

İSTANBUL ANADOLU ... ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ
SAYIN HÂKİMLİĞİNE
BİLİRKİŞİ RAPORU

DOSYA NO : 2019/... Esas
DAVACI : A
DAVALI : B Sigorta A.Ş.
DAVA KONUSU : Tazminat (Haksız Rekabetten Kaynaklanan)

I- BİLİRKİŞİYE VERİLEN GÖREV:

Sayın Mahkemece .../.../... tarihli celsesinde verilen 3 nolu ara karar ile “*dosyanın ticaret hukuku alanında uzman bilirkişiye tevdi ile dosya kapsamı itibariyle rapor düzenlenmesinin istenmesine..*” karar verilmesi ve celse arasında re’sen bilirkişi tayin edilmem üzerine, dosyada mevcut bilgi, belge, beyan ve tespitleri incelenmiş; nihai takdir ve değerlendirilmesi sayın mahkemeye ait olmak üzere kanaatim işbu raporla bildirilmiştir.

II- İDDİA VE SAVUNMANIN ÖZETİ:

Davacı vekili .../.../... harçlandırma tarihli dava dilekçesinde özetle; Davacı, müvekkilin yaklaşık 7 yıldır ... İli, ... İlçesindeki ... hastanesinin karşısında eczanesi bulunduğunu ve davalı firmaya yazılı ve şifahi olarak sözleşme yapma hususunda talepte bulunduğunu ancak sigorta firmasının müvekkilin talebini anlaşmalı kurumlarının dağılımlarını gerekçe göstererek yerine getirmediğini bu sebeple davacı müvekkilin maddi zararı oluştuğunu, ... Bankası çalışanlarının ilaç alımlarını B Sigorta A.Ş.’den yapmaya mecbur olduğunu, bu bakımdan davalı sigorta firmasının sektöründe hakim konumda olduğunu, davacı müvekkil firma ile anlaşma yapmamasının haksız rekabete yol açtığını beyan etmiş olup, mevcut durumun hukuka aykırı olması ve haksız rekabet oluşturması nedeniyle ihtiyati tedbir kararı verilerek davalı firmanın davacı müvekkil ile sözleşme yapması ve haksız rekabetin önlenmesini, davalının fiilinin haksız rekabet olduğunun tespitini ve davalının haksız rekabetinin önlenmesini, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili .../.../... tarihli cevap dilekçesinde özetle; Davacının hükmen sözleşme imzalanması talebinin sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olduğunu, müvekkilin şirketin özel hukuk tüzel kişisi olarak sağlık sigortası piyasasında faaliyet gösteriyor olması, sözleşme yapmaya zorunlu kılan bir yasal zorunluluğunun bulunmaması, davacı ile anlaşma yapılması ihtiyacı bulunmaması nedeniyle işbu talebin reddi gerektiğini, davacı eczane ile davalı müvekkil arasında sözleşme akdedilmesini gerektirir hiçbir kanuni ve/veya sözleşmesel zorunluluk bulunmadığını, davacının da bu hususta somut bir maddeye dayanmadığını, davacının iddiasının davalı müvekkil şirket tarafından değerlendirme kriterleri esas alınarak anılan bölge arz ve talep dengesi çerçevesinde serbest piyasa ekonomisi koşulları içerisinde değerlendirilerek reddedildiğini, davacının haksız rekabet iddiasının Türk Ticaret Kanunu’da (“TTK”) sayılan hiçbir halin kapsamına girmediğini beyan etmiş olup, davanın HMK m. 19 gereğince yetkili mahkeme olan İstanbul Anadolu Asliye Ticaret Mahkemeleri’ne gönderilmesini, davanın reddi ile yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasını talep etmiştir.

III- İNCELEMAYA ESAS DOSYA VE BELGELER:

T.C. ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin .../.../.... tarihli 2018/... E. 2019/... K. sayılı Gerekçeli Kararı incelendiğinde; Davacının A ve davalının B Sigorta A.Ş. olduğu, dava konusunun haksız rekabetten kaynaklanan tazminat olduğu, davalının yerleşim yeri İstanbul olduğundan yetkili mahkemelerin İstanbul mahkemeleri olduğu bu nedenle mahkemenin yetkisizliğine karar verildiği görülmüş olup, işbu karar .../.../... tarihinde kesinleşmiştir.

Ayrıca dosyada mevcut taraf vekillerinin dilekçeleri ekinde sunmuş olduğu tüm doküman ve belgeler ayrı ayrı incelenmiş ve değerlendirilmeye alınmıştır.

IV- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

Davacı, yaklaşık 7 yıldır ... ilinde eczacılık faaliyetinde bulunduğunu, kamu hizmeti ifa ettiğini, davalı tarafla sözleşme yapma teklifinin ‘anlaşmalı kurumların dağılımı’ gerekçe gösterilerek reddedildiğini, davalının sektörde hakim durumda olduğunu, davalının sözleşme reddinin ‘haksız rekabet’ oluşturduğunu iddia etmiştir.

Davalı, özel hukuk tüzel kişisi olarak sigorta sektöründe faaliyet gösterdiğini, sözleşme yapma özgürlüğü olduğunu, şirket değerlendirme kriterlerine göre davacı ile anlaşma yapılması ihtiyacı ve gerekliliği bulunmadığını, zorla sözleşme yapılmasına dayalı olarak herhangi bir kanuni dayanak olmadığını savunmuştur.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık temel olarak davalının davacı ile ‘sözleşme yapma yükümlülüğü’ olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu sebeple öncelikle konuya ilişkin bilgilere yer verilmesi yararlı olacaktır¹.

Türk Borçlar Hukukunda hakim olan ilke sözleşme özgürlüğüdür. Bu özgürlük kişilerin kuracakları sözleşme ilişkilerini, sınırlarına uymak kaydı ile, diledikleri gibi düzenleme yetkisi tanımaktadır. Bu haliyle Anayasamızda yerini bulan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğünün bir ifadesidir.

Sözleşme özgürlüğü çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirleme belli başlı sözleşme özgürlüğü halleri içermektedir.

Taraflar bu özgürlüğü kullanırken Borçlar Kanunu’nda yer alan hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık ile sözleşmenin konusunun imkânsız olmamasına dikkat etmelidir. Ayrıca kişilik hakkına aykırı sözleşme yapılamayacağından bu şekilde kurulan sözleşmeler geçersiz olacaktır.

¹ Detaylı açıklama ve tartışmalar için; Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR, Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, 2006, Seçkin Yayıncılık; Dr. Hasan Ayrancı, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52 Sayı: 3, 2003

Sözleşme özgürlüğü 19. Yüzyıl ekonomik ve felsefi liberalizm anlayışının bir ürünüdür. Ancak I. ve II. Dünya Savaşlarının meydana getirdiği etkiler sözleşme özgürlüğünün kapsam ve niteliği hakkında farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Polis devletinden hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışına geçilmesi nedeniyle sözleşme özgürlüğü yeniden değerlendirilmiştir.

Ekonomik gelişmeler ve devletin niteliklerinin değişmesi, devletlerin çeşitli alanlarda eskisine göre farklı tavır almalarına sebebiyet vermiştir. Bunun sonucu olarak devletin paraya, servet ve mal mübadelesine, iş piyasasına herhangi bir etkide bulunmaksızın hareketsiz durması imkânsız hale gelmiştir.

Sözleşme serbestisine eskisinden farklı açılardan bakılmasının diğer bir sebebi, sanayileşme, nüfus artışı, mal ve bilgi ulaşımının artması, iç ve dış güvenlik ihtiyaçları, savaş dönemi ve yakın savaş tehlikesi ile seferberlik hallerinde özel düzenlemelere ve bakış açılarına olan ihtiyaçtır. Bunun dışında sosyal hayatta meydana gelen değişimler özel hukuku ve buna bağlı olarak irade serbestisi prensibini etkilemekte ve dönüştürmektedir.

Sözleşme kurma zorunluluğu piyasada hakim durumda bulunan teşebbüsler ile organize menfaat gurupları bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu tür kişi veya kişiler topluluğu karşısında Sözleşme kurmak isteyenler, çerçeve anlaşmaları, toplu sözleşmeler ve genel işlem şartları içeren sözleşmelerle iradelerini sözleşmeye tam olarak yansıtamamakta, kendi dışında belirlenen sözleşmelere sadece rızasını beyan edebilmektedir.

Bu nedenlerle sözleşme kurma özgürlüğünün istisnaları sürekli olarak artmaktadır. Bu istisnaların en önemlisi sözleşme kurma mecburiyetidir (Kontrahierungszwang - Kontrahierungspflicht). Konumuz bakımından sözleşme kurma serbestisinin istisnası olan "*sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü*" ilkesi akit yapma zorunluluğu ile sınırlanmaktadır.

Sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin pek çok tanım yapılmıştır. Örneğin bir tanımlamaya göre, sözleşme kurma zorunluluğu bir kişinin talep etmesi halinde piyasada hakim durumda bulunan kişinin istenen sözleşmeyi kurması Yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşmenin kurulması talebinde bulunan kişi hak sahibi konumunda iken, bu talebin muhatabı yükümlü konumundadır. Sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu hallerde, ya yükümlü kendisi ile kurulmak istenen bir sözleşmeyi reddedememekte, ya da sözleşmenin muhtevasını dilediği gibi düzenleyememektedir. Çok sayıda örneği bulunan kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğu kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin kanunlardan doğabilir. Bunların çoğu kamu hukukuna ilişkin kanunlardan doğmaktadır. Özel hukuka ilişkin kanunlara İsviçre Hukukunda yer alan ZGB Art.731 'de düzenlenmiş bulunan şartların oluşması hafinde komşu malik lehine irtifak hakkı tesis etme yükümlülüğü zikredilebilir. Sözleşme kurma zorunluluğu kamu hukukuna ilişkin kanunlarla da getirilmiş olabilir Doğrudan doğruya kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğunda çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Kanunla bir kamu kuruluşu bir özel hukuk kişisi ile sözleşme kurmaya zorlanabilir. Kanun bir özel hukuk kişisi ile başka bir özel hukuk kişisi arasında sözleşme kurma zorunluluğu öngörebilir veya bu tür bir sözleşmenin muhtevası kanunla belirlenmiş olabilir. Kanunla sözleşme kurma zorunluluğunun getirilmesi halinde talebin reddedilebilmesi sadece kanunda belirtilen şartların dışına çıkılması veya özel haklı bir red sebebinin bulunmasına bağlıdır. Kanunla getirilen sözleşme kurma zorunluluğu sadece kamu hukukuna; kamu hukuku ile özel hukuka veya özel hukuka ilişkin olabilir. Bu nedenle bu tür bir sözleşme nedeniyle

meydana getirilen ilişkinin kamu hukuku ilişkisi veya özel hukuk ilişkisi olması birbirinden ayrılmalıdır. Doğal Gaz Piyasası, Elektrik Piyasası ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun örnek olarak verilebilir. Gerçekten Doğal Gaz Piyasasında toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerle serbest tüketiciler sözleşme kurmak isterlerse, bu kişiler tüketicilere gaz bağlantısı yapmak zorundadır.

Rekabetin Korunması hakkındaki Kanunun 4'üncü maddesine göre "*Belirli bir mal ve 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*", Aynı Kanunun 6'ncı maddesine göre hakim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün bu hakim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. Düzenlemeye göre örneğin hakim durumda bulunan bir teşebbüs eşit durumdaki alıcılara eşit yükümlülükler ve sözleşme şartları koyabilir. Bu şekilde davranmayan işletme ayırmacılık yapma yasağını ihlal etmiş olur. Hakim durumda bulunan işletme rekabeti hissedilir şekilde ihlal etmişse sözleşme kurma zorunluluğu doğar. Hakim durumda bulunan işletme bu durumunu bir rekabet politikası aracı olarak kullanıyorsa; böylece fiyatları istediği gibi belirleme veya sözleşme şartlarının kendi lehine düzenleme amacıyla sözleşme kurma taleplerini reddediyorsa sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olabilir. Zira burada edimlerin rekabet konusu olmasına aykırılık ve piyasanın ilgililere açık bulunması ilkesi ihlal edilmektedir. Böyle durumlarda Kanunun dokuzuncu maddesine göre Kurul ilgili işletmeye yerine getirmesi veya kaçınması gereken davranışı bildirebilir. Bu Kurulun ilgili işletmeye sözleşme kurması talimatı anlamına gelir. Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğunda, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusudur. Hakim durumunu kötüye kullanan işletme, karşısında bulunan zayıf durumdaki kişinin sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Haksız engellemelerin veya talep sahipleri arasında farklı uygulamaların bulunduğu durumlarda sözleşme kurma talebinin veya sözleşmenin mutad ya da uygun şartlarda kurulması talebinin reddi sözleşme kurma zorunluluğunu doğurur. Rekabet Hukukundan doğan sözleşme kurma zorunluluğundan tüketiciler yararlanamaz. Çünkü 4054 sayılı Kanunun 4-7'nci maddelerinde yer alan düzenlemeler ticari piyasanın işlemesine ilişkindir. O halde bu hükümlerden üreticiler ve tacirler yararlanabilmektedir. Makul sebepler bulunmadığı sürece piyasada hakim durumda bulunan işletme talep sahibi ile sözleşme kurmak zorundadır. Bu tür bir talebin reddi hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmaktadır. Hakim durumda bulunan bir işletme iki sebeple sözleşme kurmaya yükümlüsü olabilir. Hakim durumda bulunan işletmenin sürekli alıcısının sözleşme kurma talebi makul bir sebep olmaksızın reddedilemez. Bunun dışında bir işletmenin ticari varlığını sürdürmesi için temin etmesi gereken temel kaynağın hakim durumda bulunan işletme tarafından makul bir sebep olmaksızın sözleşme konusu yapılmamasıdır. Bu ihtimalde kaynak ihtiyacı olan işletme söz konusu işletme ihtiyacını başka bir firmadan da temin edememelidir. Alternatif temin imkanının bulunduğu hallerde sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olmaz.

Konuya ilişkin Rekabet Kurulu Kararlarında örnek vermek gerekirse;

Dosya Sayısı: 2015-3-24 (Soruşturma) Karar Sayısı: 17-08/99-42; "*Bu kapsamda, bir mal vermeyi reddetme eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu teşebbüsün ilgili **pazarda hâkim durumda bulunmasının yanı sıra gereken koşullar Hakim Durum Kılavuzu'nun 43. paragrafında aşağıdaki şekilde sıralanmıştır: - Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı, - Reddetmenin, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı, - Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalı. Bu koşulların birlikte***

sağlanması gerekliliği, koşullardan herhangi birinin noksan olması halinde, analize konu olay bakımından, sözleşme yapmanın reddinden bahsedilemeyeceği anlamını taşımaktadır''

Dosya Sayısı: 2017-3-38 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 18-09/156-76; '' Sözleşme yapmanın reddi, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzda (Kılavuz) dışlayıcı davranışlardan biri olarak kabul edilmektedir. Kılavuza göre (para. 38), ''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 değerlendirilebilmektedir.'' (30) Kılavuzun 43. paragrafında belirtildiği üzere, sözleşme yapmayı reddetme iddiaları değerlendirilirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığı aranmaktadır. Bu çerçevede: 1. Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı, 2. Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı ve 3. Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır. (31) Hemen belirtmek gerekir ki, temel olarak hakim durumda da olsa bir teşebbüs birlikte çalışmak istediği teşebbüsleri seçmede özgürdür². Ancak bu özgürlük bazı şartların varlığı halinde rekabet hukuku açısından kısıtlanabilmektedir. Kılavuz³ ve esas aldığı Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber⁴ (AB Kılavuzu), hakim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı davranışlarını, rekabet karşıtı pazar kapama olarak nitelendirilebildiği ölçüde kötüye kullanma olarak tanımlamakta ve ancak rekabet karşıtı pazar kapamanın önlenmesi amacıyla hakim durumdaki teşebbüsün davranışı kısıtlanabilmektedir. Rekabet karşıtı pazar kapama fiili ise özellikle dışlayıcı davranışın hakim durumdaki teşebbüsün rakibi aleyhine yapılması halinde ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği (AB) Komisyonu'nun (Komisyon) Tartışma Metninde de dışlayıcı davranışlar değerlendirilirken ortaya çıkan asıl endişenin rekabete ve dolayısıyla tüketiciye zarar veren pazar kapama olduğu belirtilmiştir⁵. Ayrıca, hakim durumdaki firmanın dışlayıcı davranışının her şeyden önce pazarı rakiplere kapama kabiliyetinde olması gerekmektedir^{6,7}. Tartışma Metninde, hakim durumdaki firma ile aynı seviyede faaliyet gösteren rakiplere pazarın kapanması durumu yatay kapama, hakim durumdaki firmanın aynı zamanda müşterisi olarak alt pazarda faaliyet gösteren rakiplerine pazarı kapaması ise dikey kapama olarak açıklanmaktadır⁸. (33) Diğer taraftan Kılavuz, rakip olmayan müşterilere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışlarını da ''sözleşme yapmanın reddi'' hallerinden biri olarak saymış ve fakat hemen ardından rakiplere yönelik sözleşme yapmanın reddi davranışının rekabeti kısıtlama ihtimalinin daha kuvvetli olduğunu vurgulamıştır. (34) Kılavuz'un 42. paragrafında, ''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 muhtemeldir.'' açıklaması yapılmıştır. (35) Kılavuz'un bu açıklamalarının ardından sözleşme yapmanın reddi davranışlarının rakiplere yönelik olduğu alternatif pazar kapama örneklerine

yer verilmiş ve fakat sözleşme yapmayı reddetme davranışının hangi hallerde hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet halinde olmayan müşterilere yönelik de olabileceği belirtilmemiştir. Ancak dosya içeriği bilgilerin değerlendirilmesinden, sözleşme yapmanın reddi davranışının dışlayıcı kötüye kullanma sayılabilmesi için, her ne kadar müşterilere uygulansa da, nihayetinde rakipleri dışlamaya yönelik bir teoriye oturtulabilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. (36) Dosya içeriği bilgilerden, distribütörlere yönelik mal vermenin reddi eylemlerinin ancak distribütörler üzerinde tek marka satıcılığı veya fiili münhasırlık sağlama yoluyla üst pazardaki rakiplerin dışlanması gibi zarar teorileri üzerine kurgulanabildiğinde ihlal teşkil edebileceği anlaşılmaktadır. ‘‘

Yukarıda yapılan açıklama ışığında sözleşme yapma yükümlülüğünün doğabilmesi için aşağıdaki şartların bir arada sağlanması gerekmektedir;

- *Sözleşmeyi kurmak isteyen tarafın hak sahibi olması/zaruri ihtiyaç içinde olması/tüketici zararı doğması,*
- *Kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın piyasada hakim durumda olması,*
- *Sözleşme kurma talebinin kabul edilmemesinin hukuka aykırı olması / haklı bir nedene dayanmaması,*

V- SONUÇ ve KANAAT: Tüm delillerin, hukuki durumun takdir ve değerlendirilmesi Sayın Mahkemeye ait olmak üzere; **Nihai olarak tespit edilen sözleşme yapma yükümlülüğünün şartlarının tespit edilebilmesi uzmanlık alanımız dışında olup; konunun bütüncül olarak değerlendirilmesi için davacı ve davalı kayıtlarının bir mali müşavir ve bir sektör uzmanında oluşan heyet ile çözülmesi gerektiği** sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Bilirkişi
Av. Erhan EGEMEN
Ticaret Hukuku,
Nitelikli Sözleşmeler Uzmanı