



REKABET DERNEĞİ

REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Eylül 2014

Sayı: 86

Sahibi: Rekabet

Derneği adına

Av. İbrahim Gül

Ayda Bir Yayınlanır.

Editör: Erdal Türkkan

Yazı Kurulu: Uğur Emek,

İbrahim Gül, Gönenç

Gürkaynak, Nejdet

Karacehennem, Nurkut

İnan, Ercan Kumcu, Gamze

Öz, Hamdi Pınar, Kubilay

Atasayar, Müfit Sonbay,

Nahit Töre, Uğur Özgöker,

Yavuz Ege, Yılmaz Aslan.

GENEL MERKEZ:

Yazışma Adresi: Tuna

Caddesi No:27/2 Kızılay

Çankaya ANKARA

TURKEY

GSM:+90.533 6272474;

İrtibat

Tel:+ 90.312 435 6813

Faks:+90 312 4356816

e-posta:

rekabetgenel@gmail.com

EDİTÖR:

GSM :+905323410739

e-posta:

erdalturkkan@hotmail.com

WEB:

www.rekabetderneği.org

Banka: TC Ziraat Bankası

0795 Necatibey Şubesi

Hesap No: 647 654

VERGİ No: Ankara

Başkent Vergi

Dairesi:7340430101

İSTANBUL ŞUBESİ:

Başkan: Av. Dr. Kemal

Erol

Adres: Süleyman Seba

Caddesi, Spor Apt. No

62/4 Akaretler/

Valideçeşme -BEŞİKTAŞ

34357 İSTANBUL

Telefon:212- 236 53 00

İLK YAZI

***Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**TÜRKİYE'DE "AHBAP ÇAVUŞ KAPİTALİZMİ"
ALGISININ DERİNLEŞMESİ VE REKABET**

.....s.2

MAKALELER

***Doç .Dr. Nurkut İNAN**

BİR GARİP REKABET KURULU KARARI

.....s.6

Toplantı Duyurusu: İSTANBUL ŞUBESİ s.23

Duyuru:

Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale

Ödülü Verecek.....s.24

**Bu dergide yer alan yazıların telif hakları
yazarlarına aittir.**

Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

Rekabet Derneği Hakkında Kısa Bilgi

Rekabet Derneği 20 Mayıs 2004 tarihinde kuruluşunu tamamlamış bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye'de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır. Derneğin Genel Merkezi Ankara'da olup İstanbul Şubesi 10 Mart 2005'ten itibaren faaliyete geçmiştir. Dernek Rekabet Kurumu'nun eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon üzerine çalışan üniversite öğretim üyeleri, bazı gazeteci, sanayici, bankacı ve hukukçular tarafından kurulmuştur. Tüm düzenleyici kurumların eski başkanları Derneğin tabii üyesidir.

Derneğin Yönetim Kurulu: Av. İbrahim Gül (Başkan), Av. Müfit Sonbay (İl.Başkan), Prof. Dr. Erdal Türkkan, , Av. Mertaşk Kilciler, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Onur Arı ve Av. Ömür Kasımay' dan oluşmaktadır.

Derneğin İstanbul Şubesi Av. Dr. Kemal Erol

Başkanlığında faaliyetini sürdürmektedir

İLK YAZI**TÜRKİYE’DE “AHBAP ÇAVUŞ KAPİTALİZMİ” ALGISININ DERİNLEŞMESİ VE REKABET****Prof. Dr. Erdal Türkkan**

Ahbap çavuş kapitalizmi (crony capitalism), kavramı “iş hayatında başarının hükümet yetkilileri ile yakın ve iyi ilişkiye bağlı olduğu bir piyasa ekonomisini “ ifade eder. Burada hükümet yetkililerinin kamunun hakim gücünü kendi yandaşları lehine kullanarak muhaliflere ve tarafsızlara nazaran çeşitli avantajlar sağlaması söz konusudur. Kısaca ahbap çavuş kapitalizmi kamunun sistematik olarak rekabeti bozduğu ve yok ettiği bir ekonomik rejimdir. Türkiye’de çoğunlukçu sınırlı demokrasiye geçildiğinden beri ahbap çavuş kapitalizminin belli ölçülerde var olduğu iddia edilmiştir. Bununla birlikte Türkiye zaman içinde rekabetçi piyasa ekonomisine geçiş konusunda da çok önemli mesafeler kat etmiş, hatta bu alanda geri dönülemez bir noktaya ulaşmıştır.. Ancak son zamanlarda İç ve dış ekonomik literatürde Türkiye, ahbap çavuş kapitalizminin giderek derinleştiği bir ülke olarak anılmaya başlanmıştır. Burada cevaplandırılması gereken soru bu derinleşmenin ne ölçüde ve nasıl olduğu ve Türkiye ekonomisini nasıl etkileyebileceğidir.

Türkiye’de ahbap çavuş kapitalizminin derinleşmesinin bir yandan hükümetin kamu imkanlarını ve yetkilerini kendi yandaşları lehine kullanması, diğer yandan da kamunun kahredici gücünü kendi muhalifleri aleyhine kullanması yoluyla gerçekleşmekte olduğu algısı giderek güçlenmektedir. Bu anlamda Türkiye’de ahbap çavuş kapitalizmi olgusu ve algısı diğer ülkelerden de önemli ölçüde ayrılmaktadır. Çünkü Türkiye’de kamunun hakim gücünü kendi yandaşları lehine kullanmakla yetinmeyip, kendisine muhalif olanları hatta tarafsız kalanları cezalandırmak ve ekonomi dışına atmak için de kullandığı iddiası giderek kuvvet kazanmaktadır.

Ahbap çavuş kapitalizmi en ileri noktasına orta gelir düzeyinde ulaşmaktadır. Orta gelir düzeyinde hükümetin tahsis edebileceği rantlar en yüksek düzeylere çıkmakta rant getirisinin cazibesi karların önüne geçmekte bu şekilde rant kovalama iş dünyasının hükümete yakın olma isteğini arttırmaktadır. Ahbap çavuş kapitalizmi ile yüksek gelir düzeyine ulaşmak imkansız olduğundan, bu olgunun yüksek gelir düzeylerinde varlığını sürdürmesi söz konusu değildir.

Ahbap çavuş kapitalizminin gelişmesi için en uygun ortam, özellikle dini veya etnik istismarının mümkün olduğu sınırlı özgürlüklere dayalı çoğunlukçu yarı demokratik sistemlerdir. İleri özgürlükçü ve çoğulcu demokrasilerde ahbap çavuş kapitalizminin var olması veya varlığını sürdürmesi mümkün değildir.

Bir ülkede ahbap çavuş kapitalizminin varlığının ve derinleşmesinin göstergeleri ise şunlardır: Bu göstergeler aynı zamanda o ülkede rekabetçi piyasa ekonomisinden uzaklaşmaya yol açacak olguları içermektedir.

-Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesinden uzaklaştırıcı eylem ve düzenlemelerin devreye sokulması sonucunda yolsuzlukların ve usulsüzlüklerin üzerine gidilmesinin yollarının tıkanması: Bu şekilde hükümet yetkililerinin ve yandaş iş dünyasının önündeki yasal engeller azaltılmış olacaktır. Ayrıca bu şekilde muhaliflerin ve tarafsızların haksız eylemlerle cezalandırılması kolaylaşacaktır. Türkiye’de özellikle 17 ve 25 Aralık 2013 yolsuzluk iddialarından sonra hükümetin aldığı çok sayıda tedbir bu kapsamda değerlendirilmektedir.

-Bağımsız düzenleyici kurumların (Merkez bankası, BDDK, Enerji Piyasası Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, SPK, Rekabet Kurumu, RTÜK, Kamu İhale Kurumu gibi) bağımsızlıklarının budanması ve ortadan kaldırılması yönünde yapılan düzenlemeler ve başvuru uygulamalarının ağırlık kazanması: Bu durum Hükümetlerin rant tahsisi, avantaj sağlama veya cezalandırma yeteneklerini artırma imkanını yaratacaktır. Maalesef Türkiye’de son yıllarda bu tür düzenleme ve uygulamalarda hissedilir bir artış görülmektedir.

-Kaynakların giderek artan bir kısmının “çılgın proje” olarak adlandırılan gösterişli ancak sosyal karlılığı iyi incelenmemiş büyük altyapı projelerine tahsisi. Bu durum bir yandan hükümetlerin büyük işler yaptığı algısını yaratarak seçim kazanma kabiliyetlerini artırırken diğer yandan da büyük rant yaratma imkanlarını arttırmakta ve hükümet yetkililerine sadık bir iş dünyasının yaratılmasına imkan vermektedir.

-İhalelerde idarenin takdir yetkisini arttıracak düzenlemeler: Burada kamu ihale kurumu gibi kamu ihalelerinde tarafsızlığı ve adil rekabeti sağlayacak kuruluşların etki alanlarının daraltılması ve ihalelerin hükümetin uygun göreceği kişilere verilmesinin sağlanması söz konusudur. Türkiye’de son yıllarda ihale kanununda yapılan çok sayıda değişiklik bu kapsamda değerlendirilebilir.

-Siyasi prim yapma amaçlı aynı (parasal olmayan) sosyal yardımların artması: Bu şekilde özellikle küçük ve orta boy yandaşlara rekabete girmeden kolay para kazanma imkanı yaratılmış olacaktır. Diğer taraftan yüz yüze ilişkiye dayalı bu yardımların siyasi bir rant sağlama da söz konusudur. Aynı yardımlar ahabap çavuş kapitalizmini besleyen önemli mekanizmalardan birisidir. İktisat teorisi parasal yardımların tüketici refahına daha fazla katkıda bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca parasal yardımların rekabet ortamını besleyici etkilerinin daha fazla olduğu da muhakkaktır. Türkiye’de maalesef bu mekanizma da giderek yaygınlaşmaktadır.

-Lisans ve izinlerin merkezileştirilmesi: Bu yöntem, siyasi iktidarın kayırmacılık yaparak yandaş işadamlarını ödüllendirip, yandaş olmayanların önünü tıkamak açısından çok etkili bir yapı oluşturacaktır. Türkiye’de bu alanda çok sayıda olumsuz örnek yaşandığı bir vakıdır.

-İş hayatında bağımsız tarafsız veya muhalif sivil toplum örgütlerinin devre dışı bırakılması: Bu yöntem yapılacak düzenlemelerin belli yandaş kesimlerin çıkarlarını gözetenek yapılmasını kolaylaştırıcı sonuçlar doğuracaktır.

-İdarenin ihtiyaç üzerine kanun çıkarması pratiğinin yaygınlaşması: Mevcut yasal engelleri aşmak için siyasi iktidarın ihtiyaçlara göre kanun ve düzenleme değişikliğine gitmeleri ahabap çavuş kapitalizminin varlığının en önemli göstergelerinden birisidir. Torba kanunlar acil yasal düzenlemelerin kamu oyunda

yeterince tartışılmadan hızlı bir biçimde yapılmasını sağlayan istisnai bir mekanizmadır. Bu istisnanın istismarı hem demokratik rejimi tahrip eden hem de sürdürülebilir gelişmeyi imkansız kılan sonuçlara sahiptir.

-Kutuplaştırıcı siyasi propagandanın ağırlık kazanması da genel olarak ahbap çavuş kapitalizminde sıkça başvurulan bir yöntemdir. Kutuplaşma siyasi mücadelenin bir yarış olmaktan çıkarak bir kavgaya dönüşmesini ve safların sıkışmasını sağlayan bir mekanizmadır.

-Medya üzerine baskının artması, muhaliflerin dışlanması ve devre dışı bırakılması: Bir ülkede medya ne kadar özgürse o ülke ahbap çavuş kapitalizminden o kadar uzakta demektir. Çünkü özgür olmayan medya her türlü kayırmacılığın, yolsuzluğun rahatça yapılabildiği, yolsuzluğu yapanlar yerine ortaya çıkaranların mahkum olduğu bir ortam yaratabilir.

-Sosyal medyanın kontrol altına alınması: Sosyal medya ahbap çavuş kapitalizmini tehdit eden bir işlev görür. Bu nedenle sosyal medyanın kontrol altına alınmasının istendiği ülkelerde ahbap çavuş kapitalizminin en üst düzeyde geliştiği gözlenir. Maalesef Türkiye bu konuda da kötü sicile sahip ülkeler grubunda yer almaya başlamıştır.

Yukarıda belirtilen olgular Türkiye’de ahbap çavuş kapitalizmi algısının neden hızla geliştiğini açıklar niteliktedir. Ahbap çavuş kapitalizmi algısının güçlenmesi, bizatihi ahbap çavuş kapitalizmi olgusunun güçlenmesi kadar sakıncalıdır. Çünkü algılar olgulardan bağımsız olmadığı gibi, bazı alanlarda olgular kadar da etkilidir ve önemlidir.

Türkiye’de ahbap çavuş kapitalizmi algısının güçlenmesi her şeyden önce çok büyük çabalarla gerçekleştirilen rekabetçi serbest piyasa olgusuna ve algısına büyük zararlar vermektedir. Türkiye’de rekabetçi piyasa ekonomisinin tüm kurum ve kurallarıyla gerçekleşme yolunda olduğu algısının yaygın olduğu bir süreçte ahbap çavuş kapitalizmi çağırışını yapan adımların atılması mevcut sistem açısından büyük bir çelişki yaratmaktadır. Bu çelişki her şeyden önce Türkiye’nin geleceğine olan güveni sarsacak niteliktedir. Burada geri dönülmez iyi bir yola girildiği algısının güçlendiği bir noktadan geri adım atılması söz konusudur. Böylece gelecek için iyimser olmanın yolları tıkanmış olmaktadır.

Ahbap çavuş kapitalizmi olgusunun ve algısının yaratabileceği diğer olumsuz sonuç orta gelir düzeyini aşamama, yani orta gelir tuzağına düşmedir. Çünkü ilk olarak ahbap çavuş kapitalizminin negatif seleksiyona yani her alanda kötünün iyiyeye tercihine yol açması kaçınılmazdır. Böylece yöneticiler iyiler arasından değil, yandaşlar arasından seçilecek, tüm karar birimlerinde yandaşlık kriteri liyakatın önüne geçecektir. Diğer taraftan ahbap çavuş kapitalizminde iktisadi ajanlar arasındaki yarış kar maksimizasyonu için değil rant paylaşımından yüksek pay almak için yapılacaktır. Ayrıca ahbap çavuş kapitalizminde kaynak tahsisinde rant yaratma kriteri ön planda tutulacak, toplumsal refaha katkı kriteri ikinci planda kalacaktır.

Ahbap çavuş kapitalizmi olgusu ve algısının bir diğer sonucu iç ve dış rekabete açık sektörlerin nispi öneminin azalması, buna karşılık dış ticarete konu olmayan

taşınmaz malların (inşaat sektörü) ve hizmetlerin payının artmasıdır. Bu durum ekonominin giderek dışa bağımlılığının artması ve ithalata aşırı bağımlı hale gelmesi sonucunu doğuracaktır. Bu bağımlılığın kaçınılmaz sonucu ise cari açığın ve ekonominin kırılganlığının artmasıdır. Bu durum iç tasarrufların giderek azalması ve yabancı kaynak ihtiyacının sürekli artması sonucunu da doğuracaktır. Ancak ahbap çavuş kapitalizmi olgusu ve algısı ülkenin dış kredibilitesini de olumsuz etkileyerek ucuz ve bol kaynak kullanımını sınırlayıcı etkilere sahiptir.

Ahbap çavuş kapitalizmi olgusu ve algısının en önemli sonuçlarından birisi de rekabet ortamının sürekli bozulması, ve rekabet kültürünün onarılamaz biçimde tahrip edilmesidir. Çünkü başvurulan yöntemlerin hemen hepsi rekabeti olumsuz etkileyen yöntemlerdir. Rekabet ortamının yok olması veya bozulması ekonominin temel dinamiklerinin iş göremez hale gelmesi anlamına gelmektedir. Ahbap çavuş kapitalizmi algısının yaygınlaşması ve derinleşmesi rekabet politikalarının istenilirliliğini ve saygınlığını da negatif yönde etkileyebilecek bir olgudur.

Nihayet ahbap çavuş kapitalizmi olgusu ve algısı Türkiye'nin Avrupa Birliğine entegrasyon hedefi ile uyumlu değildir. Ayrıca ahbap çavuş kapitalizmi ile geleceğe yönelik anlamlı bir başarı hedefini de gerçekleştirmek mümkün olmayacaktır.

Bu noktada önemli olan husus TC Hükümetlerinin bu gidişi görerek ahbap çavuş kapitalizmi algısını güçlendiren politikalardan geri dönüşü sağlayacak adımları bir an önce atmasıdır. Bu konuda kısa vadede sonuç alınabileceğini beklemek aşırı iyimserlik olacaktır. Çünkü yeni hükümet programında ve özellikle hükümet uygulamalarında ahbap çavuş kapitalizmi algısını besleyen unsurlar hala ağırlıktadır. Ancak Ak Parti içinde bu durumun farkında olan sorumluların olduğu da görülmektedir. Bu bağlamda paradoksal olarak aynı hükümet programında ahbap çavuş kapitalizmi algısını güçlendiren politikalardan geri dönüşü sağlayacak birkaç parıltılı madde de bulunmaktadır.

MAKALE**Bir Garip Rekabet Kurulu Kararı****Nurkut İnan****I. Giriş ve Olay**

Gerek akademisyen olarak, gerek avukatlık işlerim nedeniyle Rekabet Hukuku kararlarını mümkün olduğunca izlemeye çalışırım. Ama her nedense Kurul'un soruşturma açılmasına gerek görmeyen kararları çoğu zaman gözden kaçır. Bu kez, bir karar hakkında görüşüm soruldu. O arada gördüm ki, incelediğim kararı bir akademisyen olarak da değerlendirmem gerekli. Bunun üzerine bu yazıyı kaleme almaya karar verdim.

Şimdiye kadar birçok Rekabet Kurulu kararını inceleyen, değerlendiren ve eleştiren yazılar yazmıştım. Bunların hemen hepsi rekabet hukukunun yorumu ve rekabet hukuku dışındaki hukuk dalları konularında, Rekabet Kurulu ile aynı görüşte olmadığım kararlardı.

Bu kez, belki de ilk defa Kurul'un bizzat kendi yorumlarını ve düzenlemelerini göz ardı eden ve onlarla çelişen bir karar görmekteyim.

Rekabet Kurulu'nun 13-12/185-99 sayılı ve 07.03.2013 tarihli kararı, soruşturma açılmasına gerek olmadığını belirlemektedir. Bu kararı yazımın ekinde sunuyorum (EK 1).

Kararda şikâyetçi konumunda olan TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (TAB) temsilcilerinden aldığım bazı ek bilgilere de dayanarak olayı açıklamak isterim.

Tekirdağ Çorlu ilçesindeki Orion AVM'yi işleten MONO Mimarlık Mühendislik Yapı Dekorasyon Tic. Ltd. Şti. (MONO) ile Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. (McDonalds)

arasında Orion AVM’de restoran işletmek için 25 Haziran, 1999 tarihli bir kira sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşme’nin 2. Maddesi uyarınca sözleşme süresi 20 yıldır.

Sözleşmenin “Kiracının Münhasır Faaliyeti” başlığı taşıyan 14. Maddesine göre, kiralayan MONO Orion AVM’de McDonalds’dan başka kırmızı etten mamul hamburger satışı yapan hiçbir firmanın çalışmasına izin vermeyecektir. Kiralayanın bu münhasırlığa aykırı davranması halinde MONO, McDonalds’a 500.000 Amerikan Doları cezaî şart ödemeyi taahhüt etmiştir¹.

Kira sözleşmesi sürerken MONO, TAB ile bir kira sözleşmesi kurarak, AVM’de BurgerKing marka hamburger satışını mümkün kılmıştır. Bunun üzerine McDonalds MONO’yu dava etmiş, Kira Sözleşmesinin münhasırlık maddesine dayanarak (M.14) 500.000 Dolar cezaî şart ödenmesini talep etmiştir. Dava sürerken, dava dışı TAB Rekabet Kurulu’na şikâyette bulunarak McDonalds’ın taraf olduğu kira sözleşmesinin münhasırlığa ilişkin 14. Maddesinin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 4. Maddesine aykırı olduğunun ve bu nedenle geçersizliğinin belirlenmesini talep etmiştir

Rekabet Kurulu 07.03.2013 tarih ve 13-12/185 sayılı kararı ile şikâyeti reddetmiş ve ilgili münhasırlık hükmünün RKHK’nun 4. Maddesine aykırı olmadığını, yani rekabeti kısıtlamadığını kararlaştırmıştır.

Bu karara karşı TAB, Ankara 11. İdare Mahkemesinde dava açarak ilgili Rekabet Kurulu kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme 06.03.2014 tarih ve E. 2013/1005 K.2014/265 sayılı kararı ile aşağı yukarı aynen Rekabet Kurulu’nun gerekçelerine dayanarak iptal istemini reddetmiştir.

¹ Rekabet Kurulu her nedense bu maddenin metnini ticarî sır olarak kabul etmiş ve yayınlanan karara koymamıştır. Kararın temelini oluşturan bu sözleşme maddesinin nasıl bir ticarî sır oluşturduğunu anlayabilmiş değilim. Esasen, aşağıda açıklayacağım gibi bu madde metni cezaî şartın ödenmesine ilişkin adliye mahkemesi kararında aynen yazılmış ve mahkeme kararları alenî olduğu için, kamuya mal olmuş bulunmaktadır. (Bak. Dip not 2)

Bu arada, adliye mahkemesi incelediğim Rekabet Kurulu kararına dayanarak davayı kabul etmiş ve 500.000 Doların MONO tarafından McDonalds'a ödenmesine karar vermiştir².

Rekabet Kurulu bu cezaî şartın ödenmesinin talep edildiğini bilmektedir (Karar Par. 2).

Kısacası, kira sözleşmesinin tarafı olan ve Çorludaki Orion AVM'yi işleten MONO firması yanlış olan bir Rekabet Kurulu kararı yüzünden 500.000 Dolar ödemeye mahkûm edilmiştir.

II. Kararın Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Kurul kararı MONO ile McDonalds arasındaki kira sözleşmesini rekabet hukuku açısından incelemektedir. Bu sözleşme bir dikey sözleşme olmasına karşın, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne tâbi değildir. Çünkü Tebliğ'in 2. Maddesine göre; *“mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar”* grup muafiyetinden yararlanırlar. Kira sözleşmesi Tebliğ'in koruması altında değildir. Rekabet Kurulu bu durumu doğru olarak saptamıştır (Par 7);

“Bu çerçevede başvuruya konu değerlendirme, şikâyet dilekçesi doğrultusunda, kira sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alıp almadığına bakılmaksızın, Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğine yönelik olarak yapılmıştır.”

Kararda incelenen husus Kira Sözleşmesinde yer alan “rekabet yasağı” hükmüdür. Rekabet yasağı soyut düzeyde rekabeti sınırlayıcı bir kavramdır. Çünkü Grup Muafiyeti Tebliği'nin 5. Maddesi belirli koşullarda rekabet yasağına muafiyet tanınacağını öngörmektedir. Muafiyet ancak rekabeti sınırlayan hususlarda söz konusu olabilir. Eğer rekabet yasağı rekabeti sınırlayıcı olmasaydı, muafiyete gerek kalmazdı.

² İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesi E. 2012/17 K.2014/486. Bu kararda cezaî şartı düzenleyen kira sözleşmesinin 14. Maddesi aynen yazılmıştır (Bak. Yukarıda dip not 1).

Bu durumda Kurul Kararında yapılması gereken şey, bu olayda rekabet yasağının somut ve spesifik olarak rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını saptamaktır. Nitekim Kurul da bunu yapmıştır. Şimdi bunu nasıl yaptığına bakalım.

B. İlgili Pazar

1. İlgili Ürün Pazarı

Kurul, ilgili ürün pazarını “hızlı servis restoranları pazarı” (Par. 5) olarak belirlemiştir. Bu saptamaya tamamen katılıyorum.

2. İlgili Coğrafi Pazar

Yazımın başlığı “Bir Garip Rekabet Kurulu Kararı”dır. Buradaki “garip” tanımlamasını Kurul’un ilgili coğrafi pazarı tüm Türkiye olarak belirlemesi nedeni ile kullandım. Kurul bu saptamasına herhangi bir gerekçe de göstermemiştir (Par. 5). Buna karşın, karardaki tüm gerekçeler ilgili coğrafi pazarın Türkiye olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Karardaki bu varsayım vahim bir yanlış olmasının yanında, Kurul tarafından yayınlanan “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”a ve Kurul’un daha önceki kararlarına açık olarak aykırıdır.

İlgili coğrafi pazar belirlenirken ilk başvurulacak kaynak doğal olarak bu Kılavuz’dur. Kılavuzun (19) No.lu paragrafı şöyledir:

“ (19) 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 oluşturacaktır”

Orion AVM Çorlu'nun merkezine yaklaşık 5 km uzaklıkta olup, Çorlu'daki tek büyük alışveriş merkezidir. Orion bünyesinde, "food court" olarak da adlandırılan bir yeme-içme bölümü mevcuttur. Burada "hızlı servis restoranları" yer alır. AVM'ye değişik ürünleri satın almak, hatta gezmek için gelen müşteriler, yeme içme ihtiyaçlarını da burada giderirler. Bu aşamada yukarıda alıntı yaptığımız İlgili Pazar Kılavuzu'nun terminolojisini kullanalım. Bu müşteriler siparişlerini (yeme-içme) kısa dönemde ve ihmal edilebilir maliyetlerle başka yerlerdeki teşebbüslere kaydıramazlar. Burada talebin kaymasında fiyat hemen hemen hiç rol oynamaz. AVM dışındaki restoranlar, AVM'dekilerin bir ikamesini oluşturmaz. Salt bu nedenle ilgili coğrafi pazar Orion AVM'dir. Belki biraz zorlama ile pazarın Çorlu ilçesi olduğu söylenebilir. İlgili coğrafi Pazar tüm Türkiye olarak belirlenirse, Çorlu Orion AVM'de hamburger yemek isteyen bir müşterinin, daha ucuz olması nedeniyle köftesini Konya'da yemesini beklemek gibi garip ve mantıksız bir sonuçla karşılaşırız.

İlgili coğrafi pazarı AVM'ler açısından böyle dar tanımlayan Rekabet Kurulu kararları mevcuttur.

Rekabet Kurulunun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1162-378 sayılı kararının (48) paragrafında şu açıklamaya rastlıyoruz ;

“ Alışverişe konu ürünlerin nezdinde çok da göze alınmaz ucuz olduğu durumlarda zaman ve ulaşım maliyeti gibi unsurlar tüketiciler nezdinde çok da göze alınmaz iken ürünlerin pahalı olduğu durumlarda tüketiciler, fiyat farklılıklarından dolayı söz konusu maliyetlere katlanmayı göze alabilmektedir. Bu noktada, Rekabet Kurulunun gıda perakendeciliğine ilişkin kararlarına bakıldığında coğrafi pazarın genelde il düzeyinde, bazı durumlarda ise ilçe düzeyinde tanımlandığı görülmektedir.”

Rekabet Kurulunun 21.10.2010 tarih ve 10-66/1403-524 sayılı kararının (120) paragrafı ise aşağıdadır ;

“Söz konusu devralma İstanbul ilinde gerçekleştiğinden ilgili coğrafi pazarın “İstanbul” ili olduğu varsayılmıştır. Ancak, İstanbul ilinin coğrafi özelliği dikkate alındığında, coğrafi pazarın Anadolu ve Avrupa yakası olarak iki farklı alana ayrılabilceği sonucuna varılmıştır. Film üreticileri filmleri salonlara dağıtarken belirli bölgeler belirlemekte ve bu bölgelerde aynı filmin tekrar lisanslanarak gösterime verilmesinden kaçınmaktadır. Bu alanların genişliği bölgenin nüfus yoğunluğuna, coğrafi özelliklerine, yerleşim biçimlerine ve ulaşım özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir. İstanbul ili baz alındığında ise coğrafi ve demografik özellikleriyle birlikte ulaşım olanakları düşünüldüğünde daha dar/ihtiyatlı bir Pazar tanımı yapılarak İstanbul ili Avrupa Yakasının ayrı bir ilgili coğrafi pazar olarak değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.”

Görülüyor ki, Kurul kendi kılavuzuna ve emsal kararlarına açıkça aykırı olan bir karar vermiştir. Üstelik Karar’da bu aykırı görüş tek kelime ile dahi gerekçelendirilmemiştir. İlgili coğrafi pazarın doğru saptanması halinde, dar bir bölge ortaya çıkar (Orion AVM ya da Çorlu ilçesi). Bu durumda ise ortada bir rekabet ihlali olup olmadığı sorunu Rekabet Kurulu belirlediği gibi değil, bu dar pazara göre incelenmelidir.

Kısacası, karar konusu kira sözleşmesinin rekabet yasağı hükmü TAB’ı, Orion AVM pazarının dışında bırakmak amacını taşımakta ve çok açık biçimde rekabeti sınırlamaktadır. Şimdi bu konuyu incelemek isterim.

C. Rekabete Aykırılık Konusu

Kira Sözleşmesi’nin rekabet yasağı hükmünün rekabeti sınırlamadığını savunan Rekabet Kurulu kararı, ilgili coğrafi pazarın Türkiye olduğu varsayımına dayanan birtakım gerekçelere dayanmaktadır.

Kanımca karar konusu rekabet yasağı hükmü, RKHK'nun 4. Maddesine açıkça aykırıdır. TAB'ın BurgerKing markasının Orion AVM piyasasına girmesini engelleme amacı gütmektedir. Daha doğru bir ifade ile McDonalds, MONO'yu, BurgerKing'i AVM'ye almaması için zorlamaktadır. Bu zorlamanın yaptırımını ise 500.000 Dolarlık cezaî şarttır.

Ayrıca, ilgili coğrafi pazarın yanlış bir biçimde "Türkiye" olarak saptanması halinde dahi, Kurul'un gerekçeleri rekabet hukuku kurallarına ve mantığına aykırı düşmektedir.

Şimdi bu gerekçeleri incelemek isterim.

1. McDonalds son üç yıldır kira sözleşmelerime "münhasırlık" hükmü koymamaktadır

Kurul, McDonalds'ın Türkiye'de çok sayıda kira sözleşmesi akdetmiş olduğunu saptamıştır. McDonalds son üç yıldır kira sözleşmelerine "münhasırlık" hükmünü koymamaktadır (Bak. Karar Par. 8). Ancak, halen yürürlükte olan ve münhasırlık hükmü taşıyan sözleşmeler mevcuttur. Karar konusu sözleşme de bunlardan bir tanesidir ve yasaya aykırıdır. Eğer McDonalds münhasırlık hükmünü uygulamama kararında samimi olsa idi, Orion kira sözleşmesine dayanarak cezaî şart talep etmemesi gerekirdi.

İlgili coğrafi pazarın Türkiye olduğunu kabul etsek dahi, bu yanlış saptama McDonalds'ın halen yürürlükte olan ve münhasırlık hükmüne sahip anlaşmaların RKHK'nun 4. Maddesine aykırı olduğu gerçeğini değiştirmez. İlgili pazarın doğru olarak Orion AVM olarak belirlenmesinde ise, ortada sadece bir adet kira sözleşmesi vardır ve bu sözleşmedeki münhasırlık hükmü yasaya aykırıdır. Bu durumda ihlalin vahameti daha da artmaktadır.

2. Tarafların restoranlarının sayısı

Rekabet Kurulu, Türkiye piyasasında TAB tarafından işletilen BurgerKing restoranlarının sayısının McDonalds'dan daha fazla olduğunu (Bak. Karar Par. 21), ve birçok mekânda her iki teşebbüsün restoranlarının birlikte faaliyet gösterdiklerini (Bak. Karar Par. 11) saptamıştır

ve bunu gerekçe olarak kullanmaktadır. Oysa olayda anlaşmalara ilişkin RKHK m. 4 söz konusudur. Bu maddenin uygulanması için tarafların piyasa güçleri bir anlam taşımaz. Olsa olsa toplam piyasa payları çok küçükse “de minimis” kuralı uygulanabilir. Çok bilinen ve yaygın bir satış ağına sahip bu iki marka sahibi teşebbüs için böyle bir şey söz konusu olamaz. Kısacası, tarafları göreceli piyasa güçleri RKHK’nun 4. Maddesinin uygulanmasını engellemez.

Üstelik doğru ilgili pazar saptanması halinde tarafların Orion AVM’de sadece birer restorani olacaktır. Bu durum da ihlalin ağırlığını artırmaktadır.

3. McDonalds’ın rayiç üstünde kira ödemesi

Rekabet Kurulu kararına göre; Söz konusu hükme ilişkin olarak McDonald’s tarafından yapılan açıklamada (Par. 14);

“(.....)’ye bu yükümlülüğün getirilmek istenmesinin tek nedeninin, adı geçen AVM’de sadece McDonald’s’ın faaliyet göstereceği ve bu nedenle satışın yüksek olacağına öngörülerek sözleşme ile (.....) lehine rayiçlerin çok üzerinde belirlenen kira bedellerinin kabul edilmesi olduğu belirtilmiştir. Burger King’in söz konusu AVM’ye girmesiyle birlikte bu durumun McDonald’s’ın satışlarını olumsuz etkilediği ve kira sözleşmesinde rayiçlerin üzerinde kabul edilen kira bedelinin amaçsız hale geldiği, bu nedenle (.....)’den kira indirimi talebinde bulunduğu, bu talebin olumsuz karşılanması üzerine cezai şartın tahsili için yargı nezdinde girişimlerde bulunduğu, bununla birlikte mevcut durumda Burger King’in adı geçen AVM’de faaliyet gösterdiği ifade edilmiştir.”

Yukarıdaki gerekçeye dayanan Rekabet Kurulu, şu sonuca varmıştır (Par. 17);

“Yukarıda yer verilen örneklerin birlikte değerlendirilmesi ile McDonald’s’ın münhasırlık ihtiva eden sözleşmelerinin pazardaki rekabeti engellemekten ziyade yüksek belirlenen kira bedelini kompanse etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.”

Kurul bu gerekçesini yine ilgili coğrafi pazarın Türkiye olmasına bağlamıştır. Bir an için doğru olmayan bu varsayıma dayansak dahi, Kurulun yorumu yine de yanlıştır.

Kurul'un gerekçeleri yanlış varsayımda dahi, ortada bir ihlal olmadığı sonucuna bizi götürmez.

İlgili kira sözleşmesinde rekabet yasağı hükmü olduğu ve McDonalds'ın bu hükmün yaptırımı olan cezaî şartı talep ettiği konularında ihtilaf yoktur. Ayrıca, münhasırlık hükmünün RKHK'nun 4. Maddesine aykırı olduğu da açıktır. McDonalds, yasaya aykırı bu hükmün yaptırımını uygulamak için de teşebbüste bulunmuş, dava açmıştır.

Bütün bunların yanında, McDonalds cezaî şart talep etmeden salt kira indiriminde bulunsaydı dahi, bu talep münhasırlık hükmünü uygulamak için bir zorlama sayılacaktı. Bu durumda McDonalds şu irade beyanında bulunmaktadır: "Eğer münhasırlık hükmüne uymaz isen, kirayı indiririm!" Bu tutum açıkça bir zorlamadır ve yasaya aykırıdır.

Rekabet Kurulu, burada amacın rekabeti sınırlama değil, kira bedelini "kompanse" etmek olduğu görüşündedir. Bu görüş doğru değildir. Çünkü Kira bedelini "kompanse" etmek için yapılan bu girişimin nihaî amacı Burger King'in pazara girişini engellemek/zorlaştırmaktır. McDonalds bunu çok iyi bilmektedir. Yani, amacın rekabeti sınırlamak olduğu açıktır.

Bilindiği gibi RKHK'nun 4. Maddesi amacı veya etkisi rekabeti sınırlamak olan anlaşmaların maddenin bir ihlali olduğunu açıkça gösterir. Sadece amacın rekabeti sınırlamak olması, anlaşmanın yasaya aykırı olması için yeterlidir.

Doğru yorum ile coğrafi pazarın Orion AVM olduğu kabul edildiği takdirde, yukarıdaki diğer gerekçelerde olduğu gibi ihlalin ağırlığı artmaktadır.

4. Pazar Türkiye ise, pazara girişin engellenmediği sonucu

Bu konuda Rekabet Kurulu görüşünü şöyle açıklamaktadır (Par. 17);

“Kaldı ki, ilgili coğrafi pazarın Türkiye olması, münhasırlık hükmünü haiz az sayıdaki sözleşmenin, rakibin pazara girişini engelleme amacı ile yapıldığı iddiasını geçersiz kılmaktadır. Bir başka deyişle, çok az sayıdaki sözleşmede yer alan münhasırlık hükmünün rakiplerin pazara girişini engellemesi olanaklı görülmemektedir.”

Burada Kurul “engelleme amacı”ndan söz etmektedir. Rekabet Yasağı hükmünün amacı ne olursa olsun, bu amaç coğrafi pazarın Türkiye olup olmamasına göre değişmez. Sanıyorum ki yukarıdaki paragrafta Rekabet Kurulu amacı değil etkiyi kastetmektedir. Nitekim Kurul Kararın 22. Paragrafında amaç değil, doğru olarak etki kavramını kullanmıştır;

“Diğer yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, hâlihazırda şikayetçi ve şikayet edilenin tek başlarına ve birlikte faaliyet gösterdiği AVM sayısına bakıldığında, başvuruya konu münhasırlık hükmünü haiz kira sözleşmelerinin Burger King’in pazarın dışında bırakılmasına yol açan bir etkiye sahip olduğundan bahsetmek mümkün değildir.”

Bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin belirlenmesi için coğrafi pazarın saptanması büyük önem taşır. Eğer pazar tüm Türkiye olarak alınır, rekabeti sınırlayıcı etkinin pazarda hissedilir ölçüde olmadığı savunulabilir. Buna karşılık olayda gerçek coğrafi pazar Türkiye değil Orion AVM’dir. Bu durumda ise münhasırlık hükmünün pazara girişi engelleyici bir etkisi/muhtemel etkisi olduğu açıkça ortaya çıkar.

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, bir anlaşmanın salt amacının rekabeti sınırlamak olması, RKHK’na aykırılık için yeterlidir. Münhasırlık hükmünün amacı ise açıkça rekabeti sınırlamaktır. Bu sonuç coğrafi pazarın ne olduğuna da bağlı değildir.

5. Rekabet Yasağı hükmü içeren kira sözleşmesinin süresi

McDonalds ile MONO arasındaki kira sözleşmesi 19 Haziran 1999 tarihinde imzalanmış olup halen yürürlüktedir. Sözleşmenin 2. Maddesi uyarınca kira süresi 20 yıldır.

Yukarıda açıklandığı üzere karar konusu kira sözleşmesi 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'ne tâbi değildir. Buna karşılık, Tebliğ'in rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen 5. Maddesi süre açısından bize yol gösterici olabilir. Maddeye göre rekabet etmeme yükümlülüğü beş yıl için geçerlidir. Beş yılın sonunda alıcı serbest iradesi ile yeni bir sözleşme yapabilir. Yani beş yıllık süre yeniden işlemeye başlar. Yahut alıcı beş yılın sonunda satıcının rakiplerinden de mal almaya başlayabilir.

İlgili kira sözleşmesi beş yıldan çok uzun bir zamandır uygulanmaktadır. 2019 yılına kadar da yürürlükte kalacaktır.

Grup muafiyeti tebliğinin 5. Maddesi kıyasen uygulandığı takdirde münhasırlık hükmü bir ihlal oluşturur.

III. Sonuç

Kurul'un nasıl böyle bir karar alabilmiş olduğunu anlayabilmiş değilim. Karar, Rekabet Kurulu'nun kendi hazırladığı kılavuza ve emsal kararlarına aykırı olduğu gibi, rekabet hukukunun genel kabul görmüş ana ilkeleri ile de çelişmektedir.

Sorun salt bir hukuka aykırılık konusu olsa idi, bu yazımda daha yumuşak bir dil kullanabilirdim. Ama ortaya çıkan sonuçlar korkutucudur.

Her şeyden önce, bu karar yüzünden Orion AVM'nin işleticisi MONO 500.000 Dolar ödemeğe mahkûm edilmiştir.

İkinci olarak, 2019 yılına kadar geçerli olacak bir "rekabet yasağı" hükmü ile McDonalds'a, tabir yerinde ise, açık çek verilmiş olmaktadır. McDonalds bu kararı emsal göstererek, önümüzdeki beş yıl içinde Orion AVM'de herhangi bir "köfteci"nin çalışmasını engelleyebilecektir.

Rekabet Kurulu herhangi bir nedenle McDonalds'a (doyurucu bir gerekçesi olmak koşulu ile) ceza vermek istemeyebilir. Bunu anlayışla karşılayabilirdim. Ama bu durumda Kurul şunu demeliydi:

“McDonalds'a ceza vermiyorum. Ama kira sözleşmesindeki rekabet yasağı hükmü RKHK'nun 4. Maddesine aykırıdır. McDonalds bu hükmü uygulayamaz ve maddeyi sözleşmeden çıkarması gerekir. Bunu yapmazsa hakkında soruşturma açılabilir.”

Bu suretle yukarıda saydığım vahim sonuçlar ortaya çıkmazdı.

Yazımı bir soru sorarak bitirmek istiyorum: Kurul böyle bir kararı niçin almıştır? Bu soruya tek kelime ile cevap verebilirim: **Bilmiyorum!**

EK:1

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-4-317 (Önaraştırma)

Karar Sayısı : 13-12/185-99

Karar Tarihi : 07.03.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Kenan TÜRK, Fevzi ÖZKAN

B. RAPORTÖRLER : Dr. Hakan BİLİR, Bahar ERSOY

C. BAŞVURAN : TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN

Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza No:38/8 Balmumcu

Beşiktaş/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILANLAR : Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti.

Büyükdere Cad. Özsezen İş Merkezi No:122/9 T Blok

Zincirlikuyu/İstanbul

(1) E. DOSYA KONUSU: Anadolu Restoran işletmeleri Ltd. Şti.'nin kira sözleşmesi yaptığı alışveriş merkezlerinde TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yer alamadığı iddiası.

(2) F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle;

- Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. (McDonald's)'nin³ Çorlu'da bulunan Orion Alışveriş Merkezi (Orion AVM), Samsun'da yer alan Yeşilyurt Alışveriş Merkezi, Batman'da yer alan Batman Park Alışveriş Merkezi, İstanbul'da bulunan Capitol Alışveriş Merkezi, Beylikdüzü Migros Alışveriş Merkezi ve Capacity Alışveriş Merkezi başta olmak üzere Türkiye çapında birçok alışveriş merkezi (AVM) ile imzalamış olduğu kira sözleşmelerinde kırmızı etten mamul hamburger satışına ilişkin olarak münhasırlık (rekabet etmeme yükümlülüğü) hükmüne yer verdiği,

- Sözleşmelerde ilgili hükmün ihlali halinde AVM'ler aleyhine uygulanacak cezai şarta yönelik düzenlemelerin bulunduğu ve McDonald's ile Orion AVM arasındaki kira sözleşmesinde yer alan rekabet yasağından doğan cezai şartın, diğer işletmecilerden ziyade sadece TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Burger King)'nin anılan AVM'ye girmesi sonrasında talep edildiği,

- Bu şekilde, McDonald's'in yer aldığı AVM'lerde, Burger King'in faaliyet göstermesinin engellendiği ve Burger King'in AVM'lerin dışında bırakılmasının amaçlandığı,

³ Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti., merkezi ABD'de bulunan McDonald's Corporation ile yaptığı anlaşma uyarınca, Türkiye sınırları içerisinde McDonald's restoranı kurma, işletme ve üçüncü kişilere lisans verme hususlarında münhasır yetkilidir.

- Múnhasırlık uygulamalarının şikâyete konu her bir AVM özelinde değeriendirilmesi ve her bir AVM'nin ayrı birer coğrafi pazar olarak tanımlanması gerektiği iddia edilmiştir.

(3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 07.11.2012 tarih ve 9528 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 23.11.2012 tarih ve 2012-4-317/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu 06.12.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. **13-12/185-99** Söz konusu karar uyarınca düzenlenen 19.02.2013 tarih ve 2012-4-317/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, başvuru konusu iddia ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

(5) Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, ilgili ürün pazarı "hızlı servis restoranları pazarı"; ilgili coğrafi pazar ise "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.2. Tespitler ve Değerlendirme

(6) Başvuruda, McDonald's'ın Türkiye çapında birçok AVM ile imzalamış olduğu kira sözleşmelerinde kırmızı etten mamul hamburger satışına ilişkin olarak múnhasırlık hükmüne yer verildiği, bu yükümlülüğe uyulmaması halinde AVM'ler aleyhine uygulanacak cezai şart öngörüldüğü, nitekim McDonald's ile Orion AVM arasındaki kira sözleşmesinde yer alan rekabet yasağından doğan cezai şartın Burger King'in anılan AVM'ye girmesi ile talep edildiği, bu şekilde McDonald's'ın kendisinin faaliyet gösterdiği AVM'lere Burger King'in girmesini engellediği ve Burger King'i AVM'lerin dışında bırakmayı amaçladığı iddia edilmiştir.

Başvuruda, ayrıca Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un "Grup Muafiyetinin Kapsamı" başlıklı birinci paragrafında kira sözleşmelerinin dikey anlaşma olarak nitelendirilemeyeceğinin açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, bu durumun söz konusu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bağlamında ele alınmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir. Başvuruda ek olarak, İngiliz Rekabet Otoritesi'nin "Kira Sözleşmeleri Kılavuzu"na atıf yapılarak, kira sözleşmelerinin pazara giriş engellerini artırması ile rekabeti engelleme etkisinin ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.

(7) Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu anlaşmanın belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması veya bu etkiyi doğurması gereklidir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bakımından yapılan değerlendirmelerde, anlaşmanın amacı veya etkisinin ortaya konulması gereklidir. Bu çerçevede başvuruya konu değerlendirme, şikâyet dilekçesi doğrultusunda, kira sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alıp almadığına bakılmaksızın, Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğine yönelik olarak yapılmıştır.

(8) Başvuruda yer verilen iddialara yönelik olarak önaraştırma sürecinde McDonald's tarafından gönderilen yazıda, son üç yıl içinde McDonald's'ın AVM'lerle imzaladığı kira sözleşmelerinde herhangi bir múnhasırlık hükmüne yer verilmediği, bununla birlikte McDonald's'ın AVM'lerle daha önce akdettiği ve halen yürürlükte olan kira sözleşmelerinden yalnızca (.....) tanesinde múnhasırlık hükmünün yer aldığı belirtilmiştir.

(9) Yazıda, son üç yıl içerisinde McDonald's ile AVM'ler arasında imzalanan kira sözleşmelerinin food court sözleşmeleri⁴ ve mall sözleşmeleri⁵ olarak iki kategoriye ayrıldığı belirtilmiştir. Food court sözleşmelerine örnek olarak, (.....) ile yapılan sözleşme yazı ekinde sunulmuştur.

Sözleşmenin 14. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır: (.....)

(10) Mall sözleşmelerine örnek olarak sunulan, (.....) ile imzalanan sözleşmenin 2. maddesinin (f) bendinde yer alan hüküm ise şu şekildedir: (.....) **13-12/185-99**

(11) Yukarıda yer verilen hükümlerden, son üç yıl içerisinde imza altına alınan sözleşmelerde rekabeti engellemeye yönelik münhasırlık içeren bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Nitekim hem Burger King hem de McDonald's tarafından gönderilen yazılarda; hâlihazırda yalnızca Burger King'in yer aldığı AVM sayısının (.....), yalnızca McDonald's'ın yer aldığı AVM sayısının (.....), her ikisinin birlikte yer aldığı AVM sayısının ise (.....) olması, McDonald's'ın kira sözleşmelerinin uygulamadaki durumunu teyit eder niteliktedir.

(12) Bununla birlikte, McDonald's'ın üç yıl öncesinde imza altına alınan az sayıdaki sözleşmesinde münhasırlık hükmü yer almaktadır. Örneğin, şikâyet başvurusunda da yer verildiği üzere, (.....)'da bulunan (.....) için, McDonald's ile (.....) arasında yapılan sözleşmede, kırmızı etten mamul hamburger yapan başka bir restoranın aynı AVM içinde açılmamasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmenin 14. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

(.....)

(13)

(TİCARİ SIR)

(14) Söz konusu hükme ilişkin olarak McDonald's tarafından yapılan açıklamada, (.....)'ye bu yükümlülüğün getirilmek istenmesinin tek nedeninin, adı geçen AVM'de sadece McDonald's'ın faaliyet göstereceği ve bu nedenle satışın yüksek olacağına öngörülerek sözleşme ile (.....) lehine rayiçlerin çok üzerinde belirlenen kira bedellerinin kabul edilmesi olduğu belirtilmiştir. Burger King'in söz konusu AVM'ye girmesiyle birlikte bu durumun McDonald's'ın satışlarını olumsuz etkilediği ve kira sözleşmesinde rayiçlerin üzerinde kabul edilen kira bedelinin amaçsız hale geldiği, bu nedenle (.....)'den kira indirimi talebinde bulunulduğu, bu talebin olumsuz karşılanması üzerine cezai şartın tahsili için yargı nezdinde girişimlerde bulunulduğu, bununla birlikte mevcut durumda Burger King'in adı geçen AVM'de faaliyet gösterdiği ifade edilmiştir.

(15) Açıklamada, yukarıda yer verilen ifadelerin doğruluğunu teyit etmek bakımından McDonald's ile İstanbul'da bulunan (.....) arasında yapılan sözleşme örnek olarak sunulmuştur. Nitekim McDonald's ile (.....) ile akdedilen kira sözleşmesinde daha önce münhasırlık hükmüne yer verilmiş olmasına rağmen, Burger King'in adı geçen AVM'ye girmesiyle taraflar arasında imzalanan (.....) tarihli ek protokol ile kira bedelinin düşürüldüğü ve münhasırlık hükmünün bütün neticeleri ile birlikte iptal edildiği belirtilmiştir. (.....) ile yapılan sözleşmenin 25.maddesinde bulunan ve daha sonra ek protokol ile yürürlükten kaldırılan hüküm; (.....) şeklindedir.

⁴ Yeme-içme faaliyetlerinin tümünün toplandığı AVM'lerin yemek katları için imzalanan sözleşmelerdir

⁵ AVM içerisinde food court dışında yerleri kiralamak için yapılan sözleşmelerdir.

(16) Buna ek olarak, McDonald's ile (.....) ve (.....) ile akdedilen kira sözleşmelerinde herhangi bir münhasırlık hükmü getirilmemekle birlikte, benzer ürünler satan uluslararası zincir bir markanın AVM'ye alınması halinde kira bedelinden indirim yapılacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

(17) Yukarıda yer verilen örneklerin birlikte değerlendirilmesi ile McDonald's'ın münhasırlık ihtiva eden sözleşmelerinin pazardaki rekabeti engellemekten ziyade yüksek belirlenen kira bedelini kompanse etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim hem McDonald's'ın mevcut durumda faaliyet gösterdiği AVM'lerin %(.....)'inden fazlası için münhasırlık hükmünün söz konusu olmaması hem de kira bedelinin düşürülmesinin kabulü durumunda Burger King'in ilgili AVM'lere girebilmiş olması bu durumu teyit etmektedir. Kaldı ki, ilgili coğrafi pazarın Türkiye olması, münhasırlık hükmünü haiz az sayıdaki sözleşmenin, rakibin pazara girişini engelleme amacı ile yapıldığı iddiasını geçersiz kılmaktadır. Bir başka deyişle, çok az sayıdaki sözleşmede yer alan münhasırlık hükmünün rakiplerin pazara girişini engellemesi olanaklı görülmemektedir.

13-12/185-99

Türkiye olması, münhasırlık hükmünü haiz az sayıdaki sözleşmenin, rakibin pazara girişini engelleme amacı ile yapıldığı iddiasını geçersiz kılmaktadır. Bir başka deyişle, çok az sayıdaki sözleşmede yer alan münhasırlık hükmünün rakiplerin pazara girişini engellemesi olanaklı görülmemektedir.

(18) Yukarıda yer verilene ek olarak, McDonald's'ın münhasırlık hükmünü içeren bir diğer sözleşme (.....)'da bulunan (.....) ile yapılmıştır. Söz konusu sözleşmenin "Kiracının Faaliyetinin Özelliği" kenar başlıklı 18. maddesi şu şekildedir: (.....)

(19) Söz konusu hükme ilişkin olarak McDonald's tarafından yapılan açıklamada, her ne kadar söz konusu düzenleme münhasırlık hükmü gibi gözükse de, anılan hükme uyulmaması halinde yaptırımın ne olacağına belirsiz olması nedeniyle söz konusu maddenin uygulama alanının bulunmadığı ifade edilmiştir.

(20) Bu bilgiler çerçevesinde, McDonald's'ın AVM'ler ile yaptığı, yukarıda da verilen sözleşmelerin rakiplerin pazarın dışında çıkartılması amacına yönelik olmadığı kanaatine varılmıştır. İlgili pazara yönelik olarak aşağıda yer verilen bilgiler de bu durumu teyit etmektedir.

(21) Söz konusu olayda, iki teşebbüs arasında yapılan anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rakibi dışlayıcılığından bahsedebilmek için, ilgili kira ilişkisinin hızlı servis restoranları pazarına girişi ve pazarda faaliyet göstermeyi zorlaştırması, dolayısıyla rakipleri dışlayıcı bir etki doğurması gerekmektedir. Ancak, 2012 yılı itibarıyla şikayetçi konumundaki Burger King'in, AVM içi restoran sayısı, McDonald's'ın restoran sayısının (.....) katından daha fazladır. Öte yandan, aynı yıl şikayetçi konumundaki Burger King'in AVM içi (in-line) restoran sayısı, McDonald's'ın in-line restoran sayısından (.....) adet daha fazladır.

(22) Diğer yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, hâlihazırda şikayetçi ve şikayet edilenin tek başlarına ve birlikte faaliyet gösterdiği AVM sayısına bakıldığında, başvuruya konu münhasırlık hükmünü haiz kira sözleşmelerinin Burger King'in pazarın dışında bırakılmasına yol açan bir etkiye sahip olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

(23) Sonuç olarak, McDonald's'ın Burger King'i AVM'ler dışına çıkarmayı amaçladığı yahut AVM'lerde faaliyet göstermesini engellediği yönündeki iddiaların gerçeği yansıtmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

(24) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. Maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir

TOPLANTI DUYURUSU

Rekabet Derneği İstanbul Şubesi olarak **30 Eylül 2014, Salı günü, 16.00-18.00 saatleri** arasında Elit World Prestige Otel (4*)’de, Friedrich Naumann Vakfı’nın katkılarıyla gerçekleştirileceğimiz etkinliğimizde, rekabet hukuku uzmanları Özge İçöz ve Süleyman Cengiz tarafından “Yerel ve Uluslararası Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Dağıtım Sözleşmelerinde Güncel Konular” konusu ele alınacaktır. Bu etkinliğimizde sizleri de aramızda görmekten mutluluk duyarız.

Toplantı programı aşağıda yer almaktadır.

Toplantı Yeri ve Tarihi : 30 Eylül 2014, Elit World Prestige Otel (4*), Talimhane, Taksim

Toplantı Programı :

16.00 - 17.00 : Özge İçöz ve Süleyman Cengiz tarafından yapılacak “Yerel ve Uluslararası Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Dağıtım Sözleşmelerinde Güncel Konular” konulu sunum

17.00-17.15 : Kahve Molası

17.15-18.00 : Tartışma ve Soru-cevap

Elite World Prestige Hotel (4*)

Şehit Muhtar Cad. No:40 34435 Talimhane – Taksim (Ciner Holding karşısı)

Tel: +90 212 297 13 13 [begin_of_the_skype_highlighting](#) +90 212 297 13 13 ÜCRETSİZ [end_of_the_skype_highlighting](#) (Pbx)

Otelin yeri ayrıca <http://www.elitworldprestige.com.tr/iletisim.aspx?pageID=120> adresinden de görülebilir. (Yakın mesafede iki adet “Elite” isimli otel olduğundan, etkinliğimizin düzenlendiği Elite World Prestige Otel’e gelinmesi rica olunur.)

Etkinliklerimize katılım ücretsizdir. Ancak bu toplantıya katılıp katılamayacağınızı en geç 27 Eylül Cumartesi, saat 17.00’e kadar ozge.icoz@arinnadanismanlik.com ve edaa@kemalerol.net adreslerine bildirmenizi rica ederiz.

DUYURU

Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale Ödülü Verecek

2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ vb. eserler arasında Rekabet Hukuku ve Rekabet İktisadı dalında ayrı ayrı en iyi makale ödülü verilmesine karar verilmiştir.

a-Rekabet Hukuku Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Nurkut İnan başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Nurkut İnan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz-Ortadoğu Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

Üye: Av. Kubilay Atasayar-Rekabet Kurulu Emekli Üyesi

Üye: Şamil Pişmaf -Rekabet Kurumu

b-Rekabet İktisadı Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Uğur Emek başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Uğur Emek-Kalkınma Bakanlığı

Üye: Yrd. Doç. Dr. Seyit Mümin Cilasun-Atılım Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil Özbuğday-Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Dr. Ekrem Kalkan-Rekabet Kurumu

Ödüle ilişkin eleştiri ve önerilerinizi lütfen rdrekabetodulu@gmail.com e-posta adresine gönderiniz.

REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **erdalturkkan@hotmail.com** adresine bekliyoruz.