

Rekabet Otoritelerinin Ticari Kira Sözleşmelerindeki Rekabet Etmeme Yükümlülüklerine Bakış

18 Ara 2015

Rekabet hukukunun amaçlarından bir tanesi de mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlama, karar ve uygulamaları önlemek ve bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yapmaktır.

Bu kapsamda, dünya genelinde rekabet otoriteleri anlamalardan kaynaklanan yatay ve dikey rekabet hukuku sorunlamalarına bu sorunlamaların amaç ve/veya etkilerine bakarak müdahale etmeyi tercih edebilecektir.

Bu kapsamda, ticari kira sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülükleri de zaman zaman rekabet otoritelerinin incelemesine tabi olabilmekte ve bu yükümlülüklerin rekabet hukuku açısından geçerliliği sorgulanabilmektedir. Bu makalede, konu hakkında mehz mevzuatımız olan AB mevzuatı altında verilen yakın tarihli bir karar ışığında, Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") da pozisyonu incelenerek kararlaştırılmalı bir yaklaşım sunulmaya çalışılacaktır.

AB Rekabet Hukukunda Ticari Kira Sözleşmelerindeki Rekabet Etmeme Yükümlülükleri

Avrupa Adalet Divanı ("AAD"), yakın tarihli [C-345/14 sayılı Maxima Latvija](#) kararıyla, Avrupa Birliği'nin üyesi Hakkındaki Antlaşma'nın ("ABHA") 101. maddesinin (4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("4054 Sayılı Kanun") 4. maddesi açısından mehz mevzuat olan) ticari kira sözleşmelerinde bulunan rekabet etmeme yükümlülüklerine uygulanması konusuna değinmiştir. Dava konusu olayda, AAD, ana kiracıya (anchor tenant)1 tanınan rakip kiracıların alması için merkezi ile kira sözleşmesi yapmasını önleme hakkının ABHA'nın 101. maddesini amaç yönünden ihlal edip etmediğini de değerlendirmiştir.

Letonya rekabet otoritesi, Letonya'nın en büyük süpermarket zincirlerinden biri olan Maxima Latvija'nın alması için merkezleri ile imzaladığı kira sözleşmelerinde bulunan çeşitli hükümlerin, ilgili alması için merkezlerindeki perakende yiyecek hizmetleri alanındaki rekabetin Maxima Latvija tarafından engellenebilmesine imkân verdiği yönünde değerlendirme yapmıştır. Buna göre, ana kiracı olarak Maxima Latvija'nın alması için merkezlerinde kiralananabilecek diğer ünitelerin kimlere tahsis edilebileceğini belirleme hakkına sahip olması, ABHA'nın 101. maddesinin yerel mevzuattaki kararlaştırılan maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiş ve Maxima Latvija'ya cezai yaptırım uygulanmıştır.

Söz konusu karara karşı Maxima Latvija tarafından Letonya ilk derece mahkemesinde açılan davada, ilk derece mahkemesince Maxima Latvija'nın ilgili anlamalarla sahip olduğu pazar gücü dolayısıyla imzalayabiliyor olması amaç yönünden rekabeti engelleyici olduğuna karar verilmiş ve ilgili rekabet etmeme yükümlülüklerinin rekabet üzerindeki mevcut veya potansiyel etkilerine bakılmamıştır.

Bu karara karşı yürütülen temyiz incelemesinde, Letonya Yüksek Mahkemesi; kiraya veren (alması için merkezindeki bakkal ticari bölümleri kiraya veren teebbüs) ve kiralayan arasında akdedilen bir anlamada, kiraya verenin aynı tesis içerisinde sahibi olduğu diğer bölümleri kiralayanın rızası olmaksızın kendi bakkal iradesiyle kiralamasını engelleyen hükümler yer alması durumunda söz konusu hükümlerin amaç yönünden rekabeti önleyici, kısıtlayıcı veya bozucu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda AAD'nin görüşüne başvurmuştur.

AAD, amaç yönünden rekabet hukukuna aykırılıkların sınırlı durumlarda yalnızca belirli tipteki davranışlara uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda amaç yönünden rekabet hukukuna aykırılıkların, yarattıkları etkilere bakılmaksızın rekabetçi düzeni yeter düzeyde sınırlayan davranışlarla sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Yeter düzeyde sınırlama da, ilgili davranışın rekabetçi düzen üzerinde doğası gereği olumsuz etkiler (hizmet veya ürünlerin fiyatları, nitelik ve/veya nicelikleri üzerinde olumsuz etkiler gibi) yaratması mümkün olması nedeniyle söz konusu davranışın pazardaki fiili etkilerine bakılmamasına ihtiyaç duyulmamasıdır.

Bu kapsamda, AAD dikey anlaşmalarda yer alan bazı kısıtlamaların amaç yönünden rekabet hukukuna aykırılıkların tespitiyle beraber, kira sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin doğaları gereği rekabetçi düzeni bozmamaları nedeniyle bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. AAD'ye göre, kira sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin fiili veya potansiyel rekabeti bozucu etkilerinin olabilecek olması, bu yükümlülükleri içeren sözleşmelerin doğaları gereği ilgili pazardaki rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı, bozucu olduğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla, kira sözleşmelerinde, kiracıya bir alıverişi merkezi içerisindeki diğer bazı bölümlerin kiralanabileceği teebbüsleri doğrudan veya dolaylı olarak belirleyebilme hakkı tanıyan yükümlülüklerin yer alması tek başına, ilgili sözleşmelerin amaç yönünden AB'HA'nın 101. maddesine aykırılık teşkil ettiğini sonucunu doğurmayacaktır.

Söz konusu hükümlere yönelik yapılacak değerlendirmede ilgili sözleşmelerin hukuki ve ekonomik zemini dikkate alınarak sözleşmelerin etkileri incelenmeli ve pazarda bir kapama etkisinin olup olmadığına bakılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken dikkate alınabilecek konular; ilgili yükümlülüklerin kapsamına giren coğrafi alandaki pazar dinamikleri ve yapısı, söz konusu coğrafi alanda yeni bir rakibin ticari faaliyetine başlayabilmesi için somut alternatiflerin varlığı, bu coğrafi alandaki AVM'lerin sayısı ve bu pazardaki yoğunlaşma seviyeleri, müteri alıverişleri ve marka bilirliliğinin derecesi, pazara girişi engelleri, sınırlamanın süresi, kümülatif bir etki doğumasına sebebiyet verebilecek benzer yapıda yükümlülüklerin pazarda yaygın olarak kullanılması gibi hususlardır.

AAD'nin yaptığı olduğu analizden de anlaşılacağı üzere, AB rekabet hukukunda ticari kira sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüklerinin hukukiliği, ilgili sözleşmelerin yapıldığı hukuki ve ekonomik zemin ve ilgili ürün pazarının dinamikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda ilgili pazara erişimin bu yükümlülükler dolayısıyla zorlaştığını görüldüğü halde pazardaki kapanmanın ne kadarının bu yükümlülüklerden kaynaklandığına bakılmalı ve ancak bu analiz sonucunda ilgili yükümlülüklerin hukukiliğine karar verilmelidir.

Türk Rekabet Hukukunda Ticari Kira Sözleşmelerindeki Rekabet Etmemeye Yükümlülüklerine Yaklaşım

Ülkemizde de konuya AB'deki yaklaşıma benzer bir perspektiften yaklaşılmaktadır. Rekabet Kurulu vermiş olduğu çeşitli kararlarında konuyu incelemiş ve konuyu yukarıdaki yaklaşıma benzer bir çerçevede ele almıştır.

14.12.2006 tarih ve 06-90/1145-339 sayılı TAB Gıda Kararı

İlgili kararda, Tepe Emlak Yatırım Şirketi Ticaret A.Ş.'nin sahibi olduğu Tepe Nautilus Alıverişi Merkezi'nin yeme-içme bölümünde Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti. (McDonald's) restoranı açması için dükkân kiralamayış reddetmesi nedeniyle 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği, anılan eylemin Tepe Emlak ile Türkiye'de Burger King restoranları işleten TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Tab Gıda) arasında yapılan bir anlaşma sonucu gerçekleştiği ve bu anlaşmanın da 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal oluşturduğu iddiası incelenmiştir.

Kurul konuyla ilgili olarak yaptığı değerlendirilmede konunun 4. madde altında değerlendirilebilmesi için dikkatli bir etki doğuran bir anlaşmanın var olması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir; "... 4. madde anlamında dikkatli bir eylemlerin varlığından bahsedebilmek için olayda **münhasır bir ilikin bulunduğunu** göstermek zorunludur. McDonalds'ın dikkatli iddiasının ciddiye alınabilmesi için Tab Gıda ile Tepe Emlak arasındaki **kira ilikin**

münhasırlık içermesi, bu yönüyle h?zl? servis restoranlar? **pazar?na giri?i ve pazarda faaliyet göstermeyi zorla?tırmas?**, **dolayısıyla rakipleri d?layıc? bir etki do?urmas?** gerekirdi. Somut olayda böyle bir münhasırlı?ın varlı?ı yönünde bir iddia ya da kanıt yoktur. Tepe Nautilus'de Tab G'da'nın pek çok rakibinin yer aldık?ı dikkate alındık?ında bir münhasırlı?ın mevcut olmadık?ı da görölmektedir." (vurgu eklenmiştir)

Yukarıdaki de?erlendirmeye istinaden, somut olayda anla?malarda herhangi bir rekabet etmeme yükümlülü?ü olmamasına rağmen Kurul'un almış oldu?u pozisyonu, böyle bir yükümlölük olsaydı bunun incelenmesinde rakipleri d?layıc? etkilerin varlı?ına bakılmas? gerekece?i ?ekilde yorumlamak ve dolaylı olarak da olsa Kurul'un AAD'nin pozisyonuna benzer bir pozisyon aldık?ın? söylemek mümkündür.

01.11.2012 tarih ve 12-53/1486-514 sayılı TAB G'da Karar?

İlgili kararda, Konya'da kurulmas? planlanan ve kentin en büyük al?veri? merkezi olacak olan Konya Kent Plaza AVM'sinde McDonald's'in da yer almak istedi?i ancak AVM ma?azalarının pazarlanması?ı?ı yapan 4A Danışmanlık Kiralama Yönetim Perakende Ltd. ?ti.'nin (4A) bu giri?imlerini engelledi?i, gerekçe olarak da Burger King'in sahibi olan TAB G'da Sanayi ve Ticaret A.?. tarafından McDonald's'in söz konusu AVM'ye girmesi durumunda TAB G'da'nın sahip oldu?u dört markayı da AVM'den çekmesinin gösterdi?i iddiası üzerine TAB G'da, 4A ve Deha Gayrimenkul Yatırım ?naat Taahhüt A.?. hakk?nda inceleme yaptı?ı?ı.

Kurul bu karar?nda da bir önceki karar?ndaki de?erlendirmeye sadık kalmış ve aynı pozisyonu koruyarak ticari kira sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlölüklerinin incelenmesinde pazara giri?i ve pazarda faaliyet göstermeyi zorla?tıran rakipleri d?layıc? etkilerin varlı?ına bakılmas? gerekti?ini dolaylı olarak ifade etmiştir.

07.03.2013 tarih ve 13-12/185-99 sayılı Anadolu Restoran ?letmeleri Karar?

İlgili kararda, Anadolu Restoran ?letmeleri Ltd. ?ti.'nin Çorlu'da bulunan Orion Al?veri? Merkezi, Samsun'da yer alan Yeşilyurt Al?veri? Merkezi, Batman'da yer alan Batman Park Al?veri? Merkezi, İstanbul'da bulunan Capitol Al?veri? Merkezi, Beylikdüzü Migros Al?veri? Merkezi ve Capacity Al?veri? Merkezi ba?ta olmak üzere Türkiye çap?nda birçok al?veri? merkezi ile imzalamış oldu?u kira sözleşmelerinde kırmızı etten mamul hamburger satıl?ına ilik?kin olarak münhasırlık (rekabet etmeme yükümlölülü?ü) hükmüne yer verdi?i ve bu ?ekilde, McDonald's'in yer aldık?ı AVM'lerde, Burger King'in faaliyet göstermesinin engellendi?i ve Burger King'in AVM'lerin d?ında bırakılmas?ının amaçlandık?ı iddialar? incelenmiştir.

Kurul, McDonald's'in az sayıdaki sözleşmesinde rekabet etmeme yükümlölülü?ü bulundu?unu ortaya koyduktan sonra ilgili yükümlölüklerin bizihi kendisinin amaç yönünden 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı?ı?ı te?kil etti?i yönünde bir de?erlendirme yapmaksızın, ilgili yükümlölüklerin etkilerini incelemiştir. Kurul karar?nda; "Bu bilgiler çerçevesinde, McDonald's'in AVM'ler ile yaptı?ı, yukarıda da verilen sözleşmelerin **rakiplerin pazar?n d?ında ç?kartılmas? amacına** yönelik olmadık?ı kanaatine varılmıştır.(...) Söz konusu olayda, iki te?ebbüs arasında yapılan anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlam?nda rakibi d?layıc?lı?ından bahsedebilmek için, ilgili kira ilik?isinin **h?zl? servis restoranlar? pazar?na giri?i ve pazarda faaliyet göstermeyi zorla?tırmas?**, **dolayısıyla rakipleri d?layıc? bir etki do?urmas?** gerekmektedir." ?eklinde de?erlendirmesine yer verdikten sonra, ilgili yükümlölüklerin etkisini inceledi?ini ?u de?erlendirmeyle ortaya koymuştur; "Ancak, 2012 yılı itibarıyla ?ikayetçi konumundaki Burger King'in, AVM içi restoran sayısının, McDonald's'in restoran sayısının (.....) katından daha fazladır. Öte yandan, aynı yılı ?ikayetçi konumundaki Burger King'in AVM içi (in-line) restoran sayısının, McDonald's'in in-line restoran sayısından (.....) adet daha fazladır. Di?er yandan, yukarıda da ifade edildi?i üzere, hâlihazırda ?ikayetçi ve ?ikayet edilenin tek ba?larına ve birlikte faaliyet gösterdi?i AVM sayısına bakıldık?ında, ba?vuruya konu münhasırlık hükmünü haiz kira sözleşmelerinin Burger King'in pazar?n d?ında bırakılmas?ına yol açan bir etkiye sahip oldu?undan bahsetmek mümkün de?ildir."

Bu karar da, Kurul'un pozisyonunda herhangi bir de?i?iklik olmad???n? ve Kurul'un AAD ile bezer bir yakla??m benimsemi? oldu?unu teyit etmektedir.

Sonuç

Gerek Kurul'un gerekse de AAD'nin ticari kira sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlölüklerine yakla??m? ilgili yükümlölüklerin pazar üzerindeki etkilerinin incelenmesini gerekli k?lmaktadır. Bu yönüyle, her iki yakla??m da "amaç" odaklı? formalistik bir incelemeden ziyade "etki" odaklı? realistik bir analiz öngörmektedir. Bu yakla??m, pazardaki fiili durumun ve dinamiklerin incelenmesini ve söz konusu yükümlölüklerin bu dinamiklere etkilerini ara?t?rmay? gerektirmesi dolay?s?yla ticaret hayat?n?n gerçeklerine ve i?leyi?ine itibar eden bir sonuç ortaya koymaktadır.

1. Ana kirac? (anchor tenant); bir al??veri? merkezinde belirli bir ürün grubuna yönelik marka bilinirli?i ve prestiji nedeniyle ticari üniteleri öncelikli olarak kiralama imkan? tan?nan ve söz konusu bilinirlik ve prestij sayesinde al??veri? merkezine mü?terileri çekece?i dü?ünülen kirac?y? ifade etmektedir.

?LG?L? ÇALI?MA ALANLARI

- Tekelle?me ve Rekabet