

REKABETİN DANIŞIKLI
AYRIMCI UYGULAMALARLA
İHLALİ:
RKHK MADDE 4/2 (E)
HÜKMÜ ÜZERİNE NOTLAR

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ*

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve E. Rekabet Kurulu Üyesi.

İktisadi ve ticari hayatta asıl olan sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin tarafını, konusunu, şeklini ve şartlarını seçebilmek gibi yetkileri içerir; bu sebeple sözleşme yapan bir kimse, aynı konuda da olsa başka bir kimse ile aynı koşullarda ticari ilişkiye girmek zorunda değildir. Herkes dilediğine dilediği şartlardan mal satmak veya dilediğinden dilediği şartlarda mal almak hak ve yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kendisine başka bir kişiden daha farklı şartlarda mal satışı yapılan kişi, hukuka aykırı olarak ayrımcı uygulamaya maruz bırakıldığından söz edemez. Ayrımcı uygulamaya maruz kişi farklı kanallardan ticaret yapabileme imkânı olduğu sürece, muhatap olduğu muamelenin hukuka aykırı olduğunu iddiasında bulunamaz.

Sözleşme ve teşebbüs özgürlüğünün bulunduğu hukuk sistemlerinde durum bu minvalde olmasına karşın, bazı hallerde teşebbüslerin müşterilerine farklı şartlar ileri sürerek onlar arasında ayrımcılık yapılması caiz görülmemektedir. Nitekim rekabet hukukunda birden fazla teşebbüsün anlaşmalı olarak veya hâkim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışıyla rakipleri ya da müşterileri arasında ayrımcılık yapılmasına izin verilmemektedir.

Bu hususa ilişkin yasaklara 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 4/2(e) maddesi ile 6/2(b) maddelerinde yer verilmiştir. Bu maddelerde, yalnızca RKHK'nun md. 4/2(e) hükmüne aykırı olarak rekabetin birden fazla teşebbüs arasında anlaşma uyumlu, eylem ve teşebbüs birliği kararı niteliğindeki ayrımcı davranışlarla ihlali üzerinde durulmaktadır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 4. maddesinin açıkça sözünü ettiği rekabet ihlallerinden biri de ayrımcılık yapılmasıdır. Bu hususa ilişkin olarak mezkûr maddenin (e) bendinde; “Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması” yasak ve hukuka aykırı sayılmıştır. Aynı hükmün, mehzada 101. maddenin (d) bendi olarak yer aldığı ve “ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı şartlar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme” şeklindeki lafzıyla 4/2. maddenin (e) bendinden farklılaştığı görülmektedir.

Kanunumuzda “münhasır bayilik” ayrımcılık yasağı dışında tutulmuşken, AB Antlaşmasında böyle istisnaya yer verilmemiştir. Münhasır bayiliğin kapsam dışında tutulmuş olmasının nedeni, sağlayıcı durumundaki teşebbüslerin kurmuş olduğu bayilik sistemi kapsamında münhasır satım sözleşmeleri vasıtasıyla kurulan satış ağı içindeki müşteriler arasında farklılık gözetilebilmesine imkân sağlanarak, kanunun yürürlüğe girdiği dönemde uygulamada yaygın olarak görülen münhasır satım sözleşmelerinin geçerliliğini korumaktır. O nedenle Türk hukukunda bu hükmeye göre, yalnızca münhasır bayilik sisteminde ayrımcı

uygulamalara gidilebilecektir.^[1] Zira münhasır bayilik, mahiyeti itibarıyla dikey anlaşma niteliğinde olup, bu istisna ancak üreticinin dağıtıcısıyla dağıtıcının da satıcılarla (bayiler) yapmış olduğu sözleşmelerdeki ayrımcı uygulamalar 4/2(e) maddesinin kapsamı dışında görülebilir.^[2]

Buna karşın, münhasır bayilik sisteminin yatay ekseninde gerçekleşen ayrımcı işlem ve uygulamalarının mezkûr hükmün öngördüğü istisnadan yararlanması mümkün değildir.^[3] Nitekim Rekabet Kurulunun kararlarında da 4/2. maddenin (e) bendinde yer alan ayrımcılık hükmünün yatay anlaşmalara uygulanmasında tereddüt bulunmadığını, ancak bu uygulamaların dikey anlaşmalarda da ortaya

[1] Ancak münhasır bayilik istisnası yalnızca bu bende özgüdür; 4. maddenin diğer bentleri bakımından böyle bir istisna kabul edilemez. Öğretideki görüşler de bu istikamettedir. Bkz. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2007, sh. 240; Kerem Cem Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, RK Yayını, Ankara 2000, sh. 119. Bayilik istisnasının kanuna dâhil edilme sürecine ilişkin arka plan bilgisi için bkz. M. Akif Ersin, “4054 Sayılı Kanunun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulu’nun Yetkileri” Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri, İTO Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, sh. 39-49.

[2] Rekabet Kurulu, üç operatörün de alt bayisi olduğunu belirten şikayetçinin Turkcell, Vodafone ve Avea adlı mobil telefon işletmecileri tarafından, ana bayilerle alt bayilere kontörü aynı fiyattan vermesine rağmen prim, kira, eleman, eğitim, vergi gibi dolaylı desteklerden dolayı kontörün ana bayilere daha ucuza mal olduğu, bu uygulamalardan dolayı ana bayiler ve alt bayiler arasında haksız rekabet oluştuğu, alt bayilere yönelik uygulanan prim sisteminin takibinin operatör tarafından tek taraflı belirlendiği, primin ne kadar ve ne zaman ödeneceğine operatörün karar verdiği, prim sisteminin şeffaf olmadığı, kısaca üç teşebbüsün üçünün de ana bayi ve alt bayiler arasında şeffaf olmayan prim sistemi yoluyla ayrımcılık yaptığı iddiası üzerine bir ön araştırma yapmıştır. Yapılan inceleme sonucunda Kurul özet olarak şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. “Söz konusu başvuru esas itibarıyla, her bir GSM operatörünün kendi dağıtım kanalına ilişkin ayrımcılık yapmasına yönelik olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında değil, bahse konu dikey ilişkilerdeki ayrımcılığı konu edinen 4. maddesinin (e) bendi çerçevesinde değerlendirilmiştir. / Üç operatörün dağıtım ağları karşılaştırıldığında birbirine paralel bir yapı arz ettiği görülmektedir. Bu yapı kapsamında operatörler nihai tüketiciye hizmet veren bazı teşebbüslerle münhasır çalışmayı tercih etmektedir. Operatörlerin münhasır çalışmayı tercih ettikleri teşebbüsleri seçerken esas aldıkları kriterler, firmanın finansal yapısı, sektördeki güvenilirlikleri, tecrübeleri, sundukları hizmetlerin kalitesi ve mağazalarının konumudur. Bu bağlamda, Turkcell, Vodafone ve Avea’nın çalıştıkları, nihai tüketiciye hizmet sunan teşebbüsler arasında münhasır çalışıp-çalışmama unsuru başta olmak üzere birçok açıdan farklılık bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, üç operatörün dağıtım ağlarında faaliyet gösteren bayiler, ağ içinde buldukları seviyelere, bayilerin taşıdığı özelliklere ve ilgili operatör ile münhasır çalışıp çalışmamasına göre ana bayi ve alt bayi unvanını almaktadır. Bunlara bağlı olarak da belli özelliklere sahip bayiler, GSM operatörü ile münhasır çalışmaları durumunda ilişkinin doğası gereği prim gibi birtakım avantajlardan faydalanabilmektedir. Bu anlamda, GSM operatörleri ile ana ve alt bayileri arasında var olan bahse konu dikey ilişkilerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (e) bendi çerçevesinde ihlal olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.” RKK: 21.03.2012, 12-13/391-119.

[3] Aynı yönde bkz. Sanlı, 119.

çıkmasının mümkün olduğu tespitlerine yer verdiği görülmektedir. Bir kararında Kurul; sağlayıcı ile alıcı arasında yapılan bir anlaşmada, alıcının altında yer alan teşebbüslere (örneğin perakendecilere) yönelik ayrımcı uygulamaların yapılmasına ilişkin kayıtların düşülmesi, alıcının talebi üzerine alıcıyı rakip konumdaki diğer alıcılara göre rekabette avantajlı duruma getiren hükümler konulması, ön araştırmaya konu olayda görüldüğü gibi sağlayıcının alıcı karşısındaki güçlü konumunun bir sonucu olarak alıcı aleyhindeki birtakım kayıtların anlaşmada yer verilmesini dikey anlaşma yoluyla ayrımcı uygulamalara örnek göstermiştir.^[4]

Kanunumuzun madde 4/2(e) hükmünün mehzazını oluşturan AB Antlaşmasında ayrımcılık uygulaması yasağına amaç veya etki bakımından “rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme” gibi bir sınırlama getirilmiştir. Ancak uygulamada AB Komisyonu ve Mahkemelerinde görülen ayrımcılığın konu olduğu davaların büyük çoğunluğunun gerçek anlamda ayrımcılık sayılabileceği, ulusal temele dayalı ayrımcılığa ya da yerel pazarı uluslararası ve/veya yerel olmayan pazarlar karşısında avantajlı konuma sokma çabalarına ilişkin olduğu ifade edilmektedir.^[5]

Bununla birlikte nadiren de olsa Komisyonun md. 101/1(d) hükmünü teşebbüslerin rakiplerini zor duruma düşürmek amacıyla gösterdikleri danışıklı uygulamalara müdahale ettiği, bunların da genellikle teşebbüslerce konulan ödül veya indirim sistemleri gibi uygulamalar olduğu belirtilmektedir. Bu cümleden olarak; *Industrieverbanctf* davasında Komisyon, alımlarını teşebbüs birliği üyelerinden yapan müşterilere uygulanan toplu ödül sistemine, birliğe

[4] Kurul sözkonusu tespitlere yer verdiği 3M Öneri kararında devamla; “Ancak taraflar arasında dikey bir ilişkinin bulunduğu durumlarda, işlemin sağlayıcının tek tarafı bir eylemi mi olduğu yoksa sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşmanın bir parçası mı olduğu hususunun belirlenmesi güçtür. Taraflar arasında dikey bir ilişkinin bulunduğu durumlarda ayrımcılık uygulamalarının Kanun’un 4 (e) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu ayrımcılığın dikey ilişki içerisindeki en az iki taraf arasındaki açık ve örtülü (zımnî) bir irade uyuşmasına atfedilebilir olması gerekmektedir. / Bu durumda, 3M’in Keskin ve Ekay’ın İskonto oranlarında yaptığı değişiklikler, bu bayiler ile şikayete konu şirket arasındaki dikey bir anlaşma olan “3M İş Güvenliği Bölümü Yılı İş Planı Protokolu” çerçevesinde gerçekleşmektedir. / 3M’in Keskin ve Ekay adlı bayilerine yönelik olarak yaptığı iskonto oranları Keskin’i ve Ekay’ı kendileri ile rakip konumdaki diğer bayiler karşısında rekabette dezavantajlı duruma düşürdüğü de dikkate alındığında, anılan eylemin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (e) bendi kapsamında değerlendirileceği” ni ifade ederek, teşebbüsü Kanunun 9. maddesi çerçevesinde uymakla yetindiği görülmektedir. RKK: 4.7.2007, 07-56/669-232 (3M kararı).

[5] Bu konuda örneğin bkz. ECJ, 17 May 1994, *Corsica Ferries Italia SRL v Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, C-18/93, ECR [1994] I-1783; Commission Decision 95/364 of 28 June 1995 OJ, L 216 of 12 September 1995; Commission Decision 1999/199 of 10 February 1999, *Portuguese Airports*, OJ L 69 of 16 March 1999; Commission Decision, 98/153 of 11 June 1998, *Alpha Flight Services /Aéroports de Paris*, OJ L 230 of 18 August 1998. (RKK: 30.10.2008, 08-61/996-388 (Rosch II Kararı, dnt 6’dan naklen).

üye olmayan teşebbüslere yönelik suni bir ticaret engeli oluşturduğundan bahisle müdahale etme gereği duymuştur.^[6] Komisyon, Roofing Felt olayında ise, bir üreticinin fiyat indirimi politikasını sonlandırmaya zorlanması amacıyla, rakip teşebbüslerin danışıklı olarak ona karşı hayata geçirdikleri ayrımcı indirim uygulamasını rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir.^[7]

Mehaz mevzuatta ayrımcılık uygulaması amaç bakımından “rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürme” gerekçesi ile sınırlandırılmış iken, Kanunumuzun lafzı sanki “mutlak anlamda bir ayrımcılık yasağı” getirilmiş intibai uyandıracak şekilde kaleme alınmıştır. Oysa ticari hayatta aynı pazarda faaliyet gösteriyor olsalar da teşebbüsler çeşitli mülahazalarla ticari partnerleri arasında farklı uygulamalar yapabilmektedir. Bunlar fiyat, ödeme, taksit, prim, indirim, vade, faiz, teslim şartları, satış sonrası servis gibi geniş bir yelpazeye yayılabilmektedir. Bu, hem sözleşme özgürlüğünün bir parçası, hem de ticari hayatın zaruretlerinden kaynaklanabilen bir durumdur.

Dolayısıyla iktisadi ve ticari hayatta her türlü farklı muameleyi 4. madde kapsamında ayrımcı uygulama olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu kapsamda bir ayrımcılıktan söz edilebilmesi için, uygulamanın amacının, bunun muhatabı teşebbüsü rekabette dezavantajlı duruma düşürmek olması gerekir. Diğer yandan, ayrımcılık uygulamasının objektif bir haklı gerekçeye dayanması da mümkündür. Bu takdirde de 4. maddeye aykırılıktan söz edilemeyecektir. Nitekim Rekabet Kurulu da, mezkûr hükümü uygularken tarafların eşit durumda sayılıp sayılmamalarına ve söz konusu uygulamanın objektif haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığına bakılması gerektiğine işaret etmekte; objektif bir gerekçeye dayandığı veya muhataplarının eşit durumda sayılmayacağı tespit edilen ayrımcı bir uygulamanın 4/2(e) madde kapsamına girmediği sonucuna varmaktadır.^[8]

[6] Commission Decision 80/1074, 16.10.1980, Industrieverband Solnhofener Natursteinplatten eV, OJ L318, 26.11.1980, pp. 32-39.

[7] Commission Decision 86/399, 10.07. 1986 Roofing Felt, O.J. L 232, 19.08.1986, pp. 15-33.

[8] Nitekim Kurul Mc Donalds kararında, adı geçen teşebbüsün eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürmek suretiyle Kanunun 4. maddesini ihlal ettiği yönündeki iddiaları şu gerekçelerle reddetmiştir. “Bu hükmün (md. 4/e) amacı, işletmelerin aralarında anlaşarak ticari ilişkide buldukları taraflardan birini diğerlerin göre rekabette daha dezavantajlı duruma düşürmelerini yasaklamaktır. Her türlü ayrımcılık rekabeti sınırlayıcı değildir. Hakim durumda olmayan satıcı konumundaki bir firmanın alıcılara farklı fiyatlarla ürünleri satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi zordur. Benzer biçimde, franchise veren firmaların, franchise alan teşebbüslerin aylık satışlardan ödeyecekleri bedelleri farklı belirlemesi de rekabet ihlali olarak değerlendirilemez. Her lisans anlaşmasında belirtilen yüzdelerin birbirinden farklı olması son derece doğaldır. Aynı sokakta dahi olsa restoranın büyüklüğü, dizaynı gibi özellikler satış hacmini etkilemektedir. Güneri Gıda'nın restoranlarından birisinde oturma yeri bulunmamakta ve sadece pencereden servis yapılmaktadır. Dolayısıyla iki restorana yapılan harcamaların ve ciroların farklı

Şu halde, özel bir amaç güdülmemiş olsa bile, birden fazla teşebbüsün mutabakatına dayanan davranışın, objektif gerekçelerle açıklanamayan bir sebeple rakibin rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi sonucunu doğuran veya doğurabilecek nitelikteki uygulamaların 4. madde anlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmesi mümkündür. O nedenle kanun koyucunun (e) bendinin kaleme alınmasında, mehzaz metinden ayrılması isabetli olmamıştır. Kanunda yapılacak düzenlemede ayrımcılık yasağına mehzazda olduğu gibi sınırlayıcı bir ifadenin eklenmesi^[9] veya hiç değilse uygulamada bu düzenlemenin mehzazın ifadesine uygun olarak dar yorumlanması gerekir. Nitekim Rekabet Kurulunun uygulamasının da bu doğrultuda olduğu gözlenmektedir.^[10]

Rekabet hukukundaki ayrımcılık yasağının amacı, rakiplerini dezavantajlı duruma düşürmek suretiyle rekabeti bozmalarına mani olmaktır. Hukuk düzeni bu kural ile, rekabet oyununda rol alan oyunculara fırsat eşitliği sağlamayı amaçlamakta, bazı oyuncuların aralarında anlaşarak diğer bir oyuncu veya oyuncular aleyhine rekabet şartlarını bozmalarına cevaz vermek istememektedir. Mamafih, ayrımcılık uygulamasından rakiplerin zarar görmesi söz konusu olabileceği gibi, müşteriler de zarar görebilir.

olması beklenmelidir. Bu durumda, satışların her ay ödenmesi gereken belli yüzdesinin restorandan restorana farklılaşmasının da rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir”. (RKK: 24.02.2000, 00-8/70-3 McDonalds Kararı). Aynı şekilde Kurul, Canon Görüntüleme ve Ofis Sistemleri A.Ş.’nin rekabet kurallarına aykırı bayi fiyatlandırmaları yaptığı iddialarını değerlendirdiği bir kararında, Canon bayilerinin eşit durumdaki alıcılar olmadıklarından bahisle şikâyet konusu iddiaları reddetmiştir. Kurul kararında özetle şu tespitlere yer verilmiştir: “Canon tarafından sunulan bilgilere göre, bayilerin hiçbirinin 2011 yılı toplam iş hacmi, bir diğeriyle aynı olmadığı gibi, bayilerin alım miktarlarının da girilecek ihale ve satış yapılacak müşteriye göre değişebildiği görülmektedir Bu itibarla, başvuruda iddia edilenin aksine bayilerin eşit durumdaki alıcılar olmadıkları anlaşılmıştır. / Bunun dışında, Canon’un bayilere ilişkin fiyatlandırma politikasına etki eden kriterler arasında, alım miktarı ve toplam iş hacmi dışında yeniden satışın yapılacağı ortamdaki rekabet şartlarının farklılığı, ihale ve büyük müşterilerin mevcudiyeti, kimi zaman da modüler ürün yapısının getirdiği farklılıkların da bulunduğu anlaşılmaktadır. / Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, Canon’un bayilerinin eşit durumdaki alıcılar olarak kabul edilemeyeceği ve bayilere yapılan farklı fiyatlandırmaların objektif gerekçeleri bulunduğu, dolayısıyla Canon ile herhangi bir bayisi arasında, bayiler arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi bulunan bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.” (RKK: 29.03.2012, 12-14/447-128 Canon Kararı).

[9] Aynı yönde. Aslan, 241.

[10] Kurul bir kararında; “4054 sayılı Kanun açısından mehzaz mevzuattan farklı olarak, eşit durumdakilere farklı muamele yapılması kötüye kullanma için yeterli sayılmıştır. Ancak, farklı muamele sonucunda ilgili piyasada rekabetin bozulmasının ya da kısıtlanmasının aranması, özeldir ilgili hükmün ve genelde Kanun’un amacına uygun olacaktır. Yani yalnızca eşit durumdakilere farklı fiyattan satılarak fiyatın farklılaştırılması ihlal için yeter şart olmamalıdır.” ifadelerine yer vermiştir. RKK: 30.10.2008, 08-61/996-388 (Rosch II kararı).

Diğer bir ifadeyle, aynı pazarda faaliyet gösteren bir rakibe karşı ayrımcılık yapabileceği gibi, alıcılar ve müşteriler arasında da ayrımcılık yapılabilmektedir. Rekabet hukukunda bu tür uygulamaların “birincil” ve “ikincil” olarak nitelendirilen iki türlü zarara sebebiyet verdiği kabul edilmektedir. Buna göre ayrımcı uygulamadan dolayı, bu uygulamayı yapan teşebbüs veya teşebbüslerin bir veya bir kaç rakibinin zarar görmesi halinde “birincil” seviyedeki zarardan (primary line injury), bir veya birkaç müşteriye diğerlerinin aleyhine olacak şekilde yapılan ayrımcılığın neden olduğu zararlara ise “ikincil” seviyedeki zarar (secondary line injury) denilmektedir.

Birincil seviyede zarara sebebiyet veren ayrımcı uygulamalar aynı pazardaki rekabeti, ikincil seviyede zarara sebebiyet veren ayrımcı uygulamalar ise, üçüncü kişi durumunda olan teşebbüslerin faal olduğu komşu piyasalardaki rekabeti bozar.^[11] Mesela belirli bir piyasada faal iki firmanın, kendilerinden mal alan beş firmadan birine diğerlerine nazaran çok daha yüksek fiyattan satma konusunda anlaşması halinde, daha yüksek fiyattan mal almak durumunda olan firmayı, onun maliyetini artırdıkları için, rekabette daha olumsuz bir hale sokmuş olurlar. Bu uygulama o firmayı, diğerleriyle rekabet edemez duruma düşürerek, belki de piyasadan çıkmak zorunda bırakabilir. Ayrımcılık sonucunda bir veya birkaç firmanın pazar dışına çıkmamış olması da rekabet ihlalinin olmadığı anlamına gelmez. Ayrımcılık neticesinde bazı oyuncuların pazar gücü elde etmesi mümkündür. Ancak bu sonuç, rekabetin doğal sonucu olmayıp, suni olarak elde edilmiş olduğundan, böyle bir pazarda artık daha düşük yoğunlukta bir rekabet yaşanacağı için, hukuka aykırılık da gerçekleşmiş sayılacaktır.

Ayrımcılık yapma yasağı Kanunun 6. maddesinde yer alan bir rekabet ihlali. Bu maddenin (b) bendinde; “eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” denilerek ayrımcılık uygulaması, hakim durumun kötüye kullanılması eylemi niteliğindeki eylemlerden biri olarak sayılmıştır. Ancak 4. madde kapsamındaki ayrımcılık uygulaması çok taraflı bir davranış mahiyetini taşıırken, 6. madde kapsamına giren ayrımcılık tek taraflı bir davranış niteliğindedir. Dolayısıyla 4. madde kapsamına giren bir ayrımcılık uygulamasından söz edilebilmesi için birden fazla teşebbüsün anlaşarak bu uygulamaya girişmeleri gerekir.^[12] Buradaki anlaşmadan kasıt ayrımcılık fiilinin uyumlu

[11] Sanlı, 117.

[12] Nitekim Kurul bir kararında hem 4 hem de 6. maddeye dayandırılan şikâyet üzerine yapılan ön araştırma sonucunda; “Şikâyetçi, Özlenir Giyim’in faaliyetlerinin zorlaştırılarak piyasa dışına çıkarılması için bazı siparişlerin reddedildiğini, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumda bulunan bayilere ‘Store’ ve/veya ‘Corner’ için farklı koşullar uygulandığını ve Özlenir Giyim’in kar marjının bu bağlamda düşürüldüğünü dile getirmiştir. Kanun’un 4. maddesi anlamında dışlayıcı ve ayrımcı uygulamalardan söz edebilmek için her iki

eylem veya teşebbüs birliği kararıyla yapılamayacağı anlamına gelmez. Önemli olan danışıklı bir ilişki ile bu yola başvurulmasıdır.

Nitekim Kurul bir kararında, “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarını yasaklamaktadır. Dolayısıyla ayrımcı uygulamalara ilişkin hükmün uygulanabilmesi için öncelikle ayrımcılık yapılmasına temel olabilecek bir işbirliği ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Bu işbirliği ilişkisi teşebbüsler arası anlaşmalar ya da uyumlu eylemler yoluyla kurulabileceği gibi teşebbüs birliği kararları ile de kurulabilecektir. Başvuruda ise herhangi bir şekilde böyle bir iddiaya yer verilmediğinden söz konusu şikâyet, Kanun’un 4. maddesinin (e) bendi hükmü çerçevesinde değerlendirilmemiştir” demiştir.^[13]

Özetlemek gerekirse yukarıda yapılan izahatın sonucu olarak, 4054 sayılı Kanununun 4/2-e maddesi anlamında bir ayrımcı uyulmanın hukuka aykırılığın-
dan söz edilebilmesi için; (i) en az iki teşebbüsünün münhasır bayilik ilişkisi hariç olmak üzere anlaşma, karar veya uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek bir davranış şeklinde tezahür etmesi, (ii) bu davranışın ticari ilişkiye girilecek eşit durumdakiler arasında ayırım gözetme amacı taşıması veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olması, (iii) bu ayrımcılığın muhatabı olan teşebbüsü rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürebilecek olması gerektiği söylenebilir.

kavram bakımından da olayda danışıklı bir ilişkinin (anlaşma, uyumlu eylem) ya da teşebbüs birliği kararının varlığı gereklidir. / Ortada, üçüncü bir teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmayı ya da bu teşebbüsü dışlamayı amaçlayan bir anlaşma ya da karar olmadıkça bu tür uygulamalar ancak 6. madde çerçevesinde değerlendirilebilir.” denildikten sonra, 4. maddeye dayanan şikâyet, iddia konusu eylemin teşebbüsün tek yanlı davranışı niteliğinde olması, 6. maddeye dayanan şikâyet de teşebbüsün hakim durumda olmadığı tespiti yapılarak reddedilmiştir. RKK: 27.10.201, 10-67/1426-542 (Özlenir Giyim kararı).

[13] Karara konu olayda Sony Ericsson’un alıcıları arasında ayrımcılık yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal ettiği iddia edilmiş olup, Kurul kanunun 6. maddesi bakımından da ihlali varit görmemiştir. (RKK: 22.02.2007, 07-16/149-49).