarını kararlaştırmaları ile sınırlıdır. Konsorsiyumlar, maliyet düşürmeye ve etkinlik yaratmaya yönelik ortak girişimler olup, taraflarının tek başlarına sunamayacakları boyuttaki hizmetleri işbirliği yoluyla sunmalarına hizmet etmektedirler. Örneğin, konferans üyesi taşıyıcılar arasında, karşılıklı slot kiralama gibi, konsorsiyumlara has faaliyetler bulunmamaktadır⁶⁰².

b. Stratejik İttifaklar

Konferanslar son yirmi yılda daha az yoğun olan (fiyatları belirlemeyen) fakat daha geniş ticari rotaları çevreleyen işbirliklerine yerlerini bırakmışlardır. Tarifeli deniz taşımacılığında stratejik işbirlikleri⁶⁰³ 1994'lerin ortalarında başlamıştır. Bu işbirlikleri üyelerin fiyat belirleme sürecine dahil olmadığı fakat gemi, terminal ve ekipman paylaşımı, ortak sefer programı hazırlama, yer kiralama ile ilgili olarak kapasitenin rasyonelleşmesinde yer aldığı görülmektedir⁶⁰⁴.

Stratejik ittifaklar, farklı coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren taşıyıcılar arasında, bu taşıyıcıların birbirlerinin servis ağlarından karşılıklı yararlanmasına yönelik olarak yapılan işbirliği anlaşmalarıdır. Globalleşme sürecinde, şirketlerin faaliyetlerini dünya çapına yayma, ürünlerini birden fazla pazarda satma yoluna gitmesi, bu şirketlere taşıma hizmeti sunan taşıyıcıların operasyonlarını dünya çapına yaymalarını zorunlu kılmıştır. Taşıyıcılar, bu yeni pazar şartlarına ayak uydurmak

⁶⁰¹ Kutoğlu, s.19.

⁶⁰² Kutoğlu, s. 19.

⁶⁰³ İki veya daha fazla bağımsız şirketin kendi otonomilerini koruyarak, birbirlerine göre rekabet avantajına sahip oldukları teknoloji, uzmanlık, üretim vb. belli spesifik faaliyetleri birlikte gerçekleştirmek veya ortak hedeflere ulaşmak amacıyla yaptıkları, basit ticari sözleşmelerle birleşme işlemleri arasında yer alan, kısa vadeli, esnek yapılı yeni bir hukuki varlığın kurulmasını gerektirmeyen (kontrolün el değiştirmesini gerektirmeyen), sözleşme bazlı anlaşmalardır. (Ayşen, Özlem Uzun, Stratejik İşbirlikleri ve Rekabet, Rekabet Kurumu, 5. Dönem Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 9)

⁶⁰⁴ Denктаş Şakar, Analiz, s. 220.

amacıyla, dünyanın değişik bölgelerinde faaliyet gösteren başka taşıyıcılarla stratejik ortaklıklar kurup faaliyetlerini bunlarla entegre etmeye yönelmektedirler⁶⁰⁵.

Dış ticaretin artmasına bağlı olarak kombine ve kapıdan kapıya taşımacılık gibi yeni taşıma türlerinin ortaya çıkması, yeni üretim modellerinde zaman faktörünün ön plana çıkmasıyla birlikte, taşımacılıkta da tam zamanında teslim hizmetinin talep edilmesi ve büyük gemilerin kapasite kullanımının belirli bir seviyede tutulması ihtiyacı, dünyanın farklı bölgelerinde faaliyet gösteren taşıyıcıları stratejik ortaklıklar yoluyla ile bir araya gelmeye zorlamıştır. Stratejik işbirlikleri üç ana neden belirlemiştir. Bunlar⁶⁰⁶;

- Ölçek ekonomileri (daha büyük gemileri işletme olanağı)
- Operasyonel sinerjiler (gemilerin daha iyi ayrımının sağlanması olanağı)
- Pazar kontrolü (pazar gücünü artırma olanağı)

Ancak işbirliği üyelerinin bölge ve coğrafya olarak, operasyonel ve kültürel farklılıkları bazı riskleri de beraberinde getirmiştir. Bu nedenle bazı tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti sunan işletmeler, birleşme ve satın alma biçimlerini denemiştir. Büyük bir denizcilik firmasını yönetmenin en iyi yönteminin, bir elden kontrol ve hızlı karar alma ve ardından da hemen eyleme geçme olduğu düşünüldüğünde birleşmelerin bu açıdan önemli olduğu görülmektedir⁶⁰⁷.

Stratejik ittifaklar, taraflarının ittifakın kapsadığı coğrafi alan içindeki pazara giriş stratejilerini ve diğer rekabetçi davranışlarını etkiledikleri ölçüde rekabet hukukunun konusu olabilirler. Bu yönleriyle stratejik ittifakların, rekabet hukuku açısından gelecekte daha fazla tartışılması beklenebilir⁶⁰⁸.

4. Avrupa Birliği Hukukunda Konferanslara İlişkin Yasal Düzenlemeler

Tarifeli deniz taşımacılığındaki konferansların eylemleri fiyat tespiti, arz kısıtlamaları, yıkıcı fiyat uygulamaları gibi, rekabet hukukunun en sakıncalı addettiği

⁶⁰⁵ Midoro ve A. Pitto (2000), "A critical evaluation of strategic liner alliances in liner shipping", Maritime Policy and Managements, 2000, s. 32'den aktaran, Kutoğlu, s. 19.

⁶⁰⁶ P. Cariou, Strategic Alliances in Liner Shipping' den aktaran, Denktaş Şakar, Analiz, s. 220.

⁶⁰⁷ Seok-Min., Lim (1998) Economies of Scale in Container Shipping, Maritime Policy and Managment, ss. 366-367' den aktaran, Denktaş Şakar, Analiz, s. 220.

⁶⁰⁸ Kutoğlu, s. 21.

uygulamaları içermektedir. Kabul edilebilir faydalarına karşın konferanslar aslında, teşebbüsler arasında yapılan ve üyelerini ileriye dönük kurallarla, önceden belirlenmiş taşıma ücretleri ve şartları ile bağlayan ve belirli taşıma bölgelerini üyeleri arasında paylaşmak suretiyle AB Antlaşması'nın 101 (1). maddesi anlamında fiyat sabitleme ve pazar paylaşma sözleşmeleri teşkil eden anlaşmalardır. Ayrıca, tarifeli deniz taşımacılığı konferanslarının sonucu olarak ortaya çıkabilecek olan pazarda, hâkim durum oluşturma ve kötüye kullanım, AB Antlaşması'nın 102. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Konferanslar serbest piyasa ekonomisinin ruhuna aykırı bütün bu uygulamalarını gerçekleştirirken, gizli toplantılarda bir araya gelerek faaliyetlerini saklamak ihtiyacı duymamaktadırlar; zira dünyanın bütün denizci devletlerinde konferansları antitröst yasalarından koruyan, benzer nitelikli muafiyet rejimleri yürürlüktedir. Rekabet hukukunun vatani ABD'de dahi, petrol ve demiryolu kartellerine gösterilen sert yaklaşım, tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslara bugüne kadar gösterilmemiştir⁶⁰⁹.

Avrupa Birliği'nde de durum pek farklı değildir. Uzun bir süre ortak bir ulaştırma politikası oluşturmak için çabalayan Avrupa Birliği'nde, tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslarla ilgili bir rejim oluşturulması ancak 1986 yılında mümkün olmuştur⁶¹⁰. Bu tarihe kadar, konferansları denetleyen veya düzenleyen hiçbir mekanizma oluşturulmamıştır.

Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinin, deniz taşımacılığına uygulanması için detaylı kurallar getiren 22 Aralık 1986 tarihli ve 4056/86/AET Sayılı Tüzük çerçevesinde, deniz taşımacılığı hizmetlerinin AT'nin rekabet hükümlerine uyumu düzenlenmektedir. Tüzük üye devlet vatandaşlarına (ve üye devlet vatandaşları tarafından kontrol edilen ve bir üye devlette tescil edilmiş gemileri kullanan üçüncü ülke denizcilik şirketlerine) üye devletin herhangi bir limanı ile bir başka üye devletin veya üçüncü ülkelerin limanları arasında deniz

⁶⁰⁹ Kutoğlu, ss. 5-6; A.Odeke ve H. Karan, (2002) “*Deniz Taşıma Sektöründe Rekabet Hukuku*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2 Cilt, s. 256.

⁶¹⁰ Denizcilikte ortak bir rekabet politikasının uzun bir süre boyunca belirlenememiş olmasının en önemli nedeni üye devletlerin, 1973 yılında Danimarka, İrlanda ve Birleşik Krallık ve 1981 yılında Yunanistan'ın topluluğa katılmasına kadar önemli boyutta denizcilik şirketlerine sahip olmamasıdır. İkinci olarak ise, 1974 yılına kadar AT Antlaşması'nın rekabet hukuku hükümlerinin denizyolu ulaşımına uygulanmasının mümkün olmamasıdır. (T. Marquez (1998), “*International Maritime Law: Shipping, Competition, and Dumping: The European Community's Liner Shipping Regulations*”, Tulane Üniversitesi, Tulane Maritime Law Journal, Sayı: 139' den aktaran, Gürkaynak ve diğerleri, s. 83.

yoluyla yolcu ve yük taşıma hakkı vermektedir. 4055/86 sayılı Tüzük ile üye ülke bazındaki mevcut düzenlemelerle getirilen kısıtlamaların yavaşça azaltılması amaçlanmıştır. Tüzük, tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslar için genel olarak fiyat sabitleme ve kapasite düzenlenmesine ilişkin bir blok muafiyeti getirmiş ve söz konusu muafiyetin koşullarını belirlemiştir. Muafiyet tanınmasının gerekçeleri ise kısaca, sabit taşıma fiyatları, düzenli ve planlı hizmet sunumu ve hizmet sağlanmasında sabit bir düzenin elde edilmesi olarak gösterilmiştir⁶¹¹.

Tüzüğün 8. maddesinde, Roma Antlaşması'nın hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili hükümlerini içeren 82. maddesine doğrudan atıf yapılmakta ve muafiyet kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın, bir konferansın herhangi bir eyleminin hâkim durumun kötüye kullanmasına yol açması durumunda, 3. madde ile sağlanan muafiyetin geri alınabileceği ve konferans hakkında tüzüğün öngördüğü şekilde yaptırım uygulanabileceği ifade edilmektedir⁶¹².

Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere zamanla konferansların güçlerini kaybetmesiyle birlikte, AB komisyonu yürürlükteki düzenlemeleri tekrar gözden geçirerek, tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslara rekabet açısından muafiyet tanınmasına sebep olan ekonomik şartların, artık denizcilik piyasasında var olmadığından bahisle muafiyetin kaldırılması gerektiğine karar verilmiştir⁶¹³.

2006 yılında, 1419/2006 sayılı Tüzük yayımlanmış ve blok muafiyetinin Ekim 2008'de son bulacağı belirtilmiştir. Böylece denizyolu taşımacılığı sektöründe bazı alanlarda muafiyet getiren düzenlemenin kalkmasıyla beraber, Avrupa Komisyonu dâhil olmak üzere, üye devletlerin mahkemeleri tarafından rekabet kurallarının bu alana da uygulanması söz konusu olmuştur⁶¹⁴.

⁶¹¹ Faull J. ve A. Nıkpay(1999), *The EC Law of Competition*, First Edition, Oxford University Press, Oxford, s. 893'den aktaran, Kutoğlu, s. 6; Butcher, L. (2010), *"Shipping: EU Policy"*, House of Commons Kütüphanesi, s.6'dan aktaran Gürkaynak ve diğerleri, s. 85.

<http://www.denizhaber.com.tr/guncel/3858/navlun-konferansi-kaldirilsin-talebi.html>(25.1.2014)

⁶¹² Kutoğlu, s. 34.

⁶¹³ Düzenli hat konferanslarının deniz taşımacılığında fiyat istikrarına katkıda bulunup bulunmadığını inceleyen Komisyon'un bu konudaki görüşü, fiyat istikrarının sağlanması için düzenli hat konferanslarına ihtiyaç olmadığı, taşıyıcıların bugünün pazar koşulları içinde istikrar sağlayacak yeni yöntemler geliştirdiği yönündedir. (Kutoğlu, s.70); Avrupa Komisyonu tarafından bağımsız şirketlere hazırlatılan etki değerlendirmesi çalışması sonuçlarına göre, liner konferansları blok muafiyetinin yürürlükten kaldırılması, taşımacılık maliyetlerini düşürecek, Avrupa sanayinin rekabet gücünü artıracak ve bu alanda Lizbon ajandasının hedefleri arasında yer alan en basit ve en az masraflı hukuki araç hedefine ulaşılmasını sağlayacaktır. (<http://www.denizhaber.com.tr/guncel/3858/navlun-konferansi-kaldirilsin-talebi.html>. 25.1.2014)

⁶¹⁴ Gürkaynak ve diğerleri, s. 88.

Konsey 4056/86 sayılı tüzüğün Ekim 2008 yılından itibaren yürürlükten kaldırılmasına karar vermiş ve denizyolu taşımacılığı endüstrisi AB Antlaşması'nın 101 ve 102. maddelerine ve 1/2003 sayılı Modernizasyon Tüzüğü hükümlerine tabi olmaya başlamıştır. 4056/86 sayılı Tüzüğün yürürlükten kaldırılmasının ardından, bu alandaki reform Avrupa Komisyonu'nun 2008 yılında yürürlüğe giren “Denizyolu Taşımacılığı Hizmetlerine 81. Maddenin Uygulanması Hakkında Kılavuzu”nun yayımlanmasıyla birlikte devam etmiştir. Son yapılan düzenlemeler sonucu denizyolu taşımacılığı sektörünün AB rekabet hukuku kapsamında konusu olduğu son düzenlemeler aşağıdaki gibidir⁶¹⁵;

- Kabotaj ve uluslararası tarifersiz deniz taşımacılığı hizmetleri dâhil olmak üzere tüm denizyolu taşımacılığı hizmetleri açısından geçerli olan 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü,
- AB Antlaşması'nın 81(3) maddesinin tarifeli deniz taşımacılığı şirketleri arasındaki anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylem kategorilerine uygulanmasına ilişkin 906/2009 sayılı Avrupa Komisyonu Tüzüğü,
- AB Antlaşması'nın 81. maddesinin denizyolu taşımacılığı hizmetlerine uygulanması hakkında kılavuz.

5. Avrupa Birliği Hukukunda Konsorsiyumlara İlişkin

Yasal Düzenlemeler

Tarifeli deniz taşımacılığındaki konferanslardan farklı olarak konsorsiyum, 823/2000 Sayılı Tüzük ile düzenlenmiştir. 2008 yılında konferanslara uygulanan muafiyetin son bulmasıyla beraber, konsorsiyum blok muafiyeti konusu da incelenmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak Komisyon tarifeli deniz taşımacılığı konsorsiyumlarının, Anlaşma'nın 81. maddesinden muaf tutulmasına ilişkin mevzuatı revize ederek yeni bir grup muafiyeti tüzüğü olan 246/2009 sayılı Tüzüğü çıkarmıştır. Söz konusu tüzük, 823/2000 Sayılı Tüzüğün yürürlük tarihinin 25 Nisan

⁶¹⁵ Gürkaynak ve diğerleri, ss.100, 89; Kutoğlu, s. 70; Araştırma Bülteni, Sayı: 1; Rekabet Kurumu, Ankara, 2008, s. 13.

2010 tarihinde son bulmasıyla beraber, 26 Nisan 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶¹⁶.

823/2000 Sayılı Tüzük, gemicilik hatlarının kargo taşımacılığında ortak hizmet vermek üzere konsorsiyumlar halinde çalışarak işbirliği yapmalarına izin vermektedir. Yeni tüzük ile mevcut muafiyetin süresi yeni bir yasal ve iktisadi çerçevede 2015 yılına kadar uzatılmıştır. Yeni tüzükle getirilen değişiklikler kapsamında, doğrudan muafiyete hak kazanmak için şirketlerin sahip olabilecekleri pazar payı eşiği % 35'ten % 30'a düşürölüp, pazar payı hesaplama yöntemi daha net bir hale getirilmiştir. Ayrıca konsorsiyum tanımına açıklık getirilerek, taşımacılığın öncelikle konteyner yoluyla yapılmasına yönelik kısıtlama kaldırılmıştır. Böylelikle muafiyetin kapsamı, tüm tarifeli kargo taşımacılığı hizmetlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca pazar koşullarını daha iyi yansıtmak üzere muafiyetten yararlanacak faaliyetler yeniden ele alınmıştır. Bu bağlamda 246/2009 sayılı Tüzüğün ilk maddesinde, konsorsiyuma ilişkin blok muafiyetinin, Topluluk içerisindeki sadece bir veya birden fazla limana tarifeli deniz taşımacılığı yapılması durumunda söz konusu olacağı belirtilmiştir. Yeni tüzüğün 3. maddesi kapsamında ve dolayısıyla muafiyete tabi olan faaliyetler;

- ortak sefer ve uğrak limanları dâhil olmak üzere tarifeli deniz taşımacılığı hizmetlerinin ortak faaliyeti,
- gemilerdeki boş alanların değişimi, satımı veya çapraz kiralınması,
- gemilerin birleştirilmesi ve liman montajları,
- ortak faaliyet ofislerinin kullanımı,
- konteyner ve diğer ekipmanlar ve/veya bunların kiralınması,
- arz ve talepteki çalkantılar sonucu kapasite düzenlemeleri ve
- liman terminalleri ve ilgili hizmetlerin ortak faaliyeti veya kullanımı olarak tüzükte belirtilmiştir.

Komisyon bu revizyonla, bir yandan 2006 yılında 4056/86 sayılı Tarifeli Deniz Taşımacılığı Konferansları Hakkındaki Grup Muafiyeti'ni yürürlükten kaldırılmış olması dolayısıyla gerekli hale gelen birtakım değişiklikleri

⁶¹⁶ Araştırma Bülteni, Sayı:14, Rekabet Kurumu, Ankara, Eylül 2009, s.10; Gürkaynak ve diğerleri, s. 101.

gerçekleştirmeyi, bir yandan da diğer sektörlerdeki yatay işbirliği grup muafiyetleriyle uyumu sağlamayı hedeflemiştir⁶¹⁷.

II- LİMANLARDA REKABET

A. Genel Olarak

Küresel ekonominin isleyişi açısından büyük öneme sahip olan limancılık sektörü konteyner taşımacılığının ön plana çıkması ve bu taşımacılık türünün ihtiyaç duyduğu teknik ekipmanlar nedeniyle sermaye yoğun bir yapıya dönüşmüştür. Bu dönüşüm süreci, limanları geçmişte olduğundan daha rekabetçi bir pazar yapısı ile karşı karşıya bırakmış ve beraberinde liman kullanıcılarının limanlardaki etkinliğin artırılması, tarifelerin düşürülmesi ve tesislerin modernizasyonu yönündeki taleplerini getirmiştir. Söz konusu taleplerin karşılanmasında kamu kaynaklarının çoğu zaman yetersiz kalması ise 1980’li yıllardan itibaren uygulanmaya başlanan limanlara yönelik reform hareketlerinin ve özellikle özelleştirme uygulamalarının arkasındaki itici güç olmuştur.

Limanların çoğu zaman doğal tekel niteliği göstermeleri ve limanlarda sunulan hizmetlerden bazılarının zorunlu unsur niteliğine sahip olmaları, limanların ülke ekonomisi ve rekabet gücü üzerindeki etkileri ile birlikte değerlendirildiğinde, liman özelleştirmelerini rekabet hukuku açısından oldukça önemli kılmaktadır⁶¹⁸.

B. Limanların Doğal Tekel ve Zorunlu Unsur Özelliği

Liman hizmetlerinin sağlanması için yüksek sabit maliyetli yatırımlara ihtiyaç duyulması, teknik nedenlerle temel liman altyapısında yüksek başlangıç kapasitelerine gereksinim duyulması, liman altyapısının ekseriyetle bölünemez nitelikte olması nedeniyle, altyapı kapasitesinin arttırılabilmesinin yüksek maliyetli yatırımları gerektirmesi ve temel liman altyapısı unsurlarının sabit olup çok az alternatif kullanımının mevcut olması gibi bazı özellikler limanları doğal tekele

⁶¹⁷ Gürkaynak ve diğerleri, Araştırma Bülteni, Sayı: 14, Rekabet Kurumu, Ankara, Eylül 2009, s. 10; ss.101-102.

⁶¹⁸ Sesli Evren, Liman Özelleştirmeleri Sürecinde ve Sonrasında Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008, s. 1.

dönüştürebilmektedir. Diğer taraftan, liman, havalimanı ve köprü gibi ülkeye giriş çıkışı kontrol eden bazı noktalarda da doğal tekeller oluşabilmektedir. Bu nedenle, devletler bazen çok firmalı rekabetçi bir yapı yerine tekeli bir yapıyı tercih edebilmekte ve bu karar açık bir yasal düzenleme ile tek bir işletmeciye izin verilmesi şeklinde yapılabileceği gibi ayrımcı sübvansiyonlar yoluyla da yapılabilmektedir. Ancak, limanların bulundukları pazarlarda tekel özellikleri göstermeleri sıklıkla karşılaşılan bir durum olmakla beraber; limanın coğrafi konumu, hinterland bağlantıları, fiili ve potansiyel kapasitesi gibi kriterler dikkate alınarak her bir liman özelinde değerlendirme yapmanın uygun bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkündür⁶¹⁹.

Deniz limanı işleten bir teşebbüsün, bu limana feribot servisi yapmak isteyen teşebbüse liman hizmeti vermesi o feribot işletmecisi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Bir liman genellikle coğrafi olarak uygun bir yere yapılır ve bu limanlara çeşitli ulaşım bağlantıları yapılarak karayolundan ve denizyolundan taşıma bağlantıları tamamlanır. Limanların yanına veya yakınına ikinci bir liman yapılması hem coğrafi hem ekonomik ve hem de hukuki engellerle karşılaşmaktadır. Bu nedenle belli bölgelerdeki limanlar buralara sefer yapmak isteyen gemi ve işletmecileri için zorunlu unsur olarak kabul edilmektedir⁶²⁰.

Nitekim AB Hukukunda zorunlu unsur doktrini, Komisyon tarafından Holyhead Limanı'na ilişkin B&I ve Sealink davasında ilk kez doğrudan kullanılmıştır. Yine benzer konuda ki Elsingor davasında da, Danimarka'da Elsingor limanında faaliyet gösteren Scand Lines şirketi haricinde başka şirketlerin limana girmelerine izin verilmemesi söz konusudur. DSB adında bir kamu kuruluşu ve ayrıca bir İsveç şirketi olan SweFerry ile birlikte kontrol edilmekte olan Scand Lines şirketi, Elsingor Limanı ile İsveç'teki Helsingor Limanı arasında motorlu araçların feribotla taşınmasında tekel hakkına sahiptir. Komisyon, Elsingor limanında, liman gibi temel bir altyapıya girişe izin verilmemesini kamu işletmesinin hâkim durumunu kuvvetlendirici nitelikte bir devlet tasarrufu olarak niteleyerek, 82'nci maddeye aykırı bulmuştur⁶²¹.

⁶¹⁹ Sesli, ss.13-14.

⁶²⁰ Ölmez, 4. 6. 3numaralı başlık.

⁶²¹ Ölmez, 4. 6. 3numaralı başlık.

Bununla birlikte, birden çok taşıma türünün kullanımını gerektiren (intermodal) limancılık sektöründe diğer altyapı sektörlerinden farklı olarak karayolu veya iç su yolları gibi belirli bir ulaştırma şekli için zorunlu unsur özelliği gösteren bir liman tesisinin bir diğer ulaştırma şekli için zorunluluk arz etmemesi mümkündür. Sonuç olarak, limanın ve limanın sahip olduğu varlıkların her birinin zorunlu unsur niteliği taşıyıp taşımadığı sorusunun cevabı hizmetin verildiği pazara, pazarın koşullarına, hizmetin verilmesi ile ilgili teknoloji dinamiklerine bağlı olarak değişebilmektedir⁶²².

C. Limanlarda Özelleştirme

Son yıllarda artan liman özelleştirmeleri neticesinde, bu uygulamaya öncülük eden ülkelerin altyapı varlıklarının yenilenmesi ve yük elleçleme ekipmanlarının modernizasyonu konularında, ülkelere önemli miktarda özel sermaye yatırımı çektikleri görülmektedir. Bu çerçevede, özel sektör yönetimi altındaki limanların verimliliği artmış, hizmet kalitesi ve işgücü verimliliği yükselmiş ve elleçleme maliyetleri düşmüştür. Bu olumlu gelişmelerin sürdürülebilmesi özel liman işletmecilerinin karşı karşıya kaldığı limanlar arası veya liman içi rekabet ile mümkün olabilecektir. Öte yandan, bölgesel seviyede rekabetin sağlanması ve tek bir işletmecinin hâkim duruma gelmesinin engellenmesi için gereken tedbirlerin zamanında alınması büyük önem arz etmektedir⁶²³.

Birçok özelleştirmeden farklı olarak limanlara yönelik özelleştirme uygulamaları, limanların sahip oldukları tekel niteliği nedeniyle üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir konuya dönüşmektedir. Liman özelleştirmeleri neticesinde karşı karşıya kalınan en önemli risk unsuru, kamu kontrolünde olan bir tekelin özel tekele dönüşmesidir. Bu yüzden liman özelleştirmeleri sonucunda ulaşılmak istenilen ekonomik ve stratejik hedefler belirlenirken, aynı zamanda liman rekabet modellerinin dikkate alınması da büyük önem taşımaktadır⁶²⁴.

⁶²² Sesli, ss.15-16.

⁶²³ D. Sommer, (1999), "Private Participation in Port Facilities-Recent Trends", Public Policy For The Private Sector, The World Bank Group Finance, Private Sector and Infrastructure Network, Note No.193, Washington, DC, ss. 7-8 'den aktaran, Sesli, s. 33.

⁶²⁴ Sesli, s. 33.

Limanlara ilişkin rekabet modelleri limanlar arası rekabet, liman içi rekabet ve terminaller arası rekabet şeklinde üç grupta toplanmaktadır. Bu modellerden limanlar arası rekabet, aynı veya ayrı ülkedeki iki limanın aynı yük için rekabet ettiği durumda ortaya çıkmaktadır. Limanlar arası rekabetin ölçeği asıl olarak söz konusu limanların hinterlandlarının büyüklüğüne bağlıdır. Örneğin, Rotterdam Limanı Orta Avrupa'ya gelen yükler için aynı hinterlandı paylaştığı Antwerp, Hamburg ve Bremen limanları ile rekabet etmektedir. Diğer taraftan, aktarma yapılan konteyner limanlarında rekabet, genel olarak bütün bir bölge ile ilişkilidir. Örneğin, Güney Asya Bölgesi'nde bulunan Kolombo Limanı Singapur, Tanjung, Pelepas, Dubai, Salalah ve Aden ile rekabet etmektedir⁶²⁵.

Liman içi rekabet ise aynı limanda faaliyet gösteren iki veya daha fazla terminal işletmecisinin aynı yük türü için rekabet ettiği durum olarak tanımlanmaktadır. Bu model genellikle devletler ve liman kullanıcıları tarafından tercih edilmekle beraber uygulanması her zaman mümkün olmamaktadır. Dünya Bankası raporlarına göre, liman içi rekabet modelinin uygulanması neticesinde limandaki terminallerin farklı işletmeciler tarafından işletilebilmesi öncelikle limanın yük hacmine bağlıdır. Şöyle ki, limanın yük hacmi her koşulda birden fazla terminal işletmecisinin karlı ve etkin şekilde faaliyet göstermesi için yeterli olmayabilmektedir⁶²⁶.

Liman rekabet modelleri arasında en az rastlanılanı terminal içi rekabettir. Terminaller arası rekabette iki veya daha fazla yükleme/boşaltma şirketi veya taşıyıcı şirket aynı terminalde rekabet halinde bulunmaktadır. Terminaller arası rekabet ile genellikle bağımsız taşıyıcıların faaliyet gösterdiği küçük hizmet liman modelinde karşılaşılmalıdır.

Sonuç olarak, hangi modelle olursa olsun limanlarda rekabet ortamının tesis edilememesi terminal işletmecilerinin (kamu veya özel) sahip oldukları tekel gücünü yüksek fiyat tarifeleri uygulamak için kullanmasına neden olabilmektedir. Bu durum ise limanlara yönelik regülasyon ihtiyacını gerekli kılmaktadır⁶²⁷.

⁶²⁵ DB (2006), The Port Reform Toolkit, Second Edition, Washington, DC, www.worldbank.org/transport/ports/toolkit.htm. ss. 150-151'den aktaran, Sesli, s. 33.

⁶²⁶ Sesli, s. 34

⁶²⁷ DB (2006), The Port Reform Toolkit, Second Edition, Washington, DC, www.worldbank.org/transport/ports/toolkit.htm. s. 151'den aktaran, Sesli, s. 36.

D. Avrupa Uygulamaları

Avrupa ülkelerindeki limanlarda kamu kesimi ve özel sektör rollerine ilişkin olarak genel bir eğilimden söz etmek mümkün değildir. Kuzeybatı Avrupa limanlarında mal sahipliği modeli yaygın olarak görülmektedir. Bu modelde liman yönetimi mal sahibi ve düzenleyici kurum rolünde iken, liman faaliyetleri özel şirketler tarafından yerine getirilmektedir. Orta ve büyük ölçekli limanlarda ağırlıklı olarak uygulanan mal sahipliği modeline örnek olarak Rotterdam (Hollanda), Antwerp (Belcika), New York (ABD) ve 1997'den bu yana Singapur limanlarını vermek mümkündür⁶²⁸.

Akdeniz limanlarında, merkezi hükümetlerin liman yönetimleri üzerindeki etkisi büyüktür. Öte yandan, İngiltere'deki limanların ise tamamı özel sektöre aittir. Nitekim AB Komisyonu 2001'de Liman Hizmetleri Pazarına Erişime ilişkin olarak hazırladığı taslak yönergede, üye ülkeler arasında ve üye ülkeler içinde liman mülkiyeti, organizasyonu ve yönetimi konusunda çeşitlilik olduğunu belirtmiştir⁶²⁹.

Birçok ülkede uygulanan ve liman varlıklarının asıl mülkiyetinin kamuya ait olmasına rağmen, limanların imtiyaz devri yoluyla özelleştirilmesi yaklaşımından farklı olarak, Avrupa'da limanlara yönelik özel sektör katılımı, liman hizmetlerinin kademeli olarak özelleştirilmesi yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bu yöntemde, kamunun liman varlıkları üzerindeki mülkiyeti süreklilik arz ettiğinden, liman yatırımlarının finansmanına ilişkin sübvansiyonlar devam etmiştir. Zira Komisyon'un liman özelleştirmelerine ilişkin belirgin bir yaklaşımı olmamakla beraber, limancılık sektörüne yönelik rekabet politikası tartışmaları genellikle limanlara yapılan devlet yardımları ve liman hizmetlerinde rekabetin tesisine yönelik olmuştur⁶³⁰.

⁶²⁸ Sesli, ss. 11, 65.

⁶²⁹ Sesli, s. 65.

⁶³⁰ L.Trujillo ve B. Tovar (2007), "The European Port Industry: An Analysis of Its Economic Efficiency", Department of Economics Discussion Paper Series, City University, London, ss. 4-5.'den aktaran, Sesli, s. 65.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE DENİZ ULAŞTIRMASINA İLİŞKİN REKABET SORUNLARI: HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

A. Denizcilik Sektör Profili

Denizcilik sektörüne ilişkin olarak bugüne kadar Rekabet Kurumu’na yapılan başvurular ve Rekabet Kurumu tarafından yürütülen incelemeler dikkate alındığında, denizcilik sektöründe rekabet ihlali iddialarının ağırlıklı olarak, konteyner limancılığı hizmetleri ve ro-ro taşımacılığı hizmetlerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

Genel olarak, ülkemizdeki limanlar arasında kuru yük, sıvı yük ve genel kargo elleçlemelerine ilişkin faaliyetlerinin rekabetçi bir yapı sergilediğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte, ülkemiz kıyılarında konteyner elleçlemesi az sayıdaki limanda yapılabildiği için, bu hizmetlerde yüksek yoğunlaşma oranları görülebilmektedir. Bu durum, konteyner limancılığında hizmet fiyatlarının yükselmesine ve etkinliğin azalmasına yol açabilecek bir pazar yapısının varlığına işaret etmektedir⁶³¹.

Ülkemizde az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir diğer denizcilik faaliyeti ise ro-ro taşımacılığıdır. Yüksek düzeyde yatırım ve organizasyona ihtiyaç duyulan bu piyasada da yüksek yoğunlaşma oranlarının varlığı dikkati çekmektedir. Ülkemiz denizyolu taşımacılığı endüstrisinin karşı karşıya bulunduğu bir diğer sorun ise, etkinlik ve rekabet gücü eksikliğidir. Bu bağlamda, özellikle uluslararası tarifeli deniz taşımacılığı faaliyetlerinde, ölçek ekonomilerinin büyük rol oynaması ve hâlihazırda yüksek yoğunlaşma oranının bulunması nedeniyle, ülkemiz donatanlarının kısa vadede bu alanda etkin bir rol oynaması güç gözükmektedir. Bununla birlikte, özellikle “merkez ve uç” sistemi çerçevesinde Türk bayraklı gemilerin Akdeniz ve Karadeniz çanağındaki bölgesel taşımalarda önemli bir konum elde edebileceği düşünülmektedir.

⁶³¹ Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, s. 35.

Ülkemizdeki Mersin ve İzmir Limanı gibi bazı limanların aktarma limanı haline gelmesi, bu süreçte kilit bir rol oynayabilecektir. Bu durum, uluslararası tarifeli deniz taşımacılığı hizmeti yapan işletmelerin ülkemize daha fazla taşıma ve yatırım yapmasını sağlayacaktır. Ne var ki, ülkemizdeki limanların mevcut durum itibarıyla, bir aktarma limanı haline gelebilecek altyapıya ve donanıma sahip olduğunu söylemek güçtür. Özellikle geçmişte Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) tarafından işletilen limanlar, geniş sahaları ve demiryolu bağlantıları ile önemli bir potansiyele sahiptir. Ancak günün gerektirdiği teknoloji ve altyapı yatırımlarının zamanında yapılamaması sebebiyle bu limanlar etkin çalışmamaktadır⁶³².

Özelleştirme sonrasında birtakım yatırım yükümlülükleri getirilmiş olmasına rağmen, henüz bu yatırımlar bir aktarma limanı için yeterli düzeyde değildir. Ayrıca, geçen zaman içinde bu limanların büyük çoğunluğunun şehir içinde kalmış olması, liman arka alanlarının genişlemesi ve ulaşımın rahatlatılması hususunda önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde özel sektör limanlarının büyük çoğunluğunda demiryolu bağlantısı bulunmamaktadır. Bu da limandan yapılan taşımaların karayoluna bağımlı hale gelmesine yol açmaktadır. Ayrıca, ülkemizdeki özel sektör tarafından işletilen limanların büyük çoğunluğunun iskele şeklinde küçük limanlar olması, bu limanların ölçek ekonomilerinden yararlanmalarına engel olmaktadır⁶³³.

Ülkemizdeki limanların bir diğer sorunu ise, büyük tonajlı konteyner gemilerinin yanaşabileceği su derinliğinin ve elleçleme altyapısının bulunmamasıdır. Ülkemiz limanlarının söz konusu altyapı eksikliklerinin giderilmesi, gerek limancılık piyasasında rekabetin geliştirilmesi açısından gerekse bölgesel düzeyde ülkemiz limanlarının rekabet gücünün artırılması bakımından önemlidir⁶³⁴.

B. Türkiye’de Liman Özelleştirmeleri ve Rekabet

Özelleştirme sonrasında limanlarda ortaya çıkabilecek muhtemel sorunun dikey bütünleşmenin yaratabileceği rekabet kısıtları olarak görmek mümkündür.

⁶³² Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, s. 35.

⁶³³ Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, s. 35.

⁶³⁴ Rekabet Kurumu, Rekabet Raporu, 2012, ss. 34-35.

TCDD'ye ait limanların özelleştirilmesi aşamasında Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki görüşünün de etkisiyle, gerçekleştirilen ihaleler sonrasında dikey bütünleşmelere yol açabilecek bir yapıya rastlanmamaktadır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından işletilmekte olan İzmir, Mersin, Samsun, limanlarının kiralama, işletme hakkı devri veya sair yollarla özelleştirilmesi ilişkin Rekabet Kurulunun görüşü aşağı belirtilmiştir⁶³⁵.

İzmir Limanı'na ilişkin olarak;

Liman'da konteyner elleçleme hizmetlerinin verildiği alanda özelleştirme sonrası hâkim durum yaratılmasının önüne geçilmesi, yaratacağı rekabet ile hizmet bedellerinin piyasa koşullarında oluşmasına yardımcı olması ve hizmetlerin etkinliğini sağlama amacıyla; üç rıhtım ve 10 terminalden (4-3-3) oluşan alanın, diğer iki rıhtımın bütünlüğünü bozmayacak biçimde, bir rıhtımının ayrı bir teşebbüs işletmesine verilmesi suretiyle, iki ayrı teşebbüsün hizmet verebilmesine imkân tanınacak şekilde konteyner elleçlemede kullanılan alan ve geri alanın ikiye ayrılarak özelleştirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Mersin Limanı'na ilişkin olarak;

Konteyner elleçlemeye ayrılmış rıhtımlar ve geri alanlarının tek teşebbüs hâkimiyetinde olmamasını teminen, konteyner rıhtımlarının bütünlüğünü bozmayacak bir biçimde 7-8-9-10-11 ile 12-13 numaralı rıhtımların geri alanları ile birlikte bir paket halinde ve 20-21 numaralı rıhtımlar ve geri alanları ile Sahil Güvenlik tarafından kullanılan alana bitişik, alan betonlama ve tarama işlemleri tamamlanmış rıhtım ve geri alanının ise ayrı bir paket olarak iki farklı teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinin işletmesine verilmek üzere özelleştirilmesine,

İzmir ve Mersin limanlarındaki konteyner elleçleme alanlarının özelleştirilmesinde, konteyner rıhtımları işletme hakkının aynı -ya da aynı ekonomik birlik içindeki- teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin devralması halinde, Türkiye Cumhuriyeti pazarında anılan teşebbüs ve/veya teşebbüs birliği lehine hâkim durum yaratılmış olacağından; İzmir ve Mersin limanlarının aynı ekonomik birlik içindeki teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin işletimine verilmemesi gerektiğine,

⁶³⁵ Rekabet Kurulu Kararı, (Özelleştirme), Toplantı Tarihi: 6.5.2005 Karar Sayısı: 05-31/376-M. Gündem Sırası: 1 İlgili Daire: 4; Esmâ Temel, Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, 2012, Ankara, s. 56; Sesli, s. 80.

İzmir ve Mersin limanlarında kurulu konteyner elleçleme birimlerinden terminal sayısı nispi olarak fazla olan rıhtımların işletme haklarını devralacak teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin her birinde gemi acenteliği ve/veya navlun taşımacılığı yapanlar ve bunlar ile aynı ekonomik birlik içinde bulunanların varlığı durumunda, anılan nitelikteki teşebbüslerin, işletme haklarını devralacak teşebbüs/teşebbüs birliklerinde tek başlarına veya birlikte, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrolü sağlayan araçlara sahip olmamaları gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Samsun Limanı'na ilişkin olarak;

Rekabeti engelleme potansiyeli olan bir dikey bütünleşmeyi önlemek amacıyla;

- a) Ro-Ro taşımacılığı yapmakta olan teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerine,
- b) Anılan nitelikteki teşebbüs/teşebbüs birliklerinin doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol hakkı sağlayan araçlara sahip oldukları herhangi bir konsorsiyuma, Samsun Limanı'nın işletme hakkının devredilmemesi gerektiğine, karar verilmiştir.

Diğer yandan, TDI'ye ait bazı limanların özelleştirilmesi sonrasında hat işletmecilerinin aynı zamanda liman işletmecisi olarak faaliyet gösterdiği görülmektedir. Kruvaziyer limanı olarak faaliyet gösteren Kuşadası Limanı'nın işletmecileri arasında kruvaziyer gemileri bulunan Royal Caribbean Cruises Ltd. bulunurken, ro-ro limanı olarak faaliyet gösteren Çeşme Limanı'nın işletmeciliğini Çeşme-Trieste ro-ro hattında çalışan Çeşme Liman İşletmesi A.Ş. üstlenmektedir. Limanlarda çoğu zaman hat işletmeciliği ve liman işletmeciliği hizmetlerinin aynı teşebbüs tarafından verilmesinden kaynaklanabilecek dikey bütünleşik yapıların per se⁶³⁶ yasak kabul edilmesi, her durumda geçerli bir yaklaşım olarak değerlendirilmemekle beraber bu yapının yaratabileceği piyasa kapatma etkisi ve fiyat ayrımcılığı gibi rekabete aykırı uygulamaların oluşmaması yönünde gereken tedbirlerin alınması yerinde olacaktır⁶³⁷.

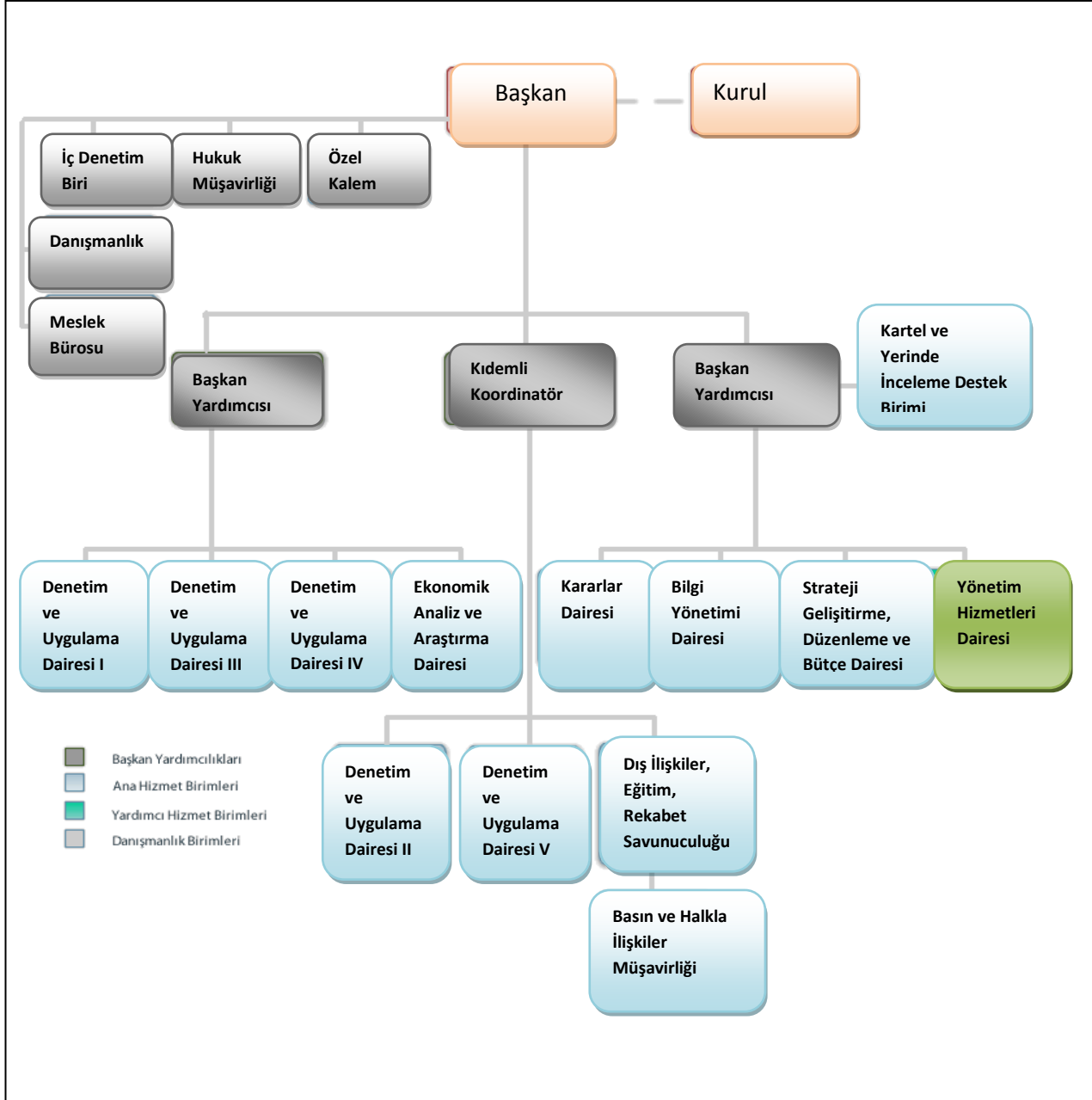
⁶³⁶ Rekabet hukukunda per se kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı saymak üzerine benimsenmiştir. Bunlar yargısal sürecin pratik kurallarıdır. Bu kurallar deneyimin ortaya çıkardığı belli bir davranışların ciddi rekabet karşıtı sonuçlara neden olacağı ve iş gerekleri bakımından hemen hiç haklı çıkarılamayacağı durumlarda kabul edilmektedir. <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=fAb83fRZT4f1i9yPF91G9A==&H7deC+LxBI8=r>. (14.3.2014)

⁶³⁷ Sesli, ss. 80-81.

III.REKABET KURULU KARARLARI

A. Rekabet Kurumunun Örgüt Yapısı

Şekil 1: Rekabet Kurumu Örgüt Şeması



Kaynak: Rekabet Kurumu Organizasyon Şeması,

<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Organizasyon-Semasi> (08.9.2014)

Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve diğer kanunlarda öngörülen görevleri yerine getirmek üzere Kanunla kurulmuş, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanan, idari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişisidir. Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır. Kurumun merkezi Ankara'dadır. Kurum, gerekli gördüğü yerlerde büro veya temsilcilik açabilir.

Kurum, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden, oluşur. Rekabet Kurulu, Kurumun karar organı olup biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Başkanlık, Kurul Başkanı, İkinci Başkan ve Kurul Başkan yardımcılarında teşekkül eder. Kurul Başkanı, Kurumun en üst amiri olup, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur. Bu sorumluluk, Kurumun çalışmalarının genel çerçevede düzenlenmesi, denetlenmesi, değerlendirilmesi ve gerektiğinde kamuya duyurulması görev ve yetkilerini kapsar. Rekabet Kurumunun Hizmet birimleri; Daire Başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşur⁶³⁸.

B. Rekabet Kurulu'nun Başvuruları İnceleme Süreci

Tüketiciler ve şirketler, rekabet ortamını bozduğuna inandıkları teşebbüs faaliyetlerine ilişkin ihbar veya şikâyetle bulunma hakkına sahiptirler. Başvuruya iddialarını güçlendirecek her türlü belgeyi ekleyebilirler. İsimsiz ve/veya imzasız başvurular hakkında kurulca işlem yapılmaması esastır⁶³⁹.

Kuruma intikal eden başvurular, ilgili Daire Başkanlığı'na intikal ettirilir. İlgili Daire Başkanlığı re'sen kendisine intikal eden başvurularla ilgili olarak, meslek personeli uzmanlar arasından görevlendirilecek raportörlere ilk incelemeyi yaptırır. Raportörlerin hazırlayacağı rapora istinaden başvurunun, Kurumun çalışma

⁶³⁸ Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, md. 21, 22,29; Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, md.5,6.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fY%C3%B6netmelik%2fY%C3%87al%C4%B1%C5%9Fma+Usul.pdf> (14.9.2014)

⁶³⁹ Rekabet Kurumu Hizmet Envanteri Tablosu

http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Genel+%C4%B0%C3%A7erik/himet_envanteri.pdf.(14.3.2014)

konularının kapsamı dışında olduğunun anlaşılması halinde, durum başvuru sahiplerine Başkanlıkça bildirilir. Başvuruya 60 gün içerisinde cevap verilmezse, başvuru reddedilmiş sayılır⁶⁴⁰.

Öte yandan Kurul, edindiği bilgiler ve yapılan araştırmaları değerlendirerek re'sen de bir inceleme başlatabilmektedir. Bu başvuruların bazılar ilk inceleme safhasında kanun kapsamı dışında olduğu için reddedilmektedir. Bazı başvurular ise kanun kapsamında görülüp soruşturma açılmasına gerek görülmediği için reddedilmektedir. Rekabet Kurulu'na ciddi görülen iddialar hakkında kurul tarafından önaraştırma ya da doğrudan soruşturma kararı alınabilmektedir.

Önaraştırma yapılması kararı, bir nihai karar olmadığından, Kurul üyelerinin en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oylarıyla alınır. Kurul, önaraştırma yapılmasına karar verdiği takdirde Başkan, Rekabet Uzmanları'ndan bir ya da birkaçını raportör olarak doğrudan görevlendirir. Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportör, 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini, Kurula düzenleyeceği "Önaraştırma Raporu" ile bildirir. Ancak, başvuru sahibinden yeni bilgi ya da belge gelmesi, başvuruya ilişkin, belge sahibinden ek belge ya da bilgi istenmesi ya da mevzuatın başka bir kurumun görüşünün alınmasını zorunlu kılması gibi durumlarda, söz konusu 30 günlük süre, ilgili bilgi, belge veya görüşün kurum kayıtlarına girmesi ile başlar. Kurul Başkanı, Önaraştırma Raporu'na istinaden, soruşturma açılmasına veya açılmamasına dair önerge hazırlayarak veya ilgili Daire Başkanlığı'na hazırlatarak, konunun Kurul'a intikalini sağlar⁶⁴¹.

Önaraştırma raporunun , Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde Kurul, elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek karar vermek üzere toplanır ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verir. Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, görevli raportör veya raportörler ile gerektiğinde birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyeleri de belirlenir. Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde, ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini

⁶⁴⁰ Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, md. 55.

⁶⁴¹ Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, md. 55; Rekabet Kurumu Hizmet Standartları Tablosu; Rekabet Kurumu Hizmet Envanteri Tablosu; <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Genel+%C4%B0%C3%A7erik/hizmet.pdf> (14.3.2014)

ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir. Soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır. Gerekli görüldüğü hallerde, bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir⁶⁴².

Görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında Kanun'un 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 nci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Verilecek bu süre içinde, gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istenebilir. Soruşturma safhasında, Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler.

Soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunur. Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere, yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurul'a göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı, soruşturmayı yapmakla görevlendirilenler, 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermeleri halinde bu süreler, bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir. Tarafların süresi içinde verilmeyen savunmaları dikkate alınmaz⁶⁴³.

Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır. Ayrıca Kurul, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir. Sözlü savunma toplantısı, soruşturma safhasının bitiminden en az otuz gün, en çok atmış gün içinde yapılır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, sözlü savunma toplantısı gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir.

Sözlü savunma toplantıları en çok birbirini izleyen beş oturumda tamamlanır ve bir gün içinde yapılan çeşitli toplantılar bir oturum sayılır. Sözlü savunma toplantısından en geç 7 gün önce, taraflar sözlü savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurula bildirmekle yükümlüdürler. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş

⁶⁴² Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, md.56,58.

⁶⁴³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu, m. 43.

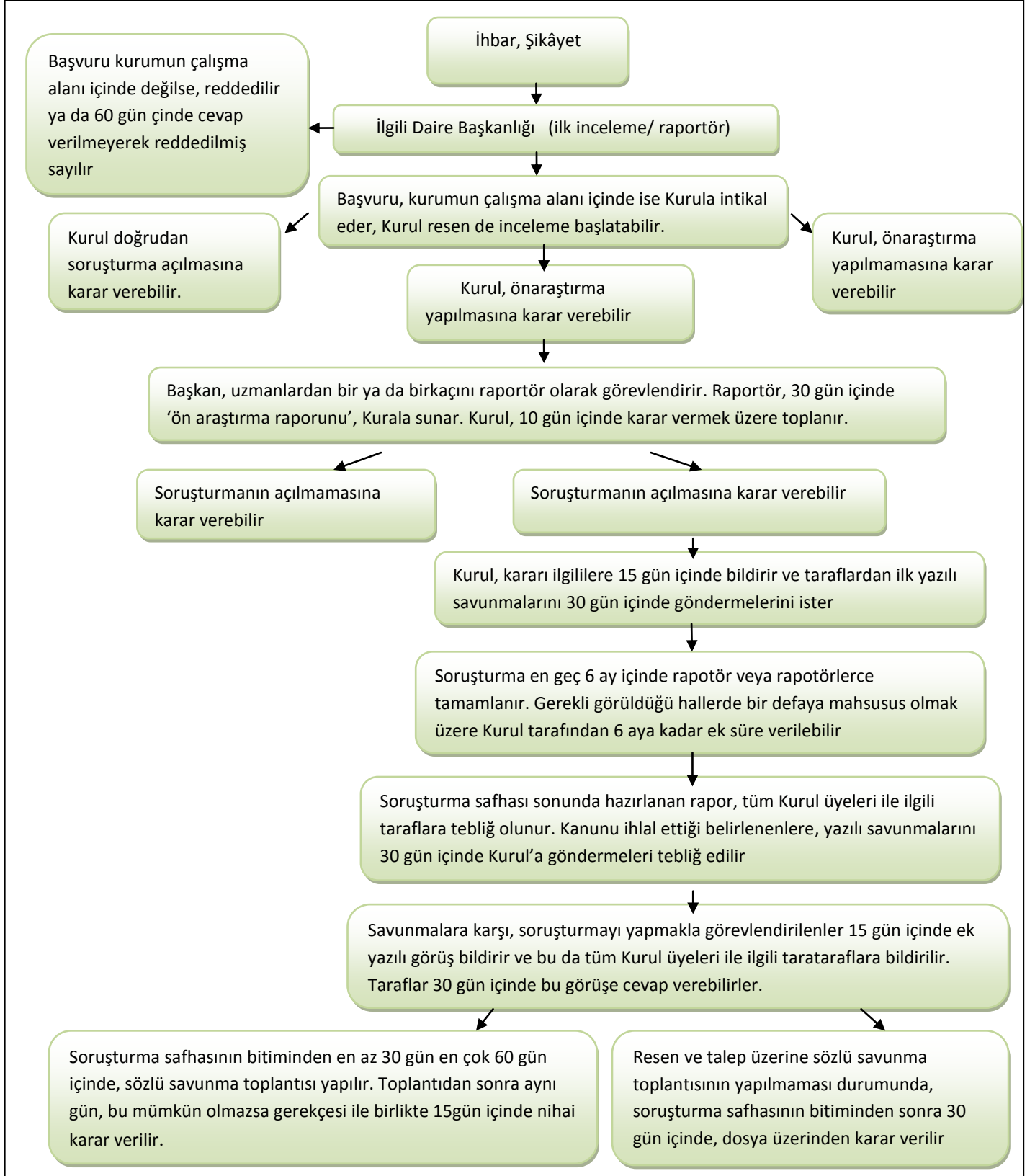
ispat vasıtalarından yararlanamazlar. Sözlü savunmada ilgili taraflar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının sekizinci Faslında düzenlenen, her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler. Oturumlara, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilir⁶⁴⁴.

Sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesi ile birlikte 15 gün içinde karar verilir . Sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurulun da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihaî karar dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir.Sözlü savunma yapılmasına karar verilmesine rağmen ilgili tarafların sözlü savunmaya gelmemesi halinde karar, belirlenmiş toplantı tarihinden sonraki bir hafta içinde dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre verilir⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.47.

⁶⁴⁵ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.48.

Şekil 2: Rekabet Kurulunun İhlal Başvurularını İnceleme Süreci



Kaynak: 4054 Sayılı Yasa ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik esas alınarak, yazar tarafından hazırlanmıştır.

C. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Çalışmanın Araştırma Yöntemi

Hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında, Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, ulaştırma (kara, deniz, hava) sektörünün, hakkında en fazla inceleme yapılan ikinci sektör olduğu görülmektedir. Ulaştırma sektörü hakkında bu kadar fazla inceleme olmasının temel nedeni, devletin halen ciddi bir şekilde bu sektörde faaliyet göstermesi ve/veya sektöre ilişkin düzenleyici kurallar getirmesidir. Diğer yandan özellikle özelleştirilen teşebbüsler açısından, şikâyetlerin devam etmesi, yapılan özelleştirmelerde rekabet politilası açısından eksikler olduğuna da işaret etmektedir⁶⁴⁶.

Genel olarak Rekabet Kurulunun 6. madde kapsamında vermiş olduğu kararlar incelenecek olursa, Rekabet Kurulu çok az sayıda incelemeyi resen başlatmıştır, kararların ancak 1/5 soruşturma kararıdır. Genel olarak incelemenin ön araştırma safhasında sonlandığı, karar sonucuna bakıldığında kararların ezici bir çoğunlukla ‘ret’ kararı olduğu, tüm kararların takriben 1/10’u ihlali tespit etmekte olduğu, ihlal tiplerinde ilk üç sırayı; ayrımcılık, aşırı fiyatlama, mal vermeyi reddetme aldığı, karara konu teşebbüsler dikkate alındığında kamu teşebbüslerinin oranının yüksek olduğu görülmektedir⁶⁴⁷.

D. Deniz Ulaştırmasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Rekabet Kurulu Karar İstatistikleri

Rekabet Kurulu’nun karar istatistiklerini içeren raporları incelendiğinde, sadece deniz ulaştırmasına ilişkin verilere rastlanılamamıştır. Ancak Rekabet Kurulu’nun kararları incelendiğinde, bu güne kadar Rekabet Kurulun’a deniz ulaştırması ile ilgili toplam (birleşme, devralma, muafiyet, vs) 88 adet başvurunun yapıldığı tespit edilmiştir. Bu başvurulardan rekabet ihlalleriyle ilgili olanlar incelendiğinde ise 37 adet başvurunun hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin

⁶⁴⁶ Kerem Sanlı, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu, İstanbul, 2010, (Sempozyum), ss. 32-33.

⁶⁴⁷ Sanlı, Sempozyum, ss.36, 51, 52, 53.

olduğu görülmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin başvuruların konularını ise genelde konteyner liman işletmeciliği ve ro ro taşıma hizmetlerine ilişkin olduğu tespit edilmiştir.

Limancılık hizmetine ilişkin olarak 6. madde kapsamında yapılan başvuruların çoğunluğunu, liman işletmecisinin sözleşme yapmayı reddettiği ve liman hizmetlerine aşırı fiyat uyguladığı yönündeki şikâyetler oluşturmaktadır. Bu başvuruları ise sırasıyla ayrımcılık, bağlama anlaşmaları, faaliyetleri zorlaştırma şikâyetleri izlemektedir. Limancılıkla ilgili Rekabet Kanunun m.6 kapsamında tespit edebildiğimiz 17 adet başvurudan ikisi ilk inceleme aşamasında, 14 tanesi ön araştırma safhasında, 1 tanesi ise soruşturma safhasında reddedilmiştir. Liman işletmesi ile ilgili rekabetin ihlal edildiğine ilişkin tek karar m. 4 kapsamında verilen Densay A.Ş kararıdır.

Ro ro taşıma hizmetlerine ilişkin başvurular incelendiğinde, şikâyetlerin büyük çoğunluğunun fiyat uygulamalarından (aşırı fiyat, maliyet altı fiyat vs.) kaynaklanan rekabet ihlalleri olduğu tespit edilmiştir. Bu şikâyetleri sırasıyla ayrımcılık, fiyatlama dışı dışlayıcı eylemler izlemektedir. Ro ro taşıma hizmetlerine ilişkin olarak md. 6 kapsamında rekabet kurulu kararları incelendiğinde, 13 adet başvurudan, bir tanesinin ilk inceleme safhasında, 10 adet başvurunun ön araştırma safhasında, 2 adet başvurunun ise soruşturma safhasında reddedildiği tespit edilmiştir. Ro ro taşımacılık hizmetine ilişkin olarak m.6 kapsamında rekabet ihlalinin gerçekleştiğine ilişkin tek karar U.N Ro Ro kararıdır. Bu karar, ilerleyen bölümünde kararlar başlığı içinde ele alınmıştır.

E. Deniz Ulaştırmasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Rekabet Kurulu Kararları

1. Yıkıcı Fiyat Uygulamak ve Fiyatlama Dışındaki Bazı Eylemler ile Rakibin Faaliyetlerini Zorlaştırarak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

a. Karar 1: U.N RO RO Kararı

(yıkıcı fiyat, niyet, piyasa kapama, faaliyetlerin zorlaştırılması, dikey bütünleşik yapı)

Karara konu olayda, U.N. Ro-Ro İşletmeleri A.Ş.'nin Türkiye-Avrupa arasındaki ro ro hatlarında sunulan ro ro taşımacılığı hizmetlerinde, UND Deniz Taşımacılığı A.Ş.'ye karşı dışlayıcı nitelikte eylemlerde bulunmak ve UND Deniz Taşımacılığı A.Ş.'yi, U.N. Ro-Ro İşletmeleri A.Ş. ile Ulusoy Ro Ro İşletmeleri A.Ş. arasındaki bilet tanıma ve hizmet sunuşu sistemine kabul etmemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddia edilmektedir⁶⁴⁸.

İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, “tekerlekli ve mobil yük taşıyan ro ro gemileri ile yapılan tarifeli deniz taşımacılığı hizmetleri” (ro ro taşımacılığı hizmetleri) olarak belirlenmiştir.

İlgili Coğrafi Pazar

Soruşturma konusu döneme ilişkin ilgili coğrafi pazar İtalya varışlı Pendik/Ambarlı/Mersin/Çeşme/Tekirdağ-Trieste, Fransa varışlı Pendik-Marsilya ve Tekirdağ-Toulon ro ro hatlarının tamamını içerecek şekilde “*Türkiye-Avrupa arasındaki ro ro hatları*” olarak tanımlanmıştır.

⁶⁴⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012;
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%C3%A7eli+Kurul+Karar%C4%B1%2f12-47-1413-474.pdf> (29.6.2014)

Gerekçe ve Hukuki Dayanak

4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

Soruşturma sürecinde, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında, U.N. RO-RO'nun Türkiye çıkışlı Fransa ro ro hattında yıkıcı fiyat uygulamak ve fiyatlama dışı dışlayıcı eylemlerde bulunmak suretiyle⁶⁴⁹; Türkiye çıkışlı İtalya ro ro hattında ise fiyatlama dışı dışlayıcı eylemlerde bulunmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı incelenmiştir. Bu çerçevede, aşağıda öncelikle U.N. RO-RO'nun hâkim durumda olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler sunulmuş, ardından da yıkıcı fiyat ve fiyatlama dışındaki kötüye kullanma başlıkları altında kötüye kullanmaya ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

1. U.N. RO-RO'nun Hâkim Durumda Olduğunun Tespiti

Hâkim durumun tespitinde genel olarak, başvuruya konu teşebbüs ve rakiplerinin ilgili pazardaki pazar payı, pazardaki potansiyel rekabet, pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, dikey bütünleşme, finansal güç, atıl kapasite ve teşebbüsün pazardaki davranışları gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Mevcut dosya bakımından Türkiye ile Fransa ve İtalya arasındaki tüm ro ro hatları aynı pazar içinde kabul edilmiş ve soruşturma kapsamında ilgili pazar "Türkiye-Avrupa ro ro hatları" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu pazar tanımı bağlamında, U.N. RO-RO, UND DENİZ ve ULUSOY RO RO'nun 2007-2011 yılları arasında gerçekleştirdikleri toplam taşıma adetleri ile bunlar üzerinden hesaplanan pazar payları tespit edilmiştir.

Sadece bahse konu pazar payı bilgisi dikkate alındığında bile U.N. RO-RO'nun önemli bir pazar gücüne sahip olduğunu söylemek mümkündür. Pazar payı

⁶⁴⁹ Rekabet Kurulunun deniz ulaştırmasında fiyata ilişkin diğer kararları
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2013-4-96 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 14-02/41-19
Karar Tarihi: 16.01.2014 (Bellville Rodair Kararı)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002-4-36 (Soruşturma) Karar Sayısı : 13-29/402-179
Karar Tarihi: 21.05.2013 (Karadeniz Ro Ro)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2013-4-68 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 13-71/974-420
Karar Tarihi: 19.12.2013 (Sisa Kararı)
Rekabet Kurulu Karar, Dosya Sayısı: 2012-4-281 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 13-10/133-70
Karar Tarihi: 14.02.2013 (Gestaş Kararı)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2012-4-230 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 12-53/1497-524
Karar Tarihi: 01.11.2012 (İdo A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-348 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 12-29/854-254
Karar Tarihi: 31.05.2012(İdo A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı Dosya Sayısı: 2008-4-124 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 08-49/697-273
Karar Tarihi: 31.7.2008 (Un Ro Ro, Ulusoy)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002/2/MA-02-1 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 02-30/344-140
Karar Tarihi: 21.5.2002 (Türkiye Denizcilik İşletmeleri)

dışında U.N. RO-RO'nun pazar gücünü destekleyen başka unsurlar da bulunmaktadır. Bunların başında, şirketin Türkiye ile Avrupa arasındaki ro ro taşımacılığı alanında sahip olduğu tecrübe ve sektör çapındaki bilinirliği gelmektedir. U.N. RO-RO, kurulduğu 1994 yılından bugüne kadar, faaliyetlerini ara vermeksizin sürdürmekte ve bugün itibarıyla sadece Türkiye'nin değil, Avrupa'nın en büyük ro ro firmaları arasında bulunmaktadır. U.N. RO-RO, sahip olduğu on bir adet özmal ve iki adet kiralık gemi ile Türkiye'nin en büyük ro ro filosuna sahiptir. Böylece U.N. RO-RO, İstanbul-Fransa hattındaki seferlerinin yanında haftanın her günü İstanbul-Trieste arasında sefer düzenleyebilmektedir. Ayrıca şirketin Mersin-Trieste ve İstanbul-Köstence arasında da seferleri bulunmaktadır. U.N. RO-RO'nun şu andaki tek rakibi olan ULUSOY RO RO ise sadece Çeşme-Trieste hattında faaliyet göstermektedir. U.N. RO-RO filosundaki gemilerin ikisi dışında tamamının özmal gemiler olması ve özellikle ULUSOY RO RO'nun gemileri ile kıyaslandığında U.N. RO-RO'nun gemilerinin daha modern ve yeni nesil gemiler olması, U.N. RO-RO'ya rakipleri ile olan rekabette önemli bir avantaj sağlamaktadır.

Bunların dışında U.N. RO-RO'nun ilgili pazardaki gücünü destekleyen bir diğer unsur, şirketin kontrolünü elinde bulunduran KKR'nin uluslararası düzeyde faaliyet gösteren bir yatırım şirketi olmasıdır. Bu çerçevede U.N. RO-RO'nun rakiplerine kıyasla çok daha fazla finansman imkânına sahip olduğunu söylemek mümkündür⁶⁵⁰.

Geçmiş yıllarda Türkiye ile Avrupa ülkeleri arasındaki ro ro hizmetleri pazarına birkaç firmanın girme çabaları olmuşsa da bu teşebbüsler başarılı olamamıştır. Pazara giriş denemelerinin başarısız olması sonucunda pazardaki düopol yapı uzun yıllar korunmuştur. Bu durum, ilgili pazara girişin ve faaliyetlerin sürdürülmesinin kolay olmadığına işaret etmektedir. Ayrıca sektörde yıllardır faaliyet gösteren iki ro ro firması olan U.N. RO-RO ve ULUSOY RO RO'nun faaliyetleri incelendiğinde, her iki firmanın da Türkiye'de kendilerine ait limanlarda faaliyet gösterdikleri görülmektedir. U.N. RO-RO'nun dikey bütünleşik yapıya sahip olması, teşebbüsün pazar gücüne önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus ise, U.N. RO-RO'nun faaliyet gösterdiği Trieste Limanı'nın

⁶⁵⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012

Avrupa'ya yapılacak denizyolu nakliyeciliği açısından taşıdığı önemdir. Trieste Limanı, Avrupa'daki diğer limanlardan farklı olarak, serbest bölge statüsünü taşımakta ve bu sayede bu limana indirilen yükler özellikle İtalya'nın kuzeyindeki ülkelere hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın uygun gümrük koşullarında taşınabilmektedir. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirilerek, U.N. RO-RO'nun, ilgili pazarda hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Değerlendirme

U.N. RO-RO'nun Eylemlerinin Yıkıcı Fiyat Çerçevesinde Değerlendirilmesi

U.N. RO-RO'nun eylemleri yıkıcı fiyat teorisi çerçevesinde değerlendirilirken öncelikle soruşturmaya konu eylemlerin ortaya çıktığı dönemde ilgili pazarın koşullarına ve olayların gelişimine değinilmiş; ardından maliyet altı fiyatlamaya, yıkıcı niyete ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Maliyet Altı Fiyatlama

Yukarıda belirtildiği üzere yıkıcı fiyatın ilk koşulu, hâkim durumdaki teşebbüsün kısa dönem kar maksimizasyonu amacından saparak, maliyet altı fiyatlama yapmasıdır. U.N. RO-RO'nun Pendik-Marsilya hattında faaliyete başladığı 2010 yılının 29. haftasından UND DENİZ'in pazardan çıktığı aynı yılın 46. haftasına kadar belirgin şekilde maliyet altı fiyatlama yaptığı görülmektedir. Bu tarihten sonra ise, OF (ortalama fiyat) zaman zaman OKM'nin altında kalmakla birlikte, belirgin bir artış seyri içerisinde. Öyle ki, 2011 yılının 52. haftasındaki ortalama fiyat düzeyinin, teşebbüsün hattı açtığı tarihteki fiyat düzeyine kıyasla yaklaşık %77,82 oranında arttığı görülmektedir⁶⁵¹.

U.N. RO-RO'nun, Fransa hattına girdiği 29. hafta ile UND DENİZ'in pazardan çıktığı 46. hafta arasındaki dönemde taşıma faaliyetlerinden elde ettiği gelirleri, teşebbüsün bu dönemde katlandığı değişken maliyetlerin oldukça altındadır. Diğer bir ifadeyle U.N. RO-RO bu dönemde, gelirlerine kıyasla oldukça yüksek düzeyde bir zararla faaliyetlerini sürdürmüştür. Bütün bu veriler U.N. RO-RO'nun

⁶⁵¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012

UND DENİZ'in pazarda bulunduğu dört aylık dönemde maliyet altı bir fiyatlama ile zarar ettiğini açıkça göstermektedir.

Yıkıcı Niyetin Varlığı

U.N. RO-RO'nun dışlama stratejisine işaret eden delillerden biri ilgili dönemde U.N. RO-RO CEO'sunun 30.04.2010 tarihinde Referans gazetesine verdiği demeçtir. Söz konusu demeçte, ***"Bu noktada kimse 'biz Toulon'a sefere başlayınca U.N. RO-RO da hemen arkamızdan Marsilya'ya hat açtı' demesin. Bu hat projesi ilgililerce çok yakından bilinmektedir ve mazisi üç yıla gitmektedir. Bu nedenledir ki UND'deki ve UND DENİZ'deki arkadaşlarımız daha başlarda bizimle görüş alışverişinde bulunsalardı, zaten önceden bildikleri Pendik-Marsilya hattı projesini görerek daha başka hareket edebilirlerdi. Ben elini taşın altına koymuş kimsenin zarar etmesini istemem."*** ifadelerine yer vererek daha henüz faaliyetinin başında olan UND DENİZ'e gözdağı vermekte ve Fransa hattındaki benimseyeceği stratejiye ilişkin sinyaller sunmaktadır⁶⁵².

U.N. RO-RO'nun Fransa hattında maliyet altı fiyatlama yaparken niyetinin UND DENİZ'i dışlamak olduğuna işaret eden delillerden bir diğeri ise, U.N. RO-RO'da yapılan yerinde incelemede edilen ve 15.09.2010 tarihinde KKR yetkilisi (.....) tarafından U.N. RO-RO yetkililerine gönderilen bir e-posta iletisidir. Bu bağlamda, e-posta iletisinde yer alan...***Neyse ki; güçlü, düşünceli ve disiplinli rekabetçi cevabınız BKT gibi UND'nin pazar dışına çıkması ile sonuçlanacak gibi görünüyor ve böylelikle U.N. RO-RO ve Çeşme gibi uzun süreli servis sağlayıcılarının bulunduğu bir ortamın yeniden sağlanması yatırılan sermayenin dönüşü için adaletli bir kazanç sağlarken müşterilere yüksek kalitede ve maliyet avantajı bulunan hizmet sunulabilecektir...***ifadeleri özellikle dikkat çekicidir. Söz konusu ifadelerden U.N. RO-RO yetkililerinin anılan ziyaret esnasında KKR yetkililerine UND DENİZ'in pazara girmesi karşısında U.N. RORO'nun sessiz kalmadığı ve UND DENİZ ile giriştiği rekabet sonucunda UND DENİZ'in zor duruma düştüğü yönünde bir bilgilendirmede bulundukları anlaşılmaktadır. Bu durum, U.N.RO-RO yetkililerinin, uygulamış oldukları fiyatlama stratejisinin UND

⁶⁵² Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012

DENİZ'i dışlayabileceğini bildiklerini ve yürütmüş oldukları rekabet stratejisini bu amacı elde edecek şekilde özenle planladıklarını göstermektedir.

U.N. RO-RO'nun dışlama niyetini gösteren bir diğer husus da, bizzatı teşebbüsün Fransa hattında benimsediği fiyatlama politikasıdır. Zira U.N. RO-RO'nun Fransa hattında UND DENİZ ile rekabet halinde olduğu dönemde uyguladığı fiyatlama politikası farklı yönleriyle irdelendiğinde, U.N. RO-RO'nun bu süreçteki karar ve eylemlerinin, özel sorumluluğunun farkında olan hâkim durumdaki bir teşebbüsten beklenebilecek hassasiyetten uzak olduğu görülmektedir. Bu durumun bir göstergesi, U.N. RO-RO'nun Fransa hattına girişte uyguladığı fiyattır. Hâkim durumdaki bir firma olarak U.N. RO-RO, pekâlâ UND DENİZ'in uyguladığı fiyat düzeyinden pazara girebilecekken, rakibinin uyguladığı fiyatların yaklaşık %25 altında bir fiyat düzeyi ile pazara girmiştir. Ayrıca pazara girdikten sonra da uzun süre bu fiyatı devam ettirmiştir. Nitekim verilerde görüldüğü üzere, U.N. RO-RO'nun UND DENİZ ile rekabet içinde bulunduğu dönemde uyguladığı fiyatlar, kendi maliyetlerinin çok altında olduğu gibi rakibi UND DENİZ'in maliyetlerinin dahi altında seyretmiştir. Oysaki pazara yeni giriyor olmasına ve U.N. RO-RO gibi marka gücü yüksek, pazarda bilinen bir firma olmamasına rağmen, UND DENİZ dahi Fransa hattına girerken aynı dönemde U.N. RO-RO'nun İtalya hattında uyguladığı fiyatlardan yaklaşık 200 Avro daha yüksek bir fiyat uygulamıştır⁶⁵³.

Rekabet Karşısı Piyasa Kapama

UND DENİZ'in pazardan çıkmasında U.N. RO-RO'nun eylemlerinin etkili olup olmadığı değerlendirilirken, öncelikle U.N. RO-RO'nun yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle UND DENİZ'i dışlamasının, kendisi açısından rasyonel bir strateji olup olmadığına bakılmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, U.N. RO-RO yıllardır sadece iki teşebbüsün faaliyet gösterdiği düopol bir pazar yapısında faaliyetlerini sürdürmüştür. UND DENİZ'in pazara girmesi her şeyden önce, söz konusu pazar yapısının U.N. RO-RO ve ULUSOY RO RO aleyhine değişmesine neden olan bir gelişmedir. Buna karşın UND DENİZ ise en büyük hissedarının (%(.....)pay ile) ro

⁶⁵³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012

ro hizmetinin müşterilerinin oluşturduğu bir teşebbüs birliği olması nedeniyle, pazarda “aykırı firma” (*maverick firm*) özelliği gösterme potansiyeline sahip bir teşebbüstür. Ayrıca, UND DENİZ’in UND ile bir organik bağının bulunması, söz konusu teşebbüsün kısa sürede pazarda tutunarak büyümesini sağlayabilecek bir faktördür.

Ayrıca, Tireste hattına geçmişte yapılan başarısız giriş denemeleri ile Fransa hattının özellikle İspanya, Portekiz ve Fransa’ya taşınan yükler açısından avantajlı konumu ve nakliyecilerin bu hattın açılması yönündeki talepleri dikkate alındığında Fransa hattı pazara giriş ve pazarda tutunabilmek için kilit bir hattır. Fransa hattında faaliyetlerini oturtan UND DENİZ’in orta ve uzun vadede Trieste hattına da girerek, U.N. RO-RO’nun bu hattaki güçlü konumunu zayıflatması mümkündür. Nitekim UND DENİZ’in Fransa hattını açmasıyla birlikte, altı hafta içinde U.N. RO-RO’nun ortalama doluluk oranları Pendik-Trieste hattında %(.....)’den %(.....)’e; Ambarlı-Trieste hattında ise %(.....)’den %(.....)’a gerilemiştir.

Bu hususlar ışığında, U.N. RO-RO ve KKR’nin, UND DENİZ’in pazardaki varlığını, U.N. RORO’nun kârlılığı ve KKR’nin U.N. RO-RO’ya yaptığı yatırımların geri dönüşü açısından önemli bir tehdit ve risk unsuru olarak algılamaları muhtemeldir. Diğer taraftan, UND DENİZ’in dışlanması, U.N. RO-RO bakımından mevcut bir rakibin bertaraf edilmesinin ötesinde, ileride pazara giriş yapmak isteyebilecek potansiyel rakiplerin caydırılması açısından da önemli bir avantaj sağlayacaktır. Zira daha önce pazara girmeye çalışmış ancak çeşitli nedenlerle kısa sürede pazardan çıkmak durumunda kalmış teşebbüslerin varlığı nedeniyle zaten ilgili pazarda tutunmanın zorluğu hakkında bir algı söz konusudur. UND DENİZ’in başarısızlığı ise bu algının kuvvetlenmesini sağlayacak bir gelişme olacaktır. Dolayısıyla, bütün bu risk ve fırsatların farkında olan U.N. RO-RO bakımından UND DENİZ’in dışlanması rasyonel bir strateji olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁴.

UND DENİZ’in, faaliyete başladığı tarihten U.N. RO-RO’nun Pendik-Marsilya hattını açtığı tarihe kadar olan dönemdeki ortalama fiyat düzeyini koruyabilmiş olması halinde, faaliyetini sürdürdüğü ikinci dört ay boyunca (2010 yılı 29-46.haftalar) satışlarından elde ettiği gelir ile değişken maliyetlerini

⁶⁵⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012

karşılayabileceği görülmektedir. Ancak, U.N. RO-RO'nun yıkıcı fiyat baskısı nedeniyle fiyatlarını artıramayan UND DENİZ, sürekli fiyatlarını düşürmek zorunda kalmış ve en nihayetinde satış gelirlerinin ODM'sini bile karşılamadığını görmesi neticesinde pazardan çıkmıştır.

UND DENİZ'in pazardan dışlanması ile birlikte, U.N. RO-RO, Fransa hattında kendisinden daha düşük değişken maliyete sahip olan ve dolayısıyla kendisi üzerinde rekabetçi baskı yaratabilecek bir rakibin rekabetçi baskısından kurtulmuş ve bu hatta daha yüksek fiyat uygulama imkânına kavuşmuştur. Ayrıca, UND DENİZ'in orta ve uzun vadede faaliyetlerini oturtup etkinliğini artırarak Tireste hatlarında da rekabeti artırmasının önüne geçilmiştir.

Ayrıca UND DENİZ'in pazardan dışlanması ile birlikte, üç teşebbüsün rekabet ettiği Pazar düopol bir yapıya dönüşmüştür. Yine, 2010 yılında UND DENİZ'in pazara girişi nedeniyle U.N. RO-RO'nun %(.....) düşen pazar payı 2011 yılında %(.....) çıkmıştır. Pazar yapısında ortaya çıkan bu değişimin U.N. RO-RO'nun hâkim durumunu güçlendirdiği ve tüketicilerin tercih seçeneklerini azalttığı; dolayısıyla tüketici refahında bir azalmaya yol açtığı görülmektedir.

Diğer taraftan, UND DENİZ'in U.N. RO-RO'nun yıkıcı fiyatlaması ile pazardan dışlanması, daha önce pazara başarısız giriş denemelerinde bulunmuş teşebbüslerin varlığı da dikkate alındığında ilgili pazara girişin ve pazarda tutunmanın zorluğuna ilişkin algının güçlenmesine yol açmıştır. Bu nedenle U.N. RO-RO'nun bu eylemleri, potansiyel rakipler üzerindeki caydırıcı etkisiyle de tüketici refahını olumsuz etkilemiştir.

Yıkıcı fiyatın tespiti bakımından hasat imkânının varlığının ortaya konulması zorunlu olmamakla birlikte, U.N. RO-RO'nun hâlihazırda tek başına faaliyet gösterdiği Fransa hattında UND DENİZ'in çıkışından bu yana yaptığı yaklaşık %80'e varan fiyat artışı dikkate alındığında bu imkâna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda sunulan tespit ve değerlendirmeler ışığında; U.N. RO-RO'nun Pendik-Marsilya hattında uyguladığı maliyet altı fiyatlamasının, rekabet karşıtı bir piyasa kapamaya yol açarak tüketici refahını azalttığı; dolayısıyla söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir yıkıcı fiyat niteliğini taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474

Fiyatlama Dışındaki Kötüye Kullanma İddialarının Değerlendirilmesi
Bilet Tanıma ve Şoför Taşıma Sisteminden Faydalandırmamaya İlişkin
İddianın Değerlendirilmesi

UND DENİZ tarafından Kurumumuza gönderilen şikâyet dilekçesinde; kendisinin U.N. RORO ve ULUSOY RO RO arasında uygulanmakta olan bilet tanıma sisteminden ve ayrıca Trieste varışlı hatlar için TIR şoförlerinin İstanbul'dan Trieste'ye ve Trieste'den İstanbul'a taşınması için oluşturulan sistemden yararlandırılması yönündeki talebinin U.N. RO-RO tarafından reddedilmesinin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesinin yanında, Kanun'un 6. maddesine de aykırı olduğu iddia edilmiştir.

U.N. RO-RO tarafından yapılan bilet tanıma ve şoför taşıma sisteminden faydalandırmama eylemi U.N. RO-RO'nun tek taraflı bir kararı sonucunda gerçekleştiği için, bu uygulamanın aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte, konuya ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği üzere, U.N. RO-RO'nun UND DENİZ'in taleplerini olduğu gibi kabul etmemesinin temel gerekçesi, bu tür bir kabulün UND DENİZ'in lehine ancak kendisi aleyhine bir "bedavacılık" sorununa neden olacağı ve böylece pazardaki rekabet düzeyinin azalmasına yol açacağı düşüncesidir.

U.N. RO-RO ile UND DENİZ'in Türkiye'de faaliyet gösterdikleri limanların coğrafi olarak birbirlerine oldukça yakın oldukları dikkate alındığında, UND DENİZ'in söz konusu sistemlerden faydalandırılması halinde ortaya çıkması beklenen tüketici yararının, bu faydalandırmanın yol açacağı bedavacılık sorunu kaynaklı rekabet sorunlarını telafi etmeyeceği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, U.N. RO-RO'nun UND DENİZ'in taleplerini kabul etmemesinin objektif haklı bir gerekçeye dayandığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁶⁵⁶.

Karar Tarihi: 01.10.2012;

⁶⁵⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474
Karar Tarihi: 01.10.2012.

U.N. RO-RO İle Adria Havayolları Arasındaki Prensip Anlaşmasına İlişkin İddianın Değerlendirilmesi

UND DENİZ'in Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer iddiası ise, U.N. RO-RO ile Adria Havayolları arasında yapılan bir prensip anlaşması gereğince UND DENİZ'in Adria Havayolları'ndan hizmet almasının engellendiğine ilişkindir. Söz konusu iddiaya delil olarak ise Adria Havayolları acentesinin UND DENİZ'in talebini, U.N. RO-RO ile Adria Havayolları arasında yapılan prensip anlaşmasını gerekçe göstererek reddettiğini gösteren e-posta iletileri sunulmuştur.

Herhangi bir pazara girmek isteyen veya hâlihazırda bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, pazara girebilmek veya pazarda etkin şekilde faaliyetlerini sürdürebilmek için ihtiyaç duydukları birtakım kaynaklara erişimlerinin, hâkim durumdaki bir teşebbüsün tek taraflı bir eylemi ile engellenmesinin, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün eyleminin objektif ve makul bir haklı gerekçeye dayanması halinde, söz konusu eylem kötüye kullanma olarak değerlendirilmeyebilecektir. Diğer taraftan, rakiplerin erişmek istediği kaynağın bizatihi hâkim durumdaki teşebbüsün kontrolünde olması durumunda, uygulamanın “sözleşme yapmayı reddetme” ihlalinin unsurları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁵⁷.

Şikâyet konusu olayda, U.N. RO-RO'nun Adria Havayollarının UND DENİZ ile çalışmasını kısıtlamasının, U.N. RO-RO'nun ilgili pazarda etkin bir şekilde faaliyet göstermesini güçleştireceği değerlendirilmiştir. Zira U.N. RO-RO ile Adria Havayolları arasında akdedilen sözleşmede yer alan münhasırlık hükmünün bir sonucu olarak, UND DENİZ'in tercih seçenekleri kısıtlanmakta ve teşebbüs THY ile çalışmaya veyahut başka havayolları ile charter sözleşmeleri akdetmeye mecbur kılınmaktadır. Ancak charter sözleşmeleri ile uçuş yapmanın tarifeli seferlere kıyasla daha maliyetli olduğu ve ayrıca faaliyetlerine yeni başlamış bir teşebbüs olarak UND DENİZ'in bir seferde uçağı bütünüyle dolduramayabileceği dikkate alındığında, uçak

⁶⁵⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-301 (Soruşturma), Karar Sayısı: 12-47/1413-474 Karar Tarihi: 01.10.2012.

kiralama yoluyla faaliyet göstermenin avantajlı bir seçenek olmadığına da kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla U.N. RO-RO'nun bu uygulaması, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında rakibin faaliyetinin zorlaştırılmasına yönelik bir kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

Sonuç

1-U.N. RO-RO İşletmeleri A.Ş. tarafından UND Deniz Taşımacılığı A.Ş.'nin U.N. RO-RO İşletmeleri A.Ş. ile Ulusoy Ro Ro İşletmeleri A.Ş. arasındaki bilet tanıma ve hizmet sunuşu sistemine kabul edilmemesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6.maddesi kapsamında ihlal teşkil etmediğine OYBİRLİĞİ ile,

2-U.N. RO-RO İşletmeleri A.Ş.'nin, Türkiye-Avrupa arasındaki ro ro hatlarında gerçekleştirilen tekerlekli ve mobil yük taşıyan ro ro gemileri ile yapılan tarifeli deniz taşımacılığı hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğuna OYBİRLİĞİ ile

3-Bununla birlikte, U.N. RO-RO İşletmeleri A.Ş.'nin;

a) Pendik-Marsilya ro ro hattında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle rakibinin dışlanmasına yol açtığına,

b) Ayrıca, fiyatlama dışındaki bazı eylemleri ile rakibinin faaliyetlerini zorlaştırdığına, U.N. RO-RO İşletmeleri A.Ş.'nin söz konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesi kapsamında hâkim durumunun kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

2. Limancılık Hizmetlerinde Sözleşme Yapmanın Reddedilmesi ve Aşırı Fiyat Uygulanması ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

a. Karar 2: Antalya Limanı Kararı

(krvaziyer turizmi, zorunlu unsur, haklı gerekçe, aşırı fiyat)

Şikâyet dilekçesinde, Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin, tarifelerde yüksek miktarda artış yapmak suretiyle şikâyetçi ile balıkçı teknelerine yönelik barınma ve rıhtım hizmetleri konusunda anlaşma yapmayı reddettiği ve diğer liman hizmetlerinde aşırı fiyat uyguladığı iddia edilmiştir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-154 (Soruşturma), Karar Sayısı: 10-74/1529-585, Karar Tarihi: 30.11.2010

İlgili Pazar

Şikâyet konusu çerçevesinde soruşturma, Ortadoğu Antalya A.Ş. tarafından Antalya Limanında sağlanan barınma hizmetlerine ilişkin olarak yürütülmüş olmakla birlikte, yapılan inceleme ve hukuki değerlendirmeler neticesinde, inceleme konusu olayın ayrıntılı ve kesin bir pazar tanımını gerektirmediği kanaatine ulaşılmıştır

Mal (veya hizmet) vermeme eyleminin objektif haklı gerekçesi bulunduğu savunması

Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin davranışında objektif haklı gerekçelerinin bulunduğu, zira Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin kruvaziyer turizmine ağırlık vermesinin, subjektif bir tercihten değil, idare tarafından getirilmiş olan bir yükümlülüğünden kaynaklandığı, bu amaçla Liman'ın 8 ve 9 nolu rıhtımlarının kruvaziyer gemilerine tahsis edildiği, anılan rıhtımların gemi kabul kapasitesinin mevcut uzunlukları itibarıyla zaten sınırlı kaldığı, dolayısıyla şikâyetçinin barınma ve rıhtım hizmetlerine ilişkin taleplerinin karşılanması önünde bir kapasite sorunu bulunduğu ifade edilmiştir⁶⁵⁹.

Ayrıca, şikâyetçi'nin faaliyetleri ile ciddi bir güvenlik tehdidi oluşturarak gerek kruvaziyer turizmini, gerekse limandaki diğer faaliyetleri önemli ölçüde zorlaştırdığı ve limanın kirlenmesine neden olduğu, Antalya Ticari Limanı'nın ISPS sertifikasına sahip bulunmasına karşın, şikâyetçi gemilerinin ISPS kod uygulamasına uygun olmadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin, büyüme potansiyeli son derece yüksek olan kruvaziyer turizmine yönelmesinin rasyonel olduğu, Antalya Ticari Limanında yükleme ve boşaltma işlemlerinde hızlı bir sirkülasyon olduğu için, sadece barınma gibi bir hizmetin verilmesinin limanın esas fonksiyonu olan yükleme ve boşaltma işlemlerini olumsuz yönde etkilediği ve ayrıca Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin Liman İşletme İzni'nde hizmet verilebilecek olan gemiler arasında balıkçı teknelerinin bulunmaması ile şikâyetçinin Ortadoğu Antalya A.Ş.'ne

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar3992.pdf> (29.06.2014)

⁶⁵⁹ Rekabet Kurulunun liman hizmetlerinde sözleşme yapmanın reddini içeren benzer nitelikteki kararları;

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2013-4-106 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 14-12/223-99 Karar Tarihi: 26.03.2014 (Zeyport A.Ş.)

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2012-4-355 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 13-25/346-162 Karar Tarihi: 02.05.2013 (Limak A.Ş.)

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-130 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 11-47/1164-410 Karar Tarihi: 14.09.2011 (Kilitambar Barınağı)

ödemekten imtina ettiği borçlarının ve bu borçlara ilişkin derdest davalarının da bulunması hususlarının, mal vermeyi reddetme için objektif haklı sebep teşkil ettiği iddia edilmiştir.

ISPS koduna sahip olmayan gemilerin belli güvenlik koşullarını sağlayarak, Liman İşletmesi ile yapılan mutabakatla, Liman'a yanaşması mümkün olmakla birlikte, işletmeci teşebbüsün ek riskleri üstlenerek hizmet sunmasının ticari bir karar olduğu, inceleme konusu olay özelinde, şikâyetçinin talip olduğu hizmetleri almasının doğal sonucu olarak, ortaya çıkacağı anlaşılan görüntü ve koku kirliliği ile trafik artışına bağlı olarak artan işletme riskinin, liman işletmecisinin iş planı ve ticari vizyonunda ifadesini bulan haklı ticari çıkarları ile ağır çatışma halinde bulunduğu hususları dikkate alınmıştır.

Verilmesi reddedilen malın veya hizmetin vazgeçilmez olmadığı, reddedilen teşebbüs açısından pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkmadığı ve şikâyetçinin pazardan çıkma riskinin bulunmadığı savunması

Şikâyetçi'nin, Ortadoğu Antalya A.Ş. tarafından işletilen 8 ve 9 no'lu rıhtımlardan yararlanamamasına karşın, Liman sınırları içerisinde bulunan Balıkçı Barınağını kullanmak suretiyle faaliyetlerini devam ettirebildiği, ayrıca, şikâyetçinin alternatiflerinin Ortadoğu Antalya A.Ş. tarafından işletilen rıhtımlara nazaran daha az avantajlı olması veya biraz daha maliyetli olmasının mal vermenin reddedilmesi nedeni ile şikâyetçi açısından pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkmış olduğu ve söz konusu firmanın, pazardan çıkma tehlikesi ile karşı karşıya bulunması unsurunun gerçekleştiği anlamına gelmeyeceği iddia edilmiştir.

Şikâyetçi'nin Ortadoğu Antalya A.Ş. tarafından işletilen rıhtım ve iskeleleri kullanamaması nedeniyle faaliyet göstermekte olduğu orkinos avcılığı ve ihracatı pazarlarında rekabetin bugüne değin önemli ölçüde kısıtlanmadığı, şikâyetçinin pazar dışına itilmediği ve Balıkçı Barınağı'nı kullanarak faaliyetlerine devam ettiği tespit edilmiştir⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-154 (Soruşturma), Karar Sayısı: 10-74/1529-585, Karar Tarihi: 30.11.2010

Kruvaziyer turizminde sağlanacak gelişmenin ve tüketici yararının dikkate alınması gerektiği savunması

Kruvaziyer turizminin hem bölge ve ülke ekonomisine hem de tüketici menfaatine çok ciddi katkıları bulunduğu, Antalya Ticari Limanı'nda kruvaziyer gemilerinin yanaşabileceği alanların sadece 8 ve 9 no'lu rıhtımlarla sınırlı olduğu, Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin tüm bu menfaatleri gözeterek kruvaziyer turizminin gelişmesine yönelik birçok yatırım yaptığı, tek bir firmanın menfaatleri gözetilerek, Ortadoğu Antalya A.Ş.'ye şikâyetçiye 8 ve 9 no'lu rıhtımları kullandırma zorunluluğu getirilmesinin, kruvaziyer turizminin yaratacağı tüm etkinliklerden mahrum kalınmasına neden olabileceği, bunun hatalı bir yaklaşım olacağı ve esasen rekabetçi olan bir davranışın cezalandırılması ve tüketicilerin zarar görmesi sonucunu doğuracağı iddia edilmiştir.

Ortadoğu Antalya A.Ş. rıhtımlarından orkinos veya yem balıklarının yüklenmesi ve boşaltması sırasında oluşan koku ve çevre kirliliğinin işletmeci teşebbüsün kruvaziyer gemilere yönelik liman hizmetleri vermek üzere gerçekleştirdiği yatırımlardan beklediği ticari faydaları önemli ölçüde ulaşılmaz kılabilceği hususu haklı bir savunma unsuru olarak dikkate alınmıştır

Aşırı Fiyatlama Yapıldığı İddiasına Yönelik Savunma

Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin, Limanın etkinliğini artırma adına yaptığı yüksek meblağlara ulaşan yatırımların karşılığının alınması için liman tarifelerinin arttırılmasının doğal olduğu, ayrıca Liman Hizmet Tarifesi'ndeki artışın, sadece şikâyetçiye özgü bir artış olmadığı, yapılan zamların esasen, ilgili teknelere verilen temizlik ve koku giderme masrafları ile sık kalkış ve yanaşma nedeniyle verilen çok sayıda palamar hizmetlerinin maliyetleri gibi bazı ek maliyetleri karşılama amacıyla yapıldığı yani haklı sebebe dayandığı iddia edilmiştir⁶⁶¹.

Öte yandan Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin Denizcilik Müsteşarlığı tarafından 2003 yılından itibaren geçerli olacak şekilde yayımlanan Liman Hizmetleri Tarifesi ile belirlenen ücret üst limitlerine uymak gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı, zira İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca, 5 yıllık süre sonunda tarifelerle ilgili olarak TDİ Genel Müdürlüğü'nden onay alma şartının ortadan

⁶⁶¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-154 (Soruşturma), Karar Sayısı: 10-74/1529-585, Karar Tarihi: 30.11.2010

kalktığı, ayrıca Antalya Limanı'nın 31.10.2006 tarihinde TMSF'den devralındığı tarihte uygulanmakta olan Tarife'nin, Denizcilik Müsteşarlığınca belirlenen tavan ücretlerinden daha yukarıda olduğu, dolayısıyla özelleştirilmiş limanların hemen hiçbirisinde uygulanmayan ve günün piyasa kuralları ile uyuşmayan Denizcilik Müsteşarlığı tarifesinin, Antalya Ticari Limanı'nda da uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir.

Değerlendirme

Hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmesi belirli şartlar altında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi hükmüne aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır. Genel olarak sözleşme serbestisi temel bir ilkedir. Teşebbüsler kimlerle iş yapacaklarını seçme hakkına sahiptir. Ancak rekabet hukuku uygulamasında, bazı hallerde hâkim durumdaki bir teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir. Hâkim durumdaki bir teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmesi için, genel itibariyle teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin rakiplerini dışlayarak tekelleşmesine katkı sağlaması veya ilgili pazarlarda rekabeti hissedilir derecede sınırlaması gerekmektedir.

Dosya konusu olay bakımından, Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin şikâyetçi ile sözleşme yapmayı reddetmesinin hâkim durumunu kötüye kullanmak olarak değerlendirilebilmesi için aşağıdaki nitelikleri sağlaması gerekmektedir.

- (i) Sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün hâkim durumda olması,
- (ii) Sözleşme yapmayı reddetme davranışının olması,
- (iii) Sözleşme yapılarak faydalanılmak istenen varlığın kullanımının gerekli/zorunlu olması ve makul bir şekilde kurulmasının imkânsız olması ve ilgili varlığın kullanımının imkânlar dâhilinde olması,
- (iv) Sözleşme yapmayı reddetmenin objektif haklı gerekçelere dayanmaması,
- (v) Sözleşme yapmayı reddetme eyleminin rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması.

Dosya mevcudu dikkate alınarak, inceleme konusu olay bakımından sözleşme yapılarak faydalanılmak istenen varlığın kullanımının zorunlu olmadığı; sözleşme yapmayı reddetmenin objektif haklı gerekçeleri bulunduğu ve sözleşme yapmayı reddetme eyleminin rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunmadığı anlaşılmıştır⁶⁶².

⁶⁶² Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-154 (Soruşturma), Karar Sayısı: 10-74/1529-585, Karar Tarihi: 30.11.2010.

Antalya Limanı sınırları dâhilinde bulunan Balıkçı Barınağı ile yeni kurulacak balıkçı barınağının, Ortadoğu Antalya A.Ş. rıhtımlarına alternatif olabileceği dikkate alınarak, faydalanılmak istenen varlığın kullanımının zorunlu olmadığı; limanın artan yük ve yolcu kapasitesi ışığında, uluslararası hukuk normları da dikkate alınarak, balıkçı teknelerinin limandan yararlanmalarının neden olduğu güvenlik kaygılarında haklılık bulunması, ayrıca balıkçı teknelerinin söz konusu rıhtımlardan yararlandırılmasının, liman işletmecisi teşebbüsün yatırımlarının geri dönüşünü zorlaştırarak, haklı ticari çıkarlarının gerçekleştirilmesini önemli ölçüde engelleyebileceği hususları dikkate alınarak, sözleşme yapmayı reddeden tarafın objektif haklı gerekçeleri bulunduğu; reddetme sonrasında şikâyetçi tarafın ticari faaliyetlerini sürdürmüş olması ve faaliyet gösterdiği pazarda hâkim olan rekabet düzeyinde kayda değer bir değişiklik olmaması hususları dikkate alınarak, alt pazarda rekabetin kısıtlanmadığı kanaati hâkim olduğundan, Ortadoğu Antalya A.Ş.'nin şikâyetçi ile anlaşma yapmayı reddetmesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında, kötüye kullanma eylemi olarak değerlendirilmesinin yerinde olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Teşebbüslerin değişen pazar koşullarına uymak ve bu koşulların barındırdığı ticari fırsatları değerlendirmek için girişecekleri yatırımların, başta borçlanma maliyetleri olmak üzere çeşitli maliyetlerini artırması, ekonomik faaliyetin doğal bir unsurudur. Özellikle büyük miktarda yatırım gerektiren ve faaliyetin zaman boyutu kısıtlanmış yatırım alanları bakımından bu durum daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim liman işletmeciliği bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. İşletmeci teşebbüsün, gelişme potansiyeli gördüğü bir alana yönelik olarak giriştiği yatırımların yarattığı maliyet baskısını, geleneksel hizmetlerinden yararlanan alıcılara yansıtmak çabasında olması, faaliyetin doğasından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, yatırımlardan kaynaklanan maliyet artışına bağlı fiyat baskısının, yatırımların olumlu bilanço etkilerinin görülmesi ile birlikte sona ermesi beklenmelidir. Dolayısıyla inceleme konusu olay bakımından, şu aşamada maliyet yapısı ile açıklanması mümkün olmayan, bir aşırı fiyatlama davranışının bulunmasının muhtemel olmadığı kanaati hâkim olmuştur⁶⁶³.

⁶⁶³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2009-4-154 (Soruşturma), Karar Sayısı: 10-74/1529-585, Karar Tarihi: 30.11.2010.

Sonuç

Ortadoğu Antalya Liman İşletmeleri A.Ş.'nin iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğine oybirliği ile karar verilmiştir.

b. Karar 3: Ambarlı Limanı Kararı

(limanlarda hâkim durumun tesbiti, acente, konteyner taşımacılığı, alternatif hizmet)

Şikâyet dilekçesinde, Ambarlı Limanı'nda hizmet veren işletmecilerden biri olan Arkas Grubu'nun, liman kompleksinde hâkim duruma geldiği ve ayrıca Marport, Kumport, Mardaş ve Akçansa liman işletmelerinin kendi yüklerine öncelik vermek ve genel kargo ile dökme yükler yerine konteyner yüklerini tercih etmek suretiyle, acentelerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddia edilmektedir⁶⁶⁴.

İddiaların Özeti: Şikâyet dilekçesinde, şikâyetçi firmanın Denizcilik Müsteşarlığı tarafından yetkilendirilmiş bir acente olduğu belirtilerek, Ambarlı Limanı'nda Akçansa dışındaki liman işletici kuruluşların, limanlardaki konteynır gemilerinin yoğunluğunu bahane ederek, dökme yük/genel kargo taşımacılığı yapan gemileri kabul etmek istemedikleri ve yüksek fiyat talep etmek suretiyle bu gemilerin limana girmelerini engelledikleri iddia edilmiştir.

Ayrıca, şikâyet dilekçesi ekinde şikâyetçi tarafından Denizcilik Müsteşarlığı'na verilen ve aynı konuların daha ayrıntılı olarak aktarıldığı bir dilekçe bulunmaktadır. Bu dilekçede ise acentelerin sorunlarının Ambarlı Limanı'nda rıhtımların toplam uzunluğunun %75'ine sahip olduğu öne sürülen Arkas Grubu şirketlerinin yaklaşımından kaynaklandığı, söz konusu grubun üçüncü şahısların yüklerine hizmet vermeksizin sadece kendi yüklerini elleçlediği; diğer taraftan Arkas Grubu dışındaki Kumport ve Mardaş gibi limanların ise konteynır taşımacılığında uzmanlaşmış olmaları nedeniyle, kendilerine genel kargo ve dökme yük hizmeti sunmalarının zorlaştığı ve son olarak Akçansa Limanı'nın üçüncü şahıslara hizmet

⁶⁶⁴Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2007-4-151, Karar Sayısı: 07-85/1046-406, Karar Tarihi: 8.11.2007

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar2230.pdf> (29.6.2014)

vermekle beraber önceliği kendi yüklerini taşıyan gemilere verdiği ifade edilmiştir. Şikâyetçi başvuruda aktarılan problemlerin kendileri gibi küçük acentelerin yok olmasına ve ülke ekonomisinin olumsuz etkilenmesine yol açtığını belirterek, rekabeti sınırlayan bu uygulamaların önlenmesi talebinde bulunmuştur.

İlgili Ürün Pazarı

Limanları bulundukları yer, med-cezir, faaliyet alanları, trafik tipleri, sahipleri, yük akımı ve gümrük formaliteleri gibi çeşitli kriterlere göre sınıflandırmak mümkündür. Trafik tiplerine göre yapılan ve taşınan yüklerin esas alındığı sınıflandırmada ise limanlar; genel amaçlı limanlar-muntazam hat limanları, genel yük limanları ve dökme yük limanları gibi kategorilere ayrılmaktadır. Genel amaçlı limanlar değişik yük ve gemi tipleri ile değişik transit yüklere hizmet verebilmektedir. Liman otoritelerinin başlıca amacının, limana gelen tüm gemi ve yüklerine hizmet verebilmek olması nedeniyle, dünyadaki limanların büyük bir çoğunluğu bu kategoride yer almaktadır. Şikâyet konusu Ambarlı Liman kompleksinde yer alan limanlar da bu doğrultuda kurulmuş, genel amaçlı bir liman özelliği arz etmektedir. Ancak, şikâyetçinin başvurusunun konusunu genel kargo ve dökme yük taşıyan gemilere liman hizmetleri verilmesi ile ilgili hususlar oluşturduğundan ilgili ürün/hizmet pazarı “genel kargo ve dökme yük elleçleme hizmetleri pazarı” olarak belirlenmiştir.

İlgili Coğrafi Pazar

Ambarlı Liman kompleksinin, ağırlıklı olarak hinterlant trafiğine hizmet eden bir liman olduğu göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar “Marmara Bölgesi” olarak tespit edilmiştir⁶⁶⁵.

Değerlendirme

4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi bakımından bir ihlalden söz edilebilmesi için iki temel hususun tespiti gerekmektedir. Bu hususlardan ilki bir hâkim durumun varlığı iken ikincisi kötüye kullanma sayılabilecek eylemin varlığıdır. Ambarlı Liman kompleksinde bulunan liman tesislerinden Akçansa, Kumport ve Mardaş limanları, şikâyetçinin talep ettiği genel kargo ve dökme yük hizmetlerini sunmaktadır. Şikâyetin asıl konusunu oluşturan Arkas Grubu şirketlerinden Marport

⁶⁶⁵ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2007-4-151, Karar Sayısı: 07-85/1046-406, Karar Tarihi: 8.11.2007

Liman İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından işletilen Marport Limanı ise bir konteyner terminali olarak faaliyet göstermekte ve bu bakımdan şikâyetle konu ilgili hizmet pazarına dâhil edilememektedir. Kaldı ki; Ambarlı Limanı'nda Arkas Grubu'nun hâkim duruma geldiği ve toplam rıhtım uzunluğu'nun %75'ine sahip olduğu yönündeki iddiaların gerçeği yansıtmadığı raportörlerce belirlenmiştir.

Diğer taraftan, liman hizmetlerine yönelik olarak yapılan değerlendirmelerde pazar payı hesaplanırken, rıhtım uzunluğu gibi tesis özelliklerinden ziyade limanlarda elleçlenen yük miktarlarının esas alınması gerekir. Bu doğrultuda "Marmara Bölgesi genel kargo ve dökme yük elleçleme hizmetleri" pazarında herhangi bir faaliyeti bulunmayan Marport Limanı'nın hâkim durumda olduğundan söz etmek mümkün değildir.

Ayrıca, hâkim durum değerlendirmesinde dikkate alınan mevcut ve potansiyel rakiplerin durumuna inceleme konusu olay açısından bakıldığında, Ambarlı Limanı'na önemli bir alternatif olarak Akport Tekirdağ Limanı'nın bulunduğu görülmektedir. Marmara Bölgesi'nde yer alan söz konusu Limanı, 1997 yılında ilk olarak dökme yük ve genel kargo elleçlemelerine yönelik olarak hizmetlerine başlamış ve yapılan yatırımlar ile limanın yıllık kapasitesi 3.000.000 tona ulaşmıştır. Diğer yandan Marmara Bölgesi'nin ihtiyacı olan konteyner liman inşaatı yatırımına 1999 yılında başlanmış ve Akport Tekirdağ Limanı böylece dökme yük ve genel kargo yüklerinin yanı sıra yıllık 180.000 TEU konteyner elleçleyebilecek kapasiteye sahip olmuştur⁶⁶⁶.

Sonuç olarak Akport Tekirdağ Limanı, Marmara Bölgesi'nde ve özellikle Ambarlı Liman kompleksinin bulunduğu Kuzey Marmara'da toplam 105.000 m2 alanı ve 2.400m rıhtım uzunluğu ile önemli bir alternatif olarak hizmet sunmaktadır. Genel kargo ve dökme yük elleçlemeleri açısından herhangi bir pazar payı bulunmayan Marport Limanı'nın, konteyner elleçlemeleri açısından liman içinde sahip olduğu %(...)’lik pazar payı ile güçlü bir konumda olduğu fakat hem Ambarlı Limanı'nda hem de Akport Tekirdağ Limanı'nda ciddi rakiplerinin bulunduğu ve dolayısıyla hâkim durumda sayılmasının mümkün olmadığı dosya mevcudu bilgilerden anlaşılmaktadır.

⁶⁶⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2007-4-151, Karar Sayısı: 07-85/1046-406, Karar Tarihi: 8.11.2007.

Öte yandan, Ambarlı Liman kompleksinde faaliyet gösteren diğer Liman işletmeleri ilgili pazarda hizmet vermekte olup, Liman toplam %(...)'lik pazar payı ile pazarın lideri konumundadır. Bu payın %(...)'lük bölümüne Akçansa Limanı sahip olup, alternatif teşkil etmektedir. Akçansa Limanı şikâyet dilekçesinde de ifade edildiği üzere **aralarında şikâyetçinin de bulunduğu üçüncü şahıslara hizmet vermekte, ancak sıkışıklık olması halinde önceliği kendi yüklerini taşıyan gemilere** vermektedir. Akçansa Limanı'nın ve pazar payı nispeten düşük olan Kumport (%...) ve Mardaş (%...) limanlarının bu yöndeki tercihlerinin ticari hayatın normal akışı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaldı ki; özellikle Kumport Limanı'nın yatırımlarını ve faaliyetlerini ağırlıklı olarak konteyner elleçleme hizmetlerine yönlendirmesinin, daha kârlı olması nedeniyle konteyner taşımacılığına yönelik dünyadaki artış eğilimi ile paralel olduğu ve bu çerçevede makul kabul edilebileceği değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen bilgiler ve değerlendirmelerin ışığında, Marport Limanı'nı işleten Arkas Grubu'nun ve Ambarlı Limanı'nda faaliyette bulunan diğer liman işletmecilerinin genel kargo ve dökme yük gemilerine hizmet veren acentelerle olan ilişkilerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediği kanaatine varılmıştır.

Sonuç

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; dosya konusu şikâyet ile ilgili olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir⁶⁶⁷.

c. Karar 4: Eken Kararı

(tekel, iskelelerin zorunlu unsur niteliği, feribot taşımacılığı)

Dosya Konusunu, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin, Eskihisar ve Topçular'da bulunan iskelelerindeki rampalardan feribot taşımacılığı yapmak

⁶⁶⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2007-4-151, Karar Sayısı: 07-85/1046-406, Karar Tarihi: 8.11.2007

amacıyla yararlanmak isteyen şikâyetçinin talebini reddetmek suretiyle rekabeti ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır⁶⁶⁸.

İlgili Pazar

İzmit Körfezi'nin güney ve kuzey kıyısı arasında, feribotla taşıt ve yolcu taşıma hizmeti pazarı olarak belirlenmiştir.

Gerekçe ve Hukuki Dayanak

TDİ'nin iskelelerinin bir bölümünü şikâyetçiye kiralamamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğini iddia edebilmek için, TDİ'nin hâkim durumda bir teşebbüs olması, kullanılmasına izin verilmeyen iskelelerin “zorunlu unsur” olması ve TDİ'nin bu talebi geri çevirmek için makul gerekçelerinin olmaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Hâkim Durum Analizi

10.10.1983 tarih ve 117 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir Kamu İktisadi Kuruluşu olarak kurulan TDİ'nin başlıca faaliyet konusunu iç ve dış sularda araba, yolcu beraberli yük taşıma işleri, acentelik, temsilcilik, gemi alım-satım ve kiralanması, brokerlik, kılavuzluk, romörkörüclük ve palamar işleri ile diğer liman hizmetleri oluşturmaktadır. TDİ, Türkiye çapında İstanbul, Gökçeada Uğurlu, Kabatepe, Çeşme, Dikili, Güllük, Kuşadası ve Trabzon Limanları'nın da dâhil olduğu toplam 13 liman işletmektedir. Bunların dışında özelleştirilmiş olan 9 liman daha bulunmaktadır. Teşebbüsün Denizyolları İşletmesi tarafından içhatlar ve dışhatlar olmak üzere çeşitli güzergâhlarda düzenlenen seferleri dışında, Şehirhatları İşletmesi tarafından düzenlenen 16 güzergâhta yolcu vapuru, 9 güzergâhta arabalı vapur seferleri bulunmaktadır.

Bakanlar Kurulu'nun 6237 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre 24.10.1997 tarihinde aldığı karar uyarınca, Ulaştırma Bakanlığı'nca Kocaeli İli, İzmit Yanaşma Körfezi'nde inşa ettirilmiş bulunan Eskihisar ile Topçular Feribot Yanaşma Yerleri'nin, esaslı tamirleri kendilerine ait olmak ve yapım bedelleri Hazine hissesi

⁶⁶⁸ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2002-4-146 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 03-03/25-7 Karar Tarihi: 9.1.2003
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar690.pdf>(29.6.2014)

karşılığında kuruluş sermayelerine sayılmak kaydıyla TDİ'ye devredilmesi kararlaştırılmıştır.

TDİ, ilgili pazarda faaliyet gösteren tek şirkettir, diğer bir deyişle tekel konumundadır. Buna ek olarak pazara girmek isteyen bir teşebbüs, iskele inşa etmek ve feribot satın almak gibi maliyetlere katlanmak zorunda olduğu gibi, iskele inşa etmek için gerekli izinler de yaklaşık 3 yıllık bir sürede alınabilmektedir. Bu nedenle ilgili pazarda potansiyel rekabet de hali hazırda TDİ üzerinde herhangi bir rekabetçi baskı yaratmamaktadır. Sonuç olarak TDİ'nin, İzmit Körfezi'nin kuzeyi ve güneyi arasında feribotla yolcu taşımacılığı olarak tespit edilen ilgili pazarda hâkim durumda bulunduğu anlaşılmıştır.

Eskihisar ve Topçular İskelelerinin Zorunlu Unsur Niteliği

Zorunlu unsur, rakiplerin bağlantılı piyasalarda mal veya hizmet üretmek için yararlanmak zorunda oldukları ve aynısı yapılması imkânsız olan veya ekonomik olarak rasyonel olmayan unsur olarak tanımlanabilir.

Bu çerçevede zorunlu unsurun varlığının kabul edilebilmesi için aşağıdaki kriterlerin tümünün bulunması gerekir⁶⁶⁹:

1. Zorunluluk şartının oluşabilmesi için, varlığın benzerinin kopya edilmesi imkânsız veya fiziki, coğrafi ya da hukuki engeller nedeniyle aşırı derecede zor olmalıdır.
2. Yeniden üretme maliyeti teşebbüsleri caydıracak boyutlardaysa, bu durum tek başına aşılamaz bir giriş engeli olarak kabul edilebilir.
3. Daha önemlisi, zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanma olabilmesi için, unsurun benzerini kurmanın sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, diğer teşebbüsler için de zor olması gerekmektedir.
4. Ayrıca unsurun kontrolünü elinde bulunduran teşebbüsü, ilgili pazardaki koşulları belirleme konumuna getirmesi gerekmektedir. Bundan dolayı unsurun kontrolünün o teşebbüse daha fazla avantaj sağlaması yeterli değildir. Unsurun ilgili pazardaki rekabet için hayati bir öneme sahip olması gerekmektedir.
5. Bu bağlamda reddetme eylemi sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması gerekmektedir. Bu koşul aslında hem zorunluluk için hem de yükümlülük için gerekli olan bir şarttır.

⁶⁶⁹ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2002-4-146 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 03-03/25-7 Karar Tarihi: 9.1.2003

Buna göre, TDİ, Eskişehir-Topçular hattında arabalı vapur işletirken kendisine ait olan Eskişehir ve Topçular iskelelerini kullanmaktadır. Arabalı vapurla araç ve yolcu taşımacılığı yapabilmek için, feribotların kıyıya yanaşmasını sağlayan rampaları, araçların yükleme yapılana kadar bekleyecekleri ve sıralanacakları araç parkı, kontrol kulesi ve son olarak zorunlu olmamakla birlikte gişeleri de olan iki iskeleye sahip olmak gerektiği açıktır. Bu çerçevede, iskelenin, ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için zorunlu unsur olup olmadığını belirlemek amacıyla; iskelenin benzerinin kopya edilmesinin imkânsız veya fiziki, coğrafi ya da hukuki engeller nedeniyle aşırı derecede zor olup olmadığı ve yeniden üretim maliyetinin teşebbüsleri caydıracak boyutlarda bulunup bulunmadığı incelenmiştir.

İlgili coğrafi pazarda faaliyet gösterebilecek böyle bir iskelenin maliyeti konusunda şikâyetçinin tahmini, 1.000.000.000.000 TL (600.000 ABD Doları) dir. Ancak yeni iskele kurmanın önündeki en büyük engel maliyet değil, gerekli olan izinleri almak için harcanan sürenin uzunluğudur. Yine şikâyetçiden elde edilen bilgiye göre, 3 yıl önce başlatılan izin alma süreci hala devam etmektedir. Bu bilgi bir yana bırakılsa dahi, yukarıda özetlenen kıyı yapıları inşa prosedürünün uzunluğundan, iskele inşaatının kısa bir sürede sonuçlanmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak böyle bir prosedürün varlığı, iskele inşa etmenin uygulaması olmayan bir hak olmadığını göstermektedir⁶⁷⁰.

Öte yandan, yine yukarıda yer verilen istisnalar hariç olmak üzere Türkiye’de toplam 158 liman ve iskelenin bulunduğu, bunların 60 adedinin özel sektöre ait olduğu dikkate alınırsa, hem hukuki hem de ekonomik açıdan iskele ve liman kurmanın yalnızca kamu kaynaklarıyla yapılan bir yatırım olmadığı sonucuna ulaşılır. Kaldı ki, feribot iskelesi özel sektörün yaptığı konteyner limanlarıyla karşılaştırıldığında, neredeyse dikkate alınmayacak kadar düşük maliyetli bir yatırımdır. Dolayısıyla zorunlu unsurun yeniden yapılmasının hukuki ve ekonomik olarak imkânsız olması ve bunun maliyetinin teşebbüsleri caydıracak kadar çok olduğu biçimindeki iki koşul bu olayda sağlanmamaktadır.

Türk rekabet politikasının amaç olarak, tek tek rakiplerin rekabet edebilme haklarını savunmayı değil, piyasada işleyebilir bir rekabet ortamını sağlamayı

⁶⁷⁰ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2002-4-146 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 03-03/25-7 Karar Tarihi: 9.1.2003

hedeflemesinin gerektiği açıktır. Bu politika hedefi yukarıda yer verilen, “unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, aynı zamanda, diğer teşebbüsler için de zor olması gerektiği” şeklindeki kriterle birlikte değerlendirildiğinde, şikâyetçi için makul görülme bile, çoğu müteşebbis için mümkün olan bir yatırım miktarı ile piyasaya girilebiliyor olması, iskelelerin zorunlu unsur olmadığı anlamına gelmektedir.

İlgili pazarda hâkim durumda olduğu değerlendirilen TDİ’nin sahip olduğu iskelelerin, zorunlu unsurun mevcut olabilmesi için her birinin bulunması gereken kriterlerden 3’ünün incelenmesi sonucunda, bu kriterleri taşımadığı anlaşıldığından, söz konusu teşebbüsün şikâyetçi ya da iskeleleri kullanmak isteyen başka herhangi bir teşebbüs ile anlaşma yapma yükümlülüğünün bulunmadığı, bu çerçevede, TDİ’nin şikâyetçinin Eskişehir ve Topçular İskelelerinde uygun birer rampa kiralama talebini reddetmesi eyleminin hâkim durumu kötüye kullanma davranışı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

3. Liman Hizmetlerinde Ayrımcı Uygulamalar Yaparak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

a. Karar 5: Gemlik Kararı

(lashing hizmetleri, haklı neden, ayrımcılık, aşırı fiyat)

Şikâyet konusu, Gempport Limanı’nda konteyner yükleme ve boşaltma hizmeti alan firmaların, lashing hizmetini Gemlik Liman ve Depolama İşletmeleri A.Ş.’nin lashing firması dışında herhangi bir firmadan almasına izin verilmediği ve bu uygulama sonucunda lashing hizmetleri fiyatlarının arttığı iddiasına ilişkindir⁶⁷¹.

İddiaların Özeti

Başvuruda özetle; Gemlik Liman ve Depolama İşletmeleri A.Ş.’nin (GEMPORT); Gempport Limanı’nda konteyner yükleme ve boşaltma hizmeti alan firmaların, konteyner içinde oluşabilecek hasarları önlemek için ahşap kasalarla

⁶⁷¹ Reket Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2014-4-37 (Önaraştırma), Karar Sayısı : 14-28/572-251

Karar Tarihi: 13.08.2014

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%C3%A7eli+Kurul+Karar%C4%B1%2f14-28-572-251.pdf>(20.12.2014)

bağlama ve sağlamlaştırma işlemi olarak tanımlanan “lashing” hizmetini, anlaştığı lashing firması dışında herhangi bir firmadan almasına izin vermediği ve bu uygulama sonucunda söz konusu hizmetin fiyatının arttığı iddia edilmiştir.

İlgili Pazar

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, ilgili ürün pazarı “konteyner içi yüklerin sabitlenmesi (lashing) hizmetleri pazarı”; ilgili coğrafi pazar ise “Bursa Gemlik Bölgesi” olarak tespit edilmiştir.

Lashing Hizmetleri Pazarında Rekabetin Kısıtlandığı İddiasına Yönelik Değerlendirme

Gemport Limanı’nda lashing hizmetlerinin sadece anılan limanın anlaşmalı lashing firmasından alınabildiği, ihracatçı teşebbüslerin tercih ettiği lashing firmalarının Gemport Limanı’na sokulmadığı, böylece lashing hizmetlerinde rekabetin kısıtlandığı yönündeki hâkim durumun kötüye kullanılması olarak özetlenebilecek tek taraflı eylemler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesi kapsamında incelenmiştir⁶⁷².

Söz konusu kanun maddesi anlamında ihlalden söz edebilmek için, incelenen teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve davranışının kötüye kullanma niteliğinde olması şartlarının bir arada sağlanması gerekmektedir. Dosya kapsamında, öncelikle başvuru konusu davranışın, kötüye kullanma niteliğinde olup olmadığı incelenmiştir. Şikâyetçi tarafından ileri sürülen ilk iddiaya ilişkin olarak GEMPORT tarafından Kuruma gönderilen yazıda;

- 01.01.2014 tarihinde önce lashing hizmetlerinin, Gemport Limanı’ndan hizmet alan müşterilerin kendi tercih ettiği lashing firmaları veya kendi çalışanları tarafından yerine getirilebildiği, ancak söz konusu uygulamaların Gemport Limanı’ndaki iş sağlığı ve güvenliği ile limanın genel güvenliğini tehdit ettiğini, ayrıca lashing hizmetleri konusundaki kaliteyi düşürdüğü,
- İşyerinde meydana gelebilecek her türlü kaza, kayıp ve hasarları önleme ve gümrük

⁶⁷² Rekabet Kurumunun ayrımcı uygulamalara ilişkin benzer kararları
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-165 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 11-53/1358-483
Karar Tarihi: 18.10.2011(Antalya Liman A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-257 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 11-04/ 55-20
Karar Tarihi: 19.01.2011(Nemport A.Ş)

mevzuatı başta olmak üzere bütün yasalara ve ulusal/uluslararası limancılık kurallarına aykırılık oluşmaması için gerekli tüm tedbirleri almanın sorumlulukları dâhilinde olduğu, bu riskleri bertaraf etmek adına lashing hizmetlerinin Gempport Limanı bünyesinde SLS İlaçlama ve Liman Hizmetleri San. ve Ticaret A.Ş. (SLS) isimli firma tarafından verilmeye başlandığı, bu şekilde lashing hizmetlerinin daha iyi denetlenebileceği, söz konusu kararın ticari değil operasyonel olduğu,

- Gempport Limanı sahasında lashing hizmetini sunan SLS firmasının belirlenmesinde, ihale usulünün uygulandığı ve isteyen her firmanın ihaleye girebildiği,

- Lashing hizmetinin sadece Gempport Limanı sahası içerisinde talep edilmesi halinde SLS firması tarafından verilmesi zorunluluğunun bulunduğu, müşterilerin Gempport Limanı sahası dışarısında lashing hizmetini istedikleri herhangi bir firmadan alabilecekleri, müşterilerin boş konteynerleri kendi sahalarında doldurarak lashing yapabilecekleri, bu konuda herhangi bir zorlama yapmadıkları, ayrıca fiyatlarda herhangi bir artışın gerçekleşmediği ifade edilmiştir.

GEMPORT, Gempport Limanı'nı Gemlik Kaymakamlığı ile yaptığı "Kullanma İzni Sözleşmesi" temelinde işletmektedir. Söz konusu sözleşmenin 8. maddesine göre GEMPORT, Gempport Limanı'nın değerini düşürmeyecek, özelliğini ve verim gücünü bozmayacak önlemleri almak, tedbirsizlik, ihmal, kusur gibi nedenlerle meydana gelebilecek zarar ve ziyandan sorumludur. Aynı sözleşmenin 9. maddesinde ise benzer şekilde, GEMPORT tarafından Gempport Limanı'nın kullanılması sırasında çevre ve deniz kirliliğinin önlenmesi ile ormanların korunması için gerekli önlemler alınacağı ve ilgili mevzuatın titizlikle uygulanacağı düzenlenmesi getirilmiştir⁶⁷³.

Yukarıda belirtilen sözleşmede yer alan sorumluluk hükümleri dikkate alındığında, lashing hizmetlerinin Gempport Limanı'nda sadece SLS firması tarafından verilmesi zorunluluğu getirilmesinde, GEMPORT'un gerekli denetim ve gözetim yükümlülükleri kapsamında meşru ticari menfaatinin olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim GEMPORT'un, SLS firması ile yaptığı "Yük Sabitleme (Lashing) Sözleşmesi"nin " tarafların yükümlülükleri" başlıklı 5.1.

⁶⁷³ ⁶⁷³ Rekbet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2014-4-37 (Önaraştırma), Karar Sayısı : 14-28/572-251
Karar Tarihi: 13.08.2014

bölümü; (.....) düzenlemesini ihtiva etmektedir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, GEMPORT firması (gönderdiği bilgi yazısında da ifade ettiği üzere) lashing hizmetinden kaynaklanabilecek hukuki ve cezai sorumluluk hallerini SLS ile yapmış olduğu anlaşma ile bertaraf etmek istemiştir.

Konteyner yükleme hizmetinin önemli bir parçası olan lashing hizmetlerinin liman işletmecisi teşebbüs bünyesinde sunulmasının etkinlik ve güvenlik açısından gerekli, liman hizmetleri kapsamında makul olduğu ve hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Bunların yanı sıra dosya mevcudu bilgilere göre, GEMPORT lashing hizmetlerinin SLS firmasından alınmasını sadece Gempport Limanı sahasında zorunlu tutmakta, müşterilerinin lashing hizmetini liman dışarısından almasını engellememektedir. Bu kapsamda, müşteriler Gemlik bölgesinde yer alan Borusan ve Roda Limanlarından da lashing hizmetini tedarik edebilmektedirler. Söz konusu alternatif kanallar hem şikâyetçi hem de GEMPORT tarafından dile getirilmiştir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka husus ise, GEMPORT ile SLS arasındaki sözleşmenin (.....) yıl süreli olduğu, bundan sonraki yıllarda başka lashing firmaları ile de çalışılmasının mümkün olduğudur.

Sonuç olarak, GEMPORT firmasının güvenlik ve etkinlik gerekçeleri ile Gemlik Limanı'nda lashing hizmetleri konusunda sadece SLS firması ile anlaşmasının ve bu anlaşmanın (.....) yıllığına yapılmış olması karşısında lashing hizmetlerinin Gempport Limanı'nda sadece SLS tarafından sunulmasının hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı anlaşılmıştır⁶⁷⁴.

Aşırı Fiyat İddiasına Yönelik Değerlendirme

Başvuruda, ayrıca Gempport Limanı'nda lashing hizmetlerinin sadece GEMPORT firmasının anlaşmalı olduğu teşebbüsten alınması sonucunda, ücretlerin yükseldiği iddia edilmiştir. Esasen, liman hizmetleri pazarı bakımından, limanların bulundukları pazarların sıklıkla doğal tekel özelliği göstermeleri, aşırı fiyatlamaya müdahaleyi haklı gösterse de, inceleme konusu dosya bakımından özellikle işletme hakkının devralındığı ilk yıllarda işi geliştirme, verimli ve etkin kılma amaçlı yatırımların önem kazanması nedenleriyle, mevcut fiyat düzeyine müdahalenin

⁶⁷⁴ ⁶⁷⁴ Rekbet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2014-4-37 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 14-28/572-251
Karar Tarihi: 13.08.2014

yaratacağı olası zararın, kısa dönemli fiyat düşüşleri ile sağlanacak fayda ile telafi edilemeyeceği ve bu sebeple, içinde bulunulan zaman zarfında anılan pazarda geçerli fiyat düzeyine müdahaleden kaçınılmasının daha uygun bir yaklaşım olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç

Bu çerçevede, GEMPORT tarafından lashing hizmetleri pazarında rekabetin kısıtlanması ve aşırı fiyat uygulanması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

4. Deniz Taşıma Hizmetlerinde Bağlama Anlaşmaları Yaparak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

a. Karar 5: IBTL Uluslararası Taşımacılık Kararı

(taşıma işleri komisyoncusu, CIF satış, antrepo hizmetleri, ticari teamül, parsiyel taşımacılık)

Şikâyet konusu, yurt dışından C.I.F. yöntemi ile ithal edilen malların taşıyıcı firmalar tarafından getirildikleri limanlarda, özel antrepolara aktarılması ve sunulan gümrük ve depolama işlemlerinden fahiş bedeller talep edilmesi suretiyle ithalatçı firmaların zarara uğratıldıkları iddiasına ilişkindir⁶⁷⁵.

İddiaların Özeti: Şikâyet dilekçesinde; Mersin'de faaliyet gösteren şikâyetçinin CIF yöntemi ile Mersin Limanı'na teslim edilmek üzere mal ithalatı gerçekleştirmek istediği, ancak taşımacılık hizmetini gerçekleştiren IBTL Uluslararası Taşımacılık ve Dış Ticaret Ltd. Şti. (IBTL)'nin söz konusu malı İstanbul Ambarlı Limanı'na getirdiği; burada malın gemi aktarım ve ordino işlemlerinin Ünsped Global Lojistik Tic. A.Ş. (Ünsped) tarafından tamamlanmasının ardından, malların izin alınmaksızın IBTL tarafından Mas Taşımacılık ve Dağıtım Sistemleri A.Ş. (Mas Antrepo)'ye ait antrepolara konulduğu belirtilmiştir. Şikâyetçi, bu uygulamalar sonucunda aşırı fiyatlardan antrepo hizmeti almak zorunda

⁶⁷⁵Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2009-4-244 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-09/185-55

Karar Tarihi: 5.3.2009

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar2845.pdf>(29.6.2014)

bırakıldıklarını iddia etmektedir. Dosya konusu inceleme bakımından şikâyetin esas noktasını, taşımacılık işlemlerini gerçekleştiren firmalar ile antrepo hizmeti sunan firmalar arasında gerçekleştirildiği iddia edilen anlaşmanın aşırı fiyatlara yol açtığı iddiası oluşturmaktadır.

İlgili Ürün Pazarı

Dosya kapsamındaki firmaların kendilerine ait taşıma araçları olmadan benzer işlemleri gerçekleştirmeleri de göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarı “taşıma işleri organizatörlüğü pazarı” olarak tanımlanmıştır. Öte yandan şikâyet edilen konulardan bir diğeri ise, limanlara getirilen malların ithalatçı firmanın onayı alınmaksızın taşımacı firma ile anlaşmalı olduğu iddia edilen antrepolara taşınması ve bu hizmetler için aşırı fiyatlandırma yapılmasıdır. Dolayısıyla dosya kapsamında ele alınması gereken bir diğer pazar “antrepo hizmetleri pazarı”dır.

İlgili Coğrafi Pazar

Şikâyet konu uygulamanın ülke genelindeki tüm limanlarda gerçekleşebilme ihtimali göz önüne alındığında, taşıma işleri organizatörlüğü pazarı için coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiştir. Diğer taraftan, antrepo hizmetleri pazarı için, mevcut işlem açısından önemli olmadığından, coğrafi pazar tanımı yapılmamıştır⁶⁷⁶.

Gerekçe ve Hukuki Dayanak

Şikâyet konu olan IBTL ve Ünsped firmaları taşıma işleri organizatörü olarak faaliyet göstermektedirler. Taşıma işleri organizatörü firmalar, taşıma hizmetini bizzat gerçekleştirmemekte, hizmetin niteliğine göre bu hizmeti satın almakta veya acenteliklerini gerçekleştirdikleri firmalar aracılığıyla gerçekleştirmektedirler. Şikâyetin esasını, yurt içindeki alıcı firmaların ithalatı -malın taşıma işlemleri ve giderleri satıcı firmaya ait olan- CIF yoluyla yapmak istemeleri oluşturmaktadır. Olayda, yurt dışında bulunan satıcı taşıma işlemi için IBTL ile anlaşmış; IBTL ise Türkiye’deki acenteliğini Ünsped’in yapmış olduğu bir taşıyıcı firma ile malların Ambarlı Limanı’na getirilmesini sağlamıştır. Ordino işlemleri Ünsped tarafından gerçekleştirilen mal, IBTL tarafından gümrük ve aktarım işlemleri tamamlanana kadar anlaşmalı olduğu Mas Antrepoya ait antrepolara yerleştirilmiştir. Bu bağlamda, Ünsped’in sadece ordino işlemlerini gerçekleştirdiği, dolayısıyla

⁶⁷⁶ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2009-4-244 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-09/185-55 Karar Tarihi: 5.3.2009

şikâyetin esaslı unsurlarından olmayan bu uygulamanın inceleme kapsamında ele alınamayacağı anlaşılmıştır.

IBTL ve Mas Antrepo'ya ilişkin şikâyetler göz önüne alındığında ise, bu uygulamalara ilişkin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek iki temel iddia bulunduğu görülmektedir:

- i) Taşıma işleri organizasyonu hizmeti ile antrepo hizmeti arasında rekabet ihlali anlamında bir bağlama ilişkisi;
- ii) Hizmetlerin sunumunda aşırı fiyat uygulanması.

Literatürde bağlama anlaşmaları en genel anlamıyla satıcı konumundaki bir teşebbüsün, bir mal veya hizmetin satımını, alıcının başka bir mal veya hizmeti de alması koşuluna bağlayarak yaptığı anlaşmalardır. Bağlama anlaşmalarının en önemli sakıncası, bir pazarda yüksek pazar gücü veya başka yollarla hâkim durumda olan firmanın, bu gücünü diğer pazarlara genişleterek o pazardaki rekabeti engellemesi olarak bilinen “Kaldıraç Etkisi”dir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, rekabet hukukunda teşebbüsler arasında belirli mal veya hizmetlerin birlikte sunulmasını içeren her anlaşma bir rekabet ihlali olarak değerlendirilemez. Bağlama anlaşmalarının bir rekabet ihlali teşkil edebilmeleri için üç önemli koşulu sağlamaları gerekmektedir⁶⁷⁷. Bu koşullar şunlardır:

- (a) Bir ürünün alımını başka bir ürünün alımına bağlayan satış ya da anlaşmanın varlığı,
- (b) İki ayrı ürünün varlığı,
- (c) Bağlayan ürün pazarında, bağlanan ürün pazarındaki rekabeti hissedilir derecede sınırlandıracak ölçüde, ekonomik güce sahip olmak.

Öte yandan 4054 sayılı Kanun'da bağlama anlaşmaları hem teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların düzenlendiği 4. madde kapsamında, hem de hâkim durumun kötüye kullanılmasının düzenlendiği 6. madde kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla dosya kapsamındaki yurt içindeki alıcının, CIF yöntemi ile mal ithalatı gerçekleştirdiğinde, yurt dışındaki firmanın acente seçimine karışmadığı, taşımayı gerçekleştiren IBTL firmasının da gümrük

⁶⁷⁷ Rekabet Kurulunun deniz ulaştırmasındaki bağlama anlamalarına ilişkin diğer kararları; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-333 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 12-17/496-139 Karar Tarihi: 06.04.2012 (Eras A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-4-227, Karar Sayısı: 08-63/1042-402 Karar Tarihi: 12.11.2008 (Habaş A.Ş)

işlemlerinden sonra anlaşmalı olduğu antrepoya yükü aktarması nedeniyle bu antrepodan aşırı fiyatlarla hizmet almak durumunda kaldığı iddiasının bir bağlama anlaşması mahiyetinde olup olmadığı Kanun'un ilgili hükümleri ve yukarıdaki koşullar bakımından değerlendirilmiştir.

Esasen, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların örnekleyici olarak sıralandığı ikinci fıkrasının (f) bendinde bağlama anlaşmaları da kapsanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, her ne kadar bağlama anlaşmaları belirli bir pazar gücü ve kaldıraç etkisi temelinde ele alınsa da, mevzuat olan Roma Anlaşması'nın 81. maddesindeki benzer düzenleme ile birlikte düşünüldüğünde, bu hükmün asıl amacının, bir anlaşmanın yapılmasını anlaşma ile ticari teamül ve nitelik bakımından ilgisi bulunmayan yükümlülüklerin de karşı tarafça kabul edilmesine bağlanmasını engellemek olduğu açıktır.

Dosya konusu şikâyetle, taşımacılık ve antrepo hizmetlerinin birlikte sunulmasının ticari teamül ve nitelik bakımından ilgisi bulunmadığının iddia edilemeyeceği kanaatine varılmıştır. Öte yandan, inceleme kapsamında IBTL ile Mas Antrepo arasında akdedilen ve herhangi bir münhasırlık hükmü içermeyen sözleşme dikey bir ilişki çerçevesinde ele alınabilir⁶⁷⁸.

Diğer taraftan, günümüzde deniz yolu taşımacılığı büyük oranda konteynerlerle gerçekleştirilmektedir. Taşınan emtianın büyüklüğüne göre bir konteynerin içinde sadece bir alıcıya ait mal olabileceği gibi, birden fazla alıcıya ait malların bulunması (parsiyel taşımacılık) da söz konusu olabilmektedir. IBTL temsilcileri tarafından, taşıma işleri organizatörü firmaların, parsiyel taşımacılığın gerçekleştirildiği durumlarda, antreponun içinde bulunan her malı müşterinin istediği ayrı limana veya antrepoya teslim edecek şekilde gemiyi yönlendirme imkanlarının olmadığı, bu nedenle konteyner içindeki malı geminin geldiği limana bağlı olarak ya kendi antrepolarına ya da anlaşmalı oldukları antrepolara aktardıkları belirtilmiştir. Dolayısıyla, firmalar açısından operasyonel ve iktisadi anlamda maliyet avantajı yaratacak bu uygulamanın bağlama anlaşması çerçevesinde bir rekabet ihlali olarak nitelendirilemeyeceği, taraflar arasında hizmetin niteliğine veya bedeline ilişkin

⁶⁷⁸ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2009-4-244 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-09/185-55 Karar Tarihi: 5.3.2009

çıkacak anlaşmazlıkların ise özel hukuk veya idari düzenlemeler çerçevesinde ele alınması gerektiği neticesine varılmıştır. Nitekim, konuya ilişkin önaraştırma kararının alınmasının ardından 5.1.2009 tarihli Gümrük Müsteşarlığı İstanbul Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü tarafından yayımlanan düzenleme, genel hatları ile taşıma işleri organizatörleri firmalara, taşınan eşya üzerinde gerçekleştirecekleri tasarruflar için alıcının onayını alma zorunluluğunu getirmektedir.

Bağlama anlaşmaları, 4054 sayılı Kanun'un "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması"nı düzenleyen 6. maddesinin (c) bendinde de düzenlenmiştir. Bu maddede, hâkim durumdaki bir teşebbüsün bağlama uygulamasında bulunması ya da herhangi bir bağlama kaydı dayatmasının 6. madde anlamında ihlal oluşturacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Literatürde bağlama anlaşmalarına ilişkin "bağlayan ürüne ilişkin rekabeti hissedilir ölçüde etkileyecek ekonomik güç" ilkesi bu madde kapsamında açıkça "hâkim durum" olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, şikâyet kapsamında bağlayan ürün olan taşıma işleri organizasyonu hizmetleri pazarında, IBTL'nin hâkim durumda olup olmadığı incelenmiştir. Hâkim durum analizinde başkaca faktörler de göz önüne alınmakla birlikte, en önemli gösterge pazar payıdır. Fakat taşıma işleri organizatörlüğü ilgili ürün pazarında, pazar paylarını ortaya koyacak veriler mevcut değildir. Bununla birlikte, sektörde yaklaşık 3.000 teşebbüsün faaliyet gösterdiği, ciddi bir giriş engelinin olmadığı, pazar payları yapılan acentelik sözleşmelerine bağlı olduğu için pazar paylarının değişken bir yapı sergilediği görülmektedir.

IBTL'nin ve aynı iktisadi bütünlük içinde bulunduğu IBT Uluslararası Nakliyat ve Tic. Ltd. Şti. ile IBT Lojistik Uluslararası Nak. ve Dış Tic. Ltd. Şti'nin 2007 ve 2008 yılları için toplam ciroları incelendiğinde IBTL'nin veya aynı iktisadi bütünlük içinde bulunan firmaların hâkim durumda olmadıklarının kabul edilebileceği kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla hâkim durumda olmayan bir firmanın Kanun'un 6. maddesini ihlal etmesi mümkün değildir⁶⁷⁹.

Aşırı fiyat iddiaları ise sadece, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasını düzenleyen 6. maddesi çerçevesinde ele alınabilecek bir konudur. Bir başka ifade ile aşırı fiyat, hâkim durumun varlığı ve bunun sömürücü kötüye kullanımı hallerinde

⁶⁷⁹ Rekabet Kurulu Kararı; Dosya Sayısı: 2009-4-244 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 09-09/185-55 Karar Tarihi: 5.3.2009

4054 sayılı Kanun kapsamında bir rekabet ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Ancak, IBTL hâkim durumda olmadığından, aşırı fiyat iddiaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Sonuç

Düzenlenen rapora ve dosya kapsamına göre; dosya konusu iddialara ilişkin olarak Ünsped Global Lojistik Tic. A.Ş., IBTL Uluslararası Taşımacılık ve Dış Ticaret Ltd. Şti. ve Mas Taşımacılık ve Dağıtım Sistemleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

b. Karar 6: Densay A.Ş Kararı

(liman hizmet sözleşmesi, ticari teamül, acente, anlaşma)

Rekabet Kurulu, Liman A.Ş. ve Densay A.Ş.'nin aralarında anlaşma yaparak, Liman A.Ş.'nin işletmekte olduğu limana yanaşacak gemilerin acente seçimi konusunda özgürlüklerini kısıtlamak ve ilgili coğrafi pazarın bir bölümünde Densay A.Ş.'ni tekel konumuna getirmek amacı taşıdıklarına dair duyumlardan yola çıkarak söz konusu teşebbüsler hakkında resen soruşturma açmıştır⁶⁸⁰.

İlgili Ürün Pazarı:

İlgili ürün pazarı, rekabetin kısıtlandığı düşünülen 'gemi acentalığı hizmeti' pazarı olarak belirlenmiştir.

İlgili Coğrafi Pazar

Acentelik hizmeti niteliği itibariyle çalışılan bölgede uzmanlık gerektiren bir hizmettir. Acentenin gemilerin yanaşacağı limanları tanınması, bölgedeki resmi daireleri iyi bilmesi verilen hizmet açısından önem taşımaktadır. Bu bakımdan belirli bir coğrafyada daha önce acentelik hizmeti vermemiş olan bir teşebbüsün, o bölgede daha önce çalışmış bulunan acenteleri kolaylıkla ikame etmesi düşünülemez. Bu doğrultuda Nemrut Körfezi, bölgede ve İzmir'de ofisi bulunan belirli acentelerin uzmanlaştığı ve coğrafi anlamda ayırt edilebilir niteliklere sahip bir bölge olarak

⁶⁸⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139
Karar Tarihi: 16.5.2002
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar820.pdf>(25.6.2014)

görülmektedir. Bu nedenle incelemede esas alınan ilgili coğrafi pazar Nemrut Körfezi olarak değerlendirilmiştir

Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Liman A.Ş. , İzmir'in Aliağa ilçesindeki Nemrut Körfezi'nde iskelesi bulunan yedi teşebbüsten biridir ve "Çukurova Çelik Limanı" olarak bilinen iskelenin işletmecisi konumundadır. Teşebbüs, öncelikle hisselerinin yaklaşık %70'ini elinde bulunduran Çukurova Çelik Endüstrisi A.Ş.'ye ve yine hisselerinin bir kısmının sahibi bulunan Akçansa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye hizmet vermektedir

Densay A.Ş. , Liman A.Ş.'nin ana teşebbüsü olan Çukurova Çelik'in yüklerini taşıyan gemilere acentalık hizmeti veren tek teşebbüstür. Nitekim Densay A.Ş. , halen Nemrut Körfezi'nde Liman İşletmeleri ve Nakliyecilik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin işletmekte olduğu limana yanaşan tüm gemilere gemi acenteliği hizmeti sunabilen tek teşebbüs olarak bilinmektedir. Şirketlerin hazırun cetvellerinde yapılan incelemeler sonucunda Densay A.Ş.'nin Liman A.Ş. ile ekonomik bir birlik içinde bulunmadığı, bağımsız bir teşebbüs olduğu tespit edilmiştir⁶⁸¹.

Çukurova Limanı'nın işleticisi Liman A.Ş.'nin muhasebe kayıtlarının incelenmesi sonucunda limana yanaşan gemilerin 1999 yılından itibaren Densay A.Ş. dışında bir teşebbüsten gemi acenteliği hizmetini almadığı tespit edilmiştir. İncelemelerde, söz konusu teşebbüs ile limandan hizmet alan yük sahibi firmalar arasında, '*liman sözleşmesi*' adı verilen ve gemiye liman tarafından verilecek hizmetten doğan ilişkileri düzenleyen sözleşmelerin akdedildiği, bu sözleşmelerin "Diğer Şartlar" maddesinin (b1) bendinde: "Geminin acentası; Liman'ın acentası DENSAY DENİZCİLİK VE TİC. A.Ş. olacaktır", ifadesinin yer aldığı tespit edilmiştir. 1998 yılı sonuna kadar başka acentaların çalışabildiği Çukurova Limanı'nda bu tarihten sonra Densay A.Ş. dışında başka bir acentenin çalışmaması yalnızca liman sözleşmesindeki bu hükümden kaynaklanmamaktadır. Zira sözleşmelerden söz konusu bendin çıkarıldığı Ocak 2001'den sonra da bu durum değişmemiştir. Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği Yönetim Kurulu Başkanının Liman A.Ş.'ne gönderdiği yazısında: "...*M/V VILADIMIR FILKOV isimli gemi boş rıhtım bulamadığında Çukurova Limanı'na yanaşması söz konusu olmuş,*

⁶⁸¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139
Karar Tarihi: 16.5.2002

işletmenizce acenta değişikliği talebinde bulunulmuş, aksi halde geminin yanaşmasına müsaade edilmeyeceği yükün alıcısı Çebitaş'a bildirilmiştir. Geminin boş rıhtım için uzun süre acenta beklemesi gemiyi fuzulen demoraja sokacağından mecburen geminin acentalığı Densay A.Ş.'ne verilmiştir..." ifadeleri yer almaktadır. MTS Denizcilik ve Ticaret Ltd. Şirketi ortağının, Ticaret Odası'na gönderdiği şikâyet yazısında: "Daha önce tarafınıza bildirdiğimiz üzere Çukurova Limanı'ndaki acenta şartı uygulaması halen daha devam etmektedir. Bugün yaptıkları baskı sonucu M/V DUBAI GLORY isimli gemi de kendilerine devredilmek zorunda kalmıştır." denilmektedir. Yukarıda yer verilen yazılardan acenta seçiminin tavsiye değil zorlama olduğu ve rakip acentaların işlerini zorlaştırır hale geldiği görülmektedir.

Çukurova Çelik End. A.Ş.'nin yüklerinin taşınması ile ilgili olarak acente seçiminin, aynı ekonomik birlik içindeki Liman A.Ş. tarafından yapılması soruşturma kapsamında incelenen konulara dâhil değildir. Aynı ekonomik birlik içinde olduğu sürece, seçimi yapanın hangi firma olduğunun rekabet hukuku açısından bir önemi yoktur. Aykırılık teşkil eden, Liman A.Ş.'nin kendi ortakları olan Çukurova Çelik ve Akçansa dışındaki teşebbüslerin (üçüncü şahısların) çalışacağı acenteyi seçme özgürlüğüne müdahale etmesidir.

Geminin acentesinin kim olacağı hususu donatan ile yük sahibi arasında yapılan navlun sözleşmesinde belirlenmektedir. Limanın acenteyi yük sahibi ile akdettiği liman sözleşmesinde belirlemesi usulü ticari bir teamül olmadığı gibi işin gereğinden de kaynaklanmamaktadır⁶⁸².

Ekonominin farklı düzeylerindeki teşebbüsler olan liman ile yük sahibi arasında, girdi/çıktı ilişkisinin varlığına işaret eden "dikey" bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkiyi kuran liman sözleşmesi de rekabet hukukunda *dikey anlaşma* olarak sınıflandırılan anlaşmalara bir örnek oluşturmaktadır. Liman sözleşmesinde Densay A.Ş.'nin acente olarak belirlenmesi, rekabet hukukunda "bağlama" (tying) olarak tanımlanan ve bir mal veya hizmet ile birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması anlamına gelen ihlale bir örnektir.

⁶⁸² Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139 Karar Tarihi: 16.5.2002

Liman A.Ş. yük sahiplerine liman hizmeti olarak adlandırılabilir hizmetleri sunarken, bunu acentenin Densay A.Ş. olacağı şartına bağlamaktadır. Liman'ın yük sahibiyle imzaladığı anlaşmada güçlü taraf olması, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyebilmesine neden olmaktadır. Yük sahiplerinin donatanla yaptığı navlun sözleşmesinde, geminin kiralama süresi ve bu sürenin aşımı sonucunda gün başına ödenecek ceza miktarı (demoraj) da belirlenmektedir. Yüksek miktarlarda belirlenen demoraj ücretleri, yük sahiplerinin gecikmeler sonucunda önemli maddi zarar görmesine neden olmaktadır. Bu nedenle liman işletmesinin gemiyi kabul etmemesi, rıhtıma yanaşma izni vermekte veya yükleme/boşaltma işlemlerinde yavaş davranması, yük sahibi üzerinde doğrudan olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

Limanın yük sahibi ile olan ilişkisinde, yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı daha güçlü olması, liman sözleşmesinde yer alan hükümleri belirleme kudreti vermektedir. Sözleşmenin “Diğer Şartlar” maddesinin aşağıda verilen (c1) bendi de açıkça hükümlerin Liman A.Ş.’nin istediği biçimde belirlendiğini göstermektedir: *“Ancak malın boşaltılmasında (yüklemesinde) aşılacak sürenin içinde ‘Liman’ın kendi gemisi gelmesi halinde ‘Kiracı/Yük Sahibi’nin gemisi açığa alınacaktır. Boşaltma (yükleme) ‘Liman’ın gemisinin bitimini müteakip iskelede yanaştırılıp boşaltma (yükleme) tamamlanacaktır.”* Aynı maddenin (d) bendi ise: *“Geminin Liman’da hangi nedenle olursa olsun bir rıhtımdan başka bir rıhtıma yer değiştirmesi (shifting) için ‘Liman’ın talebi olursa derhal yerine getirilir. Ücret ‘Kiracı/Yük Sahibi’ne aittir.”* hükmünü getirmektedir.

Densay A.Ş.’nden memnun olduklarını, hem soruşturma heyetiyle yaptıkları görüşme sonucunda imzaladıkları bilgi tutanağında, hem de Densay A.Ş.’nin savunmasının ekinde yer alan yazılarında belirten yük sahiplerinin, Nemtaş Limanı’nda başka acentalarla çalışmaları söz konusu iddiayı desteklemektedir⁶⁸³.

Liman sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin uygulanması sonucunda ortaya çıkan soruşturma konusu davranışlar, esas olarak Liman A.Ş. ve Densay A.Ş. arasındaki anlaşmadan kaynaklanmaktadır. Liman A.Ş.’nin Nemrut Körfezi’ndeki yönetim binasında ve Densay A.Ş.’nin İstanbul’daki merkezinde yapılan yerinde incelemede bulunan belgelerden, iki teşebbüs arasında yazılı olmayan bir anlaşmanın

⁶⁸³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139 Karar Tarihi: 16.5.2002

bulunmasını sağlayan iletişim kanallarının mevcut olduğu görülmüştür. Bu belgelerden ilki Densay A.Ş.'nin acenta memurunun, Liman A.Ş.'nin Liman Şefine çektiği faks mesajıdır.

'Konu: Limanınıza gelen gemilerin koruma (protecting) acenteleri hk.

*Sayın.....Beyin geçmişte vermiş olduğu talimata istinaden limanınıza firmanız için yükleme ve boşaltma yapmak üzere gelen gemilerin koruma (protecting) acentelerinin **kesinlikle limana sokulmamalarını**, bu acenteler tarafından gemiye herhangi bir evrak bırakılmak istenildiğinde dahi fîmamıza ait acenta memurunun çağırılması hususunda gereği emir ve müsadelerinize arz ederiz.'*

Densay A.Ş.'ne, Liman A.Ş.'nin Nemrut Körfezindeki binasında, 1998 yılı Temmuz ayından itibaren üç yılı aşkın bir süre için, kendisine tahsis edilmiş olan ofiste faaliyet göstermesi de, aralarındaki anlaşmanın bir sonucu olarak değerlendirilmektedir⁶⁸⁴.

Gerekçe ve Kararın Hukuki Dayanağı

Rekabet Hukuku anlamında anlaşma, iki veya daha fazla tarafın aralarında pazardaki hareket tarzlarını belirleyecek ortak bir karar veya kararlar almalarıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4'üncü maddesinin uygulanmasında, anlaşmanın yazılı olması zorunlu değildir. Rekabet Hukukuna ait bir kavram olan anlaşmanın, hukuki yaptırımının olması veya Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşmenin özelliklerine sahip olması gerekmemektedir. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'da, yerleşmiş bir kavram olan "sözleşme" yerine "anlaşma" sözcüğü tercih edilmiştir. Taraflar arasında bir anlaşmanın varlığının kabulü için her ne sebepten olursa olsun tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri yeterlidir. Diğerlerinin çıkarlarını göz önünde bulundurma ve başkasına ekonomik, sosyal ve ahlaki baskıda bulunma güdüsü, anlaşmanın ortaya çıkması için aranan şartlardandır. Taraflar anlaşmaya uygun hareket etmişlerse, resmi rızalarını göstermelerine gerek bulunmamaktadır. Anlaşmanın bir diğer unsuru tarafların kendi ekonomik özgürlüklerini kısıtlamalarıdır. Söz edilen hukuki değerlendirmeler karşısında, Çukurova Limanı'nda tarafların son üç yıldır gösterdikleri ticari

⁶⁸⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139
Karar Tarihi: 16.5.2002

davranışlar Rekabet Hukuku çerçevesinde değerlendirildiğinde aşağıdaki tespitlere ulaşılmaktadır:

Liman A.Ş.'nin işlettiği Çukurova Limanı'na yanaşan gemilerin acentalık hizmetlerinin 1998 sonundan beri yalnızca Densay A.Ş. tarafından verilmesi, ilgili pazarın, rekabetin engellendiği piyasalara önemli ölçüde benzerlik göstermesine neden olmaktadır. Söz konusu tarihten sonra başka teşebbüsün giremediği piyasada, daha önce başka acentaların faaliyet gösterebiliyor olması, aynı körfezdeki komşu limanlarda ve hatta aynı limandaki diğer iskelede birçok başka acentanın aynı anda çalışıyor olması, bu durumun yapılan işin gereğinden kaynaklanmadığını göstermektedir. Buna ek olarak, gemisi Çukurova Limanı'na yanaşacağı zaman Densay A.Ş. ile çalışan yük sahipleri, komşu limanlarda başka acentaları tercih etmektedir. Dolayısıyla ilgili pazarın söz konusu bölümünde rekabet engellenmekte ve rekabetçi olmasında hiçbir hukuki ve ekonomik engel bulunmayan pazar, tekelci bir pazara dönüşmektedir.

Pazarda rekabetin engellenmesi, Liman A.Ş. ile Densay A.Ş. arasında, limana yanaşan gemilerin acentasının Densay A.Ş. olması, başka bir acentayla çalışmakta ısrar eden gemilerinse limana yanaştırılmaması konusundaki bir anlaşma sonucunda gerçekleştirilmektedir. Elde edilen bilgi ve belgeler söz konusu anlaşmanın, Densay A.Ş.'nin Çukurova Limanı'nda Liman A.Ş.'ne ait binada ofis açarak faaliyete başladığı 1998 yılında yapılmış olduğunu, aynı yılın Aralık ayından itibaren de anlaşmanın rekabeti engelleyici etkisinin pazarda görüldüğünü açıkça ortaya koymaktadır. Tarafların ofislerinin aynı binada olması, ticari kararları beraber alırken, tarafların ilk iradelerine sadık kalmalarını teminen ayrıca bir yazılı anlaşma yapmalarına gerek bırakmamaktadır. Kaldı ki Densay A.Ş.'nden, Liman A.Ş.'ne çekilen ve Çukurova Demirçelik End. A.Ş. Genel Müdürü'nün talimatını liman yetkililerine hatırlatan faks mesajı, taraflar arasında ticari kararların alınmasında bir koordinasyon olduğunu açıkça göstermekte ve böyle bir anlaşmanın varlığına ilişkin diğer bir delil oluşturmaktadır⁶⁸⁵.

Pazarda meydana gelen iki ayrı ilişkinin rekabetin engellenmesine neden olduğu tespit edilmiştir. Bunlardan ilki yukarıda bahsedilen Liman A.Ş. ile Densay

⁶⁸⁵ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139
Karar Tarihi: 16.5.2002

A.Ş. arasındaki anlaşma, ikincisi ise Liman A.Ş. ile yük sahipleri arasındaki liman sözleşmeleridir. Liman sözleşmelerinde, limana yanaşacak gemilerin acentalarının Densay A.Ş. olmasını şart koşturmak suretiyle Liman A.Ş.’nin, anlaşmanın bir tarafı olarak kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmekte olduğu görülmektedir. Sözleşmelerde geçen “Geminin acentası; Liman’ın acentası DENSAY DENİZCİLİK VE TİC. A.Ş. olacaktır” hükmü Densay A.Ş. ile Liman A.Ş. arasındaki anlaşmanın yazılı göstergelerinden biridir.

Densay A.Ş. ile Liman A.Ş.’nin ana teşebbüsü olan Çukurova Çelik fabrikası arasındaki, fabrikanın yüklerini taşıyan gemilerin acentalığının Densay A.Ş. tarafından yapılmasına ilişkin, varlığı taraflarca da reddedilmeyen ve rekabeti engellediği düşünölmeyen anlaşmanın, üçüncü şahısların yüklerini taşıyan gemileri de kapsayacak şekilde genişletilerek uygulandığı görölmektedir.

Limanda üç yıla yakın bir süredir Densay A.Ş. dışında bir acentenin faaliyet gösterememesi, 2001 başında liman sözleşmelerinden acentanın Densay A.Ş. olacağına dair hükmün çıkarılmasına rağmen piyasadaki durumda bir değışiklik olmaması da, tarafların kendilerini anlaşmayla bağılı hissettiklerini göstermektedir. Yukarıda, rekabet kuralları uygulanırken, teşebbüsler arasında var olan ve rekabeti kısıtlayıcı işbirliği durumlarının bir çeşidi olan anlaşmaların yazılı olmasının gerekmediğı, sözleşme gibi şekil şartına bağılı olmadığı belirtilmişti. Soruşturma konusu anlaşmanın taraflarının Kanun’un 3 üncü maddesi anlamında teşebbüs olmaları, tarafların kendilerini anlaşmayla bağılı hissetmeleri ve ticari kararlarını birlikte almaları sonucunda, rekabet hukuku uygulamasında anlaşma sayılmanın koşullarının yerine geldiğı görölmektedir⁶⁸⁶.

Bir anlaşmanın Rekabet Kanunu’nun 4 üncü maddesi uyarınca hukuka aykırı ve yasak sayılması için rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması veya bu etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Liman A.Ş. ile Densay A.Ş. arasındaki anlaşmanın rekabeti engellemek dışında makul hiçbir amacının olamayacağı ve piyasadaki etkisinin de rekabeti tamamen ortadan kaldırmak şeklinde göröldüğü yukarıdaki bölümlerde açıkça gösterilmiştir.

⁶⁸⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139 Karar Tarihi: 16.5.2002

Densay A.Ş. ile Liman A.Ş. arasındaki anlaşmanın bir sonucu olarak liman sözleşmelerine Densay A.Ş. ile ilgili hükmün eklenmesi ve takip eden uygulamaların, rekabeti asıl olarak gemi acenteliği pazarında bozduğu, Çukurova Limanı'nın Densay A.Ş. dışındaki acentalara kapatıldığı tespit edilmiştir. Liman A.Ş. ile yük sahipleri arasındaki “dikey ilişki”yi kuran liman sözleşmesinde, Densay A.Ş.’nin acente olarak belirlenmesi, rekabet hukukunda “bağlama” (tying) olarak tanımlanan ve bir mal veya hizmet ile birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması anlamına gelen ihlale bir örnektir. Gemi acentalarının limana değil, donatana ve/veya yük sahibine hizmet verdiği ve ücretinin bunlar tarafından ödendiği hususu göz ardı edilerek, soruşturma konusu anlaşma sonucunda yük sahibi ve donatanların çalışacakları acenteyi seçme özgürlüğü ellerinden alınmaktadır.

Sonuç

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 üncü maddesini ihlal ettikleri açıktır. Bu nedenle aynı Kanun’un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerekmektedir⁶⁸⁷.

5. Liman İşletmeciliğindeki Hâkim Durumunu Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

a. Karar 8: Ege Port Kararı

(Kuşadası Limanı, limanlar arası hâkim durumun tespiti, ayrımcı uygulamalar)

Şikâyet dilekçesinde, Kuşadası Limanının işleticisi olan Ege Ports’un ortakları arasında, uluslararası kruvaziyer taşımacılığı yapan Royal Caribbean Cruises Ltd. (RCC)’nin bulunması dolayısıyla, kruvaziyer taşımacılığı yapan diğer şirketler aleyhine, yine Ege Ports’un ortakları arasında seyahat/gemi acenteliği yapan şirketlerin olması sebebiyle, diğer seyahat acenteleri aleyhine ve Ege Ports’un

⁶⁸⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: S.R./01-9 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-29/339-139 Karar Tarihi: 16.5.2002

turistlere hediyeelik eşya, halı, deri, kuyum vs. satan anlaşmalı işyerleri bulunduğundan diğer esnafa karşı, haksız rekabet koşulları yaratıldığı ve Ege Ports'un 2003 yılı turizm sezonu ortasından (12.9.2003) geçerli olmak üzere fiyatlarını % 35-40 oranında artırarak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmektedir⁶⁸⁸.

İlgili Ürün Pazarı

Önaraştırma konusu şikâyetler, Ege Ports'un faaliyetleri ve Limanın hizmet verdiği kruvaziyer turizminin özellikleri dikkate alınarak ilgili ürün pazarı, "liman hizmetleri pazarı" olarak belirlenmiştir.

İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar, "Kuşadası ve hinterlandına hitap eden limanların bulunduğu coğrafi bölge" olarak tespit edilmiştir.

Gerekçe ve Hukuki Dayanak

Önaraştırmanın konusu, 7.7.2003 tarihinde Kuşadası Limanı'nın işletmeciliğini Türkiye Denizcilik İşletmeleri (TDİ)'den devralan Ege Ports'un,

- Liman hizmetleri için aşırı yüksek tarife uygulayarak,
- Yolcular, kruvaziyer şirketler veya acenteler arasında ayırmacılık yaparak,
- Turistlere hediyeelik eşya, halı, deri, kuyum vs. satan anlaşmalı işyerleri bulunduğundan diğer tüm işyerleri aleyhine rekabeti kısıtlayarak, hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkindir.

Yukarıda yer alan ikinci ve üçüncü önaraştırma konuları, Kanun'un 6. maddesinin sırasıyla "Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması" şeklindeki (b) bendi ile "Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler" şeklindeki (d) bendi kapsamında değerlendirilebilecektir. Kanun'un 6. maddesinde örnek olarak sıralanan kötüye kullanma halleri arasında yer almayan aşırı fiyata ilişkin birinci önaraştırma konusu ise rekabet hukukunun kartelleşme ve tekelleşmelerin yarattığı

⁶⁸⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar802.pdf>(20.6.2014)

sorunların ortadan kaldırılması ve özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması amacına hizmet ettiği göz önüne alındığında, anılan maddenin yukarıda belirtilen genel hükmü kapsamında ele alınabilmektedir.

İlgili Mevzuat Çerçevesinde Teşebbüsün Fiyat Belirleme Yetkisine

Yönelik Değerlendirme

Hâkim durum değerlendirmesine geçmeden önce, gerek Ege Ports'un 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki teşebbüs tanımı kapsamında, bağımsız karar verebilme yetkisine sahip olduğunun değerlendirilmesinde, gerekse rekabet hukuku bakımından aşırı fiyat iddiasına yönelik olarak teşebbüsün sorumluluğunu belirlemede, önemli bir kriter olan, teşebbüsün kendi fiyatlarını belirleyebilme özgürlüğüne sahip olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

ÖİB ile imzalanan devir sözleşmesi ile Ege Ports'a kendi tarifelerini belirleme yetkisi verilmiştir. Ulaştırma Bakanlığı ile yapılan görüşmeler neticesinde de, Ege Ports'un tarife belirleme inisiyatifine büyük ölçüde sahip bir teşebbüs olduğu ve hâkim durumda olması halinde rekabet hukuku bakımından belirlediği tarifelerin aşırı fiyata yol açmasından doğacak sorumluluğun da kendisinde olacağı kanaatine varılmıştır.

Ege Ports'un Hâkim Durumda Olup Olmadığına Yönelik Değerlendirme

Dosya bakımından, Ege Ports'un hâkim durumda olup olmadığının tespiti için öncelikle ilgili pazarın yapısı ve bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarına bakmak gerekmektedir. Kuşadası Limanı'nın görece avantajları ve ayrıca bu limana alternatif olabilecek İzmir Limanı'na Ege Ports'un tarife değişikliğine gittiği Eylül 2003 öncesinde, Kuşadası Limanı ile aynı tarifeleri uygulamasına rağmen herhangi bir kruvaziyer geminin gelmediği dikkate alındığında, Kuşadası Limanı'nın ilgili pazarda mutlak tercih edilen liman olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁸⁹.

Kuşadası Limanı ancak fiyatlarını yükselttiği Eylül 2003 tarihinden sonra gemi kaybetmeye başlamıştır. Kuşadası Limanında fiyatlar yükselirken % 50'lere varan indirimler getiren 1.8.2003 tarihli Bakanlık tarifelerini uygulayan İzmir Limanı'nın tarifeleri, Kuşadası Limanı'na kıyasla oldukça düşük düzeylerde kalmıştır. Bu nedenle Eylül 2003'ten sonra, Kuşadası'nın önemli müşterilerinden

⁶⁸⁹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004

olan Costa Cruises firması (Costa'nın acentesi olan Cerrahgil'in limanınmüsterileri arasında pazar payı yaklaşık %'dir.) da İzmir Limanı'na yönelmiştir.

Diğer taraftan ilgili pazardaki pazar paylarına bakıldığında, Ege Ports'un 2003 yılına kadar %, 2003 yılı için %, Ege Ports'un projeksiyonlarına ve bazı kruvaziyer şirketlerinin İzmir Limanı'nda yaptırdıkları rezervasyonlar doğrultusundaki öngörülerine göre ise 2004 yılında %'dir. Bu çerçevede, tarifelerinin oldukça yüksek olduğu iddialarına rağmen, Ege Ports'un Pazar payının hala % civarında olduğu görülmektedir.

Giriş engelleri bakımından ise, gerek Kuşadası'na ikinci bir liman yapılmasının fiziki zorluğu, gerekse aynı limana ikinci bir teşebbüsün girmesinin özellikle römorkaj hizmetlerindeki ölçek ekonomileri açısından rasyonel olmaması, ayrıca kılavuzluk ve römorkaj gibi hizmetler için Denizcilik Müsteşarlığı'ndan izin alınması gibi hususlar, ilgili pazara yeni girişleri oldukça zorlaştırmaktadır. Bununla beraber, Ege Ports'da bir süre görev yapmış olan bir yetkili tarafından hazırlanan raporda, kruvaziyer turizmine yönelik yatırımları dolayısıyla ileride Çeşme'nin Kuşadası'na alternatif bir kruvaziyer limanı olacağı yönünde ifadeler yer almaktadır. Dolayısıyla ilgili pazarda potansiyel rekabetin olmadığını belirtmek de mümkün görünmemektedir. Ege Ports'un ikamesi olmayan bir limanı işlettiğine dair çeşitli belgelerde rastlanan ifadeler de, bu teşebbüsün hâkim durumda olduğunu destekler niteliktedir. Diğer taraftan, yine Ege Ports'un hâkim durumda olmasını destekler nitelikte, ilgili pazarda liman hizmetlerinden yararlanan gemilerin fiyat tarifelerindeki değişikliklerden ziyade, o bölgedeki doğal afetlere veya güvenlik problemlerine duyarlı olduklarını belirten belgeler de bulunmaktadır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde, Ege Ports'un müşterilerinden bağımsız davranmasını sağlayacak ekonomik güce sahip hakim durumda bir teşebbüs olduğu kanaatine varılmıştır⁶⁹⁰.

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Aşırı Fiyatlama

Ege Ports'un liman hizmetlerinin sağlanmasında müşterilere uyguladığı tarifelerin aşırı fiyatlama veya tekel karları içerip içermediğinin anlaşılması için iki

⁶⁹⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004

açından inceleme yapılmıştır. Bunlardan ilki, fiyat-maliyet analizi, diğeri ise benzer hizmetler sunan işletmelerin uygulamış oldukları tarifelerle kıyaslamalardır. Bu incelemeler ışığında, alınan ücretlere bakıldığında, Barselona ve Venedik'ten sonra en pahalı limanın Ege Ports tarafından işletilen Kuşadası Limanı olduğu görülmektedir. Tarifelerin yüksek olması daha önce bahsedildiği gibi, işletmenin aşırı karlar elde ettiği anlamına gelmemekte; yüksek tarifelerin ana nedenini, kira ve faaliyet giderlerinin yüksek olması oluşturmaktadır. Bu nedenlerle Ege Ports'un esas faaliyetlerinden elde etmiş olduğu yaklaşık % civarındaki kar oranının müşterilerin haksız olarak sömürülmesi sonucunu doğuran aşırı tekel karları olmadığı ve dolayısıyla liman hizmet tarifelerine ilişkin bu uygulamaların, aşırı fiyat uygulanmasını yasaklayan 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı nitelikler taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Müşteriler Arasında Ayrımcılık Yapılması

Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması bir kötüye kullanma eylemidir. Hâkim durumdaki bir veya birden fazla teşebbüsün böyle bir usulle, kendisiyle iş yapan teşebbüslerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale düşürmesi, Kanun'un yasakladığı bir davranıştır⁶⁹¹. Aşağıda bu hususlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Liman işletmesinden hizmet alan başlıca üç tür müşteri bulunmaktadır: deniz yolunu kullanan yolcular, yolcu gemileri (krvaziyer gemiler) ve Samos, Patmos adaları–Kuşadası arasında yolcu taşıyan yolcu motorları ile feribotlarıdır. Yerinde incelemelerde Ege Ports tarafından her bir kesime, aldıkları hizmet karşılığında farklı tarifeler uygulandığı görülmüştür. Ege Ports'un çeşitli müşteri türlerine farklı uygulama yapmasına ilişkin olarak öncelikle bunlar arasında sağlanan hizmetler bakımından farklılık olup olmadığına; ayrımcı tarifeler vasıtasıyla müşteriler arasındaki rekabetin bozulup bozulmadığına bakmak gerekir. Öte yandan farklı

⁶⁹¹ Rekabet Kurulunun liman hizmetlerindeki ayrımcı uygulamalara ilişkin benzer kararları; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2010-4-257 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 11-04/ 55-20 Karar Tarihi: 19.01.2011(Nemport A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2011-4-165 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 11-53/1358-483 Karar Tarihi: 18.10.2011(Antalya Liman A.Ş)
Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı:2014-4-37, (Önaraştırma), Karar Sayısı:14-28/572-251 Karar Tarihi: 13.08.2014 (Gemlik Liman A.Ş)

müşteri grupları arasında mümkün olabilecek bir ayrımcılığı incelemenin yanı sıra aynı kesimde yer alan müşteriler arasında da biri lehine diğeri aleyhine farklı uygulamaların bulunup bulunmadığının tespiti de gerekmektedir. Yasaya aykırı durum, sadece farklı durumlardaki müşterilere aynı; aynı durumdaki müşterilere farklı satış şartlarının uygulanması halinde ortaya çıkabilmektedir.

Limana yanaşan bir yolcu motorunun (500 GRT'nın altı) liman işletmesinden kılavuzluk, römorkör, katı ve sıvı atık hizmeti gibi hizmetleri alması söz konusu değildir. Limandan sadece barınma hizmetleri almaktadır. Yolcu motorları, limanda günlük barınma için 20-35 ABD Doları öderken yolcu gemileri, büyüklüklerine ve aldıkları hizmetlere göre 10.000 – 25.000 Dolar ödemektedirler. Bu bakımdan alınan hizmete göre bir ücret ödenmekte ve verilmeyen hizmetin de bedeli alınmamaktadır. Bu çerçevede ayrımcı bir uygulama söz konusu değildir⁶⁹².

2004 yılı için kruvaziyer gemilerine de verilen hizmetler karşılığı üç basamaklı bir indirim sistemi uygulanması planlanmaktadır. Bu indirimler, yolcu motorlarına ya da feribotlara uygulanmamaktadır. Bunun temel nedeni, yolcu motorlarının sadece barınma hizmeti karşılığı günlük 20-35 ABD Doları tutarında hizmet almasıdır. Uygulanan indirim sisteminde limana daha çok uğrak yapan gemiler, uygulanan tarifelerden daha çok indirim kalemi elde etmektedirler. Bu uygulamalarda indirim kazanan gemi ile indirim alamayan gemi arasında rekabet açısından bir haksızlığın varlığının düşünülmesi mümkündür. Ancak gemilerin Liman İşletmesi karşısında eşit konumda olup olmamaları önem taşımaktadır.

Ege Port ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı arasında imzalanan 30 yıllık işletme haklarının devri sözleşmesi vasıtasıyla liman işletmesini devralan şirket, yüksek oranda sabit maliyetlere katlanmaktadır (liman kira gideri ve personel giderleri, toplam yaklaşık ... ABD Doları). Sunulan her bir hizmet için sabit maliyetlerin yüksek olması, değişken maliyetlerin az olması nedeniyle limana gelen gemi sayısının maksimize edilmesi bir gereklilik arz etmekte; bu durum da her bir gemi için daha az bedelle hizmet alınabilmesi sonucunu getirmektedir. Uygulanan indirim sisteminin işletme ve genel iktisadi ilkeler bakımından makul, rasyonel ve objektif bir uygulama olduğu ve iktisadi rasyonalitesinin bulunması sebebiyle de

⁶⁹² Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004

Kanun'un 6. maddesinde belirtilen hukuka aykırılık niteliklerini taşımadığı kanaatine varılmıştır.

Ayrımcılıkla ilgili ileri sürülen diğer husus kruvaziyer gemi yolcularıyla Samos-Patmos-Kuşadası arası çalışan feribot ve motorlu tekne yolcuları arasında liman harcı olarak alınan harçların farklı olmasıdır. Her iki kesim yolcular arasında farklı uygulamaların ayrımcılık olup olmadığını açıklığa kavuşturmak için yolcular için yapılan hizmetler ve maliyetlerine bakmak gerekmektedir. Ege Ports'tan edinilen bilgiler çerçevesinde, feribot yolcuları ile kruvaziyer yolcularından liman harcı olarak alınan ücretler arasındaki 3,5 ABD Doları tutarındaki fark, müşteri profillerinin farklı olması ve feribot yolcuları için (güvenlik hizmetleri, terminal hizmetleri, yolcu salonu hizmetleri) sunulan hizmetlerin fazla olmasından ve katlanılan maliyetlerin yüksekliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla uygulanan farklı tarifeler vasıtasıyla ayrımcılık yapıldığı iddiasına katılmak mümkün bulunmamaktadır⁶⁹³.

İkinci ayrımcılık iddiası, Ege Ports'un ortakları arasında yer alan Marvel Investment S.A. (Marvel)'nın Türkiye temsilciliğini ve Ege Ports yönetim kurulu üyeliğini Marvel adına yürüten... 'in ve aynı zamanda isimli gemi acenteliği ve turizm iştiraklerinin de olması ve liman işletmesinde de karar merciinde aktif rol alması sebebiyle kendi iştirakleri lehine uygulamalara gideceği iddiasıdır. Şirket merkezinde ve gemi acenteleri nezdinde raportörlerce yürütülen yerinde incelemelerde bu iddiayı destekleyen veya doğrulayan bilgi ve belgelere ulaşılamamıştır. Ancak Marvel temsilcisinin Ege Ports yönetiminin bilgisi dışında, bulunduğu pozisyonu kullanarak sahibi olduğu ve isimleri yukarıda anılan teşebbüsler lehine bu tür girişimlerde bulunduğu; ancak Ege Ports Yönetim Kurulunun bu durumdan haberdar olması neticesinde söz konusu girişimleri engellediği anlaşılmıştır. Ege Ports'un yayınladığı Eylül Bülteni'nde de bu iddialara yönelik olarak "Bu konuda gerçek dışı iddialar yer almakta. Ege Ports bir yolcu limanı işletiyor. Gemi acentası değil. Ege Ports, tüm acentalara ve kumpanyalara standart hizmet vermektedir." denilmektedir.

⁶⁹³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004

Bir Pazardaki Hâkim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

Bu konuya ilişkin iddiada, Ege Ports'un turistlere hediyelik eşya, halı, deri ve altın-gümüş satan işyerlerinin bir kısmıyla belirli bir komisyon karşılığında, turistleri onlara yönlendirme hususunda anlaşma sağladığı; bu anlaşmaların diğer mağazalar aleyhine rekabeti engellediği öne sürülmektedir. Yapılan incelemelerde Liman İşletmesinin bu yönde herhangi bir faaliyetine rastlanılmamış; bununla birlikte bu uygulamaların gemi sahibi ya da kara turizmi yapan seyahat acenteleri tarafından alışverişte turistlere güven sağlamak için "tavsiye edilen mağazalar" olarak organize edildiği, acentelerde yapılan görüşmeler neticesinde anlaşılmıştır. Sonuç olarak Ege Ports'un öne sürülen bu iddia ile doğrudan bir ilgisinin olmadığı; şikâyetin Ege Ports'un ortaklarından RCCL'nin uluslararası kruvaziyer işleticisi olarak doğrudan yürüttüğü organizasyonların bir sonucu olarak yapıldığı; ancak 2003 yılı içerisinde RCCL'in herhangi bir gemi getirmemiş olması sebebiyle şikâyetin geçerli bir dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmıştır.

Sonuç

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre;

- Ege Liman İşletmeleri A.Ş.'nin, ilgili coğrafyadaki liman işletme hizmetlerinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından hâkim durumda olduğu;
- 2003 bilanço dönemini zararla kapattığı ve dolayısıyla aşırı karların söz konusu olmadığı.
- Farklı müşterilere farklı tarifeler uyguladığı, ancak aynı müşteriler arasında ayrımcılık yapmadığı,
- Turistik eşya, deri ürünleri ve altın-gümüş satan mağazalarla herhangi bir anlaşma içine girmediği ve dolayısıyla liman işletmeciliğindeki hâkim durumunu başka bir pazarda kötüye kullanmadığı, tespit edilerek, soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-187 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 04-22/233-49, Karar Tarihi: 25.3.2004

F. Rekabet Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi

Rekabet Kurulu genel olarak, Avrupa Birliği uygulaması paralelinde eskiye oranla kararlarında daha fazla iktisadi delil ve analizlere yer vermiş ve kararlarını mümkün olduğunca ayrıntılı ve uzun bir şekilde gerekçelendirmiştir. Ancak kurulun denizcilik sektöründe, zorunlu unsura doktrinine ilişkin kararları incelendiğinde Avrupa Birliği uygulamasında farklı nitelikte kararlar verdiği görülmektedir.

Kurul Eken kararında feribot iskelelerinin yeniden yapılmasının hukuki ve ekonomik olarak imkânsız olmadığını belirterek, iskelelerin zorunlu unsur olmadığını belirtmiştir. Söz konu olayda Türkiye Denizcilik İşletmeleri ilgi pazar olan, İzmit Körfesinin kuzey ve güney kıyısı arasında, feribotla taşıt ve yolcu taşıma hizmeti pazarında tekel konumdadır, ayrıca feribot yanaşma yerleride bu şirket tarafından işletilmektedir. Böyle dikey bütünleşik yapı içerisinde yer alan şirket, hiçbir haklı gerekçe göstermeden, feribot taşımacılığı yapmak isteyen başvurunun iskelelerden yararlanma talebini reddetmiştir. Avrupa Birliği uygulamasında bu olayla aynı mahiyette Holyhead I, II ve Rodby kararları mevcuttur. Söz konusu kararlarda komisyon, dikey bütünleşik yapı içerisinde yer alan liman işletmecilerinin, feribot hizmeti pazarında rakibi olan şirketlerin, limana erişme taleplerini reddetmesini, anlaşmanın 86. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Söz konusu Rekabet Kurul kararı, asıl hedefi piyasada rekabetin kurulması ve korunması olan yasanın amacına da aykırılık teşkil etmektedir.

Ambarlı Limanı kararında ise kurul ilgili coğrafi pazarı Ambarlı Limanı olarak değil, Marmara bölgesi olarak ele almıştır. Ancak ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde alternatif liman olarak gösterilen Tekirdağ Limanı'nda rekabet şartları farklılık arz etmektedir. Çünkü Tekirdağ limanının başvuru tarafından kullanılması taşıma maliyetlerinin artmasına ve zaman kaybına neden olabilecektir. Zira Komisyonun birçok kararında da zorunlu unsur kabul edilen tesis/alt yapı tek başına bir pazar olarak değerlendirilmiştir. Holyhead II kararında, Holyhead limanının en yakın mesafede olan Liverpool limanını süreyi uzatması açısından alternatif liman olarak değerlendirmemiştir. Diğer yandan Ambarlı Limanı içinde yer alan limanların önceliği kendi yüklerini taşıyan gemilere vermesini, ticari hayatın normal akışı olarak değerlendirmek rekabet kuralları ile de bağdaşmamaktadır. Ayrıca Türkiyede

ve dünyada en az konteyner taşımacılığı kadar genel kargo ve dökme yük taşımacılığı da önemini korumaktadır. Bu nedenle daha karlı olması sebebiyle konteyner taşımacılığına yönelinmesi bu yükler lehine hizmet ayrımcılığı yapılmasını gerektirmemektedir.

Önemi sebebiyle çalışmaya eklediğimiz Densay A.Ş kararı ile ilgili olarak, soruşturma konusu olaya 6. maddenin mi yoksa 4. maddenin mi uygulanması hususunda tereddüt yaşanabilir. Bu bağlamda Liman A.Ş'nin Çukurova Limanının işletmecisi olması sebebiyle hâkim durumda olması ve bu durumunu kullanarak tek taraflı eylemi ile yük sahiplerini belirlediği acenteye çalışmaya zorlaması, olaya RKHK m.6'nın uygulanması gerektiği izlenimini vermektedir. Ancak Liman A.Ş ile Densay A.Ş, arasında hukuki ve ekonomik bütünlük söz konusu değildir. Diğer taraftan Liman A.Ş'nin, yük sahiplerini Densay A.Ş ile çalışmaya zorlaması, ne rakiplerine karşı bir etki taşımakta ne de pazardaki hâkim durumunu daha da sağlamlaştırmaktadır. Bu durumu, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki bir anlaşma yoluyla başvuru olan bir bağlama uygulaması olarak değerlendirmek ve böyle bir anlaşmayı rasyonel kılan olasılığın ise tarafların ilgili pazardaki rantı birlikte paylaşma amacı olduğu şeklinde ifade etmek mümkündür.

Diğе taraftan liman özelleştirmeleri neticesinde Rekabet Kuruluna yapılan başvuruların önemli bir kısmını, liman hizmetlerinden (barınma, yazıhane tahsisi, lojistik hizmetler...) yararlanma konusundaki taleplerin reddi ile liman lojistik hizmetlerinin, liman işletmecileri tarafından belirli şirketlere verildiği yönündeki şikâyetler oluşturmaktadır. Bu şikâyetlere ilişkin olarak Antalya Limanı ve Gemlik Limanına ilişkin kurul kararına çalışmada yer verilmiştir. Limanlara ilişkin bu tür şikâyetlerde kurul, liman işletmecilerinin iş sağlığı ve güvenliği, limanın genel güvenliği, ulusal ve uluslararası mevzuata uygunluk ve hizmet kalitesine ilişkin savunmalarını haklı neden olarak kabul ettiği görülmektedir.

Limanlara ilişkin, 6. madde kapsamında yapılan başvuruların bir bölümünü, liman işletmecilerinin, liman hizmetlerine aşırı fiyat uyguladığı yönündeki şikâyetler oluşturmaktadır. Rekabet Kurumu'nun bu tür başvurularda, tarifelerin aşırı fiyatlama veya tekel karları içerip içermediğinin anlaşılması için, fiyat üzerinde iki açıdan inceleme yaptığı görülmektedir. Bunlardan ilki fiyat- maliyet analizi, diğeri ise fiyatların, benzer hizmetler sunan işletmelerin uygulamış olduğu tarifelerle

kıyaslanmasıdır. Kurul birçok kararında, tarifelerin yüksek olmasının ana nedenini, yüksek orandaki sabit maliyetler (Özelleştirme İdaresi ile uzun süreli yapılan devir sözleşmesinden kaynaklanan) ve büyük meblağlara ulaşan liman yatırımları (liman etkinliğini ve verimini artırma, işi geliştirme adına yapılan) teşkil ediyor ise, bunların karşılığının alınması adına, tarifelerin artırılmasının doğal olduğunu belirtmiştir. Mevcut fiyat düzeyine müdahalenin yaratacağı olası zararın, kısa dönemli fiyat düşüşleri ile sağlanacak faydayla telafi edilemeyeceği ve bu sebeple içinde bulunulan zaman zarfında, anılan pazarda geçerli fiyat düzeyine müdahaleden açılmasının daha uygun bir yaklaşım olduğunu benimsemiştir.

SONUÇ

Türkiye'nin dış ticaret hacminin artışına paralel olarak, denizcilik sektörü de gelişmiştir. Aynı şekilde limanların özelleştirilmesi ve uluslararası taşımalarda önemli bir aktarma merkezi olmasıyla birlikte, limancılık hizmetlerinde de önemli gelişmeler yaşanmıştır. Denizcilik sektöründeki bu gelişmeler zaman içinde bir takım rekabet hukuku sorunlarını da beraberinde getirmiştir.

Öte yandan, denizcilik sektörünün gerek kendine has yapısı, gerekse bünyesinde birçok yabancı unsuru ve farklı hizmet türlerini barındırması nedeniyle, bu sektörde rekabet daha şiddetli görüldüğü gibi, rekabetin yıkıcı etkileri de daha büyük olmaktadır.

Rekabet hukuku açısından teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışları açısından üç farklı olasılık söz konusudur. Bunlar hâkim durumun rekabet karşıtı davranışlar ile kötüye kullanılması, teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile piyasada hâkim durum yaratacak şekilde birleşme ve devralmalardır.

Çalışmamızda konu sınırlamasına gidilerek, deniz ulaştırmasında görülen rekabet ihlallerinden sadece hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki davranışlar incelenmiştir. Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ihlal türleri RKHK'nin altıncı maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımı yapılmaktan kaçınılmış ve hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek haller örnekseyici bir şekilde sayılmıştır.

Rekabet Hukuku, hukuki düzenlemeler yanında yoğun olarak iktisadi analizlerin de kullanıldığı bir hukuk alanıdır. Özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması yasağına ilişkin RKHK 6. madde hükmünde gerek hâkim durumun tespiti gerekse hâkim durumun kötüye kullanılmasında bu delillere ve analizlere daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlamda deniz ulaştırmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, Kurul kararlarında eskiye oranla daha çok iktisadi analize yer verildiği ve kararlarında daha ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirildiği söylenebilir. Bu durum bu alandaki hukuki gelişmeler açısından olumlu bir gelişmedir.

Bununla birlikte, iktisadi delil ve analizlerin oldukça karmaşık ve teknik yapısı ve bunların yargı mercilerine somut ve anlaşılır bir şekilde aktarılamamasının,

yargısal denetim sürecinde çeşitli sorunlara ve bu anlamda yargı sürecinin de uzamasına neden olduğu görülmüştür. Öte yandan, RKHK’de 2012 yılında yapılan değişiklikle, kurul kararlarına karşı Danıştay yerine, ilk derece mahkemesi olarak İdare Mahkemesine dava açılacağı belirtilmiştir. Yetkili idare mahkemesinin verdiği kararların temyizi için ise yine Danıştay’a başvurulacaktır. Ancak bu yöndeki değişikliğin yargılama sürecine olan etkileri ise şüphesiz zaman içinde görülecektir.

Avrupa Birliği Rekabet Hukukundan farklı olarak, Türk Rekabet Hukukuna yargı kararları değil, daha çok kurul kararları şekil ve yön vermektedir. Dolayısıyla Türk Rekabet Hukuku’nun uygulaması, diğer hukuk alanlarında olduğu gibi mahkeme içtihatları ile gelişmemektedir. Danıştay, Rekabet Kurulu kararlarını uzun bir süre şekil yönünden incelemeyi tercih etmiştir. Ancak son dönemlerde Danıştay’ın, Kurul kararlarını esastan da incelediği görülmüştür. Bununla birlikte, deniz ulaştırmasına ilişkin Kurul kararlarının incelenmesinde tespit edilen bir diğer önemli husus ise temyiz sürecinin uzun olmasıdır. Hatta bu konuda 2000’li yıllarda şikâyetle konu olan ve birçok kez Danıştay’a gitmesine rağmen halen kesinleşmeyen Rekabet Kurulu kararlarının varlığından da söz etmek mümkündür. Bu durum ise sektörde faaliyet gösterenler teşebbüsler açısından hukuki belirsizlik yaratması adına önemli bir sorundur.

Rekabet Kurulu’nun deniz ulaştırmasına ilişkin kararları incelendiğinde, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamındaki davranışların, ağırlıklı olarak konteyner limanı işletmeciliği ve ro ro taşıma hizmetlerine yönelik olduğu tespit edilmiştir. Özelleştirme sonrası limancılık hizmetlerine ilişkin olarak RKHK 6. madde kapsamında yapılan başvuruların çoğunluğunu ise liman işletmecilerinin sözleşme yapmayı reddettiği ve liman hizmetlerine aşırı fiyat uyguladığı yönündeki şikâyetler oluşturmaktadır.

Rekabet Kurulu’nun limanlara ilişkin kararlarında, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasından farklı olarak, zorunlu unsur doktrininin uygulamaktan kaçındığı tespit edilmiştir. Liman hizmetlerinden (barınma, yazıhane tahsisi, lojistik hizmetler gibi) yararlanma taleplerinin reddi ile liman lojistik hizmetlerinin, liman işletmecileri tarafından belirli şirketlere verildiği yönündeki şikâyetlere ilişkin olarak Rekabet Kurulu verdiği kararlarda, liman işletmecilerinin iş sağlığı ve güvenliği, limanın

genel güvenliği, ulusal ve uluslararası mevzuata uygunluk ve hizmet kalitesine ilişkin savunmalarını ise haklı gerekçe olarak kabul etmiştir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı bağlamında, liman hizmet tarifelerinin yüksekliğine ilişkin başvurularda ise Rekabet Kurulu, tarifelerin yüksek olmasının asıl nedenini, yüksek orandaki sabit maliyetler ve büyük meblağlara ulaşan liman yatırımlarının oluşturması halinde, bunların karşılığının alınması adına, tarifelerin artırılmasının doğal olduğunu birçok kararında belirtmiştir.

Öte yandan deniz ulaştırmasının gerek kendine özgü uluslararası yapısı gerekse bu alanda merkezi öneme sahip limanların doğal tekel niteliği göstermeleri, limanda sunulan bir kısım hizmetlerin zorunlu unsur teşkil etmesi ve özelleştirme sonrası bu alanda yaşanan rekabet problemlerinin varlığı, rekabet kurallarının uygulanmasına ve deniz ulaştırma politikalarının oluşturulmasına yönelik, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, özel bir takım düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu anlamda, teşebbüslerin, Rekabet Kurulu’nun uygulamaları hakkında bilgi sahibi olmalarını, rekabet hukuku düzenlemeleri ile uyumlu hareket etmelerini sağlayan, **‘Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin, Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz’** gecikmeli olarak ancak 29.01.2014 tarihinde kabul edilmiştir. Rekabet Hukuku alanında, ikincil mevzuat olan söz konusu Kılavuzun kabulü, Rekabet Kurulu’nun 6. madde kapsamındaki davranışların değerlendirilmesi konusundaki takdir alanını kısıtlaması ve 6. maddenin dışlayıcı davranışların analizinde uygulanması hususundaki hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırması açısından da olumlu bir adımdır.

Çalışmamızda konu sınırlamasına gidilerek, deniz ulaştırmasında görülen rekabet ihlallerinden sadece hâkim durumun kötüye kullanılması incelenmiştir. Ancak gelecekte deniz ulaştırmasına ilişkin olarak, 4054 sayılı yasanın dördüncü maddesi kapsamında, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının incelenmesi sektör açısından faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Akdoğan, Refik. Deniz Ticareti, 2. Bası, Deniz Malzeme Ltd. Şti. , İstanbul, 1999.

Akıncı, Ateş. Rekabetin Yatay Kısıtlaması, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

Aktaş, Cihan. Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Aktekin, Erdem. Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarlarında Bağlama Uygulamalarına Yaklaşım ve Öneriler, Uzmanlık Tezi, Seri No:118, Rekabet Kurumu, Ankara, 2013.

Akten, Necmettin. Deniz Taşımacılığında Taşıyıcı Yükleyici İlişkileri ve Yükleyicilerin Ekonomik Çıkarlarının Korunması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 1997.

Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17. Bası, Ankara, 2012.

Aslan, Ece. Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, ss. 229-309.

Aslan, Yılmaz. Rekabet Hukuku (Teori, Uygulama, Mevzuat), 4. Baskı, Ekin Kitapevi, Bursa, 2007.

Aslan, Yılmaz. “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu’nun 2. Kuruluş

Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, ss. 14-30.

Aşcıoğlu Öz, Gamze. Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, 1. Bası, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

Aşcıoğlu Küçükayhan, Meltem. Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Ateş, Mustafa. Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Atiyas, İzak. Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı:1, Ankara, 2000, s. 24-45

Atiyas, İzak. Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999, s. 49-75.

Aybay, Atilla, Aydın Aybay, Gündüz Aybay, Rona Aybay. Deniz Hukuku, Aybay Yayıncılık, İstanbul, 1998.

Badur, Emel. Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

Başer, Sadık Özlen. Deniz Taşımacılığı Ekonomisi, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, Beta Basım A. Ş, 1. Bası, İstanbul, 2013, ss. 59-92.

Başer, Sadık Özlen. Türkiye'nin Uluslararası Denizlerdeki Tarifersiz Gemi Taşımacılığının Ekonomik Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, İzmir, 2004, ss. 5-256.

Cengiz, Dilek. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Beta Basım Yayın A.Ş. , İstanbul, 2006.

Çağa, Tahir. Deniz Ticaret Hukuku I. 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.

Çağa, Tahir. Deniz Ticaret Hukuku II. 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.

Çakır, Sinan. (Yayınlanmamış), Deniz İşletmeciliği Ders Notları, 2011.

Çetin, İsmail Bilge. Dökme Kuru Yük Gemilerinin Sefer Esasına Göre Kiralanması (Türkiye uygulaması), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997.

Çetin, İsmail Bilge. (Yayınlanmamış), Charter Ders Notları, 2013.

Çetinkaya, Murat. İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Uzmanlık Tezi, 1. Dönem, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Demiröz, Ali. Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 2011, ss. 23-29.

Denktaş Şakar, Gül. Gemi Brokerliğinde İlişki Pazarlaması, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, 1. Bası, Beta Basım A.Ş, İzmir, 2013, ss. 210-245.

Denktaş Şakar, Gül. Kuru Dökme Yük Taşımacılığında Türk Deniz Ticaret Filosu'nun Rekabet Gücü Analizi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005.

Dere, Gülçin. Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.

Deveci, Durmuş Ali. Deniz Ulaştırması: İşletmeler ve İşlevler, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, 1.Bası, Beta Basım A.Ş, İzmir, 2013, ss. 23-34.

Deveci, Durmuş Ali, İsmail Bilge Çetin. Gemi Acenteleri ve Forvarder İşletmeleri: İşlevler ve Hizmetler, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Öğretim Üyeleri, 1. Basım, Beta Basım A.Ş, İzmir, 2013, ss. 471-502.

Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000.

Doğan, Muammer. İşletme Ekonomisi ve Yönetimi, 6. Baskı, Nobel Yayın, Ankara, 2010.

Ege, Yavuz. Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, Rekabet Kurumu, Ankara, 2002, ss. 21-37

Eğerci, Ahmet. Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Lisansüstü Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2004.

Eroğlu, Ahmet Hüsrev. İşletmelerin Dağıtım Kanalı Seçimini Etkileyen Faktörler ve Endüstri İşletmelerinde Bir Uygulama, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2002.

Erol, Kemal. Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması, Lisansüstü Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

Esen, Şaban. Piyasaların Rekabetçi İşlevlerini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü; Piyasa Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2006.

Esin Arif, Rekabet Hukuku, ESC Yayınları, İstanbul, 1998

Gökdoğan, Sefer. Freight Forwarder Organizasyonu ve Freight Forwarder Organizasyonda Konteyner Taşımacılığı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Gül, İbrahim. Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu, Ankara, 1990.

Gündüz, Recep. Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe; AB ve ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012.

Görgülü, Ümit. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Gürkaynak, Gönenç, Öznur İnanılır, Tuna Tanık. Rekabet Dergisi Cilt;13, Sayı; 3, Temmuz 2012, Rekabet Kurumu, Ankara, ss. 79-138.

Gürpınar, Bünyamin. Rekabet Hukukunun Ekonomik Analizi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2005.

Gürzumar, Osman Berat. Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı, Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2006.

Güven, Pelin. Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2008.

Haşer, Hande, Özge İçöz. Roma Antlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkındaki Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri, Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Rekabet Kurumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 2007, ss. 42-125.

İkizler, Metin. Türkiye ve Avrupa Birliğin Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

İMAK Deniz Ticaret Odası, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği. Gemi Acenteliği Eğitimi, İstanbul, 2011.

İnci, Özge. Navlun Sözleşmelerinde Tellallık, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, İzmir, 2002.

İzveren, Adil, Nisim Franko, Ahmat Çalık. Deniz Ticaret Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1994.

Kalkan, Ekrem. Talep Esnekliklerinin Rekabet İktisadındaki Önemi ve Bazı Tahmin Yöntemleri, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Rekabet Kurumu, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2008, ss.377-415.

Karakılıç Hasan. Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Karakurt, Alper. Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Lisansüstü Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2005.

Kaya, Şerife Demet. Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açıdan Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008.

Kayserilioğlu, Enis. Deniz Taşımacılığı Sektör Profili, İstanbul Ticaret Odası Etüt ve Araştırma Şubesi, İstanbul, 2004.

Kender, Rayegan. Deniz Acenteliği Yönetmeliği Taslağı Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl; 4, Sayı; 3-4, İstanbul, 1999.

Kender, Rayegan, Ergon Çetingil, Emine Yazıcıoğlu. Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş, İstanbul, 2012.

Kişi, Hakkı. (Yayınlanmamış) Ship Agency and Brokering Ders Notları, 2012.

Kocabaş, Bekir. İndirim Sistemleri ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2008.

Kocaemre, Mehmet Kemal. Türk Düzenli Hat Konteyner İşletmelerinin Akdeniz'deki Rekabet Gücü, (Yayınlanmamış, Tezsiz Yüksek Lisans Projesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

Koraltürk, Yunus Emre. Tanker Taşımacılığında Gemi Kiralama Yöntemleri ve Navlun Maliyetinin Belirlenmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Kula Değirmenci, Nil. Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, 1. Bası, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 2012.

Kutoğlu, Levent, Düzenli Hat Taşımacılığında Regülasyon ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2007.

Latarche, Malcolm, Port Agency, Witherby & Co Ltd, 1. Bası,1998

Muran, Hakan. Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Odeke, Ademun, Hakan Karan. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, 2002, ss.153-341.

Ölmez, Hakan Suat. Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Özer, Didem. Türkiye’de Deniz Ulaştırma Politikaları, Oluşturma Süreci ve Stratejik Analizler, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2010.

Özen, Özlem. Denizyolu Taşımacılığında Yük Sevkiyatçılığının Karar Yaklaşımları ve Bilgi Teknolojileri Uygulamaları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Özsunay, Ergun. Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birlikleri Kararları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Şubat 2000, ss.41-69.

Öztürk, Sevgi Ayşe. Hizmet Pazarlaması, 11. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

Rekabet Kurumu. Araştırma Bülteni, Sayı: 1, Ankara, 2008, ss. 13-17.

Rekabet Kurumu. Araştırma Bülteni, Sayı: 14, Ankara, 2009, ss. 9-12.

Rekabet Kurumu. 8. Yıllık Rapor, Ankara, 2006.

Rekabet Kurumu. Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2010.

Rekabet Kurumu. Rekabet Raporu, Ankara, 2012.

Sabuncu, Hakan. Birlikte Hâkimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Sanlı, Kerem Cem. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999.

Sanlı, Kerem Cem. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu, İstanbul, 2010, s.15-69.

Saraç, Tahir. 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Say: 2, Ankara, 2012, ss.711-748.

Selçuk, İlmütluhan. ATA Antlaşmasının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar, Türk Rekabet Hukuku'na Etkileri, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Senyücel, Orçun, Cihan Aktaş. İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Kurumu Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 2000, ss. 40-60.

Senyücel Orçun. 2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu, Beykent Üniversitesi, Rekabet Kurumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul, 2011, ss.103-113.

Sesli, Evren. Liman Özelleştirmeleri Sürecinde ve Sonrasında Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008.

Sezer, Hande. Düzenli Hat Taşımacılığında Nakliye Müteahhidinin Gemi Operatörü Seçimine Çok Kriterli Karar Destek Sistemi Yaklaşımı (Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008.

Sözer, Jur. Bülent. Deniz Ticaret Hukuku, Gemi, Donatan, Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukukunda Sorumluluk Rejimi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Su, Kemal Tahir. Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Tangün, Kürşat. Gemi İşletmeyen Taşıyan, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Taş, Ayşe. Gemi Acente ve Brokerlik İşletmeciliği; Türkiye Uygulamaları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1994.

Tek, Ömer Baybars. Pazarlama İlkeleri, Beta Basım Yayın, 8. Baskı, İstanbul, 1999.

Tekdemir, Yaşar. AT Rekabet Hukuku Işığında ‘ Birlikte Hâkimiyet Kavramı’, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, 2000, ss. 3-47.

Tekdemir, Yaşar. AT Rekabet Hukukunda Antlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Tekinalp, Ünal. ATAD Kararları Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, Şubat, 2000, ss.73-97.

Temel, Esmâ. Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara 2012.

Tiryakioğlu, Bilgin. Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1997.

Tuna, Okan. Örgütsel Pazara Yönelik Hizmetlerde Algılanan Hizmet Kalitesi, Davranışsal Niyetler ve Müşteri Özellikleri İlişkisi, Konteyner Taşımacılığı Hizmetleri Üzerine Bir Çalışma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.

Topçuoğlu, Metin. Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

Topçuoğlu, Metin. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

T.C. Başbakanlık ve Devlet Planlama Teşkilatı. 9. Kalkınma Planı, Denizyolu Ulaşımı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007.

Ulaş Kısa, Seda . Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.

Utkulu, Utku, İsmail Aydemir, Ahmet Özken, Mutlu Yılmaz. Türkiye’de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, Gazi Kitapevi, 3. Bası, Ankara, 2010.

Uzun, Ayşen Özlem, Stratejik İşbirlikleri ve Rekabet, Rekabet Kurumu, 5. Dönem Uzmanlık Tezi, Ankara.

Uzunallı, Sevilay. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye kullanılması, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı: 4, Ekim 2010, ss. 59-111.

Üçışık, Güzin. Nazmi Ocak. Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun Telokom Kararının Düşündürdükleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırma Dergisi, Cilt 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 2006, ss. 323-365.

Ülgener, Fehmi. Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul, 1991.

Ülgener, Fehmi. Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıyanın Taşıtana Karşı Olan Yükümlülükleri, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 3-4, İstanbul, 1998, ss. 47-59.

Ülgener, Fehmi. Çarter Sözleşmeleri, I. Genel Hükümler, Sefer Çarteri Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

Ünal, Çiğdem. Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2009.

Ünlüsoy, Kürşat. Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Yanık, Cemil. Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabeti Bozucu Fiyat Dışı Uygulamalar, Düzenleyici Yaklaşımlar, Uluslararası Örnekler ve Türkiye Uygulaması, (Yayınlanmamış Bilişim Uzmanlığı Tezi), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2011.

Yanık, Mehmet. Hâkim Durumun ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, 1. Dönem, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Yarkın, Murat. Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder İşlemleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Yavuz, Hatice. Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.

Yıldız, Murat. Layner Ulaştırma Sistemlerinde Optimum Filo Planlaması Modeli, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2008.

İnternet Kaynakları

Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
<http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (6.1.2014)

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı, Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Politikası, 2005 Raporu, Çev. Rekabet Kurumu
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Genel+%C4%B0%C3%A7erik/oecdurkceson.doc> (17.11.2013)

Gelir Vergisi Kanunu
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.193.pdf> (10.12.2013)

Gemi Acenteleri Yönetmeliği;
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120305-3.htm> (05.07.2013)

Harun Şişman Yazıcı, Electronic Chartering (Web Esaslı Bir Platform Üzerinden Gemi Kiralama İşlemleri);
<http://www.denizhaber.com/index.php?sayfa=yazar&id=40> (2.7.2013)

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun;
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4054.pdf> (23.11.2013)

Rekabet Kurumu, 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2, RG - 14.07.2002; 24815;
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fTebli%25c4%259f%2fteblig35.pdf> (5.12.2013)

Rekabet Kurumu, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ, Tebliğ No: 2010/4

http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fTebli%C4%9F%2f2012_3.pdf (5.12.2013)

Rekabet Kurumu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M;

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz5.pdf> (4.12.2013)

Rekabet Kurumu, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, 2014;

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf> (15.2.2014)

Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2fsozluk%2fRekabet+Terimleri+S%C3%B6zl%C3%BC%C4%9F%C3%BC+5.Bask%C4%B1.pdf> (20.7.2014)

Navlun Konferansları Kaldırılsın Talebi, DTO-Dünya Gazetesi Deniz Haber, 24.4.2006.

<http://www.denizhaber.com.tr/guncel/3858/navlun-konferansi-kaldirilsin-talebi-haber-3858.htm>. (25.1.2014)

UNCTAD;

http://unctad.org/en/docs/sdtetlb20031_en.pdf (10.9.2013)

Vural Seven, Taşıma Hukuku;

<http://www.taa.gov.tr/dosya/belge/ttkguncelsunumlari/vuralseven/yr-doc-vural-seven-tasima-hukuku.pdf> (20.8.2013)

