



REKABET KURUMU

Lisansüstü Tez Serisi No: 11

AVRUPA TOPLULUĞU  
ve  
TÜRK REKABET POLİTİKASINDA  
MÜNHASİR DİKEY ANLAŞMALAR

Alper KARAKURT

## KISALTMALAR

|                             |                                       |
|-----------------------------|---------------------------------------|
| <b>AB</b>                   | : Avrupa Birliği                      |
| <b>ABD</b>                  | : Amerika Birleşik Devletleri         |
| <b>AET</b>                  | : Avrupa Ekonomik Topluluğu           |
| <b>a.g.e.</b>               | : Adı geçen eser                      |
| <b>a.g.m.</b>               | : Adı geçen makale                    |
| <b>a.g.t.</b>               | : Adı geçen tez                       |
| <b>AT</b>                   | : Avrupa Topluluğu                    |
| <b>ATAD</b>                 | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı   |
| <b>bkz.</b>                 | : Bakınız                             |
| <b>CBI</b>                  | : Confederation of British Industry   |
| <b>CEPR</b>                 | : Centre for Economic Policy Research |
| <b>Ch.</b>                  | : Chapter                             |
| <b>CMLR</b>                 | : Common Market Law Reports           |
| <b>CMLRev</b>               | : Common Market Law Review            |
| <b>ev.</b>                 | : eviren                             |
| <b>D</b>                    | : Demand                              |
| <b>2d</b>                   | : Second Series                       |
| <b>EC</b>                   | : European Community                  |
| <b>EEC</b>                  | : European Economic Community         |
| <b>ECLR</b>                 | : European Competition Law Review     |
| <b>ECR</b>                  | : European Court Reports              |
| <b>ECU</b>                  | : European Currency Unit              |
| <b>Edt.</b>                 | : Editor                              |
| <b>EUR</b>                  | : Euro                                |
| <b>F</b>                    | : Federal                             |
| <b>İlk Derece Mahkemesi</b> | : Avrupa İlk Derece Mahkemesi         |

|                       |  |
|-----------------------|--|
| <b>JO</b>             | : Journal Officiel                     |
| <b>Komisyon</b>       | : Avrupa Komisyonu                     |
| <b>Mahkeme</b>        | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı    |
| <b>MC</b>             | : Marginal Cost                        |
| <b>MR</b>             | : Marginal Revenue                     |
| <b>md.</b>            | : Madde                                |
| <b>NBER</b>           | : National Bureau of Economic Research |
| <b>No.</b>            | : Numara                               |
| <b>OFT</b>            | : Office of Fair Trading               |
| <b>OJ</b>             | : Official Journal                     |
| <b>Q</b>              | : Quantity                             |
| <b>P</b>              | : Price                                |
| <b>p.</b>             | : Paragraf                             |
| <b>RA</b>             | : Roma Antlaşması                      |
| <b>RG</b>             | : Resmi Gazete                         |
| <b>S.</b>             | : Sayı                                 |
| <b>s.</b>             | : Sayfa                                |
| <b>S.Ct</b>           | : Supreme Court                        |
| <b>Sp. Ed.</b>        | : Special Edition                      |
| <b>t.</b>             | : Tarih                                |
| <b>UK</b>             | : United Kingdom                       |
| <b>US</b>             | : United States Reporter               |
| <b>USA</b>            | : United States of America             |
| <b>v.</b>             | : Versus                               |
| <b>Vol.</b>           | : Volume                               |
| <b>WTO</b>            | : World Trade Organization             |
| <b>Yüksek Mahkeme</b> | : ABD Üst Derece Mahkemesi             |

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa No

|                   |      |
|-------------------|------|
| ŞEKİLLER.....     | vi   |
| ÖNSÖZ.....        | vii  |
| KISALTMALAR ..... | viii |
| GİRİŞ.....        | 1    |

### Birinci Bölüm

#### DIKEY KISITLAMALAR, MÜNHASIR DIKEY ANLAŞMALAR

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. DIKEY ANLAŞMALAR .....</b>                                  | <b>5</b>  |
| 1. Genel Olarak .....   | 5         |
| 2. Dikey İlişki Türleri.....                                      | 7         |
| 2.1. Dikey Anlaşmalar .....                                       | 7         |
| 2.2. Dikey Entegrasyon .....                                      | 9         |
| 3. Dikey Anlaşmaların Rekabet Düzenine Etkileri .....             | 11        |
| 3.1. Markalararası Rekabet Düzeyine Etkileri.....                 | 11        |
| 3.2. Marka içi Rekabet Düzeyine Etkileri .....                    | 15        |
| 4. Dikey Anlaşmaların Rekabeti Artırıcı ve Azaltıcı Yönleri ..... | 17        |
| 5. Dikey Anlaşmalara Yönelik Rekabet Politikası.....              | 23        |
| <b>II. MÜNHASIR DIKEY ANLAŞMALAR.....</b>                         | <b>33</b> |
| 6. Münhasır Dikey Anlaşmalar .....                                | 33        |
| 6.1. Dikey Anlaşma .....  | 33        |
| 6.2. Münhasırlık Koşulu .....                                     | 33        |
| 6.2.1. Alıcı ya da Sağlayıcıya Yüklenen Yükümlülük .....          | 33        |
| 6.2.2. Alım, Satım veya Yeniden Satımın Konu Olması.....          | 34        |
| 6.2.3. Yalnızca Anlaşmanın Diğer Tarafı İle İş Yapma .....        | 34        |
| 7. Münhasır Dikey Anlaşma Türleri.....                            | 35        |
| 7.1. Tek Marka Anlaşması.....                                     | 35        |
| 7.2. Münhasır İşlem Anlaşması .....                               | 39        |
| 7.3. Münhasır Satın Alma Anlaşması .....                          | 40        |
| 7.4. Münhasır Dağıtım Anlaşması .....                             | 41        |
| 7.5. Münhasır Müşteri Tahsisi Anlaşması .....                     | 43        |
| 7.6. Münhasır Satış Anlaşması .....                               | 43        |
| 7.7. Bağlama Anlaşmaları .....                                    | 44        |
| 8. Münhasır Dikey Anlaşma Kapsamı .....                           | 46        |
| 9. Etkileri İtibarı ile Dikey Anlaşma Kategorileri.....           | 47        |
| 9.1. Tek Marka Grubu .....  | 48        |

|   |    |
|---|----|
| 9.2. Sınırlı Dağıtım Grubu.....               | 49 |
| 9.3. Yeniden Satış Fiyatı Tespiti Grubu ..... | 50 |
| 9.4. Pazar Belirleme Grubu .....              | 51 |

## İkinci Bölüm

### ROMA ANTLAŞMASI 81 ve 82 nci MADDE ÇERÇEVESİNDE MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. ROMA ANTLAŞMASI 81 inci MADDE ÇERÇEVESİNDE<br/>DİKEY ANLAŞMALAR .....</b>               | <b>52</b> |
| 1. Genel Olarak .....   | 52        |
| 2. 81 inci Madde'nin Kapsamı .....  | 53        |
| 3. 81(1) inci Madde'nin Unsurları.....  | 55        |
| 3.1. Üye Devletler Arası Ticaretin Etkilenmesi.....   | 55        |
| 3.2. Anlaşmanın Amaç veya Etki Yönüyle Rekabeti Engelleme,<br>Sınırlaması ya da Bozması ..... | 57        |
| 3.2.1. Amaç ya da Etki Yönüyle Rekabetin Sınırlandırılması..                                  | 59        |
| 3.2.2. Fiili veya Potansiyel Etki.....  | 63        |
| 3.3. Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması .....  | 63        |
| 4. 81(3) üncü Madde .....   | 67        |
| 4.1. Genel Olarak.....  | 67        |
| 4.2. 81(3) üncü Madde'nin Unsurları .....   | 69        |
| 4.2.1. Malların Üretim ya da Dağıtımının Gelişimine Katkı....                                 | 69        |
| 4.2.2. Tüketicilerin Yaratılan Faydadan Adil Pay Almaları.....                                | 72        |
| 4.2.3. Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Kısıtlanmaması .....                                   | 74        |
| 4.2.4. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan<br>Kalkmaması .....              | 75        |
| 5. Dikey Kısıtlamalara Yönelik Genel Yaklaşım .....   | 75        |
| 5.1. Münhasır Dağıtım ve Topraksal Koruma .....   | 79        |
| 5.2. İhracat Sınırlamaları ve Piyasa Paylaşımının Diğer Araçları                              | 80        |
| 5.3. Fiyat Tespiti.....   | 81        |
| 5.4. Rekabet Etmeme ve Münhasır Satın Alma Yükümlülükleri ..                                  | 82        |
| 5.5. İngiliz Şartı .....  | 83        |
| <b>II. ROMA ANTLAŞMASI 82 nci MADDE ÇERÇEVESİNDE<br/>DİKEY ANLAŞMALAR .....</b>               | <b>84</b> |
| 6. Genel Olarak .....   | 84        |
| 7. Hakim Durum.....   | 85        |
| 7.1. İlgili Ürün Pazarı .....   | 87        |
| 7.2. İlgili Coğrafi Pazar .....   | 91        |
| 8. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler .....   | 93        |

|   |            |
|---|------------|
| 8.1. Pazar Payları .....  | 94         |
| 8.2. Yasal ve İdari Düzenlemeler .....                                    | 96         |
| 8.3. Sermaye İhtiyacı .....   | 97         |
| 8.4. Ölçek Ekonomileri ve Fazla Kapasite .....                            | 97         |
| 8.5. Ürün Farklılaştırması, Ürün Çeşitlendirmesi .....                    | 97         |
| Müşteri Bağlılığı .....   | 98         |
| 8.6. Teknolojik Üstünlük .....  | 100        |
| 8.7. Dikey Entegrasyon ve Dağıtım Kanalları .....                         | 100        |
| 8.8. Piyasaya Girebilme Süresi .....                                      | 101        |
| 9. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması .....                                | 102        |
| 10. Kötüye Kullanma Türleri .....   | 104        |
| 10.1. Sömürücü Kötüye Kullanma .....                                      | 104        |
| 10.2. Dışlayıcı Kötüye Kullanma .....                                     | 105        |
| 10.2.1. Davranışsal Dışlayıcı Kötüye Kullanma .....                       | 108        |
| 10.2.2. Anlaşmalar Kanalıyla Dışlayıcı Kötüye Kullanma .....              | 108        |
| 10.2.2.1. Münhasır Satın Alma Anlaşmaları .....                           | 108        |
| 10.2.2.2. Bağlama Anlaşmaları .....                                       | 110        |
| 10.2.2.3. Ayrımcılık .....  | 111        |
| 10.2.2.3.1. Ayrımcı Fiyat .....   | 112        |
| 10.2.2.3.1.1. Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı .....                            | 113        |
| 10.2.2.3.1.2. Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı .....                             | 113        |
| 10.2.2.3.1.2.1. İndirim Sistemleri .....                                  | 114        |
| 10.2.2.3.1.2.2. Ödeme Suretiyle Yapılan                                   |            |
| Ayrımcılık .....  | 122        |
| 10.2.2.3.2. İş Yapmayı Reddetme .....                                     | 123        |
| 10.2.2.3.3. Diğer Ayrımcı Uygulamalar .....                               | 125        |
| <b>III. 2790/1999 SAYILI KOMİSYON TÜZÜĞÜ ÖNCESİ DURUM .....</b>           | <b>127</b> |
| 11. Münhasır Dikey Anlaşmalara Yönelik Eski Tüzükler .....                | 127        |
| 11.1. 1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü .....                                | 127        |
| 11.2. 1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü .....                                | 128        |
| 12. Dikey Anlaşmalara İlişkin Muafiyet Rejimine Yönelik Eleştiriler ..... | 128        |
| 12.1. 81(1) inci Maddenin Uygulama Alanının Genişliği .....               | 130        |
| 12.1.1. Ekonomik Analiz Eksikliği .....                                   | 130        |
| 12.1.2. Analitik Yetersizlik .....  | 134        |
| 12.1.3. Komisyon'un, Topluluk Mahkemeleri ile Paralellik                  | Arz        |
| Etmeyen Uygulamaları .....  | 136        |
| 12.2. Hukuki Belirsizliğin Kapsamının Artması .....                       | 137        |
| 12.3. Mevcut Blok Muafiyetlerinin İhtiyaca Cevap Verememesi .....         | 137        |
| 12.4. Grup Muafiyetlerinin Formal Yapısı .....                            | 138        |
| 12.5. Yapılan Analizlerin Dar Kapsamlı Olması .....                       | 138        |

|  |     |
|--|-----|
| <b>IV. 2790/1999 SAYILI KOMİSYON TÜZÜĞÜ</b> .....                  | 140 |
| 13. Tüzüğün Genel Çerçevesi .....                                  | 140 |
| 13.1. Kapsam .....   | 142 |
| 13.1.1. Rakip Teşebbüsler Arası Dikey Anlaşmalar .....             | 144 |
| 13.1.2. Teşebbüs Birlikleri .....                                  | 145 |
| 13.1.3. Fikri Mülkiyet Hakları.....                                | 146 |
| 13.1.4. Acentelik Anlaşmaları .....                                | 148 |
| 13.1.5. Pazar Payı Eşiği .....                                     | 150 |
| 13.2. Grup Muafiyeti Tüzüğü'ne Göre Ağır Sınırlamalar .....        | 152 |
| 13.3. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü .....                             | 156 |
| 13.4. Grup Muafiyetinin Geri Alınması.....                         | 159 |
| 13.5. Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün Uygulanmaması .....                | 161 |
| 14. Dikey Anlaşmaların Değerlendirilmesi Bakımından                |     |
| Genel Kurallar.....  | 162 |
| 15. Münhasır Dikey Anlaşma Türlerine Yönelik Değerlendirmeler .... | 169 |
| 15.1. Tek Marka Anlaşması .....                                    | 169 |
| 15.2. Münhasır Dağıtım Anlaşması .....                             | 173 |
| 15.3. Münhasır Müşteri Tahsisi Anlaşması .....                     | 175 |
| 15.4. Münhasır Satış Anlaşması.....                                | 176 |
| 15.5. Bağlama Anlaşmaları.....                                     | 178 |

### **Üçüncü Bölüm**

#### **2002/2 SAYILI DİKEY ANLAŞMALARA İLİŞKİN GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Genel Olarak .....  | 181 |
| 2. 1997/3 ve 1997/4 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliğleri.....                        | 181 |
| 3. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği..              | 183 |
| 3.1. Kapsam .....  | 183 |
| 3.1.1. Pazar Payı Eşiği.....   | 185 |
| 3.1.2. Fikri-Sınai Hakların Kullanımını İçeren Dikey<br>Anlaşmalar .....         | 190 |
| 3.1.3. Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan<br>Dikey Anlaşmalar .....              | 191 |
| 3.1.4. Tebliğ'in Diğer Grup Muafiyeti Tebliğleri ile İlişkisi..                  | 193 |
| 3.2. Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran<br>Ağır Sınırlamalar..... | 193 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.3. Grup Muafiyeti Dışında Kalan Sınırlamalar: |     |
| Rekabet Etmeme Yükümlülüğü .....                | 199 |
| 3.4. Muafiyetin Geri Alınması.....              | 204 |
| 3.5. Diğer Hükümler.....                        | 205 |
| <b>SONUÇ</b> .....                              | 207 |
| <b>ÖZET</b> .....                               | 211 |
| <b>ABSTRACT</b> .....                           | 212 |
| <b>BİBLİYOGRAFYA</b> .....                      | 213 |



## GİRİŞ

Üretim ya da dağıtım zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar, ticari yaşamın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Özellikle herhangi bir ticari ilişkinin tarafları arasındaki çıkar farklılaşması, dikey anlaşmayı zorunlu kılan unsurdur. Aynı zamanda dikey anlaşmaların ortaya çıkardığı etkinlik artışları da söz konusu anlaşma türünü cazip kılan bir diğer yöndür.

Bir takım olumlu yanlarının varlığıyla birlikte piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etki etme potansiyeline de sahip olan dikey anlaşmalar, rekabet iktisadının üzerinde çokça konuşulan bir tartışma sahası olmuştur. Dikey anlaşmaların farklı açılardan ele alındığı ekonomik analizler, teşebbüsleri dikey anlaşma akdetmeye iten sebepleri ve dikey anlaşmaların ortaya çıkardığı sonuçları anlamamızda yardımcı olmuştur. Oldukça uzun bir dönem boyunca gerçekleştirilen ekonomik analiz ve tartışmalar, rekabet hukukunun da şekillenmesinde büyük rol oynamıştır.

Bu açıdan değerlendirildiğinde, dikey anlaşmaların yalnızca ekonomik yönden ya da hukuki yönden incelenmesi, her durumda iki önemli ayaktan birinin kapsam dışında kalmasına neden olacak ve neticede konunun bütünüyle kavranmasını engelleyecektir.

Diğer taraftan, rekabet hukukunun dikey anlaşma kanadına ilişkin hükümlerin ekonomik alt yapısının tespit edilmesi; söz konusu hükümlerin analizinde yardımcı olacağı gibi dikey anlaşmalara yönelik rekabet hukuku dalının, sonraki dönemlerde nasıl bir şekil alacağına ilişkin projeksiyonların da şimdiden yapılmasını kolaylaştıracaktır. Bu yönüyle tezimizde dikey anlaşmalar, yalnızca hukuki açıdan ele alınmayacak, ilgili hukuk kuralının alt yapısını oluşturan ekonomik temeller de değerlendirilecektir.

Nitekim dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikasını incelediğimizde, söz konusu politikanın durağan değil, sürekli değişen ve değiştikçe olumlu yönde gelişme kaydeden bir rota takip ettiğini görmekteyiz. Olgunlaşan piyasa şartları, teknolojik ilerlemeler, küresel rekabet ortamı dikey anlaşmaları kaçınılmaz kılarken, rekabet hukukunun ve aynı zamanda rekabet politikalarının bu gerçeği görmezlikten gelmesi beklenilemez. Başta Avrupa Topluluğu olmak üzere pek çok ülkenin rekabet politikalarını gözden geçirme ve yeniden düzenleme gereksinimlerinin arkasında yatan sebep de yine bu gerçektir.

Dikey anlaşmaların rekabeti artırıcı ve azaltıcı yönlerinin varlığı, günümüzde söz konusu anlaşma türünün teorik olarak tek bir çatı altında olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır. Bu sebeple

dikey ilişkinin konu olduğu sınırlamalar ayrıma tabi tutulmalı, her bir sınırlama türü kendi kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Dikey anlaşma türlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesinde münhasır dikey anlaşmalar ön plana çıkmaktadır. Nitekim münhasır dikey anlaşmaların özellikle yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazar yapılarında markaiçi ve markalararası rekabeti kısıtladığı gibi pazara yeni girecek olan potansiyel rakiplere de giriş engeli yaratması, rekabet hukuku bağlamında münhasır dikey anlaşmaları, diğer dikey anlaşmalara kıyasla daha riskli hale getirmektedir. Tezimizin konusunun münhasır dikey anlaşmalarla sınırlandırılması, dikey anlaşmaların piyasa üzerindeki etkilerinin net bir şekilde ortaya konulması açısından oldukça faydalıdır.

Dikey anlaşmalara ilişkin teorik çalışmaların ve ekonomik analizlerin ulaştığı sonuçlar, Avrupa Topluluğu (AT) rekabet politikasını da etkilemiştir. “Antlaşma’nın 81(3) üncü Maddesinin Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2790/1999 (AT) Sayılı Komisyon Tüzüğü”nün kabul edilmesi, bu değişimi somutlaştırmıştır. Bu açıdan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün genel mantığının ve Tüzük hükümlerinin ekonomik alt yapısının ortaya konulması, AT dikey rekabet politikasında yaşanan değişimin tespiti açısından önemlidir. Aynı zamanda söz konusu değişim, yürürlükten kalkan 1983/83 ve 1984/83 Sayılı Komisyon Tüzükleri ile 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün karşılaştırılması suretiyle de belirlenebilecektir.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün öncesinde Topluluk’ta egemen olan dikey rekabet politikasına yönelik olarak dile getirilen ekonomik ve hukuki eleştirilerin ortaya konulması ise söz konusu Tüzüğün ana hatlarının tespitinde yardımcı olacaktır.

AT rekabet politikasının dikey anlaşmalar kanadında gözlemlenen bu önemli değişim Türk rekabet politikasını da etkilemiştir. AB ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması çerçevesinde oluşturulan Ortaklık Konseyi’nin, Gümrük Birliği’nin kuran 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı kararının 37 nci maddesi gereğince Türkiye; Gümrük Birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla, rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatını, Avrupa Topluluğu mevzuatı ile uyumlu hale getirme ve etkin bir biçimde uygulanmasını temin etme yükümlülüğu altına girmiştir. Bu doğrultuda Türk Rekabet Kurulu, “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”ni benimseyerek gerekli mevzuat uyumlaştırmasını gerçekleştirmekle kalmamış aynı zamanda dikey rekabet politikasını da ticari yaşamın gereklerine göre şekillendirmiştir.

Bu yönüyle 2002/2 Sayılı Tebliğ'in, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile farklarının ortaya konularak incelenmesi, Türk rekabet politikasının anlaşılması açısından önemlidir.

Tezimizin hazırlanmasında, büyük ölçüde bu konuyla ilgili olarak yayınlanmış yabancı monografik eserlerden, ilgili AT ve Türk Rekabet Hukuku mevzuatı ve AT Komisyonu ile ATAD kararlarından temel veri kaynakları olarak yararlanılmıştır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde çalışmamızın birinci bölümü, dikey anlaşmaların teorik olarak değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu bölümde, dikey anlaşmaların ekonomik etkileri incelendikten sonra piyasadaki rekabet düzeyinde yarattıkları olumlu ve olumsuz sonuçlar değerlendirilmiştir. Dikey rekabet politikasına ilişkin var olan farklı fikirler ortaya konularak günümüzde genel kabul gören politikanın özellikleri üzerinde durulmuştur. Dikey anlaşmalara ilişkin söz konusu genel değerlendirmenin ardından, "münhasır dikey anlaşma" kavramının ana unsurları, kapsamı ve türleri belirlenmiştir.

İkinci bölümde RA'nın 81 ve 82 nci maddelerinin unsurları, dikey anlaşmalar ve özellikle münhasır dikey anlaşmalar açısından ele alındıktan sonra Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın münhasır dikey anlaşmalara ilişkin yaklaşımlarının sınırları belirlenmektedir. Bu çerçevede 81(1) inci madde bağlamında, Ortak Pazar içerisinde rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili ve Üye Devletler arası ticareti etkilemesi mümkün olan teşebbüsler arası dikey anlaşmalar incelenmiştir. 81(1) inci maddenin sınırlarını çizdiği, rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler için öngörülen kendiliğinden geçersizliğin istisnasını oluşturan 81(3) üncü maddedeki muafiyet şartları da bu açıdan değerlendirilmiştir. RA 82 nci madde kapsamında hakim durum kavramı ve hakim durumun tespitinde kullanılan ölçütler ortaya konulduktan sonra, özellikle münhasır dikey anlaşmalar kanalıyla hakim durumun kötüye kullanılması üzerinde durulmuştur.

Tezimizin üçüncü bölümünde, AT ve Türk rekabet politikalarındaki son gelişmeler ele alınmaktadır. Bu çerçevede ortaya konulan, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü öncesinde yürürlükte bulunan münhasır dikey anlaşmalara yönelik eski Komisyon Tüzükleri ve genel olarak Topluluk rekabet politikasına yönelik olarak dile getirilen eleştiriler, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün analiz edilmesine yardımcı olacaktır. Bu bölümde ayrıca dikey anlaşmalara yönelik Topluluk rekabet politikasında oldukça önemli değişiklikler yapan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün genel hatlarıyla birlikte ekonomik mantığı da ortaya konulmuştur.

Son olarak AT rekabet politikasında yaşanan bu gelişmelerin Türk rekabet politikasına yansımaları incelenmiştir. Bu bağlamda, Türk Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile karşılaştırılarak incelenmiş ve bu Şekilde 2002/2 Sayılı Tebliğ'in farklılıkları tespit edilmiştir.

## Birinci Bölüm

### DİKEY KISITLAMALAR, MÜNHASİR DİKEY ANLAŞMALAR

#### I. DİKEY ANLAŞMALAR

##### 1. Genel Olarak

Teşebbüsler üretim faaliyetlerini yerine getirirken pek çok işlem gerçekleştirirler. Bu işlemlerin gerçekleşme şekli aynı zamanda sağlayıcı ve alıcı arasındaki ilişkinin niteliğini de ortaya koyar. Teşebbüs, hammadde ihtiyacını uzunca bir süre tek bir sağlayıcıdan temin edebileceği gibi kendi kaynaklarından da sağlayabilir. Diğer taraftan mal üreticisi ya da hizmet sağlayıcısı, kendi üretimi olan nihai ürünü yine kendi tüketiminde kullanma ya da piyasaya sunma seçeneklerinden birine karar verir.

Her organizasyon, üretime yönelik işlemleri içselleştirerek kendi bünyesinde mi yapacağına yoksa piyasa yoluyla mı gerçekleştireceğine yönelik stratejisini belirler. Kimi yazarlar bu karar aşamasını “yap ya da satın al” şeklinde özetlemektedir<sup>1</sup>. Ancak bu işlem sanıldığı gibi aksine, basit bir karar alma süreci değildir. Teşebbüs aynı işlemi kendi bünyesinde, piyasa ortamında ya da iki yöntemin belirli unsurlarını içine alacak ortak bir yöntem ile gerçekleştirebilir<sup>2</sup>.

Yukarıdaki açıklamaları örneklemek amacıyla, Şekil 1’de “fast food” yiyeceklerde kullanılan karton kutuların üretimi ile ilgili dikey üretim zincirine yer verilmiştir. Ürün ambalajında kullanılan karton, doğal gaz kaynaklı polystyrene maddesinden yapılmaktadır. Bir plastik türü olan polystyrene, endüstriyel yapım ve paketlenmede kullanılmaktadır. Polystyrene maddesinin dünyadaki başlıca üreticileri Arco Chemical, Dow Chemical, Huntsman, Fina Chemicals, Polysar firmalarıdır.

---

<sup>1</sup> Bkz. OSTER, S.M., Modern Competitive Analysis, Newyork, Oxford University Press, 1999, s.199.

<sup>2</sup> BOSCHECK, R., “The EU Policy Reform on Vertical Restraints- An Economic Perspective”, World Competition 23(4), 2000, s.5.



**Kaynak: Oster, Sharon M., Modern Competitive Analysis, Oxford University Press, 1999, s.199.**

Polystrene üreticileri faaliyetlerini farklı yaklaşımlar çerçevesinde gerçekleştirmektedir. 1925 yılında polystyrene maddesini ilk üreten teşebbüs olan Dow Chemical, halihazırda Du Pont firmasının ardından piyasa ikincisi konumundadır. Piyasadaki diğer rakiplerine kıyasla Dow, dikey örgütlenme içine girmiş bir firmadır. Dow'un kimya bölümü, polystrene imali için gerekli styrene maddesini üretmektedir. Aynı zamanda Dow, ürettiği polystrene maddesinin %80'ini yine kendi bünyesindeki karton üreticilerine vermektedir. %20'lik kısmı ise nihai kullanıcılara doğrudan satmaktadır. Bu yönleri ile Dow Şekil-1'deki ekonomik işlemleri piyasa şartları dahilinde değil kendi organizasyonu bünyesindeki farklı bölümler arasında gerçekleştirmektedir.

Aynı sektördeki bir diğer üretici Huntsman ise polystrene üretim kapasitesi olarak piyasa lideridir. Dow'un aksine Huntsman ihtiyaç duyduğu styrene maddesini piyasa şartlarında diğer üretici firmalardan almakta, ürettiği polystrene maddesinin tamamını karton üreticilerine satmaktadır.

Bu iki farklı örnekten de görülebileceği gibi ticari işlemlerin nasıl organize edileceğine ilişkin kararlar organizasyon için hayati öneme sahiptir. Bu karar ürün yapısına, dağıtım ve pazarlama stratejilerine, organizasyon şekline etki edecektir. Belirli bir mal veya hizmet üreten teşebbüs öncelikle ikili bir ayrımla karşılaşacaktır. Teşebbüs yaptığı üretimi, kendi ihtiyaçları için kullanabileceği gibi bu girdiye ihtiyaç duyan diğer tüketicilere de satabilecektir. Teşebbüsün üretimini kendi ihtiyaçları doğrultusunda kullanması, aynı

ekonomik birlik içinde gerçekleşen bir işlem olması ve dolayısıyla rekabet hukuku anlamında bir dikey anlaşma oluşturmaması nedeniyle bu çalışmada incelenmeyecektir. Yukarıda bahsedilen ikinci durumda ise üretici, ürettiği ürünün dağıtımını konusunda farklı seçenekler ile karşı karşıya kalacaktır: Dağıtım fonksiyonunu kendisi gerçekleştirerek (dikey entegrasyon) işlemleri içselleştirebileceği gibi bağımsız dağıtıcılar kanalı ile ürününü dağıtma imkanına da sahiptir<sup>3</sup>.

Bu bölümde yukarıda bahsedilen, üreticinin karşı karşıya kaldığı farklı seçenekler kısaca açıklandıktan sonra esas olarak “bağımsız dağıtım kanalı” incelenecektir.

## **2. Dikey İlişki Türleri**

### **2.1. Dikey Anlaşmalar<sup>4</sup>**

Dikey anlaşma; üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren lisans alan ve veren, üretici ve toptancı, sağlayıcı ve müşteri gibi teşebbüsler arasındaki anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Bu açıdan dikey anlaşmanın belirleyici unsuru, anlaşmanın taraflarının üretim veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteriyor olmalarıdır<sup>6</sup>. Dikey anlaşmalar genel olarak bir tarafın diğer tarafa yüklediği kısıtlamaları içerirler. Bu kısıtlamalar, belirli bir ürünün tedarikini ya da dağıtımını düzenler niteliktedir<sup>7</sup>.

Dağıtım anlaşmaları ise, bir ürünün üretiminden nihai tüketiciye ulaşıncaya kadar geçen aşamaları birbiriyle birleştiren anlaşmalardır. Diğer bir ifade ile dağıtım anlaşmaları, üretilmiş olan bir ürünün alıcılarına ulaştırılmasında kullanılan pazarlama şekillerini kapsamaktadır. Bu pazarlama şekilleri, ürünün ve pazarın özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir. Genel

---

<sup>3</sup> Bkz. AREEDA, P., KAPLOW, L., Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, 5 th Edition, New York, Aspen Law&Business, 1997, s.609.

<sup>4</sup> Dikey anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı hükümleri “dikey kısıtlama” ya da “dikey sınırlama” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. TAYLOR, P., Vertical Agreements-The New Regulation in Context, U.K., Monitor Press, 2000, s.23. Bu açıdan tezde yer verilen “dikey anlaşma”, “dikey kısıtlama” ve “dikey sınırlama” kavramları, rekabeti sınırlayıcı dikey anlaşma hükümlerine işaret edecek şekilde birbirlerinin yerine kullanılmışlardır.

<sup>5</sup> HILDEBRAND, D., The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Netherlands, Kluwer Law International, 1998, s.277.

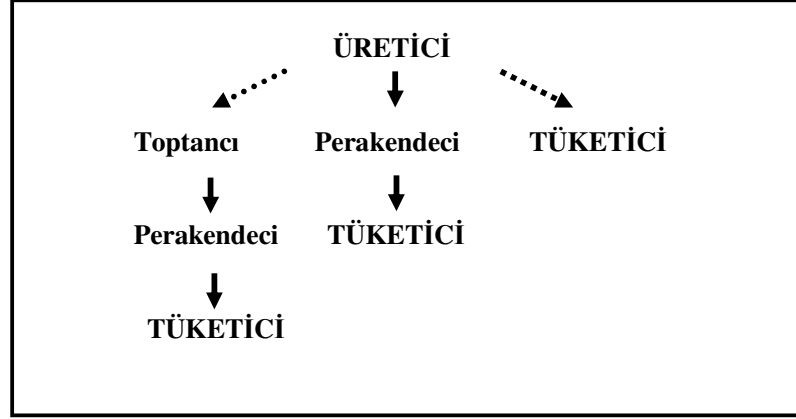
<sup>6</sup> CHAUDEY, M., FADAİRO, M., Vertical Restraints: Anti Competitive Tools or Market Failures Palliatives? The Relevance of Contracts Econometrics, 2002, s.2.

<sup>7</sup> Doğurduğu sonuçlar itibari ile pek çok dikey anlaşma türü, dikey entegrasyonun kısmi ikamesi kabul edilmektedir. Bkz. BISHOP, S., WALKER, M., The Economics of EC Competition Law, London, Sweet & Maxwell, 2002, s.155; MCNUTT, P., “The Appraisal of Vertical Agreements: Competitiveness, Efficiency, Competitive Harm and Dynamic Conduct”, J. Rivas, M. Horspool (edt.) içinde: Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law, Netherlands, Kluwer Law International, 2000, s.58.

olarak, dağıtım anlaşmaları olarak nitelendirilen birbirinden farklı pazarlama şekillerinin tanımlamaları yapılırken, söz konusu dağıtım anlaşmalarının içerdikleri karşılıklı hak ve yükümlülüklerin nitelikleri dikkate alınır<sup>8</sup>.

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

Dağıtım anlaşmaları; üretici ile dağıtımın herhangi bir aşamasında faaliyet gösteren dağıtıcı arasında olabileceği gibi, dağıtımın farklı kademelerinde faaliyet gösteren iki dağıtıcı arasında da gerçekleşmesi mümkündür. Üretici tarafından temin edilen ürünün tüketicilere ulaştırılmasında kullanılan alternatif dağıtım yöntemleri Şekil 2’de özetlenmiştir:



Üretici ürününü tüketicilere ulaştırırken, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki farklı seçeneğe sahiptir<sup>9</sup>. Ürününü herhangi bir bağımsız dağıtıcı olmaksızın üretici tarafından doğrudan tüketicilere ulaştırılmasında, bir dağıtım ilişkisi söz konusu olmamaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi bu tür bir anlaşma, anlaşmanın tarafları olan üretici ve tüketicinin, üretim veya dağıtım zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteriyor olmaları şartıyla dikey anlaşma kabul edilmesine rağmen, yeniden dağıtım söz konusu olmadığından dağıtım anlaşması olarak nitelendirilememektedir.

<sup>8</sup> ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku, 2. Basım, Bursa, Ekin Kitapevi, 2001, s.147.

<sup>9</sup> AREEDA/KAPLOW, a.g.e., s.610.



Üretici tarafından üretilen ürünün toptancı ya da perakendeci vasıtası ile de dağıtımı mümkündür. Bu sistemde üretici, dağıtıcılar ile dağıtım anlaşması imzalamakta ve ürünün dağıtımını söz konusu dağıtıcılara bırakmaktadır. Üreticinin ürünü doğrudan perakendeciye vermesi durumunda, perakendeci nihai satış noktası olmaktadır. Ürünün toptancı kanalı ile dağıtılmasında ise zincire ana dağıtıcı olarak toptancı dahil olmakta, perakendeciye ürünün ulaştırılması onun vasıtası ile gerçekleşmektedir. İleride ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere dağıtım piyasasının yapısı, dağıtım zincirindeki mevcut aktörler, bu aktörlerin sayısı, piyasadaki konumu ve en önemlisi üretici ile dağıtıcılar arasındaki dağıtım anlaşmasının yapısı ürün piyasasındaki rekabetin temel unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2.2. Dikey Entegrasyon

Teşebbüsler için uygulanabilirliği olan bir diğer seçenek dikey entegrasyondur. Herhangi bir ürünün üretiminden satışına kadar geçen farklı aşamalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan birleşme ya da devralmalara “dikey entegrasyon” adı verilmektedir. Bu tür bir entegrasyon yapısında, teşebbüsler arası alıcı-satıcı ilişkisi ya da aynı ürünün farklı aşamalarında faaliyette bulunuyor olma söz konusudur<sup>10</sup>.

Dikey entegrasyon, bir teşebbüsün ya geriye doğru kendisine girdi sağlayan teşebbüslerle ya da ileriye doğru kendi ürününü satın alan teşebbüslerle birleşmesi veya devralması şeklinde olur. Böylece teşebbüsler; faaliyetlerinde önemli bir fayda sağlayacak olan tedarik, üretim ve pazarlama kaynaklarının kontrolünü elde etmiş olurlar<sup>11</sup>.

Pek çok ürünün üretiminde, nihai ürün safhasına kadar devam eden süreçte, girdilerin bir bütün olarak kullanımı esastır. Otomobil fabrikasındaki üretim hatlarına benzer yapılarda, bu hatların parçalara ayrılarak bütünlüğünün bozulması; taşıma, birleştirme, yeniden başlama gibi birçok ilave maliyetin gündeme gelmesine neden olur. Tek bir hat üzerinde yer almayan, çok sayıda farklı üretim düzeyine dayalı üretim süreçlerinde de bu düzeyler arasındaki fiziksel ilişki, üretimin tamamının içsel olarak yapılması durumunda benzer maliyet avantajlarını sağlayacaktır. Diğer taraftan; söz konusu farklı üretim düzeylerinin tek bir teşebbüs çatısı altında gerçekleştirilmeyip bir kısmının piyasa mekanizması yolu ile sağlanması durumunda ise, yukarıdaki üretim maliyetlerinin yanı sıra teşebbüsler arası koordinasyon sorunu da gündeme gelecektir. Koordinasyon sorununun çözümü ise sözleşme ile mümkün

<sup>10</sup> AYDIN, N., İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği, Ankara, TOBB Yayın No: Genel 150, Ar-Ge 62, 1990, s.10.

<sup>11</sup> GREEN, M.B., Mergers and Acquisitions: Geographical and Spatial Perspectives, New York, Routledge Inc., 1990, s.20.

olabilmektedir. Ancak sözleşme ilişkisi çerçevesinde koordinasyon sorununun çözümü oldukça karmaşık olduğu gibi, aynı zamanda maliyetlidir<sup>12</sup>.

Üretim ya da dağıtım sürecinin farklı aşamalarının dikey entegrasyon yolu ile bir araya getirilmesi yerine, söz konusu aşamaların her birinin piyasa mekanizması yolu ile satın alınması durumunda, her bir işlem için “işlem maliyeti” gündeme gelecektir. İşlem maliyeti; mal ya da hizmetlerin sözleşmenin bir tarafından diğerine transferinde, piyasa mekanizmasının kullanımı sonucunda ortaya çıkan kaynak harcamalarıdır<sup>13</sup>. Coase’ye göre işlem maliyetinin üç temel kaynağı vardır. Bunlardan birincisi, alıcı ya da satıcının en uygun şartları aramalarından kaynaklanan “arama maliyeti”dir<sup>14</sup>. Bir diğer maliyet ise, işlemin hukuki zeminini teşkil eden sözleşmenin oluşturulması için tarafların bir araya gelmesi, müzakere sürecine katılmaları ve bu sürecin devamı için gerekli maliyetlerdir. Sonuncu maliyet ise; özellikle uzun süreli sözleşmelerde, sözleşme sonrası dönemde meydana gelebilecek olası değişimler karşısında sözleşmenin esnek olmayan yapısıdır<sup>15</sup>. Piyasa şartlarında meydana gelecek değişimler karşısında teşebbüs gerekli tepkileri zamanında veremeyecektir. Örneğin, sözleşmenin imzalanmasından sonra girdi fiyatlarında önemli bir düşüş meydana gelse ya da alternatif girdiler ortaya çıksa dahi teşebbüs bu imkanlardan faydalanamayacaktır.

Dağıtım aşamasında dikey entegrasyon ise, teşebbüsün mevcut bir dağıtım zincirini satın alması ile olabileceği gibi teşebbüsün kendi dağıtım zincirini kurması ile de gerçekleşebilir. Üreticinin, ürettiği ürünlerin dağıtımını da kendisinin gerçekleştirmesi suretiyle “dağıtımda dikey entegrasyon” yöntemini seçmesinde belirleyici olan etkinlik artışıdır. Söz konusu etkinlik kazanımları, yukarıda ayrıntılı bahsedilen satın alma maliyeti, koordinasyon ve işlem maliyeti gibi kalemlerde görülen düşüşler şeklinde ortaya çıkacaktır<sup>16</sup>. Üreticinin kendi dağıtım ağına sahip olması durumu ile diğer yöntemler bu açılardan karşılaştırıldığında ortaya çıkacak sonuç, hangi yöntemin seçileceğine ışık tutacaktır<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> KASERMAN, D.L., MAYO, J.W., Government and Business, USA, Dryden Press, 1995, s.299.

<sup>13</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.299-300.

<sup>14</sup> “Arama maliyeti”ne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, Competition in Retailing, OFT Research Paper 13, 1997, s.18.

<sup>15</sup> COASE, R. H., “The Nature of the Firm,” *Economica* 4, 1937, s.389.

<sup>16</sup> Teşebbüsler; maliyet avantajı sağlaması durumunda dikey entegrasyonu tercih ederlerken, düzenli bilgi akışının olduğu piyasa yapılarında dikey anlaşmayı tercih etmektedirler. Bkz. AREEDA/KAPLOW, a.g.e., s.609-610.

<sup>17</sup> HARRIGAN, K., “Matching Vertical Integration Strategies to Competitive Conditions”, *Strategic Management Journal*, 1986 November-December, 1986, s.535-556.

### 3. Dikey Anlaşmaların Rekabet Düzenine Etkileri

Markaiçi (intra-brand competition) ve markalararası rekabet (inter-brand competition) ayrımı, dikey sınırlamaların rekabetçi etkilerinin ortaya konulması açısından önemli bir ayrımdır. Bu açıdan ilgili ayırım, rekabet hukuku uygulamalarında dikey sınırlamalara yönelik yaklaşımlara da ışık tutmaktadır.

Dağıtıcılar genel olarak iki farklı rekabet ile karşı karşıyadır. Bunlardan birincisi, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren rakip sağlayıcıların ürünlerinden kaynaklanan “markalararası rekabet”, diğeri ise kendisi ile aynı sağlayıcıdan mal veya hizmet temin eden diğerk dağıtıcılardan kaynaklanan “markaiçi rekabet”tir<sup>18</sup>. Markalararası rekabet, piyasa güçlerinin adil oyunu neticesinde ortaya çıkar<sup>19</sup>. Belirli bir ürün piyasasında faaliyet gösteren farklı teşebbüslerin, tüketicinin aynı ihtiyacını karşılayan mal ya da hizmetler için uyguladıkları fiyat, kalite ve diğerk sözleşme şartları farklılık gösterir. Markalararası rekabet, tüketicinin bu alternatif temin kaynaklarına ulaşmasının bir sonucudur. Tüketici, tercihine bağlı olarak ucuz olan ürünü satın almak istediğinde bu malların satıldığı bir mağazayı tercih ederken, kalite ve satış sonrası servisin önemli olduğunu düşündüğünde bu hizmeti kendisine sunan yetkili satıcıları, lüks mallarda ise özel nitelikli mağazaları tercih edecektir.

#### 3.1. Markalararası Rekabet Düzeyine Etkileri

Markalararası rekabet, tüketici gözünde aynı ya da benzer ürünleri üreterek ya da ticari yoldan edinerek, doğrudan veya yeniden dağıtıcılar kanalıyla pazara sunan teşebbüslerin içinde buldukları ekonomik yarışır<sup>20</sup>.

Rekabet yarışında önemli etkenlerden biri, ürünün nihai satış fiyatıdır. Nihai satış fiyatı, hem markalararası hem de markaiçi rekabette belirleyici rol oynadığı için sağlayıcı tarafından belirlenmesine çoğu durumda izin verilmez. Bu açıdan sağlayıcı, yalnızca yeniden dağıtıcıya uygulayacağı satış fiyatını belirleyebilmekte, yeniden satış fiyatına tespit edememektedir. Diğerk taraftan ürünün tüketiciye sunumu aşamasında dağıtıcı tarafından sağlanan hizmet kalitesi de ekonomik yarışta önemli bir etkidir. Bu sebeple sağlayıcı, markalararası rekabeti sürdürebilmek için, ürünlerinin tüketiciye ‘makul’ koşullarda ulaşması amacıyla yeterli seviyede markaiçi rekabet koşullarını temin etmek durumundadır.

Tüketici tercihini, dolayısıyla markalararası rekabeti etkileyen etkenlerin tamamına ‘Rekabet Alanı’ adı verilmektedir. Rekabet alanı, her bir ürün için

<sup>18</sup> HUGHES, M., FOSS, C., ROSS, K., “The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law”, ECLR 10, 2001, s.424.

<sup>19</sup> HILDEBRAND, a.g.e., s.108.

<sup>20</sup> Bir diğerk tanıma göre markalararası rekabet, birbirine rakip markalar arasındaki yarışır ifade etmektedir. Bkz. TAYLOR, a.g.e., s.17.

değişiklik gösterebilmektedir. Bu alanının genişliği ise ürünün standartlaşmış olmasıyla ters orantılıdır. Ürünün standart olması durumunda rekabet alanının genişliği azalacaktır. Nitekim standardizasyonun yüksek olduğu mallarda fiyat farklılıklarının oldukça düşük olması, standardizasyon oranı azaldıkça teşebbüsler arasındaki fiyat farklılıklarının ortaya çıkması bunun bir sonucudur. Bu açıdan ürünün standardizasyon derecesi, markalararası rekabet koşullarını belirleyen temel etmenlerden bir tanesi olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Markalararası rekabet düzeyini belirleyen en önemli unsurlardan bir tanesi de piyasanın yoğunlaşma derecesidir. Piyasadaki mevcut aktörlerin sayısı ve bu aktörler arasındaki güç dengesi, piyasadaki rekabet düzeyini tespit eder. Diğer taraftan her ne kadar piyasadaki mevcut aktör sayısı markalararası rekabet düzeyinde etkili olsa da, bu aktörler arasındaki yatay ilişki boyutu da incelenmesi gereken bir unsurdur. Açık ya da gizli bir yatay anlaşmanın varlığı, markalararası rekabetin azalması ya da yok olmasında önemli bir etkidir.

Markalararası rekabeti etkileyen bir diğer unsur ise piyasadaki dikey ilişkilerdir<sup>22</sup>. Bu açıdan sağlayıcı ile dağıtıcılar arasındaki dikey ilişkinin dikey entegrasyon seviyesinde ya da münhasır nitelikte olması durumunda, piyasadaki rekabet düzeyi olumsuz etkilenecektir. Bu durumlarda, rakip sağlayıcıların müşterilere erişimi zorlaşmakta ve neticede müşterilerin opsiyonları kısıtlanmaktadır<sup>23</sup>. Dikey ilişkinin en yoğun olduğu dikey entegrasyonda sağlayıcı -dışsal büyüme olarak nitelendirilen- mevcut bir dağıtım zincirini satın almakta ya da kendi dağıtım zincirini kurmaktadır. Ancak sağlayıcının kontrolünde bulunan dağıtım ağının, müşterilere ulaşmada kullanılan tek kanal olması ya da oldukça önemli bir kanal olması, rakip sağlayıcıların faaliyetlerini zorlaştıracaktır. Sağlayıcının bağımsız dağıtıcılar ile olan ilişkisinin münhasır nitelikte olması da dikey entegrasyon ile benzer bir sonuç doğuracak<sup>24</sup>, her ne

---

<sup>21</sup> CLARK, J.M., "Toward a Concept of Workable Competition" The American Economic Review 30, 1939, s.243.

<sup>22</sup> Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi'nin 103 üncü paragrafında dikey sınırlamaların olumsuz etkileri sayılmıştır. Bu etkilerden dikey anlaşmaların giriş engelleri yaratarak pazarı diğer sağlayıcılara ve diğer alıcılara kapatması, potansiyel rekabeti engellemek sureti ile markalararası rekabeti engelleyen bir unsurdur. Bir diğer etki olan sağlayıcılar veya alıcılar arasındaki işbirliğini artırıcı yönü, piyasadaki markalararası rekabeti ortadan kaldıran bir uygulama olabilmektedir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1, p.103.

<sup>23</sup> BOWMAN, W.S., "The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance", University of Chicago Law Review, Vol.22, No.4, Summer 1955, s.847.

<sup>24</sup> Bkz. BORK, R.H., The Antitrust Paradox - A Policy at War With Itself, New York, Free Press, 1993, s.299.

kadar hukuken bağımsız olsalar da rakip sağlayıcıların bu dağıtım kanallarını kullanması engellenecektir<sup>25</sup>.

Sağlayıcının ürünü doğrudan müşterilere satması durumunda da dikey ilişkinin niteliği önemlidir. Sağlayıcının müşterisi ile uzun süreli ve münhasır nitelikte bir dikey anlaşma imzalaması durumunda rakip sağlayıcıların müşterilere mal temin etmesi engellenecektir.

Piyasada faaliyet gösteren birden fazla aktörün dağıtıcıları ile ya da doğrudan alıcıları ile yaptığı benzer türden dikey anlaşmaların toplam etkisi, mevcut aktörler arasındaki rekabet düzeyine etki ettiği gibi piyasaya girmek isteyen potansiyel aktörlere de giriş engeli yaratabilecektir. Bu da mevcut ve potansiyel markalararası rekabeti olumsuz etkileyecektir<sup>26</sup>.

Dikey sınırlamaların markalararası rekabet düzeyine etkisi olduğu gibi aynı zamanda dikey sınırlamaların bu etkisinin belirleyicisi de markalararası rekabettir<sup>27</sup>. Dağıtım ve/veya üretim seviyesinde yeterli derecede rekabetin var olduğu pazar yapısında, dikey sınırlamaların rekabet üzerinde önemli bir etkisi beklenmeyecektir<sup>28</sup>. Münhasır bölge tahsisi ya da franchise gibi dikey sınırlamaların ortaya çıkardığı etkinlik kazanımları, piyasadaki markalararası rekabetin derecesine bağlı olarak tüketicilere yansiyacaktır. Ancak markalararası rekabetin olmadığı piyasalarda, dikey kısıtlamalardan doğan etkinlik kazanımları tüketiciye geçmeksizin kar olarak emilecektir<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Bkz. KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.312. Ancak tüm dikey anlaşmaların ve özellikle münhasır dikey anlaşmaların etkilik artırıcı sonuçları, belirli koşulların varlığı durumunda markalararası rekabeti artırıcı rol oynayacaktır. BELLAMY, C., CHILD, G., European Community Law of Competition, Fifth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2001, s.494.

<sup>26</sup> MARTIN, S., Industrial Economics, Second Edition, New Jersey, Prentice Hall, 1994, s.493.

<sup>27</sup> Bkz. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721, 1997, p.65. Taylor, münhasır dikey anlaşmaların piyasadaki rekabet düzeyine etkisini belirleyen ana unsurun, markalararası rekabet düzeyi olduğu görüşündedir. Bkz. TAYLOR, a.g.e., s.18.

<sup>28</sup> Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi'nin 6 ncı paragrafında, çoğu dikey sınırlamanın yalnızca markalararası rekabetin yeterli olmadığı pazarlarda önemli hale geldiği ve problem oluşturduğu belirtildikten sonra örnek olarak sağlayıcı veya alıcı seviyesinde ya da her iki seviyede belirli bir derecede pazar gücüne sahip teşebbüsün bulunduğu durum gösterilmiştir. Aynı paragrafta, markalararası rekabetin yetersiz olması durumunda, markaiçi rekabetin korunmasının önem kazanacağı vurgulanmıştır. 119 uncu paragrafta ise markalararası rekabeti azaltan dikey sınırlamaların, genellikle markaiçi rekabeti azaltan dikey sınırlamalardan daha zararlı olduğu ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1.

<sup>29</sup> Bkz. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, p.66.

Bu sebeple dikey anlaşmaların R.A. 81 inci madde bağlamında değerlendirilmesinde de markalararası rekabet düzeyinin önemi büyüktür<sup>30</sup>. Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi'nde<sup>31</sup>; dikey kısıtlamaların 81 inci madde kapsamında değerlendirilmesinde, markalararası rekabetin yetersiz olduğu hallerde belirli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerle sınırlı kalınacağı ifade edilmiştir<sup>32</sup>.

Markalararası rekabet yalnızca piyasadaki mevcut sağlayıcılar arasındaki rekabete değil, aynı zamanda piyasaya girme ihtimali olan potansiyel sağlayıcıların varlığına da bağlıdır. Potansiyel rakiplerin varlığı ve bu rakiplerin piyasaya girebilme olanakları, markalararası rekabet düzeyini olumlu yönde etkileyecektir. Bu açıdan, potansiyel rekabet düzeyini belirleyen “piyasaya giriş engelleri”, kaçınılmaz olarak markalararası rekabeti de etkileyecektir<sup>33</sup>.

Markalararası rekabet düzeyine ilişkin olarak buraya kadar yapılan açıklamalar, dağıtım piyasasında faaliyet gösteren ve tüketicilere farklı markaları sunan dağıtıcılar arasındaki rekabete ilişkindir. Bu yapıda her bir dağıtıcı, yalnızca tek bir sağlayıcı ile çalışmakta ve yalnızca tek bir markayı dağıtmaktadır. Ancak dağıtıcının birden fazla rakip markanın dağıtımı ile uğraşması da mümkündür. Bu durumda her bir dağıtıcı birden fazla rakip markayı dağıttığından “mağaza içi markalararası rekabet” ortaya çıkacaktır. Aynı satış noktasında birden fazla rakip ürünün dağıtılması neticesinde gündeme gelen mağaza içi markalararası rekabet yapısı, tüketiciler açısından alternatif

<sup>30</sup> Komisyon dikey anlaşmalara yönelik olarak benimsediği yeni rekabet politikası ile dikey anlaşmaların yalnızca yatay pazar gücünün varlığı durumunda rekabete zarar veren sonuçlar doğurabileceği yaklaşımını kabul etmiştir. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.166.

<sup>31</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1. “Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi”, tezin bundan sonraki kısımlarında “Komisyon Bildirimi” olarak ifade edilecektir.

<sup>32</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.102.

<sup>33</sup> Bain giriş engellerini; piyasada yerleşik olan teşebbüsün, piyasaya girecek olan potansiyel rakip teşebbüs karşısında sahip olduğu ve mevcut firmanın, piyasaya yeni firma girmeksizin fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine çıkartmasına olanak tanıyan avantajlar şeklinde tanımlamıştır. Bkz. BAIN, J., Barriers to New Competition, Cambridge, Harvard University Press, 1965, s.3. “Giriş engelleri”nin çerçevesini çizen üç özellik bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu engellerin ancak bazı teşebbüslerin piyasaya girmesini engellediği ve bu yönüyle mutlak engeller olmadığıdır. İkinci özellik ise giriş engellerinin ağırlığının yalnızca objektif faktörlere bağlı olmayıp aynı zamanda piyasadaki mevcut teşebbüsün tepkilerine bağlı olduğudur. Piyasada aşırı karın varlığı durumunda mevcut teşebbüs, piyasaya yeni firmanın girmesi ile birlikte ortaya çıkacak fiyat rekabetinin söz konusu aşırı karı yok edeceğini bildiğinden, piyasaya giriş ile birlikte fiyatları düşürerek yeni teşebbüsün yatırımlarını amorti etmesini engellemek isteyecektir. Son özellik ise; giriş engellerinin yalnızca yeni teşebbüslerin piyasaya girmesini engellemekle kalmadığı, aynı zamanda küçük teşebbüslerin gelişmelerini de engellediğidir. CAVES, R., PORTER, M., “From Entry Barriers to Mobility Barriers”, Quarterly Journal of Economics, Vol.91, Issue 2, 1977, s.241-261. Geniş bilgi için bkz. STIGLITZ, J.E., Principles of Micro Economics, 2. Edition, USA, Standford University, 1997, s.348.

ürünlerin bir arada bulunması yönüyle daha avantajlıdır. Farklı markaları dağıtan münhasır dağıtıcıların piyasada yarattığı rekabet düzeyine kıyasla daha yoğun olan mağaza içi markalararası rekabet, tüketicinin alternatif markaları daha kısa sürede ve daha az maliyetle karşılaştırmasına imkan tanımaktadır. Daha sonra ayrıntılı ele alınacak olan münhasır dikey anlaşma yapısı, dağıtıcıların yalnızca tek bir sağlayıcı ile iş yapması sonucunu doğurduğundan, mağaza içi markalararası rekabet yapısını olumsuz etkilemektedir. Diğer taraftan pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olan sağlayıcı tarafından dağıtıcılar ile münhasırlık koşulu içeren anlaşma imzalanması durumunda, zaten pazarın yoğunlaşmasına bağlı olarak oldukça sınırlı olan markalararası rekabet, mağaza içi markalararası rekabetin de ortadan kalkması ile iyice azalacaktır.

### 3.2. Markaiçi Rekabet Düzeyine Etkileri

Aynı markanın üretim, dağıtım veya satışı gibi aynı ya da farklı aşamalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki ekonomik yarışa ifade eden markaiçi rekabet<sup>34</sup>, markalararası rekabetten bazı yönleriyle farklılık göstermektedir. Her şeyden önce rekabete konu olan ürün, aynı sağlayıcı tarafından temin edilmesi nedeniyle büyük ölçüde homojendir. Bu açıdan, markaiçi rekabette asıl belirleyici olan bu yarışa katılan teşebbüslerin nitelikleridir. Yeniden satıcıların aynı markanın diğer dağıtıcıları ile olan rekabetinde öne geçmek için uyguladıkları pazarlama stratejileri ve buna bağlı olarak ortaya çıkan etkinlik artışları, yeniden satıcılar arasındaki rekabete zemin teşkil edecektir.

Markaiçi rekabet düzeyini belirleyen unsurların başında, yeniden satıcıların sağlayıcı ile aralarındaki dikey ilişkinin niteliği gelir. Sağlayıcı teşebbüsle aynı ekonomik birlik içindeki bağlı yeniden satıcılar arasında markaiçi rekabet düzeyi yok denecek kadar azdır. Sağlayıcıyla imzalanmış bir anlaşma uyarınca, belirli bölgelerde dağıtım hakkını tek başına elinde tutan münhasır dağıtıcılar arasındaki markaiçi rekabet düzeyi, topraksal kısıtlamanın derecesine bağlı olarak değişmektedir. Belirli bir bölgedeki münhasır dağıtıcının; diğer bölgelerdeki dağıtıcılardan ve paralel ithalat ya da ihracat yapan aracı teşebbüslerden kaynaklanan rekabet karşısında mutlak olarak korunması durumunda, markaiçi rekabet tamamen ortadan kalkmış olacaktır. Diğer taraftan münhasır dağıtıcıya tanınan bölgesel korumanın sınırlı olması durumunda, markaiçi rekabet ortaya çıkacaktır. Sağlayıcının dağıtıcısı ile olan dikey ilişkisinde topraksal kısıtlamaya yer vermediği ve aynı zamanda markaiçi rekabeti oluşturan fiyat, miktar gibi belirli parametrelerin dağıtıcı tarafından

---

<sup>34</sup> SANLI, K.C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, 2000, s.93.

bağımsız olarak tespit edildiği durumlarda, markaiçi rekabet en yüksek düzeyde bulunacaktır.

Markaiçi rekabetin diğer belirleyicileri; tüketici özellikleri ve perakendecilik hizmetidir. Ürünün endüstriyel kullanıcılar ya da nihai kullanıcılar tarafından satın alınması, markaiçi rekabet düzeyine etki edecektir. Nihai tüketici grubunun, bireysel hareket etmeleri nedeniyle önemli bir pazarlık gücünün olmaması, aynı markanın alternatif dağıtıcıları arasında araştırma yapma maliyetinin yüksek olması, ürünün niteliği ve satış koşullarına ilişkin eksik bilgi sahibi olmaları, nihai tüketicilere hitap eden markanın dağıtıcıları arasındaki markaiçi rekabeti azaltan unsurlardır. Endüstriyel kullanıcıların profesyonel teşebbüsler olması ve bilgi açısından nihai tüketicilere kıyasla daha iyi konumda olmaları, söz konusu endüstriyel kullanıcıların, dağıtıcılar arasındaki rekabeti artırıcı bir rol üstlenmelerini sağlamıştır<sup>35</sup>.

Aynı markanın dağıtıcıları arasındaki rekabeti azaltan dikey anlaşmalar, markalararası rekabet düzeyini de azaltıcı etki doğuracaktır. Dağıtıcılar arasındaki rekabetin azalması; üst piyasadaki sağlayıcının, dağıtıcıya satış fiyatı olan toptan fiyatında yapacağı indirimlerin, dağıtıcı tarafından nihai satış fiyatına yansıtılma oranını düşürmektedir. Nitekim sağlayıcı, dağıtıcıya sattığı malın fiyatını düşürse de, dağıtıcı aynı markanın diğer dağıtıcıları ile rekabet içinde olmadığından nihai satış fiyatını düşürmeyerek daha fazla kar elde etmek isteyecektir. Nihai satış fiyatı düşmediğinden ürüne olan talep artmayacaktır ve bu da sağlayıcının fiyatı azaltmak suretiyle diğer markalar ile fiyat rekabetine girme isteğini azaltacaktır<sup>36</sup>.

Markaiçi rekabeti kısıtlayan birden çok dikey sınırlamanın toplam etkisi, bu kısıtlamaların tek tek kullanımı neticesinde ortaya çıkan etkiden farklıdır. Genellikle dikey sınırlamaların bileşimi, bu sınırlamaların markaiçi rekabet üzerindeki olumsuz etkisini şiddetlendiren bir özellik gösterir. Diğer taraftan kimi dikey sınırlamaların toplam etkisi, tek tek kullanımından daha olumlu olabilmektedir. Örneğin markaiçi rekabeti kısıtlayan “münhasır dağıtım anlaşması” fiyatın yükselmesine sebebiyet verirken, dağıtıcıya yüklenen “miktar zorlama yükümlülüğü” fiyatın yükselmesini engelleyen bir unsur olacaktır<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119.

<sup>36</sup> OECD, Competition and Trade Effects of Vertical Restraints, COM/DAFFE/CLP/TD(99)54, 1999, s.7. Markaiçi rekabeti azaltan dikey anlaşmaların, her durumda markalararası rekabeti olumsuz etkilediğini söylemek yanlıştır. Özellikle yoğunlaşmanın az olduğu piyasa yapılarında, markaiçi rekabetin kısıtlanması sonucunda doğan etkinlik kazanımları, markalararası rekabeti artırıcı bir unsur olacaktır. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.494.

<sup>37</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119.



#### 4. Dikey Anlaşmaların Rekabeti Arttırıcı ve Azaltıcı Yönleri

Dikey sınırlamalar incelenirken, bu sınırlamaların ekonomik bağlamda piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etkileri kadar olası olumlu etkileri de göz önünde bulundurulur. Komisyon dikey anlaşmaların bu olumsuz etkilerini dört başlık altında toplamıştır<sup>38</sup>:

**a. Giriş Engelleri Yaratarak Pazara Potansiyel Sağlayıcıların ya da Alıcıların Girmesinin Engellenmesi:** Sağlayıcının dikey kısıtlama kanalıyla anlaşmanın diğer tarafı olan alıcıyı münhasıran kendine bağlaması, neticede rakip sağlayıcının anlaşmaya taraf olan alıcı ile çalışmasını engelleyecektir<sup>39</sup>. Ancak söz konusu bu etkinin ortaya çıkabilmesi için sağlayıcının piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olması gerekmektedir<sup>40</sup>. Bu durum, alıcının anlaşmanın diğer tarafı olan sağlayıcıyı münhasıran kendine bağlaması durumunda da ortaya çıkabilecektir. Nitekim burada da alıcının faaliyet gösterdiği pazarı rakip alıcılara kapaması için pazar gücüne sahip olması önemli bir unsurdur.

**b. Sağlayıcılar veya Alıcılar Arasındaki İşbirliğini Kolaylaştırmak Suretiyle Pazarı Faaliyet Gösteren Teşebbüsler Arasındaki Markalararası Rekabeti Azaltmak:** Sağlayıcı ya da alıcılar, aralarındaki açık veya gizli işbirliği çerçevesinde, benzer türden etki doğuran dikey kısıtlamaları hayata geçirerek markalararası rekabeti kısıtlayabilirler.

**c. Aynı Markanın Dağıtıcıları Arasındaki Markaiçi Rekabeti Azaltmak:** Markalararası rekabet düzeyinin yeterli olduğu piyasalarda markaiçi rekabeti kısıtlayan sınırlamalar, piyasadaki rekabet düzeyini çok fazla olumsuz etkilemeyecektir<sup>41</sup>. Aksine bu tür piyasalarda, piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin markaiçi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları, teşebbüsün piyasaya nüfuz etmesini kolaylaştırmakta ve bu şekilde uzun vadede markalararası rekabeti artırıcı etki yaratmaktadır<sup>42</sup>. Aynı markanın dağıtıcıları arasındaki rekabeti kısıtlayan anlaşmalar, markalararası rekabetin yeterli olmadığı pazarlarda önemli hale gelmektedir<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.103.

<sup>39</sup> Bkz. COMANOR, W.S., FRECH, H.E., "The Competitive Effects of Vertical Agreements", American Economic Review, 75(3), 1985, s.539-546.

<sup>40</sup> Dikey anlaşmaların olumsuz etkilerinin pazar gücüne bağlı olarak ortaya çıkacağı görüşü için bkz. JOELSON, M.R., An International Antitrust Primer, Second Edition, London, Kluwer Law International, 2001, s.328.

<sup>41</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119. Ayrıca bkz. ALLISON, R.J., PRENTICE, A.R., The Legal Environment of Business, Fourth Edition, U.S.A., Dryden Press, 1992.

<sup>42</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116.

<sup>43</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.6.

**d. Tüketicilerin Tercih Ettikleri Herhangi Bir Üye Devletten Mal veya Hizmet Satın Alma Özgürlüklerini Sınırlamak Suretiyle Pazar Entegrasyonunu Engellemek:** Pazar entegrasyonunu sağlamak AT rekabet politikasının en önemli amaçlarından biridir. Komisyon pazar entegrasyonunu gerçekleştirerek tüm Topluluk genelinde bir rekabet ortamı yaratmak istemektedir<sup>44</sup>. Bu sebeple dikey kısıtlamalara yönelik değerlendirmelerde pazar entegrasyonu önemli bir unsur olarak göz önünde bulundurulmaktadır<sup>45</sup>.

Farklı türden dikey kısıtlamaların ekonomik analizinde bu etkilerden birinin ya da birden fazlasının gündeme gelmesi mümkündür. Diğer taraftan aynı anlaşmada yer alan birden fazla dikey kısıtlamanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin, tek bir dikey kısıtlamaya göre daha fazla olacağı yönündeki yaklaşımda bütünü ile doğru değildir<sup>46</sup>.

Dikey kısıtlamaların bu olumsuz etkilerinin yanında bir takım olumlu etkileri de mevcuttur. Bu olumlu etkiler, özellikle dikey kısıtlamaların fiyat dışı rekabeti artırması ve hizmet kalitesinde iyileştirmeler sağlamasından kaynaklanmaktadır<sup>47</sup>. Yalnızca belirli işlemlerin fiyat ve miktarına ilişkin düzenlemeleri içeren, bunun dışında hiç bir dikey kısıtlamanın söz konusu olmadığı, tarafların ticari ilişkide birbirlerine oldukça mesafeli durdukları dikey anlaşma türü, yatırım ve satış düzeyinin optimal noktadan uzaklaşmasına sebep olacaktır<sup>48</sup>. Tarafların anlaşmada yer verdikleri dikey kısıtlamalar, bu türden optimizasyon sorunlarının çözümünde oldukça etkili yöntemlerdir. Nitekim dikey kısıtlamalar, anlaşmanın tarafları olan sağlayıcı ve alıcı arasındaki ilişkiyi kuvvetlendirmekte, kurulan bu organik bağ tarafların birbirlerinden tamamen bağımsız hareket etmelerini engellemektedir.

Aşağıda açıklanan türden problemler, söz konusu dikey kısıtlamalar yardımı ile ortadan kaldırılabilmektedir. Bu açıdan hem dikey anlaşmaların hem de münhasırlık koşulu içeren dikey anlaşmaların ekonomik olarak değerlendirilmesinde bu problemlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

<sup>44</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.7.

<sup>45</sup> Özellikle 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 4(b) maddesinde düzenlenen, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamaların - istisnaları hariç olmak üzere- ağır ihlal olarak kabul edilmesi ve bu tür kısıtlamaları içeren anlaşmaların grup muafiyetinin faydalarından yararlanamamasının arkasında yatan en önemli sebep, söz konusu ağır kısıtlamaların pazarın bölünmesi sonucunu doğurarak pazar entegrasyonunu engellemesidir. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.49.

<sup>46</sup> Birden fazla dikey kısıtlamanın piyasadaki rekabet düzeyine toplam etkisi için bkz. s.16.

<sup>47</sup> JOELSON, a.g.e., s.328.

<sup>48</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.115.

**a. Yeni Pazarlara Giriş:** Daha önceden faaliyette bulunmadığı bir pazara girmek isteyen sağlayıcının, henüz tanınmayan markasına yönelik olarak olumlu bir imaj yaratmak, markanın tüketici gözünde iyi bir yer edinmesini sağlamak için dağıtıcılarını bir takım özel yatırımlar yapmaya ikna etmesi gerekmektedir. Kimi durumlarda, yerel dağıtıcının bu yatırımları yapması için kendisine bölgesel korunma tanınması gerekebilir<sup>49</sup>.

**b. Teşebbüsün, Rakiplerinin Promosyon Yatırımlarından Faydalanması:** Hem perakende hem de toptancı düzeyinde rastlanan bedavacı problemi (free-rider problem), bir dağıtıcının diğerinin satış artırma faaliyetlerinden hiç bir bedel ödemeksizin yararlanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan rakip sağlayıcılar arasında da benzer bir sorunun gündeme gelmesi mümkündür. Müşteri çekmek amacı ile promosyon yatırımı yapan sağlayıcının bu yatırımı, aynı satış noktasında faaliyet gösteren rakip sağlayıcıya da fayda yaratacaktır<sup>50</sup>. Bedavacılık eylemi neticesinde diğer dağıtıcı ya da sağlayıcının yatırımlarından hiç bir bedel ödemeksizin yararlanan teşebbüs, maliyet yönünden avantajlı konuma gelecektir. Bu durum, yatırımı yapan teşebbüsün de söz konusu yatırımları yapmaması ve buna bağlı olarak ürüne yönelik talebin azalması ile sonuçlanacaktır.

Komisyon, dağıtıcılar arasındaki gerçek bedavacı probleminin yalnızca satış öncesi hizmetlerden kaynaklanabileceği düşüncesindedir<sup>51</sup>. Aynı zamanda, satış öncesi hizmetlerde bedavacı probleminin ortaya çıkabilmesi için, ürünün yeni ya da teknik olarak karmaşık ve belirli bir ölçüde yüksek fiyatlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu iki şarttan birinin olmadığı durumda müşteri, pahalı olmayan bir ürüne ilişkin farklı satış noktalarında araştırma yapmak istemeyecek ya da zaten daha önceden satın aldığı eski bir ürün hakkında yeterli teknik bilgiye sahip olduğundan satış öncesi hizmet almak istemeyecektir<sup>52</sup>.

Komisyon Bildirimi'nde sağlayıcılar arasındaki bedavacı problemi de belirli durumlarla sınırlandırılmıştır. Bunun için sağlayıcı, promosyon yatırımlarını

---

<sup>49</sup> Komisyon Bildiri' de, yerel dağıtıcıya tanınacak bölgesel korumanın geçici bir süreyi kapsamaması gerektiğini belirtmiştir. Üretim seviyesinde piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün dikey kısıtlamalara ihtiyaç duyacağına ilişkin görüş için bkz. STEINER, R.L., "The Nature of Vertical Restraints", Antitrust Bulletin, Vol.30, No.1, 1985, s.873-894.

<sup>50</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116.

<sup>51</sup> Teorik olarak bedavacılık problemi; yalnızca satış öncesi hizmetlerde değil montaj, bakım-onarım gibi satış sonrası hizmetlerde de ortaya çıkabilmektedir. Bkz. ORNSTEIN, S.I., "Exclusive Dealing and Antitrust", Antitrust Bulletin 34(1), Spring 1989, s.72. Dikey anlaşmaların varlığını "piyasa başarısızlığı teorisi" ile açıklayan Ortodoks Chicago Okulu da, piyasa başarısızlığı olarak değerlendirdiği bedavacı probleminin yalnızca satış öncesi hizmetlerde ortaya çıkabileceği varsayımını kabul etmiştir. Bkz. MARTIN, a.g.e., s.501.

<sup>52</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116(1).

alıcının faaliyet gösterdiği satış noktasında gerçekleştirmeli ve bu yatırım belirli bir markaya özgü olmamalıdır<sup>53</sup>.

**c. Dağıtıcının; Diğer Bir Dağıtıcının İmaj, Reklam ve Tüketici Çekme Gücünden Yararlanması:** Sağlayıcının yeni bir ürünü piyasada tutundurabilmesi için, bu ürünü tüketici tarafından kaliteli ürün bulundurdıklarına inanılan perakendeciler kanalıyla piyasaya sürmesi gerekli olabilir<sup>54</sup>. Nitekim ürünün tüketici gözündeki konumunu belirleyen unsurlar; dağıtıcı imajı, ürün imajı ve fiyattır. Bu tür durumlarda, sınırlı bir süre için uygulamaya konan münhasır dağıtım veya seçici dağıtım anlaşmaları, söz konusu malın yalnızca belirli niteliklerdeki dağıtıcılar kanalıyla piyasaya sürülmesini sağlayacaktır.

Söz konusu problem özellikle, nihai tüketicilerin alımlarında görece büyük yer işgal eden, satın alma sürecinde geçmiş tecrübelerin etkili olduğu mallar ya da karmaşık mallarda ortaya çıkacaktır<sup>55</sup>.

**d. Müşteriye Özgü Yatırımların Garanti Altına Alınması (Hold-up Problem):** Sağlayıcı ya da alıcı tarafından gerçekleştirilen, özel ekipman veya eğitim gibi bir takım yatırımlar müşteriye özgü yatırım (customer-specific investment) olarak kabul edilmektedir. Bu tip yatırımların özelliği; sağlayıcı tarafından yapılması durumunda anlaşmanın sona ermesinden sonra diğer alıcılarının siparişlerini karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybetmesidir. Müşteriye özgü yatırımın alıcı tarafından yapılması durumunda ise, söz konusu yatırımın sözleşmenin sona ermesinden sonra alıcı tarafından diğer bir rakip sağlayıcının mallarını kullanma ya da satın almada kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybedecek olması gereklidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, sadece belirli marka parçaları üretmek için kullanılan ve bu nedenle alternatif ürünlerin üretiminde kullanılmayan yatırımlar müşteriye özgü yatırım olarak kabul edilecektir<sup>56</sup>.

Yapılan yatırımın dikey kısıtlama yolu ile garanti altına alınması için müşteriye özgü nitelikte olması yeterli değildir. Bunun yanında yatırım, kısa vadede amorti edilemeyen uzun dönemli bir yatırım olmalı ve asimetrik bir nitelik taşımalıdır. Yatırımın asimetrik olması için anlaşmanın taraflarından birinin diğer tarafa göre daha fazla yatırım yapmış olması gerekmektedir. Yatırımın yukarıda bahsedilen üç niteliği bünyesinde bulundurması durumunda,

---

<sup>53</sup> Bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.16.

<sup>54</sup> MAZURSKY, D., JACOBY, J., "Exploring the Development of Store Images", Journal of Retailing 62, 1986, s.145-165.

<sup>55</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116(3).

<sup>56</sup> JOSKOW, P.L., "Asset Specificity and the Structure of Vertical Relationships: Empirical Evidence", Journal of Law, Economics and Organization 4, Spring 1988, s.95-117.

yatırımının amortismanının sağlanması açısından dikey sınırlamaları hayata geçirmenin gerekliliği ortaya çıkar<sup>57</sup>. Bu dikey kısıtlamalar, yatırımın sağlayıcı tarafından yapılması durumunda “rekabet etmeme” ya da “miktar zorlama” şeklini alırken, alıcı tarafından yapılan yatırımlarda “münhasır dağıtım” ya da “münhasır satış anlaşması” gündeme gelecektir.

**e. Sağlayıcı ya da Alıcıya Devredilen Know-How’un Korunması:** Sağlayıcının alıcıya know-how devretmesi durumunda da yukarıda açıklanan müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınmasına benzer bir sorun gündeme gelecektir. Sağlayıcı, alıcı tarafından kolaylıkla elde edilemeyecek olan ve aynı zamanda anlaşmanın yürütülebilmesi için esaslı ve zorunlu olan bir know-how’ı alıcıya devrettiğinde, söz konusu know-how’ın rakip sağlayıcılar tarafından kullanılmasının dikey kısıtlamalar yoluyla engellenmesi ihtiyacı doğar<sup>58</sup>. Bu durumda Komisyon, rekabet etmeme tarzı bir kısıtlamanın hayata geçirilmesini haklı görmektedir<sup>59</sup>.

**f. Optimal Sayı ve Yoğunlukta Dağıtım Ağının Temini, Dağıtımda Ölçek Ekonomisinin Yakalanması:** Sağlayıcı, ürünlerini sınırlı sayıda dağıtıcı vasıtası ile dağıtarak hem dağıtımda ölçek ekonomisini yakalamak hem de optimal dağıtım ağını kurmak isteyebilir<sup>60</sup>. Bu durumda sağlayıcı; seçici dağıtım, münhasır dağıtım ya da miktar zorlaması gibi dikey kısıtlamaları uygulamaya koyabilecektir<sup>61</sup>.

**g. Alıcı ya da Sağlayıcı Tarafından Sözleşmenin Diğer Tarafına Verilen Kredinin Garanti Altına Alınması:** Sermaye piyasalarının en temel problemlerinden biri olan asimetrik bilgi sorunu, bu piyasalarda faaliyet gösteren aktörlerden kredi verenlerin, kredi ya da teminat vereceği teşebbüs hakkında yeterli düzeyde bilgi sahibi olmaması sonucunda, piyasada yaratılan kredi hacminin optimum düzeyin gerisinde kalmasına yol açar. Söz konusu bilgi asimetrisinin yol açtığı yetersiz kredi düzeyi, anlaşmanın tarafları arasındaki kredi ilişkisi ile dengeye oturtulabilir. Nitekim anlaşmanın taraflarından her biri, aralarındaki ticari ilişkinin bir gereği olarak, diğer taraf hakkında oldukça fazla bilgiye sahip olabileceği gibi aynı zamanda, taraflar arasındaki münhasır bir

<sup>57</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116(4).

<sup>58</sup> MARVEL, H., “Exclusive Dealing”, Journal of Law and Economics 25, April 1982, s.1-26.

<sup>59</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116(5).

<sup>60</sup> DIXIT, A., “Vertical Integration in a Monopolistically Competitive Industry”, International Journal of Industrial Organization 1(1), 1983, s.63-78.

<sup>61</sup> Sağlayıcı, yeniden satış fiyatını tespit etmek suretiyle markaiçi rekabeti azaltabilir. Bu da dağıtım ağının yoğunluğunun tespit edilmesinde ve optimal dağıtım ağının kurulmasında önemli rol oynayacaktır. GOULD, J.R., PRESTON, L.E., “Resale Price Maintenance and Retail Outlets”, *Economica* 32, 1965, s.302-312. Ancak Komisyon, söz konusu etkinlik kazanımı için uygulanabilecek dikey kısıtlamalar arasında yeniden satış fiyatının tespitine yer vermeyerek, bu sınırlamanın kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir.

ilişki de kredi veren için ilave bir teminat niteliği taşıyacaktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, sağlayıcı tarafından alıcıya verilen kredi “rekabet etmeme yükümlülüğü” ya da “miktar zorlama” anlaşmaları ile; alıcı tarafından sağlayıcıya verilen kredi ise “münhasır satış anlaşması” ya da “miktar zorlama” anlaşmaları ile garanti altına alınabilecektir<sup>62</sup>.

**h. Kalite Standardizasyonu:** Tek marka, seçici dağıtım veya franchise anlaşmaları gibi dikey sınırlamaların, dağıtıcıya yeknesak ve kalite standardına ilişki belirli tedbirler yükleyerek ve bu sayede marka imajı yaratarak, nihai tüketiciler açısından ürünün çekiciliğini artırması mümkündür<sup>63</sup>.

Komisyon’un Bildiri’de yer verdiği, dikey kısıtlamaları rasyonel kılan bu gerekçeler yalnızca yukarıda değinilen maddelerle sınırlı değildir<sup>64</sup>. Sağlayıcı ile alıcı arasındaki ilişkide gündeme gelen diğer pek çok etkinlik sorunu, dikey kısıtlamalar kanalıyla azaltılabilmekte ya da bütünü ile ortadan kaldırılabilmektedir<sup>65</sup>. Diğer taraftan her bir dikey anlaşma türü pek çok etkinlik probleminin çözümünde başarılı olabilmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, dikey kısıtlamalar arasında belirli bir ikame edilebilirlik söz konusudur.

Etkinlik sorununun çözümünde kimi durumlarda birden fazla dikey kısıtlamanın uygulanması gerekebilir. Genel kural birden fazla dikey kısıtlamanın birlikte uygulanması durumunda rekabeti kısıtlayıcı etkinin artacağı olmakla birlikte kimi durumlarda söz konusu olumsuz etkinin tersi de mümkün olabilmektedir. Örneğin uygulamaya konulan münhasır dağıtım anlaşması, aynı markanın dağıtıcıları arasındaki rekabeti azalttığından fiyatın yükselmesine neden olurken, beraberindeki miktar zorlama hükmü, dağıtıcıların belirli bir satış hacmini yakalamalarını zorunlu kıldığından fiyatlardaki artışın önüne geçecektir<sup>66</sup>.

Sınırlı süreli dikey anlaşmaların objektif etkinlik doğurduğu yönündeki argümanın en güçlü olduğu durumlar, “yeni pazarlara giriş” ve “müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınması”dır<sup>67</sup>. Komisyon, müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınmasını temin eden dikey kısıtlamaların süresinin, yatırımın amortismanı için gerekli süre ile sınırlı olması gerektiği düşüncesindedir<sup>68</sup>. Yeni

<sup>62</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116(7).

<sup>63</sup> CHARD, J.S., “Economic Effects of Exclusive Purchasing Arrangements in the Distribution of Goods”, Luca Pellegrini, Srinivas K. Reddy (ed.) içinde: Marketing Channels, Lexington Mass., Lexington Books, 1986, s.39-57.

<sup>64</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.116.

<sup>65</sup> Sağlayıcı/alıcı ilişkisinde karşılaşılan problemler ve her birini çözmeye yönelik olarak kullanılan dikey kısıtlamalar için bkz. ORNSTEIN, a.g.m., s.69-78.

<sup>66</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(6).

<sup>67</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.117.

<sup>68</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(9).

pazarlara giriş ile bağlantılı dikey kısıtlamalar ise, teşebbüsün söz konusu pazarlarda önceden payının olmaması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmayacaktır. Ürünün ilk pazara sürüldüğü andan itibaren iki yıl geçerli olan bu kural, ağır olmayan rekabet kısıtlamaları ve yeni bir coğrafi pazara girerken, sağlayıcının diğer coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren mevcut alıcılarına yüklediği, yeni coğrafi pazardaki araçlara aktif ve pasif satışları yasaklayan hükümleri kapsar niteliktedir<sup>69</sup>. Diğer taraftan know-how devri ile ilgili dikey kısıtlamalarda da etkinlik beklentisinin yüksek olduğu ve koruma için daha fazla kısıtlama gerekebileceği belirtilmiştir<sup>70</sup>.

Komisyon bu sorunlardan “teşebbüsün, rakiplerinin promosyon yatırımlarından faydalanması”, “sağlayıcı ya da alıcıya devredilen know-how’ın korunması”, “optimal sayı ve yoğunlukta dağıtım ağıının temini”, “dağıtımda ölçek ekonomisinin yakalanması” ve “kalite standardizasyonu” durumlarında uygulamaya konulan dikey kısıtlamaların süresinin, sağlayıcının alıcıya mal satmaya devam ettiği dönemi kapsamasının gerekebileceğini belirtmiştir<sup>71</sup>.

### **5. Dikey Anlaşmalara Yönelik Rekabet Politikası**

A.T.’nda son 30 yıllık dönemde entellektüel ve politik çevrelerde dikey sınırlamaları konu alan kamu politikaları üzerinde etkili olan farklı akımlar, bu gün dahi rekabet politikasının tartışılmalı alanı olmaya devam eden dikey sınırlamaları net bir şekilde değerlendirememektedir<sup>72</sup>. Genel bir ifade ile “dikey sınırlama” ya da “dikey anlaşma”; üretim ya da dağıtım zincirinin farklı aşamalarındaki teşebbüslerin aralarında yaptıkları, birim başına sabit fiyat üzerinden gerçekleşen mal ve hizmet satımı şeklindeki basit bir tanımdan ziyade dikey ilişkiden doğan hak ve yükümlülüklerinin ayrıntılı ele alındığı anlaşmalardır.<sup>73</sup>

Amerika ve Avrupa rekabet politikalarının ilk uygulamalarında - piyasaya, mal ve hizmet mübadelesinin cereyan ettiği sistemin çok ötesinde anlam yüklediği bir ortamda- “serbest piyasa işlemi” sınırlarını aşan anlaşmalar

<sup>69</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(10).

<sup>70</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(8).

<sup>71</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.117.

<sup>72</sup> NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P., SEABRIGHT, P., Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research, 1998, s.17.

<sup>73</sup> SEABRIGHT, P., “Competition Policy Towards Vertical Restraints: Implementable Rules for Competition Authorities”, Stephen Martin (ed.) içinde: Competition Policies in Europe, Amsterdam, Elsevier Press, 1998, Ch.8, s.161. Kimi kaynaklarda dikey kısıtlamaların, geleneksel kol boyu (arm’s-length) anlaşmalardan farklı olduğu ifade edilmiştir. Bunun sebebi ise, anlaşmanın taraflarının birbirlerine kol boyu mesafesinde durdukları ve buna bağlı olarak karşılıklı temasın oldukça sınırlı olduğu kol boyu anlaşmaların kapsamının oldukça dar olması ve buna bağlı olarak piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etkilerinin de sınırlı olmasıdır. Bkz. MARTIN, a.g.e., s.490.

sınırlayıcı kabul edilmiş ve varsayımsal olarak rekabeti kısıtlayan uygulamalar olarak değerlendirilmiştir<sup>74</sup>.

Sonraki dönemlerde, bir yandan piyasa anlayışının değişmesi, diğer yandan dikey sınırlamalar konusunda yapılan ampirik çalışmalar, sanılanın aksine etkin ekonomik işlemlerin yalın ve basit işlemler olmadığı, oldukça farklı formlarda gerçekleştiğini ortaya koymuştur. Dikey sınırlamalar, yalnızca 20. yüzyılın ticari arenasında egemen olan büyük firmalar ile küçük müşterileri ve dağıtıcıları arasındaki ilişki için geçerli değildi. 1830 yılında yazar Honoré de Balzac'ın, eserlerini basan yayın evleri ile yaptığı anlaşmalarda, yayımdan sonra eser ile ilgili eleştirilerin basımının reddedilmesini şart koşması, ticari hayattaki dikey kısıtlamaların tarihini ve kapsamını ortaya koyması açısından önemli bir örnektir<sup>75</sup>.

Teşebbüslerin ekonomik entegrasyon yerine dikey sınırlamaların yer aldığı sözleşmesel ilişkileri tercih etmeleri gerçeğinden yola çıkılarak yapılan analizler, sözleşmesel ilişkilerin üretim sürecinin etkinliğini artırdığı yönünde bulgulara ulaşmıştır. Bu çalışmalar dikey anlaşmaları, özel ve sosyal refah perspektifinden değerlendirirken belirli varsayımlar altında farklı yaklaşımlara bağlı olarak incelemiştir. Söz konusu çalışmalar, farklı dikey kısıtlamaların anlaşılmasında önemli rol oynarken, dikey kısıtlamalara yönelik açık ve belirli bir kamu politikasının çerçevesini çizememiştir<sup>76</sup>.

Dikey anlaşmalar neticesinde ortaya çıkan etkinlik artışı, üretici ve dağıtıcı arasındaki çıkar çatışmasının etkilerinin ortadan kaldırılması ile mümkün olmaktadır<sup>77</sup>. Üretici ve dağıtıcının çıkarlarının farklılaşması oldukça çeşitli durumlarda ortaya çıkmaktadır<sup>78</sup>. Dağıtıcının bağımsız davranması, bu durumların başında gelir. Dağıtıcılar, ürün satışlarını artırmaya yönelik

<sup>74</sup> Bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, 1997, s.20.

<sup>75</sup> ROBB, G., Balzac, London, Picador, 1994, s.203.

<sup>76</sup> WATERSON, M., DOBSON P.W., Vertical Restraints and Competition Policy, Office of Fair Trading Research Paper 12, 1996, executive summary.

<sup>77</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, 1997, s.39.

<sup>78</sup> Üretici ve dağıtıcının çıkarlarının farklılaştığı durumlar "piyasa başarısızlığı" başlığı altında toplanmaktadır. Piyasa başarısızlığı ise piyasa mekanizmasının kendi başına etkinliği sağlayamaması şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. ÜNSAL, E.M., Mikro İktisat, 2. Baskı, Ankara, Kutan Ofset, 1998, s.35; KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.9-10. Ortodoks Chicago Okulu, dikey anlaşmaların söz konusu piyasa başarısızlıklarını düzenlemek amacıyla uygulandığı görüşünü savunmuştur. Bkz. PORTER, M.E., Interbrand Choice, Strategy and Bilateral Market Power, Cambridge, Harvard University Press, 1976, s.65; BOWMAN, 1955, s.843. Ortodoks Chicago Okulu'nun aksine, üretici ve dağıtıcının çıkarlarının farklılaştığı durumların "piyasa başarısızlığı" olmadığı, bu tür durumların piyasanın gereksinimlerini karşıladığı görüşü için bkz. COMANOR, W.S., "Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath", Harvard Law Review, Vol.81, No.7, 1968, s.1436-1437; PITOFESKY, R., "The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions", Columbia Law Review, Vol.78, No.1, 1978, s.1-38.



çabalarının ortaya çıkardığı faydaları bütünü ile elde edemezler. Bu faydaların bir kısmı üreticilere geçer. Dağıtıcının fiyatlama politikası ve reklam stratejileri sayesinde sattığı ilave her bir birim için üretici, ürünün toptan fiyatı ile marjinal maliyeti arasındaki fark kadar kazanç elde edecektir. Bu sebeple dağıtıcının satış stratejileri üretici için pozitif ya da negatif dışsallık<sup>79</sup> doğurabilmektedir<sup>80</sup>. Dağıtıcının ürünün satış fiyatını yükseltmesi veya reklam harcaması yapmaktan kaçınması, üretici açısından negatif dışsallık yaratacaktır. Dağıtıcının pazarlama stratejilerinin ortaya çıkaracağı pozitif ya da negatif dışsallığın farkında olan üretici, yapacağı bir dikey anlaşma ile optimal pazarlama stratejisine ulaşmayı hedefleyecektir<sup>81</sup>.

Üretici ve dağıtıcının çıkarlarının farklılaştığı bir diğer durum ise markaiçi rekabettir. Bir dağıtıcının satış fiyatını artırması, müşterilerin aynı ürünü satan rakip dağıtıcılara yönelmesine neden olacaktır. Dağıtıcılardan birinin daha fazla gelir elde etmek amacı ile fiyatlarını yükseltmesi, rakip dağıtıcı için pozitif dışsallık yaratacağından, ürünün fiyat düzeyi yükselmeyecektir. Diğer taraftan aynı markanın dağıtıcılarının ürünün fiyatını farklılaştıramamaları, maliyetlerinin ve sundukları perakende hizmetlerinin de birbirine yakın olması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde dağıtıcıların tüketici tarafından ikame edilebilir kabul edilmesi durumunda -aralarında küçük farklılıklar bulunsa dahi-, markaiçi rekabet, dağıtım piyasasındaki karlılığı ortadan kaldıracaktır. Bu da neticede, dağıtıcının ürün satış çabalarını ve buna bağlı olarak ürüne olan talebi olumsuz etkileyecektir. Markaiçi rekabetteki artışın üretici açısından negatif dışsallık yaratması, üreticinin dikey anlaşma kanalı ile aynı ürünün farklı dağıtıcıları arasındaki markaiçi rekabeti kısıtlamasını gerekli kılmaktadır<sup>82</sup>.

Üçüncü durum bedavacılık problemidir. Her dağıtıcının ürünün talebini artırmaya yönelik olarak yaptığı reklam harcamaları –dağıtıcının müşteriye kendi satış noktasına çekmeye yönelik reklamlar hariç-, diğer dağıtıcılar ve üretici için pozitif dışsallık doğuracaktır. Tanıtım ve ürünü açıklayan hizmetler için de

---

<sup>79</sup> Bir malın üretiminin ve tüketiminin, o malı üreten ve tüketen taraflar dışındaki kişilere veya kısaca üçüncü kişilere telafi edilmeyen bir maliyet yüklemesi veya karşılığı ödenmeyen bir yarar sağlaması “dışsallık” olarak nitelendirilmektedir. ÜNSAL, a.g.e., s.35. Benzer şekilde, dağıtıcının uyguladığı ticari stratejilerin, üretici üzerinde telafi edilmeyen maliyetleri ya da karşılığı ödenmeyen yararları da dışsallık olarak tanımlanmaktadır. Benzer dışsallık tanımları için bkz. BAUMOL, W.J., BLINDER, A.S., Economics, Eighth Edition, U.S.A., Dryden Press, s.272-273.

<sup>80</sup> Lever ve Neubauer yazdıkları makalede, dikey anlaşmaların “yatay dışsallık” ve “dikey dışsallık” sorularını çözmek amacıyla aktedildiğini, gerçek yaşamda dışsallık sorunu ile ilgili olmayan dikey anlaşma bulmanın zor olduğunu belirtmişlerdir. Ancak giriş engeli yaratma ve rakibin maliyetini artırmaya yönelik dikey anlaşmaların ise dışsallık ile ilgili olmayıp, rekabeti kısıtlama amacıyla aktedilen anlaşmalar olduğu sonucuna ulaşmışlardır. LEVER, J., NEUBAUER, S., “Vertical Restraints, Their Motivation and Justification”, ECLR 1, 2000, s.7-22.

<sup>81</sup> WATERSON/DOBSON, a.g.e., s.7.

<sup>82</sup> WATERSON/DOBSON, a.g.e., s.8.

benzer bir dışsallık söz konusu olmaktadır. Üretici ile dağıtıcı arasında bir dikey anlaşma olmaması durumunda, dağıtıcının yapacağı tanıtım ve promosyon yatırımları oldukça düşük bir seviyede kalacaktır. Nitekim bazı dağıtıcılar bu harcamaları yapmak yerine, diğer dağıtıcıların faaliyetlerinden yararlanmak isteyecek ve bu sayede bir maliyet avantajına da sahip olacaklardır<sup>83</sup>. Satış öncesi ve sonrası hizmetlerin olmaması durumunda da benzer bir durum gündeme gelebilecektir. Tüketicilerin, belirli dağıtıcıların yalnızca kaliteli ürün dağıttığına olan inançları, bu dağıtıcılarda satılan söz konusu malın da kalitesinin yüksek olduğu düşüncesini doğurur ve bu şekilde ürünün talebini etkiler. Tüketici gözünde böyle bir imaja sahip olmayan dağıtıcılar da aynı ürünü satarken, imaj sahibi dağıtıcının bu ünvanından yararlanacaklarından, kendi imajlarını yaratmak amacı ile ilave yatırımlara gereksinim duymayacaklardır. Bu durum, ürünü kaliteli kabul edilen üreticinin geniş bir coğrafyada dağıtım yapmak istemesi halinde sorun yaratacaktır<sup>84</sup>. Şayet üretici ürününü, imaj sahibi olmayan dağıtıcılar kanalı ile dağıtırsa, imaj sahibi dağıtıcıların, sahip oldukları bu imajdan kaynaklanan getiriye bütünü ile elde etmeleri mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan ürünün yalnızca imaj sahibi dağıtıcılar tarafından dağıtılması durumunda ise geniş ve yaygın bir dağıtım ağı kurulamayacaktır<sup>85</sup>.

Üretici ve dağıtıcı arasında çıkar farklılaşmasının meydana geldiği bir diğer durum dağıtıcının bölge seçimidir. Dağıtıcının daha fazla gelir elde etmek amacı ile faaliyette bulunacağı bölgenin rakip dağıtıcılardan yeterince uzak olmasını istemesi, pazara tam olarak entegre olmak için gerekli yatırımının tamamının dağıtıcı tarafından yapılmasını engeller. Aynı zamanda piyasadaki diğer dağıtıcıları, faaliyette bulunacağı bölgenin dışına bütünü ile itemeyeceğini bilen potansiyel dağıtıcı, bölgesel sabit yatırımları yapmaktan da kaçınacaktır. Bu açıdan dağıtıcının bölge seçimi, üretici üzerinde negatif dışsallık yaratabilecek niteliktedir<sup>86</sup>. Söz konusu negatif dışsallık, dağıtıcının faaliyet göstereceği bölgenin ve faaliyetlerinin niteliğinin belirlenmesi ile en aza indirgenebilecektir<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Bkz. TELSER, L., "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960, s.90. Dağıtıcı tarafından müşteriye sunulan tanıtım, reklam gibi hizmetlerin "kamu malı" niteliği taşıması bedavacılık probleminin doğmasına neden olmaktadır. Bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.14-15; REY, P., STIGLITZ, J., The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition, Cambridge, NBER Working Paper Series No:4618, 1994, s.1.

<sup>84</sup> MARTIN, a.g.e., s.504.

<sup>85</sup> Bkz. MARVEL, H.P., MCCAFFERTY, S., "Resale Price Maintenance and Quality Certification", RAND Journal of Economics, Vol. 15, 1984, s. 346-359.

<sup>86</sup> Bkz. GALLINI, N.T., WINTER, R.A., "On Vertical Control in Monopolistic Competition", International Journal of Industrial Organization, Vol. 1, s.275-285.

<sup>87</sup> Waterson ise yaptığı çalışmada; dağıtıcının, aşırı kar elde edebilecek kadar diğer dağıtıcılardan uzak kuruluş yeri seçtiğini, ancak bu yerin piyasaya girmesini karsız kılacak kadar uzak olmaması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak her bir dağıtıcının bahsedilen türden bir isteğe sahip olması,

Dikey anlaşmaların etkileri üzerine çalışmalar yapan ve Chicago Okulu olarak bilinen düşüncenin önde gelen temsilcilerinden Bork, Posner ve Telser, mümkün olduğunca az müdahaleci bir dikey kısıtlama politikası savunmuşlardır<sup>88</sup>. Bu Okul mensuplarınca yapılan çalışmalar dikey kısıtlamaların rekabet otoriteleri tarafından yasaklanmaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>89</sup>. Chicago Okulu, dikey kısıtlamaların perakendecilerin aşırı fiyat uygulamasının önüne geçtiği, yatırım düzeyini optimize ettiği, işlem maliyetlerini minimize ettiği görüşündedir<sup>90</sup>.

Geleneksel Chicago yaklaşımı, Steiner'in 1991 yılında ortaya attığı "tek aşamalı modelleme"yi (single-stage modelling) temel almaktadır. Bu modelde üretici ve perakende seviyedeki dağıtıcı arasındaki dikey anlaşma, müvekkil-temsilci (principle-agent) ilişkisi<sup>91</sup> içerisinde ele alınmaktadır. Buna göre temsilci konumundaki dağıtıcı, yalnızca sağlayıcı müşterisinin mallarını dağıtmaktadır. Teorik olarak perakendecilik faaliyetinin gerçekleştiği alt pazar; giriş engelinin olmadığı, çok sayıda rakip perakendecinin var olduğu, perakende hizmetlerinin homojen olduğu ve sağlayıcı değiştirme ile araştırma maliyetlerinin olmaması nedeniyle küçük fiyat değişimleri karşısında alıcı ve satıcının mobilitesinin yüksek olduğu bir pazar kabul edilmektedir. Üretici bu özelliklerden bir ya da daha fazlasının mevcut olmaması durumunda, söz konusu eksikliği perakendeci ile imzalayacağı dikey anlaşma kanalı ile telafi etmek isteyecektir. Örneğin perakende piyasasındaki rekabet düzeyinin yetersiz olduğu bir ortamda perakendecinin belirlediği satış fiyatının yüksek olması durumunda üretici, dikey anlaşma kanalı ile yeniden satış fiyatını tespit edecektir<sup>92</sup>.

---

perakende dağıtım zincirinin yoğunluğunun, sağlayıcı açısından optimum olan düzeye ulaşmasını engelleyecektir. WATERSON, M., "On Vertical Restraints and the Law: A Note", RAND Journal of Economics 19, 1988, s.293-297.

<sup>88</sup> Nitekim bu Okul, önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin bulunmadığı bir pazar yapısında, rekabetin kaynak tahsisatında optimizasyonu sağladığı yönündeki görüşü reddetmektedir. Chicago Okulu'na göre piyasadaki kaynak tahsisatının optimum düzeyde gerçekleşmemesinin nedeni "piyasa başarısızlıkları"dır. İşte bu noktada piyasadaki rekabetçi yapı, söz konusu piyasa başarısızlıklarını düzenleyecek "dikey kısıtlamaları" zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle rekabetin bir sonucu olan dikey kısıtlamalara mümkün oldukça az müdahale edilmelidir. Bkz. POSNER, R.A., "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality", University of Chicago Law Review, Vol.48, No.1, Winter 1981, s.19; BOCK, B., "An Economist Appraises Vertical Restraints", Antitrust Bulletin, Vol.30, No.1, Spring 1985, s.135.

<sup>89</sup> Bkz. BORK, R.H., "The Rule of Reason and the Per Se Concept", Yale Law Journal, Vol.75(3), 1966, s.373-475; POSNER, R.A., Antitrust Law: An Economic Perspective, Chicago, University of Chicago Press, 1976; TELSER, a.g.m., s.86-103.

<sup>90</sup> LEVER/NEUBAUER, a.g.m., s.15.

<sup>91</sup> Söz konusu kavram için bkz. STIGLITZ, a.g.e., s.493.

<sup>92</sup> STEINER, R.L., "Intrabrand Competition: Stepchild of Antitrust", Antitrust Bulletin, Vol. 36, 1991, s.155-200.

Ancak perakende hizmetinin, basit bir dağıtım mekanizmasının ötesinde sahip olduğu anlam, Steiner'in "tek aşamalı modelleme"sinin tutarlılığının sorgulanmasına neden olmuştur. Perakendeciler tarafından ürünün dağıtımında sunulan hizmet, tüketici tarafından ürüne atfedilen değeri artırmaktadır. Perakendecinin tüketicilere sunduğu tanıtım, bilgi, stoklama gibi hizmetler ürüne olan talebi etkilediğinden, perakendecilik fonksiyonu modelde kabul edildiği gibi homojen değildir<sup>93</sup>. Bu bağlamda, aynı ürünün farklı dağıtıcılarının sunduğu farklı perakende hizmetleri, ürünün fiyatını ve niteliğini değiştirdiğinden, tüketicilerin arama maliyeti ile karşılaşmaları kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca, belirtilen nitelikte bir perakende hizmetinin sunulması, perakendecilerin belirli oranlarda sabit maliyetlere katlanmalarına da neden olacaktır. Bu da piyasaya giriş çıkışı etkileyen bir unsur olarak değerlendirilecektir.

Bu sebeplerle dikey anlaşmaların etkilerinin analizinde, hem üretim hem de perakende piyasalarını göz önünde bulunduran ve aynı zamanda bu piyasaların eksik rekabet piyasaları olduğu varsayımına dayalı "iki aşamalı modelleme" (dual-stage modelling) gündeme gelmiştir<sup>94</sup>. Bu yapıda üretici ve perakendecinin çıkarlarının, diğer taraf için negatif dışsallık yaratılması noktasında farklılaştığı kabul edilir. Dikey sınırlamalar ise, bir tarafın diğer tarafa kendi isteğini kabul ettirmesi ya da her iki tarafın ortak iradesine bağlı olarak karşılıklı anlaşması ile söz konusu farklı çıkarların uyumlaştırılmasının bir aracı olarak görülmektedir. Diğer bir ifade ile söz konusu ilişkide, üretici perakendeciye ürünlerini satma yetkisi verirken aynı zamanda bir takım sözleşmesel yükümlülükler yüklemek suretiyle söz konusu üretim ve dağıtım problemlerine çözüm bulmaktadır<sup>95</sup>. Ancak dikey anlaşmalar, negatif dışsallıkları ortadan kaldırarak tarafların ortak faydalarını artırırken, sosyal olarak arzu edilmeyen sonuçlar da doğabilmektedir. Rekabet otoritesi bu noktada, dikey anlaşmaların olumlu ve olumsuz yönlerini dengeleyen bir politikanın sınırlarını çizmelidir.

Chicago Okulu'nun dikey kısıtlamaların refah etkisine yönelik yaklaşımının temelini ise Bork'un yaptığı refah testi oluşturmuştur<sup>96</sup>. Tekel gücüne sahip bir firmanın üretim düzeyini sınırlaması sosyal refah kaybına neden olacaktır. Bu açıdan üretim düzeyini sınırlayan dikey anlaşmalar rekabeti olumsuz etkileyecektir. Bununla birlikte Chicago yaklaşımı, üreticilerin çıktı düzeyini sınırlama amacına yönelik olarak dikey anlaşma yapmayacakları

<sup>93</sup> Perakendecilik hizmetleri için bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, 1997, s.35-36.

<sup>94</sup> WATERSON/DOBSON, a.g.e., s.3.

<sup>95</sup> Bkz. KATZ, M.L., "Vertical Contractual Relations", Richard Schmalensee, Robert Willig (edt.) içinde: Handbook of Industrial Organization, Vol.1, Chapter 11, Amsterdam, Elsevier Science, 1989, s.656-721.

<sup>96</sup> Bkz. BORK, R.H., "The Rule of Reason and the Per Se Concept", Yale Law Journal, 1, Vol.75(3), 1966, s.373-475.

varsayımını kabul etmiştir. Üretici, rekabetçi bir perakende sektöründe karını maksimize eden bir toptan fiyatı belirleyerek, monopol karı elde edecektir. Şayet üretici, dikey anlaşma kanalı ile perakendecilerinin ürün satış düzeyini kısıtlamasına imkan tanırorsa, karı da maksimum düzeyin altına inecektir. Üreticinin kendi çıkarı doğrultusunda hareket etmesi, dikey anlaşmaların sosyal refahı azaltmayacağına garantisidir. Bu sebeple Bork, tüm dikey sınırlamaların tamamen yasal kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>97</sup>.

Chicago Okulu'nun bir diğer önemli düşüncesi de, dikey anlaşmaların piyasaya giriş için gerekli sermaye miktarını artırmak gibi yöntemlerle yatay piyasa yapısını değiştirmeyeceğidir. Nitekim perakende sektörü, rekabetin yoğun yaşandığı bir sektör olduğundan, bu sektördeki dikey kısıtlamaların üreticinin pazar gücüne bir katkısı da olmayacaktır<sup>98</sup>.

Dikey sınırlamalara yönelik farklı fikirlerin var olduğu günümüzde genel kabul gören kanı, belirli durumların varlığı halinde bu sınırlamaların etkinliği artırdığı, fakat rekabeti olumsuz etkileyen sonuçların doğma olasılığının da bulunduğudur<sup>99</sup>. Sözleşmenin tarafları açısından bireysel etkinlik ve aynı zamanda üretim ve dağıtım etkinliğine bağlı olarak sosyal refah etkisi doğuran dikey anlaşmalar, bu olumlu yönleriyle birlikte aynı zamanda piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin bu eylemlerini zorlaştırıcı ve piyasadaki mevcut rakipler arasındaki rekabeti engelleyici etkiler de doğurmaktadır<sup>100</sup>. Bu açıdan değerlendirildiğinde dikey sınırlamaların, teorik olarak tek bir çatı altında olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> BORK, 1993, s.288. Chicago Okulu'nun basit ekonomik modellerinin, ticari yaşamın oldukça karmaşık yapısını açıklamakta yetersiz kaldığı görüşünü savunan "Post-Chicago" Ekolü, gerçek yaşamdaki detaylı bilgilerin değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Post-Chicago Okulu'na göre, Chicago modelleri oldukça soyut ve piyasa gerçeklerinden uzaktır. Aynı zamanda Chicago Okulu, gerçek verilerin aksine ekonomik teoriye büyük önem vermiştir. Post-Chicago Okulu, Chicago Okulu'nun bir diğer zayıf yönü olarak, piyasa dinamiklerine aşırı güven duymalarını ve pazar gücünü oldukça dar tanımlanmalarını göstermiştir. Bkz. HILDEBRAND, a.g.e., s.176.

<sup>98</sup> Harvard Ekolü, Chicago görüşünün aksine, dikey anlaşmaların "stratejik giriş engeli" olarak kullanılabilmesi görüşünü savunmuştur. BOSCHECK, a.g.m., s.9; ORNSTEIN, a.g.m., s.86-88. Ayrıca bkz. AGHION, P., BOLTON, P., "Contracts as Barrier to Entry", American Economic Review, 77(3), 1987, s.388-401. Comanor ve Frech ise, dikey anlaşmaların kartelleşmeyi ve pazarın bölünmesini kolaylaştırdığı, maliyetleri artırarak üretim düzeyini düşürdüğü görüşünü savunmuşlardır. Bkz. COMANOR, W.S., FRECH, H.E., "The Competitive Effects of Vertical Agreements", American Economic Review, 75(3), 1985, s.539-546.

<sup>99</sup> SCHAUB, A., "Vertical Restraints: Key Points and Issue Under The New EC Block Exemption Regulation", 2000 International Antitrust Law&Policy, 2001, Ch.13, s.202; SANLI, a.g.t., s.93; HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.429; SEABRIGHT, a.g.m., s.162.

<sup>100</sup> WATERSON/DOBSON, a.g.e., s.2.

<sup>101</sup> Pek çok dikey anlaşma türünün rekabeti kısıtlama amacına sahip olmaması ancak piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etki edebilme potansiyelinin varlığı, söz konusu anlaşma türlerinin günümüzde per se ihlal ya da per se rekabet taraftarı olarak görülmesini engellemiştir. İktisatçılar

Dikey ilişkiadaki farklı sınırlamalar ayrıma tabi tutulmalı, her bir sınırlama o dikey ilişkinin kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Dikey ilişkiadaki bir sınırlamanın rekabetçi etkilerini belirleyen unsur yalnızca sınırlamanın kendisi değil aynı zamanda söz konusu olayın kendine özgü diğer şartlarıdır. Tirole konuya ilişkin olarak,

*“Teorik olarak dikey sınırlamaların tek savunulabilir yönü “rule of reason” dır. Çoğu dikey sınırlama şartlara bağlı olarak refahı artırabilir ya da azaltabilir. Hukukilik ya da hukukdışılık “per se” doğrulanamaz<sup>102</sup>.*

*Bu yaklaşım rekabet otoritelerine ağır bir yük yüklemektedir....Teorisyenler için dikkatli bir sınıflandırma ve dikey sınırlamaların hangi ortamlarda sosyal refahı azaltma olasılığının olduğunun tespiti önem kazanmaktadır.<sup>103</sup>”*

Kay ise,

*“Görünen o ki, dikey sınırlamalara uygulanabilirliğe sahip az sayıda genel kural vardır....aynı sınırlamalar farklı durumlarda faydalı ya da tam tersi yönde etkili olabilir, bu açıdan duruma göre değerlendirmek kaçınılmaz bir sonuçtur....En iyi yaklaşım ise, sınırlamanın şekline ya da ilk etkisine bakmak yerine temel olarak sonuca bakmak olacaktır.<sup>104</sup>”*

---

kesin bir dille konuşmak yerine incelenmekte olan davanın kendine has özelliklerinin analizine daha çok itibar etmektedirler. Bu açıdan, dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkisini belirlemede pazar yapısının önemi büyüktür. Markalararası rekabet ne kadar fazla ise, dikey sınırlamaların rekabeti olumsuz etkileyen yanlarının etkinlik kazanımları karşısında geri planda kalma ihtimali de o kadar yüksektir. Bkz. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, p.56.

<sup>102</sup> Amerikan Antitröst Hukuku'nun en temel unsurlarından biri olan Sherman Yasası'nın 1 inci maddesinde kullanılan “ticaretin sınırlanması” kavramının, ticari hayattaki pek çok anlaşma türünü kapsayacak kadar geniş kapsamlı olması “rule of reason” ve “per se” doktrinlerinin ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır. Temel olarak “rule of reason” kavramı, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkileri ile rekabet hukuku bağlamında ortaya çıkardığı olumlu sonuçların (etkinlik artışı gibi) bir arada değerlendirilmesi ve bu şekilde bir sonuca ulaşılması esasına dayanmaktadır. Bu yönüyle “rule of reason” yaklaşımında, anlaşmanın piyasadaki etkileri dikkate alınır. “Per se” doktrini ise, belirli tipteki kısıtlamaların doğası gereği rekabeti sınırladığı, bu türden sınırlamaların piyasadaki etkilerinin incelenmesine gerek olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. “Rule of reason” ve “per se” kavramları için bkz. YAVUZ, Ş., Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per se” veya “Rule of Reason”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:13, Ankara, 2003, s.3-4.

<sup>103</sup> TIROLE, J., The Theory of Industrial Organization, Cambridge, MIT Press, 1988, s.186. Benzer görüş için bkz. HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.429. Ayrıca bkz. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO), Trade and Competition Policy, Annual Report 1997, Vol.1.

<sup>104</sup> KAY, J.A., “Vertical Restraints in European Competition Policy”, European Economic Review, Volume 34, 1990, s.560.

Yatay anlaşmalara kıyasla dikey anlaşmalara daha esnek yaklaşılmasının nedeni<sup>105</sup>; aynı ya da benzer ürünlerin üreticileri arasındaki yatay ilişkide, taraflardan birinin pazar gücünü kullanması (ürünün fiyatını artırması gibi) diğer taraf için de fayda doğurmasıdır. Bu durum, rakiplerin her birinin diğer tarafı, rekabeti olumsuz etkileyici davranışları yapmaya teşvik etmesine neden olacaktır. Dikey ilişkide ise bir tarafın ürünü diğer taraf için girdi niteliğindedir. Böyle bir ilişkide; taraflardan birinin pazar gücünü kullanması, normal şartlarda diğer tarafın talebini olumsuz etkileyecektir. Bu sebeple anlaşmanın tarafları genellikle diğer tarafın pazar gücünü dengeleyici bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Ancak dikey anlaşmaların bünyesinde bulunan söz konusu dengeleyici yön sınırlıdır. Nitekim pazar gücüne sahip olan teşebbüs, alıcılarının ve rakiplerinin varlığına rağmen rakiplerinin maliyetini artırma ya da alıcılarından daha fazla getiri elde etme şansına sahip olabilmektedir<sup>106</sup>.

Her ne kadar dikey anlaşmaların etkileri, yatay anlaşmaların piyasada meydana getirdiği etkiler ile kıyaslanamaz boyutta olsa da; dikey anlaşmaların piyasadaki yatay ilişki yapısına olumsuz etkilerinin olması durumunda, bu anlaşma türü rekabet uygulamalarında önem kazanmaktadır. Dikey anlaşmaların piyasada yatay etki doğurduğu üç durum bulunmaktadır. Bunlar işbirliğini kolaylaştırma (facilitating collusion)<sup>107</sup>, rakibin maliyetini artırma (raising rivals' cost)<sup>108</sup> ve rekabetin engellenmesidir (dampening competition)<sup>109</sup>. Chicago

<sup>105</sup> Rekabet hukuku uygulamalarında, dikey anlaşmalara kıyasla yatay anlaşmalara daha katı bir yaklaşım sergilenmektedir. Bkz. WEATHERILL, S., BEAUMONT, P., EC Law, 2 nd Edition, London, Penguin Books, 1995, s.701. Amerikan uygulamasında ise -Avrupa'ya kıyasla- dikey anlaşmalara daha esnek yaklaşılmaktadır. MARSDEN, P., "The Divide on Verticals", Evenett S.J., A. Lehman, B. Steil (edt.) içinde: Antitrust Goes Global, Washington, The Brookings Institution, 2000, s.118.

<sup>106</sup> SCHAUB, a.g.m., s.203; TAYLOR, a.g.e., s.17.

<sup>107</sup> Piyasadaki alıcıların belirli sağlayıcılar arasında paylaşılmasında, piyasadaki rekabet düzeyinin sınırlandırılmasında, kartel üyelerinin tespit edilen şartlara uymalarının garanti altına alınmasında ya da uymayanların tespit edilmesinde "münhasır dikey anlaşmalar" kullanılabilir. Bkz. ORNSTEIN, a.g.m., s.89-91.

<sup>108</sup> Toptan ya da perakende dağıtım kanallarının, münhasır dikey anlaşmalar kanalıyla sağlayıcılar tarafından kendilerine bağlanması, piyasaya yeni girecek olan rakip sağlayıcının, ilave bir maliyete katlanarak kendi dağıtım ağını kurmasını zorunlu kılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KRATTENMAKER, T.G., SALOP, S.C., "Anti-competitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price", Yale Law Journal, 96(2), 1986, s.209-293.

<sup>109</sup> Her bir dağıtıcının yalnızca tek bir sağlayıcının ürünlerini dağıtma yükümlülüğü altına girdiği tek marka anlaşmaları, mağaza içi markalararası rekabeti ortadan kaldırdığından piyasadaki rekabet düzeyini de olumsuz etkileyebilecektir. Tek marka anlaşmalarının "rekabetin engellenmesi"ne yönelik etkilerinin var olduğu görüşü için bkz. BESANKO, D., PERRY, M., "Exclusive Dealing in a Spatial Model of Retail Competition", International Journal of Industrial Organization, Vol.11, 1993, s.297-329. Aksi görüş için bkz. O'BRIEN, D.P., SHAFFER, G., "On the Dampening of Competition Effect of Exclusive Dealing", Journal of Industrial Economics, 41(2), 1993, s.215-221.

Okulu'nun savunduğunun aksine bu üç durumda dikey anlaşmaların piyasadaki yatay ilişki yapısına etki etme ihtimali ortaya çıkmaktadır<sup>110</sup>.

Dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkilerinin ortaya konulması oldukça ayrıntılı bir değerlendirmeyi zorunlu kılmakla beraber bu değerlendirmenin maliyeti de aynı derecede yüksektir. Dikey kısıtlamaların olumlu yanlarının ekonomik modeller yoluyla ortaya konması, ayrıntılı analizlere ihtiyaç duyulması davanın maliyetlerini artıran unsurlardır. Aynı zamanda bu türden çok yönlü değerlendirmeler neticesinde rekabet otoritelerinin kararlarının teşebbüsler tarafından önceden tahmin edilmesi oldukça zorlaşmakta, rekabeti kısıtlama amacı gütmeyen anlaşmalar dahi ihlal oluşturma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Aynı türden dikey sınırlamaların her bir dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi, karar mekanizmasının yönetsel maliyetlerini artırdığı gibi karar sürecini de uzatacaktır. Rekabet üzerinde aşırı olumsuz etki yaratmayan teşebbüsler arası dikey anlaşmalar dahi rekabeti engelleyici anlaşmaların incelendiği prosedüre tabi tutulacak, bu da hukuki sonucun gecikmesine sebep olacaktır. Ve son olarak; tüm dikey anlaşmaların bu şekilde ayrıntılı değerlendirilmeye tabi tutulması, kararlar ve rekabet politikasının farklı dalları arasında tutarsızlığa yol açabilecek, teşebbüslerin ticari stratejilerine etki edebilecektir. Bu durumun en somut örneği Avrupa Topluluğu rekabet politikasının dikey sınırlamalara, dikey birleşmelerden daha şüpheli yaklaşmasıdır<sup>111</sup>.

Bu açılardan değerlendirildiğinde dikey sınırlamalara yönelik rekabet politikası, teorik boyutta her bir sınırlamayı kendi içinde değerlendirirken aynı zamanda basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönlerini de ihmal etmemelidir<sup>112</sup>. Bu da ancak dikey sınırlamaların, rekabeti olumsuz etkileme ihtimali olmayan bölümünün ayrıştırılarak önceden tespit edilmiş bir şablon çerçevesinde yüzeysel analize tabi tutulması, dikey anlaşmaların asıl rekabeti ilgilendiren kısmının ise bahsedilen yöntem dahilinde ayrıntılı incelenmesi ile mümkün olacaktır. Ticari yaşamdaki pek çok dikey kısıtlama türünden önem arz edenlerin ayrıştırılmasında, belirli kıstasların kullanılması kaçınılmazdır. Bu göstergelerden en önemlileri pazar gücü ve pazar yapısıdır<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> BAKER, J.B., "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most-Favored-Customer Clauses", Antitrust Law Journal, Vol.64, Spring 1996, s.517-534. Ayrıca bkz. O'TOOLE, F., "The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended", ECLR, Issue 1, 1999, s.5.

<sup>111</sup> NEVEN, D., PAPANDEPOULOS, P., SEABRIGHT, P., European Competition Policy and Agreements between Firms: Article 85 in Theory and Practice, London, CEPR, 1998, s.215.

<sup>112</sup> Bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.28-29.

<sup>113</sup> SCHAUB, a.g.m., s.202.



## II. MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR

### 6. Münhasır Dikey Anlaşma

Alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen; belirli bir mal ya da hizmetin alım, satım veya yeniden satımında yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma yükümlülüğünün ana unsur olduğu dikey anlaşmalara “münhasır dikey anlaşma” denilmektedir. Tanımda iki unsur öne çıkmaktadır. Bunlar, anlaşmanın “dikey bir anlaşma olması” ve “münhasırlık koşulu” içermesidir.

#### 6.1. Dikey Anlaşma

Dikey anlaşma, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Bu tanımda esas olan anlaşmanın taraflarının birbirlerine rakip olmamalarıdır.

#### 6.2. Münhasırlık Koşulu

##### 6.2.1. Alıcı ya da Sağlayıcıya Yüklenen Yükümlülük

Tanımda yer alan “münhasırlık” ise üç unsurun bileşimidir. Öncelikle münhasırlık “alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen bir yükümlülük”tür<sup>15</sup>. Sağlayıcı, “anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmetleri alıcıya satan teşebbüs”tür. Alıcı ise, “bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüsleri” kapsamaktadır<sup>16</sup>. Örneğin üretici ile toptancı arasındaki dağıtım anlaşmasında; üretici “sağlayıcı”, toptancı ise “alıcı” konumundadır. Aynı toptancı, perakendecisi ile olan dağıtım anlaşmasında “sağlayıcı” konumuna geçebilmektedir. Sağlayıcı ve alıcı arasındaki anlaşmada, taraflardan birinin üzerine yüklenen söz konusu yükümlülük<sup>17</sup> tarafın belirli bir eylemi yapması ya da belirli bir eylemden kaçınması şeklinde olabilmektedir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.424; SANLI, a.g.t., s.92.

<sup>15</sup> Genel olarak “münhasırlık” anlaşmada yer alan bir “yükümlülük” olsa da, anlaşma hükümleri çerçevesinde taraflara herhangi bir yük yüklememesine rağmen “fiili münhasırlık” yaratan indirim, promosyon gibi teşvik sistemleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

<sup>16</sup> “Alıcı” ve “satıcı” kavramlarında, 14 Temmuz 2002 tarihli 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 3 üncü maddesindeki tanımlar esas alınmıştır. Tebliğ'de “sağlayıcı ve alıcı”, anlaşmaya taraf olan teşebbüsleri ifade ederken; “müşteri”, anlaşmaya taraf olmayan, alıcıdan veya sağlayıcıdan mal veya hizmet satın alan teşebbüsü ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Tanım gereği sağlayıcı, üretici olabileceği gibi dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren bir teşebbüs de olabilir. Aynı şekilde alıcı da bu seviyelerden herhangi birinde faaliyet gösterebilir. Sağlayıcı ve alıcı ayrımında asıl önemli olan alım/satım ilişkisidir. İlişkinin yönüne bağlı olarak bir teşebbüs sağlayıcı konumunda olabileceği gibi alıcı da olabilir.

<sup>17</sup> Münhasır dağıtım anlaşmasında, sağlayıcının belirli bir bölgede yalnızca tek bir dağıtıcı atama yükümlülüğü, sağlayıcı üzerine yüklenen bir yükümlülük iken; münhasır satın alma

### 6.2.2. Alım, Satım veya Yeniden Satımın Konu Olması

İkinci unsur ise yükümlülüğün belirli bir mal ya da hizmetin alım, satım veya yeniden satımına ilişkin olmasıdır. Alıcı ya da sağlayıcı arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olarak yüklenen yükümlülük, mal ya da hizmetin alım, satım ya da yeniden satımını ilgilendirebilmektedir. Örneğin münhasır satın alma anlaşmasında, alıcının anlaşma konusu malların tamamını tek bir sağlayıcıdan temin etmeyi taahhüt ettiği yükümlülük malın **alımına** ilişkindir. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan münhasır satış anlaşmalarında, sağlayıcının anlaşmada belirlenen mal veya hizmetleri belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla Topluluk içinde sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü, malın **satış** ya da **yeniden satışına** ilişkindir. Münhasır dağıtım anlaşmasında ise bu yükümlülük malın **yeniden satımını** konu almaktadır.

### 6.2.3. Yalnızca Anlaşmanın Diğer Tarafı İle İş Yapma

Münhasırlığın son unsuru olan “yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma”, kavramın belirleyici unsurudur<sup>119</sup>. Anlaşmanın taraflarından alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen yükümlülük, anlaşmanın niteliğine göre mal veya hizmetin alım, satım ya da yeniden satımında yalnızca anlaşmanın diğer tarafından mal satın alma veya satma esasına dayanır. Anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma olarak tanımlayabileceğimiz bu yükümlülük; **mal alımına** ilişkin anlaşmalarda alıcının anlaşma konusu mallara ya da belirli mallara yönelik ihtiyacının tamamını anlaşmanın diğer tarafı olan sağlayıcıdan satın alması sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ifade ile alıcı, anlaşmanın diğer tarafı olan sağlayıcının dışında ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren rakip sağlayıcılardan, anlaşma süresi boyunca söz konusu mal ya da hizmetleri satın alamayacaktır. **Mal ya da hizmet satımının** anlaşmanın konusunu oluşturduğu durumlarda bu yükümlülük, sağlayıcının belirli malları yalnızca anlaşmanın diğer tarafı olan alıcıya satmasına neden olacaktır. Bu da anlaşma süresi boyunca sağlayıcının söz konusu malları, anlaşmanın diğer tarafı olan alıcı dışında bu mala ihtiyaç duyan alternatif alıcılara mal satmasını engelleyecektir. **Malın yeniden satımının** söz konusu olduğu anlaşmalarda sağlayıcı; belirli bir malı yeniden satım amacı ile belirli bir bölgede, yalnızca anlaşmanın diğer tarafı olan alıcıya verebilecektir. Bu da sağlayıcının belirli bir bölgede yeniden satım amacı ile, anlaşmanın tarafı olan alıcı dışında rakip alıcılara mal vermesinin önüne geçecektir.

---

anlaşmasındaki, alıcının anlaşma konusu malları yalnızca sağlayıcıdan temin etme şartı **alıcının** üzerine yüklenen bir yükümlülüktür.

<sup>118</sup> Tek marka anlaşmasında alıcı üzerine yüklenen yükümlülük, belirli malları yalnızca sağlayıcıdan satın alma şeklinde olması durumunda belirli bir eylemin yapılması, rakip sağlayıcılardan mal almama şeklinde olması durumunda belirli bir eylemden kaçınma söz konusu olmaktadır.

<sup>119</sup> SILVA, L.R., “Law and Policy Towards Vertical Restraints of Trade- The Case of Brazil”, Journal of World Competition 23(2): 95-99, 2000, s.113; MARSDEN, a.g.m., s.127.

Münhasırlığa ilişkin bu unsur, “münhasır dikey anlaşmaları” diğer dikey anlaşma türlerinden ayıran yönü ortaya koyar. Münhasır olmayan dikey anlaşma türlerinde de diğer iki unsur olan; alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen, belirli bir mal ya da hizmetin alım, satım veya yeniden satımına ilişkin yükümlülükler bulunabilmektedir. Münhasır olmayan dikey anlaşmalarda alıcı ya da sağlayıcı, belirli bir mal veya hizmet alım, satım ya da yeniden satımında yalnızca anlaşmanın diğer tarafı olan teşebbüsle iş yapmak zorunda değildir. Alıcılar ticari hayatın şartlarına bağlı olarak birden fazla sağlayıcıdan mal temin edebildikleri gibi, sağlayıcıların da birden fazla alıcı ile çalışma imkanı mevcuttur. Münhasır dikey anlaşmalardaki yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile çalışma yükümlülüğü, piyasadaki rekabet şartlarına etki etmektedir. Bu sebeple münhasır dikey anlaşmalar, diğer dikey anlaşma türlerinden farklı olarak rekabet hukuku uygulamalarında ayrı bir öneme sahip olmaktadır.

## **7. Münhasır Dikey Anlaşma Türleri**

### **7.1. Tek Marka Anlaşması**

Fiyat dışı rekabet kısıtlamalarının konu olduğu anlaşmalardan ilki tek marka anlaşmasıdır (single branding). Teorik olarak tek marka anlaşması, alıcının alımlarını belirli bir üreticinin ürünlerine ya da markasına yönlendirme sonucunu doğuran yükümlülüktür.<sup>120</sup> Bu sebeple anlaşma süresi boyunca üst piyasadaki tek bir sağlayıcı, alt piyasada faaliyet gösteren alıcısına, mal ya da hizmet satımı konusunda tek yetkili olacaktır.

Komisyon Bildirimi'nin 138 inci paragrafında; alıcının belirli bir pazardaki tüm ihtiyaçlarını yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın almasına sebep olan yükümlülük ve teşvik planlarının oluşturduğu rekabet etmeme düzenlemeleri “tek marka anlaşması” olarak nitelendirilmiştir. Bu tanım alıcının, ihtiyacını doğrudan sağlayıcıdan temin etmek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Söz konusu mal ya da hizmetlerin münhasıran, sağlayıcı tarafından gösterilen üçüncü bir şahıstan satın alma yükümlülükleri de bu kapsamda değerlendirilecektir. Aynı zamanda tek marka anlaşmasında alıcı, rakip malları üretmeme, satın almama ve yeniden satmama yükümlülüğü ile de karşı karşıyadır.

Tek marka anlaşmalarının belirleyici özelliği, alıcının ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan satın alması sonucunu doğuran yükümlülük ve teşvik planlarını içermesidir. Bu yükümlülüğün, ihtiyacın tamamının tek bir sağlayıcıdan temin edilmesine yönelik olabileceği gibi, rakip sağlayıcılardan mal ve hizmet alınmasını engellemeye yönelik de olması mümkündür. Anlaşmada alıcı üzerine getirilen bu türden bir sınırlama olmasa dahi, sağlayıcının

---

<sup>120</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.361.

uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi gibi bir takım teşvik planları da alıcının ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğuruyorsa, anlaşma bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>121</sup>.

Tek marka anlaşması kavramı, Komisyon tarafından rekabet üzerinde benzer etkiler doğuran “rekabet etmeme yükümlülüğü” (non-compete obligation) ve “miktar zorlama anlaşmaları” (quantity forcing agreement) kapsayacak şekilde kullanılmaktadır<sup>122</sup>. Rekabet etmeme yükümlülüğü; alıcının, ilgili sağlayıcı tarafından üretilmeyen belirli tipteki ürünlerin kullanımını ya da yeniden satımını engelleyen yükümlülüklerdir. Miktar zorlama anlaşması ise, rekabet etmeme yükümlülüğünün daha zayıf bir şeklidir<sup>123</sup>. Bu kısıtlama tipi, alıcının belirli mallara ilişkin alımlarının büyük bir kısmını tek bir sağlayıcıya yönlendirmesi sonucunu doğuran teşvik ve yükümlülükleri kapsamaktadır<sup>124</sup>. Minimum satın alma yükümlülüğünün yanında miktar indirimleri, sadakat indirimi ve çift taraflı tarife sistemleri bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>125</sup>.

Etkileri yönüyle daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan tek marka anlaşmaları, alıcıların alternatif sağlayıcılardan ürün almalarını engelleyerek talebin fiyat elastikiyetini azaltır ve bu suretle markalararası rekabeti engeller<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> Hedef ve sadakat indirimleri için bkz. s.115-122.

<sup>122</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.572.

<sup>123</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MATHEWSON, G.F., WINTER R.A., “An Economic Theory of Vertical Restraints”, RAND Journal of Economics 15, Spring 1984, s.27-38.

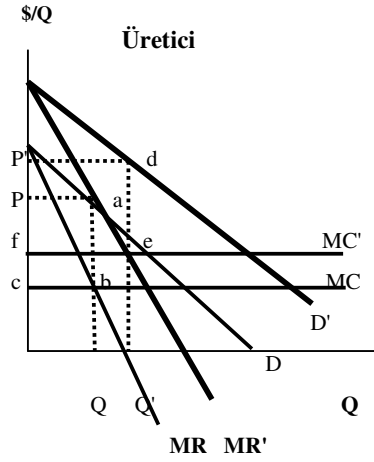
<sup>124</sup> Belirli bir bölgede önemli derecede pazar gücüne sahip olan dağıtıcının, ürünün perakende fiyatına ilişkin kararları, sağlayıcının menfaati ile ters düşebilir. Bu durumda sağlayıcı, dağıtıcının belirli bir miktar ürün almasını talep edebilir. Diğer bir ifade ile sağlayıcı, alt piyasadaki dağıtıcısının, anlaşma konusu mal veya hizmetlerden belirli bir miktar satın alma yükümlülüğü altına sokar. Böyle bir yükümlülük ile karşı karşıya kalan dağıtıcı, satın alma ve stoklama maliyetlerini optimize etmek amacı ile anlaşma konusu mallara ilişkin satış çabalarını artıracaktır.

<sup>125</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.152.

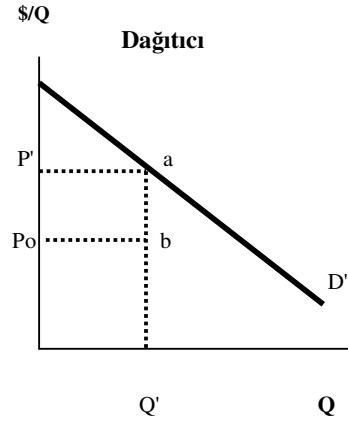
<sup>126</sup> Alt piyasada faaliyet gösteren tüm alıcıların, üst piyasada faaliyet gösteren birden fazla sağlayıcı tarafından tek marka anlaşması ile münhasıran kendisine bağlanması, üst piyasadaki sağlayıcılar arasındaki rekabeti, tek marka anlaşması süresince ortadan kaldıracaktır. Nitekim teşebbüs, piyasadan daha düşük fiyata ürün bulsa dahi, tek marka anlaşmasını imzaladığı için anlaşma süresince bu üründen satın alamayacaktır.

Tek marka anlaşması ile bağlanan alıcı, söz konusu ürünü “kendi tüketiminde” kullanabileceği gibi “yeniden dağıtımını” da gerçekleştirebilir. Bu açıdan tek marka anlaşmasının, alt dağıtım piyasasındaki rekabet düzeyine de etkileri bulunmaktadır. Piyasadaki tüm dağıtıcıların tek marka anlaşması ile sağlayıcılar arasında paylaşılması durumunda, her bir dağıtıcı yalnızca tek bir markanın dağıtımını yapmak zorunda kalacaktır. Besanko ve Perry yaptıkları çalışmada, yalnızca tek bir markayı satmaları nedeniyle her bir dağıtıcının sabit maliyet ve taşıma maliyetlerinin yüksek olacağı, aynı zamanda alan ekonomisinden de yararlanılmadığından her bir marka ürünün satış fiyatının yüksek olacağı, bunun da markalararası fiyat rekabetini kısıtlayacağı sonucuna ulaşımlardır. Bkz. BESANKO, D., PERRY, M., “Exclusive Dealing in a Spatial Model of Retail Competition”, International Journal of Industrial Organization, Vol.11, 1993, s.297-329. Ayrıca bkz. LIN, Y., “Dampening-of-Competition Effect of Exclusive Dealing”, Journal of Industrial Economics, Vol.39, 1991, s.210.

Aynı zamanda söz konusu anlaşma türünün piyasada yaygın olarak uygulanması, giriş engeli yaratarak piyasadaki potansiyel rekabet ortamına da zarar verir<sup>127</sup>. Bu olumsuz etkilerinin varlığına rağmen, tek marka anlaşmalarının teşebbüsler tarafından uygulanması neticesinde ortaya çıkan rekabeti artırıcı unsurlar da mevcuttur. Bunlardan en önemlisi bedavacılık problemidir. Sağlayıcı tarafından gerçekleştirilen promosyon faaliyetleri ve satış çabaları, ürünün dağıtımını gerçekleştiren dağıtıcıların satış hacmini artıracaktır. Ancak söz konusu promosyon faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan ilave maliyetler, ürünün toptan fiyatının da yükselmesine neden olacaktır. Böyle bir durumda sağlayıcının promosyon yatırımları markaya özgü değilse ya da nihai tüketicinin marka seçimi, dağıtıcının yönlendirmesi neticesinde başka bir markaya yönlenebiliyorsa, birden fazla markanın dağıtımını yapan dağıtıcı, sağlayıcının promosyon yatırımları neticesinde artan talebi rakip sağlayıcılara yönlendirebilecektir. Promosyon yatırımı yapmayan rakip markanın perakende fiyatı düşük olduğundan, müşterilerin söz konusu rakip markalara yönelme ihtimali yüksek olacaktır. Böyle bir durumda promosyon yatırımı yapan sağlayıcı, dağıtıcısı ile tek marka anlaşması imzalayarak, rakip markaların promosyon yatırımlarından faydalanmasını engellemek isteyecektir.



Şekil-3



Şekil-4

KAYNAK: Kaserman, D.L., Mayo J.W., Government and Business, Dryden Press, 1995, U.S.A., s.362-363.

<sup>127</sup> PRESTON, L.E., "Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards", Law and Contemporary Problems 30, 1965, s.506-529.

Tek marka anlaşmasının arkasında yatan mantık yukarıdaki grafikler yardımıyla da açıklanabilir. Tekel konumunda olduğu varsayılan “üretici” ile birden fazla markanın dağıtımını yapan “dağıtıcının” yer aldığı piyasada üretici, promosyon faaliyetlerine yatırım yapmakta ve dağıtıcı da bu yatırımlardan faydalanmak istemektedir. Üretici açısından durumun ele alındığı Şekil-3’de promosyon yatırımları sayesinde üreticinin talep eğrisi D den D' ye kayarken aynı zamanda marjinal maliyet eğrisi de (promosyon harcamaları sebebiyle) MC' konumuna gelmiştir. Herhangi bir promosyon faaliyeti olmaksızın üreticinin denge noktası MR=MC dengesinin sağlandığı P ve Q noktalarıdır. D'-D dikey aralığının, MC'-MC mesafesinden büyük olması, yapılan promosyon yatırımının üreticinin karlılığını artırdığını göstermektedir. Yapılan promosyonlar neticesinde üreticinin karlılığı (Pabc) alanından (P'def) ye yükselmiştir.

Dağıtıcının karşı karşıya kaldığı talep eğrisi ise Şekil-4’de gösterilmiştir. Üreticinin gerçekleştirdiği promosyon yatırımları, dağıtıcının da satışlarında etkili olmuş ve dağıtıcının talep eğrisini D' konumuna gelmiştir. Dağıtım piyasasının rekabetçi olduğu varsayımı gereği, dağıtıcı satış fiyatı olarak  $P=MC$  eşitliğinin sağlandığı P' noktasını satış fiyatı olarak tespit edecektir.<sup>128</sup>

Dağıtıcı aynı zamanda herhangi bir promosyon yatırımı yapmayan ve bu sebeple  $P_o$  (P' düzeyinden daha düşük) toptan fiyatı uygulayan diğer rakip üreticiden de ikame ürün temin edebilmektedir.<sup>129</sup> Dağıtıcı, rakip üreticiden  $P_o$  fiyatından aldığı ikame malı, diğer malın satış fiyatı olan P' fiyatından satarsa,  $P'abP_o$  kadar kar elde edecektir. Üreticinin promosyon faaliyetlerinden yararlanan dağıtıcı, promosyon neticesinde artan talebi, kar marjı yüksek rakip mallara yönelterek kendi karını artıracaktır.

Dağıtıcının bu stratejisi belirli varsayımlar altında başarılı olabilmektedir. Bunlar:

- a) dağıtıcının, müşterilerin marka seçiminde etkili olduğu,
- b) dağıtıcının rakip malları dağıtma imkanına sahip olduğu varsayımlarıdır.

Böyle bir sorun ile karşı karşıya kalan üretici ya promosyon yatırımına son verecek ya da dağıtıcısı ile tek marka anlaşması imzalayacaktır. Tek marka anlaşması, bu iki varsayımdan biri olan “dağıtıcının rakip malları dağıtma imkanı”nı ortadan kaldırdığından, söz konusu piyasa aksaklığını çözümlenecek

<sup>128</sup> Analizin basitleştirilmesi için P' noktası satış fiyatı kabul edilmiş ve dağıtıcının bu fiyat düzeyinde normal kar elde ettiği varsayılmıştır.

<sup>129</sup> Rakip üreticinin  $P_o$  (P' fiyatından daha düşük) fiyatından mal satabilmesinin nedeni promosyon harcaması yapmaması ve bu sebeple ortalama maliyetinin, promosyon harcaması yapan üreticiye kıyasla düşük olmasıdır.

ve bu sayede yatırım düzeyinin optimal seviyeye ulaşmasında önemli rol oynayacaktır.

Sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşmada yer alan ve tek marka anlaşması ile benzer etki doğuran bir diğer kısıtlama ise “ingiliz şartı” (english clause) dır. İngiliz şartı alıcıya; sağlayıcının uyguladığı fiyattan daha düşük bir fiyata piyasadan mal bulması durumunda, rakip sağlayıcıdan mal temin etme imkanı tanıyan bir hükümdür. İngiliz hükmü, alıcının rakip sağlayıcıdan mal temin etmesini farklı şartlara bağlayabilmektedir. Rakip sağlayıcılardan mal temin etme hakkının kullanımı; alternatif sağlayıcının minimum belirli bir miktar mal temin edebilecek büyüklükte bir teşebbüs olması, alıcının sağlayıcıya daha düşük olan teklifi iletmesi ve sağlayıcının bildirilen bu fiyatı karşılamayacağını bildirmesi durumunda alıcının alternatif kaynaktan mal temin edebilmesi gibi değişik şartlara bağlanabilmektedir<sup>130</sup>.

Genel olarak ingiliz şartı, alıcıya belirli durumlarda rakip sağlayıcılardan mal temin etme imkanı tanıdığından, münhasırlık koşulu içeren diğer anlaşmaların olumsuz etkilerini azaltır niteliktedir<sup>131</sup>. Ancak alıcının bu hükümden yararlanmak için daha iyi teklifi sağlayıcıya bildirmek zorunda olduğu durumlarda, sağlayıcı fiyatı aşağı çekerek alıcının kendisine bağlı kalmaya devam etmesini sağlayabilir. Komisyon bu türden bir ingiliz şartını rekabet etmeme ile aynı etkiler doğurduğunu kabul etmektedir<sup>132</sup>. Aynı zamanda sağlayıcı bu koşul aracılığıyla normalde elde edemeyeceği rekabetçi bilgilere sahip olmakta, bu da piyasadaki fiyat şeffaflığını artırmak sureti ile sağlayıcılar arasındaki işbirliği riskini yükseltmektedir. Ancak bu hüküm, alıcının isteği üzerine anlaşmaya ilave edilmişse ve sağlayıcının, daha iyi teklif veren rakip firmanın kimliğini alıcıdan öğrenmesini engellemeye yönelik tedbirler de alınırsa, hükmün rekabeti kısıtlayıcı yönleri ortadan kaldırılabilecektir<sup>133</sup>.

## 7.2. Münhasır İşlem Anlaşması

Münhasır işlem anlaşması (exclusive dealing agreement) ya da münhasır işlem düzenlemesi (exclusive dealing arrangement) genelde Amerikan Rekabet Hukuku uygulamalarında kullanılan bir kavramdır<sup>134</sup>. Alıcının belirli bir zaman diliminde ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin ettiği ya da sağlayıcının rakiplerinden mal temin etmeme yükümlülüğü altına girdiği

<sup>130</sup> GOYDER, J., EU Distribution Law, Third Edition, Great Britain, Palladian Law Publishing, 2000, s.81.

<sup>131</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.584.

<sup>132</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.152.

<sup>133</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.584.

<sup>134</sup> “Exclusive dealing” yerine “requirements contracts” kavramı da kullanılabilir. Bkz. HOVENKAMP, J., Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, U.S.A., West Group, 1999, s.430.

anlaşmaya “münhasır işlem anlaşması” denilmektedir<sup>135</sup>. Münhasır işlem anlaşması ve tek marka anlaşması uygulamada birbirinin yerine kullanılabilen kavramlardır<sup>136</sup>.

Komisyon ise Bildiri’de münhasır işlem anlaşmasını, anlaşma hükümleri ya da anlaşmanın uygulamadaki etkileri itibariyle, taraflardan birinin ihtiyacının tamamını veya tamamına yakınına diğer taraftan karşılması sonucunu doğuran anlaşmalar olarak tanımlamıştır<sup>137</sup>. Rekabet etmeme ve miktar zorlama hükümleri bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>138</sup>.

Münhasır işlem anlaşmasının, piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etkileri mevcuttur. Bunlar; rakip sağlayıcıların söz konusu dikey anlaşmaya taraf olan alıcılar ile iş yapmasının engellenmesi, sağlayıcıya olan sadakatın sağlanması ve aşırı fiyat eylemine uygun zemin hazırlanmasıdır<sup>139</sup>.

### 7.3. Münhasır Satın Alma Anlaşması

Münhasır satın alma anlaşmaları (exclusive purchasing agreement), münhasır satış ve münhasır dağıtım anlaşmalarının benzer görünümüdür. Münhasır satın alma anlaşmalarında alıcı, **anlaşma konusu** mal veya hizmetleri münhasıran tek bir sağlayıcıdan satın almak zorundadır<sup>140</sup>. Bununla birlikte sağlayıcının diğer bir alıcıya satış yapmasını engelleyen bir durum mevcut değildir. Alıcının aynı zamanda dağıtıcı olması durumunda, dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebileceği bölgeye ilişkin bir sınırlama da söz konusu değildir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere münhasır satın alma anlaşmalarında, alıcı üzerine getirilen yükümlülük, anlaşma konusu mal ve hizmetlerle sınırlıdır<sup>141</sup>. Alıcı, anlaşma konusu mallarla rakip olan malları alabilir, üretebilir ve dağıtabilir<sup>142</sup>.

<sup>135</sup> APPLEBAUM, H.M., Antitrust Law Developments, U.S.A., American Bar Association Press, 1975, s.43; STIGLITZ, a.g.e., s.404. Ayrıca bkz. STEUER, R.M., “Exclusive Dealing in Distribution”, Cornell Law Review, 69(1), 1983, s.101-134.

<sup>136</sup> Bkz. AREEDA/KAPLOW, a.g.e., s.769.

<sup>137</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(4).

<sup>138</sup> Komisyon’un münhasır işlem anlaşması tanımını, Amerikan uygulamalarında kabul edilen tanım ile uyumaktadır.

<sup>139</sup> AREEDA/KAPLOW, a.g.e., s.770-773.

<sup>140</sup> Komisyon, Rekabet Politikasına İlişkin Yedinci Rapor’unda münhasır satın alma anlaşmalarını; alıcının, anlaşma konusu malları görece uzun bir zaman diliminde yalnız tek bir sağlayıcıdan satın alma yükümlülüğü altına girdiği anlaşmalar olarak tanımlamıştır. Alıcının bu yükümlülük karşılığında teslimatta öncelik, teknik yardım, iskonto, bonus, sadakat indirimi gibi bir takım avantajlar elde ettiği belirtilmiştir. Bkz. European Commission, VII th Commission Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1977, s.9.

<sup>141</sup> MARSDEN, a.g.m., s.119.

<sup>142</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.572.



Minimum satın alma yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu malların tamamını olmasa da belirli bir miktarını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etmesini garanti altına alması sebebiyle, etki olarak her ne kadar zayıf olsa da münhasır satın alma anlaşması olarak değerlendirilmektedir<sup>143</sup>.

Münhasır satın alma anlaşmaları, alıcının yalnızca anlaşma konusu malları sağlayıcıdan satın alma yükümlülüğü getirdiğinden, markaiçi rekabeti azaltan bir anlaşma türüdür. Nitekim alıcı, rakip sağlayıcıların mallarını almakta ya da dağıtmakta serbest olduğundan, söz konusu anlaşma türü kural olarak markalararası rekabet düzeyini olumsuz etkilememektedir.

Ancak uygulamada münhasır satın alma anlaşmalarının pek çoğu, aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğü de içerecek şekilde düzenlenmektedir<sup>144</sup>. Rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte uygulanan münhasır satın alma anlaşmaları; alıcının, anlaşma konusu malları yalnızca sağlayıcıdan almasını temin ederken aynı zamanda anlaşma konusu mallarla rekabet halinde bulunan malların üretimi, alımı ya da satımını da engeller. Bu durumda yalnızca markaiçi rekabet değil aynı zamanda markalararası rekabet de kısıtlanacaktır.

#### **7.4. Münhasır Dağıtım Anlaşması**

En genel tanımı ile münhasır dağıtım anlaşması (exclusive distribution agreement); sağlayıcının, ürünlerin dağıtımında belirli bir bölge ya da belirli bir müşteri grubu için tek bir dağıtıcı atamasıdır<sup>145</sup>. Sağlayıcı bu anlaşma ile diğer dağıtıcılarının ilgili bölgeye ya da müşteri grubuna yapacakları aktif satışları da kısıtlayabilecektir. Genellikle münhasır dağıtım anlaşmasında, sağlayıcının ilgili bölgeye doğrudan yapacağı satışlar için de benzer bir kısıtlama getirilmektedir.

Komisyon da münhasır dağıtım anlaşması terimini, dağıtıcıya belirli bir bölgenin münhasıran tahsis edildiği durumları kapsayacak şekilde kullanmaktadır<sup>146</sup>.

Piyasada faaliyet gösteren üreticilerin her birinin dağıtıcıları ile münhasır dağıtım anlaşması imzalaması, farklı markaların dağıtıcıları arasındaki markalararası rekabeti ve üreticilerin ürünün toptan fiyatını düşürme isteklerini

<sup>143</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.572.

<sup>144</sup> Münhasır satın alma ve rekabet etmeme yükümlükleri terminolojik olarak kimi zaman birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Komisyon da kimi kararlarında bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmıştır. GOYDER, a.g.e., s.77. Aynı zamanda literatürdeki kimi kaynaklarda münhasır satın alma anlaşması, rekabet etmeme yükümlülüğünü de kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Bkz. EHLERMANN, C.D., LAUDATI, L.L., Proceedings of the European Competition Forum, Luxembourg, Wiley & Sons, 1997, s.50.

<sup>145</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.355. Ayrıca bkz. REY, P., TIROLE, J, "The Logic of Vertical Restraints", American Economic Review 76, No:5, December 1986, s.921-939.

<sup>146</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.161.

azaltacaktır. Rey ve Stiglitz yaptıkları çalışmada; oligopolistik pazarlardaki üreticilerin münhasır dağıtım anlaşmalarını, rekabeti azaltıcı bir araç olarak kullanabilecekleri durumu incelemişlerdir. Söz konusu dikey anlaşma türü, piyasa aktörleri tarafından kullanıldığında, perakendecilere bölgesel bazda monopol gücü verilecektir. Belirli bir bölgede monopol gücüne sahip olan perakendeci, kendisinin alış fiyatı olan toptan fiyatındaki bir azalmanın yalnızca belirli bir bölümünü tüketicilere yansıtacaktır. Diğer taraftan, bir markanın perakendecisi, ürünün toptan fiyatındaki düşüşe bağlı olarak perakende fiyatını düşürecek olursa, diğer perakendeciler de kendi markalarının fiyatını düşürerek cevap vereceklerdir. Toptan fiyatını düşürerek ürüne olan talebi artırmak isteyen üretici, diğer rakip üreticilerin de benzer tepki vereceğini bildiğinden, fiyat rekabetine girmek istemeyecektir. Söz konusu her iki etki, fiyat politikasının talepte yaratması beklenen artışı engelleyeceğinden, fiyat düşüşlerini de caydırıcı olacaktır. Diğer taraftan münhasır bölge sınırlaması, markaiçi rekabeti ortadan kaldırdığından, ürüne olan talebin esnekliğini azaltmaktadır. Bu da talebin toptan fiyatlarda meydana gelen düşüşe olan duyarlılığını azaltacaktır<sup>147</sup>.

Üreticiler, özellikle piyasada belirsizliğin hakim olduğu durumlarda münhasır dağıtım anlaşması imzalamak istemektedirler. Bu sayede üreticiler, her bir dağıtıcıya belirli bir bölgede tekel gücü tanıyarak, ürünün fiyatının “talep” ve “maliyete” bağlı olarak optimal seviyede oluşmasını temin etmektedir. Dağıtımın rekabetçi bir piyasada yapılması durumunda ise perakendeciler bütünü ile maliyete bağlı olarak fiyatlandırma yapacaklardır. Bu da talep şoklarına göre fiyatlandırma yapılmasını engelleyecektir. Nitekim talep artışı durumunda rekabetçi perakende yapısı, ürünün fiyatının yükselmesini önleyecektir<sup>148</sup>.

Anlaşma konusu malları münhasıran sağlayıcıdan satın almak zorunda olan dağıtıcı, aynı zamanda belirli bir bölgede münhasır dağıtıcı olma hakkına da sahipse -münhasır satın alma ve münhasır dağıtım anlaşmalarının bir arada uygulanması durumunda- sağlayıcının fiyat ayrımcılığı yapması kolaylaşacaktır. Nitekim bölgeler itibari ile münhasır dağıtıcıların atanması ve bu dağıtıcıların her birinin diğer bir münhasır bölgedeki müşterilere yapacağı aktif satışların kısıtlanması, markaiçi rekabeti azaltacaktır. Münhasır satın alma yükümlülüğü

---

<sup>147</sup> REY, P., STIGLITZ, J., “Vertical Restraints and Producers’ Competition”, *European Economic Review*, Vol.32, 1988, s.561-568. Rey ve Stiglitz kurdukları modelde, alt piyasanın oldukça yoğunlaşmış olduğu (her bir bölgede tek bir dağıtıcının faaliyet gösterdiği ve bu dağıtıcının da monopol gücüne sahip olduğu) varsayımını kabul etmişlerdir. Biro ve Fletcher de yaptıkları çalışmada, söz konusu etkinin ancak alt piyasadaki rekabetin diğer bir ifade ile markaiçi rekabetin zayıf olduğu ve bu piyasaya önemli giriş engellerinin olduğu durumda ortaya çıkacağını savunmuşlardır. Bkz. BIRO, Z., FLETCHER, A., “The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment”, *ECLR* 129, Vol.19, Issue 3, 1998, s.133.

<sup>148</sup> WATERSON/DOBSON, a.g.e., s.11.

de söz konusu münhasır dağıtıcıların kendi aralarındaki, sözleşme konusu malların alım satımını ortadan kaldıracaktır. Böyle bir durumda sağlayıcı, bölgeler itibari ile farklı satış fiyatları uygulamasına rağmen ne yüksek satış fiyatına tabi dağıtıcılar ne de bu dağıtıcıların müşterileri, düşük fiyatlı olan malı elde edebilecektir. Sözleşme konusu malı sağlayıcıdan yüksek fiyata almak zorunda kalan dağıtıcı, münhasır satın alma yükümlülüğü gereği düşük fiyatlı dağıtıcılardan mal alamayacaktır. Münhasır dağıtım anlaşması ile diğer bölgelerdeki düşük fiyatlı dağıtıcıların aktif satışlarının kısıtlanması ise fiyat ayrımcılığını kolaylaştıran bir unsurdur<sup>149</sup>.

### 7.5. Münhasır Müşteri Tahsisi Anlaşması

Münhasır müşteri tahsisi anlaşması (exclusive customer allocation agreement); sağlayıcının, münhasır dağıtım anlaşmasından farklı olarak belirli bir bölge için değil belirli bir müşteri grubuna yönelik olarak münhasır dağıtımda bulunması için dağıtıcı atadığı anlaşmadır. Diğer bir ifade ile sağlayıcı, belirli bir müşteri grubuna yeniden satış yapması için malları yalnızca tek bir dağıtıcıya verecektir. Münhasır dağıtım anlaşmasında olduğu gibi bu anlaşma türünde de, genellikle dağıtıcının diğer münhasır müşteri grubuna yapacağı aktif satışlar kısıtlanmaktadır<sup>150</sup>.

Münhasır müşteri tahsisi anlaşmasının münhasır dağıtım anlaşması ile birlikte uygulanması da mümkündür<sup>151</sup>. Böyle bir anlaşma biçiminde, farklı dağıtıcılar belirli bir bölgede farklı müşteri grupları için atanırlar. Birden fazla dağıtıcının münhasır dağıtım anlaşması ile belirli bir bölgeye atanması, münhasır dağıtım anlaşmasının mantığına terstir. Ancak bu dağıtıcıların her birine, aynı bölge içinde münhasır müşteri grubu tesis edilmesi, aynı bölge içindeki dağıtıcıların birbirlerinin müşteri grubuna aktif satış yapmalarını engelleyecektir.

### 7.6. Münhasır Satış Anlaşması

Münhasır satış anlaşması (exclusive supply agreement), “Anlaşma’nın 81(3) üncü Maddesinin Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2790/1999 (AT) Sayılı ve 22 Aralık 1999 Tarihli Komisyon Tüzüğü’nün<sup>152</sup> 1(c) maddesinde; “*sağlayıcının anlaşmada belirlenen mal veya hizmetleri, belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla Topluluk içinde*

<sup>149</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.172.

<sup>150</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.178.

<sup>151</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.515.

<sup>152</sup> Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ (1999) L 336/21. (Commission Regulation No:2790/1999)

*sadece tek bir alıcıya satması*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>153</sup>. Bu yönüyle münhasır satış yükümlülüğü sınırlı dağıtım grubunun en uç örneğidir<sup>154</sup>.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere münhasır satış yükümlülüğü, hem belirli bir kullanım hem de yeniden satışa konu olan mal ve hizmetleri kapsamaktadır. Buna bağlı olarak münhasır satış yükümlülüğü, yeniden dağıtımın söz konusu olduğu mallarda sağlayıcının Topluluk içinde tek bir dağıtıcı belirlediği, özel bir kullanıma konu olan ara mal ve hizmetlerin ise Topluluk içinde tek kullanıcıya satıldığı durumları kapsamaktadır. Topluluk içinde fiilen ara mal ve hizmetleri kullanan tek bir alıcının olması da münhasır satış yükümlülüğü için yeterlidir<sup>155</sup>.

Diğer taraftan Komisyon münhasır satış yükümlülüğünün, sağlayıcının tek bir alıcıya satış yapması sonucunu doğuran doğrudan ve dolaylı yükümlülükleri de kapsadığı düşüncesindedir. Sağlayıcıya yüklenen, sağlayıcının satışlarını temel olarak tek bir alıcıya yönlendirmesi sonucunu doğuran teşviklerin oluşturduğu miktar zorlama yükümlülükleri, münhasır satış yükümlülüğü kadar etkili olmasa da benzer etkiler doğurabilecek nitelikte sınırlamalar olarak kabul edilmektedir<sup>156</sup>.

### **7.7. Bağlama Anlaşmaları**

Bağlama anlaşmaları (tying agreement) her ne kadar sınırları net bir şekilde çizilemese de<sup>157</sup> iktisadi açıdan, sağlayıcı konumundaki teşebbüsün bir mal veya hizmet satımını, alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağladığı anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür anlaşmalarda alıcı tarafından esas olarak talep edilen birincil ürüne “bağlayıcı ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu tutulan ikincil ürüne “bağlanan ürün” adı verilmektedir<sup>158</sup>.

Bağlama anlaşmalarının genel tanımı, satın alma sürecinde iki ürünün birbirine bağlanmasını şart koşmakla beraber, ticari hayatta müşterilerin bağlı ürünü de satın almak zorunda kaldıkları yükümlülükler farklı ağırlıklarda karşımıza çıkmaktadır. Bunların başında, tüm ürün çeşitlerinin alıcı tarafından satın alınması koşuluna bağlı anlaşmalar gelmektedir<sup>159</sup>. Bu anlaşmalar, etkileri

<sup>153</sup> Kimi yazarlar “exclusive supply” kavramı yerine “exclusive selling” ya da “output contract” kavramlarını da kullanmaktadır. Bkz. SULLIVAN, L.A., GRİMES W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, U.S.A., West Group Press, 2000, s.429; HOVENKAMP, a.g.e., s.430.

<sup>154</sup> Commission Notice, *Guidelines on Vertical Restraints*, p.202.

<sup>155</sup> Commission Notice, *Guidelines on Vertical Restraints*, p.202.

<sup>156</sup> Commission Notice, *Guidelines on Vertical Restraints*, p.214.

<sup>157</sup> Bkz. VELTROP, J.D., “Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law”, *Common Market Law Review* 31, 1994, s.554.

<sup>158</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.350. Ayrıca bkz. BOWMAN, W.S., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *Yale Law Journal* 67, November 1957, s.19-36.

<sup>159</sup> Bu tür anlaşmalara “full line forcing” adı verilmektedir. Bkz. CANTOR, A.I., *Tying, Exclusive Dealing and Franchising Issues*, 1999, s.47.

itibariyle münhasır satın alma anlaşmalarının bir biçimi olarak da değerlendirilebilmektedir. Bağlama anlaşmalarının bir diğer şekli ise paket olarak yapılan satışlardır. Paket satışın belirleyici özelliği, birden fazla ürünün birleştirilerek tek bir fiyattan satılmasıdır. Bu durumda iki ürünün ayrı ayrı satın alınma imkanı da mümkün olabilmektedir. Ancak genellikle iki ürünün bir arada satış fiyatı, her birinin ayrı ayrı satış fiyatlarının toplamından daha düşük olmaktadır<sup>160</sup>.

Bağlama anlaşmaları, sağlayıcı ve alıcı arasındaki ticari ilişkinin düzenlenmesi açısından olumlu sonuçlara sahip olan bir anlaşma türüdür. Bu olumlu sonuçların başında ticari itibarın korunması gelmektedir. Bağlama anlaşmaları, satışı yapılan mal ya da hizmetin kalite standardının belirli bir düzeyde tutulması ve bu şekilde ticari itibarın korunması amacıyla hizmet etmektedir. Tüketici gözünde iyi bir imaja sahip olan markanın sağlayıcısının, üründen beklenen performansı sağlaması için, ürünle birlikte tamamlayıcı unsur olarak kullanılan diğer malların da kendisinden temin edilmesini zorunlu kılması bunun güzel bir örneğidir<sup>161</sup>.

Bağlama anlaşmaları, satılan ürüne ilişkin bazı girdilerin kullanımının ölçülmesi amacıyla da kullanılabilir. Bu durum, özellikle sağlayıcının ürününü satmayıp finansal kiralama yoluyla alıcıya kiraladığı durumlarda, kira bedelinin hesaplanması aşamasında gereklilik arz etmektedir. Bu nedenle sağlayıcı, bağlayan ürünün kullanım miktarını ölçmek amacıyla alıcıdan, bağlanan ürün niteliğindeki girdilerin yalnızca belirli bir kaynaktan almasını isteyebilmektedir<sup>162</sup>. Sağlayıcının, bağlayan ürünü alıcılarına satmak yerine kiralama yolunu seçmesindeki temel etken, alıcıların talep esnekliğine bağlı olarak fiyat farklılaştırması yaparak karını maksimize etme düşüncesidir. Ancak her bir alıcının talep esnekliğine ilişkin bilgi düzeyinin yetersiz olması sağlayıcıyı, bağlayan ürünü alıcılara kiralamak ve söz konusu ürünün kullanım düzeyini ölçmek için, bağlanan ürünün satın alınmasının da münhasıran kendisinden yapılması yükümlülüğünü getirmesine sebep olmaktadır. Bu sayede sağlayıcı, hem bağlayan ürünün kullanım düzeyini tespit edebilecek hem de her iki ürünün kullanım hacmine bağlı olarak fiyat farklılaştırmasına gidebilecektir<sup>163</sup>.

Bağlama anlaşmaları birçok durumda, ürünlerin bir arada satımından kaynaklanan etkinlik kazanımı amacıyla kullanılabilirler. Sağlayıcı teşebbüs, ürünleri birbirine bağlamak suretiyle üretim maliyetlerini düşürme imkanına

---

<sup>160</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.209. Aynı yazarlar, bağlama anlaşmalarının bu türünün rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ortaya çıkma ihtimalini azalttığı görüşündedirler.

<sup>161</sup> PINDYCK, R.S., RUBINFELD, D.L., Microeconomics, fifth edition, USA, Prentice Hall, 2001, s.403.

<sup>162</sup> PINDYCK/RUBINFELD, a.g.e., s.402.

<sup>163</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.351.

sahiptir<sup>164</sup>. Ancak bu noktada, bağlayıcı ve bağlanan ürünler arasındaki işlevsellik ve ticari teamüller, bağlama anlaşmasının değerlendirilmesinde belirleyici etken olacaktır.

Komisyon, Bildiri’de bağlama anlaşmalarının tanımına ve piyasadaki rekabet düzeyine etkilerine yer vermiştir. Buna göre bağlama anlaşmaları; sağlayıcının bir ürünün satışını, **bu üründen farklı** diğer bir ürünün, kendisinden ya da onun tarafından gösterilen diğer bir teşebbüsten satın alınması şartına bağladığı anlaşmalardır<sup>165</sup>.

Komisyon Bildirimi’nde bağlama anlaşmalarının olumsuz etkileri de sayılmıştır. Bu etkilerin başında, bağlanan ürün piyahasındaki rekabetin kısıtlanması gelmektedir. Nitekim alıcının bağlanan ürün ihtiyacının tamamını ya da önemli bir kısmını sağlayıcıdan karşılamak zorunda olması, bağlanan ürün piyahasındaki rakip sağlayıcıların piyasa dışına itilmesi sonucunu doğuracaktır. Bağlama anlaşmalarının bir diğer etkisi, sağlayıcının belirli durumlarda bağlanan ürünü rekabetçi düzeyin üstünde bir fiyata satabilmesidir. Son olarak bağlama anlaşmaları, her iki ürün piyasası açısından da giriş engeli olarak karşımıza çıkabilmektedir<sup>166</sup>.

## 8. Münhasır Dikey Anlaşma Kapsamı

Daha önce açıklandığı üzere dikey anlaşmalar; alım, satım ya da yeniden satım konu olan mal veya hizmetleri kapsadığından, bu anlaşma türleri dağıtım ya da tedarik anlaşması şeklinde ortaya çıkabilirler<sup>167</sup>. **Dağıtım anlaşmaları**; sağlayıcı ile dağıtımın herhangi bir aşamasında faaliyet gösteren dağıtıcı arasında olabileceği gibi dağıtımın farklı kademelerinde faaliyet gösteren iki dağıtıcı arasında da gerçekleşmesi mümkündür. Dikey anlaşmalarının ikinci kategorisi olan **tedarik anlaşmaları**<sup>168</sup>; yeniden dağıtım konu olmayan, özel kullanım ya da tüketim amacı ile satın alınan mal ve hizmetleri kapsamaktadır. Bu açıdan tedarik anlaşmaları sağlayıcı ya da dağıtıcı ile tüketici arasında imzalanmaktadır. Ancak rekabet hukukunda, teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceğimiz nihai tüketicilerin taraf olduğu tedarik anlaşmaları kapsam dışında kalmaktadır.

<sup>164</sup> VISCUSI, W.K., VERNON, J.M., HARRINGTON, E., Economics of Regulation and Antitrust, Second Edition, London, MIT Press, 1995, s.255.

<sup>165</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.215. Hangi ürünün farklı ürün olduğunu ortaya koyan ilk unsur, alıcının talebidir. Alıcı perspektifinden, bağlama anlaşmasının olmaması durumunda ürünler iki ayrı piyasadaki satın alınacaksa, söz konusu ürünler farklı kabul edilecektir.

<sup>166</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.217. Bağlama anlaşmalarının diğer olumsuz etkileri için bkz. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.215-217.

<sup>167</sup> SCHAUB, a.g.m., s.201.

<sup>168</sup> “Tedarik anlaşması” yerine “arz anlaşması” kavramı da kullanılabilir. Bkz. SANLI, a.g.t., s.168.

Münhasır dikey anlaşmanın, dağıtım ya da tedarik anlaşması olarak sınıflandırılması, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olarak yapılan bir ayırımdır. Bu sebeple münhasır dikey anlaşma türlerinden pek çoğu hem dağıtım hem de tedarik ilişkisini içerebilmektedir. Örneğin tek marka anlaşmaları, alıcının ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan satın alması esasına dayanan bir anlaşma türüdür. Tek marka anlaşmasını belirleyici kılan, alıcının ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan temin etmesini sağlamaya yönelik yükümlülükler ya da teşvik yapısıdır. Alıcı ile sağlayıcı arasında tedarik ya da dağıtım ilişkisinin söz konusu olması, diğer bir ifade ile alıcının ihtiyacı olan malı hangi amaçla kullanacağı önemli değildir. Alıcı ister yeniden dağıtıcı olsun ister tüketim amacıyla mal satın alan bir teşebbüs olsun söz konusu anlaşma, alıcının ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan tedarik etmesi sonucunu doğuruyorsa “tek marka anlaşması” olarak nitelendirilecektir.

Benzer şekilde “münhasır satış” ve “bağlama anlaşmaları” da hem tedarik hem de dağıtım özelliği gösterebilmektedir. “Münhasır dağıtım”<sup>169</sup> ve “münhasır müşteri tahsisi” anlaşmaları ise diğer münhasır anlaşma türlerinden farklı olarak yalnızca dağıtım ilişkisini konu alan anlaşmalardır. Bunun dışında, sağlayıcı ile alıcı arasındaki tedarik ilişkisi bu anlaşmaların konusunu oluşturmamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki, münhasır dikey anlaşma kategorilerinden “münhasır dağıtım” ve “münhasır müşteri tahsisi” anlaşmaları yalnızca malın dağıtımını konu alırken, diğer münhasır dikey anlaşma kategorileri hem dağıtımını hem de tedariki kapsamaktadır.

Münhasır dikey anlaşmaların dağıtım ve tedarik şeklindeki ikili ayrımı, diğer bir ifade ile anlaşmanın yapısı, rekabet üzerindeki teorik etkilerin ortaya konulmasında önem arz eder. Zira münhasır dikey anlaşmanın rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkisinin derecesini belirleyen temel etmenlerden bir tanesi anlaşmanın niteliğidir.

### **9. Etkileri İtibari ile Dikey Anlaşma Kategorileri**

Dikey anlaşmalar ya da dikey sınırlamaların, piyasadaki rekabet düzeyine etkileri itibari ile dört grupta toplanması mümkündür. Her bir grupta yer alan dikey sınırlamalar rekabet üzerinde benzer türden etkiler doğurmaktadır. Dikey anlaşmaların bu türden bir genel tasnifi, Topluluk Rekabet Hukuku'nun

---

<sup>169</sup> “Münhasır dağıtım anlaşması” ile “dağıtım anlaşması” teorik olarak farklı kavramlardır. Dağıtım anlaşmaları; sağlayıcı ile dağıtımın herhangi bir aşamasında faaliyet gösteren dağıtıcı arasında ya da dağıtımın farklı kademelerinde faaliyet gösteren iki dağıtıcı arasında bir malın dağıtımına ilişkin anlaşma türüdür. Münhasır dağıtım anlaşması ise belirli bir bölgede yalnızca tek bir dağıtıcının faaliyet göstermesine olanak tanıyan münhasır dikey anlaşma türüdür. Münhasır dağıtım anlaşması için bkz. s.41.

dikey sınırlamaları şekli yapıları itibari ile değil, piyasadaki etkileri itibari ile değerlendirdiğinin önemli bir göstergesidir<sup>170</sup>.

Dört grubun her birindeki anlaşma türlerinin markaiçi rekabet ve markalararası rekabet düzeyine etkileri bulunmaktadır. Dikey anlaşma türlerinin markaiçi ya da markalararası rekabet düzeyine etkisi, dikey anlaşma türüne bağlı olduğu kadar piyasa yapısına da bağlıdır. Bu yönüyle her bir gruptaki dikey sınırlamanın etkileri piyasa yapısına bağlı olarak değişebilmektedir.

Teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayan bir dikey anlaşma, bu gruplardan yalnızca birine girebileceği gibi birden fazla grupta yer alması da mümkündür. Nitekim anlaşmanın her bir gruptaki dikey sınırlamaları bünyesinde bulundurması mümkündür. Bu durumda anlaşmanın rekabetçi etkileri, tüm dikey sınırlamaların bir arada değerlendirilmesi ile tespit edilecektir.

### 9.1. Tek Marka Grubu

Tek marka grubunu oluşturan dikey anlaşma türlerinin ortak noktası, alıcının belirli bir mal ya da hizmet alımını yalnızca tek bir sağlayıcıya yönlendirmesi sonucunu doğuran hükümler içermeleridir. Bu hükümler, alıcı ve sağlayıcı arasında akdedilen anlaşmada yer alan ve alıcı üzerine yüklenen yükümlülük şeklinde olabileceği gibi alıcıya yönelik teşvik sistemleri de bu kapsamda değerlendirmektedir. Diğer taraftan alıcının, yalnızca anlaşma konusu mal ya da hizmetleri değil bu mal veya hizmetlerle rekabet halinde bulunan mal veya hizmetlere yönelik alımlarını da tek bir sağlayıcıya yönlendiren rekabet etmeme yükümlülüğü ya da miktar zorlama sınırlamaları da etkileri itibari ile bu kapsamda değerlendirilen sınırlamalardır. Alıcının bir ürünü satın alabilmesinin koşulu olarak diğer bir ürünü de satın almak zorunda kaldığı yükümlülük ya da teşvik sistemlerinin oluşturduğu bağlama anlaşmalarında da aynı unsur yer almaktadır<sup>171</sup>.

<sup>170</sup> Komisyon önceki uygulamalarında dikey anlaşmaları etkileri bakımından bir gruplandırmaya tabi tutmamıştır. Avrupa Topluluğu Rekabet Politikasında Dikey Sınırlamalara İlişkin Yeşil Kitap'ta, bugüne kadarki uygulamalarda Komisyon'un, dikey anlaşmaları münhasır dağıtım, münhasır satın alma, seçici dağıtım ve franchising olarak dört gruba ayırarak incelediği ifade edilmiştir (p.121). Bu gruplandırma, Komisyon'un dikey kısıtlamaları şekilsel yönden ele aldığı önemli bir göstergesidir. Diğer taraftan Komisyon'un Bildiri'de yer verdiği söz konusu yeni ayırım, dikey anlaşmaların piyasaya etkileri açısından sınıflandırılması neticesinde yapılmış bir ayırımdır. Bu yeni ayırım, Komisyon'un dikey kısıtlamalara yönelik rekabet politikasında önemli değişiklikler yaptığının göstergesidir. Nitekim bugüne kadar Komisyon'un dikey rekabet politikasına yöneltilen en önemli eleştirilerden bir tanesi, anlaşmanın formal yapısına bağlı kalınarak piyasaya etkilerinin ikinci plana itilmesi olmuştur. Komisyon'un benimsediği yeni yaklaşımda bu eleştiriler oldukça etkili olmuştur. Komisyon'un dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikasına ilişkin eleştiriler için bkz. s.128.

<sup>171</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.106.



Tek marka anlaşması, münhasır satın alma anlaşması ve münhasır işlem anlaşması, alıcının anlaşma konusu mal ya da onunla ikame edilebilen mallar için yalnızca tek bir sağlayıcı ile çalışması sonucunu doğurduğu ya da alıcının söz konusu mallar açısından alımlarının büyük çoğunluğunu tek bir sağlayıcıya yönlendirmesine neden olduğundan bu grupta yer alan anlaşmalardır. Her üç anlaşma şekli de münhasır dikey anlaşma olarak nitelendirilmektedir.

Bu grupta yer alan anlaşma türlerinin rekabet üzerinde temel olarak dört etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilk üçü markalararası rekabete ilişkindir.

a. İlgili pazardaki mevcut ya da potansiyel rakip sağlayıcılar, tek marka grubunda yer alan dikey anlaşmaları imzalayan alıcılara satış yapamazlar, diğer bir ifade ile ilgili piyasanın belirli bir bölümü rakip sağlayıcılara kapanır.

b. Piyasadaki birden fazla sağlayıcı tarafından, tek marka grubunda yer alan dikey anlaşmaların uygulanması durumunda, sağlayıcıların her biri pazar paylarını garanti altına aldıklarından sağlayıcılar arasındaki işbirliği riski artar.

c. Piyasadaki sağlayıcılar ile nihai ürünlerin dağıtımını gerçekleştiren perakendeciler arasında tek marka grubu anlaşmaları imzalanması durumunda, mağazaiçi rekabet ortadan kalkar.

d. Bağlama anlaşmalarında alıcı, bağlanan ürün için normalden daha yüksek fiyat ödemek zorunda kalabilir<sup>172</sup>.

Yukarıda bahsedilen üç etki neticesinde markalararası rekabet düzeyindeki gerileme, sağlayıcıların başlangıçta tek marka anlaşması yardımıyla alıcıları kendine bağlamak için kendi aralarındaki aşırı rekabet ile dengelense de tek marka anlaşması süresince anlaşmanın tarafı olan alıcının diğer sağlayıcılar ile iş yapamaması sonucu ortaya çıkan rekabet kısıtlamasını telafi etmekten uzaktır<sup>173</sup>.

## 9.2. Sınırlı Dağıtım Grubu

Sınırlı dağıtım başlığı altında, temel ögesi sağlayıcının yalnızca bir ya da sınırlanmış sayıdaki alıcıya satış yaptığı anlaşmalar yer almaktadır. Bu grupta yer alan anlaşmalar, alıcı sayısını üç şekilde sınırlandırmaktadır. Her bir alıcının dağıtım yapacağı alan coğrafi bölge olarak tespit edilmekte ve bir bölgedeki dağıtıcının diğer bölgedeki alıcılara satış yapması yasaklanmaktadır. İkinci yöntemde ise dağıtıcıların satış yapabilecekleri tüketiciler grupları halinde sınıflandırılmakta ve her bir tüketici grubuna satış yapabilecek dağıtıcı sayısı sınırlandırılmaktadır. Son olarak sağlayıcının, satış yapacağı alıcılara belirli nitelikleri şart koşması da dağıtıcı sayısını sınırlayan bir yöntemdir.

<sup>172</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.107.

<sup>173</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.108.

Bu unsurları bünyesinde bulunduran anlaşma türleri; sağlayıcının satışlarını belirli bir bölge ya da müşteri grubu için yalnızca tek bir dağıtıcıya gerçekleştirdiği “münhasır dağıtım” ve “münhasır müşteri tahsisi anlaşmaları”, sağlayıcının satışlarının tamamını tek bir dağıtıcıya gerçekleştirdiği “münhasır satış anlaşması” ve satış yapılacak dağıtıcılara belirli şartların zorunlu kılındığı “seçici dağıtım anlaşması”dır. Bu anlaşma türlerinden seçici dağıtım anlaşmaları hariç diğerleri münhasır dağıtım anlaşmaları arasında yer almaktadır<sup>174</sup>.

Sınırlı dağıtım grubuna dahil anlaşma türlerinin üç farklı etkisi bulunmaktadır<sup>175</sup>. Bu etkilerden ilk ikisi markalararası rekabet düzeyiyle ilgili iken sonuncusu markaiçi rekabete ilişkindir. İlgili pazarda faaliyet gösteren sağlayıcı, satışlarını belirli alıcılara sınırladığından, alt piyasaya girmek isteyen diğer alıcılara pazar kapanabilir. Tek marka grubunda da benzer türden bir etki söz konusu olabilmektedir. Ancak sınırlı dağıtım grubunda, yalnızca belirli alıcılara satış yapmaya yönelik kısıtlayıcı hüküm sağlayıcıya yüklenmiş olduğundan, rekabetin kısıtlandığı pazar, alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazardır. Sağlayıcıların tamamı ya da önemli bir bölümü tarafından bu grupta yer alan anlaşmaların uygulanması sonucunda perakendeci sayısının kısıtlanması, dağıtıcı ya da sağlayıcılar arasındaki işbirliği riskini artıracaktır. Son olarak, ürün dağıtıcılarının sayısının kısıtlanması, markaiçi rekabetin de kısıtlanmasına yol açacaktır<sup>176</sup>. Münhasır dağıtım alanlarının ya da müşteri tahsisinin geniş olması durumunda, markaiçi rekabet daha da fazla kısıtlanacaktır. Sınırlı dağıtım grubuna giren anlaşmaların tek marka sınırlamaları ile birlikte uygulanması durumunda; belirli bir bölgede münhasıran dağıtıcı olarak faaliyet gösteren teşebbüsün markaiçi rekabet yaratması engellendiği gibi, söz konusu dağıtıcı diğer rakip malları da dağıtamadığından, mağaza içi markalararası rekabet de ortadan kalkacaktır.

### 9.3. Yeniden Satış Fiyatı Tespiti Grubu

Yeniden satış fiyatı tespiti grubunda, ana ögesi alıcının belirli bir fiyatın altında veya üstünde yeniden satış yapamayacağı ya da belirli bir hedef fiyattan satma yükümlülüğü içeren anlaşmalar/sınırlamalar yer almaktadır<sup>177</sup>. Bu grup minimum, maksimum, sabit ve tavsiye edilen yeniden satış fiyatlarını içermektedir<sup>178</sup>. “Maksimum” ve “tavsiye edilen yeniden satış fiyatları”nın teorik olarak negatif etki doğurma ihtimali düşük olsa da tüm dağıtıcılar

<sup>174</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.109.

<sup>175</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.110.

<sup>176</sup> Bu da müşterilerin araştırma maliyetine, ikame malların varlığına, talep yapısına ve topraksal sınırlamanın düzeyine bağlı olarak fiyat ayrımcılığını kolaylaştırabilecektir. BOSCHECK, a.g.m., s.15.

<sup>177</sup> Bu yönüyle yeniden satış fiyatı tespiti grubu, dikey anlaşmaların en katı şekli kabul edilmektedir. Bkz. MARTIN, a.g.e., s.491.

<sup>178</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.111.

tarafından uygulanması durumunda, “sabit yeniden satış fiyatı” tespiti şekline dönüşmesi de mümkündür<sup>179</sup>.

Yeniden satış fiyatının tespiti grubunda yer alan dikey anlaşmaların rekabet üzerinde iki temel etkisi görülmektedir. Dağıtıcıların yeniden satış fiyatlarının, sabit veya minimum satış fiyatı yoluyla sağlayıcı tarafından tespit edilmesi, söz konusu markaiçi fiyat rekabetini ortadan kaldıran bir unsurdur. Her ne kadar teorik olarak fiyat rekabetinin ortadan kalkması, markaiçi rekabetin tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmese de, dağıtıcılar arasındaki fiyat rekabeti markaiçi rekabetin oldukça önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Markaiçi rekabet düzeyindeki azalma, marka fiyatının üzerindeki düşüş yönündeki baskıyı azaltır bu da dolaylı olarak markalararası rekabeti olumsuz etkiler. Diğer taraftan maksimum veya tavsiye fiyat neticesinde piyasa fiyatlarında artan şeffaflık, yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarlarda, sağlayıcıların birbirine yakın fiyat tespit etmelerine yardımcı olacaktır<sup>180</sup>.

#### **9.4. Pazar Belirleme Grubu**

Pazar belirleme başlığı altında, ilk bakışta çeşitli gruplara ait gibi görünen anlaşmalar yer almakta ise de bunların ortak yönleri, belli bir ürünün nereden alınacağı ya da nereye satılacağı konusunda hükümler içermeleridir. Bu grupta münhasır satın alma, bölgesel satış sınırlamaları, tüketiciye satış sınırlamaları, müşteri yeniden satış sınırlamaları yer almaktadır<sup>181</sup>.

Bu sınırlamaların birinci etkisi, markaiçi rekabet düzeyinde kendini göstermektedir. Sağlayıcının, alıcının diğer bölgelere olan satışlarını kısıtlaması ya da alıcının müşterilerine yönelik satış sınırlamaları getirmesi “satış sınırlamalarını” oluştururken, alıcının anlaşma konusu malları yalnızca sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği kaynaktan temin etme yükümlülüğü şeklindeki münhasır satın alma anlaşmaları “alım sınırlamalarına” örnektir. Hem satış sınırlamaları hem de alım sınırlamaları, sağlayıcının veya alıcıların pazarı bölmesine yardım ederken aynı zamanda markalararası rekabeti de azaltmaktadır<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> PEEPERKORN, L., Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu, Çev. Meltem Bağış, Rekabet Dergisi, Sayı 10, 2002, s.81.

<sup>180</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.112.

<sup>181</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.113.

<sup>182</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.114.

## İkinci Bölüm

### ROMA ANTLAŞMASI 81 ve 82 nci MADDE ÇERÇEVESİNDE MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR

#### I. ROMA ANTLAŞMASI 81 inci MADDE ÇERÇEVESİNDE DİKEY ANLAŞMALAR

##### 1. Genel olarak

Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'nın 2 nci ve 3 üncü maddeleri, 81 ve 82 nci maddelerdeki rekabet kurallarının yorumlanmasında yol gösterici olmuştur<sup>1</sup>. 2 nci maddede Topluluğun amaçları arasında, Topluluk genelinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli ve sürdürülebilir gelişiminin desteklenmesi ve tek pazar yaratılması sayılmıştır. Bu amaçlara ulaşılırken kullanılacak araçlardan bir tanesi de Kurucu Antlaşma'nın 3(g) maddesinde belirtilen iç pazardaki rekabetin teminine yönelik sistemin kurulmasıdır. ATAD, 2 ve 3 üncü maddelerdeki bu temel prensiplerin 81 ve 82 nci maddelerde daha somut, açık ve ayrıntılı olarak düzenlendiğini belirtmiştir<sup>2</sup>. Divan kararlarında Kurucu Antlaşma'nın 2 ve 3 üncü maddelerine, Topluluk Rekabet Hukuku'nun temel prensiplerini ortaya koyması yönüyle atıfta bulunulmuştur.<sup>3</sup>

Antlaşmanın 81 ve 82 nci maddeleri, Avrupa Topluluğu rekabet politikasının uygulamasındaki temel kuralları belirleyen maddelerdir. 81 inci madde genel olarak hukuki bağlayıcılığa sahip olan/olmayan anlaşmaları, kararları ve uyumlu eylemleri kapsam içine almaktadır. Bu kuralın temel amacı, Topluluktaki her bir teşebbüsün kendi ticari plan ve piyasa davranışını belirleme özgürlüğünü garanti altına almaktır. Bu amaçla 81 inci madde:

*“Ortak Pazar içerisindeki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili ve Üye Devletler arası ticareti etkilemesi mümkün olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler ve özellikle .....Ortak Pazar'la bağdaşmaz kabul edilir ve bundan böyle yasaklanmıştır.”* ifadesi ile bağımsız teşebbüsler arasındaki rekabet üzerinde olumsuz etki yaratan anlaşmaları yasaklamıştır.

---

<sup>1</sup> MENDELSON, M., ROSE, S., Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements, Netherlands, Kluwer Law International, s.3.

<sup>2</sup> DRAHOS, M., Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community, Netherlands, Kluwer Law International, 2001, s.51.

<sup>3</sup> Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.125.

Bu bölümde 81 inci maddenin kapsam ve uygulama şartları, dikey anlaşmalar açısından ele alınarak incelenecektir. Yatay anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları bu tezin kapsamının dışında tutulmuştur.

## 2. 81 inci Madde'nin Kapsamı

81 inci madde oldukça genel bir sınırlama olup, maddenin kapsamına giren anlaşma türlerine ilişkin bir ayrıma yer vermemektedir. Bu sebeple 81 inci madde, yatay ve dikey anlaşma türlerinin her ikisine birden uygulanabilirliğe sahip bir nitelik taşımaktadır. Dikey anlaşmaların 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilemeyeceği iddiası ilk kez *Consent and Grundig* davasında dile getirilmiş, fakat ATAD bu iddianın kabul edilemez olduğu yönünde karar vermiştir. Kararda “...81 inci madde genel bir ifade ile Ortak Pazar'da rekabete zarar veren tüm anlaşmalara değinmiş ve ekonomik sürecin aynı düzeyinde faaliyet gösteren rakipler arasında yapılan anlaşmalar ya da farklı düzeylerde faaliyet gösteren rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar şeklinde bir ayırım yapmamıştır. Prensip olarak Kurucu Antlaşma'nın ayrıma gitmediği bir hususta farklı uygulama yapılamaz.”<sup>4</sup> ifadesine yer verilmiştir.

81(1) inci maddenin dikey anlaşmalara da uygulanacağı yönündeki bu kararda dikkati çeken bir diğer önemli nokta da, Divan'ın markaiçi ya da markalararası rekabete etki eden dikey anlaşmalar yönünden farklı bir uygulama benimsememiş olmasıdır. Komisyon'un münhasır dağıtım anlaşması ve rekabet etmeme yükümlülüğünün markaiçi rekabeti kısıtladığı yönündeki tespiti karşısından Alman Hükümeti ve Grundig ve Consten teşebbüsleri, yalnızca markalararası rekabete olumsuz etki eden dikey anlaşmaların 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilebileceğini, ilgili münhasır dağıtım anlaşmasının markalararası rekabeti artırıcı unsurları içerdiğini savunmuşlardır. Divan, markalararası rekabete etki eden dikey anlaşmaların madde kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki görüşü reddetmiştir:

*“Her ne kadar üreticiler arasındaki rekabet, aynı ürünün dağıtıcıları arasındakiine kıyasla çok daha fark edilir ise de bu durum, markaiçi rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın sırf markalararası rekabeti artırıyor olması sebebi ile 81(1) inci maddenin kapsamı dışında tutulmasını gerektirmez.”*<sup>5</sup>

81(1) inci madde, rekabeti kısıtlayan ve ortak pazarın bütünlüğünü tehdit eden anlaşmaları yasaklamaktadır.<sup>6</sup> Yalnızca piyasalarda rekabetin tesis edilmesi değil aynı zamanda **piyasaların entegrasyonu** da Topluluk rekabet

<sup>4</sup> Case 56-58/64 Consten and Grundig v. Commission (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, s.339.

<sup>5</sup> Case 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, s.342.

<sup>6</sup> KORAH, V., An Introductory Guide To Competition Law and Practice, 6. Edition, Oxford, Hart Publishing, 1997, s.41.

politikasının amaçları arasındadır<sup>7</sup>. Bu amaç, hem 81(1) inci maddenin hem de özellikle dikey sınırlamalara yönelik rekabet politikasının sınırlarını çizmektedir<sup>8</sup>. Örneğin topraksal sınırlama, sağlayıcı ve dağıtıcı açısından ortak pazarın olumlu sonuçlarından faydalanmak adına gerekli olmakla birlikte -yeni bir piyasaya girmenin gerektirdiği zaman maliyeti ve yatırım riskini azaltmak için-, aynı zamanda tek pazar yaratılması amacının önünde bir engel de oluşturmaktadır. Bu durum 1971 tarihli Birinci Rekabet Politikası Raporu'nda şu şekilde özetlenmektedir:

*“Roma Antlaşması'nda belirlenen rekabet kurallarının uygulanmasındaki ilk dönem boyunca münhasır dağıtım problemi, Komisyon'un politikasının önceliğini oluşturmuştur. Münhasır dağıtım anlaşmasına yönelik ilgi temel olarak.....bu anlaşmaların ulusal piyasaların entegrasyonu yolunda engel yaratmasından kaynaklanmaktadır”<sup>9</sup>*

Topluluk Rekabet Otoriteleri'nin, ulusal piyasaların entegrasyonunun 81(1) inci maddenin amaçlarından biri olarak kabul ettiğinin bir diğer göstergesi pasif satış konusudur. Dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcı ya da sağlayıcının diğer münhasır bölgelere yapacakları aktif satışlarının engellenmesi izin verilen bir sınırlama olmasına karşın, bu bölgelerdeki müşterilerden gelecek taleplerin karşılanmasının engellenmesi 81(1) inci madde bağlamında bir ihlal olarak değerlendirilmektedir. Pasif satışların serbest olmasındaki amaç, üye ülkeler arası fiyat farklarının artmasının engellenmesidir. İç piyasa yaklaşımının sembolü niteliğindeki bu uygulama emniyet sübabı vazifesi görmektedir<sup>10</sup>.

81 inci madde, iki yapıyı bir sistem üzerine kurulmuştur. Bu yapılardan birinci kısım genel hükümleri içerirken, ikinci kısım muafiyet sistemini düzenlemektedir.<sup>11</sup> 81(1) inci maddenin metninden açık bir şekilde anlaşılmaktadır ki; bu madde üye devletler arası ticarete etki eden ve amacı veya etkisi rekabeti engellemek, kısıtlamak ya da bozmak olan teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklamaktadır. Bu yasaklamanın sınırlarını çizen iki temel nokta;

<sup>7</sup> Komisyon uygulamalarında tek pazar hedefine aykırı uygulamaların rekabeti kısıtladığının kabul edilmesi, kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. JONES, A., SUFRIN, B, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, United States, Oxford Press, 2001, s.138.

<sup>8</sup> Diğer ülke uygulamalarına kıyasla Topluluk rekabet politikasında dikey anlaşmalara daha sıkı yaklaşılmasının nedeni, tek pazar amacıdır. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.155.

<sup>9</sup> European Commission, First Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1971, p.45.

<sup>10</sup> FAULL, J., NIKPAY, A., The EC Law of Competition, New York, Oxford University Press, 1999, s.435.

<sup>11</sup> Bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.433.

- üye devletler arası ticarete etki etmesi,
- anlaşmanın amaç veya etki yönüyle rekabeti engellemesi, sınırlaması ya da bozmasıdır<sup>12</sup>.

Bir anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamına girmesi için bu iki kriteri birden sağlaması gerekmektedir. Madde metninde “üye devletler arası ticaretin etkilenmesi” şartı, “rekabetin kısıtlanması” ibaresinden önce gelmesine rağmen hem Komisyon hem de ATAD ilk olarak rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakmaktadır.<sup>13</sup>

81(1) inci maddenin kapsamının oldukça geniş olması, uygulamada pek çok anlaşmanın bu madde bağlamında rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi sorununu gündeme getirmiştir<sup>14</sup>. Özellikle dikey anlaşmalarda ilk bakışta rekabet ihlali olarak değerlendirilebilecek pek çok hükümde bu sorun söz konusudur. Bu durum, aslında rekabeti engellemeyen anlaşmaların kendi içinde ayırımına yönelik olarak yukarıda bahsedilen iki temel koşulun kapsamının çizilmesini ve bu amaç doğrultusunda bir takım enstrümanların sisteme adapte edilmesini zorunlu kılmıştır.

### **3. 81(1) inci Madde'nin Unsurları**

#### **3.1. Üye Devletler Arası Ticaretin Etkilenmesi**

81(1) inci maddenin uygulama alanı, üye devletler arasındaki ticareti etkileyen anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile sınırlandırılmıştır. “Üye devletler arası” ibaresi Topluluk Hukuku ile Üye Devletler Hukuku'nun yetki alanlarını çizmesi açısından önem taşımaktadır<sup>15</sup>.

Pek çok davada teşebbüsler, anlaşmalarının üye ülkeler arası ticarete etki etmediği yönünde savunma yapmışlardır. Madde metninden, anlaşmanın üye ülkeler arasındaki ticarete ne yönde etki edeceği, bu etkinin boyutu konularında açık hükümler bulunmaması tartışmalara zemin hazırlamıştır. ATAD'ın *Société Technique Minière* kararında vardığı hüküm, konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktadır:

<sup>12</sup> KERSE, C.S., E.C. Antitrust Procedure, Fourth Edition, London, Sweet&Maxwell, 1998, s.4.

<sup>13</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.438.

<sup>14</sup> Bkz. GREAVES, R., EC Block Exemption Regulations, U.K., Chancery Law Publishing, 1994, s.47.

<sup>15</sup> KERSE, a.g.e., s.14.

“ Hukuğun objektif unsurları ve mevcut durum ışığında; anlaşmanın üye ülkeler arası ticaret yapısına doğrudan ya da dolaylı, mevcut veya potansiyel etkilerini büyük bir olasılıkla öngörmek mümkündür.”<sup>16</sup>

*Windsurfing International*<sup>17</sup> davasında; üye ülkeler arası ticarete etki eden anlaşmanın rekabeti kısıtlaması, 81(1) inci maddenin ihlali için yeterli bulunmuş, ilgili hüküm yoluyla üye ülkeler arası rekabetin kısıtlanması şartı aranmamıştır<sup>18</sup>.

*Re Vacuum Interrupters Ltd.* kararında<sup>19</sup> Komisyon, ortak girişim şirketinin kurulmasına yönelik anlaşma yapılmamış olsaydı, anlaşmanın taraflarının ilgili piyasada rekabet halinde olacakları tespitinde bulunmuştur. Bu sebeple, anlaşmanın potansiyel rekabete etkileri yönüyle değerlendirildiğinde, üye ülkeler arası ticarete etki etme şansının olduğu kabul edilmiştir<sup>20</sup>. Komisyon tarafından kimi davalarda uygulanan bu yaklaşım, anlaşmanın potansiyel etkilerinin de göz önünde bulundurulması esasına dayanmaktadır.<sup>21</sup>

Komisyon, anlaşmanın bir üye ülkenin tamamında uygulanıyor olmasını, ilgili anlaşmanın üye ülkeler arası ticareti etkilediği yönünde kuvvetli bir gösterge olarak değerlendirmektedir<sup>22</sup>. Komisyon’un, Alman çimento pazarında yerli üreticilerin kendi aralarında çimento fiyatını tespit ettikleri fiyat tespiti anlaşmasının, ithalat fiyatlarına etki etmemesine rağmen üye devletler arası ticareti etkilediği sonucuna ulaştığı *Vereeniging van Cementhandelaren* kararında ATAD, Komisyon’un bu yaklaşımını onaylamıştır:

“Üye ülkelerden birinin topraklarının tamamında uygulanan anlaşma doğası gereği, ulusal bazda piyasaların ayrışması yönünde artırıcı etki

<sup>16</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235, (1966) CMLR 357, s.249.

<sup>17</sup> Case 193/83 Windsurfing International Inc v. Commission (1986) ECR 611, (1986) 3 CMLR 489, p.95.

<sup>18</sup> Benzer şekilde *Welded Steel Mesh* kararında da Komisyon, ilgili anlaşmanın üye ülkeler arası ticarete etki etmesini yeterli bulmuştur. Bkz. *Welded Steel Mesh*, OJ (1989) L 260/1, (1991) 4 CMLR 13, p.162.

<sup>19</sup> *Re Vacuum Interrupters Ltd*, OJ (1997) L 48/32, (1977) 1 CMLR D67, p.17.

<sup>20</sup> KERSE, a.g.e., s.15.

<sup>21</sup> ATAD benzer bir yaklaşımı *AEG-Telefunken v. Commission* davasında benimsemiştir. Davaya yönelik olarak verdiği kararda; ilgili ürün pazarında, üye ülkeler arası ticaretin halihazırda olmaması ya da düşük hacimde olması, gelecekte ticaret hacminin artmayacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Case 107/82 AEG-Telefunken v. Commission (1983) ECR 3151, (1984) 3 CMLR 325, p.60.

<sup>22</sup> Bkz. Case T-66/89 Publishers Association v. Commission (1992) II ECR 1995, (1992) 5 CMLR 120, p.55.



*doğurmakta, Kurucu Antlaşma'nın gerçekleştirmeye çalıştığı ekonomik entegrasyonu engellemekte ve iç üretimi korumaktadır.”<sup>23</sup>*

*Pronuptia* kararında<sup>24</sup> ATAD; piyasanın franchise alanlar arasında ya da franchise alan ile veren arasında bölünmesine yol açan franchise anlaşmalarının, ilgili teşebbüsler aynı üye devlette faaliyet gösterebilir dahi, üye devletler arası ticareti etkilediğini varsayımsal olarak kabul etmiştir.

*Delimitis* kararında Alman bira üreticisi ile Frankfurt'daki bir cafe arasındaki münhasır satın alma anlaşması, Alman piyahasının paylaşılması ve piyasaya erişimin zorlaşması açılarından 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilmiştir. ATAD üye ülkeler arası ticareti etkileyen unsur olarak, yeniden dağıtıcının diğer Üye Ülkelerden bira tedarik etmesini engelleyen münhasır bira satın alma anlaşmalarını göstermiştir<sup>25</sup>.

İlgili piyasada benzer türden dikey anlaşmalar ağının varlığı da üye ülkeler arası ticaretin etkilenip etkilenmediğinin tespitinde önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Belçikalı bira üreticisi ile bira satış noktaları arasındaki tedarik anlaşmalarının, bira piyasasındaki benzer türden anlaşmaların oluşturduğu ağın bir parçası olduğundan, üye ülkeler arası ticarete etki ettiği kabul edilmiştir<sup>26</sup>. Ancak, bu anlaşmaların 81(1) inci madde bağlamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi, benzer türden anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların üye ülkeler arası ticaret üzerinde yarattığı etkiye esaslı katkıda bulunması gerekmektedir<sup>27</sup>.

### **3.2. Anlaşmanın Amaç veya Etki Yönüyle Rekabeti Engellemesi, Sınırlaması ya da Bozması**

Bir anlaşmanın 81(1) inci madde bağlamında rekabet ihlali oluşturabilmesinin ilk şartı anlaşmanın *Ortak Pazar içerisindeki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amacına veya etkisine* sahip olmasıdır. Bu noktada ilk olarak anlaşma kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Kimi yazarlar 81 inci maddenin ihlalinin işbirliğine yönelik bir araç ya da mekanizmanın varlığına bağlı olmadığını, basit bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama sonucu için yeterli olabileceğini savunmaktadır<sup>28</sup>. Bir anlaşmanın varlığı için,

<sup>23</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission (1972) ECR 977, (1973) CMLR 7, p.29.

<sup>24</sup> Case 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986) ECR 353, (1986) 1 CMLR 414, p.26.

<sup>25</sup> Case C-234/89 Delimitis v. Henninger Brau AG (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.33.

<sup>26</sup> Bkz. Case 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin No 1 (1967) ECR 407, (1968) CMLR 26.

<sup>27</sup> Bkz. Case C-234 /89 Delimitis v. Henninger Brau AG (1991) ECR 1935, (1992) 5 CMLR 210, p.24.

<sup>28</sup> WHISH, R., Competition Law, Fourth Edition, United Kingdom, Butterworths, 2001, s.76-77. Kesinliğe haiz olmayan, hukuken bir bağlayıcılığı bulunmayan ortak irade beyanları da anlaşma

teşebbüslerin piyasadaki davranışlarına yönelik ortak niyetlerini belirli bir şekilde ortaya koymaları yeterlidir<sup>29</sup>. “Ortak niyetin ifadesi” hukuken bağlayıcı bir şekilde olmak zorunda değildir<sup>30</sup>. Bu ifade biçimi sözlü olabileceği gibi, imzalanmış ya da imzalanmamış olabilir<sup>31</sup>.

*National Panasonic*<sup>32</sup> kararında, genel olarak dağıtım anlaşmalarının hukuken bağlayıcı nitelikte oldukları belirtildikten sonra, bu durumun yazılı olmayan dikey anlaşmalara ya da centilmenlik anlaşmalarına rekabet kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. *Sandoz v. Commission*<sup>33</sup> davasında, fatura işleminin arkasındaki standart koşullar ulusal hukuk tarafından anlaşma hükmü kabul edilmese dahi 81(1) inci madde bağlamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

*Adalat*<sup>34</sup> kararında Komisyon, anlaşma kavramını daha önceki uygulamalarına göre daha geniş yorumlamıştır<sup>35</sup>. Davada kalp hapını üreten Bayer, kurduğu bir sistemle, paralel ticaret kanalıyla yüksek fiyatlı ülkeye kalp hapi gönderen düşük fiyatlı ülkedeki toptancıları tespit etmekte ve bu toptancılara arzı kısıtlamaktadır. Böyle bir uygulamaya maruz kalan toptancılar ise Bayer tarafından kontrol edilmeyen küçük toptancılar kanalı ile ilave arz elde etmeye çalışmışlardır. Yapılan değerlendirmede, her ne kadar toptancılar anlaşmada yer alan paralel ihracat yasaklamasına uymamışlarsa da bu

---

olarak kabul edilmektedir. Belirli bir yönde davranmaya yönelik ortak niyetin ifadesi, kavramın sınırlarını çizen noktadır. KERSE, a.g.e., s.6.

<sup>29</sup> Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v. Commission (1991) ECR II-1711, (1992) 4 CMLR 84, p.2.

<sup>30</sup> Bkz. Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v. Commission (1970) ECR 661, p.106-114. Topluluk rekabet uygulamalarında “anlaşma” kavramı oldukça geniş ele alınmıştır. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.109.

<sup>31</sup> Bkz. National Panasonic, OJ (1982) L 354/28, s.32, (1983) 1 CMLR 497, s.504-505. Hukuken uygulanmayan ancak etkileri devam eden anlaşmalar da 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. Case 234/83 SA Binon-Cie v. SA Agence et messageries de la presse (1985) ECR 2015, (1985) 3 CMLR 800, p.17.

<sup>32</sup> National Panasonic, OJ (1982) L 354/28, p.43.

<sup>33</sup> Case C-277/87 Sandoz v. Commission (1990) I ECR 45, 4 CMLR 242.

<sup>34</sup> Adalat, OJ 1996 L 201/1, (1996) 5 CMLR 416, p.155-170.

<sup>35</sup> Söz konusu geniş yorumlamaya bağlı olarak, bütünü ile tek taraflı bir davranış niteliği sergileyen kimi durumların Komisyon tarafından teşebbüsler arası anlaşma ilişkisinin bir parçası olarak değerlendirilmesi kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bkz. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.114. Örneğin *AEG/Telefunken* kararında, AEG'nin objektif olarak uygun nitelikleri taşımasına rağmen belirli dağıtıcıları seçici dağıtım sistemine almaması, Komisyon tarafından tek taraflı bir davranış olarak değil söz konusu seçici dağıtım sistemine ilişkin anlaşma yapısının bir devamı olarak ele alınmıştır. Case 107/82 AEG/Telefunken v. Commission (1983) ECR 3151, (1984) 3 CMLR 325, p.56-59. Bu kararda Komisyon, görünüşte tek taraflı dışlayıcı eylem niteliği sergileyen bir davranışın sağlayıcı ile diğer dağıtıcılar arasındaki gizli ya da açık bir anlaşmanın ürünü olduğu noktasından hareket etmiştir. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.53.

yasaklamanın anlaşmanın bir parçasını oluşturduğu ve bu sebeple eylemin 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.<sup>36</sup>

### 3.2.1. Amaç ya da Etki Yönüyle Rekabetin Sınırlandırılması

81(1) inci madde, Ortak Pazar içerisindeki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını Ortak Pazar ile bağdaşmaz kabul etmiştir. Bir dikey sınırlamanın 81(1) inci madde bağlamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli ilk şart, rekabeti sınırlama amaç ya da etkisine sahip olmasıdır. Herhangi bir dikey anlaşmanın 81 inci maddeyi ihlal edip etmediği incelenirken ilk olarak rekabeti kısıtlama amacı olup olmadığına bakılmaktadır. Detaylı bir analiz gerektirmeyen bu süreçte, şayet dikey kısıtlamanın amacı rekabeti kısıtlamak olduğu kabul edilirse ihlal için yeterli görülmektedir<sup>37</sup>. Amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmaların ikinci aşamada etki yönüyle rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığına bakılmaktadır<sup>38</sup>.

Bu noktada ortaya çıkan ilk sorun, amacı rekabeti sınırlamak olan bir anlaşma ile etkisi yönüyle rekabeti sınırlayan bir anlaşmanın arasında analitik olarak bir fark bulunup bulunmadığıdır. *Société Technique Minière*<sup>39</sup> kararında ATAD, amaç ve etki kelimelerinin alternatif iki unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu sebeple ilk olarak anlaşmanın amacının tespit edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Ancak anlaşmanın rekabeti kısıtlamak amacıyla yapıldığı açık değilse, bu durumda etki yönünün incelenmesinin gerekli olduğu vurgulanmıştır. Benzer türden bir değerlendirmeler *VdS* ve *French-West African Shipowners' Committees* kararlarında da göze çarpmaktadır. Söz konusu kararında<sup>40</sup> Komisyon, anlaşmaların amacının açık bir şekilde rekabeti engellemek olduğunu, bu nedenle rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirmenin gereksiz olduğunu belirtmiştir. ATAD ise kararında<sup>41</sup>, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğu durumda Komisyon'un ayrıca rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini göstermesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

<sup>36</sup> İlk Derece Mahkemesi, Komisyon'un bu tespitlerini reddettiği kararında, toptancıların çeşitli yollardan ilave arz bulmaya çalışmalarını ve bu toptancıların Bayer'den ürünlerini yalnızca belirli bölgelere satma şartına bağlı olarak almamalarını esas almıştır. Case T-41/96 Bayer v. Commission (2001) 4 CMLR 126, p.173.

<sup>37</sup> Anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacının olup olmadığının değerlendirilmesinde, ihlali oluşturan hüküm taraflardan hangisinin anlaşmaya koyduğu ya da ihlale konu anlaşmanın uygulanmasından her iki tarafın ortak menfaatinin olup olmadığının tespiti gerekli değildir. Bkz. KERSE, a.g.e., s.11.

<sup>38</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.120. Ancak kimi kararlarda "amaç" ve "etki" açısından kesin bir ayrım yer verilmemiştir. Bkz. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.102.

<sup>39</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235, s.249, (1966) CMLR 357, s.375.

<sup>40</sup> French-West African Shipowners' Committees, OJ (1992) L 134/1, 5 CMLR 446, p.42.

<sup>41</sup> Case 45/85 VdS v. Commission (1987) ECR 405, (1988) 4 CMLR 264, p.39.

Yukarıda ifade edildiği üzere, her ne kadar ATAD ve Komisyon anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı ile yapılmasını yeterli görmekteyse de, anlaşmanın etkilerinin ekonomik analiz çerçevesinde ortaya konulması üç yönden önem taşımaktadır. İlk olarak anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacına sahip olması tek başına 81(1) inci maddenin ihlali için yeterli değildir. Bunun için anlaşmanın *de minimis* analizine tabi tutulması ve aynı zamanda üye ülkeler arasındaki ticaret etki edip etmediğini incelenmesi gerekmektedir. Bu iki aşama için anlaşmanın etkilerinin incelenmesi kaçınılmazdır. Söz konusu iki aşama sonunda anlaşmanın 81(1) inci madde bağlamında ihlal olduğu sonucuna ulaşırsa, ihlalin ağırlığının tespiti için yine anlaşmanın etkileri incelenecektir.<sup>42</sup>

Uygulamada yeniden satış fiyatının tespiti ve mutlak topraksal koruma amaçlı dikey kısıtlamalar “doğası gereği” rekabeti kısıtlayan hükümler olarak değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. “Rekabeti kısıtlama amacı” ve “doğası gereği rekabeti kısıtlama” benzer türden kavramlardır<sup>44</sup>. ATAD *Miller* kararında “doğası gereği ihracatı engelleyen hükümler rekabeti kısıtlar” yorumunu yapmıştır<sup>45</sup>. Gazete piyasasına ilişkin seçici dağıtıcılık sisteminin konu olduğu *Binon*<sup>46</sup> kararında ise ATAD “anlaşmada yer alan fiyat tespitine yönelik hükümler **kendiliğinden** 81(1) inci madde bağlamında rekabeti kısıtlanmasına yol açar.” sonucuna ulaşmıştır.

Dikey anlaşmalar için rekabeti kısıtlama **amacı** olan sınırlamalara yönelik kesin bir liste oluşturulamamaktadır. Ancak münhasır dağıtım, münhasır satın alma, seçici dağıtım anlaşmaları; mutlak topraksal koruma ve yeniden satış fiyatının tespiti dışındaki kısıtlamalar nedeniyle “rekabeti kısıtlama amacı” ileri sürülerek ihlal olarak değerlendirilmemiştir<sup>47</sup>.

Dikey sınırlamalar bu yönüyle yatay sınırlamalara göre farklılık göstermektedir. Dikey anlaşmaların amacının rekabeti sınırlamak olduğu kolaylıkla söylenememektedir. Bu sebeple dikey anlaşmalar, etkileri itibarı ile daha derinlemesine incelenmesi gereken anlaşmalardır<sup>48</sup>. *Javico*<sup>49</sup> kararında

<sup>42</sup> WHISH, a.g.e., s.93-94; JOELSON, a.g.e., s.210.

<sup>43</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.120; WHISH, a.g.e., s.97; BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.77.

<sup>44</sup> Bkz. Case C-306/96 *Javico International and Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA* (1998) ECR I-1983, (1998) 5 CMLR 172, p.14.

<sup>45</sup> Case 19/77 *Miller International Schallplatten v. Commission* (1978) ECR 131, p.7.

<sup>46</sup> Case 234/83 *SA Binon-Cie v. SA Agence et messageries de la presse* (1985) ECR 2015, (1985) 3 CMLR 800, p.44.

<sup>47</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.440.

<sup>48</sup> WHISH, a.g.e., s.99, s.547. *Lancome* kararında, söz konusu dikey anlaşma yapılmamış olsaydı ortaya çıkacak rekabet yapısı, ürünün niteliği, dikey kısıtlamanın türü ve tarafların konumu değerlendirmede göz önünde bulundurulacak unsurlardır. Bkz. Case 99/97 *Lancome v. Etos and Heijn Supermart* (1980) ECR 2511, (1981) 2 CMLR 164, p.24.

<sup>49</sup> Case C-306/96 *Javico International and Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA* (1998) ECR I-1983, (1998) 5 CMLR 172, p.21.

Divan; yeniden satıcının sağlayıcıya, anlaşma konusu malları Topluluk dışındaki piyasaya satacağını taahhüt etmesini rekabeti kısıtlama amacı için yeterli bulmamıştır. Benzer şekilde *Delimitis v. Henninger Brau AG* kararında ATAD, bira tedarik anlaşmalarına ilişkin şu hükme varmıştır:

*“Bu anlaşmalar 81(1) inci madde bağlamında rekabeti kısıtlama amacına sahip olmamalarına rağmen rekabeti engelleme, sınırlama ve bozma yönünde etki doğurup doğurmadıkları incelenmelidir.”*<sup>50</sup>

ATAD bu davada, dikey anlaşmaların rekabeti bozucu etkilerinin yanı sıra rekabeti artırıcı unsurlarını da inceleyerek, dikey anlaşmaların tüm etkilerinin bir arada değerlendirilmesi şeklinde bir yol izlemiştir.

*Technique Miniere* kararındaki “anlaşmanın sonuçlarının değerlendirilmesi ve ihlal kapsamına sokulması için rekabetin önemli derecede engellendiği, kısıtlandığı ya da bozulduğunu gösteren mevcut faktörlerin tespit edilmesi gereklidir. Yukarıda değinilen rekabet kavramı, söz konusu anlaşmanın olmaması durumunda piyasada nasıl bir rekabet ortamı oluşacaksa o hali ile ele alınmalıdır.”<sup>51</sup> şeklindeki hükümde; anlaşmanın sonuçlarının değerlendirilmesinde, anlaşma olmamış olsaydı piyasada oluşacak rekabet ile anlaşmanın varlığı durumunda ortaya çıkan rekabet ortamlarının karşılaştırılması neticesinde elde edilecek bulguların yön gösterici olacağı vurgulanmıştır<sup>52</sup>.

Münhasır dağıtım anlaşmalarının hukukiliğinin sorgulandığı 1971 tarihli *Beguelin*<sup>53</sup> davasında Mahkeme; tek bir anlaşma mı yoksa anlaşmalar zincirinin mi söz konusu olduğunun; ürünün yapısı ve sağlayıcının pazar payının, sağlayıcı ve dağıtıcının konumlarının, münhasırlığı sağlayan hükümlerin sıklığının, yeniden ihracat ve paralel ithalat durumlarının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>54</sup>.

ATAD dikey sınırlamalar konusunda bir adım daha ileri giderek, amaç yönünden rekabeti kısıtlamayan anlaşmalara “yan sınırlamalar doktrini”ni uygulamış ve bu suretle 81(1) inci maddenin uygulama alanını daha da daraltmıştır<sup>55</sup>. *Pronuptia*<sup>56</sup> kararında açıkça görünen bu yaklaşımda ATAD,

<sup>50</sup> Case C-234/89 *Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.13.

<sup>51</sup> Case 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* (1966) ECR 235, (1966) CMLR 357, s.250.

<sup>52</sup> GREEN, N., ROBERTSON, A., *Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in U.K. and E.C.*, 2 nd Edition, London, Kluwer Law International, 1997, s.314.

<sup>53</sup> Case 22/71 *Beguelin* (1971) ECR 960, p.17-18.

<sup>54</sup> Münhasır dağıtım anlaşması, Komisyon’un muafiyet incelenmesine tabi tuttuğu ilk dikey anlaşma türüdür. GREAVES, R., a.g.e., s.44.

<sup>55</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.444. “Yan sınırlamalar doktrini”nin kabul edilmesi aynı zamanda, 81(1) inci maddenin şekli yapıya bağlı kalmaksızın uygulanmaya başlandığının önemli bir göstergesidir. KERSE, a.g.e., s.13.

franchise veren tarafından alana sağlanan know-how'ın rakip teşebbüsler tarafından kullanılmasının engellenmesi için gerekli sınırlamaların 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin hükmü ile, anlaşmanın geçerli olduğu dönem ve anlaşmanın son bulmasından itibaren makul bir süre ile franchise alanın doğrudan ya da dolaylı olarak franchise verene rakip olacak şekilde benzer işler ile uğraşmasının engellenmesine cevaz vermiştir.

ATAD prensip olarak, franchise anlaşmalarının geçerliliğinin her bir anlaşmanın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>57</sup>. Pek çok durumunda Komisyon ve ATAD, diğer anlaşma türlerine kıyasla franchise anlaşmalarına daha olumlu yaklaşmışlardır. Bu olumlu tablonun nedeni, franchise anlaşmalarının küçük ve orta ölçekli teşebbüslere avantaj sağlamasıdır. Franchise verenin sahip olduğu tecrübe, ünvan, know-how, teknik bilgi gibi pek çok unsur, küçük teşebbüsün rekabet ortamında ayakta kalmasını sağlamaktadır. Bu sebeple franchise verenin franchise alana sağladığı know-how, franchise anlaşma türünün en önemli unsuru konumundadır. Know-how'ın korunmasına yönelik getirilen dikey kısıtlamalar, yan sınırlama doktrini kapsamında değerlendirilmektedir. Franchise anlaşmalarına yönelik bu tutum Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi'nde şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Fikri mülkiyet haklarının lisansının yanında, franchise veren genellikle anlaşma süresince, franchise alana; tedarik hizmetleri, eğitim, gayri menkul konusunda danışma, mali planlama gibi konularda ticari ve teknik yardımda bulunur. Lisans ve yardım, franchise konusu olan ticari metodun bütünüleyici parçalarıdır<sup>58</sup>. Ayrıca dikey sınırlama know-how devrine bağlıysa, etkinlik ortaya çıkmasını ummak için daha fazla sebep vardır ve dahası bir dikey sınırlama devredilen know-how'ın veya maliyetlerine katlanılmış yatırımların korunması için zorunlu olabilir<sup>59</sup>.”*

*European Night Services* kararında Avrupa İlk Derece Mahkemesi (İlk Derece Mahkemesi); anlaşmanın rekabeti sınırlama amacına sahip olması durumunda, anlaşmanın rekabeti artırıcı ve rekabeti kısıtlayıcı yönlerinin birlikte değerlendirilmesine gerek olmadığına değinmiştir. Oldukça önemli ifadelerin yer aldığı paragraf şu şekildedir:

*“Komisyon'un analizinin doğru olup olmadığı konusunda tarafların argümanlarını incelemeden önce unutulmaması gereken önemli bir husus;*

<sup>56</sup> Case 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986) ECR 353, (1986) 1 CMLR 414, p.16.

<sup>57</sup> Bkz. Case 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986) ECR 353, (1986) 1 CMLR 414, p.27.

<sup>58</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.42.

<sup>59</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119.

*anlaşma rekabeti açıkça sınırlamadığı müddetçe -fiyat belirleme, piyasa paylaşımı gibi- anlaşmanın etki ettiği mevcut durum, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasalar, anlaşmanın kapsadığı mallar ve piyasa yapısı 81(1) inci madde kapsamında değerlendirme yaparken göz önünde bulundurulması gereken noktalar. Anlaşma rekabeti açıkça sınırlıyorsa, anlaşmanın rekabeti artırıcı yönleri yalnızca 81(3) üncü madde kapsamında muafiyet verirken değerlendirilmelidir.”<sup>60</sup>*

### **3.2.2. Fiili veya Potansiyel Etki**

Hem Komisyon hem de ATAD 81 inci maddeye yönelik ilk uygulamalarında anlaşmanın mevcut etkilerinin incelenmesi ile yetinmemiş, aynı zamanda söz konusu anlaşma hükümlerinin gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel etkilerini de göz önünde bulundurmuştur. Yatay anlaşmalar yönünden anlaşmanın gelecekteki etkilerinin tespitinin oldukça subjektif ve tahmininin güç olması, anlaşmaların potansiyel etkilerinin arka plana itilmesine yol açmıştır. Ancak dikey anlaşmalar yönünden durum farklılık arz etmektedir. Özellikle münhasır satın alma ve münhasır satış anlaşmalarının piyasaya sonradan girmek isteyen potansiyel rakipler yönünden piyasayı rekabete kapatması, dikey sınırlamalarda anlaşmanın potansiyel etkilerinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda, dikey sınırlamaların geneli için kabul edilen “işbirliği riski”nin anlaşmanın potansiyel etkisi olması da bu değerlendirmeyi zorunlu kılan bir diğer unsurdur<sup>61</sup>.

### **3.3. Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması**

R.A.’nın 81(1) inci maddesine göre: “*Amacı veya etkisi Ortak Pazar’da rekabetin bozulması, sınırlaması veya kısıtlanması olan ve üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek teşebbüsler arasındaki her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları Ortak Pazar ile bağdaşamaz ve yasaktır.*”

Madde lafız olarak, anlaşmaların rekabeti sınırlama derecelerine göre bir ayırım yapmamış, genel bir ölçüt olarak ortaya koyduğu “amaç veya etki yönüyle rekabeti bozan, sınırlayan veya kısıtlayan” anlaşmaların 81 inci maddeyi ihlal ettiğini ifade etmiştir. Ancak ATAD’ın *Völk*<sup>62</sup> kararında vurguladığı “hissedilir etki” doktrini (de minimis), 81(1) inci maddenin kapsamının, maddenin lafzından anlaşıldığından farklı bir biçimde belirlendiğini göstermektedir. ATAD bu davada, de minimis kuralının geçerli olduğuna, R.A.’nın 81(1) inci

<sup>60</sup> Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 European Night Services [ENS] & Others v. Commission (1998) ECR II-3141, p.136.

<sup>61</sup> Dikey anlaşma kategorilerinin potansiyel rekabete etkileri için bkz. s.47.

<sup>62</sup> Case 5/69 Franz Völk v. Vervaecke (1969) ECR 295, (1969) CMLR 273, p.2-72.

maddesinin şartlarını sağlayan her anlaşmanın genel yasaklama kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir<sup>63</sup>.

Konuya ilişkin olarak ATAD *Technique Miniere* davasında; Maschinenbau'nun, ürünlerinin Fransa'da dağıtımı için Technique Miniere ile paralel ticareti engeller nitelikte yaptığı münhasır dağıtım anlaşmasının 81(1) inci maddeyi ihlal ettiği yönündeki iddiayı incelemiş, sonuçta anlaşmanın etkisine bakılmaksızın sadece "rekabeti sınırlama amacının" olmasının, 81(1) inci maddenin ihlali için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. ATAD bu görüşü ile, anlaşma ile birlikte rekabetin hissedilir ölçüde sınırlanıp sınırlanmadığının ortaya konulmasının gerekliliğini ifade etmiştir<sup>64</sup>.

*Völk* davası, ATAD'ın hissedilir etki ya da "de minimis" kuralını hayata geçirdiği ilk karardır<sup>65</sup>. Davada; Alman çamaşır makineleri üreticisi olan Völk, ürünlerin münhasır dağıtımı konusunda Belçikalı Vervaecke ile anlaşma yapmıştır. Vervaecke ve Völk arasındaki anlaşmanın mutlak bölgesel koruma sağlaması sebebiyle 81(1) inci maddeye aykırı olduğu yönündeki iddiaya ilişkin yorumunda ATAD, bir anlaşmanın rekabeti sınırlama amacına veya etkisine bakılırken, hissedilir etki kriterinin göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmiştir. Kararda ATAD, rekabeti hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmaları tespit ederken ölçüt olarak tarafların ilgili pazarda sahip oldukları zayıf konumlarını göz önünde bulundurmıştır<sup>66</sup>.

ATAD hissedilir etki doktrinini uygularken göz önünde bulundurduğu temel unsur, tarafların pazar gücüdür. *Miller* davasında ATAD; bir anlaşmanın rekabet üzerinde hissedilir ölçüde etkili olmasında, taraf teşebbüslerin büyüklüğünün, ilgili pazardaki pay ve cirolarının önemli bir gösterge olduğunu belirtmiştir. Bu unsurların bir arada değerlendirilmesi neticesinde bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğu yorumunda bulunarak, Miller'ın Almanya'da % 5'den daha düşük pazar payına sahip olduğu savunmasını reddetmiştir<sup>67</sup>.

ATAD'ın, bir anlaşmanın de minimis kapsamında olup olmadığına karar verirken teşebbüslerin büyüklük ve pazardaki güçlerinin yanında dikkate aldığı bir diğer nokta da pazarın yapısıdır. ATAD'a göre; birbirlerine yakın pazar paylarına sahip teşebbüslerin faaliyette buldukları pazar yapısı, düşük bir pazar payını dahi önemli kılabilecek bir unsurdur<sup>68</sup>. Anlaşma konusu ürünün

<sup>63</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.128; JONES/SUFRIN, a.g.e., s.128.

<sup>64</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235, (1966) CMLR 357, p.249-250.

<sup>65</sup> WHISH, a.g.e., s.107.

<sup>66</sup> Case 5/69 Franz Völk v. Vervaecke (1969) ECR 295, s.302, (1969) CMLR 273, s.282.

<sup>67</sup> Case 19/77 Miller v. Commission (1978) ECR 131, (1978) 2 CMLR 334, p.10.

<sup>68</sup> Bkz. Case 100/80 Musique Diffusion Française (1983) ECR 1825, (1983) 3 CMLR 221, p.81-87. (Davada söz konusu teşebbüslerin Fransada %3.38, Birleşik Krallıkta %3.18 olan pazar



özellikleri de bu kapsamda ele alınarak, değerlendirmede göz önüne bulundurulabilmektedir<sup>69</sup>.

ATAD; RA'nın 81(1) inci maddesinin ilk şartı olan üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesini de, anlaşmanın tek pazar hedefini engelleyebilecek ve üye devletler arasındaki ticaret serbestisini büyük ölçüde sınırlayabilecek nitelikte olması şeklinde değerlendirmiştir. Anlaşmanın rekabeti sınırlama amaç ya da etkisine sahip olması tek başına yeterli görülmemiştir.

ATAD'ın, 81(1) inci maddenin rekabeti hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmalar için geçerli olmayacağına ilişkin kararları, Komisyon'u bir anlaşma veya uyumlu eylemin 81(1) inci madde bağlamında yasaklanabilmesi için gerekli belirli kriterler tespit etmeye itmiştir<sup>70</sup>. Bu sebeple Komisyon, de minimis doktrinine ilişkin uygulamalarda belirleyiciliği sağlamak ve aynı zamanda ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemelere 81 inci maddenin uygulanması konusunda yol gösterici olması açısından Bildiri'ler yayınlamıştır. 2001 yılı sonunda yürürlüğe giren son De Minimis Bildirisi<sup>71</sup> ile Komisyon'un, daha önceki Bildiri'lere kıyasla gerek pazar payı eşiklerini yükselterek gerekse de benzer anlaşmaların toplam etkisi ile rekabetin sınırlanması için gerekli pazar payı eşiği belirleyerek, de minimis kuralının uygulanma alanını genişletmeye çalıştığı görülmektedir.

2001 yılı De Minimis Bildirisi'nin 3 üncü paragrafında; Bildiri'nin "Üye devletler arası ticareti etkileyecek ölçüde olmayan anlaşmaların" tespiti ile ilgili olmadığı belirtilmiştir. Komisyon'un bu yönüyle de minimis kuralını, "ilgili pazarda rekabetin hissedilir derecede etkilenmesi" esasını çerçevesinde değerlendirdiği anlaşılmaktadır<sup>72</sup>.

De Minimis Bildirisi'nin 7 inci paragrafında mevcut veya potansiyel olarak rakip olan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar için toplam pazar payı eşiği

---

payları, ilgili piyasanın oldukça bölünmüş ve teşebbüslerin marka bazında sahip oldukları pazar paylarının çoğu rakiplerinden yüksek olması nedeniyle hissedilir etki için yeterli bulunmuştur.) Case 374/94 European Night Services v. Commission, (1998) ECR II-3141, (1998) 5 CMLR 718, p.2-78. (Davada İlk Derece Mahkemesi, %5 ya da daha fazla pazar payının tek başına anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamına girmesi için yeterli olmadığına karar vermiştir.)

<sup>69</sup>Bkz. Case 126/80 Salonia v. Poidomani and Giglio (1981) ECR 1563, (1982) 1 CMLR 64, p.17. (Davada ATAD, gazetelerin veya süreli yayınların anlaşma konusu olduğu durumlarda, dağıtım anlaşmaları sebebiyle rekabetin hissedilir derecede etkilenip etkilenmediğinin tespitinde, diğer ürün pazarlarına kıyasla daha ayrıntılı ve sıkı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.)

<sup>70</sup>JOELSON, a.g.e., s.211.

<sup>71</sup>Commission Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Appreciably Restrict Competition Under Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (De Minimis), OJ (2001) C 368/13.

<sup>72</sup>1997 tarihli De Minimis Bildirisi'nde de, Komisyon'un tespit ettiği pazar payı eşikleri ve bu eşiklerin uygulama esaslarının, rekabetin hissedilir derecede etkilenmesi şartına açıklık getirmeye yönelik olduğu ifade edilmiştir.

% 10, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar için ise % 15 olarak tespit edilmiştir<sup>73</sup>. Bu düzenleme ile 1997 tarihli De Minimis Bildirisi'nden farklı olarak, yatay ve dikey anlaşmalar terimleri yerine “mevcut veya potansiyel olarak” rakip olan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar tanımlamasına yer verilmiştir.

Komisyon, De Minimis Bildirisi'nin 2 nci paragrafında; belirtilen eşiklerin “rekabetin hissedilir derecede sınırlanmaması” şartının çerçevesini çizdiğini, ancak hissedilir dereceye ilişkin bu tanımın, Bildiri'de tespit edilen eşikleri aşan teşebbüslerin yaptığı anlaşmaların rekabeti hissedilir derecede kısıtladığı anlamına gelmeyeceği, anlaşmanın tarafları eşikleri aşıya dahi rekabetin hissedilir derecede sınırlanmaması ihtimalinin söz konusu olabileceği söylenmiştir<sup>74</sup>. Diğer bir ifade ile belirtilen eşiklerin, rekabetin hissedilir derecede kısıtlandığının mutlak göstergesi olmadığı vurgulanmıştır<sup>75</sup>.

De Minimis Bildirisi'nin 8 inci paragrafında, benzer nitelikteki anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların piyasadaki rekabeti engellemesi durumunda, 7 nci paragrafta belirtilen pazar paylarının, hem rakip teşebbüsler hem de rakip olmayan teşebbüsler arası anlaşmalar için %5 olarak uygulanacağı ifade edilmiştir. 2001 tarihli Bildiri'de yer verilen bu yeni eşik, daha önceki

---

<sup>73</sup> 1997 tarihli Bildiri'nin 9 uncu paragrafında ise malların üretim, dağıtım ya da hizmetlerin sunumunda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar; anlaşmanın aynı üretim veya dağıtım aşamasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılması durumunda, tarafların ilgili pazardaki toplam payları % 5'i , anlaşmanın üretim veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılması durumunda tarafların ilgili pazarda toplam payları % 10'u geçmiyorsa, 81(1) inci madde yasağı dışında kabul edilmiştir. 1997 tarihli Bildiri, yatay ve dikey anlaşma kategorilerine bağlı olarak pazar payı eşiklerinde farklılık öngörmüştür. Anlaşmanın Bildiri kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli azami pazar payı miktarının dikey anlaşmalar için daha yüksek belirlenmesi, dikey anlaşma yoluyla rekabetin sınırlandırılması ihtimalinin düşük olmasına bağlıdır. Yatay ve dikey anlaşmaların her ikisinin birden söz konusu olması ya da anlaşmanın yatay veya dikey olarak kategorize edilmesinin zor olduğu durumda ise % 5 pazar eşığı geçerli olacaktır.

2001 tarihli De Minimis Bildirisi'nde, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar için getirilen eşiklerin %15'e çıkarılması, Komisyon'un önceki uygulamalarına göre dikey anlaşmalara daha ılımlı yaklaştığının göstergesidir. DRAHOS, a.g.e., s.70-71.

<sup>74</sup> Bkz. Case T-9/93 Schöller v. Commission (1995) II ECR 1611, p.75.

<sup>75</sup> Benzer bir ifade 1997 yılı De Minimis Bildirisi'nde de yer almaktadır. 1997 yılı Bildirisi'nin 3 ncü paragrafında, düzenleme ile getirilen sınırların teşebbüsler açısından sadece yol gösterici olduğu, her bir bağımsız olayın kendi özel şartları çerçevesinde farklı değerlendirme yapılabileceği belirtilmiştir.

**Pazar payı** analizinin, teşebbüsün sahip olduğu **pazar gücünü** tam anlamıyla ölçmekte yetersiz kalması, “rekabetin hissedilir derecede sınırlanması”nın hudutlarını bütünü ile pazar payına bağlı olarak çizilmesini engellemektedir. GRIFFITHS, M., “A Glorification of De Minimis”, ECLR, Vol.21, Issue 5, 2000, s.245.

Bildiri'lerde bulunmayan yeni bir uygulamadır<sup>76</sup>. Paragrafın devamında, %5 pazar payının aşılması durumunda, anlaşmanın "toplu etkiye" önemli ölçüde katkıda bulunmadığının kabul edileceği ifade edilmiştir. Toplu etkinin ise benzer etkiye sahip paralel anlaşmaların, ilgili piyasanın %30'undan fazlasında rekabeti kısıtlaması durumunda ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.

De Minimis Bildirisi'nin 11 inci paragrafında, bir anlaşmanın Bildiri kapsamında kabul edilmesini engelleyecek nitelikteki ağır rekabet ihlalleri düzenlenmektedir. 2001 yılı Bildirisi, ağır rekabet sınırlamaları konusunda eskiye nazaran daha açık ve tutarlı bir yaklaşım sergilemiştir. De Minimis Bildirisi'nin 11(2) nci paragrafında yer verilen, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar için geçerli ağır sınırlamalar, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nde belirtilen ağır sınırlamalardır. Bu açıdan De Minimis Bildirisi, dikey anlaşmalara ilişkin ağır rekabet sınırlamaları konusunda 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile uyumludur<sup>77</sup>.

De Minimis Bildirisi'nin 4 üncü paragrafında; Komisyon'un Bildiri kapsamında kabul ettiği durumlarda resen veya şikayet üzerine inceleme başlatmayacağı, teşebbüslerin yaptıkları bir anlaşmayı Bildiri kapsamında kabul ederek Komisyon'a bildirmemeleri durumunda para cezası uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Paragrafın devamında, Bildiri'nin Üye Devlet otorite ve mahkemelerini bağlayıcı olmadığı ancak R.A.'nın 81 inci maddesinin uygulanmasında yol gösterici olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir<sup>78</sup>.

#### **4. 81(3) üncü Madde**

##### **4.1. Genel Olarak**

81(1) inci maddenin sınırlarını çizdiği, rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler için 81(2) nci maddede öngörülen kendiliğinden geçersizliğin istisnası, R.A. 81(3) üncü maddesinde belirtilen muafiyet hükmüdür. R.A. 81(3) üncü maddesinde, rekabeti sınırlayan bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin 81(3) üncü maddede belirlenen şartları taşıması durumunda, R.A. 81 inci madde hükümlerinin uygulanmayacağı, diğer bir ifade ile yalnızca bu madde hükümlerinden muaf tutulacağı ifade edilmiştir.

---

<sup>76</sup> 1997 tarihli De Minimis Bildirisi; bir anlaşmanın eşiklerin altında kalsa dahi Bildiri'nin kapsamı dışında kabul edilebileceğini söyledikten sonra, ilgili pazarda rekabetin birden çok teşebbüsün benzer nitelikteki anlaşmalarının meydana getirdiği paralel ağların toplam etkisi nedeniyle sınırlandırılması durumunda Bildiri'nin geçerli olmayacağını belirtmiştir.

<sup>77</sup> Press Release, "Competition Policy: New Notice on Agreements of Minor Importance (De Minimis Notice)", IP/02/13, 07.01.2002.

<sup>78</sup> Rekabetin hissedilir derecede kısıtlanmasının sınırlarının net olarak ortaya konulması, özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüsler açısından büyük önem taşımaktadır. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.129; BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.495.

Anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere muafiyet tanınmasında yegane yetkili organ Komisyon'dur<sup>79</sup>. Bu konuda Komisyon'un üye devlet rekabet otoriteleri ya da mahkemeleri ile yetki paylaşımı söz konusu değildir<sup>80</sup>.

Muafiyet konusunda bir diğer önemli nokta, 81(3) üncü maddede tanınan muafiyetin yalnızca 81 inci madde uygulamalarına karşı geçerli olmasıdır. Diğer ifade ile 81(3) üncü madde bağlamında muafiyet tanınmış bir anlaşma yalnızca 81 inci maddeden muaf sayılacağından, 82 nci madde ve diğer rekabet mevzuatını ihlal etmesi mümkündür.

R.A.'nın 81(3) üncü maddesinde, bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için iki olumlu ve iki olumsuz şart öngörülmüştür. Bu şartlar birbirinin alternatifi olmayıp her bir olayda hepsinin birden karşılanması gerekmektedir. Söz konusu olumlu şartlardan birincisi; anlaşmanın, malların üretim ve dağıtımının gelişmesi ya da teknik ve ekonomik ilerlemeye katkıda bulunmasıdır. Diğeri ise, ortaya çıkacak bu yarardan tüketicilerin adil bir pay almasıdır.

Ancak bu iki olumlu şart yeterli olmayıp, aynı zamanda söz konusu anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için, yukarıda bahsedilen iki koşulun sağlanabilmesi için zorunlu olan sınırlamaların ötesinde bir sınırlamaya yer verilmemesi ve ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması gerekmektedir.

Bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için 81(3) üncü maddede sayılan bu dört şartı sağlıyor olması gereklidir<sup>81</sup>. İlk Derece Mahkemesi, *Matra Hachette* davasında 81(3) üncü maddenin şartlarını sağlayan rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir anlaşmanın, muafiyet alamaması gibi bir durumun söz konusu olamayacağını ifade etmiştir<sup>82</sup>. Bireysel muafiyette, ilgili anlaşmanın bu dört şartı sağladığının ispatı, bildirim taraflarına aittir<sup>83</sup>. Komisyon taraflardan,

---

<sup>79</sup> Council Regulation 17/62, OJ (1962) 13/204, OJ Sp. Ed. (1962) 87, md.9.

<sup>80</sup> Komisyon'un bu alanda sahip olduğu münhasır yetki, dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinin faydalarının geri alınması aşamasında münhasır olmaktan çıkmaktadır. İleride ayrıntılı olarak incelenecek olan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 7 nci maddesine göre, bir dikey anlaşmanın rekabeti bozucu etkileri, herhangi bir üye devletin topraklarında ya da ayrı bir coğrafi pazarın tüm özelliklerini gösteren bir bölümünde hissedilmesi durumunda, üye devletin yetkili organı grup muafiyetinin sağladığı faydayı geri alabilecektir.

<sup>81</sup> *Auditel* kararında Komisyon, anlaşmanın zorunlu olandan fazla rekabeti kısıtlaması ve rekabeti önemli ölçüde sınırlaması nedeniyle 81(3) üncü maddenin diğer iki şartına bakmaksızın muafiyet istemini reddetmiştir. OJ (1993) L 306/50, (1995) 5 CMLR 719, p.28-34.

<sup>82</sup> Case T-17/93 *Matra v. Commission* (1994) ECR II-595, p.85.

<sup>83</sup> Bkz. Case 56 ve 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, p.477.

anlaşmanın faydalı etkilerinin rekabetçi şartlarda ortaya çıkmasının mümkün olmayacağını göstermelerini beklemektedir<sup>84</sup>.

## **4.2. 81(3) üncü Madde'nin Unsurları**

### **4.2.1. Malların Üretim ya da Dağıtımının Gelişimine Katkı**

81(3) üncü maddede ifade edilen ilk şart, anlaşmanın “malların üretim ya da dağıtımının gelişimine ya da teknik veya ekonomik gelişmeye katkıda bulunması”dır. Tarafların anlaşmadan elde ettikleri her fayda, üretim ya da dağıtımın gelişmesinin göstergesi değildir. Gelişmeye katkıda bulunulduğunun ispatı için, anlaşmanın rekabet alanında ortaya çıkardığı olumsuzlukları telafi edecek nitelikte objektif avantajlarının varlığı ortaya konulmalıdır<sup>85</sup>. Muafiyet talebinin reddedilmesi ya da muafiyetin geri alınması aşamalarında kullanılan bu ana unsur, anlaşmanın altında yatan subjektif ticari gerekçelerin muafiyet şartını sağlamak için yeterli olmadığını göstermektedir<sup>86</sup>.

81(3) madde bağlamında bir “gelişmenin” söz konusu olabilmesi için anlaşmanın faydalarının anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı dezavantajlarından büyük olması gerekmektedir<sup>87</sup>. Diğer bir ifade ile anlaşmanın objektif faydalarının, anlaşmadan doğan rekabetçi kısıtlamaları telafi etmesi gereklidir. Komisyon ve Topluluk Mahkemeleri, anlaşmanın faydalarını önem derecesine göre bir sınıflandırmaya tabi tutmamış, objektif faydaların tamamını “muafiyetin ekonomik gerekçeleri” ya da “olumlu ekonomik etkiler” başlığı altında toplamıştır<sup>88</sup>.

Her ne kadar 81(3) üncü madde, “malların üretim veya dağıtımında gelişimi ya da teknik veya ekonomik gelişimi” şart koşsa da hizmetlerin teminine yönelik gelişme sağlayan anlaşmalar da muafiyet kapsamında değerlendirilecektir.

Malların üretim veya dağıtımındaki gelişmeden ya da teknik veya ekonomik gelişimden kaynaklanan faydalar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> European Commission, XIV th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1984, p.150.

<sup>85</sup> Bkz. Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.180.

<sup>86</sup> Bkz. Schöller Lebensmittel, OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.117.

<sup>87</sup> Bkz. Case 45/85 VdS v. Commission, (1987) ECR 405, (1988) 4 CMLR 264, p.61.

<sup>88</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.164.

<sup>89</sup> Anlaşma neticesinde ortaya çıkan faydanın 81(3) üncü madde bağlamında bir fayda olup olmadığının tespitinde iki farklı yaklaşım mevcuttur. 81(3) üncü maddenin dar yorumlanmasında, şartın “malların üretim ya da dağıtımının gelişimine ya da teknik veya ekonomik gelişmeye katkıda bulunma” sonucunda ortaya çıkan etkinliği zorunlu kıldığı ifade edilmektedir. Bu sebeple

Yeni veya daha ileri bir ürünün piyasaya sürülmesi ya da mevcut ürünün devam eden işbirliğine bağlı olması durumu başta gelen örneklerdendir. Tüketicilere daha geniş bir ürün yelpazesinin sunulması ya da ürünün tüketicilere ulaşma süresinin kısaltılması da “fayda” olarak değerlendirilmektedir. Eskimiş teknolojinin daha etkin üretim teknikleri ile değiştirilmesi, mevcut bir ileri teknolojinin Toplulukta yaygınlaştırılması veya bu teknolojinin daha hızlı yayılmasının temini de bu başlık altında yer almaktadır<sup>90</sup>.

Belirli bir dönemi kapsayan tedarik anlaşmaları, ilgili ürüne yönelik arz güvenliğini sağladığı gibi kullanıcı gereksinimlerinin tam olarak karşılanmasını da temin eder. Anlaşma döneminin kısa olması ise, üretimin değişen piyasa şartlarına adapte olabildiği esnek bir yapı doğurur<sup>91</sup>. Komisyon pek çok kararında münhasır dağıtım ve satın alma anlaşmalarının ortaya çıkardığı arz istikrarını göz önünde bulundurmıştır<sup>92</sup>.

Komisyon, dağıtıcının pazarlama faaliyetlerini belirli bir bölgede yoğunlaştırmasının objektif fayda doğurduğu görüşündedir. Sağlayıcının, ürünlerinin tüm çeşitlerini dağıtmak ve optimum stok miktarıyla çalışmak için dağıtım ağı kurması, benzer türden fayda yaratan bir eylemdir. Diğer taraftan münhasırlık, dağıtıcının faaliyetlerini sağlayıcının mallarına yönlendirmesi ve dağıtıcının alıcılara sağladığı satış öncesi ve sonrası hizmetlerin kalitesini artırması yönüyle, muafiyetin birinci şartını sağlar kabul edilmiştir<sup>93</sup>. Münhasır satın alma ve rekabet etmeme yükümlülüğünün değerlendirilmesinde, bu rekabet kısıtlamalarının dağıtıcının tüm kaynaklarını sağlayıcının ürününe yönlendirici dürtü yaratması ve sağlayıcı ile dağıtıcı arasında devamlı bir işbirliğini temin etmesi göz önünde bulundurulmuşlardır<sup>94</sup>.

Malların üretim ya da dağıtımının gelişimine ya da teknik veya ekonomik gelişmeye katkıda bulunduğu kabul edilen bir diğer anlaşma türü, fiyat istikrarı ve fiyat şeffaflığı sağlayan anlaşmalardır. Kısa süreli ancak aşırı

---

81(1) inci maddedeki rekabeti sınırlayıcı etkiler ile 81(3) üncü maddedeki etkinlik şartı dengeye oturtulmalıdır. 81(3) üncü maddenin geniş yorumlanmasında ise, maddenin etkinlik dışındaki argümanları da kapsadığı; çevre, bölge, kültür, istihdam gibi politikaların da muafiyette etkili olacağı varsayılmaktadır. 81(3) üncü maddenin geniş yorumlanması durumunda, çok farklı amaçların birbiri ile çatışma ihtimali ortaya çıkabilecektir. DRAHOS, a.g.e., s.54.

<sup>90</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.166.

<sup>91</sup> Bkz. Case 26/76 Metro v. Commission (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1, p.43.

<sup>92</sup> Bkz. Pasteur Merieux-Merck, OJ (1994) L 309/1 p.103; Schöller Lebensmittel, OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.115; Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.116; Van den Bergh Foods, OJ (1998) L 246/1, (1998) 5 CMLR 530, p.223.

<sup>93</sup> Bkz. Cegetal, OJ (1999) L218/14, (2000) 4 CMLR 106, p.58.

<sup>94</sup> Bkz. Whitbread, OJ (1999) L 88/26, (1999) CMLR 118, p.151.

miktarda arz ve talep dalgalanmalarının söz konusu olduğu piyasalarda fiyat istikrarını sağlamaya yönelik anlaşmalar, güvenli ve düzenli arzı temin ettiği nispette makul kabul edilirken bu anlaşmaların, piyasadaki teşebbüslerin varlığının devamını garanti altına almak ya da teşebbüslerin karlılık derecelerini korumaya yönelik olanları bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>95</sup>. Piyasadaki fiyat şeffaflığını sağlayan anlaşmalar ise alıcılara ürünler arasında karşılaştırma yapma imkanı sağladığından fayda yarattığı kabul edilmektedir. Ancak Komisyon, rakipler arasında fiyat şeffaflığına yol açan anlaşmalar ile sağlayıcı ile alıcıları arasında şeffaflık doğuran anlaşmaları birbirinden ayırmakta, fiyat şeffaflığının piyasadaki fiyat rekabetini azalttığı durumlarda, beklenen faydanın ortaya çıkmayacağını kabul etmektedir<sup>96</sup>.

Yeni bir ürünün ya da ürün çeşitlerinin piyasaya sürülmesi için yapılması gereken yatırımın karlılığının sağlanması, anlaşmanın ekonomik gelişmeye katkısının olup olmadığı incelenirken göz önünde bulundurulacak diğer unsurdur. Dikey entegrasyona dayalı ölçek ve alan ekonomilerinin maliyetleri aşağıya çekmesi de 81(3) üncü madde bağlamında ekonomik gelişme doğurmaktadır<sup>97</sup>.

Komisyon; bir piyasada rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren bir anlaşmanın diğer bir piyasada rekabeti artırıcı etkiler doğurmasını, objektif fayda olarak değerlendirmiştir. *TPS*<sup>98</sup> kararında Komisyon; Fransa'da yayın yapan 6 kanalın, pay TV piyasasında faaliyet gösterecek olan TPS dijital uydu televizyonu platformunu kurmaya yönelik anlaşmalarında yer alan münhasırlığa ilişkin hükmü incelemiştir. Kurucu 6 kanaldan 4 tanesinin dijital yayın hakkını (TF1, France 2, France 3, M6) 3 yıl için münhasıran TPS platformuna veren bu hüküm, Canal+, CanalSatellite gibi büyük dijital kanalların faaliyet gösterdiği pay TV piyasasındaki rekabeti artıracak gerekçesi ile 81(3) üncü madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Fayda yarattığı düşünülen diğer bir anlaşma türü, ürün imajını korumaya yönelik anlaşmalardır. Lüks ve prestijli ürünlerin müşteri gözünde bu niteliklerini korumaları için özellikle malın dağıtım ağına yönelik olarak getirilen rekabeti sınırlayıcı hükümler bu kapsamda değerlendirilmektedir.

---

<sup>95</sup> Bkz. Trans-Atlantic Agreement, OJ (1994) L376/1, p.388.

<sup>96</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.168.

<sup>97</sup> *Metro-I* davasında anlaşmanın ortaya çıkardığı maliyet avantajlarından tüketicilerin adil bir pay alması için (81(3) üncü madde bağlamında muafiyetten yararlanmanın ikinci şartı), piyasadaki rekabetçi baskının, teşebbüsü maliyet avantajının bir kısmını tüketiciye yansıtacak düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Case 26/76 Metro v. Commission (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1, p.47-48.

<sup>98</sup> Press Release, Commission clears the creation of the digital satellite television platform TPS (France), IP/99/161.

Kamu yararına ve Topluluk menfaatlerine hizmet eden anlaşmalar aynı zamanda ekonomik gelişmeye de katkıda bulunmaktadır. Nitekim İlk Derece Mahkemesi *Metropole Television* kararında<sup>99</sup>, Komisyon'un muafiyet verirken kamu çıkarları ile ilgili hususları göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim *ATAD Binon v. AMP*<sup>100</sup> kararında; anlaşmanın okuyuculara, gazete ve süreli yayınlar açısından geniş bir seçme özgürlüğü tanınmasını göz önünde bulundurmıştır. Anlaşmaya neticesinde ortaya çıkacak olan yabancı yatırım ve iş olanakları da Topluluk menfaatlerine uygun bulunmuştur<sup>101</sup>.

#### 4.2.2. Tüketicilerin Yaratılan Faydadan Adil Pay Almaları

Muafiyetin ikinci şartı; anlaşmanın, tüketicilere bir önceki şart sonucunda ortaya çıkan objektif faydadan adil bir pay alma imkanı tanınmasıdır. Anlaşmanın “malların üretim ya da dağıtımının gelişimine ya da teknik veya ekonomik gelişmeye katkıda bulunması” şartı objektif olarak değerlendirilmeli, beklenen faydayı doğuran alternatif seçenekler ile kıyaslama yapılmamalıdır. Zira benzer gelişmeyi sağlayan diğer olası seçeneklerin var olup olmadığı sorunu, muafiyetin üçüncü şartı olan “zorunlu sınırlama” ile ilgilidir<sup>102</sup>.

Komisyon “adil pay” kavramına ilişkin net bir tanım yapmaya çalışmamaktadır. İfade bu yönüyle Komisyon'a geniş bir yetki tanımaktadır. Örneğin *VBBB and VBVB Agreement* kararında kitapların yeniden satış fiyatının tespiti, tüketicilerin seçeneklerini kısıtladığı ve aynı zamanda düşük fiyatlı ürünü arama ve satın alma imkanını ortadan kaldırdığından “adil pay” kapsamında değerlendirilmemiştir<sup>103</sup>.

Bu şartın sağlanması için, anlaşmadan adil pay alması gerekli olan “tüketici” kavramı yalnızca bireyleri değil ilgili mal veya hizmetten yararlanan, üretim ya da dağıtım zincirinin herhangi bir kademesinde faaliyet gösteren teşebbüsleri de kapsamaktadır<sup>104</sup>. Ancak diğer bir yaklaşım ise tüketici kavramının; ilgili anlaşmanın etki alanında bulunan, mal veya hizmetten

<sup>99</sup> Case T-528/93 *Métropole Télévision v. Commission* (1996) ECR II-649, (1996) 5 CMLR 386, p.116-118.

<sup>100</sup> Case 243/83 *Binon v. SA Agence et messageries de la presse* (1985) ECR 2015, (1985) 3 CMLR 800, p.46.

<sup>101</sup> Komisyon'un bu yaklaşımı, rekabet dışı unsurlara muafiyet değerlendirmesinde yer verdiğinin ve bu şekilde 81(3) üncü maddeyi geniş yorumlamayı tercih ettiğinin önemli bir göstergesidir. *DRAHOS, a.g.e., s.54.*

<sup>102</sup> *BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.172.*

<sup>103</sup> *WHISH, a.g.e., s.129.*

<sup>104</sup> *GREEN/ROBERTSON, a.g.e., s.378.*



yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin dışındaki bireyleri kapsadığını öngörmektedir<sup>105</sup>.

Anlaşmanın birinci şartı karşılaması sonucunda ortaya çıkan gelişme türlerinden bir kısmı tüketicilere doğrudan fayda sağlamaktadır. Bu durumda, tüketicilerin adil pay alıp almadığına yönelik inceleme, anlaşmanın fayda yaratıp yaratmadığı yönündeki birinci şart incelemesi ile örtüşmektedir. Esnek ve istikrarlı arz, çevrenin korunması, tüketici tercihlerinin karşılanması, yeni ve daha gelişmiş ürünlerin piyasaya sürülmesi, hizmet kalitesindeki artış gibi bir takım faydalar doğrudan tüketicilere yansıyan türlerdir<sup>106</sup>.

Anlaşma neticesinde ortaya çıkan gelişmelerin bir kısmı ise tüketicilere potansiyel fayda yaratabilecek türdendir. Ölçek ekonomileri, dağıtım maliyetlerindeki azalmalar gibi anlaşmanın taraflarının kendi iç etkinliklerini artırıcı nitelikteki gelişmelerin, tüketicilere düşük satış fiyatı gibi bir takım yollardan geçmesi gereklidir. Bu faydaların tüketiciye yansıtılması, piyasadaki markalararası rekabet düzeyi ile doğrudan ilgilidir<sup>107</sup>. Komisyon; hakim durumdaki bir teşebbüsün ya da benzer türden dikey paralel ağların egemen olduğu piyasadaki bir teşebbüsün, ölçek ekonomisine bağlı olarak elde edeceği etkinlik kazanımlarını tüketiciye yansıtacağı yönündeki argümanı kabul etmemektedir<sup>108</sup>. Komisyon'un bu konudaki değerlendirmelerinde göz önünde bulundurduğu temel noktalar; ilgili teşebbüsün pazar payı, rakip teşebbüslerin piyasadaki konumları ve fiyat hareketlerinin genel eğilimidir.

Bir takım anlaşmaların yarattığı dezavantajlar, söz konusu anlaşmaların faydalarını arka plana itmektedir. Örneğin, tüketicilerin ürün tercihlerini ortadan kaldıran<sup>109</sup> ya da etkin teşebbüslerin maliyet avantajlarını tüketicilere yansıtmasını engelleyen anlaşma türleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.

---

<sup>105</sup> Bkz. WHISH, a.g.e., s.129.

<sup>106</sup> Ancak tüketiciyi doğrudan ilgilendiren bu faydaların varlığı tek başına yeterli olmayıp, söz konusu birinci şart bağlamında anlaşma sonucunda ortaya çıkan rekabet kısıtlamalarını dengelemesi gereklidir. Bkz. Case T-19/91 Vichy v. Commission, (1992) ECR II-415, p.98.

<sup>107</sup> Bkz. Case 26/76 Metro v. Commission (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1, p.48.

<sup>108</sup> Bkz. Schöller Lebensmittel, OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.122.

<sup>109</sup> Bkz. Schöller Lebensmittel, OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.123, Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.124.

### 4.2.3. Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Kısıtlanmaması

Muafiyetin üçüncü şartı; anlaşmanın, birinci şarta konu olan faydanın ortaya çıkması için zorunlu olanın ötesinde rekabet sınırlaması içermemesidir<sup>110</sup>. Bu gereksinim, sınırlama ile söz konusu fayda arasında basit bir nedensellik bağı kurmanın ötesinde bir şarttır. Anlaşmanın taraflarının, ortaya çıkacağı iddia edilen faydanın mevcut durumdan daha az rekabeti sınırlayıcı bir yöntem ile elde edilemeyeceğini göstermesi gerekmektedir. Örneğin teşebbüsün dağıtıcıları ile yaptığı dikey anlaşmalarda yer verdiği uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün ortaya çıkardığı fayda, daha kısa süreli bir rekabet kısıtlaması ile de mümkün oluyorsa bu durumda, söz konusu anlaşmanın muafiyetin üçüncü şartını yerine getirmede kabul edilecektir. Ancak uzun süreli sınırlama; dağıtım ağına yönelik olarak yapılan dağıtıcıya özgü, büyük miktarda ve batık maliyet özelliği gösteren yatırımların korunmasını temin için zorunlu ise, bu durumda 81(3) kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>111</sup>.

Zorunluluğun tespitinde kimi zaman pazar payı önemli bir gösterge olarak karşımıza çıkmaktadır. Peynir üretiminde kullanılan rennet maddesinin üretimi ile uğraşan ve ilgili pazarda tekele yakın bir konumda bulunan peynir üreticileri kooperatifinin, üyeleri üzerine rennet ihtiyacının tamamını yalnızca kendisinden temin etmesini sağlayan münhasır satın alma yükümlülüğü getirmesi, kooperatifin ortaya çıkaracağı faydalar ile kıyaslandığında zorunlu olanın ötesinde bir sınırlama olarak değerlendirilmiştir<sup>112</sup>.

Mutlak topraksal koruma sağlayan anlaşmalar, yarattığı faydanın yanında rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanması nedeniyle muafiyet kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>113</sup>. ATAD *Nungesser*<sup>114</sup> kararında, mısır üretiminde kullanılan tohumların dağıtımında mutlak topraksal koruma sağlayan anlaşmaya, malların üretim ya da dağıtımının gelişimine ya da teknik veya ekonomik gelişmeye katkıda bulunması için zorunlu olanın ötesinde rekabetin kısıtlanması nedeniyle muafiyet vermemiştir<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Whish bu şartın Topluluğun genel prensibi olan “orantılılık” şartının yansıması olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. WHISH, a.g.e., s.130.

<sup>111</sup> Müşteriye özgü yatırım için bkz. s.20

<sup>112</sup> Case 61/80 *Coöperatieve Stremsel en Kleurselbriek v. Commission* (1981) ECR 851, (1982) 1 CMLR 240, p.18.

<sup>113</sup> Bkz. DRAHOS, a.g.e., s.72.

<sup>114</sup> Case 258/78 *Nungesser v. Commission* (1982) ECR 2015, (1983) 1 CMLR 278, p.77.

<sup>115</sup> *Grundig* davasında ise mutlak topraksal koruma öngören anlaşmaya muafiyet verilmezken, anlaşmanın faydalarının rekabetçi kısıtlamalardan fazla olmadığı, diğer bir ifade ile 81(3) üncü maddede yer verilen muafiyet şartlarından birincisinin sağlanmadığı belirtilmiştir. Bkz. Case 56 ve 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, p.347.

#### 4.2.4. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Muafiyetin dördüncü şartı, anlaşmanın teşebbüse ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma imkanı tanımamasıdır<sup>116</sup>. Bu şartın amacı, rekabetin kısmen sınırlandırılmasına izin verilen piyasalardaki reel ve potansiyel rekabetin devamının teminidir<sup>117</sup>.

ATAD pek çok kararında fiyat rekabetinin oldukça önemli olduğunu ve hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağını vurgulamıştır<sup>118</sup>. Şartta yer verilen “ilgili pazarın önemli bir bölümü”, anlaşmanın tarafları arasındaki rekabeti kapsadığı gibi taraf teşebbüs ile piyasadaki diğer aktörler arasındaki rekabeti de içine alacaktır.

Dikey anlaşmalar yoluyla ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılması mümkündür. ATAD *Metro II*<sup>119</sup> davasında; toptancı kanalıyla yapılan dağıtımın ortadan kaldırılması durumunda, bağımsız tacirlerin belirli üreticilerin mallarını elde edemeyecek olmaları nedeniyle rekabetin kısıtlanacağına karar vermiştir.

Teşebbüsün sahip olduğu pazar payı, muafiyetin bu şartına yönelik değerlendirmelerde özellikle önem arz eder. Nitekim anlaşmaya taraf olan sağlayıcının pazar payı ne kadar yüksekse, rekabeti kısıtlayan hükmün etkisi de o nispette fazla olacaktır<sup>120</sup>. Diğer taraftan piyasadaki benzer türden kısıtlamaların oluşturduğu paralel ağların varlığı da göz önünde bulundurulması gereken bir unsurdur<sup>121</sup>.

#### 5. Dikey Kısıtlamalara Yönelik Genel Yaklaşım

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, dikey sınırlamalara görece daha hoşgörülü yaklaşmaktadır. Topluluk Hukuku’nda kimi münhasır dikey anlaşma

<sup>116</sup> Bu şart yürürlükten kalkan “Münhasır Dağıtım Anlaşmalarına Antlaşma’nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında 22 Haziran 1983 Tarih ve 1983/83/AET Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün (1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü) 12 nci maddesinde “etkin rekabet” olarak kavramlaştırılmıştır. Bkz. Commission Regulation (EEC) No:1983/83 of 22 June 1983 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Distribution Agreements, OJ (1983) L 173/1.

<sup>117</sup> Bkz. Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.148.

<sup>118</sup> BELLAMY&CHILD, a.g.e., s.176.

<sup>119</sup> Case 75/84 Metro v. Commission (1986) ECR 3021, (1987) 1 CMLR 118, p.65.

<sup>120</sup> Pazar payı ve dikey kısıtlamanın yoğunluğu, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin kalkıp kalkmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken iki temel kriterdir. Bkz. SANLI, a.g.t., s.130.

<sup>121</sup> Bkz. Whitbread, OJ (1999) L 88/26, (1999) CMLR 118, p.177.

türlerine grup olarak muafiyet tanınması bu durumun önemli bir göstergesidir<sup>122</sup>. Ancak Komisyon ve ATAD uygulamalarında, dikey kısıtlamalara yönelik politikalar açısından gözle görülür bir değişim mevcuttur. Bu farklılık dikey kısıtlamalara yönelik teorik çalışmalarda da gözlemlenmektedir<sup>123</sup>. Sağlayıcının alıcısı ile olan dikey ilişkisinde uygulayacağı kuralların, yine bu ilişkinin kendi içerisinde belirlenmesi genel kural olmakla beraber, Komisyon bu uç yaklaşımı benimsememiştir. Komisyon’u dikey anlaşmaları incelemeye sevk eden neden, bu anlaşma kategorisinin olumlu yanlarının yanında rekabeti kısıtlayıcı yönlerinin de var olmasıdır<sup>124</sup>. Nitekim Yeşil Kitap’da, 81 inci maddenin kapsamı belirtilirken dağıtım anlaşmaları, bir taraftan piyasaya yeni teşebbüslerin girmesini ve ürünlerin etkin bir şekilde satılmasını sağlarken, diğer taraftan piyasaya girişleri engelleyebilecek nitelikte olması nedeniyle iki yanı keskin bir bıçak olarak değerlendirilmiştir<sup>125</sup>.

Komisyon’un bugüne kadar olan uygulamalarında, dikey kısıtlamaları ekonomik yönden analiz ederken göz önünde bulundurduğu hususları dört başlık altında toplamamız mümkündür. Bunlar; i)piyasa kapama etkisi, ii)tüketici etkisi, iii)rakipler arası işbirliği riski, iv)tek pazardır.

Dikey anlaşmaların “piyasa kapama etkisi”, bu anlaşma kategorisinin rekabetçi etkilerinin değerlendirilmesinde kritik bir faktördür. Literatürde “**piyasanın rekabete kapanması**” (foreclosure of competition) olarak da kullanılan bu kavram, mevcut ya da piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin piyasada rekabet etme şansı bulamamasıdır. Dikey anlaşmalara ilişkin Bildiri’de<sup>126</sup> de belirtildiği üzere dikey anlaşmalar, piyasa kapama etkisi ile piyasadaki rekabet düzeyini olumsuz etkileyebilmektedir. Ara malı üreten sağlayıcının alıcıları ile münhasır temelde dikey anlaşma imzalaması, rakip sağlayıcıların piyasaya girmelerine rağmen alıcı bulmalarını engelleyen bir husustur. Benzer şekilde sağlayıcının piyasadaki dağıtıcılar ile tek marka anlaşması imzalaması, bu dağıtıcıların rakip sağlayıcıların mallarını dağıtmasını engelleyeceğinden, bu tip münhasır dikey anlaşmalar piyasanın rakip teşebbüslere kapanmasına yol açmaktadır.

---

<sup>122</sup> Aksi görüş için bkz. AMATO, G., Antitrust and the Bounds of Power, Oxford, Hart Publishing, 1997, s.47.

<sup>123</sup> Kimi yazarlar dikey kısıtlamaların rekabet hukuku bakımından uygun bir alan olmadığını savunurken, kimileri piyasa gücüne sahip teşebbüslerin uyguladıkları dikey sınırlamaların rekabet otoritelerinin faaliyet alanını oluşturduğunu savunmuşlardır. Bkz. BORK, 1993, s.297; WHITE, L.J., “Vertical Restraints in Antitrust Law- a Coherent Model”, Antitrust Bulletin, Vol.26, Summer 1981, s.327.

<sup>124</sup> WHISH, a.g.e., s.542-546.

<sup>125</sup> Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, p.117.

<sup>126</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.147-149.

Tek bir sağlayıcının bu tür münhasır dikey anlaşmalarının rakip sağlayıcıların alıcı bulmasını engellemesi için, sağlayıcının piyasa payının oldukça yüksek olması gerekmektedir. Ancak piyasada faaliyet gösteren birden fazla sağlayıcının benzer türden dikey kısıtlamalarının toplam etkisinin piyasa kapama etkisi yaratması da mümkündür.

Pazar gücüne sahip sağlayıcının ya da ilgili piyasada faaliyet gösteren birden fazla sağlayıcının, alıcı veya dağıtıcıların rakip malları almasını ya da dağıtmasını engellemesi, rakip sağlayıcıların ilgili piyasaya girmesini engeller. Benzer bir etki, münhasır satış anlaşmalarında da ortaya çıkabilecektir. Ancak münhasır satış anlaşması neticesinde ortaya çıkan kapama etkisi, diğerinden farklı olarak alıcının faaliyet gösterdiği alt pazara ilişkindir. Sağlayıcının belirli bir ürünü Topluluk'ta yalnızca tek bir alıcıya satacağına ilişkin yükümlülük, söz konusu alıcı ile aynı pazarda faaliyet gösteren rakip alıcıların sağlayıcıdan mal almasını engellediğinden alt pazarın rakip alıcılara kapanması sonucunu doğurur.

Dikey anlaşmaların bu yönü, bir taraftan piyasadaki mevcut ya da potansiyel rakipler arasındaki markalararası rekabet düzeyine olumsuz etki ederken, aynı zamanda piyasaya yeni girmek isteyen küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin rekabet etme şansını da ortadan kaldırmaktadır. Bu tür dikey kısıtlamaların potansiyel rakiplerin piyasaya girişini engellemesi, tek pazar oluşumuna olumsuz etki eden bir noktadır.

Özellikle münhasır dikey anlaşmalar durumunda ortaya çıkan piyasa kapama etkisi, teşebbüslerin münhasır anlaşma imzalamasını bütünüyle engellenmesini gerektiren bir sebep değildir. Nitekim teşebbüslerin uyguladıkları bu tür kısıtlamaların bünyesinde bulundurduğu bir takım avantajlar, dikey kısıtlamaların bu alanının düzenlenmesini zorunlu kılmıştır<sup>127</sup>.

Komisyon'un dikey anlaşmaları analiz aşamasında göz önünde bulundurduğu bir diğer unsur, dikey ilişkinin "**tüketiciye etkisi**"dir. Münhasır dağıtım anlaşması veya seçici dağıtım anlaşması gibi bir takım dikey anlaşmaların markaiçi rekabeti kısıtlaması, böyle bir kısıtlamanın olmaması durumunda ortaya çıkacak olan fiyat düzeyinin üzerinde bir fiyatın oluşmasına neden olabilir. Ancak markaiçi rekabet kısıtlamasının fiyatı yükseltebilmesi için markalararası rekabet düzeyinin düşük olması gerekmektedir. Diğer taraftan dağıtıcıların yalnızca tek bir sağlayıcının mallarını dağıtması, müşterilerin satın alma opsiyonlarını kısıtlamaktadır. Müşteri açısından farklı markalı ürünleri

<sup>127</sup> Topluluk uygulamalarının başlangıçta Alman "Ordo-Liberal" akımın etkisinde kalması, "rakip teşebbüslerin faaliyet alanlarını sınırlandıran" dikey anlaşmaların rekabet ihlali olarak kabul edilmesinde etkili olmuştur. DRAHOS, a.g.e., s.53; AMATO, a.g.e., s.99. Bir diğer görüş ise Roma Antlaşmasında yer alan rekabet kurallarının, Alman baskısının bir sonucu olduğunu savunmaktadır. Bkz. HILDEBRAND, a.g.e., s.185.

karşılaştırma maliyetinin yüksek olması ya da rakip sağlayıcının mallarının müşteriye ulaşmasının zor olması, müşterilerin alternatif temin kaynaklarına yönelmesinin önünde bir engeldir<sup>128</sup>.

Dikey anlaşmaların ortaya çıkardığı bir diğer etki ise “işbirliği”dir. Piyasadaki birden fazla sağlayıcı tarafından uygulanan benzer türden dikey sınırlamalar, piyasanın bölünmesinden fiyat tespitine kadar oldukça geniş bir yelpazede sonuç doğurmaktadır. Bu açıdan dikey sınırlamalar, sağlayıcıların kendi aralarındaki yatay bir anlaşma ile rekabeti kısıtlamaları durumunda ortaya çıkan piyasa yapısına benzer bir piyasa yapısı oluşturabilmektedirler<sup>129</sup>.

Komisyon’un dikey sınırlamalara yönelik politikasına yön veren son husus “tek pazar” amacıdır<sup>130</sup>. Dikey kısıtlamaların tek pazar hedefine olumlu katkıları olduğu kadar, üye ülke topraklarının coğrafi olarak bölünmesi sonucunu doğuran olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Örneğin Komisyon, mutlak topraksal koruma sağlayan dikey anlaşmaların rekabeti ihlal ettiği sonucuna ulaşırken göz önünde bulundurduğu temel unsurlardan birisi tek pazar hedefidir<sup>131</sup>. Bu sebeple, tek pazar hedefini engelleyen dikey kısıtlamalara yönelik katı bir tutum yeterli görülmeyip, aynı zamanda potansiyel rakiplerin piyasaya girmesini kolaylaştıracak dikey kısıtlamalara da muafiyet tanınmaktadır<sup>132</sup>.

Dikey anlaşmaların içerdiği farklı türden hükümler, rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir. Topluluk Rekabet Otoriteleri’nin

<sup>128</sup> Bahsedilen etkinin ortaya çıkmasında tüketici özelliklerinin rolü büyüktür. Nitekim çok sayıda, dağınık, bilgi ve hareket maliyeti yüksek (information and mobility cost) tüketici gruplarında bu etki daha kolay oluşmaktadır. Bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, 1997, s.43-44.

<sup>129</sup> Bkz. ORNSTEIN, a.g.m., s.89-94.

<sup>130</sup> Yeşil Kitap’ta Topluluk rekabet politikasının iki temel hedefinin olduğu vurgulanmıştır. Bunlar üye ülke ekonomilerinin tek bir pazarda bütünleşmesini sağlamak ve Topluluğun her yerinde etkin rekabetin tesis edilmesi ve korunmasını sağlamaktır. Birçok durumda bu amaçların, dağıtımın etkinliğini artıran ve Topluluğun pazar bütünleşmesi amacına zarar vermeyen dikey anlaşmalar kanalıyla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, p.179. Ayrıca bkz. WHISH, a.g.e.,s.542.

<sup>131</sup> Bkz. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, p.118.

<sup>132</sup> KORAH, V., ROTHNIE, W., Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules, 2 nd Edition, London, Sweet&Maxwell, 1992, s.39. Pek çok yazar, Topluluk Rekabet Otoriteleri’nin tek pazar hedefini rekabet politikasının bir amacı olarak görmelerinin, etkinlik ve tek pazar hedefinin çatışması sonucunu doğurduğu görüşündedirler. Nitekim rekabetin “Üye Ülkeler arası ticaret” olarak algılanması, bu ticareti kısıtlayan ancak aynı zamanda etkinlik artırıcı anlaşmaların da rekabet ihlali olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Bkz. WILLIMSKY, S.M., “The Concept(s) of Competition”, ECLR 18, 1997, s.54-57; UITERMARK, P.J., “The Concept of Competition Underlying the Community’s Control of Collusive Practices”, Aad van Mourik (edt.) içinde: Developments in European Competition Policy, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1996, s.6; WESSELING, R., The Modernisation of EC Antitrust Law, Oxford, Hart Publishing, 2000, s.79.

dikey kısıtlamalara yönelik genel yaklaşımının ortaya konulması açısından bu sınırlamaların analiz edilmesi gerekmektedir.

### 5.1. Münhasır Dağıtım ve Topraksal Koruma

Münhasır dağıtım anlaşmasında sağlayıcının belirli bir bölge için tek bir dağıtıcı ataması, bu bölgede faaliyet göstermek üzere başka dağıtıcıları atamaması, anlaşmanın yapısı gereği rekabeti kısıtladığı yorumunu da beraberinde getirmiştir. Münhasır dağıtıcıya, bölgesel münhasır dağıtım hakkı dışında tanınan ihracat ve ithalat kısıtlamaları, aktif ve pasif satışların kısıtlanması gibi bir takım topraksal korumalar da Topluluk Hukuku uygulamalarında önemli bir yer tutmuştur.

Sağlayıcının, ürünlerinin dağıtım konusunda sahip olduğu yetki açısından seçici dağıtım, franchise ve acentelik anlaşmaları arasında kabul edilen münhasır dağıtım kısıtlamaları markalararası rekabeti kısıtlarken, aynı zamanda söz konusu sağlayıcının farklı münhasır dağıtıcıları arasında pazar paylaşımı sonucunu da doğurabilmektedir<sup>133</sup>. İlk defa *Consten & Grundig* kararında Alman elektronik eşya üreticisi Grundig'in Fransa'daki münhasır dağıtıcısı Consten'in, Almanya'dan ithal ettikleri Grundig ürünlerini Fransa'da satan diğer dağıtıcıları engellemeye yönelik eylemleri hem Komisyon hem de ATAD tarafından mutlak topraksal koruma sağlaması nedeniyle rekabet ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>134</sup>. Ancak bu karar, mutlak topraksal koruma sağlamaksızın yalnızca sağlayıcının belirli bir bölge için tek bir münhasır dağıtıcı atamasının rekabet ihlali olup olmadığı konusunu yanıtsız bırakmıştır<sup>135</sup>. Daha sonraki *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm* kararında Mahkeme, ihracat ve ithalat kısıtlamaları ya da mutlak topraksal koruma olmaksızın münhasır dağıtım ilişkisinin tek başına rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>136</sup>. Mahkeme, münhasırlığın yeni bir piyasaya nüfuz etmek için gerekli olması durumunda kabul edilebileceğini ifade etmiştir<sup>137</sup>. Bu kararda göz önünde bulundurulacak faktörler ise;

- ürünün yapısı,

<sup>133</sup> GOYDER, a.g.e., s.70.

<sup>134</sup> Kararda ATAD, mutlak topraksal koruma sağlayan anlaşmaların amacının rekabeti kısıtlamak olduğu ve bu yüzden herhangi bir ekonomik analize gerek olmadığını belirtmiştir. *Case 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission* (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, s.342.

<sup>135</sup> Bkz. *Case 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission* (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, s.343.

<sup>136</sup> Anlaşma, ancak her bir davanın kendine özgü şartları ve münhasır ilişkiyi kuvvetlendiren anlaşma hükümlerine bağlı olarak 81(1) inci maddeyi ihlal edebilecektir. Bkz. *Case 56/65 Soci t  Technique Mini re v. Maschinenbau Ulm* (1966) ECR 235, s.249, (1966) CMLR 357.

<sup>137</sup> *Case 56/65 Soci t  Technique Mini re v. Maschinenbau Ulm* (1966) ECR 235, s.249, (1966) CMLR 357.

- anlaşmanın belirli bir ürün miktarı için mi yoksa miktarı belirli olmayan bir ürün için mi yapıldığı,
- tarafların pazar payları,
- anlaşmanın, sağlayıcının sahip olduğu dağıtım ağının bir parçası olup olmadığı,
- dağıtıcıya sağlanan topraksal korumanın derecesi ve paralel ithalat şansıdır<sup>138</sup>.

Söz konusu dikey kısıtlamanın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak bu faktörler, tarafların görece düşük pazar payına sahip olmaları ya da pazarda çok sayıda benzer anlaşmanın bulunmaması durumunda, münhasır dağıtım anlaşmasının 81 inci madde kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesini öngörmemektedir. Ancak uygulamada Komisyon, münhasır dağıtım anlaşmasındaki çeşitli ağırlıklardaki topraksal kısıtlamaları 81 inci maddenin ihlali olarak değerlendirmekte, ancak bu unsurları 81(3) üncü madde bağlamında muafiyet rejimine tabi tutulmaktadır<sup>139</sup>.

## 5.2. İhracat Sınırlamaları ve Piyasa Paylaşımının Diğer Araçları

Münhasır dağıtım anlaşmasında olsun ya da olmasın, ihracat sınırlamalarına yönelik hükümler rekabeti ihlali olarak değerlendirilmektedir. İlk Derece Mahkemesi kimi kararlarında bu kurala atıfta bulunmuştur<sup>140</sup>. *Miller* kararında ATAD; ister sağlayıcının isterse alıcının isteği doğrultusunda anlaşmaya ilave edilmiş olsun, ihracatı engellemeye yönelik bir hükmün amacı pazarı bölmek olduğundan rekabeti kısıtlayacağı yorumunda bulunmuştur<sup>141</sup>.

81 inci maddenin ihlali niteliğindeki ihracat kısıtlamaları, bir üye devletteki dağıtıcının, diğer üye ülkelerden gelen alıcılara mal vermesini engelleyen doğrudan anlaşma hükümleri şeklinde olabileceği gibi diğer üye ülke alıcılarına mal veren dağıtıcıların anlaşmalarının fesih edilmesi şeklinde fiili uygulamalar da olabilir<sup>142</sup>. İhracatın doğrudan kısıtlanması sonucunu doğurmasa dahi sağlayıcının ihraç edilen mallara yüksek fiyat uygulaması, dağıtıcının yalnızca nihai kullanıcılara satış yapabilmesi, bölge dışında reklam yapma yasağı, dağıtıcının paralel ihracat yapan toptancılara indirim vermemesi gibi ve uygulamalar da ihracatın dolaylı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğundan

<sup>138</sup> GOYDER, a.g.e., s.71.

<sup>139</sup> RODGER, B.J., MACCULLOCH, A., *Competition Law and Policy in the European Community and U.K.*, London, Cavendish Publishing, 1999, s.185.

<sup>140</sup> Bkz. Case T-66/92 Herlitz AG v. Commission (1994) II ECR 532, p.40; Case T-77/92 Parker Pen Ltd v. Commission (1994) II ECR 549, p.55.

<sup>141</sup> Case 19/77 Miller International Schallplatten GmbH v. Commission (1978) ECR 131, (1978) 2 CMLR 334, p.7.

<sup>142</sup> Bkz. Volkswagen, OJ (1998) L 124/60, (1998) 5 CMLR 33, p.115.



aynı kapsamda değerlendirilmektedir. Yetkili olmayan dağıtıcılardan alınan mallar için garanti ve satış sonrası hizmetlerin tanınmaması da ihracatı sınırlayan bir uygulama olduğundan 81 inci maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>143</sup>. *Accinauto* kararında dağıtıcıların bölge dışından gelen talepleri üreticiye bildirme yükümlülüğü, pasif satışların üreticinin izni olmaksızın gerçekleşmesini engelleyen bir uygulama olarak değerlendirilmiştir<sup>144</sup>.

Komisyon'un, teşebbüslerin yeni bir ürünü piyasaya sürmek ya da yeni bir coğrafi pazara girmek için uygulamaya koyduğu topraksal sınırlamalara yönelik yaklaşımı daha ılımlı düzeydedir<sup>145</sup>. Konuya ilişkin olarak Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi'nde Komisyon;

*"Yeni bir ürünün piyasaya sunulması ya da yeni bir coğrafi pazara girmeyi kolaylaştıran dikey sınırlamalar genel olarak rekabeti sınırlamaz. Bu kural teşebbüsün pazar payına bağlı olmaksızın ürünün piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren 2 yıl geçerlidir. Bu kural, ağır sınırlamalar dışındaki rekabet kısıtları ve yeni bir coğrafi pazara girilmesi durumunda, sağlayıcının diğer piyasalardaki doğrudan alıcılarının yeni piyasadaki araçlara aktif ve pasif satışlarını kısıtlayan hükümlerine uygulanır. Belirli bir bölge ya da müşteri grubuyla sınırlı olmak üzere yeni bir ürünün test edilmesinde, ilgili bölgede yeni ürünü satmak üzere atanan dağıtıcıların bölge dışına yapacakları aktif satışlar, maksimum bir yıllık süre için kısıtlanabilir."*<sup>146</sup> yorumu ile, yeni bir ürünü piyasaya süren ya da yeni bir coğrafi pazara giren bir sağlayıcının, bu bölgede faaliyet gösterecek olan dağıtıcılarının yatırımlarını teşvik eden kısıtlamalara izin vereceğini ifade etmektedir.

### 5.3. Fiyat Tespiti

Yeniden satış fiyatının ya da minimum satış fiyatının tespiti yalnızca 81(1) inci maddenin (a) bendinde yasaklanmış bir hüküm olmayıp aynı zamanda oldukça istisnai durumlarda muafiyetten yararlandırılmıştır. Dikey anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazar payları toplamı %15'i geçmese dahi diğer bir ifade ile anlaşma de minimis<sup>147</sup> kapsamında olsa dahi yeniden satış fiyatının tespiti ya da minimum satış fiyatının tespitine yönelik eylemler üye ülkeler arası ticarete etki ettikleri nispette 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilmiştir<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Bkz. Case 31/85 *ETA Fabriques d'Ebauches v. DK Investment SA* (1985) ECR 3933, (1986) 2 CMLR 674, p.9-18.

<sup>144</sup> Case T-176/95 *Accinauto v. Commission* (1999) II ECR 1635, (2000) 4 CMLR 33, p.61-63.

<sup>145</sup> GOYDER, a.g.e., s.75.

<sup>146</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119.

<sup>147</sup> De Minimis için bkz. s.63.

<sup>148</sup> GOYDER, a.g.e., s.101.

Tavsiye fiyat uygulaması ise pek çok dikey anlaşma türünde, fiyatın gerçek anlamda bir tavsiye niteliğinde olması ve dağıtıcılara bu fiyattan satış yapmalarına yönelik bir baskı olmaması durumunda makul kabul edilebilir bir kısıtlama olarak değerlendirilmiştir.

Bununla birlikte Komisyon'un yeniden satış fiyatı grubunda yer alan kısıtlamalara ilişkin son dönemdeki yaklaşımı önceki uygulamalarına göre farklı yönlerde sahiptir. %30'un üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüslerin tavsiye ve maksimum satış fiyatına ilişkin kısıtlamaları, dağıtıcıların tamamının bu kısıtlamaya bağlı kalma riski ve kısıtlamaların işbirliği riski doğurması nedeniyle şüphelye karşılanmaktadır. Diğer taraftan, sağlayıcının güçlü bir pazar konumuna sahip olması veya piyasanın dar bir oligopol özelliği göstermesi durumunda, bu hükümlerin 81(1) inci maddeyi ihlal edebileceği ve aynı zamanda muafiyet şartlarını sağlanmasının da oldukça zor olduğu belirtilmiştir<sup>149</sup>.

#### **5.4. Rekabet Etmeme ve Münhasır Satın Alma Yükümlülükleri**

Alıcının anlaşma konusu malların tamamını tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğuran münhasır satın alma anlaşmalarının yanı sıra anlaşma konusu mallarının tamamını olmasa da önemli bir bölümünü sağlayıcıdan temin etmesini garanti altına alan kısıtlamalar da 81 inci maddeyle bağdaşmaz kabul edilmiştir<sup>150</sup>.

Komisyon aynı zamanda; minimum satın alma yükümlülüğü, ürünün tüm çeşitlerinden stok bulundurma yükümlülüğü, miktar indirimleri, doğrusal olmayan fiyatlama gibi rekabet etmeme ya da münhasır satın alma yükümlülükleri ile aynı etkileri doğuran hukuki ya da psikolojik her türlü uygulamayı bu kapsamda değerlendirmektedir<sup>151</sup>.

*BP Kemi* davasında Komisyon, rekabet etmeme yükümlülüğünün 81 inci maddeyi ihlal edip etmediğini değerlendirirken; anlaşmanın süresi ve ekonomik yapısının, tarafların pazar paylarının, alıcı ve satıcının pazardaki konumunun göz önünde bulundurulmasının gerektiğini belirtmiştir<sup>152</sup>.

*Delimitis* kararında; bira ilgili pazarındaki rekabet etmeme yükümlülüğünün 81(1) inci madde bağlamında bir ihlal olabilmesi için iki temel şartın yerine gelmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şartların ilki olarak, bira satış noktalarının oluşturduğu perakende pazarında önemli giriş engellerinin var

<sup>149</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.225-228.

<sup>150</sup> Bkz. European Commission, XII th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1982, p.12.

<sup>151</sup> Bkz. European Commission, XII th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1982, p.12.

<sup>152</sup> BP Kemi/DDSF, OJ (1979) L 286/32, (1979) 3 CMLR 684, p.59.

olması ya da diğer sebeplerden dolayı piyasada faaliyet gösteren rakip bira üreticilerine piyasanın kapanmasının gerektiği ifade edilmiştir. İkinci şart ise sağlayıcının piyasadaki rekabetin engellenmesine esaslı katkıda bulunması gerektiğidir<sup>153</sup>.

Komisyon'un değerlendirmelerinde dikkate aldığı diğer noktalar ise; bağlı satış noktalarının tüm satış noktalarına oranı, bağlı satış noktaları üzerinden yapılan satışların tüm satışlara oranı ve piyasaya giriş engellerinin varlığıdır<sup>154</sup>. *Spices* kararında Komisyon, baharat üreticisi bir teşebbüsün üç büyük süpermarket ile imzaladığı ve toplam pazardaki satışların %35'ine karşılık gelen rekabet etmeme yükümlülüğünü, ürünlerini dağıtmak isteyen diğer baharat üreticilerinin büyük satış noktalarına erişememesi nedeniyle 81 inci maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>155</sup>.

### 5.5. İngiliz Şartı

Alıcının ancak piyasada daha uygun fiyata mal bulması durumunda bu fiyatı veren rakip sağlayıcıdan mal alabileceğine ilişkin İngiliz şartı, rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı sonucu doğuran bir uygulamadır<sup>156</sup>. *BP Kemi* davasında taraflar, bu hükmün alıcılara rakip sağlayıcılardan mal temin etme imkanı vermesi nedeniyle anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini azalttığını iddia etmişlerdir<sup>157</sup>. Ancak Komisyon hükmün oldukça dar olduğunu ve bu sebeple anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini yeterince azaltmaktan uzak olduğuna karar vermiştir<sup>158</sup>.

İngiliz şartında rakip sağlayıcılardan mal temin etme hakkının kullanımı; alternatif sağlayıcının minimum belirli bir miktar mal temin edebilecek büyüklükte bir teşebbüs olması, alıcının sağlayıcıya daha düşük olan teklifi iletilmesi ve sağlayıcının bildirilen bu fiyatı karşılamayacağını bildirmesi durumunda alıcının alternatif kaynaktan mal temin edebilmesi gibi değişik şartlara bağlanabilmektedir<sup>159</sup>. Aynı zamanda İngiliz şartının; piyasadaki rakip sağlayıcılar arasında, malın satımında uyguladıkları fiyat ve diğer şartlara ilişkin bilgilerin değişimine aracılık eden bir mekanizma şeklinde çalıştığından, markalararası rekabet düzeyine de olumsuz etkilerinin mevcut olduğu ifade edilmiştir<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> GOYDER, a.g.e., s.80.

<sup>154</sup> Bkz. Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission (1995) II ECR 1533, p.167.

<sup>155</sup> Liebig Spices, OJ (1978) L 53/20, (1978) 2 CMLR 116, p.21.

<sup>156</sup> Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.7.

<sup>157</sup> BP Kemi/DDSF, OJ (1979) L 286/32, (1979) 3 CMLR 684, p.62.

<sup>158</sup> GOYDER, a.g.e., s.82.

<sup>159</sup> GOYDER, a.g.e., s.81. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.85.

<sup>160</sup> BP Kemi/DDSF, OJ (1979) L 286/32, (1979) 3 CMLR 684, p.84.

## II. ROMA ANTLAŞMASI 82 nci MADDE ÇERÇEVESİNDE DİKEY ANLAŞMALAR

### 6. Genel Olarak

Kurucu Antlaşma'nın 82 inci maddesi "*Ortak Pazar'da veya onun önemli bir bölümünde, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmaları, Üye Devletler arası ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar'la bağdaşmaz kabul edilir ve bundan böyle yasaklanmıştır.*" şeklinde bir genel yasaklamayı tanımladıktan sonra ikinci paragrafta sınırlayıcı olmamakla beraber kötüye kullanma ihtimali olan durumları örneklemiştir:

*"Özellikle şu durumlarda böyle bir kötüye kullanma mevcut olabilir:*

- a. Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da haksız diğer ticari koşullar koyma,*
- b. Tüketiciye zarar verecek şekilde üretimi, pazarları veya teknik gelişmeyi sınırlama,*
- c. Taraflara, eş edimler için eşit olmayan koşullar uygulayarak onları rekabette dezavantajlı konuma sokma,*
- d. Anlaşmaların, niteliği veya ticari yaşamın gereği olarak bu tür anlaşmaların konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması."*

82 nci maddede yasaklanan durumun gerçekleşmesi için, hakim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüslerin bu konularını üye ülkeler arası ticareti etkiler şekilde kötüye kullanmaları gerekmektedir. Bu yönüyle üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesi, 82 nci maddenin uygulama şartlarından birini oluşturmaktadır.

ATAD, 82 nci madde bağlamında üye ülkeler arası ticaretin etkilenip etkilenmediğini tespit ederken, hakim durumun kötüye kullanılması ile ortak pazardaki rekabet yapısının bozulmasını yeterli görmektedir<sup>161</sup>. Zira ilgili piyasada hakim durumda olan bir teşebbüsün bulunması, tek başına piyasadaki rekabetçi yapıyı şüpheli hale getirmektedir.

R.A.'nın 82 nci maddesi hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklanmış olmakla beraber kötüye kullanmaya yönelik genel bir tanıma yer vermemiştir. Bu sebeple hem hakim durum hem de kötüye kullanma, AT Komisyonu ve ATAD kararlarında tanımlanmıştır.

---

<sup>161</sup> Bkz. WHISH, a.g.e., s.151.

## 7. Hakim Durum

R.A.'nın 81 inci maddesinden farklı olarak 82 nci maddenin uygulanabilmesi için pazarda hakim durumda bulunan en az bir teşebbüsün varlığı gereklidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hakim durum R.A.'nın 82 nci maddesinde tanımlanmamıştır. Konuya ışık tutması açısından hakim durumun ekonomik anlamda sınırlarını tespit etmek, kavramın anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Hakim durum, belirli bir zaman diliminde esaslı bir ekonomik güce sahip olma durumudur. Daha net bir tanımla hakim durum, teşebbüsün üretimi azaltma ve bu sayede fiyatı rekabetçi fiyat düzeyinin üzerine çıkarabilme gücüdür<sup>162</sup>. Ancak bu fiyat tespitinin geçici olmayan bir tespit olması da gerekmektedir<sup>163</sup>.

Komisyon *Continental Can*<sup>164</sup> davasında hakim durumu şu şekilde tanımlamıştır:

*“Bir teşebbüsün hakim durumda bulunması, bu teşebbüsün rakiplerini, müşterilerini ve sağlayıcılarını dikkate almaksızın, bağımsız olarak hareket edebilmesini ifade eder. Bu durum, bir teşebbüsün pazar payı veya bununla birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde veya sermaye sayesinde, ilgili pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüs açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmek için, pazardaki diğer teşebbüslerin varlığına bütünüyle son verebilmesine yetecek hakimiyet kurması gerekmez. Bu gücün derecesi pazardan pazara farklılık gösterse dahi, ilgili teşebbüse bağımsız davranabilme özgürlüğü sağlaması yeterlidir.”*

Komisyon bu tanımda, teşebbüsün hakim konumunun belirleyicisi olarak “rakiplerinden, müşterilerden ve sağlayıcılardan bağımsız hareket edebilme gücü” ölçüsünü getirmiştir. Aynı zamanda teşebbüsün bağımsız hareket edebilmesi için, piyasadaki diğer teşebbüsleri piyasa dışına itecek güce erişmesine de gerek olmadığını belirterek “bağımsız davranabilme gücünün” sınırını ortaya koymuştur.

*United Brands* davasında ATAD’da benzer bir yorumda bulunmuş ve bu tanımlı daha sonra pek çok kararında kullanmaya devam etmiştir<sup>165</sup>. Davada

<sup>162</sup> WHISH, a.g.e., s.153.

<sup>163</sup> UTTON, M.A., Market Dominance and Antitrust Policy, Second Edition, Great Britain, Edward Elgar Publishing Co., 1996, s.156.

<sup>164</sup> Continental Can Co. Inc., OJ (1972) L 7/25, (1972) CMLR D11, p.3.

<sup>165</sup> Hakim durum *Hoffman-La Roche* ve *Michelin I* davalarında da benzer şekilde tanımlanmıştır. Bkz. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.38; Case 322/81 *NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, p.6.

hakim durum, “Teşebbüsün; rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai tüketicilerden gözle görülür bir şekilde bağımsız davranarak ilgili piyasada mevcut olan etkin rekabeti engelleyebilecek ekonomik güce sahip olması durumudur.” şeklinde tanımlanmıştır<sup>166</sup>. Tanımda esas olarak iki farklı husus göze çarpmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüsün “müşteri ve rakiplerinden bağımsız davranabilmesi” *Continental Can* kararında da yer alırken burada ayrıca, hakim durumdaki teşebbüsün “etkin rekabeti engelleyebilecek konumda olması” koşulu da getirilmiştir. Her iki tanımda da, pazar gücünün ekonomik tanımına uygun olan “bağımsız davranabilme” hususu öne çıkan unsurdur. “Rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai tüketicilerden gözle görülür bir şekilde bağımsız davranma” koşulunda, bağımsız davranmanın sınırı “gözle görülür/esaslı miktarda” ölçüsü ile çizilmiştir. Diğer bir ifade ile hakim durumdaki teşebbüsün piyasadaki rekabetçi güçlerden tamamen bağımsız hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>167</sup>. “Etkin rekabeti engelleme” yönü ise “bağımsız davranabilme”nin yalnızca bir tane sonucudur. Zira bağımsız davranabilen teşebbüs, bu konumunu kullanarak etkin rekabeti engelleyebileceği gibi piyasadaki diğer aktörleri sömürme imkanına da sahip olacaktır<sup>168</sup>.

82 nci maddenin bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanabileceklerinden bahsetmesi, birden fazla teşebbüsün sahip olduğu “birlikte hakim durum” kavramının doğmasına neden olmuştur<sup>169</sup>. ATAD *Almeo*<sup>170</sup> davasında birlikte hakim durumdan bahsetmek için ilgili teşebbüslerin, piyasada aynı davranışı benimsemelerine yol açacak şekilde birbirleri ile bağlantılı olmaları gerektiğinden bahsetmiştir. İlk Derece Mahkemesi ise *İtalyan Flat Glass*<sup>171</sup> kararında, belirli bir piyasadaki iki ya da daha fazla bağımsız ekonomik birime, herhangi bir anlaşma ya da lisans kanalıyla sahip oldukları teknolojik üstünlüğün, rakiplerinden ve müşterilerinden hissedilir derecede bağımsız davranma gücü vermesini, birlikte hakim duruma örnek olarak göstermiştir.

<sup>166</sup> Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207, p.65.

<sup>167</sup> Ekonomik yönden herhangi bir teşebbüsün, rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai tüketicilerden gözle görülür bir şekilde bağımsız davranması beklenemez. Bu yönüyle hakim durumun tespitinde “etkin rekabetin engellenmesi” unsuru ön plana çıkmaktadır. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.183-184.

<sup>168</sup> Bkz. WEATHERILL/BEAUMONT, a.g.e., s.727.

<sup>169</sup> KERSE, a.g.e., s.22. Kimi yazarlar Avrupa rekabet politikasının yeni ekonomik yaklaşımları benimsemekte geç kaldığını, bu yaklaşımların yerine ekonomik analizi karmaşıklaştıran yeni hukuki kavramların türetildiği görüşünü dile getirmişlerdir. Bu görüşlerini ise, doğrudan ekonomik karşılığı bulunmayan “birlikte hakim durum” kavramı ile desteklemişlerdir. Bkz. MCNUTT, a.g.m., s.64.

<sup>170</sup> Case C-393/92 Almelo and Others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV (1994) ECR I-1477, p.42.

<sup>171</sup> Cases T-68&77/89 Societa Italiano Vetro SpA v. Commission (1992) ECR II-1403, (1992) 5 CMLR 302, p.358.

Tüm bu tanımlarda, hakim durum kavramının ana hatları tespit edilmesine rağmen Komisyon ve ATAD, hakim durumun varlığını ortaya koyacak kıstasları her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmektedir.

Komisyon ve ATAD kararlarında, bir teşebbüsün pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığının tespitinde öncelikle bu durumun söz konusu olduğu pazarın tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>172</sup>. Bu yönüyle bir teşebbüsün hakim durumu, belirli bir pazardaki hakim durumu ifade eder<sup>173</sup>.

R.A. 82 nci madde çerçevesinde hakim durumun analizine geçmeden önce hakim durumun ortaya konulması açısından öncelik taşıyan “ilgili pazar” kavramının içeriği üzerinde durulmalıdır.

### 7.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, birbirleriyle ikame edilebilen ürünlerden oluşan pazardır. Teorik olarak her ürünün ikamesi bulunabileceği fikri, ilgili ürün pazarı belirlenirken, ne dereceye kadar ikame ürünlerin kapsama alınacağına ilişkin soruyu gündeme getirmektedir. Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin *Times-Picayune*<sup>174</sup> davasında ortaya koyduğu ölçü konuya ışık tutması açısından önemlidir<sup>175</sup>: ‘Her ürünün ikamesi vardır. Ancak ilgili pazarın kapsamının bu genişlikte tutulması anlamlı değildir. İlgili ürün pazarı belirlenirken, makul fiyat değişiklikleri durumunda nispeten önemli sayıda müşterinin yöneleceği ikame mallar kapsam içinde tutulacak şekilde çember genişletilmelidir.’

İkame edilebilirliğin belirlenmesinde dayanak teşkil eden iki nokta, ‘talep ikamesi’ ve ‘arz ikamesi’dir. Bunları belirlemek için, bir ürünün fiyatında meydana gelen değişikliklere karşı arzın (arz esnekliği) ve talebin (talep esnekliği) gösterdikleri duyarlılığı ortaya koymak gerekmektedir<sup>176</sup>. Ayrıca, bir ürünün fiyatında meydana gelen değişikliğin, bir başka ürünün tüketim

---

<sup>172</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.260.

<sup>173</sup> Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.38.

<sup>174</sup> Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953), s.611.

<sup>175</sup> WERDEN, G., “Four Suggestions on Market Delineation”, The Antitrust Bulletin, Vol. 37, 1992, s.118.

<sup>176</sup> Komisyon ve ATAD’ın eski uygulamalarında, ürünler arasındaki fiyat ilişkisinden ziyade ürün tanımlamasına bağlı olarak “ilgili ürün pazarını” tespit etmesi eleştiri konusu olmuştur. Bkz. KORAH, V., “Concept of a Dominant Position within the Meaning of Art. 86: Recent Case Law of the Court”, CMLRev., Issue 17, 1980, s.395. Bir diğer eleştiri ise, davaların neredeyse tamamında ilgili ürün pazarının talep ikamesine dayalı olarak tespit edilmesini konu almaktadır. Bkz. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.112.

miktarında neden olduğu değişikliği ifade eden çapraz esneklik de ilgili ürün pazarı analizlerinde yararlı olmaktadır<sup>177</sup>.

*Michelin I*<sup>178</sup> davasında ATAD; “İlgili ürün pazarının belirlenmesi, teşebbüsün piyasadaki etkin rekabet düzeyini engelleyecek ve rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden esaslı oranda bağımsız davranabilecek konumda olup olmadığının değerlendirilmesinde faydalıdır. Bu amaçla; yalnızca ilgili pazarların objektif özellikleriyle sınırlı bir inceleme yeterli olamaz. Aynı zamanda rekabetçi unsurlar ve piyasadaki arz/talep yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır.” yorumunda bulunmuştur.

Komisyon’un ilgili ürün ve coğrafi pazara ilişkin uygulama esaslarını ortaya koyduğu Komisyon Duyurusu’nda (İlgili Pazar Duyurusu)<sup>179</sup>; pazar tanımlanırken teşebbüsün karşı karşıya olduğu rekabet kısıtlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir<sup>180</sup>. Bu kısıtlardan en önemlisi ve teşebbüs üzerinde en büyük rekabetçi baskıyı yaratacak olanının talep ikamesi olduğu ifade edilmiş; bunun dışında kalan arz ikamesi ve potansiyel rekabet kısıtlarının ise yalnızca talep ikamesi gibi teşebbüs üzerinde hemen etki gösterebileceği durumda hesaba katılacağı, aksi halde rekabet analizinin sonraki safhalarında değerlendirilecekleri ifade edilmiştir<sup>181</sup>.

Bu yönüyle talep ikamesi, ilgili pazarın tespitinde ana unsurdur. Talep ikamesine yönelik testler; kullanım, fiyat ve özellikleri bakımından tüketicilerce büyük ölçüde birbirini ikame edebilir ürünleri ortaya koyma amacına yöneliktir<sup>182</sup>. *Hoffmann La-Roche* davasında Komisyon ilgili pazar kavramını, bu pazarı oluşturan ürünler arasında etkin bir rekabetin olması ve her biri pazarın bir parçası olan ürünler arasında talep yönünden yeterli düzeyde ikame edilebilirliğin söz konusu olması şeklinde ifade etmiştir<sup>183</sup>. Bu açıdan mallar arasında oldukça sınırlı bir ikame edilebilirliğin bulunması ve sonuç olarak oldukça önemsiz bir rekabet düzeyi yeterli görülmemektedir<sup>184</sup>.

<sup>177</sup> Esneklik hakkında daha geniş bilgi için bkz. LIPSEY, G.R., STEINER, P.Q., PURVIS, D.D., Economics, Ninth Edition, New York, Harper & Row, 1990, s.73.

<sup>178</sup> Case 322/81 Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.37.

<sup>179</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, OJ (1997) C 372/5.

<sup>180</sup> İlgili pazarın tanımlanması aşamasında kullanılan teknikler için bkz. ÇETİNKAYA, M., İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:14, Ankara, 2003, s.25-49.

<sup>181</sup> Bkz. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.13-23.

<sup>182</sup> Bkz. GREEN/ROBERTSON, a.g.e., s.327.

<sup>183</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.28.

<sup>184</sup> Bkz. Case 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (1989) ECR 803, (1990) 4 CMLR 102, p.40.



Duyuru, talep ikamesi değerlendirilirken öncelikle teşebbüsün ürettiği ürün ve bölgeden başlanabileceğini ve SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price.) testinin kullanılabilmesini ifade etmiştir<sup>185</sup>. Bu testte; söz konusu üründen başlamak üzere her bir ilave ürünün ilgili ürün pazarında yer alıp almayacağına, bu ürünlerin söz konusu ürün fiyatını etkileme gücüne göre karar verilmektedir. Hipotetik olarak A ürününün fiyatında meydana gelen küçük (%5-10 arasında değişen bir oranda) fakat geçici olmayan bir artış, alıcıların hali hazırda alternatif B ürününe geçmelerine sebebiyet veriyorsa ve aynı zamanda B ürününe geçen alıcı miktarı, fiyat artışını karsız kılabilecek düzeyde ise, bu durumda A ve B ürünleri aynı ilgili ürün pazarında yer aldığı kabul edilecektir<sup>186</sup>. Aynı fiyat artışı, A ve B ürünleri tek bir ürün kabul edilerek tekrarlanır ve neticede fiyat artışını karsız kılan tüm ürünler ilgili ürün pazarına dahil edilir.

SSNIP yaklaşımının esası; bir ürün ya da coğrafi grubu ele alarak, bu grupta yer alan ürünlerin fiyatları birbirleriyle uyumlu bir şekilde artarsa alıcıların tepkisi sonucu fiyat artışı nasıl bir sonuç ortaya çıkaracaktır sorusunu yanıtlamaktır. Bu işlemin dolaylı sonucu ise, belirli bir ürünün üretiminde önemli derecede söz sahibi olan teşebbüsün ne derece pazar gücüne sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

SSNIP testi oldukça kuramsal bir testtir. Analizde kullanılacak yeterli miktarda veri olmadığı müddetçe, genellikle bu testteki fiyat artışının etkisini doğrudan doğruya gözlemlemek ve analiz etmek mümkün değildir<sup>187</sup>. SSNIP yaklaşımının odak noktası ise talep yönlü ikame edilebilirliktir<sup>188</sup>. Bu, bir fiyat değişimi durumunda müşterilerin satın alma kararlarını alternatif ürünler lehinde kullanıp kullanmayacaklarına bağlıdır.

Söz konusu test, iki ürün arasındaki ikame edilebilirliğin tespitine bağlı olarak ürünlerin aynı pazarda yer aldıklarının kabul edilebilmesi için, ürünler arasında tam olarak ikame olma şartını aramamaktadır. İki ürünün aynı pazarda sayılabilmesi için, tüketim tercihlerini değiştirmeyen bir kısım tüketicinin varlığına rağmen, satın alınan bu iki ürün arasında birinden diğerine doğru önemli oranda alıcı kayması yeterlidir. SSNIP testi, varsayımsal bir teşebbüsün fiyatlarını kârlı bir şekilde artırmasını önleyecek sayıda tüketicinin diğer ürünlere kaymasını, ilgili pazar analizi için yeterli bir ölçüt kabul etmiştir. Zira

---

<sup>185</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.15-17. İlgili Pazar Duyurusu'nda söz konusu testin, talep ikamesinin değerlendirilmesinde kullanılacak tek yöntem olmadığı belirtilmekle birlikte diğer yöntemlerin ne olduğu konusunda açıklayıcı bir bilgi bulunmamaktadır. Bkz. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.105.

<sup>186</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.17.

<sup>187</sup> Bkz. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.97.

<sup>188</sup> DRAHOS, a.g.e., s.76.

talep ikamesinin büyüklüğü, bir teşebbüsün fiyatları kârlı bir şekilde yükseltmesini zorlaştıran unsurdur. Bu nedenle talep yönlü ikamenin varlığının, üreticiler üzerinde önemli bir rekabetçi baskı yarattığı kabul edilmiştir<sup>189</sup>.

Duyuru'da SSNIP testi için uygulanacak fiyat artışının geçici olmaması gerektiği ve süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu sürenin ne kadar olması gerektiği ile ilgili net bir zaman dilimi belirtilmemiştir.

İlgili pazar tanımlanırken yalnızca talep yönlü bir ikame değil aynı zamanda teşebbüsler üzerinde tekelci davranışları engelleyebilecek rekabetçi bir baskı yaratan arz yönlü bir ikame de göz önünde bulundurulur. Arz ikamesi, ilgili malın fiyatında meydana gelen küçük ve sürekli değişim karşısında, alıcı açısından o mal ile ikamesi mümkün olmayan başka bir ürün üreticisinin önemli bir ilave risk ve maliyete katlanmaksızın ilgili ürünü üretme yeteneğidir<sup>190</sup>.

Arz ikamesi kavramı ilgili ürün pazarının kapsamının belirlenmesinde yardımcı olsa da, Komisyon genel olarak ilgili pazarı tanımlarken talep yönlü analizler üzerinde yoğunlaşmaktadır<sup>191</sup>. *Continental Can* kararında Komisyon, üç farklı ilgili ürün pazarı tanımlarken bu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ufak değişiklikler neticesinde ayrı pazar olarak değerlendirilen diğer bir malı üretme imkanını göz ardı etmiştir<sup>192</sup>.

Bununla birlikte Komisyon arz ikamesini, ilgili ürün pazarının tespitinde talep yönlü ikame analizinin belirlediği pazarı daraltmak için kullanmıştır<sup>193</sup>.

İlgili Piyasa Duyurusu'nda Komisyon, arz yönlü ikame edilebilirliğin, talep yönlü ikame ile eşit etki doğurması durumunda göz önünde bulundurulacağını belirttikten sonra şu kriterleri ortaya koymuştur:

- Sağlayıcı, üretimini ilgili ürüne ve ilgili ürün pazarına kısa sürede yöneltebilecek durumda olmalıdır,
- Sağlayıcı, küçük ve geçici olmayan göreceli fiyat değişimlerine tepki olarak üretimini ilgili ürüne kaydırması durumunda, önemli bir risk ve maliyete maruz kalmamalıdır<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.89-92.

<sup>190</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.692.

<sup>191</sup> Bunun dışında Komisyon uygulamalarında, Duyuru'da yer verilen diğer unsurlardan önemli sapmalar görülmektedir. Aynı zamanda Komisyon ve ATAD'ın ilgili ürün pazarını tespit ederken çok sayıda faktörü göz önünde bulundurması da subjektifliği beraberinde getirmektedir. Bkz. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.271.

<sup>192</sup> ATAD ise Komisyon'dan farklı olarak Michelin I davasında, otomobil ve ağır vasıta lastik üretiminde kullanılan teknoloji ve ekipmanların farklı olmasını değerlendirerek arz yönlü bir analiz yapmıştır. Bkz. Case 322/81 Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.41.

<sup>193</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.97

Bununla birlikte Duyuru bu tür bir ikamenin, teşebbüslerin aynı ürünün farklı türlerini üretmeleri durumunda tipik olarak ortaya çıkacağını belirtmiştir<sup>195</sup>.

İkame ürün üretebilen teşebbüsler, ilgili ürünü üreten teşebbüsler üzerinde önemli bir rekabetçi baskı yaratabiliyorlarsa pazar tanımı analizlerine dahil edilmelidir. Arz ikameci üreticilerin belirli bir zaman dilimi sonunda ya da önemli miktarda yatırım yaptıktan sonra pazara girebiliyor olmaları, bu üreticilerin pazar analizine dahil olmasını engeller. Bu tip üreticiler, pazarın tanımlanmasına yönelik yapılan analizlerde göz ardı edilmesine rağmen potansiyel rakip olarak değerlendirilebilecektir. Diğer bir ifade ile böyle bir durumda arz ikamesi tamamen göz ardı edilmeyecek, ancak ilgili ürün pazarı tespit edildikten sonra pazarın rekabetçi yapısının analizinde ele alınacaktır<sup>196</sup>. Nitekim *Irish Sugar*<sup>197</sup> kararında Komisyon benzer bir yaklaşım sergileyerek, endüstriyel ve perakende kullanıma yönelik işlenmiş şekeri, aynı temel maddeyi içermesi ve arz yönünden belirli bir ikame haddinin söz konusu olmasına rağmen dağıtım kanalları, paketleme ve tüketici profili yönünden farklı oldukları gerekçesi ile iki ayrı pazar olarak değerlendirmiştir.

## 7.2. İlgili Coğrafi Pazar

Teşebbüsün hakim konumunun saptanması için gerekli bir diğer unsur da ilgili ürün piyasasının coğrafi kapsamıdır. Nitekim coğrafi pazarın sınırlarının çizilmesi, ilgili teşebbüsün pazar gücünün gerçek anlamda ortaya konulması açısından hayati öneme sahiptir.

İlgili coğrafi pazar, diğer bölgelere göre farklı ya da kendi içinde homojen bir yapı sergileyen pazardır. Bölgede tüketilen ürünün nispeten küçük bölümünün bölge dışından gelmesi ya da bölgeler arasında ticaretin olmaması, bölgenin talep özellikleri yönünden farklılık arz etmesi, diğer bölgelerden olası ticaret akımlarının maliyet unsurları açısından rasyonel olmaması, bölgenin ayrı bir coğrafi pazar olarak ele alınmasında önemli etkenlerdir<sup>198</sup>.

İlgili coğrafi pazarın tespitinde yalnızca ilgili teşebbüsün ticari faaliyette bulunduğu bölge değil bu bölge ile rekabet koşulları açısından benzerlik gösteren diğer bölgeler de göz önüne alınacaktır. Nitekim ilgili ürün pazarında olduğu gibi ilgili coğrafi pazarın tespitinde de potansiyel rekabet unsuru etkili

<sup>194</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.20. Yeni ürüne yönelik reklam, pazarlama, tutundurma, markalaşma maliyetleri ve buna bağlı risk yapısı, arz ikamesinin sınırlarını çizen unsurlardır.

<sup>195</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.21.

<sup>196</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.94-95.

<sup>197</sup> Irish Sugar, OJ (1997) L 258/1, (1997) 5 CMLR 666, p.90.

<sup>198</sup> SCHEFFMAN, D., SPILLER, P., "Geographic Market Definition under the US Department of Justice Merger Guidelines", Journal of Law and Economics, Vol. 30, 1987, s.123-124.

olmaktadır<sup>199</sup>. Bu açıdan bir bölgedeki ürünün fiyatında meydana gelen artışın diğer bölgelerdeki fiyatı etkileyip etkilemediği, coğrafi pazarın sınırlarının tespitinde önem arz etmektedir<sup>200</sup>. Bölgeler arasında fiyat hareketleri açısından pozitif bir korelasyon varsa, bu bölgeler aynı coğrafi pazarda değerlendirilebilecektir.

ATAD coğrafi pazarı şu şekilde tanımlamıştır:

*“Teşebbüsün etkin rekabeti engelleyen kötüye kullanma eylemini gerçekleştirdiği, ilgili ürüne yönelik objektif rekabet şartlarının tüm ticari taraflar için aynı olduğu, Ortak Pazarın açıkça sınırlandırıldığı önemli bir bölümü.”*<sup>201</sup> Piyasaların farklı ulusal talep şekilleri, taşıma ve diğer zorunlu maliyetlerden doğan arz yönlü farklılıklar ya da regülatif sınırlamalar gibi diğer faktörlerden kaynaklanan rekabet şartlarındaki herhangi bir farklılık, sınırlandırmanın temelini oluşturabilecektir<sup>202</sup>.

Bazı durumlarda kötüye kullanma eyleminin kendisi, piyasanın bölümlendirilmesi sonucunu doğurabilir<sup>203</sup>. Bir diğer önemli nokta ise, piyasa şartları ile taraflara etki eden rekabet şartları arasındaki ayırmadır. Coğrafi bölgeler arası piyasa şartlarında gözlemlenen farklılıklar, rekabetçi şartlarda meydana getirdiği etkilere göre coğrafi pazarın sınırını genişletebileceği gibi daraltıcı etki de doğurabilir. *Hilti* davasında, Hilti ürünlerinin fiyatlarının üye ülkeler arasında farklılık gösterdiği, bu durumun düşük taşıma maliyetleri ile beraber değerlendirildiğinde paralel ticaret olasılığını doğurduğu ve bu sebeple ilgili coğrafi pazarın tüm Topluluk devletlerini kapsayacak şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>204</sup>.

*Michelin I* kararında ilgili coğrafi pazar Hollanda olarak tespit edilirken, Hollanda’da yerleşik dağıtıcıların yalnızca Hollanda’da bulunan sağlayıcılardan mal tedarik etmeleri, coğrafi pazarın sınırını çizmiştir<sup>205</sup>.

ATAD coğrafi pazarın tespitinde objektif rekabet şartlarını incelerken, söz konusu şartların tamamen homojen olmasını şart koşmamakta, benzer ya da

<sup>199</sup> SANLI, a.g.t., s.250.

<sup>200</sup> CARLTON, D., PERLOFF, J., Modern Industrial Organization, Second Edition, New York, Harper Collins College Publishers, 1994, s.98-99.

<sup>201</sup> Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207, p.44.

<sup>202</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.44-52.

<sup>203</sup> Bkz. Case T-228/97 Irish Sugar v. Commission, (1999) ECR II-2969, (1999) 5 CMLR 1300, p.96.

<sup>204</sup> Case T-30/89 Hilti AG v. Commission (1991) II ECR 1439, (1992) 4 CMLR 16, p.81.

<sup>205</sup> Case 322/81 NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.24.

esaslı derecede homojen olmasını yeterli bulmaktadır<sup>206</sup>. *Tetra Pak-I* davasında İlk Derece Mahkemesi'nin coğrafi pazarın tespitine ilişkin değerlendirmeleri farklı bir yaklaşımı ortaya koymuştur. İlk Derece Mahkemesi, ilgili ürüne olan talep yapılarının bölgesel olarak farklılık göstermesini, pazarın coğrafi olarak ayrılması için yeterli bulmamıştır. Tüketici zevklerinde görülen bu farklılığın her bir üye devlette yalnızca ilgili ürüne yönelik piyasanın büyüklüğünü etkilediği, üreticiler arasındaki rekabet şartlarının bu farklılıktan etkilenmediği ifade edilmiştir. İlk Derece Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, talep yapıları arasındaki benzerlikten ziyade sağlayıcılar arasındaki rekabet şartlarının benzerliğine ağırlık verdiği yorumunu doğurmuştur. Ancak Mahkeme, talep yapısının sağlayıcılar arasındaki rekabet şartlarını önemli ölçüde belirlediği durumlarda, coğrafi pazarlar arasındaki talep yapısı farklarına önem veren bir yaklaşım sergilemiştir<sup>207</sup>.

İlgili Pazar Duyurusu'nda ilgili coğrafi pazar,

*“Rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu ve diğer bölgelerden, bu koşullar açısından önemli derecede farklılık gösteren bölgeler.”*<sup>208</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Rekabet koşulları ise ilgili ürünün taşıma maliyeti, ticari ve hukuki yapı, tüketici alışkanlıkları gibi unsurları kapsamaktadır<sup>209</sup>.

İlgili Pazar Duyurusu'na göre Komisyon, bu tanım doğrultusunda ilgili coğrafi pazarı tespit ederken, ilk olarak üye devletler arası fiyat farkları ve pazar payı dağılımlarını inceleyecektir. Daha sonraki aşamada ise, ilgili ürün piyasasının tespitinde kullanılan yöntemle paralel olarak, ulusal fiyat artışı durumunda tüketicilerin -kısa vadede ve ihmal edilebilir maliyet artışı düzeyinde- diğer bölgelerdeki sağlayıcılara yönelip yönelmedikleri, üçüncü ve son aşama ise piyasayı diğer piyasalardan ayıran giriş engelleri değerlendirilecektir<sup>210</sup>.

## **8. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler**

Adalet Divanı'nın hakim duruma ilişkin tanımlarından da anlaşılacağı üzere, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına göstergesi, bu teşebbüsün sahip olduğu pazar gücüdür<sup>211</sup>. Bir ölçü birimi olarak kullanılan “pazar gücü”; rakiplerden, müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız davranabilme imkanı sağladığında teşebbüsü hakim duruma getirmektedir. Pazar

<sup>206</sup> Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207, p.91. Ayrıca bkz. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.287.

<sup>207</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.700.

<sup>208</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.8.

<sup>209</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.287-288.

<sup>210</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.701.

<sup>211</sup> SU, K.T., Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Ankara, 2003, s.10.

gücünün göstergesi olarak kullanılan kimi kıstaslar hakim durumun ortaya konulmasında önemlidir.

### 8.1. Pazar Payları

AT uygulamalarında, bir teşebbüsün hakim durumunun analizinin birincil ölçütü, ilgili pazardaki teşebbüslerin pazar paylarıdır. Nitekim yalnızca ilgili teşebbüsün değil aynı zamanda rakiplerinin de pazar payları ya da pazardaki konumları hakim durumun göstergesi olabilmektedir<sup>212</sup>. İlgili pazarın rekabetçi yapısı hakkında bilgi veren en önemli gösterge “çok yüksek pazar payları”dır. *Michelin I*<sup>213</sup> davasında Adalet Divanı, ‘*Hakim durum, ayrı ayrı ele alınmaları halinde belirleyici etkiye sahip olmayan birçok faktörden kaynaklanabilir. Çok yüksek pazar payları bu faktörler içinde en önemlilerinden biridir.*’ yorumu ile pazar payının önemine dikkat çekmiştir<sup>214</sup>. Aynı zamanda Mahkeme, teşebbüsün ilgili ürünün dünyadaki önemli üreticilerinden birisi olmasını da kimi durumlarda hakim konumun göstergesi saymıştır<sup>215</sup>.

Hakim durum davalarının neredeyse tamamında pazar payları inceleme konusu yapılmıştır. *Suiker Unier*<sup>216</sup> davasında Mahkeme, ilgili pazara yapılan ithalatın oldukça düşük düzeyde olmasını da gerekçe göstererek, teşebbüsün % 85’lik pazar payına sahip olmasını hakim durum için yeterli bulmuştur. Benzer şekilde *Hoffman-La Roche* davasında Mahkeme, Roche firmasının üç yıllık dönem zarfında %75 ile %87 arasında değişen piyasa paylarını ‘*hakim durumun varlığını tek başına ispat edebilecek kadar büyük*’ olarak nitelendirmiştir<sup>217</sup>.

Mahkeme aynı zamanda görelî pazar paylarını da incelenmektedir. *Roche*<sup>218</sup> firmasının A vitamini pazarındaki % 47 pazar payının, kendisinden sonra gelen en büyük iki firmanın pazar paylarının toplamı kadar olmasının, firmayı hakim duruma getirdiğine karar vermiştir. Benzer olarak *Michelin I*<sup>219</sup> davasında; Michelin’in piyasadaki en büyük rakiplerinin sırasıyla %8 ve %4 nispetinde pazar payına sahip olmasını, “Michelin’in rakiplerine kıyasla üstün

<sup>212</sup> TEKİNALP, Ü., TEKİNALP, G., Avrupa Birliği Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1997, s.445.

<sup>213</sup> Case 322/81 Michelin v EC Commission (1983) ECR 461, p.31.

<sup>214</sup> ATAD AKZO davasında benzer bir yoruma giderek %50 pazar payını, istisnai durumlar hariç hakim durumun varlığının delili kabul etmiştir. Bkz. Case C-62/86 AKZO v. Commission (1991) I ECR 3359, (1993) 5 CMLR 215, p.60. *British Airways* kararı ise Komisyon’un %40’ın altında pazar payına sahip olan bir teşebbüsü hakim durumda kabul ettiği ilk davadır. Bkz. *Virgin/British Airways*, OJ (2000) L 30/1, (2000) 4 CMLR 999.

<sup>215</sup> Bkz. Case T-6&7/73 Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223, (1974) 1 CMLR 309.

<sup>216</sup> Case 40/73 Suiker Unie v Commission (1975) ECR 1663, (1976) 1 CMLR 295, p.555.

<sup>217</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.56.

<sup>218</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.63.

<sup>219</sup> Case 322/81 Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.52.

gücünün” göstergesi kabul edilmiştir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere pazar payları değerlendirilirken, teşebbüsün pazar payı tüm durumlarda tek başına ele alınmamakta, piyasadaki rakip teşebbüslerin paylarının dağılımı, ilgili teşebbüsün rakiplerinden ne ölçüde bağımsız hareket edebileceğinin göstergesi kabul edilmektedir.

Bir diğer önemli nokta ise; teşebbüsün piyasa payına bakılarak hakim durumda kabul edilebilmesi için, teşebbüsün piyasadaki rakiplerini piyasa dışına itecek güce erişmesinin şart olmamasıdır<sup>220</sup>. ATAD kararlarında, hakim durum için piyasadaki tüm rekabetin ortadan kalkmasının gerekli olmadığı<sup>221</sup>, özellikle rakiplerin pazar paylarını artıramadıkları ve rekabetin belirli bir zaman dilimi ve belirli bir yerle sınırlı olması durumunda hakim durumun ortadan kalkmayacağı ifade edilmiştir<sup>222</sup>.

Pazar payının ölçülmesinde satış hacmi, satılan miktar veya üretim kapasitesi faktörlerinden birisi baz alınabilmektedir. Teşebbüsün sahip olduğu pazar payı, belirli bir zaman periyodunu kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir. Özellikle teknolojiye dayalı dinamik sektörlerde, kısa dönemli pazar payı analizi yanıltıcı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Pazar payı rakamlarının zaman içinde azalan bir seyir göstermesi göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husustur<sup>223</sup>.

Pazar payı, pazar gücünün tespitinde oldukça önemli bir ölçüt olmakla birlikte, yüksek bir pazar payı her durumda aynı nispette pazar gücünün varlığına işaret etmemektedir<sup>224</sup>. Zira teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü; arz/talep yapısı ve piyasadaki diğer bir takım koşullara bağlı olarak değişir. Yalnızca pazar payı rakamlarına bağlı bir hakim durum değerlendirmesi, piyasadaki rekabetçi süreci açıklamada yetersiz kalacağı gibi potansiyel rekabet imkanını da göz ardı edecektir<sup>225</sup>. Bu nedenle hakim durum analizi, teşebbüsün

---

<sup>220</sup> KERSE, a.g.e., s.21.

<sup>221</sup> Bkz. Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207, p.113.

<sup>222</sup> Bkz. Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207, p.118.

<sup>223</sup> Ancak İlk Derece Mahkemesi, yıllar itibari ile azalmasına rağmen teşebbüsün halen sahip olduğu yüksek pazar payının, hakim durumun bulunmadığına gösterge teşkil edemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Case T-24/93, Compagnie Maritime Blege Transports v. Commission (1996) ECR II-1201, (1997) 4 CMLR 273, p.77.

<sup>224</sup> Bkz. GREEN/ROBERTSON, a.g.e., s.323; AMATO, a.g.e., s.67.

<sup>225</sup> İktisatçılar, herhangi bir teşebbüsün hakim durumda gelmesi için gerekli pazar gücünün sınırını tespit edememişlerdir. Bu açıdan hakim durumun tespiti, **ekonomik** verilere dayalı olarak çözülmesi gereken **hukuki** bir sorun olmakla birlikte söz konusu durumun sınırlarını **politik** tercihler çizecektir. HAWK, B.E., United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide, 2 nd Edition, New York, Aspen Law&Business, 1990, s.788-789.

bu konumuna etki edecek pazar koşullarının bir arada değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>226</sup>.

## 8.2. Yasal ve İdari Düzenlemeler

Yasal ve idari düzenlemeler arasında bir ya da az sayıda teşebbüse verilmiş belirli imtiyazlar yer aldığı gibi devlete ait teşebbüslerin tekel olarak yürüttüğü faaliyetler de bulunmaktadır. Aynı zamanda tüm teşebbüsler için geçerli olan bir takım genel düzenlemeler de bu başlık altında değerlendirilmektedir<sup>227</sup>. Lisans, patent, telif hakları ve diğer fikri-sınai mülkiyet haklarına ilişkin yasal ve idari düzenlemeler bu kapsamdadır. Ancak söz konusu yasal veya idari düzenlemelerin belirli bir mal veya hizmetin üretimini tek bir teşebbüse vermesi, hakim durum sonucunu doğurmamaktadır<sup>228</sup>. Yasal veya idari düzenlemenin sağladığı hakka dayalı olarak teşebbüs ilgili piyasada rekabeti engelleyebiliyorsa hakim durumda kabul edilecektir. Bu açıdan ilgili pazar tanımı oldukça önemlidir. Söz konusu ürünlerle ikame edilebilecek rakip ürünlerin mevcudiyeti ile piyasaya olası girişlerin ortaya çıkaracağı potansiyel rekabet ihtimali, hakim durum analizlerinde dikkate alınması gereken unsurlardır<sup>229</sup>.

Komasyon pek çok davada, yasal giriş engellerini hakim durum analizinde kullanmıştır. *British Sugar* davasında Komasyon, British Sugar'a devlet tarafından verilen imtiyazı, hakim durum kıstası olarak değerlendirmiştir<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> KERSE, a.g.e., s.22. ATAD terminolojik olarak "hakim duruma işaret eden diğer faktörler" başlığı altında, "piyasaya giriş engelleri"ne yer vermektedir. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.298 Piyasaya girmek isteyen bir teşebbüsün bu kararına etki eden pek çok unsurun "piyasaya giriş engeli" olarak kabul edilebilecek olması, bu unsurlar arasından bir seçim yapmayı zorunlu kılmaktadır. Kimi yazarlar "batık maliyeti", "giriş engelleri"nin belirleyicisi olarak kabul etmişlerdir. Piyasaya giriş esnasında yapılan ancak piyasadan çıkılırken ekonomik olarak değerinin büyük bir kısmını yitiren yatırımlar "batık maliyet" olarak kabul edilmektedir. Bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.18; BISHOP/WALKER, a.g.e., s.59. Kimi yazarlar ise giriş engellerini, patent ve imtiyaz gibi mutlak maliyet avantajı sağlayan "mutlak giriş engelleri" ve mevcut teşebbüs ile yeni teşebbüs arasında, piyasaya giriş dönemine ilişkin asimetriden kaynaklanan "stratejik giriş engelleri" olarak ikiye ayırdıktan sonra, "stratejik giriş engelleri"nin belirleyicisinin "batık maliyet" olduğunu savunmuşlardır. Bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy, OFT Research Paper 2, 1994, s.7.

<sup>227</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.308-309.

<sup>228</sup> Deutsche Grammophon v. Metro kararında ATAD; üreticinin telif hakkına bağlı olarak bir sanatçının belirli ses kayıtlarının dağıtımında münhasır bir hakka sahip olmasının hakim durum için yeterli olmadığına karar vermiştir. Case 78/70 (1971) ECR 487, (1971) CMLR 631, p.16.

<sup>229</sup> GOVAERE, I., The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law, London, Sweet&Maxwell, 1996, s.111-112.

<sup>230</sup> Napier Brawn-British Sugar, OJ (1988) L 284/41, (1986) 3 CMLR 594, p.55.



*Hilti*<sup>231</sup> davasında; Hilti firması, ürettiği çivi tabancalarının kartuş şeritlerinde sahip olduğu patent korumasına dayalı olarak “çivi tabancasına uyumlu kartuş piyasasına” yeni üreticilerin girmesini engellemiştir. Hilti’nin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız davranabilmesi sonucunu doğuran fikri mülkiyet hakkı, hakim durum göstergesi olarak ele alınmıştır.

### 8.3. Sermaye İhtiyacı

Piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün faaliyette bulunabilmesi için gerekli sermaye miktarı yüksekse, bu durum piyasaya girme kararında etkili olacaktır. Teşebbüsün yüksek sermaye gereksinimini karşılayabilmesi için ya finansal açıdan güçlü olması gerekmekte ya da sermaye açığını kapayabileceği dış kaynak imkanına sahip olması gerekmektedir<sup>232</sup>.

*Continental Can* davasında, hafif metal muhafaza kapları piyasasına giriş için büyük yatırımlara, bunun için de büyük sermaye ihtiyacına gerek olması giriş engeli olarak değerlendirilmiştir<sup>233</sup>. Benzer şekilde *United Brands*<sup>234</sup> davasında, muz üretim sahalarının oluşturulması için gerekli büyük sermaye yatırımı ve dağıtım aşamasındaki ölçek ekonomisi hakim durum tespiti için kullanılmıştır.

*British Gypsum* davasında, hakim durum incelemesine potansiyel rekabet olgusu da katılmıştır. Ancak değerlendirme neticesinde potansiyel rekabetin, alçı panel üretimindeki yüksek maliyetler sebebiyle çok sınırlı olduğu belirtilmiştir. Pazara girmek isteyen yeni bir üreticinin, İngiltere ya da İrlanda’da yeni alçı madenleri aramasının büyük mali risk taşıdığı, diğer alternatif olan alçı ithal etmenin ise maliyet artışına yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır. Neticede tüm bu unsurların *British Gypsum*’un ilgili pazardaki hakim durumunu destekler nitelikte olduğuna karar verilmiştir<sup>235</sup>.

### 8.4. Ölçek Ekonomileri ve Fazla Kapasite

Ölçek ekonomilerinin varlığı, yeni teşebbüsün piyasadaki rakipleri ile fiyat rekabetine girmesini zorlaştırabilir. Eğer piyasada faaliyet gösteren mevcut teşebbüs minimum etkin ölçek büyüklüğüne yakın bir noktada üretim yapıyorsa, piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün de, mevcut firmanın maliyet avantajlarına

<sup>231</sup> Case T-30/89 Hilti AG v. Commission (1991) II ECR 1439, (1992) 4 CMLR 16, p.93.

<sup>232</sup> Bork sermaye gereksinimini, profesyonel basketbol oynamak isteyen oyuncunun yetenekli olması gerektiğine benzeterek, sermaye gereksiniminin rekabet politikası yönünden önemli olmadığı yorumunu yapmıştır. BORK, 1993, s.320.

<sup>233</sup> *Continental Can Co. Inc.*, OJ (1972) L 7/25, (1972) CMLR D11, p.13.

<sup>234</sup> Davada, piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün piyasada tutunamaması durumunda, yaptığı yatırımları geri döndüremeyeceği, diğer bir ifade ile söz konusu yatırımların batık maliyet özelliği gösterdiği vurgulanmıştır. *Case 27/76 United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, p.122.

<sup>235</sup> *BPB Industries and British Gypsum*, OJ (1989) L 010/50, p.120.

sahip olabilmesi için belirli bir üretim düzeyinin üzerine çıkması gerekecektir. Piyasadaki alıcılarla yeni iş yapmaya başlayacak bir teşebbüsün kısa dönemde maliyet avantajı elde edeceği ölçek büyüklüğüne ulaşması oldukça zordur<sup>236</sup>.

Piyasada mevcut teşebbüsün talebin çok üzerinde üretim kapasitesine sahip olması, piyasaya yeni girecek teşebbüsler için önemli bir sinyaldir<sup>237</sup>. Hakim durumdaki teşebbüsün piyasaya yeni giriş olması durumunda, fazla kapasitesini devreye sokarak arzı artırması ve bu şekilde piyasa fiyatını aşağı çekme ihtimali, yeni rakip teşebbüslerin pazarda tutunma şanslarını azaltır<sup>238</sup>. Benzer şekilde piyasadaki mevcut teşebbüsün, piyasaya ilk giren teşebbüs olması nedeniyle araştırma-geliştirme alanında yaptığı stratejik yatırımlar, yaparak öğrenme gibi unsurlar rakip teşebbüslerin piyasaya girme kararını olumsuz etkiler<sup>239</sup>.

### **8.5. Ürün Farklılaştırması, Ürün Çeşitlendirmesi ve Müşteri Bağlılığı**

Ürün farklılaştırması ve müşteri bağımlılığı, mevcut teşebbüsün talep koşullarını kendi lehine çevirmek için başvurduğu yöntemlerdir. Her iki yöntemde, piyasada bulunan diğer engellerle beraber ele alındığında girişlerin stratejik olarak engellenmesinde kullanılabilirlerdir. Ancak bu unsur her durumda giriş engeli olarak değerlendirilememekte, her bir davanın kendine özgü nitelikleri sonuca etki etmektedir<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> Ölçek ekonomileri, özellikle fiyat rekabetinin yoğun yaşandığı sektörlerde, yeni girişleri engelleyici bir unsurdur. Bkz. OFFICE OF FAIR TRADING, 1994, s.10-13.

<sup>237</sup> Roche'un fazla kapasitesi, Komisyon tarafından giriş engeli olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.33.

<sup>238</sup> "Stratejik Davranış Teorisi" olarak adlandırılan yaklaşım; büyük reklam harcamaları, fazla kapasite gibi bir takım ticari stratejilerin piyasaya yeni girişleri engellediği görüşünü savunmuştur. Söz konusu teori üç temel unsura dayanmaktadır. Buna göre; piyasadaki mevcut teşebbüsün fazla kapasiteye sahip olması, söz konusu fazla kapasite kullanılarak üretilen yeni birimin marjinal maliyetinin düşük olacağı anlamına gelmektedir. İkinci olarak mevcut teşebbüs piyasaya önce girdiğinden, reklam kampanyaları yoluyla marka bilinirliğine sahip konumdadır. Son olarak yeni teşebbüs, piyasaya girmesi durumunda mevcut teşebbüsün rasyonel olmayan davranışlar sergileyebileceğini bilmektedir. Teori bu üç unsurun varlığı durumunda piyasaya yeni girişlerin olmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. HILDEBRAND, a.g.e., s.168.

<sup>239</sup> Bkz. ASLAN, a.g.e., s.218; OFFICE OF FAIR TRADING, 1994, s.11.

<sup>240</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, 1994, s.12-13. Schmalensee; piyasaya ilk giren markanın müşteri gözünde önemli bir imaj elde etmesinin giriş engeli yaratabileceğini kabul ettikten sonra söz konusu ilk markanın, müşterileri markaya konu ürünü denemelerini sağlayacağı ve bu şekilde ürünün tanınması ve yaygınlaşmasını temin edeceğini, bu durumun da piyasaya sonradan giren aynı ürüne ilişkin diğer markalar lehine bir sonuç yaratacağını belirtmiştir. Bu açıdan piyasaya ilk giren markanın yaratacağı bu fayda ile girişi engelleyici yönünün karşılaştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. SCHMALENSSEE, R., "Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands", American Economic Review 72, 1981, s.349-365.

Teşebbüsün müşterileri, sağlayıcıları ve alıcıları ile ilişkisinde var olan bağımlılık da, hakim durum incelemesinde dikkate alınmaktadır. Bu bağımlılığı ortaya çıkaran çeşitli nedenler bulunmaktadır. Bunlardan ilki teşebbüsün sahip olduğu imajdır<sup>241</sup>. Alıcı ve dağıtıcıların mevcut firma ile uzun bir zaman dilimini kapsayan ticari ilişkileri, piyasaya yeni girecek olan rakip teşebbüslerin müşteri bulma konusunda zorlanmalarına sebebiyet verir. *Michelin I*<sup>242</sup> davasında teşebbüsün sahip olduğu imaj, giriş engeli ve hakim durum kriteri olarak kullanılmıştır. Diğer bir müşteri bağımlılığı, anlaşma konusu malın müşteri tarafından tedarik amaçlı kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Müşterinin, fiyattan ziyade kalite ve teknik özelliklere önem verdiği mallarda, piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün bu nitelikte üretim yapıp yapamayacağı belirsizdir. Zaten üretime yeni başlaması nedeniyle maliyet dezavantajına sahip olan rakip teşebbüsün malının kalitesine yönelik belirsizlik, rakip teşebbüsün piyasada faaliyetlerini zorlaştıran bir unsurdur.

Müşteri gözünde ürünü farklılaştırmak ve ürüne bağımlılık oluşturmak için yapılan büyük reklam harcamaları bahsedilen sonuçları doğurması durumunda göz önüne bulundurulması gereken bir unsurdur<sup>243</sup>. Reklam harcamalarının bir diğer özelliği olan batık maliyet unsuru da bu harcamaları önemli kılmaktadır. Reklam harcamaları, yeni teşebbüslerin katlanamayacağı büyüklükte önemli bir kaynak ihtiyacını gündeme getirmesi durumunda piyasaya giriş engeli olarak değerlendirilebilecektir<sup>244</sup>.

Piyasadaki mevcut teşebbüslerin marka çeşitlendirmesiyle de girişleri engellemesi mümkündür. Teşebbüsün alıcı ya da dağıtıcılarına çok sayıda üründen oluşan geniş bir ürün gamı sunması, hakim duruma kıstas oluşturabilecektir<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> *United Brands* davasında ATAD; teşebbüsün, reklam ve promosyon faaliyetleri ile kendi markasına olan tüketici bağımlılığını artırdığını ve bu suretle üstün bir marka imajı yarattığını ifade etmiştir. Case 27/76 *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, p.91-92.

<sup>242</sup> Case 322/81 *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, (1985) I CMLR 282, p.35.

<sup>243</sup> Spence, reklam harcamalarının batık maliyet özelliği gösterdiğini ve aynı zamanda ölçek ekonomisinin de bulunduğunu belirterek, söz konusu harcama türünün giriş engeli olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. SPENCE, M., "Notes on Advertising, Economics of Scale and Entry Barriers", *Quarterly Journal of Economics* 95, 1980, s.493-507.

<sup>244</sup> Bkz. Cases 142&156/84 *BAT & RJ Reynolds v. Commission* (1987) ECR 4487, (1988) 4 CMLR 24, p.43-44.

<sup>245</sup> CLARKE, R., *Industrial Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, s.91. Schmalensee, piyasadaki mevcut firmanın marka sayısını arttırmasının, piyasaya yeni girecek olan rakip teşebbüse satış noktasında daha az alan (örneğin raf) düşüreceğini, bunun da rakip firmanın piyasaya girmesini zorlaştıracığını söylemiştir. Bkz. SCHMALENSEE, R., "Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry", *Bell Journal of Economics* 9, 1978, s.305-327.

## 8.6. Teknolojik Üstünlük

Adalet Divanı ve Komisyon, sermaye ihtiyacının yanı sıra teknolojik üstünlüğü de, piyasada faaliyette bulunabilme şartları arasında yer alması durumunda, hakim durumun göstergesi olarak değerlendirmektedir. Teknolojinin giriş engeli olarak değerlendirilmesinde önemli olan nokta, potansiyel rakiplerin gerekli teknolojiye sahip olma ya da bu teknolojiyi geliştirme maliyeti ve süresidir<sup>246</sup>. Bu açıdan potansiyel rakiplerin pazarda faaliyet gösterebilmeleri için gerekli olan teknoloji, rakibin piyasaya girme süresi ve maliyetine etki etmektedir. Piyasada bulunan mevcut firmalar arasındaki teknolojik farklılıklar da hakim durum analizinde önem kazanmaktadır. Hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün rakiplerine kıyasla teknolojik üstünlüğü önemli bir göstergedir.

Teknolojik gelişmişliğin hakim durum analizinde kullanıldığı en önemli kararlardan birisi *Tetra Pak-I*'dir. Davada Komisyon, Tetra Pak'ın sahip olduğu ve rakiplerine kıyasla kendisini üstün kılan aseptik işleminin kartonlara uygulanmasına ilişkin teknolojiyi, hakim durumun göstergesi olarak ele almıştır<sup>247</sup>.

*British Gypsum* kararında Komisyon; BPB'nin alçı sıva panelleri piyasasında hakim durumda olup olmadığını tespit ederken, BPB'nin teknolojsi ve bunun yanında finansal kaynakları dolayısıyla hissedilir derecede bağımsız davranabildiği yorumunda bulunmuştur.<sup>248</sup>

## 8.7. Dikey Entegrasyon ve Dağıtım Kanalları

Teşebbüsün, malın üretiminden tüketiciye ulaşmasına kadar pek çok safhada yer alması, teşebbüsün oldukça önemli pazar gücü elde etmesi sonucunu doğurur. Bu tür bir dikey entegrasyon neticesinde teşebbüs, satın alma maliyetlerini düşürürken aynı zamanda üretim ve dağıtım zincirleri arasındaki koordinasyondan da yararlanacaktır<sup>249</sup>.

Dikey entegrasyon, entegrasyonun kapsamını oluşturan tüm üretim ve dağıtım pazarlarındaki rekabet düzeyini etkiler. Örneğin piyasaya yeni girecek

<sup>246</sup> Teknolojik unsurların bütünü ile giriş engeli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Herhangi bir teknolojinin giriş engeli olarak ele alınıp alınmayacağını belirleyen; piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün söz konusu teknolojiyi geliştirmek ya da elde etmek için, bu teknolojiye sahip teşebbüsün sarf ettiği kaynağa eşdeğer bir harcama yapmak zorunda olup olmadığıdır. Bkz. HARBORD, D., HOEHN, T., "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy", 14 International Review of Law and Economics 411, 1994, s.419.

<sup>247</sup> Tetra Pak I, OJ (1988) L 272/27, p.44.

<sup>248</sup> BPB Industries and British Gypsum, OJ (1989) L 010/50, p.115-116.

<sup>249</sup> Etkinlik artışı amacıyla uygulanan dikey entegrasyonun hakim durumun göstergesi olarak ele alınması, rekabet otoritesinin etkin teşebbüsü cezalandırdığı eleştirisini de beraberinde getirmiştir. Bkz. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.310.

olan firmanın kendi dağıtım kanalı bulunmuyorsa, piyasadaki dağıtım ağlarının mevcudiyeti, piyasaya girme kararında etkili olacaktır<sup>250</sup>. Bu açıdan üretim ya da dağıtım piyasalarından herhangi birinde faaliyet göstermek isteyen potansiyel rakipler, entegre teşebbüse oranla dezavantajlı konumda bulunabilecektir<sup>251</sup>.

Aynı zamanda piyasada mevcut dağıtıcı sayısının oldukça sınırlı olması ve yeni bir dağıtım ağının kurulum maliyetinin yüksek olması durumu da ilgili piyasada hakim durum iddiasını destekler bir argümandır<sup>252</sup>.

*Michelin I* davasında hakim durum tespiti yapılırken, Michelin'in rakiplere kıyasla çok daha fazla bayisinin olması ve bu bayilere aynı zamanda teknik destek verilmesi değerlendirmede dikkate alınmıştır<sup>253</sup>.

*British Sugar* kararında, şeker pancarı aşamasından nihai ürünün satılmasına kadar çok gelişmiş entegre üretim sistemine sahip olunması, üretim düzeyinde faaliyet gösterecek potansiyel teşebbüsler için giriş engeli oluşturduğunun göstergesi kabul edilmiştir<sup>254</sup>.

### 8.8. Piyasaya Girebilme Süresi

Potansiyel rakiplerin, ilgili ürün piyasasında faaliyette bulunmalarını engelleyen önemli bir giriş engelini olmaması halinde, rakibin piyasaya etkin olarak girebilme süresi önem kazanmaktadır. Sermaye ve teknoloji yönünden piyasaya girebilme yeterliliğine sahip olan teşebbüsün faaliyete geçebilmesi için gerekli hazırlıkları tamamlama süresinin uzun olması, hakim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Nitekim Adalet Divanı, *Michelin I*<sup>255</sup> davasında, ilgili ürün piyasasında fabrika kurmanın çok uzun zaman alması sebebiyle, piyasaya girişleri ve potansiyel rekabeti göz ardı etmiştir.

*Continental Can*<sup>256</sup> davasında Adalet Divanı, ilgili piyasada faaliyet gösterebilecek ölçeğe ulaşmak için bir kaç sene beklenmesi gerektiği ve bu sürenin girişleri engelleyebileceğini belirtmiştir.

---

<sup>250</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.18.

<sup>251</sup> KASERMAN/MAYO, a.g.e., s.311.

<sup>252</sup> Kimi ekonomistler, dikey entegrasyonun hakim durum ile bir arada bulunabileceğini ancak hakim durumun göstergesi olarak ele alınamayacağı görüşündedir. Bkz. BADEN, F.C., "Art. 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" 4 European Law Review 423, 1979, s.440.

<sup>253</sup> Case 322/81 NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.58.

<sup>254</sup> Napier Brawn-British Sugar, OJ (1988) L 284/41, (1986) 3 CMLR 594, p.56-57.

<sup>255</sup> Case 322/81 NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.41.

<sup>256</sup> Case 6/72 Continental Can (1973) ECR 215, (1973) CMLR 199.

## 9. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Madde metninden anlaşılacağı üzere 82 nci madde hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamışsa da kötüye kullanmanın sınırlarını net bir şekilde ortaya koyan tanıma yer vermemiştir. Bu durum karşısında kimi hukukçular hükmün; yalnızca müşterilerine doğrudan zarar vermek için, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünden doğan fırsatların kullanılması şeklinde tanımlanan **sömürücü davranışları** (exploitative abuses) yasakladığını savunmuşlardır. Bu görüşlerini; 82 nci maddede sayılan pazar gücünün müşteriler ve diğer teşebbüslere zarar verecek şekilde kullanılmasının örnekleri olan haksız fiyatlar ya da haksız ticari koşullar, üretimin sınırlandırılması, bağlayıcı ve ayırmacı eylemler ile desteklemişlerdir<sup>257</sup>.

Bir diğer görüş ise 82 nci maddenin amacının; hakim durumdaki teşebbüsün ticari faaliyet temeline dayanmayan, rakiplerinin rekabetçi konumlarına zarar vermek ya da piyasa dışına itmeyi amaçlayan **dışlayıcı faaliyetlerini** (exclusionary abuses) yasaklamak olduğunu vurgulamıştır<sup>258</sup>.

Teorik olarak değerlendirildiğinde yalnızca sömürücü ya da dışlayıcı davranışların kapsamda olması bir takım problemleri beraberinde getirmektedir. 82 nci maddenin yalnızca sömürücü davranışları yasaklaması durumunda, teşebbüsün tamamen kar maksimizasyonuna dayalı ticari gayeyle gerçekleştirdiği fiyat artışları 82 nci maddenin kapsamında olacaktır. Tüketicilerin sömürülmesinin önüne geçilmesi amacı geniş yorumlanırsa, piyasa gücüne sahip tüm teşebbüslerin bu tür eylemleri yasaklanabilecektir. İkinci olarak; tek başına bu amaç, piyasanın işleyişine gereksiz bazı müdahaleleri zorunlu kılacaktır. Piyasa gücüne sahip teşebbüsün aşırı kar elde etmesi, potansiyel rakiplerin piyasaya girme isteklerini artıracak ve bu da piyasanın kendiliğinden dengeye gelmesini sağlayacaktır. Ancak tüketicinin sömürülmesi amacına dayalı olarak aşırı kara müdahale isteği piyasanın işleyişini engelleyecektir. Son olarak piyasaya bu tür bir müdahale, hakim durumdaki teşebbüsün fiyat ve üretim miktarı gibi bir takım kriterlerin de rekabet otoritesi tarafından tespit edilmesini beraberinde getirecektir<sup>259</sup>.

82 nci maddenin yalnızca dışlayıcı faaliyetleri yasakladığı, sömürücü faaliyetleri kapsamadığı yönündeki yaklaşımın da oldukça problemleri vardır. Aşırı karın yanında piyasaya giriş engellerinin de var olduğu durumlarda

<sup>257</sup> Bkz. JOLIET, R., Monopolization and Abuse of Dominant Position, Liege, Faculte de Droit, 1970, s.250-252. Ayrıntılı bilgi için bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.121; JONES/SUFRIN, a.g.e., s.240.

<sup>258</sup> Bkz. EEC COMMISSION, Concentration of Enterprises in Common Market, Memorandum to the Governments of the Member States, 1965.

<sup>259</sup> KORAH, V., EC Competition Law and Practice, 5 th Edition, Oxford, Hart Publishing, 1994, s.97.

yalnızca dışlayıcı eylemlerin engellenmesinin amaç olarak kabul edilmesi, sorunu çözümsüz bırakacaktır. Ayrıca sömürücü eylemlerin yasaklanması, 82 nci maddenin, 86 ncı madde ile birlikte münhasır hakların var olduğu piyasaların liberalleştirilmesinde de kullanılmasına yardımcı olmaktadır. Son olarak, tek başına dışlayıcı faaliyetlerin kapsama alınması, AT rekabet politikasının tek pazar hedefinin gerçekleştirilmesinde yeterli olmayacaktır.

*Continental Can* kararında Divan'a yöneltilen, birleşmelerin 82 nci madde bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin soru üzerine Divan; her şeyden önce 82 nci maddenin, tüketicilerin doğrudan sömürülmesine yönelik hükümleri kapsadığı, rekabetçi yapıya tesir eden dolaylı etkileri göz önüne almadığı yönündeki argümanı reddetmiştir<sup>260</sup>. 82 nci maddenin Kurucu Antlaşmanın genel mantığı içinde değerlendirilmesi gerektiği, doğrudan ve dolaylı etki arasındaki farkı net bir şekilde çizmenin mümkün olmadığı, Antlaşma'nın 3(f) maddesinin Ortak Pazar'daki rekabeti garanti altına alan bir sistemi gerekli kıldığı ve 2 nci maddenin ekonomik aktivitelerin devamı ve dengeli bir şekilde genişlemesini öngördüğü belirtilmiştir. 81 inci madde ile rekabeti kısıtlayan anlaşmalar yasaklanırken diğer taraftan rekabeti ortadan kaldıracak birleşmelere izin vermenin anlamsız olacağını söylenmiştir. Aynı zamanda ATAD, 82 nci maddenin (c) ve (d) bentlerinde tüketiciye dolaylı zarar veren faaliyetlere atıfta bulunulduğu yorumunu da yapmıştır. Davada tarafların ileri sürdüğü bir diğer iddia ise; pazar gücünün birleşmek için kullanılmadığı, bu sebeple pazar gücü ile iddia edilen kötüye kullanma arasında nedensellik ilişkisinin olmadığıdır. Divan mevcut eylemler ya da piyasa gücüne bağlı olmaksızın devralma yoluyla hakim durumun güçlendirilmesi ve rekabetin esaslı oranda kaldırılması kanalıyla da hakim durumun kötüye kullanılabileceğini belirtmiştir<sup>261</sup>.

Aşağıda genel olarak dikey anlaşmalar ve özellikle münhasır dikey anlaşmalar kanalı ile hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kötüye kullanma halleri incelenecektir. Dikey anlaşmaların konu olduğu kötüye kullanma hallerinin dışındaki durumlar ayrıntılı ele alınmayacaktır.

---

<sup>260</sup> Divan'ın bu kararında sömürücü ve dışlayıcı eylemler arasında bir fark gözetmemesi özellikle bu iki eylem türünün tam olarak kategorize edilememesi açısından da önem taşımaktadır. Sömürücü ve dışlayıcı eylemleri kesin çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün görünmemektedir. Teşebbüslerin pek çok eylemi bu iki kategorinin ikisine birden girmektedir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün ayrımcı fiyat uygulaması hem alıcıların aleyhine maksimum kar elde etmesine sebep olurken aynı zamanda bazı teşebbüsler aleyhine pazara giriş engeli yaratarak piyasadaki rekabete de zarar vermektedir. Bkz. WHISH, a.g.e., s.167; FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.146.

<sup>261</sup> Bkz. Case 6/72 *Continental Can* (1973) ECR 215, (1973) CMLR 199, p.19-27.

## 10. Kötüye Kullanma Türleri

### 10.1. Sömürücü Kötüye Kullanma

Komisyon ve ATAD kararlarında 82 nci madde, sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanma hallerinin her ikisini birden kapsayacak şekilde yorumlanmıştır<sup>262</sup>. Ancak uygulamada, hakim teşebbüsün sömürücü yönde kötüye kullanma eyleminin yasaklandığı oldukça az sayıda dava bulunmaktadır<sup>263</sup>.

Sömürücü kötüye kullanma; hakim durumda bulunan teşebbüsün bu konumundan kaynaklanan bağımsız davranabilme yeteneğini ve pazar gücünü kullanarak, müşteri ve tüketicilerden, normal rekabet şartlarında elde edemeyeceği menfaatler temin etmesidir<sup>264</sup>.

ATAD ise *United Brands* davasında sömürücü kötüye kullanmanın tanımını şu şekilde yapmıştır:

*“...hakim teşebbüsün, bu konumundan kaynaklanan fırsatları, normal ve etkin rekabet ortamında elde edemeyeceği ticari avantajlar elde etmek için kullanıp kullanmadığı incelenmelidir.”*<sup>265</sup>

Hakim durumdaki teşebbüs, alıcıları ile imzalayacağı dikey anlaşmalar kanalıyla; ilgili piyasanın yapısı, rakiplerin ve alıcıların konumu, dikey kısıtlamanın türü gibi unsurlara bağlı olarak “sömürücü kötüye kullanma” eylemini gerçekleştirebilecektir. Özellikle münhasır dikey anlaşma türlerinden tek marka anlaşmaları, alıcıların alternatif sağlayıcılardan ürün almalarını engellediğinden, talebin fiyat esnekliğini azaltır ve bu da hakim durumdaki sağlayıcının rekabetçi karın ötesinde bir kazanç elde etmesini mümkün kılar. Benzer şekilde, bağlama anlaşmaları kanalıyla sağlayıcı, belirli durumlarda bağlanan ürünü rekabetçi düzeyin üstünde bir fiyata satabilecektir<sup>266</sup>.

Hakim durumdaki teşebbüsün münhasır satış ve münhasır dağıtım anlaşmaları ise aynı markanın dağıtıcıları arasındaki rekabeti diğer bir ifade ile markaiçi rekabeti kısıtladığından, söz konusu marka açısından tüketicilerin sömürülmesine müsait bir ortam yaratacaktır.

---

<sup>262</sup> Bkz. LANG, T.J., “Monopolisation and the Definition of Abuse of a Dominant Position under Art. 86 EEC Treaty”, CMLRev. 16, 1979, s.345; KERSE, a.g.e., s.24.

<sup>263</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.245.

<sup>264</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.240. Sömürücü kötüye kullanmanın diğer bir tanımı için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e., s.454.

<sup>265</sup> Case 27/76 *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, p.249.

<sup>266</sup> Aşırı fiyat için bkz. RODGER/MACCULLOCH, a.g.e., s.92.



## 10.2. Dışlayıcı Kötüye Kullanma<sup>267</sup>

Dışlayıcı kötüye kullanma durumunda, sömürücü kötüye kullanmadan farklı olarak, kötüye kullanma eylemi doğrudan tüketici ya da müşterilere yönelik değil, piyasadaki rekabet düzeyini olumsuz etkilemeye yönelik sonuçlar doğurmaktadır. Her ne kadar her iki kötüye kullanma türü de nihai etkileri bakımından benzer sonuçlar doğursalar da<sup>268</sup> dışlayıcı kötüye kullanma eyleminde belirleyici unsur; eylemin amacının, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini ya da müşterilerini piyasa dışına itmek veya faaliyetlerini zorlaştırmak olmasıdır<sup>269</sup>.

ATAD, *Hoffman-La Roche* kararında dışlayıcı kötüye kullanmanın tanımını şu şekilde yapmıştır:

*“Kötüye kullanma objektif bir kavram olup; hakim durumdaki teşebbüsün, rekabet düzeyinin zayıfladığı piyasa yapısını etkileyen ve ticari aktörlerin karşılıklı işlemlerine konu olan ürün ve hizmetlerdeki normal rekabet şartlarını oluşturan metotların dışında farklı yöntemlere başvurmak suretiyle, piyasadaki mevcut rekabet düzeyinin devamını ya da piyasadaki rekabetin gelişmesini engelleyici etkiye sahip davranışları ile ilgilidir.”*<sup>270</sup>

Tanım, kötüye kullanma eyleminin iki genel niteliği ile başlamıştır. Bunlar; hakim durumdaki teşebbüsün bir eyleminin konu olması ve kötüye kullanmanın objektif bir kavram olmasıdır<sup>271</sup>. Tanımın devamındaki diğer iki unsur ise “dışlayıcı kötüye kullanma” durumuna özgü niteliklerdir. Bunlardan birincisi, normal rekabeti oluşturan şartların dışındaki metotların kullanılmasıdır.

<sup>267</sup> Kimi kaynaklarda “dışlayıcı kötüye kullanma” yerine “rekabet karşıtı kötüye kullanma” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. ÖZ, GAMZE A., Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:4, Ankara, 2000, s.129; SANLI, a.g.t., s.262; KERSE, a.g.e., s.24.

<sup>268</sup> Bu açıdan sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanma ayrımı mutlak bir ayrım değildir. Kimi durumlarda herhangi bir eylem sömürücü kötüye kullanma olabileceği gibi aynı zamanda dışlayıcı etkiler doğurması da mümkündür. LANG, a.g.m., s.364; JONES/SUFRIN, a.g.e., s.245.

<sup>269</sup> Kimi yazarlar, Amerika ve Avrupa rekabet politikasının önceliklerinin bu noktada farklılaştığı görüşündedir. Amerikan uygulamasında, monopol gücünün sömürülmesi yönündeki davaların ağırlık kazandığı, A.T. uygulamasında ise Komisyon ve ATAD’ın, hakim durumdaki teşebbüse “özel sorumluluk” yüklemek sureti ile piyasadaki “rekabet düzeyini” ya da diğer bir ifade ile piyasanın “rekabetçi yapısını” korumayı ön planda tuttuğu görüşündedirler. Bkz. JEBSEN, P., STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union”, *Antitrust Law Journal* 64, 1996, s.487-491; AMATO, a.g.e., s.70.

<sup>270</sup> Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.91.

<sup>271</sup> Hakim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanma eylemi, teşebbüsün subjektif niyetine bağlı değildir. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.250. Kötüye kullanmanın objektif bir kavram olması, Topluluk rekabet politikasını, Amerikan yaklaşımından farklı kılan diğer bir yöndür. AMATO, a.g.e., s.71-72.

İkincisi ise, bu metotların piyasadaki mevcut rekabet düzeyinin devamını ya da gelişmesini engelleyici etkiye sahip olmasıdır.

“Normal rekabeti oluşturan şartların dışındaki metotların kullanılması” unsurunun açıklanması gereken yönleri bulunmaktadır. Unsurun gerçekleşebilmesi için, kullanılan metot neticesinde normal rekabet şartları ortaya çıkmamalıdır. Diğer bir ifade ile teşebbüsün metodu, normal rekabet şartlarının ötesinde kendi lehine rekabetçi avantaj doğurmalıdır. Bu açıdan, kullanılan metot önemli olmakla beraber tek başına yeterli bir gösterge değildir. Hakim durumdaki teşebbüs her ne kadar rekabetçi metotlar kullansa da bu metot normal rekabet şartlarını aşan bir etki doğuruyorsa unsur gerçekleşmiş olacaktır. Bu durum hakim durumdaki teşebbüsün “özel sorumluluğunun” olduğunu, normal rekabet şartlarında izin verilebilecek bir uygulamanın hakim durumdaki teşebbüs tarafından yapılması durumunda kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği yorumunu beraberinde getirmiştir<sup>272</sup>. Bu yönüyle hakim durumdaki teşebbüs, diğer teşebbüsler tarafından uygulandığında itiraz edilmeyen bir davranıştan mahrum bırakılabilir<sup>273</sup>.

*British Gypsum* kararında İlk Derece Mahkemesi, “Her ne kadar hakim durumdaki teşebbüs kendi çıkarlarını korumaktan mahrum bırakılamazsa da, çıkarını korumak için yaptığı davranışın gerçek amacı hakim durumunu güçlendirmek ve kötüye kullanmaksa bu davranış hoş görülemez.” yorumu ile hakim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanma eyleminde niyetinin önemli olduğunu vurgulamıştır<sup>274</sup>.

*Compagnie Maritime Belge* davasında İlk Derece Mahkemesi; hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini piyasa dışına itme amacına yönelik eylemlerinin istenilen sonucu doğurmaması, eylemin kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi için yeterli olmadığını belirtmiştir. Yine aynı kararda “özel sorumluluğun sınırlarının” her bir davanın kendine özgü şartlarına bağlı olduğunu belirtmiştir<sup>275</sup>.

Dışlayıcı kötüye kullanmanın ikinci unsuru, bu davranışın “piyasadaki mevcut rekabet düzeyinin devamını veya gelişmesini engelleyici etkiye” sahip olmasıdır. ATAD, 81 inci maddenin uygulamasına paralel bir yaklaşım

<sup>272</sup> Bkz. Case 322/81 *Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282, p.57.

<sup>273</sup> JONES/SUFRIN, a.g.e., s.227; DRAHOS, a.g.e., s.77; AMATO, a.g.e., s.65-66. Ayrıca bkz. Case T-111/96 *ITT Promedia NV v. Commission* (1998) ECR II-2937, (1998) 5 CMLR 491, p.139.

<sup>274</sup> Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v. Commission* (1993) ECR II-389, (1993) 5 CMLR 32, p.69.

<sup>275</sup> Case T-24/93 *Compagnie Maritime Belge Transport NV v. Commission* (1996) ECR II-1201, p.149.

sergileyerek etki unsurunu geniş yorumlamış, davranışın mevcut ya da potansiyel etkilerini dikkate almıştır<sup>276</sup>.

Dikkati çeken bir diğer önemli nokta da, rekabet düzeyinin devamı ya da gelişmesini engelleyici etkinin varlığının yeterli görülmesidir. Nitekim, hakim durumdaki teşebbüsün var olduğu piyasada rekabet düzeyi oldukça düşüktür. Böyle bir piyasa yapısında hakim durumdaki teşebbüsün piyasadaki rekabet düzeyinde etkili olabilecek herhangi bir hareketi –hissedilir etki prensibine bağlı olmaksızın- 82 nci madde bağlamında değerlendirilebilecektir. Bu yönüyle 82 nci madde uygulaması, 81 inci maddenin “esaslı etki” şartından farklılık göstermektedir<sup>277</sup>.

Bir davranışın dışlayıcı kötüye kullanma olup/olmadığının en önemli göstergesi; davranışın, piyasadaki mevcut rekabetin haklı bir sonucu olup olmadığıdır<sup>278</sup>. Hakim durumdaki teşebbüs, diğer rakiplerini daha etkin olması sebebiyle piyasa dışına itebilir. Ancak rakiplerin piyasa dışına itilmesi, hakim durumdaki teşebbüsün kendi iç dinamiklerinden kaynaklanmadığı durumda kötüye kullanma kavramı devreye girer<sup>279</sup>.

Dışlayıcı faaliyetlerle haklı rekabeti birbirinden ayırmanın yolu, eylemin altında yatan sebebin ortaya konulması ile gerçekleşebilmektedir. Bu sebep, hakim durumdaki teşebbüsün eyleminin temelinde yer alan “amaç” olabileceği gibi, iddia edilen amacın dışında saklı bir unsur da olabilir. Şayet eylem etkinlik amacıyla gerçekleştirilmemiş ya da tamamen rakipleri dışlamak amacıyla yapılmışsa, dışlayıcı kötüye kullanma söz konusu olacaktır. Yalnızca etkinlik artışı değil, hakkın korunması gibi bir takım etmenler de eylemin “sebebinin” oluşturabilir<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Bkz. Case T-6&7/73 Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223, (1974) 1 CMLR 309., p.25.

<sup>277</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.150.

<sup>278</sup> Competition on the merits. Bu kavram, “performans temeline dayalı rekabet” şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.250-251. “Competition on the merits” kavramının kullanıldığı karar için bkz. Case T-65/89 BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd (1993) ECR II-389, p.113.

<sup>279</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.148. Rakiplerin piyasa dışına itilmesi sonucunun, teşebbüsün kendi iç dinamiklerinden mi kaynaklandığı yoksa hakim durumun kötüye kullanılması neticesinde mi ortaya çıktığını tespit etmek oldukça güçtür. Bu açıdan sömürücü kötüye kullanmaya kıyasla dışlayıcı kötüye kullanma durumları daha karmaşık bir görünüm sergilemektedir. WHISH, a.g.e., s.169-170.

<sup>280</sup> Diğer bir ifade ile, hakim durumdaki teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olup olmadığını belirleyen, “objektif haklı sebeplerin” varlığıdır. JONES/SUFRIN, a.g.e., s.226.

### 10.2.1. Davranışsal Dışlayıcı Kötüye Kullanma

Hakim durumdaki teşebbüsün bu konumunu rakiplerini dışlamak suretiyle kötüye kullanması pek çok eylem ile mümkün olmaktadır. Bu eylemlerden bir kısmı “davranış” şeklinde (iş yapmayı reddetme, ayrımcılık gibi) kendini göstermektedir. Bu grupta yer alan kötüye kullanma hallerinde, teşebbüsün herhangi bir anlaşmaya dayanmayan tek taraflı bir eylemi söz konusudur.

Hakim durumdaki teşebbüsün rakipleriyle ya da alt veya üst piyasalarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerle iş yapmayı reddetmesi davranışsal kötüye kullanmanın en belirgin örneğidir<sup>281</sup>. Ayrımcı uygulamalar ise hakim durumdaki teşebbüsün genellikle alıcıları ile akdettiği dikey anlaşma hükümlerine bağlı olarak ortaya çıkabileceği gibi hakim teşebbüsün tek taraflı eylemleri ile gerçekleşmesi de mümkündür.

### 10.2.2. Anlaşmalar Kanalıyla Dışlayıcı Kötüye Kullanma

Kötüye kullanma hallerinin ikinci grubunu ise “anlaşmalar” kanalıyla dışlayıcı faaliyetler oluşturmaktadır. Bu grupta yer alan eylemlerin ayırt edici özelliği, ortada bir anlaşmanın var olması ve kötüye kullanmanın bu anlaşma hükümleri ile gerçekleşmesidir. Kötüye kullanma eylemine kaynak teşkil eden anlaşma, tarafların faaliyet gösterdikleri ticaret seviyesine bağlı olarak dikey anlaşma olabileceği gibi yatay anlaşma da olabilir<sup>282</sup>. Anlaşma serbestisi çerçevesinde tarafların ortak iradesi neticesinde ortaya çıkan anlaşma hükümleri, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini piyasa dışına itmesi durumunda kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

Dikey anlaşmalar yardımıyla kötüye kullanma temel olarak üç başlık altında toplanmaktadır: münhasır satın alma anlaşmaları, bağlama anlaşmaları ve ayrımcılık. Ayrımcılık da kendi içinde “ayrımcı fiyat”, “iş yapmayı reddetme” ve “diğer ayrımcı uygulamalar” olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

#### 10.2.2.1. Münhasır Satın Alma Anlaşmaları

Daha önceden de açıklandığı üzere münhasır satın alma anlaşmalarında alıcı, **anlaşma konusu** mal veya hizmetleri münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etme yükümlülüğü altındadır<sup>283</sup>. Bu açıdan münhasır satın alma anlaşmalarında, alıcı üzerine getirilen yükümlülük, anlaşma konusu mal ve hizmetlerle sınırlıdır. Söz konusu dikey anlaşma türü, normal koşullarda alıcının **anlaşma konusu mallara rakip** olan malları alması ya da dağıtmasına yönelik

<sup>281</sup> İş yapmayı reddetme, hakim durumdaki teşebbüs ile müşteri ya da sağlayıcıları arasındaki dikey anlaşmadan da kaynaklanabilir. Bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.150-170.

<sup>282</sup> SANLI, a.g.t., s.115.

<sup>283</sup> Münhasır satın alma anlaşmaları için bkz. s.40.

herhangi bir sınırlama içermediğinden, rakipleri dışlayıcı bir etki de doğurmayacaktır. Ancak uygulamada münhasır satın alma anlaşmalarında, rakip malların alımı ya da satımını engelleyecek hükümlere de yer verilmesi (rekabet etmeme yükümlülüğü veya miktar zorlama hükümleri) ya da anlaşmaya konu ürünün, marka ya da benzeri yollarla tam olarak tespit edilmemesi nedeniyle, münhasır satın alma yükümlülüğünün rakip malları da kapsayacak şekilde geniş tanımlanması, dışlayıcı etki doğurmaktadır.

Topluluk uygulamasında, hakim durumdaki teşebbüsün münhasır satın alma anlaşmalarının dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin nedeni, yukarıda bahsedilen türden hükümler içeren münhasır satın alma anlaşmalarının, “tek marka anlaşması”nın yarattığı etkilere sahip olmasıdır<sup>284</sup>.

Münhasır satın alma anlaşmasında, alıcı üzerine getirilen bu türden bir sınırlama olmasa dahi, sağlayıcının uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi gibi bir takım teşvik planları da alıcının ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğurabilecektir. Ancak hakim durumdaki teşebbüsün indirim ya da teşvik yoluyla gerçekleştirdiği dışlayıcı eylemler aşağıda “ayırıcı faaliyetler” başlığı altında incelenecektir.

İtalya’da tüberküloz ilacının hammaddesi olarak kullanılan aminobutanol pazarında hakim durumda bulunan International Minerals and Chemicals Corporation (IMC) ile Angus Chemical Company’nin alıcıları ile imzaladığı 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmalarının piyasadaki rekabeti kısıtladığı iddiası doğrultusunda yürütülen soruşturmada Komisyon, taraflara gönderdiği iddianame ile anlaşma sürelerinin iki yıla indirilmesini sağlamıştır<sup>285</sup>.

*Hoffmann-La Roche*<sup>286</sup> davasında, hakim durumdaki teşebbüsün 7 adet müşterisiyle yaptığı anlaşmalarda yer verdiği ve söz konusu alıcıların ihtiyaçlarının tamamını kendisinden temin etmesini sağlayan açık yükümlülükler ile 4 adet müşterisi ile yaptığı ve söz konusu alıcıların ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü kendisinden temin etmesini sağlayan yükümlülükler, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

*Visa International*, bankalar ile imzaladığı ve bankaların rakip kredi kartları ile çalışmasını engelleyen münhasır anlaşmalardan, rekabet üzerinde yaratacağı potansiyel olumsuz etkilerin varlığı nedeniyle Komisyon tarafından müdahale edilmesi üzerine vazgeçmiştir<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> Tek marka anlaşmaları için bkz. s.35.

<sup>285</sup> Press Release IP/86/104, 1986.

<sup>286</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.109.

<sup>287</sup> Bkz. European Commission, XXVI th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1996, p.63.

### 10.2.2.2. Bağlama Anlaşmaları

Kurucu Antlaşmanın 82(d) bendi kötüye kullanmanın;

*“Anlaşmaların, niteliği veya ticari yaşamın gereği olarak bu tür anlaşmaların konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması.”* durumunda da gerçekleşebileceği belirtilmiştir.

Bu hüküm; hakim durumda bulunması sebebiyle müşterilerini, hakim durumda bulunduğu ilgili pazar ürünlerinin yanında bu ürünle bağlantılı olmayan ürünleri de almaya zorlayabilecek teşebbüslerin, bu tür eylemleri ile bağlı ürünü satan rakip teşebbüsleri piyasa dışına itmeye yönelik faaliyetlerini engellemeye yöneliktir. Hakim durumdaki teşebbüsün; hakim durumda bulunduğu ürünün satımını, bu ürünle niteliği ve ticari yaşamın gereği olarak ilgisi olmayan bir ürünün de satın alınması şartına bağlaması, bağlı ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin alıcılar ile iş yapmasını engeller. Bu yönüyle bağlama anlaşmaları da, bağlanan pazarda fiili münhasırlık yaratan bir yapı sergilemektedir.

Müşterilerin bağlı ürünü de satın almak zorunda kaldıkları yükümlülükler farklı ağırlıklarda karşımıza çıkar. Müşteriye böyle bir yükümlülüğün yüklendiği en ileri safha, bağlayan ürünün satımının bağlanan ürünün de satın alınması şartına bağlanmasıdır. Bu şart hakim durumdaki teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişki için geçerli olabileceği gibi hakim durumdaki teşebbüs ile dağıtıcıları arasında da geçerli olabilir<sup>288</sup>.

Bağlama anlaşmaları kanalıyla fiili münhasırlık tesisi, bir takım avantajların bağlanan ürünü satın almayan müşterilere sağlanmaması şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür. Benzer bir sonuç doğuran uygulama ise, indirimlerdir. Ürünlerin ayrı ayrı alınması durumunda indirim oranının düşük ya da birlikte alınması durumunda indirim oranının yüksek olması, rasyonel olarak müşterilerin her iki ürünü birlikte satın alması yönünde güçlü bir baskı yaratıyorsa, bağlama anlaşmasının etkilerinin doğması muhtemeldir<sup>289</sup>.

Bağlama anlaşmasının ihlal teşkil etmesi için gerekli bir diğer unsur ise “makul sebebin” bulunmamasıdır. Bu tür anlaşmalarda genel olarak ileri sürülen sebep, üretim ya da dağıtım etkinliğidir. İki ürünün birlikte üretilmesinden doğan maliyet avantajı ve birlikte dağıtılmasından doğan taşıma/paketleme avantajları, etkinlik argümanının temelinde yer alır. Aynı zamanda kalite, güvenlik ve optimal kullanımda bağlama anlaşmalarının önemli bir sebebini oluşturmaktadır.

<sup>288</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.167.

<sup>289</sup> Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.71; European Commission, XXVI th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1996, s.144-148.

*Napier Brown* kararında hakim durumdaki British Sugar'ın bazı durumlarda şeker arzını, nihai satış noktasına taşıma hizmetinin de kendisinden alınması şartıyla satması, bağlayıcı uygulama olarak değerlendirilmiştir<sup>290</sup>. Benzer şekilde Tetra Pak II davasında, aseptik paketleme makinelerinin satışının bu makinelerde kullanılacak olan karton ihtiyacının da Tetra Pak'dan temin edilmesinin ya da aynı zamanda bu makinelerin bakım, tamir gibi hizmetlerinin de Tetra Pak'tan alınmasının şart koşulması bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>291</sup>.

*Hilti* davasında çivi tabancası ve bu tabancalara uyumlu kartuş şeriti ve çivi pazarında hakim durumda bulunan Hilti, patent koruması vasıtasıyla tek üreticisi olduğu çivi tabancasına uyumlu kartuş şeritlerinin alımını, bağımsız çivi üreticilerini piyasa dışına itecek şekilde Hilti marka çivilerin alınmasına bağlaması hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir<sup>292</sup>.

### 10.2.2.3. Ayrımcılık

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, eş edimler için eşit olmayan koşullar uygulayarak aynı durumda bulunan alıcılara farklı davranması durumunda ayrımcılık söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifade ile “farklı koşulların uygulanması” ayrımcılığın temel şartıdır. Aynı zamanda hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı şartlar ileri sürerek alıcılarına farklı davranması yeterli olup bu şartların fiilen uygulanması gerekli değildir<sup>293</sup>.

Ayrımcılığın kabulü için hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranması şarttır. Ancak her farklı davranış ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Bu açıdan ayrımcı uygulamanın ayırt edici unsuru davranışın altında yatan nedendir. Alt piyasada yer alan alıcılardan bazılarını rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma sokma ya da rakiplerini piyasa dışına itme amaçlı “farklı davranışlar”, objektif bir kriterle dayanmadıklarından ya da kriter objektif olarak uygulanmadığından ayrımcı davranışlardır.

Hakim durumdaki teşebbüs, eşit durumdaki alıcılarına farklı koşullar uygulayarak doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yapabilir. Doğrudan ayrımcılık, farklı davranış temeline dayanan uygulamaları kapsamaktadır. Hakim durumdaki teşebbüsün alıcılarından birine 50 TL/kg fiyat uygularken diğerine 10 TL/kg uygulaması doğrudan ayrımcılığın en basit örneğidir. Dolaylı ayrımcılıkta ise davranışlar görünüşte aynı olmasına rağmen etkileri bakımından farklı

<sup>290</sup> Napier Brawn-British Sugar, OJ (1988) L 284/41, (1986) 3 CMLR 594, p.26.

<sup>291</sup> Case C-333/94P Tetra Pak International SA v. Commission (1996) ECR I-5951, (1997) 4 CMLR 662, p.34-38.

<sup>292</sup> Case T-30/89 Hilti AG v. Commission (1991) II ECR 1439, (1992) 4 CMLR 16, p.100, p.99.

<sup>293</sup> GÜL, İ., Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara, 2000, s.55.

davranışlardır. İlk örnekten yola çıkarsak, hakim durumdaki teşebbüsün her iki müşterisine birden 10 T.L./kg'dan mal satarken birine %10 indirim uygulaması dolaylı ayrımcılıktır.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün ayrımcı davranışları; ayrımcı fiyat, iş yapmayı reddetme ve diğer ayrımcı uygulamalar olmak üzere üç kategoride incelenebilir.

#### 10.2.2.3.1. Ayrımcı Fiyat

Aynı ürünün iki farklı müşteriye satışında farklı fiyatlar uygulanıyor ise veya aynı fiyattan yapılan iki farklı satışta, iki satışın marjinal maliyeti farklı ise ekonomik olarak ayrımcılık vardır. Diğer taraftan, fiyat ayrımcılığı ile fiyat farklılaştırmasının ayrımcılığın iyi yapılması gerekir. Hem fiyat farklılaştırması hem de fiyat ayrımcılığı aynı ürünün iki alıcıya farklı fiyattan satılması demek olsa da her fiyat farklılaştırması, ayrımcı olarak nitelendirilemez. Genel olarak, bir teşebbüs aynı ürün için benzer müşteri veya işlemlere, makul bir gerekçe olmaksızın farklı fiyatlar uyguluyorsa ekonomik anlamda fiyat ayrımcılığı söz konusudur.

Fiyat ayrımcılığı; haklı bir neden olmamasına karşılık, teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarına, birbirini ikame edebilen ilişkiler için farklı fiyat uygulaması şeklinde ifade edilebilir<sup>294</sup>. Fiyat ayrımcılığı teşebbüsün benzer mal veya hizmet müşterilerine farklı fiyat uygulaması neticesinde ortaya çıkar<sup>295</sup>.

82 nci maddenin (c) bendi, hakim durumdaki teşebbüsün benzer işlemler için benzer olmayan şartlar uygulanmasını kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda kötüye kullanmanın gerçekleşebilmesi için eş işlemlerin olması gerekir. Hangi işlemlerin eş işlemler olduğunu tespit ederken; ürünün niteliği, içeriği, kalitesi, değişim hızı, teslimi, pazarlama maliyeti ve farklılık yaratan diğer unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır.

(c) bendinde yer verilen ikinci şart ise, ayrımcılığın hakim durumdaki teşebbüsün ticari taraflarını rekabet yönünden dezavantajlı konuma getirmesidir. Hakim durumdaki teşebbüs ile aynı pazarda yer alan rakiplerin ya da alt pazarda faaliyet gösteren alıcıların rekabette dezavantajlı konuma getirilmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>296</sup>.

Hakim durumdaki teşebbüsün, müşterileri ile yaptığı dikey anlaşmalarında bu türden ayrımcı fiyat uygulaması, rekabet üzerinde bir takım

<sup>294</sup> ÖZ, a.g.t., s.74.

<sup>295</sup> FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.174.

<sup>296</sup> Bkz. Case 40/73 Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, (1976) 1 CMLR 295, p.138; Irish Sugar, OJ (1997) L 258/1, (1997) 5 CMLR 666, p.136; Napier Brown-British Sugar, OJ (1988) L 284/41, (1986) 3 CMLR 594, p.102.



olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu türden bir ayrımcı fiyat, hem rakipleri dışlayıcı etkiye sahip olabileceği gibi hem de alıcıların bir kısmını rekabette dezavantajlı konuma sokacaktır.

Ayrımcı davranışlara yönelik olarak yukarıda değinilen ikili ayırım fiyat ayrımcılığı için de geçerlidir. Bu doğrultuda fiyat ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki kategoride değerlendirilmektedir.

#### **10.2.2.3.1.1. Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı**

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, hakim teşebbüsün farklı satış fiyatları uygulamak suretiyle gerçekleştirdiği ayrımcılık türüdür. Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece olmak üzere üç alt kategoride incelenmektedir<sup>297</sup>.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, pazarı talep elastikiyeti farklılığına bağlı olarak alt pazarlara bölerek ve aynı zamanda pazarlar arasında olası mal arbitrajını engelleyerek farklı fiyattan mal satmasıdır<sup>298</sup>.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan fiyat ayrımcılığına gitmesinin nedeni, ürünü daha yüksek fiyata satmak olabileceği gibi rakip teşebbüsleri piyasa dışına iterek piyasadaki mevcut konumunu korumak da olabilir. Doğrudan fiyat ayrımcılığı, alıcı ya da dağıtıcıların rakip teşebbüsler ile iş yapmasını engellemek amacıyla, fiili münhasırlık sağlamaya yönelik olarak kullanılabilir. Hakim durumdaki teşebbüsün ihtiyacının tamamını kendisinden alan alıcılarına ürünü düşük fiyattan satması, rakip teşebbüslerin müşteri bulmasını engelleyen doğrudan fiyat farklılaştırmasıdır. Benzer bir uygulama, özellikle rakip teşebbüsün faaliyet gösterdiği bölgelerdeki alıcılara düşük fiyat uygulanmasıdır. Bu örneklerde hakim durumdaki teşebbüs, doğrudan fiyat ayırımına giderek markalararası rekabeti engellemektedir. Bu açıdan doğrudan fiyat ayrımcılığının, hakim durumdaki teşebbüsün alıcıları arasındaki rekabet düzeyine etkisi olduğu gibi aynı zamanda hakim teşebbüs ile aynı piyasada yer alan rakip teşebbüsler arasındaki rekabet düzeyine de etkisi bulunmaktadır.

#### **10.2.2.3.1.2. Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı**

Dolaylı fiyat ayrımcılığı genel olarak, hakim durumdaki teşebbüsün alıcılarına aynı fiyattan satış yapmasına karşın, neticede satış fiyatı haricindeki unsurlardan kaynaklanan sebeplerle alıcılardan bazılarının farklı fiyatlardan mal alması şeklinde ifade edilebilir. Bu açıdan dolaylı fiyat ayrımcılığı, teşebbüsün

<sup>297</sup> Doğrudan fiyat ayrımcılığına ilişkin alt kategoriler için bkz. GÖRGÜLÜ, Ü., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

<sup>298</sup> KASERMAN/ MAYO, a.g.e., s.275.

alıcılarına indirim yapması ve parasal ödemelerde bulunması olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

Dolaylı fiyat ayrımcılığının her iki kategorisi de hakim durumdaki teşebbüsün alıcıları ile münhasır ilişki kurmasında ya da rakip teşebbüslerin pazar dışına itilmesinde önemli rol oynayabilmektedir. Özellikle indirim sistemleri, halihazırda belirli bir ekonomik güce sahip olan hakim teşebbüs tarafından piyasadaki alıcıların rakipleri ile iş yapmasını engelleyecek şekilde kullanılabilir. Alıcıların tercihine bağlı olarak çalışan, ayrımcılık temeline dayalı bir fiyatlandırma sistemi rakip teşebbüslerin müşteri bulamamasına yol açacaktır.

Hakim durumdaki teşebbüs tarafından rakipleri dışlayıcı etkisi nedeniyle ihlal olarak değerlendirilen “indirim sistemi”nin, pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olmayan bir diğer aktör tarafından kullanılmasına izin verilebilir<sup>299</sup>.

#### 10.2.2.3.1.2.1. İndirim Sistemleri

Teşebbüslerin piyasa paylarını korumak ve artırmak amacıyla, müşterilerinin kendisinden daha fazla mal almasını teşvik eden çeşitli uygulamalarda bulunması doğaldır. Teşebbüslerin ürünün satış fiyatında indirimde gitmesi piyasadaki rekabet düzeyine olumlu katkıları bulunmaktadır. Diğer taraftan bu tür indirimlerin önemli ölçüde rakip teşebbüsleri dışlayıcı veya alıcıların kendi aralarındaki rekabet ortamını bozucu etkileri de mevcuttur<sup>300</sup>.

Özellikle hakim durumdaki bir teşebbüsün; rakibinden mal almamak, minimum belirli miktarda satın almak, öncelik hakkı tanımak, belirli satış rakamlarına ulaşmak koşullarıyla satış fiyatında indirimler yapması, fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirmekte ve bu tip indirimler rekabet üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir<sup>301</sup>.

Diğer taraftan, hakim durumdaki bir teşebbüsün yaptığı bütün indirimler ayrımcı olarak değerlendirilmemektedir. En basit şekliyle, belirli bir miktarın üzerinde alım yapan müşterilere sağlanan iskontodan ibaret olan ve ticari hayatta yaygın olarak kullanılan “miktar indirimleri”nde, hakim durumdaki teşebbüsün indirim sayesinde elde edeceği etkinlik ile indirim arasında bir orantılılık varsa

---

<sup>299</sup> *Hoffmann-La Roche* davasında ATAD, hakim durumdaki teşebbüs tarafından rekabeti kısıtladığı gerekçesi ile 82 nci maddenin ihlali olarak değerlendirilen “sadakat indirimi”nin aynı pazarda faaliyet gösteren ve hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.123.

<sup>300</sup> SANLI, a.g.t., s.266.

<sup>301</sup> GÜL, a.g.t., s.82.

ihlalin varlığından söz etmek zordur<sup>302</sup>. Komisyon *Irish Sugar*<sup>303</sup> davasında bütün müşterilere açık ve satıcı için maliyet tasarrufu sağlayan miktar indirimlerinin makul olduğunu belirtmiştir<sup>304</sup>.

Fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmeyen bir diğer indirim sistemi de “fonksiyonel indirim”dir. Fonksiyonel indirim, alıcının pazarda faaliyette bulunabilmesi için ürünü diğer alıcılardan daha düşük bir fiyattan satın alması amacıyla yapılan indirimlerdir<sup>305</sup>.

İndirimin “fiyat ayrımcılığı” olarak değerlendirilmesinde, indirim oranının büyüklüğünün fazla önemi yoktur. Önemli olan indirim miktarının fiili etkisidir<sup>306</sup>. Bu açıdan yapılan indirim, alıcıların diğer teşebbüslerden mal almalarını caydırıcı etkilere sahipse, bu durum fiyat ayrımcılığının kabulü için yeterlidir. Hakim teşebbüs tarafından uygulandığı zaman kötüye kullanma olarak değerlendirme ihtimali olan indirimler, sadakat ve hedef indirimleri olmak üzere iki alt başlık altında incelenebilir.

#### **i. Sadakat İndirimi**

Sadakat indirimleri, müşterilerin başka teşebbüslerden mal almalarını büyük ölçüde kısıtladığı ve rakiplerin rekabet edebilme imkanını azalttığından dolayı kötüye kullanma olarak nitelendirilmektedir. Bu indirim sisteminde hakim durumdaki teşebbüs, müşterisine ihtiyacının tamamını veya en azından önemli bir bölümünü kendisinden alması koşuluyla indirim yapar<sup>307</sup>.

<sup>302</sup> Genellikle bu indirim türünde sağlayıcı, kriterleri belirli ve tüm müşterilerine açık olan bir indirim sistemi uyguladığından, rekabetçi kaygıların ortaya çıkma olasılığı azalmaktadır. RIDYARD, D., “Exclusive Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82- An Economic Analysis”, ECLR, Issue 6, Vo.23, 2002, s.289.

<sup>303</sup> *Irish Sugar*, OJ (1997) L 258/1, (1997) 5 CMLR 666, p.153.

<sup>304</sup> İlk Derece Mahkemesi ise; normal miktar indirimini kabul edilmeyen, amacı müşterileri hakim durumdaki teşebbüse bağlamak suretiyle rakip sağlayıcıları rekabette dezavantajlı konuma getirmek olan miktar indirimlerinin kötüye kullanma olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. Case T-228/97 *Irish Sugar v. Commission*, (1999) ECR II-2969, (1999) 5 CMLR 1300, p.213.

<sup>305</sup> Örneğin toptancının perakendeciye kıyasla malı daha düşük fiyata alması, piyasada faaliyet göstermesi açısından zorunludur.

<sup>306</sup> ATAD, *Michelin I* davasında, Michelin’in satışlarını artırmak amacıyla uyguladığı indirim oranının (% 0.2’den % 0.4’e kadar) düşük olduğu iddiasını; oranın düşük olmasının, indirimlerin alıcılar üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde önemli olmadığı gerekçesi ile kabul etmemiştir. Nitekim alıcının, uzun bir dönem boyunca elde etmek için uğraştığı küçük bir indirim oranını kaybetmesi ya da daha düşük bir indirim oranından yararlanmak zorunda kalması, söz konusu dönem boyunca yaptığı tüm alışları etkileyecektir. Case 322/81 *Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, (1985) I CMLR 282, p.80-81.

<sup>307</sup> Sadakat indirimleri, alıcının yalnızca tek bir sağlayıcıdan ürün alması ya da alımlarının büyük bir çoğunluğunu tek bir sağlayıcıya yönlendirmesine yol açmaktadır. Bu açıdan alıcının sağlayıcıya olan bağlılığını artıran sadakat indirimleri, sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşma münhasır olmasa dahi fiili münhasırlık yaratmaktadır. Bkz. TOM, W.K., “Anticompetitive Aspects

Teşebbüs sadakat indirimi kanalıyla alıcıyı kendine bağlayarak mal arzını güvenceye alabilir. Aynı zamanda gelecekteki talebi tahmin edebildiğinden üretim planlamasını daha verimli yaparak stok ve üretim maliyetlerini düşürebilir. Bu sayede tüketiciye daha ucuz mal satma imkanına da sahip olur<sup>308</sup>.

Sadakat indirimini farklı kılan diğer bir nokta, indirimin miktar ile ilgili olmamasıdır. İndirimin amacı, müşterileri hakim durumdaki teşebbüsten mal almaya teşvik etmektir. Diğer bir ifade ile indirim, ekonomik açıdan indirime neden olacak maliyet avantajı ile doğrudan ilgili değildir. Sadakat indiriminin piyasadaki rekabet üzerinde iki etkisi mevcuttur. Bunlar, pazara yeni girecek rakipler açısından giriş engeli oluşturması ve pazarda hali hazırda varolan rakip teşebbüsleri piyasa dışına itebilmesidir<sup>309</sup>. Sadakat indirimlerinin bu zararları, markalararası rekabetin yoğun olduğu piyasalarda aşırı derecede hissedilmez. Ancak, hakim teşebbüsün bulunduğu piyasa yapılarında, bu teşebbüsün sadakat indirimi uygulaması piyasadaki rekabet açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu yönüyle sadakat indiriminin hem dışlayıcı hem de ayırıcı etkileri bulunmaktadır. Sadakat indirimi neticesinde dışlayıcı ve ayırıcı etkilerden yalnızca biri oluşabileceği gibi her ikisinin birden ortaya çıkması da söz konusudur<sup>310</sup>.

---

of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing”, Antitrust Law Journal, Vol.67, Issue 3, 2000, s.615-639.

<sup>308</sup> *Hoffman-La Roche* davasında Roche, sadakat indirimlerinin; müşterinin mal teminini garanti altına alması, satıcının mal satmasını garanti altına alması ve tüketiciye daha ucuza mal satmayı sağlaması açısından üç farklı yararının olduğunu iddia etmiştir. Bkz. Case 85/76, (1979) ECR 461, 3 CMLR 211.

<sup>309</sup> Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kimi kararlarda, hakim teşebbüsün doğrudan rakiplerini piyasa dışına itmeye yönelik olarak müşterilerine sağladığı sadakat indirimleri incelenmiştir. Bu davaların ortak özelliği, hakim durumdaki teşebbüsün özellikle **rakipleri ile iş yapma ihtimali olan** müşterilerine indirim sağlamasıdır. *AKZO* kararında, özellikle rakip sağlayıcı olan ECS'den ürün tedarik eden müşterilere AKZO tarafından indirim sağlaması, kötüye kullanma eylemine dayanak teşkil etmiştir. *Irish Sugar* kararında, Kuzey İrlanda'ya yakın olmaları nedeniyle bu bölgeden şeker ithal etme imkanına sahip olan müşterilere verilen “sınır indirimleri” ve *CMB* kararında, piyasaya yeni giren teşebbüsün faaliyet gösterdiği güzergaha ve sefer zamanlarına bağlı olarak belirlenen indirimler, doğrudan rakip teşebbüsleri hedef alması nedeniyle kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission* (1991) I ECR 3359, (1993) 5 CMLR 215, p.72; Case T-228/97 *Irish Sugar v. Commission*, (1999) ECR II-2969, (1999) 5 CMLR 1300, p.179-181; Case C-395/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. European Commission* (2000) ECR I-1365, (2000) 4 CMLR 1076, p.74.

<sup>310</sup> Örneğin *Hilti* davasında; çivi, çivi makinesi ve çivi kartuşu üreten Hilti'nin, çivi makinesi üretmeyip sadece çivi ve kartuş üreten rakiplerini piyasa dışına itmek amacıyla diğer bazı eylemlerinin yanı sıra aynı zamanda rakip sağlayıcılardan çivi ve kartuş almayan müşterilerine oldukça uygun sayılabilecek indirimler uygulaması, ayırıcı ve dışlayıcı etkilerin her ikisinin birden gündeme gelmesine yol açmıştır. Bkz. Case T-30/89 *Hilti AG v. Commission* (1991) II ECR 1439, (1992) 4 CMLR 16, p.100, p.110.

Diğer taraftan bazı sadakat indirimlerinde İngiliz Hükümü<sup>311</sup> adı verilen bir uygulama da gündeme gelmektedir. Buna göre, alıcı başka bir sağlayıcıdan daha uygun şartlarla mal temin etme imkanını elde ederse, bunu hali hazırda mal aldığı hakim teşebbüse bildirecek ve hakim teşebbüs aynı ya da daha uygun koşullarda mal temin etmek istemezse, bu durumda söz konusu malı başka bir sağlayıcıdan alabilecektir. Şayet anlaşma birden fazla malı veya aynı malın birden fazla çeşidini kapsıyor ve alıcı bu malların belirli bir grubunu daha uygun şartlarda elde etme imkanına kavuşmuşsa, alıcının hakim durumdaki teşebbüsten almaya devam edeceği mal için sadakat indirimi geçerli olabilecektir<sup>312</sup>. İngiliz hükümü, hakim teşebbüsün piyasadaki rakiplerinin politikalarından haberdar olmasını sağlayarak, rakiplerin rekabet edebilme şansını azaltmaktadır<sup>313</sup>. Buna ilişkin olarak Komisyon *Solvay*<sup>314</sup> kararında, bu tür hükümlerin *Solvay* ile alıcıları arasındaki bağı kuvvetlendirdiğine ve bu şekilde *Solvay*'in rakiplerinin stratejileri hakkında bilgi sahibi olarak, rakiplerinin piyasa dışına itme imkanına sahip olduğuna hükmetmiştir.

Sadakat indirimini miktar indiriminden ayıran temel farklılık; satıcının indirimi, satın alınan mal miktarına bağlı olmaksızın alıcının, ihtiyacının olabildiğince fazlasını kendisinden temin etmesini ve bu suretle rakip teşebbüslerden mal almasını engellemeye yönelik olarak belirlenmesidir<sup>315</sup>. Bu açıdan indirimin, alıcının ihtiyacının tamamını sağlayıcıdan alması karşılığında yapılan sabit bir indirim olması ya da alıcının sağlayıcıdan karşıladığı ihtiyaç

<sup>311</sup> English clause. Kimi davalarda “competition clause” olarak da kullanılmıştır. Bkz. *Soda-ash-Solvay* OJ (1991) L 152/21, p.59.

<sup>312</sup> Bu yöntem, alıcının anlaşma konusu diğer malları hakim durumdaki teşebbüsten almaya devam etmesine yol açacaktır. Ancak sadakat indiriminin alıcının ihtiyacının her bir yüzdesi için artan oranlı olarak tespit edilmesi durumunda alıcı, İngiliz şartına dayalı olarak malın belirli bir bölümünü rakip sağlayıcıdan temin etme imkanına sahip olsa da, ihtiyacının daha fazlasını hakim teşebbüsten alarak daha fazla indirim kazanmak isteyecektir. Bu da rakip sağlayıcının, İngiliz şartı nedeni ile hakim teşebbüsten çok zor müşteri kapabildiği bir ortamda, pazardaki faaliyetlerini daha fazla sınırlayacaktır.

<sup>313</sup> İngiliz hükümünün piyasadaki rekabet düzeyine etkileri için bkz. s.83.

<sup>314</sup> *Soda-ash-Solvay*, OJ (1991) L 152/21, p.59.

<sup>315</sup> *Hoffman-La Roche* davasında ATAD, miktar indirimlerinin **alım** miktarına bağlı olduğunu, Roche'nin uyguladığı indirimin amacının ise alıcının **ihtiyacının** tamamını veya önemli bir bölümünü elde etmek olduğunu ve bu sebep ile objektif olmadığını belirtmiştir. *Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.90, p.100.

Hakim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimi yoluyla rakiplerini dışlayıcı etki yarattığı önemli davaların başında *Suiker Unie* ve *British Gypsum* gelmektedir. ATAD *Suiker Unie* davasında, Almanya'daki şeker üreticilerinin, İlk Derece Mahkemesi ise *British Gypsum* davasında İngiltere'deki alçıpan üreticisinin; alıcılarına, rakip sağlayıcılardan mal almamaları karşılığında sağladıkları sadakat indirimlerini, rakip teşebbüslere karşı dışlama etkisi yarattığı gerekçesi ile hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Case T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v. Commission* (1993) ECR II-389, (1993) 5 CMLR 32, p.120; *Case 40/73 Suiker Unie v. Commission* (1975) ECR 1663, (1976) 1 CMLR 295, p.486.

yüzdesine bağlı olarak artan bir oranda olması, sadakat indirimi olmasını engellemez. İlk bakışta artan oranlı sadakat indirimi alıcının, rakip sağlayıcıdan mal almasını engellemeyen bir sistem olarak görülse de<sup>316</sup>, önemli olan indirimin alım miktarı üzerindeki etkisidir. Bu noktada iki önemli husus karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak; hakim durumdaki sağlayıcının uyguladığı, satın alınan mal miktarına bağlı olmaksızın alıcının ihtiyacının yüzdesine göre değişen artan oranlı indirimi, alıcının daha fazla indirim kazanmak amacıyla ihtiyacının tamamını ya da önemli bir bölümünü hakim durumdaki sağlayıcıdan alması sonucunu doğuruyorsa, bu indirim etkisi itibari ile sadakat indirimi olarak değerlendirilecektir. İkinci olarak; indirimin, alıcının ihtiyacının belirli bir yüzdesi üzerinden değil de satın alınan mal miktarı üzerinden artan oranlı olarak uygulanması durumunda da hakim durumdaki teşebbüsün alıcının ihtiyacını önceden tahmin etmesi ve buna uygun olarak indirimin üst dilimini alıcının ihtiyacına göre ayarlaması söz konusu olacaktır. Bu durumda da indirim, her ne kadar satın alınan mal miktarına bağlanmış gibi gözüke de neticede alıcının ihtiyacının tamamını ele geçirmek amacıyla dizayn edildiğinden, sadakat indirimi olarak değerlendirilecektir<sup>317</sup>.

Diğer taraftan sadakat indirimi, ürünü tanıtım amacıyla yapılan indirimlerden de farklıdır. Zira tanıtıcı indirimler, ürünün pazara sürülmesi sırasında kısa süreli olarak uygulanmakta olup rakip sağlayıcılardan mal almama koşuluna bağlı değildir<sup>318</sup>. Hakim durumun kötüye kullanılması açısından, alıcının sadakat indirimini kendi isteği ile kabul etmesi veya indirimi bizzat kendisinin talep etmesinin önemi yoktur<sup>319</sup>.

## ii. Hedef İndirimi

Rekabet uygulamalarında hem ayrımcı hem de dışlayıcı etki doğuran bir diğer indirim sistemi de hedef indirimdir<sup>320</sup>. Hakim teşebbüsün, müşterilerine

<sup>316</sup> Zira artan oranlı sadakat indiriminde alıcı, ihtiyacının bir kısmını rakip sağlayıcıdan alması durumunda da hakim durumdaki sağlayıcıdan karşıladığı ihtiyaç oranınca indirim almaya devam eder.

<sup>317</sup> *Hoffman-La Roche* davasında ATAD, Roche'nin alıcılarının ihtiyacını önceden tahmin ederek indirim sistemini buna uygun olarak oluşturduğunu ve bu nedenle alıcıların daha fazla indirim kazanmak amacıyla ihtiyaçlarının tamamını Roche'den temin ettikleri tespitinde bulunmuştur. Bkz. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.99-100.

<sup>318</sup> GÜL, a.g.t., s.86.

<sup>319</sup> Nitekim *Hoffman-La Roche* davasında yer verilen "...alıcının kendi isteği ile dahi olsa" ifadesi bu yaklaşımın bir göstergesidir. Bkz. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.89. Benzer şekilde *Almelo* davasında da, alıcının isteğiyle anlaşmaya konulan sadakat indiriminin, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Case C-393/92 *Almelo and others v. NV Energiebedrijf Ijsselmij* (1994) ECR I-1477, p.44.

<sup>320</sup> RIDYARD, a.g.m., s.289.

belirli bir dönem için saptadığı satış hedefine ulaşmaları durumunda uyguladığı indirim hedef indirimi adı verilmektedir. Sağlayıcı isterse hedef indirimini tek bir oran yerine, alım miktarına bağlı olarak oluşturulmuş her bir dilim için ayrı ayrı oranlar şeklinde tespit edebilir<sup>321</sup>.

Ticari hayatta teşebbüsler alıcılarına bir hedef tespit edip, söz konusu hedefe ulaşmalarını teşvik etmek amacıyla satış miktarı üzerinden indirim yaparlar. Bu indirimlerin markaiçi ve markalararası rekabet düzeyine olumlu katkıları söz konusudur. Ancak bu indirim sisteminin dışlayıcı veya ayırıcı etkiler doğurması, uzun süreli ve etkinlik artışına dayanmamasına bağlıdır. Bu nitelikteki bir hedef indirimi, müşterilerin başka bir sağlayıcı ile çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracaktır. Alıcıların ihtiyaçlarının tamamını veya büyük bölümünü sağlayıcıdan temin etmek suretiyle hedef indiriminden daha fazla yararlanmak istemeleri bu sonucu doğuracaktır<sup>322</sup>.

Hedef indiriminin yukarıda bahsedilen etkisi sebebiyle hakim durumdaki teşebbüs tarafından, rakiplerini dışlayıcı amaç için kullanılması mümkündür. *Michelin I* davasında Komisyon, kamyon ve otobüs lastikleri pazarında hakim durumda bulunan Michelin'ın alıcılarına yönelik uygulamaya koyduğu hedef indiriminin<sup>323</sup>, alıcıların bir önceki yıl alım miktarları baz alınarak bu rakamı aşacak şekilde düzenlendiği ve bu sebeple alıcıların indirimden yararlanmak için alımlarının tamamını Michelin'den gerçekleştirdikleri tespitinde bulunmuştur<sup>324</sup>. Michelin'ın alıcılarına bir önceki yıldan daha fazla Michelin markalı lastik aldirmek amacıyla kurduğu indirim sisteminin alıcıları kendine bağladığı yönündeki yaklaşımı ATAD da kabul etmiştir<sup>325</sup>. Aynı zamanda ATAD konuya ilişkin olarak; Michelin'ın uyguladığı indirimin alıcı ile yapılan görüşme sonunda tespit edildiği, yazılı olmadığı ve bu sebeple açık olmadığını dile getirmiştir<sup>326</sup>. Michelin'ın, alım miktarına bağlı olarak artan oranda indirim sağladığı değişken oranlı "hedef indirimi sistemi", alıcıları sabit oranlı hedef indirimi kadar net bir şekilde bağlamasa da ATAD'ın yaklaşımı farklı olmuştur. Alıcının bir önceki yılda gerçekleştirdiği alım miktarının üzerinde bir rakam "hedef" olarak tespit edildiğinden, alıcı maksimum indirim diliminden yararlanmak için yıl sonunda alımlarını artırmak zorunda kalmıştır<sup>327</sup>. Alıcının maksimum indirim diliminden yararlanmak istemesi, en yüksek dilime isabet

<sup>321</sup> Artan oranlı hedef indiriminde alıcı, bir üst dilime tekabül eden miktarda alımda bulunursa daha fazla indirimden faydalanmaktadır.

<sup>322</sup> SANLI, a.g.t., s.266.

<sup>323</sup> Michelin, alıcılarının bir kısmına sabit oranlı hedef indirimi uygularken, bir kısmına satın alınan mal miktarına paralel olarak artan hedef indirimi uygulamıştır.

<sup>324</sup> Case 322/81 Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, (1985) I CMLR 282, p.78.

<sup>325</sup> p.85.

<sup>326</sup> p.83.

<sup>327</sup> p.72.

eden mal miktarınca alım yapması ile sonuçlanmaktadır. Bu şekilde ihtiyacının tamamını temin eden alıcının rakip sağlayıcılardan mal alma gereksinimi olmamaktadır. Diğer taraftan alıcının maksimum indirimden yararlanmak için yaptığı alım sonrasında geriye bir miktar ihtiyacı kalırsa, bu ihtiyacı rakip sağlayıcılardan temin edebilecektir. Ancak bu noktada rakip sağlayıcıların karşılaştıkları bir sorun bulunmaktadır. Zira rakip sağlayıcı, alıcı ile iş yapabilmek için, ihtiyacının büyük bir kısmı Michelin tarafından karşılanmış olan alıcının ihtiyacının geriye kalan ufak bir kısmına, Michelin tarafından verilen maksimum indirim vermek zorundadır<sup>328</sup>. ATAD bu yönüyle, Michelin'ın ufak miktarlarda verdiği indirimlerin, rakip sağlayıcılar tarafından verilemediğine hükmetmiştir<sup>329</sup>.

Bu karardan yaklaşık yirmi yıl sonra yeniden gündeme gelen *Michelin II* davasında<sup>330</sup>, Michelin'ın indirim sistemleri Komisyon tarafından tekrar incelenmiştir. Fransa'nın kimi bölgelerinde, ağır vasıtalara ait yeni lastik pazarındaki pazar payı % 60'ı bulan Michelin'ın üç farklı indirim uyguladığı tespit edilmiştir. "Temel indirim" olarak adlandırılan ilk indirimde, bir yıllık bir dönem zarfında satın alınan ürün miktarına bağlı olarak müşteriye belirli bir oranda indirim verilmektedir. Hedef dilimleri itibariyle artan oranlı bir yapı sergileyen bu indirim sisteminin en önemli özelliği, müşterinin bir yıllık alım miktarı hangi dilime tekabül ediyorsa, o dilime karşılık gelen indirim oranının tüm alım miktarına uygulanmasıdır<sup>331</sup>. Bir diğer indirim olan "hizmet indirimi", Michelin lastiklerinin, müşterinin satışları içindeki payına bağlı olarak verilmektedir. Son indirim olan "ilerleme indirimi", mevcut yıla ilişkin Michelin ürünlerinden yaptığı alım miktarı, bir önceki yıla karşılaştırıldığında artış gösteren müşteriye sağlanan indirimdir<sup>332</sup>.

Kararda incelenen bir diğer husus ise "Michelin Friends Club" uygulamasıdır. Michelin'ın büyük dağıtıcılarının dahil olduğu bu sistemde, söz konusu dağıtıcılara ilave finansal ayrıcalıklar karşılığında bir takım yükümlülükler yüklenmektedir. Buna göre sisteme dahil olan dağıtıcılar, tüketicilerden gelen talepleri karşılamak amacıyla, yeterli seviyede Michelin ürün stoğu bulundurmaları zorundadırlar. Komisyon bu yükümlülüğe ilişkin olarak, Michelin'ın ilgili dağıtıcının satışlarındaki mevcut oranını korumasına yardımcı olduğu ve aynı zamanda dağıtıcının rakip lastik alımlarını artırmasına engel olduğu yorumunda bulunmuştur. Söz konusu dağıtıcılara yüklenen bir diğer yükümlülük ise satış rakamlarının Michelin'e bildirilme zorunluluğudur.

<sup>328</sup> p.82.

<sup>329</sup> p.82.

<sup>330</sup> Michelin II, OJ (2002) L 143/1.

<sup>331</sup> Komisyon bu indirim sistemini "rolled back to unit one" olarak tanımlamaktadır.

<sup>332</sup> Michelin II, OJ (2002) L 143/1, p.56-74.



Bu sayede dağıtıcının, Michelin'in haberi olmaksızın rakip markalı lastik satışını artırmasının önüne geçilmiştir. Son olarak Komisyon, önceden beklenmeyen taleplerin Michelin lastiklerine yönlendirilmesine ilişkin yükümlülüğün de Michelin'in mevcut pazar payını korumasında etkili olduğu yorumunda bulunmuştur<sup>333</sup>.

Bir diğer önemli karar olan *British Airways*'de Komisyon, British Airways'in Birleşik Krallık hava yolu acenteliği pazarında sahip olduğu hakim durumunu, seyahat acentelerine sağladığı hedef indirimleri ile kötüye kullandığına karar vermiştir<sup>334</sup>. Kararda, hakim durumdaki teşebbüsün etkinlik kazanımına dayalı indirim uygulayabileceği ancak alıcının kendisine sadakatini artırmaya yönelik teşvik oluşturan indirimleri kullanamayacağı yorumu dikkat çekicidir<sup>335</sup>. Komisyon, British Airways'in satış hacmine bağlı olarak indirim vermesinin etkinlik kazanımı doğurduğunu kabul etse de, mevcut indirim sisteminin bu temelde olmadığını, az sayıda satış yapan seyahat acentesinin de önceki yıl yaptığı satış miktarını aşması durumunda oldukça yüksek oranlı indirimlerden yararlanabildiğini belirtmiştir. Buna karşılık; çok miktarda satış yapan acentenin, bir önceki yıl satış rakamının üstüne çıkamaması durumunda indirim kazanamayacağını, bunun da indirim sisteminin ölçek ekonomisine dayalı olmadığının önemli bir göstergesi olduğunu söylemiştir<sup>336</sup>.

<sup>333</sup> Michelin II, OJ (2002) L 143/1, p.107. Söz konusu davanın yorumu için bkz. SHER, B., "Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around", ECLR, Issue 10, 2002, s.482-489.

<sup>334</sup> Virgin/British Airways, OJ (2000) L 30/1, (2000) 4 CMLR 999, p.96. Michelin II davasında gündeme gelen "temel indirim" ve "ilerleme indirimi", British Airways tarafından da uygulanmıştır.

<sup>335</sup> p.97-100. Komisyon bu davada Hoffman-La Roche ve Michelin I davalarına da atıfta bulunmuştur. Söz konusu iki davanın, hakim durumdaki teşebbüsün maliyet avantajına dayalı indirim sistemi uygulayabileceğini, ancak alıcı ya da dağıtıcıların sadakatini artırmaya yönelik indirim ve teşvik sistemi oluşturamayacağına ilişkin genel prensibi ortaya koyduğunu ifade etmiştir (p.101). Ayrıca bkz. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.734.

Bu yönüyle Komisyon, indirim sistemlerini bütünüyle "maliyet yönlü" bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak *British Gypsum Super Stockist Scheme* kararında, indirim sisteminin maliyet avantajı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmeksizin makul kabul edilmiştir. Bkz. *British Gypsum Super Stockist Scheme* OJ (1992) C 321/9, (1993) 4 CMLR 143. ATAD ise bütünüyle "maliyet yönlü" bir yaklaşımdan ziyade "etki temelli" bir yaklaşım taraftarıdır. Yaptığı değerlendirmelerde ATAD; indirimin temelinde yatan kriterlerin önemli olduğunu, söz konusu indirimin, alıcıların rakip sağlayıcılardan mal alma özgürlüklerini ve rakip sağlayıcıların piyasaya erişimlerini kısıtlayıp kısıtlamadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. SHER, a.g.m., s.487. Ancak Komisyon tarafından hakim durumdaki teşebbüsün, üretim maliyetlerindeki düşüşle bağlantılı olmayan indirim sistemi uygulamasının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi, özellikle iktisatçılar tarafından eleştirilmektedir. Özellikle **sabit maliyet** düzeyinin yüksek olduğu piyasa yapılarında, üretim ya da satış düzeyi arttıkça **marjinal maliyet** yapısında önemli bir avantaj elde edilmese de, ortalama sabit maliyet düzeyinde büyük düşüşler yaşanabilecektir. Bkz. RIDYARD, a.g.m., s.291; BISHOP/WALKER, a.g.e., s.194-208.

<sup>336</sup> p.102.

Hakim durumdaki teşebbüsün uyguladığı hedef indiriminin, pazardaki rekabet düzeyine etkisini belirleyen temel etmenler, indirimin konu olduğu zaman dilimi ve hedef miktarıdır. Hedef miktarının her bir alıcının maksimum ihtiyacı göz önünde bulundurularak ve her bir alıcı için ayrı ayrı tespit edilmesi ya da hedef döneminin uzun olması, alıcıların hakim durumdaki sağlayıcıya olan sadakatini artıran unsurlardır. Bu açıdan değerlendirildiğinde; hakim durumdaki teşebbüsün, müşterilerinin kendisine olan sadakatini garanti altına almak amacıyla uyguladığı hedef indirimleri kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir<sup>337</sup>.

#### **10.2.2.3.1.2.2. Ödeme Suretiyle Yapılan Ayrımcılık**

Bir diğer ayrımcılık yaratan dolaylı fiyat uygulaması ise alıcılara çeşitli adlar altında yapılan ödemelerdir. Teşebbüsler, satışlarını düzenli hale getirmek veya satış artırmak için teşvik amacıyla farklı adlar altında –satış yardımı, reklam yardımı gibi- çeşitli ödemeler yapabilirler.

Markalararası rekabetin yoğun olduğu pazarlarda, bu tür teşvik edici ödemelerin rekabet düzeyi üzerinde olumlu etkileri mevcuttur. Ancak, hakim teşebbüsün bu türden uygulamalar içine girmesinin, zaten rekabet düzeyinin yetersiz olduğu piyasa yapısında rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırması kaçınılmazdır. Nitekim, bu tür ödemelerden yararlanan alıcıların hakim teşebbüse olan bağlılıkları artacak, bu da diğer mevcut ya da potansiyel sağlayıcıların piyasa dışına itilmesine yol açacaktır. Aynı zamanda bu ödemelerden yararlanma durumuna bağlı olarak bazı alıcılar rekabette diğer alıcılara kıyasla avantajlı konuma geçebileceklerdir.

Hakim teşebbüs bu tür bir ödeme sistemiyle, kendisinden mal alan alıcıları ödüllendirip ve aynı zamanda kendisinden mal almayan alıcıları rekabette dezavantajlı konuma getirerek, piyasadaki bütün alıcıları kendisine bağlamaya çalışabilir. Dolayısıyla bu tür ödemeler, bir taraftan alıcılar arasında ayrımcılığa yol açarken aynı zamanda rakip sağlayıcıları dışlayıcı özellik de gösterir. Ödeme suretiyle yapılan ayrımcılık hedef indirimleri gibi, alıcının hakim durumdaki teşebbüse olan bağlılığını artırmaya yönelik olarak kullanılması durumunda kötüye kullanma olarak değerlendirilecektir. Komisyon British Gypsum Ltd.’in, rakiplerinden alım yapmayan alıcılara “reklam ve promosyon ödemeleri” adı altında düzenli ödemeler öngören bir sistem kurmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir<sup>338</sup>. British Gypsum her ne kadar yapılan ödemelerin reklam ve promosyona yönelik olduğunu iddia etse de Komisyon, ödeme miktarlarının pazarlık sonucunda tespit

<sup>337</sup> RIDYARD, a.g.m., s.291.

<sup>338</sup> BPB Industries and British Gypsum, OJ (1989) L 010, p.58, p.124.

edilmesi ve ödemelere dayanak teşkil eden yazılı bir anlaşma olmamasını<sup>339</sup>, ödemelerin alıcıların sadakatini kuvvetlendirmek ve aynı zamanda ihtiyacının tamamını British Gypsum'dan karşılamayan alıcıları rekabette dezavantajlı konuma getirerek bu alıcıları kendine bağlamaya yönelik deliller olarak değerlendirmiştir<sup>340</sup>.

#### 10.2.2.3.2. İş Yapmayı Reddetme

Piyasa ekonomisinin temel mantığı olan anlaşma serbestisi, teşebbüslerin ticari aktivitelerini özgürce gerçekleştirmelerine imkan tanımaktadır. Ancak bu serbesti mutlak bir alan olmayıp, kimi durumlarda sınırlandırılması gerekmektedir. İşte hakim durumdaki teşebbüsün müşterisi ya da rakipleri ile iş yapma yükümlülüğü de bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir husustur.

İş yapmayı reddetme, yeni bir müşteri ile iş yapmayı reddetme şeklinde olabileceği gibi mevcut bir müşteri ile ilişkinin sona erdirilmesi şeklinde de olabilir. İş yapmayı reddetme, makul olmayan şartlarda iş yapılmasının teklifini de içine alacak şekilde değerlendirilmektedir<sup>341</sup>. Aşırı fiyat uygulaması da tek başına kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği gibi aynı zamanda fiili iş yapmayı reddetme olarak da kabul edilmektedir.

İş yapmayı reddetmenin rakiplere zararı doğrudan ve dolaylı olabilmektedir. Doğrudan iş yapmayı reddetmede, üst piyasada hakim durumda bulunan ve aynı zamanda alt piyasada faaliyet gösteren teşebbüs, üst piyasadaki hakim durumunu alt piyasada faaliyet gösteren rakipleri ile iş yapmayı reddederek kötüye kullanmaktadır. Bu sayede teşebbüs hakim durumda bulunmadığı alt piyasadaki rakiplerini, iş yapmayı reddetmek suretiyle piyasa dışına itebilecektir. Dolaylı iş yapmayı reddetmede ise, üst piyasada hakim durumda bulunan teşebbüsün mal vermeyi reddettiği ve bu suretle rekabeti azalttığı alt piyasada faaliyeti bulunmamaktadır. Ancak alt piyasada faaliyet gösterip, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinden de mal alan ya da rakiplerin mallarını da dağıtan alıcılara mal vermeyi reddetmek suretiyle, alt piyasadaki alıcıların üst piyasadaki rakip sağlayıcılar ile iş yapmaları engellenebilir. Bu suretle hakim durumdaki sağlayıcı, hem rakipleri ile iş yapan alıcıları cezalandırırken aynı zamanda diğer alıcıları da tehdit etme imkanına sahip olmaktadır.

Hem doğrudan hem de dolaylı iş yapmayı reddetme, hakim durumdaki teşebbüsün tek taraflı bir eylemi ile gerçekleşebileceği gibi dikey anlaşma

<sup>339</sup> p.58.

<sup>340</sup> p.127-140.

<sup>341</sup> Bkz. Polaroid/SSI Europe, European Commission, XIII th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1983, p.155-157.

kanalıyla da gerçekleşebilir. Dikey anlaşma vasıtası ile doğrudan iş yapmayı reddetmede; üst piyasada hakim durumda bulunan teşebbüs, alt piyasada faaliyet gösteren kendine bağlı alıcısı ile yalnızca tek bir teşebbüse mal vereceğine ilişkin “münhasır satış anlaşması” imzalayacak ve bu şekilde alt piyasaya girmek isteyen diğer alıcılar mal tedariklerinde zorlanacakları için giriş engeli ile karşılaşacaklardır. Dikey anlaşma yardımıyla dolaylı iş yapmayı reddetmede ise üst piyasada hakim durumda bulunan sağlayıcı, kendisi ile aynı piyasada bulunan rakip teşebbüslerden de mal alan veya potansiyel olarak alma ihtimali bulunan alt piyasa alıcıları ile yaptığı anlaşmalarına çeşitli hükümler koyar. Bu hükümler yardımı ile alıcıya, rakip sağlayıcılardan mal almasını engelleyici yükümlülükler yüklenir. Aynı zamanda alıcıya yüklenen bu yükümlülükler, alıcı tarafından uyulmadığı durumda anlaşmanın feshedileceği diğer bir ifade ile mal verilmeyeceği yaptırımı ile güçlendirilir. Bu sayede hakim durumdaki sağlayıcı, kendi rakiplerinden mal alan alıcıları iş yapmayı reddetmek suretiyle piyasa dışına itme imkanına sahip olabilir.

Hakim durumdaki teşebbüsün, rakipleri ile iş yapan alıcılarla anlaşmalarını feshederek iş yapmayı reddetmesi, fiili münhasırlık yaratan bir uygulamadır. Her ne kadar anlaşma hukuken münhasır temelde olmasa da, alıcı rakip sağlayıcılar ile iş yapması durumunda, hakim durumdaki sağlayıcıdan mal alamama ihtimalinin olduğunu bildiğinden, diğer sağlayıcılar ile iş yapmaktan kaçınacaktır.

İş yapmayı reddetmenin, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi için, ilgili piyasadaki rekabetin azalması ve makul bir sebebin olmaması gerekmektedir. Komisyon; piyasadaki rekabetin azalması ile ilgili olarak, iş yapmayı reddetmenin rakibin faaliyetlerini imkansız kılması ya da en azından ciddi miktarda ve kaçınılmaz olarak ekonomik olmaktan çıkarması durumunda kötüye kullanma olarak değerlendirmektedir<sup>342</sup>. Ancak bir rakibin piyasa dışına itilmesi veya faaliyetinin ekonomik olmaktan çıkarılması, aynı zamanda ilgili piyasadaki rekabeti de azaltmalıdır<sup>343</sup>.

Diğer taraftan hakim durumdaki teşebbüsün tüm alıcılarına eşit davranma yükümlülüğü altında bulunduğu da söylenemez. Örneğin arz

<sup>342</sup> ATAD'ın benzer bir yaklaşım sergilediği karar için bkz. Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH Co. v. Mediaprint Zeitungs (1998) ECR 779, p.41. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKDEMİR, Y., AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:2, 2003.

<sup>343</sup> Topluluk uygulamalarında, iş yapmayı reddetme neticesinde bir kötüye kullanmanın ortaya çıkması için, “ilgili piyasadaki rekabetin azalması” şartının aranması çok net değildir. *United Brands* davasında, hakim durumdaki teşebbüsün iş yapmayı reddetmek yoluyla teşebbüsü piyasa dışına itmesi ya da piyasadaki rekabet düzeyini esaslı olarak değiştirmesine bakılmaksızın söz konusu teşebbüs ile iş yapma yükümlülüğü altına sokulabileceği ifade edilmiştir. Bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.154.

sıkıntısının yaşandığı dönemlerde hakim durumdaki sağlayıcının geçici müşterilerin yerine daimi müşterileri ile çalışması kötüye kullanma olarak değerlendirilemez<sup>344</sup>. Dışlayıcı faaliyetlerin geneli için kullanılan “meşru sebep” ve “orantılılık” yaklaşımları iş yapmayı reddetmede de geçerlidir. Meşru sebep, hakim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanmaya yönelik eylemleri ile ticari hayatın gereği olan davranışları birbirinden ayırmak için kullanılan genel kıstastır. ATAD *Tele-Marketing*<sup>345</sup> kararında; televizyon yayını pazarında hakim durumda bulunan teşebbüsün, televizyon ile yapılan pazarlama faaliyetleri pazarında faaliyet gösteren bağlı şirketlerinden birine yayın hakkı verirken, bağlı şirketinin rakiplerini bu hakkı tanımamak suretiyle piyasa dışına itmesinin, objektif bir gerekçeye dayanmaması nedeniyle 82 nci maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Yeterli kapasitenin olmaması, alıcının iflas riskinin yüksek olması gibi sebepler meşru kabul edilmekle beraber aynı zamanda orantılı da olması gerekmektedir. Zira Komisyon *BBI/Boosey*<sup>346</sup> kararında; müşterinin temel aktivitesini rakip malların satışını artırmaya yönelik olarak kaydırması durumunda, hakim durumdaki teşebbüsün ticari çıkarlarını korumak için bu müşterisi ile olan ticari ilişkisine son verebileceğini belirtmiş ancak davada hakim teşebbüsün bu eylemini orantısız bulmuştur.

#### 10.2.2.3.3. Diğer Ayrımcı Uygulamalar

Hakim durumdaki teşebbüsün ayrımcılık sonucunu doğuran uygulamaları yalnızca bu iki grupla sınırlı değildir. Oldukça çeşitli olan ve ilk iki gruba girmeyen farklı uygulamalar bu başlık altında toplanmaktadır.

Müşterilerin teşvik edilmesine yönelik uygulamalar yalnızca fiyat indirimleri ya da çeşitli indirim sistemlerinden ibaret değildir. Aynı amaca yönelik olarak; promosyon ürünleri, satış sonrası servisler, reklam panoları ve ürünle ilgili muhafaza eşyalarının hakim durumdaki teşebbüs tarafından tedarik edilmesi durumlarında da dışlayıcı ve ayrımcı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.<sup>347</sup>

*British Gypsum* kararında Komisyon, hakim durumdaki teşebbüsün ihtiyacının tamamını kendisinden temin eden müşterilerine, diğer müşterilerine kıyasla -mal arzında bir azalma söz konusu olduğunda- mal sevkiyatında öncelik vermesini, eşit işlemlere farklı koşullar uygulanması olarak değerlendirmiştir<sup>348</sup>. İlk Derece Mahkemesi de genel olarak Komisyon'un sonucunu kabul etmekle beraber; hakim durumdaki teşebbüsün dağıtımını objektif kriterlere göre

<sup>344</sup> Bkz. Case 77/77 BP v. Commission (1978) ECR 1513, p. 34.

<sup>345</sup> Case C-311/84 Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourge oise de télédiffusion (CLT) and Information publicite Benelux (IPB) (1985) ECR 3261, p.27.

<sup>346</sup> BBI/Boosey and Hawkes (1987) OJ L 286/36, (1988) 4 CMLR 67, p.19.

<sup>347</sup> SANLI, a.g.t., s.301.

<sup>348</sup> BPB Industries and British Gypsum, OJ (1989) L 010, p.140-147.

yapması gerektiğini, objektif kriterlerin de rakipleri dışlama amacına yönelik olarak kullanılmaması gerektiğini vurgulamıştır<sup>349</sup>. Diğer taraftan kötüye kullanma eyleminin mal kıtlığının yaşandığı çok kısa bir dönemi kapsamaması ve mal arzındaki gecikmelerin bir günü geçmemesi sonucu değiştirmemiştir<sup>350</sup>.

Alıcılara verilen promosyonlar da ayrımcı uygulamanın bir aracı olarak kullanılabilir. Ancak alım miktarına ya da satış rakamlarına bağlı olarak uygulanan promosyonlar, eşit konumda olan alıcılara farklı koşulların uygulanması sonucunu doğurmadığı müddetçe ayrımcı uygulama olarak değerlendirilemeyecektir.

Farklı koşullar ileri sürerek yapılan ayrımcı uygulamalar, dikey anlaşmalarda yer alan anlaşma unsurlarının tamamını kapsamaktadır. Hakim durumdaki teşebbüsün alıcılarından birine rekabet etmeme yükümlülüğü yüklerken diğerine bu yükümlülüğü yüklememesi -diğer şartların da mevcut olması durumunda- ayrımcı davranış olarak değerlendirilebilecek bir uygulamadır.

---

<sup>349</sup> Case T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v. Commission (1993) ECR II-389, (1993) 5 CMLR 32, p.94.

<sup>350</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.754.

### III. 2790/1999 SAYILI KOMİSYON TÜZÜĞÜ ÖNCESİ DURUM

#### 11. Münhasır Dikey Anlaşmalara Yönelik Eski Tüzükler

##### 11.1. 1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü

22 Haziran 1983 tarih ve 1983/83 Sayılı “Münhasır Dağıtım Anlaşmalarına, Antlaşma’nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Komisyon Tüzüğü”<sup>351</sup> (1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü); 19/65/AET Sayılı Konsey Tüzüğü’nün<sup>352</sup> Komisyon’a verdiği, Kurucu Antlaşma’nın 81(3) üncü maddesini bir tüzükle 81(1) inci maddesi kapsamına giren karşılıklı olmayan münhasır dağıtım anlaşmalarına ve benzeri uyumlu davranışlara uygulama yetkisine dayalı olarak çıkartılmıştır.

1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün 1 inci maddesine göre “*yalnızca iki teşebbüsün taraf olduğu ve taraflardan birinin Ortak Pazar’ın tamamında ya da belirlenmiş bir bölümünde belirli malları yeniden satmak amacıyla yalnız diğer tarafa vermeyi kabul ettiği*” anlaşmalar grup muafiyeti kapsamına alınmıştır<sup>353</sup>.

Tanımda yalnızca iki teşebbüsün taraf olduğu anlaşmalarda, sağlayıcının dağıtıcıya belirli bir toprakta münhasır dağıtıcılık hakkı vermesi durumu düzenlenmiştir. Bir sağlayıcı ile birden fazla yeniden dağıtıcı arasında ya da bir sağlayıcı ile dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren birden fazla dağıtıcı arasında imzalanan dağıtım anlaşmaları Tüzük kapsamında yer almamaktadır. Tüzüğün birden fazla dağıtıcının taraf olduğu anlaşmalara şüpheyle yaklaşmasının nedeni, bu tür anlaşmaların dağıtım seviyesinde yatay işbirliğini kolaylaştırıcı etki doğurması olmuştur. Diğer taraftan münhasır dağıtım hakkına konu olan bölgede yalnızca tek bir yeniden dağıtıcının faaliyet gösterebilmesine olanak tanınmış, aynı bölgeye ikinci bir dağıtıcının atanması durumunda anlaşma grup muafiyeti kapsamının dışında değerlendirilmiştir<sup>354</sup>.

Tüzüğün kapsamında yalnızca yeniden satıma konu olan mallar yer almıştır. Bu hükmün en önemli sonucu, hizmetlerin konu olduğu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamamasıdır<sup>355</sup>. Mallardan ise yalnızca yeniden satım

<sup>351</sup> Commission Regulation (EEC) No:1983/83 of 22 June 1983 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Distribution Agreements, OJ (1983) L 173/1.

<sup>352</sup> Council Regulation 19/65/EEC of 2 March of the Council on Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Agreements and Concerted Practices, JO (1965) 533, OJ Sp. Ed. (1965-1966) 35, md.1.

<sup>353</sup> 1983/83 Sayılı Tüzüğün kapsamını oluşturan münhasır dağıtım anlaşmalarının tanımı için bkz. GREAVES, a.g.e., s.44.

<sup>354</sup> Bkz. RODGER/MACCULLOCH, a.g.e., s.186.

<sup>355</sup> Bkz. RAI/Unitel, OJ (1978) L 157/39, p.1.

amaçlı mallar kapsamında yer almakta, bunun dışında yeniden satıma konu olmayan ara mallar kapsam dışında kalmaktadır<sup>356</sup>.

1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü, yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan sınırlı sayıdaki anlaşma türü ile dağıtıcıya ve sağlayıcıya yüklenebilecek ve yüklenemeyecek sınırlamaları ayrıntılı belirtmiştir.

### **11.2. 1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü**

“Münhasır Satın Alma Anlaşmalarına Roma Antlaşma’nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında 22 Haziran 1983 Tarih ve 1984/83/AET Sayılı Komisyon Tüzüğü” (1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü)<sup>357</sup> münhasır satın alma anlaşmalarını düzenlemektedir. Tüzük sistematik olarak münhasır satın alma anlaşmaları ile ilgili genel düzenlemelere değindikten sonra bira ve petrol dağıtımı ile ilgili özel düzenlemelere yer vermektedir.

Tüzüğün 1 inci maddesine göre Tüzüğün kapsamında, taraflardan birinin sağlayıcı diğerinin ise yeniden satıcı olduğu, yalnız iki teşebbüsün arasında yapılan ve anlaşma konusu malları yeniden satıcının, münhasıran sağlayıcıdan ya da ona bağlı bir teşebbüsten veya sağlayıcının mallarını satma görevini verdiği başka bir teşebbüsten satın alma taahhüdü altına girdiği anlaşmalar yer almaktadır.

1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün uygulama kapsamını belirleyen ana unsur, münhasır satın alma yükümlülüğüdür. Taraflardan birinin, belirli malları yalnızca diğer taraftan alma taahhüdü altına girdiği münhasır satın alma yükümlülüğü, markacı rekabete etki eden bir sınırlamadır. Bu yükümlülük yalnızca anlaşma konusu malları kapsamaktadır. Dağıtıcının anlaşma konusu mal ile rekabet halinde bulunan malları dağıtmasını engelleyen rekabet etmeme yükümlülüğü bu kapsam altında değerlendirilmemektedir.

1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü de, 1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü gibi yeniden satıcıya ve sağlayıcıya yüklenebilecek ve yüklenemeyecek sınırlamaları ayrıntılı belirtmiştir.

### **12. Dikey Anlaşmalara İlişkin Muafiyet Rejimine Yönelik Eleştiriler**

Dikey sınırlamalar Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, diğer yasal düzenlemelere kıyasla nispeten daha ayrıntılı ve sıkı hükümlere tabi bir alan görünümü vermektedir. Dikey sınırlamaların bu özelliği, Üye Devletler arası ticareti ve tek pazarı tehdit eden sınırlamaları kontrol altına alma ihtiyacının bir yansımasıdır. Aynı zamanda, dikey anlaşmaların “ekonomik bağımsızlık”

<sup>356</sup> Bkz. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.537.

<sup>357</sup> Commission Regulation (EEC) No:1984/83 of 22 June 1983 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Purchasing Agreements, OJ (1983) L 173/5.



üzerindeki sınırlayıcı etkilerinin varlığı da bu sıkı politik yaklaşımın bir gereğesidir.<sup>358</sup>

Bugüne kadar Komisyon'un dikey anlaşmalara yönelik sıkı yaklaşımına karşı dile getirilen -özellikle dağıtım anlaşmalarının 81 inci madde bağlamında değerlendirilmesine yönelik- ciddi eleştiriler 90'lı yılların başından itibaren yeniden gün yüzüne çıkmıştır. Endüstri dernekleri<sup>359</sup>, avukatlar<sup>360</sup>, hukuk profesörleri<sup>361</sup>, ulusal rekabet otoritelerinin temsilcileri<sup>362</sup> ve hata Komisyon yetkilileri<sup>363</sup> Topluluk rekabet politikasının bu kanadını eleştirmekten çekinmemişlerdir. Oldukça sert eleştiriler getiren tüm bu kesimlerin ortak isteği, Komisyon'un dikey sınırlamalara yönelik mevcut politikasında oldukça geniş çaplı radikal değişikliklerin yapılmasıdır. Bu durum karşısında Komisyon, gelecekteki politikaların tartışılmasına yönelik fikri platformlara açık olduğunu ilan etmiştir. Bunun bir göstergesi olarak da 1997 yılında "Avrupa Topluluğu Rekabet Politikasında Dikey Sınırlamalara İlişkin Yeşil Kitap"ı yayınlamıştır.<sup>364</sup>

Dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti rejiminde yapılan değişiklikleri yalnızca yukarıda bahsedilen organize baskının bir sonucu olarak görmek yanlış olacaktır. Komisyon'un iç pazarın tamamlanmasından sonra rekabet politikasını, üye devlet ekonomilerinin kaynaşmasını kolaylaştıracak olan "teşebbüslerin ekonomik bağımsızlıklarının" garanti altına alınmasını temine yönelik olarak yeniden gözden geçirmesi gerekiyordu. Aynı zamanda geçen dönem içerisinde, iletişim teknolojileri başta olmak üzere üretim ve dağıtım piyasalarında meydana gelen yapısal değişikliklerin de rekabet politikasının yapılandırılmasında göz önüne alınması gerekmektedir. Üstelik 1983/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü ve 1984/83 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün yürürlük tarihi 31 Aralık 1997 tarihinde son bulmakta idi. 4087/88 Sayılı Franchise Tüzüğü<sup>365</sup> ise 31 Aralık 1999'da yürürlükten kalkacaktı. Tüm bu unsurları göz önünde bulunduran Komisyon, mevcut dikey anlaşma politikasında değişiklik yapma gereksinimi hissetmiştir.

---

<sup>358</sup> HAWK, B.E., "System Failure: Vertical Restraint and EC Competition Law", Common Market Law Review 32, 1995, s.973.

<sup>359</sup> Bkz. CONFEDERATION OF BRITISH INDUSTRY, Loosening the Straight Jacket, London, CBI, 1995.

<sup>360</sup> Bkz. LUGARD, P., "Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?", ECLR, 1996, Vol.17, Issue 3, s.166.

<sup>361</sup> Bkz. HAWK, 1995, s.974.

<sup>362</sup> Bkz. LAUDATI, L.L., "The First European Competition Forum: Vertical Restraints", Competition Policy Newsletter 5, 1995, s.7.

<sup>363</sup> Bkz. DEACON, D. "Vertical Restraints under EU Competition Law: New Directions", 1995 Fordham Corp. Law Institute 307, 1996, s.307-324.

<sup>364</sup> Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721, 1997.

<sup>365</sup> Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Franchise Agreements, OJ (1988) L359/46.

“Anlaşmanın 81(3) Maddesinin Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü” öncesinde, dikey sınırlamalar politikasına yönelik olarak getirilen eleştiriler temel olarak 5 başlık altında toplanmaktadır<sup>366</sup>:

1. 81(1) inci Maddenin Uygulama Alanının Genişliği

- 81(1) inci madde bağlamındaki değerlendirmelerde ekonomik analiz eksikliği,
- Komisyon’un 81(1) inci madde uygulamalarında yürüttüğü mantığın yetersizliği,
- Komisyon’un, Topluluk Mahkemeleri uygulamaları ile paralellik arz etmeyen kararları,

2. Hukuki Belirsizliğin Kapsamının Artması

3. Mevcut Blok Muafiyetlerinin İhtiyaca Cevap Verememesi

4. Blok Muafiyetlerinin Formal Yapısı

5. Yapılan Analizlerin Dar Kapsamlı Olması.

**12.1. 81(1) inci Maddenin Uygulama Alanının Genişliği**

En sık dile getirilen ve en güçlü eleştiri, Komisyon’un 81(1) inci maddeyi rekabet üzerinde çok az ya da hiç etkisi olmayan anlaşmaları da içine alacak şekilde uyguladığı söylemidir. Bu görüş taraftarları, 81(1) inci maddenin “piyasa gücü”nün konu olduğu davalarda uygulanması gerektiğini savunmuşlardır<sup>367</sup>.

Bu eleştiri başlıca üç noktayı kapsamaktadır. Bunlar; 81(1) inci madde bağlamındaki değerlendirmelerde ekonomik analiz eksikliği, Komisyon’un 81(1) inci madde uygulamalarında yürüttüğü mantığın yetersizliği ve Komisyon’un, Topluluk Mahkemeleri uygulamaları ile paralellik arz etmeyen kararlarıdır.

**12.1.1. Ekonomik Analiz Eksikliği**

Komisyon kararlarının çoğunluğunda; ilgili sınırlamanın tüketici refahına, piyasadaki üretim, fiyat gibi bu refahı belirleyen pazar parametrelerine etki edip etmediğine ilişkin ekonomik analizlere yer verilmemesi, dile getirilen eleştirilerin başında gelmektedir. Aynı şekilde, “piyasa gücü” önemli bir

---

<sup>366</sup> HAWK, 1995, s.974

<sup>367</sup> WHITE, a.g.m., s.327.

belirleyici olmasına rağmen ya hiç incelenmediği ya da “hissedilir etki” ölçütü içinde var olduğunun varsayıldığı söylenmektedir<sup>368</sup>.

Söz konusu eleştiriye göre piyasa gücü, rekabet analizlerinde en önemli faktör olma özelliği göstermektedir. Piyasa gücü kavramının bu özelliği, yalnız 82 nci madde için değil aynı zamanda 81 inci madde davaları için de geçerlidir. 81 ve 82 nci maddelerin her birinin ihlali için gerekli “piyasa gücü” derecesinin farklılık göstermesi, “piyasa gücü”nün önemini azaltan bir unsur değildir. 81(1), 81(3) ve 82 nci maddelerin bu yönden farklı ekonomik analizleri yoktur<sup>369</sup>. 81(1) inci maddenin uygulanabilmesi için yatay ve dikey anlaşma türlerinin her ikisi için birden “hissedilir derecede” rekabeti engelleme, kısıtlama ya da bozma şartının aranması, pazar gücünü ön plana çıkaran unsurdur. Diğer taraftan Komisyon’un 81(3) üncü madde bağlamındaki değerlendirmelerinde yer verdiği “piyasa gücü” kavramını, aynı maddenin 1 inci paragrafı için gerekli bulmaması tezat oluşturmaktadır<sup>370</sup>.

Komisyon’un 81(1) ve 81(3) üncü madde uygulamalarında ekonomik analizlerinin yetersiz olduğu sonucu, özellikle münhasır dağıtım ve münhasır satın alma anlaşmalarına yönelik yaklaşımda gözlemlenmiştir.

Münhasır dağıtım ve satın alma anlaşmalarının piyasa gücüne ya da rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine bakılmaksızın grup muafiyeti sistemine tabi tutulması, ekonomik analiz eksikliğinin önemli bir göstergesidir. Markalararası rekabetin yoğun olduğu piyasalarda, markaiçi rekabete etki eden münhasır satın alma ve münhasır dağıtım anlaşmaları etkinlik artışı sağlarken, yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuracaktır. Aynı zamanda 1983/83 ve 1984/83 Sayılı Komisyon Tüzükleri’nin sırası ile münhasır dağıtım ve münhasır satın alma anlaşmaları için alıcıya yüklenmesine izin verdiği rakip malları dağıtmama yükümlülüğü (rekabet etmeme yükümlülüğü), markalararası rekabete de etki edecektir. Bu sınırlamaların analizinde temel olarak, tarafların pazar güçleri ve piyasadaki rekabet şartları ekonomik yönden göz önünde bulundurulmalıdır.

Diğer taraftan ATAD’ın giriş engeli ve piyasa kapama etkisi yönlerinden münhasır satın alma anlaşmalarını değerlendirmesine rağmen Komisyon’un piyasa kapama etkisini oldukça sınırlı kullanması da bu eksikliğin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir.

---

<sup>368</sup> HAWK, 1995, s.975.

<sup>369</sup> HAWK, 1995, s.975.

<sup>370</sup> SCHRÖTER, H., “Vertical Restraints under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform of Current Competition Policy”, Laurence Gormley (ed.) içinde: Current and Future Perspectives on EC Competition Law, London, Kluwer Law International, 1997, Ch.2, s.19.

Komisyon'un 81 inci madde uygulamalarında ekonomik analizlere oldukça az yer vermesinin en önemli nedeni; üye devlet piyasalarının entegrasyonunun önündeki engellerin ortadan kaldırılması görevinin Komisyonu, etkinlik argümanlarını ve ticari gerekçeleri geri plana iterek markaiçi rekabeti nisbi olarak markalararası rekabete tercih etmek zorunda bırakmasıdır<sup>371</sup>. Bu eleştiri özellikle topraksal sınırlamalara yönelik şüpheli yaklaşım ile yakından ilgilidir.

Zayıf ekonomik analizlerin bir diğer nedeni olarak, Komisyon'un küçük ve orta ölçekli teşebbüsleri koruma gayesi gösterilmiştir. Münhasır satın alma ve münhasır dağıtım anlaşmaları, Komisyon tarafından küçük dağıtıcıların menfaatlerinin korunmasına yönelik bir araç olarak kullanılmıştır.

Küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması uzun vadede rekabetin tesis edilmesi amacı ile örtüşen bir uygulamadır. Ancak bu durumda dahi dikey anlaşmanın etkileri ekonomik analize tabi tutulmalı ve ilgili sınırlamanın küçük firmayı gelecekte önemli bir rakip olmaktan alıkoyarak rekabeti engellediği mi yoksa küçük firmaya piyasa gücünün nakli yoluyla rekabeti artırdığı mı incelenmelidir<sup>372</sup>.

Ekonomik yaklaşımda en önemli nokta "piyasa gücü" kavramıdır. Çoğu durumda piyasa gücünün yokluğu, etkin rekabetin varlığına, tüketicilerin yeterli sayıda seçeneklerinin var olduğuna işaret eder.<sup>373</sup> Aynı zamanda rekabeti artırıcı yönlerin varlığı ya da dikey kısıtlamanın gerekliliğini gösterir ticari gerekçeler, piyasa gücüne sahip olan teşebbüsün kısıtlayıcı eylemlerini meşru kılabilir niteliktedir.<sup>374</sup> Bu açıdan, teşebbüslerin öne sürdüğü gerekçelerin derinlemesine incelenmesi, rasyonel olmayan gerekçelerin tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin teşebbüs tarafından yalnızca bedavacılık problemini çözmeye yönelik olarak uygulanan bir dikey kısıtlama, pek çok durumda makul kabul edilmemektedir<sup>375</sup>.

Amerikan Mahkemeleri, piyasa gücüne sahip olmayan teşebbüslerin fiyat dışı dikey kısıtlamalarını makul kabul etme eğilimindedir. Pek çok mahkeme münhasır satın alma, münhasır dağıtım, seçici dağıtıcılık anlaşmalarını per se hukuki bulmaktadır<sup>376</sup>. Piyasa gücünün tespitinde piyasa payı, konsantrasyon oranları, giriş engeli, ürün farklılaştırması, alım gücü, rekabetçi

<sup>371</sup> GYSELEN, L., "Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of Free Rider Rationale Under EEC Competition Law", Common Market Law Review 21, 1984, s.647.

<sup>372</sup> HAWK, 1995, s.981.

<sup>373</sup> ARQUIT, K.J., "Market Power in Vertical Cases", Antitrust Law Journal, Vol.60, 1998, s.923.

<sup>374</sup> Dikey anlaşmaların olumlu etkileri için bkz. s.19.

<sup>375</sup> Bedavacılık problemi için bkz. s.19.

<sup>376</sup> STEUER, R.M., "The Turning Point in Distribution Law", 35 Antitrust Bulletin 467, 1990, s.513.

performans gibi değişik unsurlar göz önüne alınmaktadır<sup>377</sup>. Piyasa gücüne sahip olan teşebbüsün dikey sınırlama yolu ile piyasa kapama etkisi yaratıp yaratmadığı önemli bir nokta olarak değerlendirilmektedir. Aynı zamanda rekabeti engelleme amacı tek başına yeterli görülmemekte, rekabet üzerindeki olumsuz etkinin varlığı da araştırılmaktadır.<sup>378</sup>

Yukarıda bahsedilen Amerikan uygulamasının Avrupa Topluluğu rekabet uygulamasına da ışık tutması gerektiğini savunanlar; markaiçi rekabetin Topluluktaki rekabeti artık artıramayacağını, bu noktadan sonra markalararası rekabete önem verilmesi gerektiğini, bu sebeple markalararası rekabete etki etmeyen dikey anlaşmaların daha ılımlı düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Modern iletişim teknolojilerinin, üretici ve dağıtıcı arasındaki ilişkiyi karşılıklı bağımlılık çerçevesinde derinden etkilediğini, artık aynı üreticinin farklı dağıtıcıları arasındaki rekabetin (markaiçi rekabetin) sınırlandırılmasının etkinliği artırıcı bir unsur olarak karşımıza çıktığını belirtmişlerdir<sup>379</sup>.

Topluluk Mahkemeleri'nin bu yaklaşımı benimsemeye başladıklarının ilk işareti *Nungesser* kararında görülmüştür. ATAD lisans anlaşmalarına ilişkin yorumunda; lisans verenin lisansı, Topluluk üyesi bir ülkede yalnızca tek bir teşebbüse sağlamayı taahhüt ettiği açık münhasır lisans anlaşmasının -paralel ithalat yapan teşebbüslere ve diğer bölgelerdeki lisans sahiplerine benzer türden sınırlamalar yükleyerek haklarını kısıtlamadığı sürece- 81(1) inci madde bağlamında bir ihlal oluşturmadığına hükmetmiştir. İlgili lisans anlaşmasına yönelik değerlendirmesinde; lisans alana tanınan topraksal münhasırlığın, aksi durumda lisans alanın karşı karşıya kalabileceği üretim ve pazarlama risklerinin ortadan kaldırılması için gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı zamanda böyle bir riskin, yeni teknolojilerin Topluluk üyesi ülkelerde yayılmasını engelleyeceğini ve yeni ürünlerin yaygınlaşması ile gelişecek rekabetin önüne geçebileceğini belirtmiştir<sup>380</sup>.

ATAD *Pronuptia*<sup>381</sup> kararında, ürün dağıtımına ilişkin franchise sisteminin tek başına rekabeti kısıtlayıcı olmadığına karar verirken bunun nedeni olarak, bu sistemin her iki tarafa da büyük avantajlar sağlıyor olmasını

<sup>377</sup> Bu açıdan Amerikan uygulamasında, bir kısıtlamanın makul olup olmadığı tespit edilirken kullanılan ekonomik argümanlar oldukça kapsamlıdır. Bkz. BAKER, J.B., "Policy Watch-Developments in Antitrust Economics", The Journal of Economic Perspectives, Winter 1999, s.181-194.

<sup>378</sup> Bkz. U.S. Football League v. National Football League, 842 F2d 1335 (2d Cir. 1988), s.1360.

<sup>379</sup> Benzer bir argüman için bkz. Case 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418, s.342.

<sup>380</sup> Case 258/78 Nungesser v. Commission (1982) ECR 2015, (1983) 1 CMLR 278, s.2069.

<sup>381</sup> Case 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986) ECR 353, (1986) 1 CMLR 414, p.27.

göstermiştir. Franchise verenin, franchise alanla ünvan, tecrübe, ticari metotlarını paylaştığını, bu sebeple franchise sisteminin işlevselliğini sürdürmesine yarayan franchise verenin know-how, ticari itibar ve peştemaliesini korumaya yönelik sınırlamaların franchise sisteminin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

*Delimitis* kararında ATAD, Nungesser kararında izlediği yönteme paralel bir tavır sergileyerek, münhasır satın alma yükümlülüğünün otomatik olarak rekabeti kısıtlamayacağını belirttikten sonra öncelikle tarafların anlaşmadan elde ettiği avantajların tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu yönde yaptığı incelemeler sonucunda, bira pazarında bira üreticilerinin bayilerine uygun koşullarda kredi vermek, bira satış ekipmanları ve satış reyonunu kiralamak sureti ile ticari ve finansal avantajlar sağladığını, bunun karşılığında ise uzun süreli münhasır satın alma anlaşmaları imzaladıklarını tespit etmiştir<sup>382</sup>. Söz konusu anlaşmaları çok yönlü olarak inceleyen Mahkeme; münhasır bira satış anlaşmalarının amacının rekabeti kısıtlama olmadığını<sup>383</sup>, bu tür bir anlaşma modelinde dağıtıcı tüm çabalarını tek bir bira markasına yönlendirirken aynı zamanda sağlayıcı da dağıtıcı ile olan ticari ilişkisini garanti altına aldığı sonucuna ulaşmıştır<sup>384</sup>.

ATAD bu davaların her birinde ekonomik analiz yapmış ve sonuç olarak sınırlamanın “makul” olduğu neticesine ulaşmıştır<sup>385</sup>.

### 12.1.2. Analitik Yetersizlik

Komisyon 81(1) inci madde uygulamalarında, rekabetin kısıtlanması tanımını, piyasadaki aktörlerin “ekonomik bağımsızlık”larının kısıtlanması üzerine inşa etmiştir. Freiburg Okulu<sup>386</sup> görüşü olan bu prensibin bir takım zayıf yanlarının bulunduğu ifade edilmektedir:

<sup>382</sup> Case C-234 /89 *Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.10.

<sup>383</sup> p.13-15.

<sup>384</sup> p.11.

<sup>385</sup> Her bir davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde yapılan ekonomik analizin olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bunların başında, makul bir sürede elde edilebilir ve kullanılabilir olan verilerin yetersizliği, tutarlı ve tahmin edilebilir bir hukuk sisteminin oluşturulamaması gelmektedir. Bu olumsuzlukları göz önünde bulunduran kimi yazarlar, basit kurallara dayalı ve ekonomik analiz yönünden sınırlı bir rekabet politikasını savunmuşlardır. Bkz. AREEDA, P., TURNER, D., *Antitrust Law*, Boston, Little Brown, 1978, s.13-14.

<sup>386</sup> 20. yy. Almanya’ında ortaya çıkan bu Okul, Weimar Cumhuriyeti’nin ekonomik başarısızlığına tepki olarak doğmuştur. Ekonomik gücün, bireylerin ekonomik bilgiye erişmelerini desteklemediği gibi aynı zamanda engellediği görüşünü savunan bu Okul’un önde gelen temsilcileri Walter Eucken, Hans Grossman ve Franz Böhn’dür. Almanya’daki kartel ve monopollere tanınan özgürlüğün Nazisizm’in ve ekonomik başarısızlığın bir numaralı sebebi olduğu, bu açıdan rekabetin korunmasının piyasa ekonomisinin işlemesi için zorunlu bir uygulama olduğunu dile getirmişlerdir. Etkin rekabetin bireylere, ekonomik işlemlerdeki pozisyonlarını

- Tam ve net uygulanabilirliğe sahip hukuk kuralları bütünü ortaya koyamaması,
- Mikro ekonomik temellerin analitik bir çerçevesini çizememesi,
- Tüketici ve tüketici refahı yerine, rakipleri korumaya yönelik bir yaklaşım sergilemesi,
- “Ekonomik özgürlüğün kısıtlanması” kavramının, ekonomik anlamda rekabet üzerinde olumsuz etkisi olmayan anlaşmaları da içine alan geniş bir kavram olması.

“Ekonomik özgürlüğün kısıtlanması” kavramı lafzen değerlendirildiğinde, ticari hayattaki pek çok anlaşmayı kapsamaktadır. Nitekim ticari hayattaki anlaşma hükümlerinin pekçoğu tarafların özgürlüklerini sınırlar niteliktedir.

ABD Üst Derece Mahkemesi *National Collegiate Athletic* kararında bu durumu şöyle yorumlamıştır:

*“Hiç şüphe yok ki, National Collegiate Athletic Derneği'nin söz konusu faaliyetleri, dernek üyesi televizyonların görüşme yapma ve kendi televizyon anlaşmalarını imzalama özgürlüklerini kısıtlama yolu ile ticareti sınırlandırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında her anlaşma, ticareti sınırlandırmaktadır ve.... Sherman Kanun'u yalnızca makul olmayan rekabet sınırlamalarını yasaklamaktadır.”*<sup>387</sup>

---

belirleme imkanı tanıdığını ve bununda “bireyciliği” ön plana çıkardığını savunmuşlardır. Günümüzde “Ordoliberal” akım olarak adlandırılan Freiburg Okulu'nun temsilcileri, önceden kapsamı belirlenmiş rekabet kurallarının mümkün olmayacağı görüşünü benimsemişlerdir. STREIT, M., “Economic Order, Private Law and Public Policy- the Freiburg School of Law and Economics in Perspective”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 148, 1992, s.677-683.

Freiburg Üniversitesine mensup hukukçu ve iktisatçılar, meşru temellere sahip olmayan özel ve kamusal gücün sonuçlarından yola çıkarak yaptıkları çalışmalar sonucunda, söz konusu bu iki gücü birlikte hareket etmesini engelleyecek rekabetçi piyasanın temini için sıkı anayasal hükümlerin kaçınılmaz olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Söz konusu anayasal sistem aynı zamanda, bütünüyle özel gücün aleyhine çalışan “aşırı kamusal gücü” de sınırlamalıdır. Almanya'nın 1957 yılında rekabet kanununu hayata geçiren ilk Avrupa ülkesi olmasında bu Okul'un etkisi büyüktür. AMATO, a.g.e., s.40-41.

Günümüzde her ne kadar bu Okul'un etkileri ortadan kalmış olsa da “ekonomik bağımsızlık” yaklaşımı Topluluk rekabet politikasını şekillendirmeye devam etmektedir. GERBER, D.J., “Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europa”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 42, Number 1, Winter 1994, s.60.

<sup>387</sup> *National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984), s.98. Ayrıca bkz. GELLHORN, E., KOVACIC, W.E., *Antitrust Law & Economics*, 4 th Edition, St. Paul, West Publishing, 1994, s.175.

Amerikan Rekabet Hukukunda herhangi bir dikey anlaşmanın davacıya ya da belirli bir piyasa aktörüne zarar vermesi yeterli görülmemekte, rekabet üzerinde etki yaratması şartı aranmaktadır. Rekabet üzerindeki etkinin tespitinde ise mahkemeler; per se ihlaller ile rule of reason analizine tabi tutulacak kısıtlamaları birbirinden ayırmaktadırlar. Yatay fiyat tespiti ve piyasa paylaşımı gibi per se ihlaller, rekabeti kısıtladıkları gerekçesi ile her durumda makul olmayan sınırlama olarak kabul edilmişlerdir<sup>388</sup>. Yalnızca rekabeti kısıtlama amacı ile yapılan bu sınırlamalar genelde etkinlik kazanımı doğurmayan sınırlamalardır<sup>389</sup>. Per se ihlallerde teşebbüsün pazar gücü ve sınırlamanın piyasaya etkileri incelenmediği gibi kısıtlamayı makul kılacak savunmalar da dikkate alınmamaktadır<sup>390</sup>.

Bu açıdan ekonomik bağımsızlık düşüncesi, hangi anlaşmaların rekabeti kısıtladığının tespitinde kullanılacak kriterleri ortaya koymakta zayıf kalmaktadır. Bu durum, Komisyon ve ATAD'ın kimi kararlarında, kısıtlamanın açık bir şekilde ekonomik bağımsızlığı engellemesine rağmen 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmesi ile ortaya çıkmıştır<sup>391</sup>.

### **12.1.3. Komisyon'un, Topluluk Mahkemeleri ile Paralellik Arz Etmeyen Uygulamaları**

İlk Derece Mahkemesi ve ATAD, 81(1) inci madde kapsamındaki dikey anlaşmalara yönelik farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkemeler, artan bir oranda ekonomik etkilerin analizine yer vermeye başlamıştır<sup>392</sup>. Ekonomik bağımsızlık kavramını esas alan Komisyon ise bu yaklaşımı kısmen görmezden gelmiş, bir kısmı davalarda ise farklılaştırarak uygulamıştır<sup>393</sup>.

Bu durumun en belirgin örneği ATAD'ın, rakiplere karşı piyasa kapama etkisi doğurmadığı müddetçe münhasır satın alma anlaşmalarının rekabeti esaslı ölçüde kısıtlamadığı ve bu sebeple 81(1) inci madde kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaştığı *Delimitis*<sup>394</sup> kararıdır. Bu karar, markalararası rekabete etkisi olmayan dikey anlaşmalara karşı esnek davranılması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>395</sup>. *Delimitis* kararında ATAD tarafından ortaya konulan prensiplerin Komisyon tarafından benimsenip

<sup>388</sup> Bkz. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

<sup>389</sup> ABD Üst Derece Mahkemesi bu sınırlamaları "naked restraint" olarak tanımlamaktadır. Bkz. *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 106 S.Ct. 2009 (1986).

<sup>390</sup> HAWK, 1995, s.979.

<sup>391</sup> Bkz. HOUTTE, V., "A Standard of Reason in EEC Antitrust Law: Some Comments on the Application of Parts 1 and 3 of Article 85", *North West Journal of International Law&Business*, Vol.4, 1982, s.497.

<sup>392</sup> BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.494.

<sup>393</sup> Bkz. *Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlereforening v. Commission* (1992) II ECR 1931.

<sup>394</sup> *Case C-234 /89 Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.56.

<sup>395</sup> Bkz. VELTROP, a.g.m., s.560.



benimsenmeyeceği tartışılırken *Schöller*<sup>396</sup> ve *Langnese*<sup>397</sup> kararlarında Komisyon'un Delimitis testine kısmen ve oldukça sınırlı oranda yer vermesi, hukuki belirsizliğin ilk sinyalleri olmuştur.

### 12.2. Hukuki Belirsizliğin Kapsamının Artması

81(1) inci maddenin uygulama alanının geniş tutulması, rekabeti olumsuz etkileme riski düşük olan bir takım genel anlaşma hükümlerinin de hukuki yönden belirsiz konuma gelmesine neden olmuştur.

Grup muafiyetleri ile çizilmek istenen sınırların net bir şekilde ortaya konulmaması ve aynı zamanda pek çok dikey anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmemesi, rekabet üzerinde olumsuz etkileri oldukça sınırlı olan pek çok dikey anlaşmanın Komisyon'a bildirilme zorunluluğunu doğurmuştur<sup>398</sup>.

### 12.3. Mevcut Blok Muafiyetlerinin İhtiyaca Cevap Verememesi

Komisyon, 81(1) inci maddenin pek çok anlaşmayı kapsayacak şekilde geniş çaplı uygulanmasından doğan hukuki belirsizliği kısmen de olsa azaltmak amacı ile grup muafiyeti sistemini benimsemiştir. 1960'ların başında Komisyon'un bireysel muafiyet için kendine yapılan başvuruları sonuçlandırabilecek yeterli kaynağa sahip olmamasının da etkisiyle benimsenen grup muafiyeti sisteminin dışında kalan pek çok anlaşma, bireysel muafiyetten yararlanmak için Komisyon'a bildirilmiştir<sup>399</sup>.

Komisyon bu hali ile uygulanması oldukça güç olan bildirim sistemini bütünü ile terk etmek yerine grup muafiyeti rejiminin sisteme adaptasyonunu sağlayarak bir yandan hukuki belirsizliği azaltmaya çalışmış diğer yandan ise sistemdeki aşırı yüklenmeyi engellemeye çalışmıştır.<sup>400</sup> Ancak grup

<sup>396</sup> Schöller Lebensmittel, OJ 1993 L183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.67.

<sup>397</sup> Langnese-Iglo GmbH, OJ (1993) L 183/19, (1994) 4 CMLR 51, p.70.

<sup>398</sup> Etkin bir rekabet politikası, "uygulama maliyeti" olarak adlandırılan, bildirim yükümlülüğünden doğan maliyeti ve etkinliği azaltan (artıran) anlaşmalara izin verilmesinde (verilmemesinden) kaynaklanan "yanlış karar maliyetini" optimize etmelidir. Nitekim bu iki maliyet kalemi ters yönlü hareket etmektedir. Basit kurallara dayalı bir rekabet politikası uygulama maliyetini azaltırken, yanlış karar maliyetini artıracaktır. Ayrıntılı kurallara dayalı rekabet politikası ise yanlış karar maliyetini azaltırken, uygulama maliyetini artıracaktır. BOSCHECK, a.g.m., s.7-8.

<sup>399</sup> Komisyon'a 1960'ların ortasına kadar 40.000 anlaşma bildirilmiş, bu anlaşmaların 37.000 tanesini dikey anlaşmalar oluşturmuştur. Bkz. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.34.

<sup>400</sup> Komisyon'un iş yükünü azaltmak ve süreci hızlandırmak için uygulamaya koyduğu bir diğer enstrüman ise "comfort letter"dir. Komisyon bu hızlı ve esnek enstrüman ile hukuki olarak muafiyet vermeksizin, söz konusu anlaşmaya yönelik tutumunu teşebbüse bildirme şansına sahiptir. JOELSON, a.g.e., s.217. Komisyon kararlarının yaklaşık %80-90'ında bu araç kullanılmaktadır. Comfort letter'in en zayıf yönü ise ceza-i müeyyideye karşı bir koruma sağlansa da bütünüyle Komisyon'un görüşünü yansıttığından tarafları ve üçüncü kişileri bağlayıcı bir

muafiyetlerinin oldukça dar tanımlanması, teşebbüslerin dağıtım anlaşmalarını ticari yaşamın gereklerine uygun olarak organize etmelerine engel olmuştur<sup>401</sup>.

#### 12.4. Grup Muafiyetlerinin Formal Yapısı

Komisyon 81(1) inci maddeyi, dikey anlaşmaların hukuki statüsüne bağlı olarak uygulamıştır<sup>402</sup>. Münhasır satın alma, münhasır dağıtım, franchise, seçici dağıtıcılık anlaşmalarına uygulanan farklı kurallar, aynı türden etkiler doğuran dikey anlaşma kategorilerinin farklı değerlendirilmesine yol açmıştır<sup>403</sup>.

Seçici dağıtıcılık ve franchise anlaşmalarına yönelik farklı spesifik hükümler, bu formalistik yapının eksik yanlarını ortaya koymuştur. Seçici dağıtıcılık anlaşmalarındaki kimi sınırlamalar (minimum satış ve stok yükümlülüğü) ekonomik yönden incelenmeksizin ihlal olarak değerlendirilirken, ekonomik bağımsızlığın kısıtlanması düşüncesi temel alınmıştır. Bununla birlikte kimi hükümler (ana bayiye yüklenen nihai tüketiciye satış yapmama yükümlülüğü, alt bayiye yüklenen belirli müşteri gruplarına satış yapma yükümlülüğü) ekonomik bağımsızlığı açıkça kısıtlamasına rağmen 81(1) inci maddenin ihlali olarak görülmemiştir.

Komisyon, diğer dağıtım anlaşmalarına kıyasla franchise anlaşmalarına karşı daha ılımlı bir tavır sergilemiştir. Örneğin seçici dağıtıcılık anlaşmasındaki minimum satın alma ve stok yükümlülükleri rekabet ihlali olarak değerlendirilirken, franchise anlaşmasındaki aynı hüküm 81(1) inci madde bağlamında bir ihlal olarak değerlendirilmemiştir<sup>404</sup>.

#### 12.5. Yapılan Analizlerin Dar Kapsamlı Olması

Yukarıda açıklanan hukuki formalizasyon, belirli anlaşma ya da eylemlerin rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerini, ticari ve etkinlik gerekçelerini bir arada değerlendiren geniş kapsamlı bir analiz varlığına olanak tanımamıştır. Amerikan uygulaması ile ters düşen bu durum, rekabet hukukunun ekonomik kökenlerini görmezlikten gelme sonucunu doğurduğu yorumunu da beraberinde getirmiştir. Topluluk sınırları içerisinde faaliyet gösteren bir avukat, münhasır dağıtım anlaşması kökenli bir anlaşmayı değerlendirirken, enerjisinin büyük çoğunluğunu grup muafiyeti metni ile anlaşma metninin uyumlaştırılması ya da Komisyon'un bireysel muafiyet verdiği anlaşmaların metnini inceleyerek

---

enstrüman değildir. Comfort letter'a konu olan anlaşmaya ilişkin şartların değişmesi durumunda comfort letter'ında etkileri son bulabilecektir. TAYLOR, a.g.e., s.8.

<sup>401</sup> SCHRÖTER, a.g.m., s.15.

<sup>402</sup> Bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.26.

<sup>403</sup> Bkz. Moosehead/Whitbread, OJ (1990) L 100/32, (1991) 4 CMLR 391, p.15-16; BMW, OJ 1975 L 29/1 (1975) 1 CMLR D44, p.13.

<sup>404</sup> WAELBROCK, M., "The Pronuptia Judgement- A Critical Appraisal", 1986 Fordham Corp. Law Institute 213, 1987, s.225.

harcamak zorunda kalmıştır. Aynı avukatın, dikey sınırlamanın rekabetçi risklerinin ve faydalarının analizine harcadığı zaman ise oldukça sınırlı düzeyde kalmıştır<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> VAN DEN BERGH, R., “Modern Industrial Organization versus Old-fashioned European Competition Law”, ECLR, Issue 2, 1996, s.75-87; HAWK, 1995, s.987;

## IV. 2790/1999 SAYILI KOMİSYON TÜZÜĞÜ

### 13. Tüzüğün Genel Çerçevesi

2000 yılında yürürlüğe giren 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü; münhasır dağıtım, münhasır satın alma ve franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tüzüklerinin yerine geçmiştir. Ancak yeni Tüzük yalnızca bu üç dikey anlaşma türünü kapsamakla kalmamış, nihai ve ara mal veya hizmetleri konu alan neredeyse tüm tedarik ve dağıtım anlaşmalarını kapsama almıştır<sup>406</sup>. Tüzüğün geçici hükümleri, Tüzük yürürlüğe girdiğinde geçerli olan anlaşmaların, 2001 yılının sonuna kadar eski grup muafiyeti tüzüklerinin sağladığı faydadan yararlanmasına imkan tanımıştır.

Söz konusu bu Tüzük ile, 81(1) inci maddeyi ihlal eden bir dikey anlaşmanın, grup muafiyeti tüzüğünün şartlarını sağlaması durumunda otomatik muafiyetten yararlanması sağlanmıştır. Bu sayede uygulamadaki pek çok dikey anlaşma otomatik olarak geçerli ve uygulanabilir konuma gelebilecektir<sup>407</sup>.

Yürürlükten kalkan önceki üç grup muafiyetlerinin aksine<sup>408</sup> 2790/1999 Sayılı Tüzük daha geniş kapsamlı, sektöre özgü olmayan, ekonomik etki temelli bir Tüzük'tür<sup>409</sup>. Ancak Tüzüğün bu liberal yönü %30 pazar payı ile sınırlandırılmış, bu oranın üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına izin verilmemiştir<sup>410</sup>. Bu yönüyle Tüzük pek çok küçük ve orta ölçekli teşebbüs için hukuken belirli bir bölgenin sınırlarını tespit

<sup>406</sup> SCHAUB, a.g.m., s.205. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün, önceki 1983/83 ve 1984/83 Sayılı Tüzüklere kıyasla daha kısa olması ve aynı zamanda pek çok dikey anlaşma türünü kapsama alması, söz konusu dikey anlaşma türlerinin tamamına yönelik ortak hükümlerin tespitini zorlaştırmıştır. Bu açıdan Komisyon, her bir dikey anlaşma türüne ilişkin ayrıntılı hükümleri düzenlemek amacıyla "Komisyon Bildirimi, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"u yayınlamayı uygun bulmuştur. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.69. Komisyon Bildirimi için bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1.

<sup>407</sup> SUBIOTTO, R., AMATO, F., "The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints", Antitrust Law Journal, Vol.69, 2001, s.193.

<sup>408</sup> "Münhasır Satın Alma Anlaşmalarına Antlaşma'nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında 22 Haziran 1983 Tarih ve 1984/83/AET Sayılı Komisyon Tüzüğü", "Münhasır Dağıtım Anlaşmalarına Antlaşma'nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında 22 Haziran 1983 Tarih ve 1983/83/AET Sayılı Komisyon Tüzüğü" ve "Franchise Anlaşmalarına Antlaşma'nın 85(3) üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında 30 Kasım 1988 Tarih ve 4087/88 Sayılı Komisyon Tüzüğü" yürürlükten kalkan Komisyon Tüzükleri'dir.

<sup>409</sup> WHISH, a.g.e., s.548. Tüzük özellikle "ekonomik etki temeline" dayanması nedeniyle olumlu tepkiler almıştır. Bkz. HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.433; BISHOP/WALKER, a.g.e., s.166.

<sup>410</sup> Grup muafiyeti sisteminde pazar payı, her ne kadar dikey anlaşmanın rekabetçi kaygılar doğurmaya başladığı sınırı tam olarak tespit etmekten uzaksa da bir "filtre" vazifesi görecektir. HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.431. Pazar payı sınırının, potansiyel olarak riskli anlaşmaların incelenmesine yönelik olarak kullanıldığı, ancak bu sınırın bütünüyle keyfi olarak tespit edildiği görüşü için bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.38.

etmiş, %30'un üzerinde pazar payına sahip olan diğer teşebbüsler için ise belirli standartlar tespit etmiştir<sup>411</sup>.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün kapsamına geçmeden önce 19/65 Sayılı Konsey Tüzüğü'nde<sup>412</sup> yapılan değişikliklerin incelenmesinde fayda vardır. Komisyon yeni Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde ilk defa uygulamaya koyduğu hususlara ilişkin hukuki alt yapıyı oluşturmak amacıyla Eylül 1998'de Konsey'e iki taslak Tüzük metni göndermiştir. Söz konusu taslaklar çerçevesinde Konsey, 10 Haziran 1999 tarihinde iki yeni Konsey Tüzüğü'nü kabul etmiştir. Her iki Tüzük'te 18 Haziran 1999'da yürürlüğe girmiştir. Bu iki Tüzük, rekabet politikası uygulamalarındaki merkezîyetçi yapının çevreye doğru yayılmasında etkili olmuştur<sup>413</sup>.

1215/1999 Sayılı Konsey Tüzüğü<sup>414</sup>, 19/65 Sayılı Tüzük ile Komisyon'a verilen güçlerin etki alanının genişlemesine yönelik hazırlanmıştır<sup>415</sup>. 19/65 Sayılı Tüzük önceki haliyle Komisyon'a, malların yeniden satımına ilişkin tek taraflı münhasır dağıtım ve münhasır satın alma anlaşmalarına grup muafiyeti tanınmasını sağlayan Tüzük çıkarma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin genişlemesine paralel olarak Komisyon, ara ve nihai mal ya da hizmetlere ilişkin anlaşmaları kapsayan daha geniş bir grup muafiyeti Tüzüğü benimseme şansına sahip olmuştur. Bu genel yetkinin dışında 1215/99 Sayılı Tüzük Komisyon'a, yeni çıkaracağı grup muafiyeti Tüzüğü'nün niteliği konusunda da bir takım esneklikler tanımıştır. Bunların başında; grup muafiyetinin izin verdiği sınırlamaları gösteren "beyaz liste"nin Tüzük'te yer alması gereken bölümlerin dışına çıkarılması, Komisyon'a tanınan, benzer türden dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsamaması durumunda mevcut grup muafiyetinin, paralel ağları oluşturan dikey sınırlamalara uygulanamayacağını belirten yeni bir Tüzük çıkarma yetkisi ve yine üye devletlere tanınan, kendi topraklarında olumsuz etkilere sahip olan anlaşmalara ilişkin grup muafiyetini geri alma yetkisi gelmektedir<sup>416</sup>.

<sup>411</sup> GOYDER, a.g.e., s.84. Bireysel durumların değerlendirilmesinde kullanılacak standartların yeterli olmadığı ve bu sebeple 2790/1999 Sayılı Tüzüğün genel olarak hukuki belirliliği artırmadığı görüşü için bkz. SUBIOTTO/AMATO, a.g.m., s.193.

<sup>412</sup> Council Regulation 19/65, JO (1965) 533, OJ Sp. Ed. (1965-1966) 35.

<sup>413</sup> SCHAUB, a.g.m., s.204.

<sup>414</sup> Council Regulation (EC) No 1215/1999 of 10 June 1999 Amending Regulation No 19/65 EEC on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Agreements and Concerted Practices, OJ (1999) L 148/1.

<sup>415</sup> MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.39.

<sup>416</sup> Council Regulation (EC) No 1215/1999, md.1.

1216/1999 Sayılı Konsey Tüzüğü<sup>417</sup> ise bireysel muafiyet için anlaşmaların bildirilmesine yönelik prosedürde önemli değişiklikler yapmıştır. Önceki sistemde geçerli olan, bir anlaşmaya bireysel muafiyet tanınması için gerekli ön şart olan, 17/62 Sayılı Tüzüğün<sup>418</sup> 4(1) maddesi uyarınca Komisyon'a bildirilmesine ilişkin yükümlülük ortadan kaldırılmıştır<sup>419</sup>. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'ndeki pazar payı eşiğinin, teşebbüsleri bu eşiği aşmamış olsalar dahi tedbir niteliğinde de olsa bildirim yapmaya iteceği düşüncesi, bu yeni sistemin arkasında yatan sebeptir<sup>420</sup>. 17/62 Sayılı Konsey Tüzüğü'nde, bildirim yükümlülüğünün istisnalarının yer verildiği 4(2) maddesinin kapsamının genişletilmesi ile birlikte, tüm dikey anlaşmaların ön bildirim ihtiyacı olmaksızın bireysel muafiyetten yararlanmasının önü açılmıştır. Böylece Komisyon, anlaşmanın geç bildirilmesi veya hiç bildirim olmaması durumlarında da anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren geçerlilik kazanmak üzere bireysel muafiyet tanıyacaktır. Taraflar anlaşmanın geç bildirilmesinin nedenini açıklamak zorunda olmadıkları gibi bu sebeple bireysel muafiyetin verilmemesi gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır<sup>421</sup>.

### 13.1. Kapsam

Dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti Tüzüğü'nün kapsamına tedarik ve dağıtım anlaşmaları girmektedir. Dikey anlaşma türlerinden pek çoğunun tedarik ya da dağıtım anlaşması niteliğine sahip olması, Tüzüğün oldukça geniş kapsamlı bir grup muafiyeti tüzüğü olduğu yorumunu beraberinde getirmiştir<sup>422</sup>.

<sup>417</sup> Council Regulation (EC) No 1216/1999 of 10 June 1999 Amending Regulation No 17: First Regulation Implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ (1999) L 148/5.

<sup>418</sup> Council Regulation 17/62, OJ (1962) 13/204, OJ Sp. Ed. (1962) 87.

<sup>419</sup> Bu açıdan, dikey anlaşmalara ilişkin Topluluk rekabet politikasının "bildirim yönlü" sistemden "şikayet yönlü" sisteme geçiş yaptığı söylenebilecektir. Bkz. HUGHES/FOSS/ROSS, a.g.m., s.431. Teşebbüsler anlaşmalarını bildirme yükümlülüğü ile karşı karşıya olmadıklarından, anlaşmanın yapısı ve kapsamı -2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ve Komisyon Bildirimi'nin ortaya koyduğu genel esaslar çerçevesinde- anlaşmanın taraflarınca düzenlenecektir. TAYLOR, a.g.e., s.14. Teşebbüslerin kendi değerlendirmelerini kendilerinin yapmaları (corporate self-assessment), yeni AT dikey anlaşma politikasının en önemli ayaklarından biri kabul edilmektedir. BOSCHECK, a.g.m., s.44.

<sup>420</sup> WHISH, a.g.e., s.566. Aynı zamanda bildirim yükümlülüğüne dayalı bir sistemde teşebbüslerin, 81 inci madde bağlamında rekabeti açıkça kısıtlayan ve kolaylıkla gizlenebilen anlaşmalarını bildirmek yerine piyasadaki rekabet düzeyini fazla kısıtlamayan ve aynı zamanda muafiyet alma ihtimali yüksek olan anlaşmalarını bildirmeleri de, ön bildirim mekanizmasına dayalı bir sistemin etkin olmadığı ve ters seçim problemi doğurduğu görüşünü gündeme getirmiştir. Bkz. WILS, W., "Notification, Clearance & Exemption in the EC Competition Law: An Economic Analysis", European Law Review, Vol.24, No.4, 1999, s.143-148.

<sup>421</sup> SCHAUB, a.g.m., s.204.

<sup>422</sup> Bkz. GOYDER, a.g.e., s.84. Tüzüğün kapsamının oldukça geniş olması, **mevcut blok muafiyetlerinin ihtiyaca cevap veremediği** yönündeki eleştiriye cevap niteliğindedir. Söz konusu eleştiri için bkz. s.137.

Tüzüğün kapsamında yer alan dikey anlaşmaların tanımı 2(1) maddesinde şu şekilde yapılmıştır:

*“..her biri üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüs arasında girilen ve belirli mal veya hizmeti tarafların hangi koşullarla satın alabilecekleri, satabilecekleri ya da yeniden satabilecekleri ile ilgili olan anlaşmalar veya uyumlu davranışlar...”*

Bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesinin ilk şartı, anlaşmanın “dikey anlaşma” olmasıdır. Diğer bir ifade ile anlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olması birincil şarttır<sup>423</sup>. Örneğin ham madde üreticisi ile hammaddeyi kullanan teşebbüs arasındaki ya da imalatçı, toptancı ve perakendeci arasındaki anlaşmalar bu şartı sağlayan anlaşmalardır. Ancak bu şartı sağlayan tüm anlaşmalar Tüzük kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira Tüzüğün 2(1) maddesi, yalnızca mal ya da hizmet alım, satım ya da yeniden satımına ilişkin dikey anlaşmalara kapsam maddesinde yer vermiştir. Aynı zamanda anlaşma konusu malların kullanılması ile üretilen mal veya hizmetlerin, alıcı tarafından satışının koşullarını düzenleyen anlaşmalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>424</sup>. Tüzük kapsamında değerlendirilecek dikey anlaşmaların ara mal, nihai mal ya da hizmete ilişkin olması, sonucu değiştiren bir unsur değildir. Ancak mal ya da hizmetin alım, satım ya da yeniden satımı dışındaki bir amaçla ilgili olan anlaşmalar dikey anlaşma olsalar dahi grup muafiyetinden yararlanamayacaktır<sup>425</sup>.

Bu ayırımın bir diğer yansıması ise; mal veya hizmetlerin alım, satım, ya da yeniden satımı ile ilgisi olmayan ve aynı zamanda tarafların başka bir dikey anlaşma ile yürütebilecekleri türden sınırlama ve yükümlülüklerin grup muafiyetinin kapsamında olmamasıdır<sup>426</sup>. Örneğin anlaşmada yer almasına rağmen malın alım, satım ya da yeniden satım şartları ile ilgisi olmayan, tarafların başka bir dikey anlaşma kanalıyla da gerçekleştirebilecekleri ve aynı zamanda tarafların bireysel araştırma-geliştirme faaliyetlerini engelleyecek türden bir kısıtlama Tüzük kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Tüzüğün 2(5) inci maddesi, konusu diğer herhangi bir grup muafiyeti Tüzüğü kapsamına giren dikey anlaşmaların bu Tüzüğün kapsamında yer

<sup>423</sup> Teşebbüs olarak faaliyet göstermeyen nihai tüketiciler ile yapılan dikey anlaşmalar “teşebbüsler arası dikey anlaşma” statüsüne sahip olmadığından kapsam dışında kalmaktadır.

<sup>424</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.24.

<sup>425</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.25. Örneğin finansal kiralama şirketinin, kiralamak amacıyla üreticiden mal satın aldığı anlaşma Tüzüğün kapsamında yer alırken, finansal kiralama şirketinin satın aldığı bu malları müşterilerine kiraya vermesine ilişkin anlaşmalar kapsamda değerlendirilmeyecektir.

<sup>426</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.25.

alamayacağını belirtmiştir. Bu hüküm konu bakımından; teknoloji transferi, motorlu taşıt dağıtımı ve yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin tüzüklerin ve ileride kabul edilecek olan diğer tüzüklerin kapsamında yer alan dikey anlaşmaların 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün kapsamında olmasını engellemektedir<sup>427</sup>.

### 13.1.1. Rakip Teşebbüsler Arası Dikey Anlaşmalar

Tüzüğün kapsamını ortaya koyan bir diğer hüküm Tüzüğün 2(4) maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm rakipler arasında yapılan dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakmıştır. “Rakip teşebbüs” tanımının yapıldığı 1(a) maddesinde, aynı ürün pazarında faaliyet gösteren fiili ya da potansiyel sağlayıcılar rakip olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin devamında “ürün pazarı”, alıcı tarafından ürünlerin nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından anlaşma konusu mal veya hizmetlerle ikame edilebilir veya değiştirilebilir olarak kabul edilen mal veya hizmetler şeklinde tanımlanmıştır. Komisyon Bildirimi'nin 26 ncı paragrafında ise teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olup olmadığının tespitinde, Tüzüğün 1(a) maddesinin yalnızca ürün pazarını dikkate aldığı, bu sebeple teşebbüslerin aynı coğrafi pazarda faaliyet göstermelerinin gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Diğer taraftan anlaşmanın taraflarının aynı ürün pazarında fiili sağlayıcı olmaları da şart değildir. Nispi fiyat düzeyinde meydana gelebilecek küçük ve kalıcı bir artış durumunda söz konusu ürün pazarında üretime başlayabilecek olan teşebbüsler, potansiyel rakip kabul edilmektedir<sup>428</sup>. Ancak Komisyon, potansiyel rakip kavramının sınırlarının belirginleşmesi için belirli kıstaslar ortaya koymuştur. Nispi fiyat düzeyinde meydana gelen küçük ve kalıcı bir artış karşısında ürün pazarına girme ihtimali olan teşebbüsün potansiyel rakip kabul edilebilmesi için, gerekli ilave yatırımları yapma ve piyasada faaliyete geçmek için gerekli süre 1 yılı aşmamalıdır. Diğer taraftan bu değerlendirmenin varsayımsal verilere dayanarak teorik bazda yapılması yeterli değildir. Teşebbüsün potansiyel rakip olma durumu rasyonel verilere dayanarak yapılmalıdır<sup>429</sup>.

Tüzüğün 2(4) maddesinin devamında, rakipler arasında yapılan dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakan hükmün istisnalarına yer verilmiştir. Üç istisnanın da ortak yönü, rakip teşebbüslerin karşılıklı olmayan dikey anlaşmalarına ilişkin olmasıdır. Bildiri'de karşılıklı olmamak, bir üreticinin anlaşmanın diğer tarafı olan üreticinin mallarının dağıtıcısı iken, anlaşmanın tarafı olan ikinci üreticinin ilk üreticinin dağıtıcısı olmaması örneği ile

<sup>427</sup> Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.45.

<sup>428</sup> Bkz. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.20.

<sup>429</sup> Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.26.



açıklanmıştır<sup>430</sup>. Bu türden karşılıklı olmayan rakip teşebbüsler arası dikey anlaşmaların Tüzük kapsamında yer alabilmesi, üç farklı şarttan birinin sağlanması ile mümkün olacaktır.

- Alıcının yıllık cirosunun 100 milyon EUR'yu aşmadığı durumlar.
- Sağlayıcı belirli malların üreticisi ve dağıtıcısı iken, alıcının söz konusu malların yalnızca dağıtıcısı olduğu ve aynı zamanda bu mala rakip malların üreticisi olmadığı durumlar. Bu istisna üreticinin, aynı zamanda kendi ürünlerini dağıtan bağımsız dağıtıcılara rakip bir dağıtıcı konumunda olduğu durumları kapsamaktadır. Bu açıdan üreticinin mallarının piyasada ikili bir dağıtım sistemi ile dağıtıldığı söylenebilir<sup>431</sup>.
- Sağlayıcı ticaretin farklı seviyelerinde hizmet sunarken, alıcının anlaşma ile hizmeti satın aldığı ticaret seviyesinde rakip hizmetleri sağlamaması durumu. Bu istisnada taraflar hizmet sunumunda rekabet etseler dahi alıcı, sağlayıcıdan hizmeti satın aldığı ticaret düzeyinde rakip hizmeti sunmamalıdır<sup>432</sup>.

### 13.1.2. Teşebbüs Birlikleri

2790/1999 Sayılı Tüzüğün 2(2) nci maddesinde, teşebbüs birliklerinin dikey anlaşmaları düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, tüm üyelerini mal satan perakendeci teşebbüslerin oluşturduğu bir perakendeci birliği ile üyeleri arasında ya da böyle bir birlik ile sağlayıcıları arasındaki dikey anlaşmalar, üyelerden hiçbirinin bağlı işletmeleri ile beraber toplam yıllık cirosu 50 milyon EUR'yu aşmaması durumunda Tüzük kapsamında değerlendirilecektir. Bildiri'nin 28 inci paragrafında, perakendecilerin hizmet değil mal satıcısı olmaları zorunlu kılınmıştır. Aynı paragrafın devamında perakendeci, malları son tüketiciye yeniden satan dağıtıcı olarak tanımlanmış ve sınırlı sayıda birlik üyesinin yıllık cirolarının 50 milyon EUR'yu önemli sayılmayacak miktarda aşmasının, 81 inci madde değerlendirmesinde değişiklik yaratmayacağı belirtilmiştir.

Teşebbüs birliği ile üyeleri arasındaki dikey anlaşmaların bu Tüzük kapsamında değerlendirilmesi için, öncelikle teşebbüs birliği üyelerinin kendi aralarındaki ya da teşebbüs birliğinin aldığı bir karar şeklindeki yatay

---

<sup>430</sup> Karşılıklılık içeren dikey anlaşmaların Tüzük kapsamının dışında bırakılmasının nedeni, bu tür anlaşma yapılarının yatay seviyede rekabetçi unsurlar yönünden (fiyat, satış hizmetleri gibi) işbirliği riski ortaya çıkarmasıdır.

<sup>431</sup> Ancak Komisyon Bildirimi'nde, üreticiye belirli özellikleri vererek kendi markası altında ürünler ürettiren bir dağıtıcının, kendi adına ürettirdiği bu ürünün üreticisi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.26.

<sup>432</sup> GOYDER, a.g.e., s.89.

anlaşmaların, 81 inci maddenin yatay anlaşmalara ilişkin Bildiri<sup>433</sup> kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yatay anlaşmaların değerlendirilmesi neticesinde, birlik üyelerinin alım ve satıma ilişkin işbirliklerinin kabul edilebilir bulunmasından sonra teşebbüs birliği ile üyeleri ya da sağlayıcılar arasındaki dikey anlaşmalar bu Tüzük kapsamında incelenecektir<sup>434</sup>.

Komisyon bu düzenleme ile üyelerinin yıllık cirosu 50 milyon Euro'yu aşmayan, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin kurduğu alıma ilişkin teşebbüs birliklerinin dikey anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanmasının kapısını açmıştır. Ancak Tüzük kapsamında yer alan, sağlayıcı ile teşebbüs birliği arasındaki bir dikey anlaşmaya tanınan muafiyetin faydalarının geri alınma riski mevcuttur. Geri alma prosedürünün işletilmesindeki sebeplerden biri olan, alıcının mal veya hizmeti yeniden sattığı alt pazarda önemli miktarda pazar gücüne sahip olması –bu gücün üyelerin toplu pazarlığı gibi nedenlerle edinilmesi mümkündür- durumunda, Komisyon muafiyetin geri alınmasına karar verebilir<sup>435</sup>.

### 13.1.3. Fikri Mülkiyet Hakları

Grup muafiyeti Tüzüğü'nün kapsamını belirleyen bir diğer nokta ise fikri mülkiyet haklarıdır. Tüzüğün 2(3) üncü maddesi fikri mülkiyet haklarına ilişkin kısıtlamalardan bir kısmını içeren dikey anlaşmaları kapsama alırken bunların dışında kalan fikri mülkiyet haklarına yönelik kısıtlamaları içeren dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakmıştır<sup>436</sup>. Tüzüğün 2(3) maddesindeki “...muafiyet, alıcının veya alıcının müşterilerinin mal veya hizmetlerinin kullanımı, satışı veya yeniden satışı ile doğrudan ilgili olan fikri mülkiyet haklarının alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımı ile ilgili dikey anlaşmalara da bu hükümlerin anlaşmanın ana amacını oluşturması şartıyla uygulanır.” hükmü, fikri mülkiyet haklarını kısıtlayan dikey anlaşmaların kapsamda değerlendirilmesi için belirli şartları taşımalarını şart koşmuştur<sup>437</sup>. Komisyon Bildirimi'nde bu beş şart şu şekilde sıralanmıştır:

- Fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümlerin belirli mal veya hizmet alım, satım ya da yeniden satımı ile ilgili dikey anlaşmanın bir parçası olması gereklidir. Anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanmasının ilk şartı olan bu husus, malların üretimi için fikri mülkiyet haklarının

<sup>433</sup> Commission Notice, Guidelines on the Applicability of Article 81 of the Treaty to Horizontal Cooperation Agreements, OJ (2001) C 3/2.

<sup>434</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.29.

<sup>435</sup> GOYDER, a.g.e., s.89.

<sup>436</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.30.

<sup>437</sup> Bu şartlar, grup muafiyeti Tüzüğü'nün faydalarından yararlanacak olan dikey anlaşmaların, mal veya hizmetlerin kullanımı, satımı ya da yeniden satımında daha etkin olması için gereklidir. SCHAUB, a.g.m., s.206.

devredildiği ya da lisans verildiği anlaşmaların, saf marka lisansı veya devri anlaşmalarının kapsamda değerlendirilemeyeceğini göstermektedir<sup>438</sup>.

- Fikri mülkiyet haklarının **alıcıya** devri ya da kullanım hakkının alıcıya verilmiş olması gerekmektedir. Fikri mülkiyet haklarının sağlayıcıya devrinin gerçekleştiği ve sağlayıcının satışı ile ilgili kısıtlamalar içeren anlaşmalar, özellikle sağlayıcıya know-how devrinin gerçekleştiği taşeronluk anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışındadır<sup>439</sup>.
- Fikri mülkiyet hakları hükümleri, alıcı veya alıcının müşterileri tarafından mal veya hizmetlerin kullanılması, satışı veya yeniden satışı ile doğrudan ilgili olmalıdır. Örneğin fikri mülkiyet haklarının devri, franchise anlaşmasında malların pazarlanması ile ilgilidir<sup>440</sup>.
- Fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümler, anlaşmanın ana amacını oluşturmamalıdır<sup>441</sup>. Fikri mülkiyet haklarının devri veya lisansının verilmesinin anlaşmanın ana amacı olması durumunda, anlaşma Tüzük kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>442</sup>.
- Anlaşma konusu mallar veya hizmetlerle ilgili fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümler, grup muafiyeti Tüzüğüne göre muafiyet verilmeyen dikey sınırlamalarla aynı amaca veya etkiye sahip olmamalıdır. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sınırlamalar 4 üncü maddede ifade edilen

---

<sup>438</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.32.

<sup>439</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.33. Ancak alıcının, sağlanacak mal ya da hizmetin tanımlanmasına yönelik olarak mal veya hizmetin özelliklerini sağlayıcıya bildirmesi, fikri mülkiyet haklarının sağlayıcıya devri olarak değerlendirilmemektedir.

<sup>440</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.35.

<sup>441</sup> Komisyon Bildirimi, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 2(3) maddesi bağlamında, fikri mülkiyet haklarının dikey anlaşmaların uygulanmasına hizmet etmesinin, "markalar, telif hakları ve know-how" olmak üzere üç farklı alanı ilgilendirdiğini belirtmiştir. Marka başlığı altında, dağıtıcıya verilen marka lisansının, lisans verene ait malların belirli bir bölgede dağıtımı ile ilgili olabileceği ifade edilmiştir. Telif hakları başlığı altında, bu kapsama giren malların telif hakkı sahibi tarafından yeniden satıcıya, alıcı ister yeniden satıcı olsun isterse son kullanıcı olsun bunlara sadece telif haklarını ihlal etmemeleri şartıyla satılması yükümlülüğü yükleyebileceği ifade edilmiştir. Know-how konusunda ise temel unsurun fikri mülkiyet haklarının Tüzük kapsamında değerlendirilmesi için gerekli beş genel şartın sağlanması olduğu belirtildikten sonra franchise anlaşmalarının, franchise veren ya da onun atadığı bir teşebbüs tarafından sağlanmış olan mal veya hizmetlerin yeniden satışını veya kullanımını veya bu ürünleri kullanarak elde edilen nihai ürünlerin satışını kolaylaştırmak dışında sadece ve esas olarak lisans vermeye ilişkin olması halinde grup muafiyetinin bu tür franchise anlaşmalarını kapsamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.38-43.

<sup>442</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.34.

ağır sınırlamalar ya da grup muafiyetinden yararlanamayan 5 inci madde hükümleri ile aynı amaç veya etkiye sahip olmamalıdır<sup>443</sup>.

#### 13.1.4. Acentelik Anlaşmaları

Dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikasının sınırlarını çizen bir diğer nokta acentelik anlaşmalarıdır. Aynı zamanda bu anlaşmalar grup muafiyeti Tüzüğünün kapsamını da ortaya koymaktadır. Komisyon Bildirimi'nin 12 inci paragrafında acentelik;

*“Bir gerçek veya tüzel kişiye (acente) diğer bir kişi tarafından (müvekkil),*

*- mal veya hizmetlerin müvekkil tarafından satın alınması veya,*

*- müvekkil tarafından sunulan malların satılması için*

*müvekkil veya acente adına davranarak, müvekkil hesabına anlaşmalara aracılık etme ve/veya anlaşma akdetme yetkisi verilmesi ”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu türden “gerçek acentelik anlaşmaları”nda; acenteye, müvekkil hesabına anlaşmalara aracılık etme veya anlaşma akdetme yükümlülüğü yüklenmesi, 81(1) inci madde kapsamına girmez. Komisyon, gerçek acentelik anlaşmasının belirleyicisi olarak, acentenin müvekkil tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili finansal ya da ticari risk alıp almadığına bakmaktadır. Bu açıdan acentenin bir veya birkaç müvekkil hesabına çalışıyor olması gösterge olarak kabul edilmemiştir<sup>444</sup>. Gerçek acente anlaşmasının tespitinde iki çeşit finansal veya ticari risk göz önünde bulundurulur. Bunlardan birincisi acentenin aracılık ettiği ya da müvekkil hesabına gerçekleştirdiği anlaşmalardan doğan doğrudan risklerdir. İkinci risk ise acentenin müvekkil tarafından yetkilendirildiği aktivitelere özel yatırımlardan doğan finansal ve ticari risklerdir. Piyasaya özgü yatırım olarak nitelendirilen bu yatırımların özelliği, acentenin içi terk etmesi durumunda diğer bir içi için kullanamaması sonucunda batık maliyet özelliği göstermesi ya da satılması durumunda değerinin önemli bir bölümünü

<sup>443</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.30, p.36.

<sup>444</sup> *Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst* kararında ATAD, seyahat acentelerinin tur operatörleri ile olan ilişkilerinin 81(1) inci madde kapsamında olmadığı yönündeki iddiayı reddederken, acentelerin tur operatörleri adına ve hesabına faaliyette bulunmalarını yeterli bulmamıştır. Bkz. Case 311/85 *Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst* (1987) ECR 3801, (1989) 4 CMLR 213, p.20. ATAD bir acentenin birden fazla müvekkil ile çalışmasını -acente ticari risk taşımaya dahi- acentenin, tur operatörüne entegrasyonu sonucunu doğuran yardımcı bir organ olmaktan çıkardığını söylemiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde Komisyon'un, acentenin birden çok müvekkil hesabına birden çalışmamasını, gerçek acentelik anlaşmasının bir göstergesi olarak kabul etmemesi, ATAD kararı ile kısmen çelişmektedir. GOYDER, a.g.e., s.193.

yitirmesidir<sup>445</sup>. Bu finansal ya da ticari risklerden herhangi birini taşıyan acentenin -ancak bu riskin önemsiz boyutta olmaması gerekmektedir- bağımsız bir satıcı olarak kabul edileceği, acentelik anlaşmasının ise gerçek acentelik anlaşması olmayacağı ve bu sebeplerle acente ve müvekkil arasındaki anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilebileceği Komisyon Bildirimi'nde ifade edilmiştir<sup>446</sup>.

Bildiri'de risk konusunun her bir dava için ayrı ayrı olmak üzere hukuki niteliğinden ziyade ekonomik gerçeklerin göz önünde bulundurularak incelenmesi gerektiği belirtildikten sonra, sınırlayıcı olmamakla beraber belirli durumlar sıralanarak, bu durumlarda 81(1) inci maddenin uygulanma ihtimalinin olduğu ifade edilmiştir<sup>447</sup>. Aynı zamanda alım ya da satıma konu olan malların acentenin mülkiyetinden geçtiği veya anlaşma konusu hizmetlerin tek başına acente tarafından sunulduğu durumlarda da 81(1) inci maddenin uygulanma ihtimali vardır.

Gerçek acentelik anlaşmasında yer alan, müvekkil hesabına akdedilen ya da aracılık edilen anlaşma ile ilgili olarak acenteye yüklenen tüm yükümlülükler 81(1) inci madde kapsamı dışındadır. Acentenin söz konusu mal ya da hizmetleri satacağı toprakların veya müşterilerin sınırlanması, mal ya da hizmetin satış fiyatının ve satış koşullarının belirlenmesine ilişkin yükümlülükler; anlaşmadan doğan riski üstlenen müvekkilin ticari stratejilerini de belirleme yetkisine sahip olmasından dolayı, acentelik anlaşmasının doğal bir sonucu kabul edilmiştir<sup>448</sup>. Ancak acente ile müvekkil arasındaki ilişkiyi düzenleyen rekabet etmeme yükümlülüğü, acentenin rakip teşebbüslerin acenteliğini ya da dağıtıcılığını yapmasını engelleyen türden bir hükümdür. Bu türden bir hüküm, anlaşma konusu malların alım ya da satımının gerçekleştiği pazarda müvekkilin rakibi olan teşebbüslerin faaliyet göstermesini engelliyorsa, diğer bir deyişle rakip teşebbüslere piyasanın kapanması sonucunu doğuruyorsa<sup>449</sup> 81(1) inci maddenin ihlali söz konusu olabilecektir<sup>450</sup>. Gerçek acentelik anlaşmasının 81(1) inci

---

<sup>445</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.14.

<sup>446</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.15. Diğer taraftan genel olarak acentelik hizmetlerinin sunulmasıyla ilgili olan, acentenin gelirinin kendi başarısına bağlı olması ya da bina, personel yatırımları gibi yatırımlardan doğan riskler, finansal ve ticari risk kapsamında değerlendirilmeyen risklerdir.

<sup>447</sup> Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.16-17.

<sup>448</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.18.

<sup>449</sup> Komisyon'un gerçek acentelik anlaşmasında yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü neticesinde piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı yönündeki hükmü için bkz. IMA Rules, OJ (1980) L318/1, p.62.

<sup>450</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.19. Bu durum özellikle, acentelik anlaşmasını uygulayan tek bir sağlayıcının ya da aynı acenteleri kullanan birden çok sağlayıcının önemli derecede pazar gücüne sahip olması durumunda ortaya çıkabilecektir. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.84.

madde kapsamında değerlendirilebileceği bir diğer durum ise işbirliği riskidir. Bu risk özellikle, birkaç müvekkilin aynı acenteleri kullandığı ve ortaklaşa diğer rakiplerin bu acenteleri kullanmasını engelledikleri ya da pazarlama stratejileri konusunda işbirliği yaratmada veya önemli bilgileri değiştirmede acentelerin kullanıldığı durumlarda ortaya çıkacaktır<sup>451</sup>.

### 13.1.5. Pazar Payı Eşiği

Tüzüğün 3 üncü maddesine göre anlaşma ya da uyumlu eylemin muafiyet hükümlerine tabi olması için, sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerin satışına ilişkin pazardaki pazar payının %30'u aşmaması gerekmektedir<sup>452</sup>. %30'un üstünde bir pazar payına sahip teşebbüsün varsayımsal olarak pazar gücüne sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>453</sup> ve bu tür teşebbüslerin anlaşmalarının otomatik muafiyet kapsamında değerlendirilmesi arzu edilmemektedir<sup>454</sup>.

Dikey anlaşmaların kapsamda yer alıp almadığının değerlendirilmesinde genel kural, sağlayıcının anlaşma konusu mal ya da hizmetlerin satımına ilişkin pazardaki pazar payının %30'u geçmemesidir<sup>455</sup>. Ancak münhasır satış anlaşması durumunda, **alıcının** anlaşma konusu mal ya da hizmetleri satın aldığı pazardaki pazar payı dikkate alınır. Münhasır satış yükümlülüğü, 2790/1999

<sup>451</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.20. İşbirliği riski durumunda acentelik sistemi, müvekkiller arasındaki yatay anlaşmanın ortaya çıkaracağı etkileri doğurmaktadır. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.84.

<sup>452</sup> Her ne kadar pazar payı, piyasa gücünün ölçümünde kusursuz bir yöntem olmasa da elde edilebilir en iyi gösterge olduğu varsayılmaktadır. SCHAUB, a.g.m., s.206. Kimi hukukçular ise pazar payı eşiğinin %30 ile sınırlandırılmasının, Tüzüğün kapsamını oldukça daralttığı ve bu şekilde gerçek bir pazar gücüne sahip olmayan bir çok teşebbüsün anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanamadığı görüşünü savunmaktadır. Bkz. SUBIOTTO/AMATO, a.g.m., s.193.

<sup>453</sup> 2790/1999 Sayılı Tüzük öncesindeki kimi kararlarda %30 pazar payı oranına vurgu yapılmaktadır. Dondurma pazarında faaliyet gösteren Schöller ve Langnese-Iglo firmalarına ilişkin davada ATAD, her iki firmanın münhasır anlaşmalarının adet ve satış miktarı olarak toplam piyasanın %30'dan fazlasını kapsamasını, ihlalin varlığının delili olarak kabul etmiştir. Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.99. Spices kararında, Belçika baharat üretiminin %39'unu gerçekleştiren Liebig firmasının üç büyük süpermarket zinciri ile imzaladığı münhasır anlaşmalara ilişkin muafiyet, üç süpermarket zincirinin toplam baharat dağıtımındaki payının %30 civarında olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. Liebig Spices, OJ (1978) L 53/20, (1978) 2 CMLR 116, p.21.

<sup>454</sup> GOYDER, a.g.e., s.85. 2790/1999 Sayılı Tüzüğün kapsamının belirli bir pazar payı ile sınırlandırılması, eski grup muafiyeti sisteminde oldukça yoğun olarak eleştirilen "hakim durumdaki teşebbüsün otomatik olarak grup muafiyetinden yararlanması"nın önüne geçmiştir. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.502.

<sup>455</sup> Dikey anlaşmanın, ticaretin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren ikiden fazla teşebbüs arasında akdedilmesi durumunda, anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında yer alması için her bir düzeydeki pazar payı %30'un altında olmalıdır. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.93.

Sayıli Komisyon Tüzüğü'nün 1(c) maddesinde; “sağlayıcının anlaşmada belirlenen mal veya hizmetleri belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla Topluluk içinde sadece tek bir alıcıya satması” şeklinde tanımlanmıştır<sup>456</sup>. Münhasır satış anlaşması, münhasırlığın ancak Avrupa Birliği genelinde tanınması durumunda ortaya çıkacaktır. Ulusal düzeyde münhasırlık tanınan anlaşmalar, münhasır satış anlaşması olarak nitelendirilemeyecek ve bu sebeple anlaşmanın Tüzük kapsamında yer alıp almadığının değerlendirilmesinde yine sağlayıcının pazar payına bakılacaktır. Böyle bir yaklaşımın altında, Avrupa Birliği geneli için söz konusu olan bir münhasırlığın, sağlayıcı tarafından değil güçlü bir alıcı tarafından empoze edildiği düşüncesi yatmaktadır<sup>457</sup>.

%30 pazar payının hesaplanmasında yalnız pazar payı değil ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın da tespit edilmesi gerekmektedir. Komisyon; ilgili ürün pazarının alıcı tarafından nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından birbirleriyle değiştirilebilir kabul edilen mal ve hizmetleri kapsadığını belirtmiştir. İlgili coğrafi pazarı ise, teşebbüslerin ilgili mal veya hizmetlerin arz ve talebi ile ilgilendikleri, rekabet şartlarının büyük ölçüde homojen olduğu ve özellikle rekabet şartları hissedilir derecede farklı olan komşu coğrafi bölgelerden ayrılabilen alan şeklinde tanımlamıştır<sup>458</sup>.

%30 pazar payının hesaplanmasında ana kural, mal veya hizmetlerin satış değerlerinin esas alınmasıdır. Ancak bu veriye ulaşılamaması durumunda satış hacimleri gibi güvenilir piyasa verileri de esas alınabilir. Piyasa payının hesaplanmasında kullanılacak bu veriler bir önceki yılın verileri olmalıdır. Münhasır satış anlaşmasında alıcının pazar payı tespit edilirken, alım değerleri veya bu değerlerin tahmini kullanılabilir<sup>459</sup>. Pazara payı hesaplamalarında ve pazar tanımlanmasında, teşebbüslerin kendi kullanımları için ürettikleri ara mallar dikkate alınmaz<sup>460</sup>. Bununla birlikte Tüzük'te, teşebbüsün başlangıçtaki %30'un üstünde olmayan pazar payının bu rakamın üstüne çıkması durumunda ne yapması gerektiği de düzenlenmiştir. Buna göre teşebbüsün pazar payı sonradan %30'un üstüne çıkar ancak %35'i aşmazsa, muafiyet %30 pazar payının ilk aşıldığı yılı takip eden iki takvim yılı daha geçerli olacaktır. Ancak %35'in üstüne çıkılırsa muafiyet %35 pazar payının ilk aşıldığı yılı takip eden

<sup>456</sup> Münhasır satış anlaşması için bkz. s.43.

<sup>457</sup> GOYDER, a.g.e., s.86.

<sup>458</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market, p.8, 13-23.

<sup>459</sup> Commission Regulation No:2790/1999, md.9(1) ve md.9(2).

<sup>460</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.98. Piyasaya arz edilmeksizin, bütünüyle teşebbüsün kendi kullanımı için üretmiş olan mal veya hizmetler, “ekonomik faaliyet” kapsamında değerlendirilmediğinden, ilgili ürün pazarının kapsamının belirlenmesinde ve pazar payının tespitinde göz önünde bulundurulmamaktadır.

bir takvim yılı geçerli olabilecektir. Ancak teşebbüsler her iki durumdan birden, iki takvim yılını aşacak şekilde yararlanamayacaklardır<sup>461</sup>.

### 13.2. Grup Muafiyeti Tüzüğü'ne Göre Ağır Sınırlamalar

Tüzüğün 4 üncü maddesinde yer alan ağır sınırlamalardan herhangi birini içeren dikey anlaşmalar bütün olarak grup muafiyeti kapsamı dışına çıkacaktır. Bu ağır ihlalleri içeren dikey anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlanması da olası değildir<sup>462</sup>. AT rekabet hukuku uygulamalarında bireysel muafiyet şartının bütünü ile ortadan kalkmaması sebebiyle per se ihlal olarak nitelendirilebilecek dikey kısıtlama türleri bulunmasa da, Tüzüğün 4 üncü maddesinde yer alan ağır sınırlamalar Amerikan uygulamasındaki per se ihlal kuralına benzemektedir<sup>463</sup>.

Ağır sınırlamaların ekonomik etkisinin her durumda net bir şekilde ortaya konulması mümkün değildir. Dikey anlaşmaların rekabetçi etkilerinin, spesifik olayın kendi şartları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim minimum satış fiyatının belirlenmesi gibi bir takım ağır sınırlamaları içeren anlaşmalar dahi kimi durumlarda ekonomik olarak etkin olabilmektedir. Piyasa entegrasyonu çerçevesinde makul kabul edilebilen kimi ağır sınırlamaların varlığı, pek çok ihtimali göz önünde bulunduran bir rekabet politikasının, etkinlik artışı sağlayan kısıtlamaları da muafiyet kapsamında değerlendirebileceğini göstermektedir<sup>464</sup>.

2790/1999 Sayılı Tüzük'te, AT rekabet kurallarının uygulanmasında Komisyon'un anlaşmanın piyasaya etkilerini temel alan ekonomik bir yaklaşım benimseyeceği, dikey anlaşmaların kendi hukuki ve ekonomik yapıları içinde analiz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>465</sup>. Ancak Tüzük; ağır sınırlamaların varlığı halinde, bu sınırlamaların ekonomik etkisinin analiz edilmesine gerek olmadığını açıkça dile getirmiştir<sup>466</sup>. Diğer bir ifade ile Komisyon, genel prensip olarak dikey kısıtlamaların değerlendirilmesinde her bir kısıtlamanın piyasadaki etkilerinin ekonomik analizini esas alırken, belirli kısıtlamaların amaçsal olarak rekabeti kısıtladığı ve bu sebeple etkilerinin incelenmesinin gerekli olmadığını düşünmektedir.

Tüzüğün 4 üncü maddesinde sayılan ağır sınırlamalardan (a) bendi, alıcı teşebbüsün kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesini konu

<sup>461</sup> Commission Regulation No:2790/1999, md.9(2).

<sup>462</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.46.

<sup>463</sup> SCHAUB, a.g.m., s.207.

<sup>464</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.167.

<sup>465</sup> Yeni Tüzüğün benimsediği bu yaklaşım, eski sisteme yönelik olarak dile getirilen **ekonomik analiz eksikliği** eleştirisinin yansması niteliğindedir. Ekonomik analiz eksikliğine ilişkin eleştiri için bkz. s.130.

<sup>466</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.7.



almaktadır. Buna göre; amacı veya etkisi doğrudan veya dolaylı olarak sabit fiyat veya minimum fiyat tespit etmek ya da alıcının gözececeği bir sabit ya da minimum fiyat seviyesi belirlemek olan uygulamalar, ağır sınırlama olarak kabul edilmiştir<sup>467</sup>. Sabit veya minimum satış fiyatının tespiti; anlaşma hükmü, uyumlu eylem gibi doğrudan yöntemlerle gerçekleştirilebileceği gibi, belirli bir fiyat seviyesine uyumuna göre sağlayıcının indirim vermesi, dağıtım marjının belirlenmesi, uyarı, ceza ya da anlaşmanın fesih edilmesi gibi dolaylı yollarla da gerçekleşmesi mümkündür<sup>468</sup>. Dağıtıcıların fiyat düşürme isteklerini azaltan “en çok kayırlan müşteri hükmü” (most-favored-customer clause)<sup>469</sup> ya da düşük fiyattan satan dağıtıcıların sağlayıcıya bildirilmesi gibi uygulamalar, fiyat tespitini kolaylaştıran unsurlar olarak değerlendirilmektedir. Bu türden dolaylı yöntemler ve kolaylaştırıcı unsurlar, maksimum veya tavsiye fiyatların da yeniden satış fiyatının tespitine dönüşmesine neden olabilmektedir. Ancak tek başına sağlayıcının alıcıya maksimum veya tavsiye fiyatta bulunması, yeniden satış fiyatının tespiti olarak değerlendirilmemektedir<sup>470</sup>.

Acentelik anlaşmasının 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilebileceği durumlarda<sup>471</sup> acentenin, sabit ya da değişken komisyonunu müşterisi ile paylaşmasını engelleyen hükümler de ağır sınırlama olarak değerlendirilecektir.

Tüzüğün 4(b) maddesi, 4 istisnai hüküm hariç alıcılara “anlaşma konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşterilere ilişkin” getirilen diğer kısıtlamaları yasaklamaktadır. Bu kısıtlamalar; indirimlerin reddedilmesi, mal temininin reddedilmesi ya da azaltılması, anlaşmanın fesih edilme tehdidi gibi yöntemlerle “belirli müşteri grubuna veya belirli topraklardaki müşterilere mal satmama” ya da “bu gibi talepleri diğer dağıtıcıya yönlendirme yükümlülüğü”

---

<sup>467</sup> Bkz. GOYDER, a.g.e., s.101.

<sup>468</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.47.

<sup>469</sup> “Antidiscrimination Clause” ya da “Most Favored Nations Clause” olarak da ifade edilen bu kavram; taraflardan birinin (örneğin dağıtıcının), anlaşmanın karşı tarafına (müşterisine), diğer alıcılara sağladığı en iyi ticari avantajı sağlama yükümlülüğü altına girmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu hüküm gereği dağıtıcı, çok sayıda müşterilerinden birine sağladığı ticari avantajı, en çok kayırlan müşteri yükümlülüğü ile kendisini bağladığı müşterisine de sağlamak zorundadır. Sonuç olarak bu hüküm, dağıtıcının tüm müşterilerine yeknesak koşullar uygulanmasını temin eder. Böyle bir sonucun farkında olan dağıtıcı, az sayıda da olsa müşterilerine daha düşük bir satış fiyatı uygulamak istemeyecektir. Bkz. BAKER, J.B., “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most-Favored-Customer Clauses”, Antitrust Law Journal, Vol.64, Spring 1996, s.517-534.

<sup>470</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.47.

<sup>471</sup> Gerçek acentelik anlaşmasının 81(1) inci maddenin kapsamında değerlendirildiği durumlar için bkz. s.148.

şeklinde kendini gösterir<sup>472</sup>. Bu kısıtlamalar, topraksal olarak ya da müşteri bazında pazarın bölünmesi sonucunu doğurur<sup>473</sup>.

Bu istisnalardan ilki, sağlayıcının bölge veya müşteri bazında münhasır dağıtıcı tesis etmesi<sup>474</sup> ve bu münhasır bölge veya münhasır müşteri gruplarına ya da sağlayıcının münhasıran kendine tahsis ettiği bölge veya müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlamasına izin vermektedir<sup>475</sup>. Aktif satışların kısıtlanması yalnızca, **tek** bir alıcının atandığı belirli bir toprak ya da belirli bir müşteri grubuna yönelik satışları kapsayacaktır. Bunun dışında topraksal ya da müşteri grubu bazında münhasırlığın söz konusu olmadığı bölgelere aktif satışların kısıtlanması mümkün değildir<sup>476</sup>. Ancak sağlayıcı, alıcının müşterilerince yapılacak satışlara yönelik bir kısıtlama getiremez. Diğer bir ifade

<sup>472</sup> Bildiri’de Komisyon, belirli son kullanıcılara mal satmama konusunda tüm dağıtıcılara yüklenen yükümlülüğün, ürünle ilgili objektif bir sebebin varlığı halinde kabul edilebileceğini, ancak aynı zamanda bu yükümlülüğün sağlayıcı için de geçerli olması gerektiğini belirtmiştir. (p.49)

<sup>473</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.49. Komisyon’un topraksal ve müşteri bazında pazarın bölünmesi sonucunu doğuran uygulamaları ağır sınırlama kabul etmesi, 2790/1999 Sayılı Tüzüğün “tek pazar” hedefine verdiği önemi göstermektedir. Ancak bu noktada önemli bir tartışma söz konusudur. Komisyon Bildirimi’nde, Komisyon’un tek pazar entegrasyonunu temel parametre olarak almasının, dikey anlaşmaların etkinlik artırıcı yönüyle çatıştığı görüşünü benimseyenler, Komisyon Bildirimi’nin bu yönünün zayıf olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. BISHOP, S., RIDYARD, D., “E.C. Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policy”, ECLR, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.35-36. Bir diğer görüş ise, Tüzüğün topraksal ve müşteri bazında pazarın bölünmesi sonucunu doğuran uygulamaları ağır sınırlama kabul etmesinin istisnalarının bulunduğu, söz konusu bu istisnaların bir noktaya kadar bölgesel korumaya izin verdiğini, bunun da Tüzüğün her iki unsuru dengede tutmaya çalışıldığının önemli bir göstergesi olduğunu vurgulamıştır. Bkz. PEEPERKORN, L., “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy ? – A Reply”, ECLR, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.38-39.

<sup>474</sup> Sağlayıcının, münhasır bölge tahsisi ve münhasır müşteri grubu tahsisini birleştirme imkanı bulunmaktadır. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.50.

<sup>475</sup> Komisyon, Bildiri’de **aktif satış** kavramını, diğer bir dağıtıcının münhasır bölge ya da münhasır müşteri grubunda yer alan bireysel müşterilere doğrudan elektronik posta ya da ziyaret gibi yollarla veya spesifik olarak bu müşterilere yönelik reklam ya da diğer promosyon kanallarıyla ya da diğer bir dağıtıcının münhasır bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurarak aktif olarak yaklaşması şeklinde tanımlamıştır. **Pasif satış** ise bireysel müşterilerden gelen tesadüfi talepleri, satılan mal veya hizmetlerin bu müşterilere teslimi de dahil karşılamak olarak nitelendirilmiştir. Diğer bir dağıtıcının münhasır bölge veya müşteri grubuna ulaşan, ancak münhasır olmayan diğer bölgelerdeki müşterilere ulaşmak için makul kabul edilebilecek medya veya internetteki genel reklam veya promosyonlar da pasif satış kabul edilmiştir.

Komisyon Bildirimi’nde internet kanalıyla yapılan satışlar ve reklamlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre genel kural internet kullanımının aktif satış olarak değerlendirilmemesidir. Dağıtıcının internet sitesini ziyaret eden müşteriye malın teslimi dahil satış işlemi, pasif satış kabul edilmektedir. Ancak sitenin münhasır bölge ya da münhasır müşteri grubunu hedef alacak şekilde düzenlenmesi, müşterinin isteği dışında elektronik posta gönderilmesi aktif satış olarak kabul edilecektir.

<sup>476</sup> GOYDER, a.g.e., s.90.

ile alıcı, müşterilerinin aktif satışlarını kısıtlayıp kısıtlamama da serbest olacaktır<sup>477</sup>.

Tüzüğün 4(b) maddesinde yer alan diğer üç istisna; aktif ve pasif satışların her ikisinin birden sınırlandırılmasına izin vermektedir. Bu istisnalar, bir toptancının son kullanıcılara veya seçici dağıtım ağına dahil olan bir dağıtıcının ağ dışında bulunan bir dağıtıcıya mal satımının sınırlandırılmasına ya da birleştirilerek satması için alıcıya sağlanan bütünleyici parçaların, sağlayıcının rakiplerine yeniden satışının kısıtlanmasına izin vermektedir<sup>478</sup>.

Tüzüğün 4(c) ve 4(d) maddelerinde seçici dağıtım sistemine ilişkin olarak, anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran iki ağır sınırlamaya yer verilmiştir. 4(c) maddesi, seçici dağıtım sistemine üye perakendecilerin son kullanıcılara yapacakları aktif ve pasif satışları sınırlandırılmasına ilişkindir. Sağlayıcı, seçici dağıtım ağı içerisinde belirli bir bölge için yalnızca tek bir dağıtıcı ya da sınırlı sayıda dağıtıcı atama hakkına sahip olmakla beraber, perakendeci üyelerin nihai kullanıcılara yönelik satışlarına hiçbir sınırlama getiremez<sup>479</sup>. Tüzüğün 4(d) maddesinde ağır sınırlama olarak kabul edilen durum, seçici dağıtım sistemi üyelerinin kendi aralarındaki alım satımın engellenmesidir. Doğrudan veya dolaylı olarak seçici dağıtım sistemi üyeleri arasında anlaşma konusu malların aktif ya da pasif satışını kısıtlayıcı ya da engelleyici etki doğuran anlaşma veya uyumlu eylemler bu başlık altında değerlendirilecektir. Bu açıdan seçici dağıtım sisteminin, seçici dağıtıcıların anlaşma konusu malları münhasıran tek bir kaynaktan alması sonucunu doğuran münhasır satın alma anlaşması ile birlikte uygulanması mümkün değildir<sup>480</sup>. Bu sebeple seçilmiş toptan dağıtıcıların anlaşma konusu malları seçilmiş dağıtıcılara satışına ilişkin kısıtlamalar da kabul edilemeyecek türden sınırlamalardandır.

Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan ürünlerin konu olduğu dikey anlaşmalara ilişkin diğer bir ağır sınırlama da Tüzüğün 4(e) maddesinde yer almaktadır. Yedek parçaları satan sağlayıcı ile bu parçaları birleştirilerek üretimde kullanan alıcı arasında akdedilen tedarik anlaşmasında, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya bağımsız tamirci ya da servis sağlayıcılarına yedek parça olarak satışı engellenemez. Yedek parça sağlayıcısının, bu parçaların kullanımı için gerekli olan teknik bilgi ve özel ekipmanları sağlamasını engelleyen hükümler de dolaylı olarak aynı sonucu doğuracaktır. Ancak orjinal ekipman üreticisi olan alıcının, ürettiği ekipmanların tamir ve servisi ile yetkilendirdiği

---

<sup>477</sup> GOYDER, a.g.e., s.91.

<sup>478</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.52.

<sup>479</sup> Ancak sağlayıcının, dağıtıcının işletme binasının yerini belirleme özgürlüğünü kısıtlaması mümkündür. Bu çerçevede seçilmiş dağıtıcının farklı bir yerde yeni bir işyeri açması engellenebilir. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.54

<sup>480</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.55.

teşebbüslere, sağlayıcı tarafından yedek parça satımının kısıtlanması ya da yedek parçaların kendisinden alımını zorunlu kılması mümkündür<sup>481</sup>.

### 13.3. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kısıtlamalar her ne kadar ağır sınırlamalar arasında sayılmamışsa da, belirli şartlar dahilinde 5 inci madde kapsamında yasaklanmıştır<sup>482</sup>. Bu türden hükümler içeren anlaşmaların bütünü ile Tüzüğün kapsamının dışında bırakılması gerekli değildir. Hükümün anlaşmadan ayrılması mümkün ise, anlaşmanın kalan kısmı grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilecektir. Yalnızca Tüzüğün 5 inci maddesine aykırılık teşkil eden anlaşma kısmı, grup muafiyetinin faydalarından yoksun kalacaktır<sup>483</sup>.

Grup Muafiyeti kapsamında değerlendirilmeyen ilk kısıtlama, Tüzüğün 5(a) maddesinde yer alan “süresi 5 yılı aşan ya da belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüğü”dür. Maddenin anlaşılması açısından öncelikle Tüzüğün 1 inci maddesinde tanımlanan rekabet etmeme yükümlülüğü incelenmelidir. Buna göre rekabet etmeme yükümlülüğü; alıcının anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ya da hizmetlerin üretimini, alımını, satımını ya da yeniden satımını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülükler veya alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetler ve onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının sağlayıcından veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülüktür.

Rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamına giren ilk yükümlülük genel bir sınırlama olup, alıcının anlaşma konusu mal ya da hizmetlere rakip olan mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engellemektedir. Sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşmanın tedarik anlaşması olması durumunda bu hüküm, alıcının rakip malları **satın almasını** engellerken, dağıtım anlaşması olması durumunda, alıcının anlaşma konusu mallara rakip olan malların **satım ya da yeniden satımını** engelleyecektir. Bu hüküm alıcı üzerine getirilen ve **rakip malları konu alan** bir sınırlamadır. Diğer taraftan

<sup>481</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.56.

<sup>482</sup> Tüzük’te yalnızca ağır sınırlamalara ve rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin belirli durumların düzenlenmiş olması ve bunun dışında kalan sınırlamaların, Tüzük kapsamında yer alan %30 pazar payının altındaki teşebbüsler için makul kabul edilmesi, Komisyon’un eski grup muafiyeti sistemine ilişkin olarak öne sürülen **hukuki belirsizliğin** kapsamını daraltmıştır. Söz konusu eleştiri için bkz. s.137.

<sup>483</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.66. Tüzüğün 4 üncü maddesinde yer alan ağır sınırlamaların ise dikey anlaşmadan ayrılabilirliği söz konusu değildir ve bu sebeple bu türden bir kısıtlama içeren anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü’nün faydalarını bütünüyle kaybederler.

yine alıcı üzerine getirilen ancak **doğrudan rakip malları konu almayan**, alıcının anlaşma konusu mallara ve bu mallarla aynı ilgili ürün pazarındaki rakip mallara yönelik toplam alımlarının tamamını ya da %80'inden fazlasını sağlayıcıdan ya da sağlayıcı tarafından belirlenmiş başka bir teşebbüsten alması sonucunu doğuran, doğrudan veya dolaylı herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir. Alıcının anlaşma konusu mallar ve bu mallarla aynı ilgili ürün pazarında yer alan rakip mallara ilişkin toplam alımının tespitinde bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınır. Alıcının önceki yıla ait alım miktarının belli olmadığı durumlarda, alıcının yıllık toplam ihtiyacının en iyi tahmini miktarı veri olarak kullanılabilir<sup>484</sup>.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bu ikinci durum ilkinden farklı olarak, alıcının **toplam alımlarının** %80'inden fazlasını anlaşmanın diğer tarafı olan sağlayıcıya yönlendirerek dolaylı olarak rakip sağlayıcıları dışarıda bırakmaktadır. Bu durumda; alıcının rakip malları üretmesi, satın alması ya da satmasını engelleyen bir hüküm olmasa da, rakip sağlayıcılar alıcının ihtiyacının en fazla %20'lik bölümünü karşılayabilecektir. Bunu bir örnekle açıklayabiliriz:

Alıcı A teşebbüsünün bir önceki yıl, farklı sağlayıcılardan ya da farklı markalardan satın aldığı, aynı ilgili ürün pazarında yer alan X, Y ve Z malları toplam alım miktarı 100 birim olsun. Bu yıl alıcı A, sağlayıcı B ile yaptığı tedarik anlaşmasında, sağlayıcı B'den 85 birim X malı alma yükümlülüğü altında girerse bu yükümlülük rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilecektir. Nitekim bu rakam, alıcı A'nın anlaşma konusu X malı ile aynı ilgili ürün pazarında yer alan Y ve Z mallarına yönelik, önceki takvim yılı alım miktarı olan 100 birimin %80'i olan 80 birimden daha fazladır<sup>485</sup>.

Söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü **belirsiz süreli** ya da **beş yıldan uzun süreli** ise Tüzüğün 5 inci maddesi bağlamında grup muafiyetinden yararlanamayacaktır<sup>486</sup>. Beş yıldan daha uzun bir süre ile zimnen yenilenebilen

<sup>484</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.58.

<sup>485</sup> Bkz. TAYLOR, a.g.e., s.30.

<sup>486</sup> Münhasır satın alma anlaşmalarında alıcı, **anlaşma konusu** mal veya hizmetleri münhasıran tek bir sağlayıcıdan satın alma yükümlülüğü altına girmektedir. Tüzüğün 1(b) maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin tanımda, alıcının **toplam alımlarının** %80'inden fazlasını tek bir sağlayıcıdan satın alması durumuna yer verilmiştir. Toplam alımlar ise, hem anlaşma konusu malları hem de bu mallarla aynı ilgili ürün pazarında yer alan rakip malları kapsamaktadır. Bu açıdan rekabet etmeme yükümlülüğünün teorik olarak, münhasır satın alma anlaşmalarından daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.

Tüzüğün beş yıllık süre sınırını yalnızca rekabet etmeme yükümlülüğü için getirmiş olması, münhasır satın alma yükümlülüğünün herhangi bir süre sınırına tabi olmaksızın Tüzük tarafından kabul edilen bir sınırlama olduğu sonucunu da beraberinde getirmektedir. GOYDER, a.g.e., s.94. Münhasır satın alma yükümlülüğüne yönelik tek sınırlama, seçici dağıtım anlaşması ile birlikte uygulanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim Komisyon Bildirimi'nde, seçici dağıtım

rekabet etmeme yükümlülüğü de belirsiz süreli kabul edilecektir<sup>487</sup>. Rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlı olması ya da süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi Tüzük tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Beş yıldan sonraki uzatma durumunda ise, her iki tarafın açık iradesi ile birlikte alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir unsurun var olmaması gerekmektedir<sup>488</sup>.

Alıcı satışlarını, sağlayıcıya ait olan bina ve arazi üzerinde ya da sağlayıcı tarafından alıcı ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerden kiralanmış yerlerde yapıyorsa, rekabet etmeme yükümlülüğü beş yıllık süre sınırlamasına tabi olmayacaktır. Bu gibi durumlarda rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, alıcının satış noktasını işgal ettiği süre ile sınırlıdır<sup>489</sup>.

Grup muafiyeti Tüzüğünün faydalarından yararlanamayacak olan ikinci sınırlama, 5(b) maddesinde düzenlenen **“anlaşmanın bitiminde sonraki rekabet etmeme yükümlülüğü”**dür. Ana kural, bu tür kısıtlamaların grup muafiyeti kapsamında olmamasıdır. Ancak bu yükümlülük; anlaşma konusu mal veya hizmetlere rakip olan mal veya hizmetlerle ilgili olması<sup>490</sup>, sağlayıcı tarafından alıcıya transfer edilmiş olan know-how’ın korunması için zorunlu olması, alıcının anlaşma süresince faaliyet gösterdiği satış noktası ile sınırlı olması ve anlaşmanın bitiminde itibaren en fazla bir yıllık süreyi kapsamaması kaydıyla grup muafiyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Know-how ise

---

sistemine dahil olan dağıtıcıların, anlaşma konusu malları münhasıran belirli bir kaynaktan almaya zorlayan münhasır satın alma yükümlülüğü gibi dikey sınırlamalara maruz bırakılmayacağı ifade edilmiştir. (p.55)

Ancak alıcının; sağlayıcıdan temin ettiği anlaşma konusu mallar dışında, bu mallarla aynı ilgili ürün pazarında yer alan rakip malları satın almaması durumunda, rekabet etmeme yükümlülüğü ile münhasır satın alma yükümlülüğü örtüşecektir. Diğer bir ifade ile alıcının alımları, anlaşma konusu mallarla sınırlı olacaktır. Bu durumda şayet alıcı, anlaşma konusu malların %80’inden fazlasını sağlayıcıdan temin ediyorsa, beş yıllık süre sınırı münhasır satın alma anlaşmaları için de geçerli olacaktır.

<sup>487</sup> Commission Regulation No:2790/1999, md.5(a).

<sup>488</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.58. Örneğin sağlayıcı alıcıya kredi vermişse, kredinin geri ödemeleri alıcının ileride rekabet etmeme yükümlülüğüne son vermesini engelleyecek şekilde artan oranlı olmamalıdır. Aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin dolmasından sonra alıcıya, sağlayıcıya olan borcunun kalan kısmını ödeme imkanı tanınmalıdır. Benzer şekilde sağlayıcının alıcıya temin ettiği ve sağlayıcı ile alıcı arasındaki ilişkiye özel olmayan ekipmanları alıcının, rekabet etmeme yükümlülüğünün sona ermesinden sonra piyasa değerinden satın alma şansı da olmalıdır.

<sup>489</sup> Commission Regulation No:2790/1999, md.5(a). Bu istisnanın nedeni, sağlayıcının kendisine ait olan bir binada kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermek istememesidir.

<sup>490</sup> Alıcının anlaşma süresinin bitiminde itibaren, diğer kaynaklardan tedarik etmeye devam ettiği anlaşma konusu mallara ilişkin faaliyetlerine, bir yıllık süreyle de olsa kısıtlama getirilemez. GOYDER, a.g.e., s.95.

anlaşma konusu mal ya da hizmetlerin alıcı tarafından kullanımı, satımı ya da yeniden satımı için zorunlu olan bilgileri içermelidir<sup>491</sup>.

Tüzüğün 5(c) maddesinde düzenlenen ve Tüzük kapsamında yer almayan üçüncü grup sınırlama ise, seçici dağıtım sistemine ilişkindir. Tüzük; seçici dağıtım sisteminin, dağıtıcıları anlaşma konusu mallara rakip olan diğer tüm malları dağıtmaktan alı koyan rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte uygulanmasını kapsamda değerlendirmiştir<sup>492</sup>. Ancak söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü, atanmış dağıtıcıların yalnızca **belirli** rakip sağlayıcılardan yeniden satış amacıyla mal temin etmesini engellerse, grup muafiyetinin faydalarından yararlanamayacaktır<sup>493</sup>.

Grup muafiyeti Tüzüğü kapsamında dışında kalan dikey anlaşmaların hukuk dışı olduğuna dair bir karine yoktur. Ancak bu anlaşmaların bireysel muafiyeti gereklidir. Bu noktada Komisyon, teşebbüsleri bildirim yapmaksızın kendi değerlendirmelerini yapmaya özendirilmektedir. Nitekim teşebbüslerin dikey anlaşmaları, uyarıcı bir bildirim olmaksızın akte dildikleri tarihten itibaren muafiyetten yararlanabilecektir. Diğer taraftan teşebbüslerin bildirimde bulunma imkanları bulunmaktadır. Komisyon kendisine bildirilen anlaşmaya, 81(3) üncü maddenin dört koşulunu karşılıyorsa, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere muafiyet tanıyacaktır<sup>494</sup>.

#### 13.4. Grup Muafiyetinin Geri Alınması

Herhangi bir dikey anlaşmadan, tek başına ya da rakip sağlayıcı veya alıcıların benzer anlaşmalarıyla birlikte 81(1) inci maddenin kapsamına girerse ve 81(3) üncü maddede yer alan tüm koşulları karşılamazsa, grup muafiyeti ile sağlanan yasallık karinesi geri alınabilir<sup>495</sup>. Aynı zamanda %30 pazar payı eşiğini aşmayan bir alıcı ya da sağlayıcı ile akdedilen dikey anlaşma da, rekabet üzerinde ortaya çıkardığı zararları dengeleyecek objektif bir fayda yaratmaması durumunda, Tüzüğün faydalarından yoksun bırakılabilecektir<sup>496</sup>.

<sup>491</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.60.

<sup>492</sup> Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin 5 yıllık genel süre sınırı, diğer dikey anlaşmalarda olduğu gibi burada da geçerli olacaktır.

<sup>493</sup> Bu türden sınırlamaların grup muafiyetinin faydalarından yoksun bırakılmasının nedeni, piyasada faaliyet gösteren birkaç sağlayıcının, mallarını dağıtmak için aynı seçici dağıtım sistemini kullanması ve kendileri dışında piyasada faaliyet gösteren ya da piyasaya yeni girmek isteyen diğer sağlayıcıların bu dağıtım sistemini kullanmalarını engellemelerinin önüne geçmektir. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.61.

<sup>494</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.63.

<sup>495</sup> Commission Regulation No:2790/1999, md.6.

<sup>496</sup> Ara mallar ve nihai mallar açısından bu durum değerlendirildiğinde, profesyonel ara malı kullanıcılarına göre daha zayıf pozisyonda bulunan nihai tüketicilere yönelik dağıtımda objektif fayda yaratılmama ihtimali daha yüksektir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.71.

Komasyon grup muafiyetinin faydalarını, Tüzüğün 6 ncı maddesi bağlamında geri alırken, söz konusu anlaşmanın 81(1) inci maddenin kapsamına girdiğinin ve 81(3) üncü madde koşullarını karşılamadığının ispat yükü Komasyon'a ait olacaktır<sup>497</sup>. Geri alma kararı yalnızca ileriye doğru etkili olacaktır. Bunun dışında geri alma kararı yürürlüğe girinceye kadar, ilgili anlaşma muafiyetten yararlanmaya devam edecektir<sup>498</sup>.

Geri alma prosedürü özellikle satın alma gücü ve paralel ağların toplam etkisi durumlarında işletilecektir<sup>499</sup>. Tüzüğün 6 ncı maddesinde grup muafiyetinin faydalarının geri alınmasına ilişkin genel hükmün devamında, özellikle rakip sağlayıcıların veya alıcıların uyguladığı benzer dikey anlaşmaların paralel ağlarının toplu etkisiyle ilgili pazara girişin veya oradaki rekabetin önemli ölçüde sınırlanmış olması durumunda, 81(3) üncü maddenin şartlarının sağlanmamış olabileceği belirtilmiştir<sup>500</sup>. Pazarda benzer etkiler

<sup>497</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.72.

<sup>498</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.75.

<sup>499</sup> SCHAUB, a.g.m., s.207. 2790/1999 Sayılı Tüzük öncesindeki uygulamalarında da Komasyon, paralel ağların toplu etkisi gerekçesi ile grup muafiyetini geri almıştır. 1985'de Almanya'nın iki büyük dondurma üreticisinden biri olan Schöller hakkında yapılan incelemede Komasyon, bu iki teşebbüsün ilk iki yılın sonunda altı ay önceden ihbar etmek şartıyla feshedilebilen üç yıllık anlaşmalarının pazarın %30'unu rekabete kapatıyor olmasının, 81(1) inci maddenin ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. European Commission XV th Report on Competition Policy (1985), p.19. 1990 yılında Mars piyasaya girdikten sonra Schöller ve Langnese-Iglo'nun sözleşmelerinin piyasayı kapadığı iddiası ile açılan davada Komasyon, söz konusu grup muafiyetini geri alarak beş yıllık münhasır satın alma anlaşmalarını yasaklamıştır. Schöller Lebensmittel, OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51, p.146; Langnese-Iglo GmbH, OJ (1993) L 183/19, (1994) 4 CMLR 51., p.154.

<sup>500</sup> Komasyon, Alman dondurma pazarında faaliyet gösteren Schöller ve Langnese-Iglo'nun münhasır anlaşmalarının oluşturduğu paralel ağlara ilişkin muafiyet incelemesinde üç sorunun cevabına bakmayı tercih etmiştir:

- Anlaşma tek başına Ortak Pazar ya da Üye Ülkeler arası rekabette esaslı etkiye sahip mi?
- Bahsedilen türden bir etkiye sahip değilse, teşebbüsün benzer kısıtlamalar içeren anlaşmalarının tamamı bu etkiyi doğuruyor mu?
- Bu türden de bir etki doğurmuyorsa, piyasadaki diğer teşebbüslerin benzer türde kısıtlamalar içeren anlaşmaları ile birlikte bu etki doğuyor mu?

Komasyon bu sorulardan herhangi birinin cevabının evet olması durumunda, 81(1) inci maddenin uygulanabilmesi için gerekli şartın sağlanmış olacağını belirtmiştir. Bkz. European Commission, XXII nd Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1992, p.195. ATAD ise her ne kadar Komasyon'un kararını reddetmemişse de, Delimitis kararında yer verdiği kendi iki basamaklı testini kullanmıştır. Buna göre ilk olarak diğer faktörler ile beraber piyasadaki benzer türden anlaşmaların, kümülatif olarak potansiyel rakiplere karşı piyasa kapama etkisi yaratıp yaratmadığını sorgulamıştır. İkinci basamakta Langnese-Iglo ve Schöller firmalarının her birinin sözleşmelerinin oluşturduğu bireysel ağların kümülatif piyasa kapama etkisine esaslı oranda etki edip etmediğine bakmıştır. Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602, p.99, 111.

ATAD'ın kararında etkili olan bir diğer unsur ise soğutucu kabin münhasırlığıdır. Soğutucu kabin münhasırlığı, rekabet etmeme yükümlülüğünden farklı olarak fiili piyasa kapama etkisi yaratan bir



doğuran dikey anlaşmaların varlığı, paralel ağların temel şartıdır. Rakip sağlayıcılar tarafından uygulanan dikey anlaşmalar tek marka grubu, sınırlı dağıtım grubu, yeniden satış fiyatı tespiti grubu, pazar belirleme gruplarından herhangi birine girmesi durumunda benzer etkiye sahip kabul edilirler. Benzer dikey anlaşmaların paralel ağlarının toplu etkisinin değerlendirilmesinde her bir anlaşma türüne atfedilebilecek rekabeti bozucu etkiler dikkate alınacaktır.

Rekabeti bozucu toplu etki nedeniyle sorumluluk yalnızca bu etkiye hissedilir derecede katkıda bulunan teşebbüslere yüklenecektir. Toplu etkiye önemsiz derecede katkısı olan teşebbüslerin yaptığı anlaşmalar 81(1) inci madde kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>501</sup>.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 7 nci maddesine göre, bir dikey anlaşmanın rekabeti bozucu etkileri, herhangi bir üye devletin topraklarında ya da ayrı bir coğrafi pazarın tüm özelliklerini gösteren bir bölümünde hissedilmesi durumunda, üye devletin yetkili organı grup muafiyetinin sağladığı faydayı geri alabilir<sup>502</sup>. Üye devletlerin geri alma kararı, ulusal hukukça düzenlenen usule tabidir ve sadece ilgili Üye Devletin topraklarında geçerlidir. Geri alma kararında, Topluluk rekabet kurallarının yeknesak uygulanmasını temin için 81 inci madde uygulamalarında Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi tarafından geliştirilen kriterler ve Komisyon'un önceki kararları ve Bildiri'ler göz önünde bulundurulmalıdır. Tek bir üye devletten daha geniş bir coğrafi pazarda rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalarla ilgili olarak grup muafiyetinin sağladığı yararı geri alma konusunda ise Komisyon tek yetkili organdır<sup>503</sup>.

### 13.5. Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün Uygulanmaması

Grup muafiyeti Tüzüğü'nün 8 inci maddesi, benzer dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların, ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsadığı hallerde Komisyon'a, bu paralel ağları bir tüzükle 2790/1999 Sayılı Tüzüğü'nün kapsamının dışına çıkarma yetkisi vermiştir. Komisyon'un çıkaracağı Tüzük,

---

uygulamadır. Nitekim kabinin perakendeciye kullanılmasına ilişkin anlaşmada, söz konusu kabin içerisinde yalnızca kabinin sahibi olan üreticinin ürünlerinin muhafaza edilmesi, rakip üreticilerin ürünlerinin saklanmaması şartı bulunmaktadır. İrlanda paketlenmiş dondurma piyasasındaki soğutucu kabin münhasırlığına ilişkin davada İlk Derece Mahkemesi; satış noktalarının %40'ını bağlayan münhasır soğutucu kabin anlaşmalarını 81(1) inci maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Case T-65/98 Van den Berg Foods v. Commission (2003), p.77.

<sup>501</sup> *Whitbread* kararında Komisyon, Birleşik Krallık'taki barlar ile farklı bira sağlayıcıları arasında akdedilen münhasır satın alma anlaşmalarının oluşturduğu paralel ağlar, Birleşik Krallık bira pazarının %58'ini kapatmasına rağmen, *Whitbread*'in %13'lük piyasa kapama oranı ile söz konusu toplam etkiye hissedilir derecede katkıda bulunmadığı gerekçesi ile *Whitbread*'in anlaşmalarına muafiyet tanımıştır. *Whitbread*, OJ (1999) L 88/26, (1999) CMLR 118, p.177.

<sup>502</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.76.

<sup>503</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.77.

belirli teşebbüslere yönelik olmayıp yine bu Tüzük'te tanımlanan, 2790/1999 Sayılı Tüzüğün uygulanmayacağı anlaşmalarla ilgili olacaktır. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün uygulanamayacağı belirli bir pazardaki sınırlamalar açısından grup muafiyetinin faydaları kaldırılacak ve 81(1), 81(3) üncü maddeler uygulanmaya devam edecektir<sup>504</sup>.

Tüzüğün 8 inci maddesi, benzer dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların pazarın %50'sinden fazlasını kapsamı durumunda, Komisyon'a yeni bir tüzük çıkarma yükümlülüğü yüklememektedir. Yeni bir tüzük kanalıyla muafiyetin uygulanmaması, ilgili pazara girişin ya da pazardaki rekabetin hissedilir derecede sınırlanmış olması durumunda gündeme gelecektir<sup>505</sup>.

8 inci maddeye göre uygulamaya konulan bir Tüzüğün açıkça kapsamı belirtilmelidir. Bu bağlamda Komisyon, ilgili ürün ve coğrafi pazarları ve bu pazarlarda grup muafiyeti Tüzüğü'nün uygulanmayacağı dikey sınırlama türlerini belirleyecektir. Ulaşılmak istenen rekabet düzeyine bağlı olarak, söz konusu dikey kısıtlama türünün kapsamı ayarlanabilecektir. Grup muafiyeti Tüzüğü'nün uygulanamayacağı dikey anlaşmaların, yeni çıkarılan Tüzüğe bağlı olarak değiştirilmesi için tanınan geçiş dönemi altı aydan daha kısa süreli olamayacaktır<sup>506</sup>.

#### **14. Dikey Anlaşmaların Değerlendirilmesi Bakımından Genel Kurallar**

Bildiri'de, gerek 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün kapsamını belirleyen gerekse Tüzüğün kapsamında yer almayan bireysel durumların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak olan bir takım prensipler mevcuttur<sup>507</sup>. Bu genel prensipler dikey anlaşmaların rekabet politikası perspektifinden ekonomik olarak değerlendirilmesinde önemli rol oynar<sup>508</sup>.

<sup>504</sup> Komisyon Bildirimi'nde, 2790/1999 Sayılı Tüzüğün uygulanamayacağı pazarlardaki dikey anlaşmaların değerlendirilmesinde, ATAD ve İlk Derece Mahkemesi tarafından geliştirilen kriterler ve Komisyon'un geçmiş kararlarının esas alınacağı belirtilmiştir. (p.81)

<sup>505</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.83. Yeni bir tüzük kanalıyla muafiyetin uygulanmaması için ortaya konulan söz konusu iki kıstasa, ATAD'ın önceki kararlarında da rastlanmaktadır. Nitekim *Delimitis* kararında ATAD, bira arz anlaşmalarının amacının rekabeti kısıtlamak olmadığı sonucuna ulaşırken takip ettiği iki basamaklı analiz ilk aşamasında, söz konusu dikey anlaşmalar ağının piyasaya erişimi engelleyip engellemediğini incelemiştir. Eğer cevap piyasaya erişimin engellendiği yönünde ise ikinci basamakta, teşebbüsün anlaşmalarının süre ve oran olarak piyasa kapama etkisine hissedilir derecede katkıda bulunup bulunmadığına bakmıştır. Case C-234/89 *Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.19-27.

<sup>506</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.85-86.

<sup>507</sup> Bireysel durumların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak, dikey anlaşma türüne bağlı olmayan söz konusu genel prensipler, **muafiyet sisteminin dikey anlaşma türüne bağlı**

Çoğu dikey kısıtlamada rekabet sorunu yalnızca markalararası rekabetin yetersiz olduğu, yani sağlayıcı ya da alıcı düzeyinde önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu durumda ortaya çıkabilir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir pazarda faaliyet gösteren bir çok teşebbüsün varlığı durumunda, ağır olmayan rekabet kısıtlamalarının hissedilir olumsuz etkileri olmayacaktır<sup>509</sup>.

Markalararası rekabeti azaltan dikey sınırlamalar, genellikle markaiçi rekabeti azaltan dikey sınırlamalardan daha zararlıdır. Ancak markalararası rekabetin yeterli olmadığı durumda, markaiçi rekabeti kısıtlayan “sınırlı dağıtım grubunda”<sup>510</sup> yer alan dikey anlaşmalar önem kazanacaktır<sup>511</sup>.

Genel olarak münhasırlık hükümleri içeren dikey anlaşmaların, münhasır olmayan anlaşmalara göre piyasadaki rekabet düzeyine daha fazla zarar verdiği kabul edilir. Rekabet etmeme ya da miktar zorlama gibi kısıtlamalar içeren dikey anlaşmalar, piyasadaki rakip alıcı ya da sağlayıcıların piyasa dışına itilmesi sonucunu doğurabilir<sup>512</sup>.

Diğer bir ürünün üretilmesinde girdi olarak kullanılan ara mal veya hizmetlerin müşterisinin genellikle tam bilgi sahibi olması ve marka bağımlılığının düşük olması nedeniyle bu mal çeşidine ilişkin dikey kısıtlamalar, marka ve imaj bağımlılığının yüksek düzeyde olduğu nihai mallara ilişkin kısıtlamalardan daha az zararlıdır. Aynı zamanda, profesyonel ara mal kullanıcısı teşebbüslerin ara mal piyasalarındaki gelişmeleri takip edebilmeleri ve araştırma maliyetlerini karşılayabilmeleri de, söz konusu ara malların dağıtımındaki markaiçi rekabeti kısıtlayan hükümlerin önemini kaybetmesine neden olmaktadır<sup>513</sup>.

Komisyon, dikey kısıtlamaları bu genel prensipler doğrultusunda değerlendirirken takip edeceği prosedürü de ortaya koymuştur. Buna göre izlenecek dört aşamalı prosedürün her bir aşaması şu şekildedir:

---

**olarak formal bir yapı benimsediği ve yapılan analizlerin dar kapsamlı olduğu** yönündeki eleştirileri geçersiz kılmıştır. Söz konusu eleştiriler için bkz. s.138-139.

<sup>508</sup> Kimi yazarlar, Komisyon Bildirimi’nde yer verilen söz konusu genel kuralların ve her bir dikey anlaşma kategorisinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak olan prensiplerin, teşebbüslere -herhangi bir ön bildirim ihtiyacı duymaksızın- kendi anlaşmalarını düzenleme imkanı tanıması sebebiyle, dikey anlaşmalara ilişkin rekabet politikasında gerçekleştirilen reformun en önemli kanadını oluşturduğu görüşündedirler. Bkz. BOSCHECK, a.g.m., s.3.

<sup>509</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(1).

<sup>510</sup> Sınırlı dağıtım grubunda yer alan dikey sınırlamalar için bkz. s.49.

<sup>511</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(2-3).

<sup>512</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(4).

<sup>513</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(5). Komisyon bu prensibi, grup muafiyeti kapsamında yer alan bir anlaşmadan, grup muafiyetinin sağladığı faydanın geri alınmasına ilişkin prosedürde de tekrarlamıştır. Buna göre profesyonel kullanıcılara göre daha zayıf bir konumda olan son tüketicilere satışlarda dikey anlaşmanın sebep olduğu olumsuzluklar, ara mal alım satımına göre daha katı olabilmektedir. (p.71)

- Söz konusu dikey anlaşmanın niteliğine bağlı olarak sağlayıcı ya da alıcının pazar payının tespit edilmesi için ilgili pazar belirlenmelidir<sup>514</sup>.
- Söz konusu teşebbüsün ilgili pazar payı %30 eşiğini aşmıyorsa, ağır sınırlamalar ve Tüzük'te düzenlenmiş diğer koşullar saklı kalmak kaydıyla dikey anlaşma Grup Muafiyeti Tüzüğü kapsamında değerlendirilecektir.
- Söz konusu teşebbüsün ilgili pazar payı %30 eşiğini aşmıyorsa, dikey anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamına girip girmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir<sup>515</sup>.
- Söz konusu dikey anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamında yer alması durumunda, 81(3) üncü madde bağlamında muafiyet şartlarını karşılayıp karşılamadığı incelenmelidir<sup>516</sup>.

Komisyon yukarıdaki prosedürün üçüncü basamağında, diğer bir ifade ile %30 pazar payı eşiğinin üstündeki olayları değerlendirirken, dikey anlaşmanın hissedilir derecede rekabeti sınırlayıp sınırlamadığının tespitinde belirli faktörleri göz önünde bulunduracaktır<sup>517</sup>. Bildiride bu faktörlere yönelik olarak kesin kurallara yer verilmemiştir. Nitekim her bir faktör, mevcut olayın yapısına ve diğer faktörlere bağlı olarak farklı değerlendirmeler gerektirebilmektedir<sup>518</sup>. Bu faktörlerin en önemlileri şunlardır:

**a. Sağlayıcının Pazardaki Konumu:** Sağlayıcının pazardaki konumu, öncelikle ilgili ürün ve coğrafi pazardaki pazar payına bağlı olarak tespit edilir. Sağlayıcının pazar payı arttıkça daha büyük bir pazar gücü imkanı doğar. Bunun dışında teknolojik yenilik, marka bağımlılığı, ürün portföyü, patent hakkı gibi rekabetçi avantajlar da sağlayıcının piyasa konumunu kuvvetlendiren unsurlardır<sup>519</sup>.

**b. Rakiplerin Pazardaki Konumu:** Sağlayıcının pazardaki konumunu ortaya koyan bu göstergeler aynı zamandaki piyasadaki rakipler için de kullanılabilir. Rakip teşebbüslerin sayısının fazla olması, markalararası rekabetin azalmasını önlediği gibi<sup>520</sup> büyüklük, maliyet gibi açılardan farklı teşebbüslerin varlığı, bu teşebbüsler arasındaki olası işbirliği riskini de ortadan kaldıracaktır<sup>521</sup>.

<sup>514</sup> İlgili pazarın tespitinde esas alınacak kurallara ilişkin olarak bkz. s.87.

<sup>515</sup> 81(1) inci maddenin kapsamı için bkz. s.53.

<sup>516</sup> 81(3) üncü maddenin şartları için bkz. s.69.

<sup>517</sup> Söz konusu faktörler, Topluluğun dikey anlaşmalara ilişkin yeni yaklaşımının, pazar yapısı ve giriş engellerini esas aldığı göstermektedir. Bkz. BELLAMY/CHILD, a.g.e., s.495.

<sup>518</sup> Bkz. VELTROP, a.g.m., s.551.

<sup>519</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.123.

<sup>520</sup> Whitbread kararında Komisyon, Whitbread'in Birleşik Krallık'taki barlar ile aktettiği münhasır satın alma anlaşmalarına muafiyet tanıırken, bira pazarındaki mevcut markalararası rekabet

**c. Alıcının Pazardaki Durumu:** Alım gücünün önemli bir göstergesi olan, alıcının alım pazarındaki payının yanında geniş bir coğrafi alana yayılmış satış noktaları, alıcı ya da dağıtıcının sahip olduğu kendi markaları, dağıtıcının tüketici gözünde sahip olduğu imaj da alıcının pazardaki konumunun tespitinde önemlidir. Komisyon, alım gücünün piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etki düzeyinin, dikey sınırlama türüne bağlı olarak değiştiğini belirtmiştir. Özellikle münhasır satış anlaşması, münhasır dağıtım, seçici dağıtım gibi sınırlı dağıtım ve pazar belirleme gruplarında yer alan anlaşma türlerinde alım gücünün olumsuz etkileri artmaktadır<sup>522</sup>.

**d. Giriş Engelleri:** Giriş engelleri, piyasadaki mevcut teşebbüslerin fiyatlarını rekabetçi düzeyin üstüne çıkarmak sureti ile piyasaya yeni girişler olmaksızın normal üstü kar elde edebilmeleri ile ölçülürler<sup>523</sup>. Normal üstü karları ortadan kaldıran ya da engelleyen etkin girişlerin bir-iki yıl içerisinde meydana gelmesi mümkün olan hallerde, giriş engellerinin düşük olduğu söylenebilecektir<sup>524</sup>. Ölçek ekonomileri, esaslı unsur, marka bağımlılığı gibi oldukça farklı hususlardan kaynaklanan giriş engellerinin bir sebebi de dikey anlaşmalardır. Hem dikey sınırlamalar hem de dikey anlaşmalar piyasaya girişleri zorlaştırarak potansiyel rekabeti engelleyebilirler. Söz konusu giriş engelleri sağlayıcı, alıcı seviyesinde ya da her iki seviyede birden ortaya çıkabilmektedir<sup>525</sup>.

Komisyon Bildirimi'nde giriş engelleri, batık maliyet yaratıp yaratmadığına bağlı olarak tanımlanmıştır<sup>526</sup>. Batık maliyetler, pazara girmek ya da pazarda aktif kalmak için yapılması zorunlu olan fakat pazardan çıkıldığı zaman değerinin önemli bir kısmını kaybeden yatırımlardır. Batık maliyetlerin varlığı piyasaya girişi daha riskli hale getirdiğinden bu unsuru içeren dikey kısıtlamaların önemi de artmaktadır. Örneğin piyasada faaliyet gösteren dağıtıcıların önemli bir bölümü rekabet etmeme yükümlülüğü ile tek bir sağlayıcıya bağlanmışsa, piyasaya yeni girecek olan potansiyel sağlayıcıların kendi dağıtım ağlarını kurmaları gerekecektir. Bu şekilde potansiyel rakiplere

---

düzeyinin yeterli olduğu argümanını kullanmıştır. Whitbread, OJ (1999) L 88/26, (1999) CMLR 118, p.19.

<sup>521</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.124.

<sup>522</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.125.

<sup>523</sup> Piyasaya giriş engelleri için bkz. YANIK, M., Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Ankara, 2003, s.18-36.

<sup>524</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.126.

<sup>525</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.127. Giriş engelleri için bkz. BORK, 1993, s.310-330.

<sup>526</sup> Benzer bir yaklaşım için bkz. Bkz. FAULL/NIKPAY, a.g.e., s.18.

batık maliyet yükleyen dikey anlaşmaların etkileri de önemli bir düzeye gelecektir<sup>527</sup>.

**e. Pazarın Olgunluğu:** Olgun pazar; kullanılan teknolojinin teşebbüsler tarafından iyi bilindiği, yaygın olarak kullanıldığı ve çok fazla değişim göstermediği, büyük marka yenilemelerinin söz konusu olmadığı, talebin görece sabit ya da azaldığı ve bir süredir var olan pazarlara denilmektedir<sup>528</sup>.

**f. Ticaret Seviyesi:** Ticaret seviyesi, nihai mal ya da hizmetler ile ara mallar arasındaki ayrıma bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Komisyon ara mallara ilişkin dikey anlaşmaların olumsuz etkilerinin, nihai mallara göre daha düşük bir olasılık taşıdığı düşüncesindedir<sup>529</sup>.

**g. Ürünün Niteliği:** Ürünün nitelikleri, dikey anlaşmaların yalnızca olumsuz etkilerinin değil aynı zamanda olumlu etkilerinin de değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Ürünün homojen olup olmadığı, ürünün fiyatının tüketici bütçesinde önemli bir yer işgal edebilecek kadar pahalı olup olmadığı, ürünün bir kere satın alınan bir ürün mü yoksa sürekli satın alınan bir ürün mü olduğu, dikey kısıtlamanın olumsuz etkilerinin tespitinde önemlidir. Bildiri’de heterojen, düşük fiyatlı ve bir kez satın alınan ürün durumunda, dikey anlaşmanın olumsuz etkilerinin ortaya çıkma olasılığının arttığı belirtilmiştir<sup>530</sup>.

Yukarıda açıklanan unsurların yanında diğer bir çok gösterge dikey anlaşmanın değerlendirilmesinde rol oynar. Benzer türden etkiler doğuran dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağlar, anlaşmanın süresi, anlaşmanın tarafları arasındaki güçler dengesi, geçmişteki işbirliği davranışları, fiyat ayrımcılığı gibi faktörler bunlar arasında yer alır<sup>531</sup>.

<sup>527</sup> WALDMAN, D.E, JENSEN E.J., Industrial Organization- Theory and Practice, U.S.A, Addison-Wesley, 1998, s.421-422.

<sup>528</sup> Pazarın yapısına ilişkin değerlendirmeler için bkz. VELTROP, a.g.m., s.551

<sup>529</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.131.

<sup>530</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.132.

<sup>531</sup> Ekonomik açıdan bir dikey anlaşma, yalnızca sağlayıcı ve alıcı arasındaki pazara değil aynı zamanda alıcının alt pazarlarına da etki edecektir. Bununla birlikte Komisyon’un, %30 pazar payı eşliğine sahip Grup Muafiyeti Tüzüğü’ndeki düzenlemelerde yalnızca sağlayıcı ile alıcı arasındaki pazarı dikkate alması, bu sınırın altındaki pazar paylarının alt pazarlara etkisinin oldukça sınırlı olacağı varsayımına dayanmaktadır. %30 pazar payı eşliğinin üstünde yer alan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının bireysel değerlendirmesinde ise bu etkinin incelenmesi gereklidir. Bkz. SCHAUB, a.g.m., s.207.

Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Komisyon, herhangi bir dikey anlaşmanın bireysel değerlendirmesinde yalnızca alıcı ve sağlayıcı arasındaki pazara değil, söz konusu dikey anlaşmanın etki ettiği alt pazarlara da bakacaktır. Alıcı tarafından kendi mal veya hizmetinin üretiminde kullanılan **ara mallara** ilişkin dikey kısıtlamalar, yalnızca sağlayıcı ile alıcı arasındaki ilgili pazarı etkileyecektir. Örneğin alıcıya yüklenen rekabet etmeme şartı, alıcının rakip sağlayıcılar ile çalışmasını engellese de, alıcı satın aldığı malı yeniden satmadığından “mağaza içi rekabete” bir etki söz konusu olmayacaktır. Münhasır satış yükümlülüğünde ise alıcının alt

Komisyon; dikey anlaşmaları değerlendirirken takip edeceği dört aşamalı prosedürün son basamağında, 81(1) inci madde kapsamında yer alan bir dikey anlaşmanın 81(3) üncü madde bağlamında muafiyet şartlarını karşılayıp karşılamadığını incelerken, R.A.'nın 81(3) üncü maddesinde yer verilen, bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için gerekli iki olumlu ve iki olumsuz şartı kullanacaktır<sup>532</sup>. Bunlar;

- dikey anlaşma, üretim veya dağıtımın iyileştirilmesini ya da teknik veya ekonomik gelişmenin artırılmasını sağlamalı,
- dikey anlaşma, bu yararlıardan tüketicinin adil bir pay almasına izin vermeli,
- dikey anlaşma, bu yararların elde edilmesi için zorunlu olanın ötesinde sınırlamaları ilgili teşebbüslere yüklememeli,
- dikey anlaşma, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılması olanağını teşebbüslere vermemelidir.

Komisyon Bildirimi'nde bu dört koşul üzerinde ayrıntılı durulmamış olmakla birlikte, her bir koşula ilişkin belirli tespitlerde bulunulmuştur. "İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmaması" koşuluna diğer üç koşula oranla daha fazla önem atfedilmiştir. Zira bu koşul, özellikle hakim durumda bulunan teşebbüslerin dikey kısıtlamalarının muafiyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu ile yakından ilgilidir. Komisyon, hakim durumda bulunan teşebbüsün veya söz konusu dikey anlaşmanın sonucu olarak hakim duruma gelecek olan teşebbüsün, kural olarak hissedilir derecede rekabeti bozucu etkilere sahip bir dikey anlaşmasının muafiyet alamayacağını belirtmiştir<sup>533</sup>. Genel kural bu olmakla birlikte objektif haklı sebeplerin varlığı

---

pazardaki konumu önem kazanacaktır. Nitekim sağlayıcının Topluluk genelinde belirli bir malı tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına girmesi, alıcının alt pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olması durumunda olumsuz etki doğuracaktır.

**Nihai ürünler** bakımından sağlayıcı ile alıcı arasındaki pazarla sınırlı bir analiz yeterli olmayacaktır. Dikey sınırlamanın yeniden satış pazarında markalararası ve markaiçi rekabeti azaltıcı olumsuz etkileri de değerlendirilmelidir. Toptancı düzeyindeki bir rekabet etmeme yükümlülüğünün, mağaza içi rekabeti azaltma olasılığı düşüktür. Ancak aynı anlaşmanın sağlayıcı ile perakendeci arasında olması durumunda, yeniden dağıtıcı olan perakendeci rakip markaları dağıtamayacağından, mağaza içi markalararası rekabet olmayacaktır (p.96).

<sup>532</sup> 81(3) üncü maddenin şartları için bkz. s.69.

<sup>533</sup> Komisyon'un bu yaklaşımı yalnızca hakim durumdaki teşebbüsün dikey anlaşmalarını değil söz konusu dikey anlaşma sonucunda hakim duruma gelecek olan teşebbüsleri de kapsamaktadır. Nitekim belirli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüsün alıcıları ile akdettiği dikey anlaşma, teşebbüsün hakim duruma gelmesine neden oluyor ve aynı zamanda rekabeti de hissedilir derecede kısıtlıyorsa, muafiyetten yararlanamayacaktır.

Teşebbüsün hakim durumda olması, uygulamaya koyduğu dikey anlaşmaların rekabeti hissedilir derecede kısıtlayacağı anlamına gelmemektedir. Yapılacak değerlendirme neticesinde teşebbüsün

halinde, dikey anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamının dışına çıkartılabileceği ifade edilmiştir. Objektif haklı sebep olarak iki ayrı örnek verilmiştir. Bunlar; ilişkiye özgü yatırımın korunmasının gerekliliği ve esaslı know-how devrinin olmaması durumunda, belirli bir mal veya hizmetin sağlanmasına ya da satın alınmasına ilişkin işlemin gerçekleşmediği durumda söz konusu know-how'ın korunma gereksinimidir<sup>534</sup>.

Bildiri'de alıcı ya da sağlayıcının hakim durumda olmaması durumunda, diğer üç kriterin önem kazanacağı belirtilmiştir. İlk kriter olan dikey anlaşmanın üretim veya dağıtımın iyileştirilmesine ya da teknik veya ekonomik gelişimin artırılmasına katkıda bulunması şartına ilişkin olarak, Bildiri'nin dikey kısıtlamaların pozitif etkilerinin açıklandığı bölümüne atıfta bulunulmuştur. Ancak bu etkinlik kazanımları, iddia olmaktan öte ispat edilmeli ve net pozitif etki doğurmalıdır. Komisyon, bedavacılık probleminden kaçınmaya ilişkin tahmine dayalı iddiaları, maliyet tasarrufuna ilişkin genel ifadeleri, yalnızca pazar gücünün kullanılmasından veya rekabeti bozucu davranıştan kaynaklanan maliyet tasarruflarını kabul etmeyecektir. Muafiyetin ikinci şartı olan; dikey anlaşmanın ortaya çıkaracağı yarardan tüketicinin adil bir pay almasına izin vermesi, ilgili pazardaki rekabetin yoğunluğuna bağlı olacaktır<sup>535</sup>. Rekabetçi baskı normal olarak, maliyet avantajlarının düşük fiyat yoluyla tüketiciye yansımaları ya da teşebbüslerin piyasaya mümkün olduğunca çabuk yeni ürün sürmelerini teşvik eder. Bu açıdan piyasadaki yeterli düzeydeki rekabet, tüketicilerin ekonomik yarardan adil pay almalarını sağlayacaktır. Muafiyetin üçüncü şartı ise, belirli olumlu etkilerin elde edilebilmesi için rekabeti en az kısıtlayan anlaşmanın seçilmesini garanti altına alır<sup>536</sup>.

Tüzük kapsamında yer almayan bireysel durumların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak genel kıstaslar ve dikey kısıtlamaların bu kıstaslar doğrultusunda değerlendirilirken takip edilecek prosedür, bireysel değerlendirmelerde analitik çerçevenin ortaya konulması açısından önemlidir. Nitekim bu analitik yapı; teşebbüslere, ulusal rekabet otoritelerine ve mahkemelere, dikey anlaşmaların değerlendirilmesinde karşılaşılan farklı ekonomik koşulların belirlenmesi ve analiz edilmesinde yön gösterici olacaktır. Aynı zamanda bu sistematik yapı, dikey anlaşmaların

---

dikey kısıtlamalarının piyasadaki rekabeti hissedilir derecede kısıtlayıp kısıtlanmadığı tespit edilmelidir. BISHOP/WALKER, a.g.e., s.169.

<sup>534</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.135. Hakim durumdaki teşebbüsün dikey anlaşmalarının muafiyetten yararlanmasına ilişkin tartışmalar için bkz. BISHOP/RIDYARD, a.g.m., s.36.

<sup>535</sup> Case 26/76 Metro v. Commission (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1, p.48.

<sup>536</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.136.



değerlendirilmesi ile ilgili genel kriterlerin detaylı olarak ortaya konulması yönündeki piyasa aktörlerinin talebine de cevap niteliğindedir<sup>537</sup>.

## 15. Münhasır Dikey Anlaşma Türlerine Yönelik Değerlendirmeler

### 15.1. Tek Marka Anlaşması

Komisyon; Bildiri'nin 138 inci paragrafında, alıcının belirli bir ürün pazarındaki ihtiyaçlarının tamamını yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın almasına sebep olan yükümlülük ve teşvik planlarının oluşturduğu rekabet etmeme yükümlülüklerini "tek marka anlaşması" olarak tanımlamıştır. Tek marka anlaşması, rekabet üzerinde benzer etkiler doğuran "rekabet etmeme yükümlülüğü" ve "miktar zorlama anlaşmaları"ni kapsamaktadır<sup>538</sup>. Grup muafiyetinin sağladığı faydalardan yararlanmanın ön şartı olan %30 pazar payı eşiğini aşmayan teşebbüslerin rekabet etmeme yükümlülükleri, Tüzüğün 5(a) maddesinde yer alan 5 yıllık süreyi aşmaması ve belirsiz süreli olmaması kaydıyla muafiyet kapsamındadır. Komisyon tarafından Bildiri'nin 137-160 ıncı paragrafları arasında ortaya konulan unsurlar ise, pazar payı eşliğinin aşılması ya da rekabet etmeme yükümlülüğünün 5 yıldan daha uzun süreli olması durumunda yapılacak bireysel değerlendirmelerde esas alınacaktır.

Tek marka anlaşmasının piyasadaki rekabet düzeyine etkisinin tespit edilmesinde göz önünde bulundurulacak üç temel etken; **sağlayıcının pazardaki konumu, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ve kapsamıdır**<sup>539</sup>. İlgili ürün piyasasında hakim durumda olmayan teşebbüsün bir yıldan kısa süreli rekabet etmeme yükümlülükleri, piyasadaki rekabet düzeyinde net negatif etki yaratmayacaktır. Hakim durumda olmayan teşebbüsün hayata geçirdiği bir ile beş yıl arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü, piyasadaki rekabet düzeyinde yarattığı olumsuz etkileri dengeleyecek olumlu etkilerin varlığı durumunda makul kabul edilecektir<sup>540</sup>. Beş yıldan uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğü

<sup>537</sup> SCHAUB, a.g.m., s.213.

<sup>538</sup> Tek marka anlaşması, rekabet etmeme yükümlülüğü ve miktar zorlama anlaşmaları için bkz. s.35.

<sup>539</sup> Bkz. VELTROP, a.g.m., s.559. *BP Kemi* davasında Komisyon, rekabet etmeme yükümlülüğünün 81(1) inci maddeyi ihlal edip etmediğini değerlendirirken; anlaşmanın süresi ve ekonomik yapısının, tarafların pazar paylarının, alıcı ve satıcının pazardaki konumunun göz önünde bulundurulmasının gerektiğini belirtmiştir. *BP Kemi/DDSF*, OJ (1979) L 286/32, (1979) 3 CMLR 684, p.59. ATAD ise *Delimitis* kararında, rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının ve süresinin önemine dikkat çekmiştir. Bkz. *Case C-234/89 Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210, p.19.

<sup>540</sup> *Schlegel* kararında 5 yıllık münhasır anlaşmaları, ilgili piyasanın %12'sini kapsıyor olmaları ve aynı zamanda otomobil piyasasındaki uzun dönemli planlama gereksinimi nedeniyle muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir. *Schlegel/CPIO*, OJ (1983) L 351/20, p.15-16.

ise ancak sınırlı sayıda yatırım çeşidi için makul kabul edilecektir<sup>541</sup>. Hakim durumdaki teşebbüs ise objektif olarak haklı gerekçelerin varlığı halinde anlaşmalarında rekabet etmeme yükümlülüğüne yer verebilecektir<sup>542</sup>.

Rekabet etmeme yükümlülüğünü uygulayan sağlayıcıya rakip olan yeterli sayıda aktör olması ve bu aktörlerin yeterli piyasa gücüne sahip olmaları, söz konusu hükmün rekabet üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri azaltacaktır. Piyasadaki rekabetin engellenme ihtimali, benzer durumda bulunan ve tüketici gözünde benzer ürünler üreten aktörlerin bulunduğu piyasalarda oldukça düşüktür. Diğer taraftan, aynı türden dikey anlaşmaların toplu etkisinin piyasa kapama etkisi doğurması, piyasada önde gelen teşebbüslerin önemli sayıda alıcı ile rekabet etmeme yükümlülüğü imzalaması durumunda ortaya çıkabilecektir. Ancak münhasır anlaşma ile bağladığı pazar payı %5'den daha düşük olan teşebbüslerin söz konusu toplu etkiye önemli oranda katkıda bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>543</sup>.

Tek marka anlaşmalarının piyasadaki mevcut ve potansiyel rekabet üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmasında etkili olan diğer unsurlar, **ticaretin seviyesi** ve **giriş engelleridir**<sup>544</sup>. Rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlı olan teşebbüsler ara mal alıcıları ise, rekabetin engellenmesi nihai mallara göre daha düşük bir olasılıktır. Hakim durumda olmayan ara mal sağlayıcısının uyguladığı rekabet etmeme yükümlülüğüne rağmen alıcılar, alternatif sağlayıcılar ile iş yapma imkanına sahip olacaktır. %50 pazar payının altındaki toplu etki durumunda da benzer bir durum söz konusudur. Ancak hakim durumdaki teşebbüsün, alıcıların ihtiyacının tamamını ya da önemli bir bölümünü yalnızca kendisinden sağlamasına neden olan tek marka anlaşmaları, pazardaki markalararası rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacaktır<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> Komisyon; dökme gaz tedarikine ilişkin anlaşmaların sürelerini 5 yıldan 3 yıla indirirken, tonaj sözleşmesi olarak bilinen ve sağlayıcının müşteri tesisine büyük yatırımlar yapmak zorunda olduğu sözleşmeler için 15 yıla kadar izin vermiştir. European Commission, XIX th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1989, p.62.

<sup>542</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.141.

<sup>543</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.142.

<sup>544</sup> Komisyon giriş engelleri konusunda; rekabet etmeme yükümlülüğünün piyasadaki bağlı olmayan alıcı sayısını azaltmasına rağmen, yeni alıcılar yaratmanın ya da alternatif alıcılar bulmanın kolay olması durumunda, rekabetin kısıtlanmasının gerçek bir problem olarak karşımıza çıkmayacağını düşünmektedir. Ancak özellikle dağıtım konusunda, dağıtıcıların satış noktasında birden fazla markayı satmasının zor olması durumunda ortaya çıkabilecek rekabet kısıtlarının, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin sınırlandırılması ile çözülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.144, p.151.

<sup>545</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.146. Komisyon, 2790/1999 Sayılı Tüzük öncesindeki uygulamalarında da hakim durumdaki teşebbüsün münhasır anlaşmalarının yarattığı piyasa kapama etkisini azaltmak için söz konusu anlaşmalara müdahale etmiştir. Bu bağlamda İtalya'da tüberküloz ilacının hammaddesi olarak kullanılan aminobutanol pazarında

Nihai mallar da ise durum, toptan ve perakende ticaret seviyesine bağılı olarak değişmektedir. Toptancılık şekline ve toptan piyasasına giriş engellerine bağılı olarak tek marka anlaşmalarının etkileri farklılaşmaktadır. Rakip üreticiler, ürünlerini dağıtacak bağımsız toptancıları kolaylıkla bulabiliyorlarsa ve aynı zamanda bu toptancıların yalnızca rakip ürünleri satması bir etkinsizlik yaratarak giriş engeli oluşturmuyorsa rekabet sorunu ortaya çıkmayacaktır. Nihai mallar için rekabetin kısıtlanması, perakende seviyesinde daha olası görünmektedir. Her şeyden önce rakip üreticilerin kendi perakendecilerini kurmaları oldukça güç olduğundan, perakende piyasasına önemli giriş engelleri vardır. Aynı zamanda üreticinin perakende seviyesindeki rekabet etmeme yükümlülüğü, mağazaiçi markalararası rekabeti de ortadan kaldıracaktır<sup>546</sup>. Bu sebeple üreticinin, pazarın %30'undan fazlasını kendine bağlaması önemli rekabet kaygılarını da beraberinde getirecektir. Hakim durumdaki teşebbüsün pazarın çok da fazla olmayan bir kısmını kendine bağlaması dahi önemli rekabeti bozucu etkilere sahip olabilecektir<sup>547</sup>.

Komisyon, perakende seviyesindeki toplu etkiyi ayrı olarak düzenlemiştir. Buna göre tek marka anlaşması imzalayan tüm üreticilerin pazar payı %30'un altında ve toplam bağılı piyasa oranı %40'dan az ise rekabetin engellenme ve grup muafiyetinin geri alınma ihtimali düşüktür. Pazarın şartlarına bağılı olarak bu oranın yükselmesi mümkündür. Her bir teşebbüsün pazar payı %30'un altında değilse, pazardaki rekabetin engellenmemesi için bağılı pazar payının %30'un üstünde olmaması gerekmektedir<sup>548</sup>.

Tek marka anlaşmalarının değerlendirmesinde karşı güç de önemlidir. Güçlü alıcıların var olduğu bir piyasada; üretici ya da sağlayıcının, alıcıların rakip teşebbüsler ile iş yapma imkanlarını kısıtlama ihtimali daha düşüktür. Aynı zamanda, dağınık nihai tüketiciler üzerinde etkili olan tek marka anlaşmalarının

---

birlikte hakim durumda bulunan iki teşebbüsün müşterileri ile imzaladığı 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmalarının süreleri iki yıla indirilmiştir. European Commission XVI th Report on Competition Policy (1986), p.76.

<sup>546</sup> *Spices* kararında Komisyon'un; baharat üreticisi bir teşebbüsün üç büyük süpermarket ile imzaladığı ve rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmalarına ilişkin muafiyeti reddetmesinin nedenlerinden biri de, rakip üreticilerin küçük perakendecileri kullanmak zorunda kalması ve büyük süpermarketlerin ürünün pazarlanması ve piyasa payının artırılması açısından vazgeçilemez olduğudur. *Liebig Spices*, OJ (1978) L 53/20, (1978) 2 CMLR 116, p.21.

<sup>547</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.147-148.

<sup>548</sup> Komisyon ara mallarda, toplu etkinin piyasadaki rekabeti önemli ölçüde olumsuz etkilemesi için %50 bağılı pazar oranını esas almasına rağmen perakende seviyesindeki nihai mallar için bu oranı, teşebbüslerin pazar payına bağılı olarak %40 ya da %30 olarak tespit etmiştir. Bu; nihai mal tüketicisinin, ara mal tüketicisi gibi profesyonel tüketici olmaması, bilgi düzeyinin düşük olması ve alternatif ürünleri karşılaştırma imkanının sınırlı olması gibi nedenlere dayanmaktadır. Aynı zamanda yukarıda bahsedildiği üzere, perakende seviyesindeki tek marka anlaşmalarının mağazaiçi markalararası rekabeti engellemesi ve rakip üreticilerin kendi perakende sistemini kurmalarının zor olması da bu durumda bir etkidir.

rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin daha ağır olması beklenen bir sonuçtur. Piyasada faaliyet gösteren başlıca alıcıların anlaşma ile bağlanması da benzer etki doğuracaktır<sup>549</sup>.

Komisyon, rekabeti hissedilir derecede bozucu etki doğurduğunu tespit ettiği tek marka anlaşmalarının, 81(3) üncü madde bağlamında bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirirken göz önünde bulunduracağı etkinlik argümanlarına da değinmiştir. Buna göre, teşebbüsün rakiplerinin promosyon yatırımlarından faydalanmasının engellenmesi, müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınması, sağlayıcı ya da alıcıya devredilen know-how'ın korunması ve alıcı ya da sağlayıcı tarafından anlaşmanın diğer tarafına verilen kredinin garanti altına alınmasına yönelik tek marka anlaşmalarının etkinlik doğuracağı kabul edilecektir<sup>550</sup>. Ancak bunlardan; sağlayıcı ya da alıcıya devredilen know-how'ın korunması hariç diğer üç sorunun çözümünde, miktar zorlama anlaşması gibi rekabeti daha az sınırlayıcı anlaşma türleri de alternatif olarak kullanılabilir yöntemler olarak gösterilmiştir. Sağlayıcı ya da alıcıya devredilen know-how'ın korunması hedefine ulaşmanın tek yolu rekabet etmeme yükümlülüğü olabilecektir. Bu durumda anlaşma süresince bir rekabet etmeme yükümlülüğü makul kabul edilecektir.

İlişkiye özgü yatırımın korunması amacıyla, yatırımın amortismanı süresince bir rekabet etmeme ya da miktar zorlama anlaşması 81(3) üncü maddenin şartlarını karşılayacaktır. Beş yıldan uzun süreli rekabet etmeme şartının makul kabul edilebilmesi için ilişkiye özgü olarak yapılan yatırımın yüksek olması gerekmektedir. Genel ya da piyasaya özgü kapasite yatırımları, ilişkiye özgü yatırım değildir. Bununla birlikte; spesifik olarak belirli bir alıcının faaliyetleri ile bağlantılı yeni yatırım yapılması durumunda, yapılan yatırım diğer bir müşteri ile iş yapılması durumunda ekonomik olarak işletilemeyecekse ilişkiye özgü yatırım kabul edilebilecektir<sup>551</sup>.

Tek marka anlaşmasının; sağlayıcı tarafından alıcıya kredi ya da ilişkiye özgü olmayan ekipman verilmesi nedeniyle yapılmış olması, tek başına anlaşmaya muafiyet verilmesi için yeterli değildir. Komisyon tarafından söz konusu etkinlik argümanına dayalı anlaşmanın muafiyet alabilmesi için her şeyden önce sermaye piyasalarının etkisizliği nedeniyle, sağlayıcının kredi vermesi daha etkin olmalıdır. Aynı zamanda alıcının, rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren dikey anlaşmayı fesih edebilme şansı ve aynı zamanda kredinin geri kalanını istediği zaman ve herhangi bir cezai şarta maruz kalmaksızın ödeme imkanı olmalıdır. Bu şart gereğince, kredinin geri ödemeleri

<sup>549</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.145.

<sup>550</sup> Söz konusu etkinlik argümanları için bkz. s.19.

<sup>551</sup> JOSKOW, a.g.m., s.95-117.

eşit veya azalan miktarlarda olmalı ya da alıcı, sağlayıcı tarafından verilen ekipmanları piyasa değerinden satın alabilmelidir<sup>552</sup>.

Komisyon bu dört etkinlik argümanının dışında son bir durumdan daha bahsetmiştir. Buna göre; hakim durumda olmayan bir teşebbüsün dağıtıcıları ile münhasır dağıtım anlaşması imzalaması, bu anlaşma süresince tek marka anlaşmasını makul kılacaktır. Nitekim bu durumda, rekabet etmeme yükümlülüğünün tekelden dağıtıcıların dağıtım çabalarını iyileştirme olasılığı yüksektir<sup>553</sup>.

### 15.2. Münhasır Dağıtım Anlaşması

Münhasır dağıtım anlaşması, sağlayıcının ürünlerin yeniden satışı amacıyla belirli bir bölgede tek bir dağıtıcı atadığı anlaşma türüdür. Sağlayıcı, genellikle bu anlaşma ile diğer dağıtıcılarının ilgili bölgeye yapacağı aktif satışları da kısıtlamaktadır. Bu anlaşma, markaiçi rekabeti önemli ölçüde azaltırken aynı zamanda kendi bölgesinde önemli bir güce sahip olan dağıtıcının fiyat ayrımcılığı yapabilmesine de olanak tanımaktadır<sup>554</sup>. Bir diğer problem de münhasır dağıtım anlaşmasının, piyasada faaliyet gösteren sağlayıcıların çoğunluğu tarafından uygulanması durumunda işbirliği riskine yol açmasıdır<sup>555</sup>.

%30 pazar payı eşiğinin üstündeki teşebbüslerin münhasır dağıtım anlaşmalarının değerlendirilmesinde temel kısıtlar; **ticaret seviyesi, sağlayıcı ve rakiplerin pazardaki konumu, alım gücü ve pazarın olgunluğudur**.

Münhasır dağıtıcının faaliyet gösterdiği ticaret seviyesi, tek marka anlaşmasında olduğu gibi söz konusu dikey anlaşmanın rekabet düzeyine etkilerinin ortaya konulmasında da önemlidir. Nihai mal tüketicisinin profesyonel tüketici olmaması, bilgi düzeyinin düşük olması ve alternatif ürünleri karşılaştırma imkanının sınırlı olması nedeniyle perakende seviyesindeki münhasır dağıtım sistemi, markaiçi rekabeti daha fazla kısıtlayacaktır. Toptancı seviyesindeki münhasır dağıtım sisteminin markaiçi rekabeti kısıtlayıcı etkileri ise etkinlik artışları ile dengelenebilecek niteliktedir. Hakim durumda olmayan bir sağlayıcı tarafından tüm üye devletler için tek bir münhasır toptancı tayin edilmiş olsa dahi, bu toptancı altındaki perakendecilere herhangi bir kısıtlama olmaksızın satış yapabiliyorsa, rekabetin hissedilir derecede kısıtlanma olasılığı düşük olacaktır. Toptancı seviyesindeki münhasır dağıtım anlaşması özellikle, birden fazla sağlayıcının aynı toptancıyı kendi markasının münhasır dağıtıcısı olarak ataması durumunda önem kazanmaktadır.

<sup>552</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.156.

<sup>553</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.158.

<sup>554</sup> Fiyat ayrımcılığı için bkz. s.112.

<sup>555</sup> İşbirliği riski için bkz. s.77.

Nitekim bu durumda markalararası rekabetin azalma olasılığı perakende seviyesine kıyasla daha yüksek olacaktır<sup>556</sup>.

Tek marka anlaşması ile münhasır dağıtım anlaşmasının bir arada uygulanması, dağıtıcının satış çabalarını belirli bir markaya yönlendirmesi sonucunu doğurduğundan rekabeti artırıcı bir uygulamadır. Ancak münhasır bölgelerin yoğunlaşmasına bağlı olarak münhasır dağıtıcıların sayısının artması, rakip sağlayıcıların ürünlerini dağıtmak için etkin dağıtıcı bulma imkanlarını azaltabileceğinden, markalararası rekabeti azaltabilecektir. Piyasadaki çok sayıda sağlayıcının, münhasır dağıtıcılarını tek marka anlaşması ile bağlaması da piyasaya yeni girecek rakip teşebbüsler için benzer bir sorun yaratabilecektir.

Münhasır dağıtım anlaşmalarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak ikinci unsur **sağlayıcı ve rakiplerin pazardaki konumudur**.

Münhasır dağıtım anlaşması ile markaiçi rekabetin azalması özellikle piyasadaki markalararası rekabetin yetersiz olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Bu açıdan, %30 pazar payının üstündeki teşebbüslerin münhasır dağıtım anlaşmalarının markaiçi rekabet düzeyinde yaratacağı azalmanın muafiyetten yararlanabilmesi için gerçek bir etkinlik artışının ortaya çıkması gerekmektedir. Bu etkinlik artışı özellikle dağıtıcı tarafından yapılan yatırımların korunması ve marka imajı yaratılması durumunda gündeme gelmektedir. Yeni, karmaşık, tüketicinin kaliteyi ancak satın aldıktan sonra test edebildiği ya da satın aldıktan sonra dahi kalitenin değerlendirilmesinin zor olduğu ürünlerde, münhasır dağıtım anlaşmaları tarafından marka imajı yaratılması önemlidir. Diğer durumda ise aynı bölgeye diğer bir dağıtıcı atanması, ilk dağıtıcının markayı tutundurmak, satışı artırmak için yaptığı yatırımları karşılayamaması riskini ortaya çıkarabilecektir<sup>557</sup>.

Münhasır dağıtım anlaşmasını uygulayan sağlayıcının karşısında güçlü rakiplerin varlığı, piyasadaki markalararası rekabetin yeterli olduğunun önemli bir göstergesidir. Diğer taraftan pazar payı, kapasite gibi yönlerden birbirine benzer güçte olan teşebbüslerin oluşturduğu pazar yapılarında işbirliği riski yüksektir. Piyasadaki sağlayıcılardan çoğunun benzer türden münhasır dağıtım anlaşması imzalaması da bu riski artıran bir unsurdur. Birden fazla sağlayıcının belirli bir bölge için tek bir dağıtıcıyı kendi markalarının münhasır dağıtıcısı olarak kabul etmeleri durumunda, bu markaların arasındaki rekabetin önemli ölçüde sınırlanması muhtemeldir. Böyle bir durumda teşebbüslerin pazar payları, grup muafiyeti Tüzüğü'nün tespit ettiği %30 pazar payı eşiğinin altında olsa dahi, grup muafiyetinin faydalarının geri alınması söz konusu olabilecektir<sup>558</sup>.

<sup>556</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.169-170.

<sup>557</sup> Söz konusu etkinlik argümanları için bkz. s.19.

<sup>558</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.164.

Münhasır dağıtım anlaşmasının, sağlayıcının faaliyet gösterdiği pazarı rakip sağlayıcılara kapatması durumu ancak tek marka anlaşması ile birlikte uygulanması halinde ortaya çıkabilecektir. Tek başına münhasır dağıtım anlaşması bu etkiyi doğuramaz. Münhasır dağıtım anlaşmasının, münhasır dağıtıcıların faaliyette buldukları alt pazarı rekabete kapatması ise özellikle oldukça geniş bir bölgede alım veya pazar gücüne sahip olan ya da birden fazla markanın münhasır dağıtıcısı olan teşebbüsün varlığı durumunda ortaya çıkabilecektir.

Diğer iki kriterden biri olan **alım gücü**; birbirlerinden farklı bölgelerde faaliyet gösteren alıcıların, bir ya da birden fazla sağlayıcıyla münhasır dağıtım anlaşması imzalaması sonucunda ortaya çıkan alıcılar arası işbirliği riskini değerlendirmede önemlidir. Son kriter olan **pazarın olgunluğu** ise, markaiçi rekabet düzeyindeki azalmanın hangi pazar türlerinde ciddi problemler doğurabileceğinin tespitinde kullanılmaktadır. Buna göre, markaiçi rekabeti azaltan münhasır dağıtım anlaşmaları, olgunlaşmış pazarlarda ciddi sakıncalar doğurabilme potansiyeline sahip olmasına rağmen, teknolojik gelişmelerin egemen olduğu dinamik pazarlarda bu risk daha düşük olacaktır<sup>559</sup>.

### 15.3. Münhasır Müşteri Tahsisi Anlaşması

Münhasır müşteri tahsisi anlaşması; sağlayıcının, münhasır dağıtım anlaşmasından farklı olarak belirli bir bölge için değil, belirli bir müşteri grubuna yönelik olarak münhasıran dağıtımda bulunması için tek bir dağıtıcı atadığı anlaşma şeklidir. Sağlayıcı genellikle bu anlaşma ile diğer dağıtıcıların, münhasıran tahsis edilmiş müşteri gruplarına yapacakları aktif satışları da kısıtlamaktadır. Münhasır müşteri tahsisi anlaşması, bu özellikleri nedeniyle piyasada markaiçi rekabeti kısıtlayıcı etki doğurduğu gibi, kendi müşteri grubunda önemli bir güce sahip olan dağıtıcının fiyat ayrımcılığı yapabilmesine de olanak tanımaktadır. Münhasır müşteri tahsisi anlaşmasının piyasada faaliyet gösteren sağlayıcıların çoğunluğu tarafından uygulanması durumunda işbirliği riski de doğabilecektir.

Komisyon, münhasır dağıtım anlaşmalarına yönelik olarak ortaya koyduğu prensiplerin, münhasır müşteri tahsisi anlaşmalarına ilişkin değerlendirmelerde de geçerli olacağını kabul etmiştir. Ancak münhasır dağıtım anlaşmalarından farklı olarak iki konu üzerinde durulmuştur. Bunlardan ilki, münhasır müşteri tahsisi anlaşmasının, münhasır dağıtım anlaşmasına göre **markaiçi rekabeti** daha fazla kısıtlayıcı etki doğurabileceğidir. Müşteri gruplarına yönelik münhasır dağıtıcı atanması ve bu münhasır müşteri gruplarına yapılacak aktif satışların kısıtlanması esasına dayanan münhasır müşteri tahsisi anlaşması, doğası gereği tüketicilerin söz konusu markaya ilişkin satın alma

<sup>559</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.168.

opsiyonlarını sınırlandırmaktadır. Ancak sisteme dahil olmayan atanmamış dağıtıcıların, münhasır dağıtıcılardan mal alarak bunun ticaretini yapmaları, markaiçi rekabetteki kısıtlamanın olumsuz etkilerini azaltacaktır. Ancak atanmamış dağıtıcıların, söz konusu münhasır müşteri gruplarından herhangi birinde yer almamaları durumunda, mal tedarik etmeleri mümkün olmayacaktır. Bu da atanmamış dağıtıcıların piyasada dışında kalmalarına neden olacaktır. Bu açıdan, %30 pazar payı eşiğinin üstündeki teşebbüslerin münhasır müşteri tahsisi anlaşmalarının, açık ve esaslı bir etkinlik doğurmadığı müddetçe muafiyetten yararlanması mümkün görülmemiştir<sup>560</sup>.

İkinci durum ise, münhasır müşteri tahsisi anlaşmalarının uygulandığı **ürün türü ve ticaret seviyesine** ilişkindir. Bu anlaşma yapısı, genellikle ara malların ve farklı özel ihtiyaçları var olan müşteri gruplarının ayrılabilirdiği durumda, nihai malların toptancı seviyesindeki ticaretinde kullanılmaktadır. Profesyonel ara mal kullanıcılarının ihtiyaçlarının farklılaşması daha muhtemeldir. Bu sebeple münhasır müşteri tahsisi anlaşması; dağıtıcıların, kendi müşteri gruplarının ihtiyaçlarını karşılayabilmek için özel yatırım yapmaları durumunda, söz konusu yatırımın amortismanı süresince etkinlik yaratacaktır. Genellikle bu etkinlik; yeni, karmaşık ürünler söz konusu olduğunda ve bu ürünlerin her birinin kullanıcının ihtiyaçlarına göre uyarlanması gerektiğinde daha güçlü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihai tüketicilerin belirli gruplar halinde tahsis edildiği münhasır müşteri tahsisi anlaşmalarında ise bu türden bir etkinliğin ortaya çıkması olası olmadığından, bireysel muafiyetten yararlanması da mümkün görülmemiştir<sup>561</sup>.

#### 15.4. Münhasır Satış Anlaşması

Münhasır satış anlaşması, sağlayıcının anlaşmada belirlenen mal veya hizmetleri belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla Topluluk içinde sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına girdiği anlaşma türüdür. Münhasır satış anlaşması, hem tedarik anlaşması hem de dağıtım anlaşması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Sağlayıcının yalnızca, tüm Topluluk için atanan tek bir dağıtıcıya mal vermek zorunda olduğu münhasır satış anlaşması türü, dağıtım anlaşması niteliği taşımaktadır. İkinci grup münhasır satış anlaşmaları ise, yeniden dağıtım amaçlı değil endüstriyel kullanıma yönelik olan ara malların söz konusu olduğu anlaşmalardır. Bu grup anlaşmalarda da sağlayıcı, ara malı Topluluk içinde tek bir alıcıya satar. Ancak ilkinden farklı olarak bu grupta alıcı taraf, söz konusu ara malı kendi tüketiminde kullandığından dağıtım değil tedarik ilişkisi gündeme gelecektir.

<sup>560</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.180.

<sup>561</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.182.



%30 eşiğinin üstünde pazar payına sahip olan alıcıların münhasır satış anlaşmalarının değerlendirilmesinde en temel kıstas, **alıcının alım ve satım pazarlarında sahip olduğu pazar paylarıdır**. Nitekim alıcının, üst piyasa olan alım piyasasında sahip olduğu pazar payı arttıkça, rakip alıcıların piyasaya girme olanakları da sınırlanacaktır. Alıcının faaliyet gösterdiği alt pazarda sahip olduğu pazar gücü de rekabetçi problemlerin ortaya çıkıp çıkmayacağını tespitinde önemlidir. Alıcı, alt satış pazarında önemli bir pazar gücüne sahip değilse, tüketiciler açısından hissedilir derecede olumsuz etkilerin ortaya çıkması beklenmez. Alıcının, anlaşma konusu mal ya da hizmetleri satın aldığı üst pazardaki pazar payı %30 eşiğinin altında olsa dahi, söz konusu alıcının faaliyet gösterdiği satım alt pazarındaki payının %30'un üzerinde olması, grup muafiyetinin faydalarının geri alınmasını gerektirebilecektir<sup>562</sup>.

Değerlendirmede etkili olan bir diğer unsur **münhasır satış yükümlülüğünün kapsamı ve süresidir**. Sağlayıcı üzerine yüklenen bu yükümlülüğün süresi ve kapsamı arttıkça, üst alım piyasasındaki rekabetin kısıtlanması da artacaktır. Hakim durumda olmayan alıcının beş yıldan kısa süreli münhasır satış anlaşması, rekabeti artırıcı yönlerinin varlığı durumunda makul kabul edilirken; beş yıldan uzun süreli münhasır satış anlaşmalarının çoğu yatırım türü için gerekli etkinlik artışlarını sağlayamayacağı varsayılmıştır<sup>563</sup>.

Değerlendirmede alım üst piyasasında faaliyet gösteren **rakip alıcıların konumu** da önemlidir. Benzer alım gücüne sahip teşebbüslerin varlığı durumunda, alım piyasasındaki mevcut aktörler arasındaki rekabetin kısıtlanması söz konusu olmayacaktır. Ancak çok sayıda alıcının, sağlayıcıların büyük bir kısmı ile münhasır satış anlaşması imzalaması durumunda, piyasaya girmek isteyen potansiyel alıcıların mal arzını garantiye alamayacak olmaları, potansiyel rekabeti engelleyecektir. Bu durumda münhasır satış anlaşmalarının söz konusu toplu etkisi nedeniyle grup muafiyetinin faydalarının geri alınması gündeme gelebilecektir. Sağlayıcıların faaliyet gösterdiği piyasadaki giriş engelleri de alım piyasasındaki potansiyel rekabeti şekillendirecektir. Rakip alıcı, dikey entegrasyon yolu ile ihtiyacı olan mal veya hizmetleri kendisi temin edebiliyorsa, potansiyel alıcıların alım piyasasına girmelerinin önünde önemli bir engel olmayacaktır. Diğer taraftan alıcı, güçlü konumdaki sağlayıcıların kendisinin rakibi olan alternatif alıcılar ile iş yapmasını kolaylıkla engelleyemez. Ancak güçlü konumdaki sağlayıcının, münhasır satış anlaşması ile birlikte rekabet etmeme yükümlülüğünü bir arada uygulaması durumunda; sağlayıcı Topluluk genelinde yalnızca tek bir alıcıya satış yaparken, alıcı da ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan tedarik edebilecektir. Bu durumda her iki pazarda da rekabetin kısıtlanması söz konusu olabilecektir. Hakim durumda olmayan

<sup>562</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.204.

<sup>563</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.205.

sağlayıcı ve alıcı arasında imzalanan rekabet etmeme yükümlülüğü ve münhasır satış anlaşması neticesinde ortaya çıkan karşılıklı münhasırlığa ancak her iki tarafında ilişkiye özgü yatırım yapması durumunda muafiyet tanınacaktır<sup>564</sup>.

Hakim durumda olmayan alıcının münhasır satış anlaşması; müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınması ya da sağlayıcıya devredilen know-how'un korunmasına yönelik olarak uygulanması durumunda kabul edilebilir bir etkinlik doğuracaktır. Bu anlaşma türüne gerekçe olarak öne sürülen diğer etkinlik varsayımlarının gerçekleşme olasılığı azdır<sup>565</sup>.

### 15.5. Bağlama Anlaşmaları

Bağlama anlaşmaları, sağlayıcının bir ürünün satışını, bu üründen farklı diğer bir ürünün, sağlayıcının kendisinden ya da onun tarafından gösterilen diğer bir teşebbüsten satın alınması şartına bağladığı anlaşmalardır. Bu anlaşma türünde birinci ürüne "bağlayan ürün", ikinci ürüne ise "bağlanan ürün" denilmektedir.

Hangi ürünün farklı ürün olduğunu ortaya koyan ilk unsur alıcının talebidir. Alıcı perspektifinden bağlama anlaşmasının olmaması durumunda, ürünler iki ayrı piyasadan satın alınacaksa ürünler farklı kabul edilecektir. Diğer taraftan ürünün doğası ya da teknik zorunluluklar da iki ürünün birlikte satılmasını gerektirebilmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, bağlama anlaşmalarının rekabet ihlali olup olmadığının belirleyicisi, ürünlerin niteliği ve ticari kullanımlarıdır<sup>566</sup>.

Bağlama anlaşmalarının en temel olumsuz etkisi, bağlanan ürün piyasasındaki rekabeti kısıtlamasıdır. Bağlayan ürün ile birlikte bağlanan ürünü de satın almak zorunda kalan alıcı, tek marka anlaşması ya da en azından miktar zorlama anlaşmasının ortaya çıkardığı etkinin benzeri bir durum ile karşı karşıya kalacaktır. Bir diğer olumsuz sonuç, sağlayıcının aşırı kar elde etmesidir. Alıcı açısından bağlayan ve bağlanan ürünlerin ikamesinin zor olması, bağlayan ürünün kullanımına göre fiyat farklılaştırmasının mümkün olması, uzun süreli anlaşma imzalanması ya da satış sonrası orjinal parça pazarında uzun süreli tedarik ilişkisi durumlarında sağlayıcı, bağlama anlaşmaları kanalı ile aşırı kar elde edebilecektir<sup>567</sup>.

<sup>564</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.206-208.

<sup>565</sup> *Danish Fur Traders* davasında kürk üreticileri, %75 piyasa payına sahip bir kooperatifle, ürettikleri kürkleri satmak üzere uzun süreli münhasır satış anlaşması imzalamışlardır. İlk Derece Mahkemesi, münhasır satış anlaşmalarının makul bir sebebinin olmaması nedeniyle Komisyon'un ihlal kararını kabul etmiştir. Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening & Ors v. Commission (1992) ECR II-1931, p.99.

<sup>566</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.216.

<sup>567</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.217.

Bağlama anlaşmaları, sağlayıcının bağlayan ve bağlanan ürün pazarlarının her ikisinde birden sahip olduğu ayrı ayrı pazar paylarının %30'un altında olması durumunda 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün kapsamında yer alabilecektir. Bu oranın ötesinde pazar payına sahip olan teşebbüslerin bağlama anlaşmalarının değerlendirilmesinde ilk göz önünde bulundurulacak husus, **sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki konumudur**<sup>568</sup>. Bağlayan ürün pazarında faaliyet gösteren **yeterli sayıda ve güçte rakibin varlığı**, alıcıların bağlayan ürünü satın alabilecekleri alternatif sağlayıcı sayısını artırdığından, ilgili pazardaki rekabetin kısıtlanmasını engelleyecektir. Diğer taraftan bağlayan ürün pazarındaki **giriş engelleri** ve bağlama anlaşması ile rekabet etmeme yükümlülüğünün bir arada uygulanması, sağlayıcının pazardaki gücünü pekiştiren unsurlardır<sup>569</sup>.

Ancak sağlayıcı, güçlü konumdaki alıcıların bağlanan ürünü kendisinin rakibi olan alternatif sağlayıcılardan satın almasını kolaylıkla engelleyemez. Bu yönüyle **alım gücü**, bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin düzeyini tespit eden bir unsurdur.

Bağlama anlaşmaları; bağlayan ve bağlanan ürünlerin birlikte üretilmesi ya da dağıtılmasından, bağlanan ürünün sağlayıcı tarafından üretilmediği durumlarda da büyük ölçekli satın almalarından dolayı etkinlik artışları meydana getirecektir<sup>570</sup>. Ancak bu anlaşma türünün muafiyetten yararlanabilmesi için söz konusu maliyet avantajlarını tüketiciye yansıtması gerekmektedir. Bir diğer etkinlik artışı ise kalite standardizasyonudur<sup>571</sup>. Ancak bu durumda da sağlayıcının, ortaya çıkacağını iddia ettiği pozitif etkilerin, bağlama anlaşması olmaksızın alıcı ya da satıcı üzerine getirilen minimum kalite standartını karşılama yükümlülüğü ile elde edilemeyeceğini göstermesi gerekmektedir. Sağlayıcının minimum kalite standartını ortaya koymasının mümkün olmaması gibi durumlarda, alıcının bağlanan ürünü satın alabileceği yerleri tespit etmesi, 81(1) inci madde kapsamı dışında değerlendirilebilecektir.

**Sağlayıcının bağlanan ürün pazarındaki payı**, bu pazardaki rekabetin yoğunluğunu da ortaya koymaktadır. Bağlanan ürün pazarında %30'un üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüsün bağlama anlaşmaları, ancak kısmen dahi olsa tüketiciye transfer edilen bir etkinlik artışı durumunda muafiyetten yararlanabilecektir. Sağlayıcının pazar payı %30 eşiğinin altında olsa dahi, söz

<sup>568</sup> Komisyon bağlama anlaşmalarının rekabeti hissedilir derecede kısıtlayıp kısıtlamadığının tespitinde, tek marka anlaşmalarının değerlendirilmesinde benimsediği analizi esas almıştır. Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.223.

<sup>569</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.219-220.

<sup>570</sup> Bkz. BORK, 1993, s.375-381.

<sup>571</sup> Bağlama anlaşmalarının ortaya çıkardığı etkinlik kazanımları için bkz. BLAIR, R.D., KASERMAN, D.L., "Vertical Integration, Tying and Antitrust Policy", American Economic Review 68, June 1978, s.397-402.

konusu etkinlik artışının tüketicie yansıtılmaması durumunda, grup muafiyetinin faydalarının geri alınması gündeme gelecektir<sup>572</sup>.

---

<sup>572</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.223-224.

**Üçüncü Bölüm**  
**2002/2 SAYILI DİKEY ANLAŞMALARLA İLİŞKİN**  
**GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ**

**1. Genel Olarak**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinde, Rekabet Kurulu'na, belirli koşulları sağlayan anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve söz konusu koşulları belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi verilmiştir. Nitekim, Rekabet Kurulu da faaliyete geçtiği dönemde çıkarmış olduğu 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>1</sup>, 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>2</sup> ve 1998/7 Sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>3</sup> ile söz konusu Tebliğler'de öngörülen şartları sağlayan dikey anlaşmaları Kanun'un 4 üncü maddesinin uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur<sup>4</sup>.

Bu bölümde, münhasır dikey anlaşma türlerinden olan münhasır dağıtım ve münhasır satın alma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti Tebliğleri genel hatlarıyla incelendikten sonra esas olarak; AT'nda uygulanan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile benimsenen yeni anlayışın geçerli olduğu, Rekabet Kurulu'nun 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>5</sup> (2002/2 Sayılı Tebliğ) değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede Rekabet Kurulu'nun 2002/2 Sayılı Tebliği, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile karşılaştırılarak incelenecek ve özellikle söz konusu iki düzenlemenin ekonomik gerekçeleri ve etkileri üzerinde durulacaktır.

**2. 1997/3 ve 1997/4 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliğleri**

Söz konusu grup muafiyeti Tebliğleri bir taraftan oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerirken, diğer taraftan dikey anlaşma kategorilerinden yalnızca bir kısmını kapsama almıştır. Bu sebeple ticari hayatta ortaya çıkan pek çok anlaşma türü (seçici dağıtım anlaşması gibi), 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında rekabeti kısıtlıyorsa, grup muafiyetinden faydalanmaksızın bireysel muafiyete ilişkin bildirim yükümlülüğü altına sokulmuştur.

---

<sup>1</sup> RG, 4.9.1997 t., 23100 S.

<sup>2</sup> RG, 9.9.1997 t., 23105 S.

<sup>3</sup> RG, 16.12.1998 t., 23555 S.

<sup>4</sup> Grup muafiyetinden yararlanan anlaşmaların bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bkz. 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.9; 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.9.

<sup>5</sup> RG, 14.07.2002 t., 24815 S.

Diğer taraftan, hem 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği hem de 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin, hizmetleri kapsam dışında bırakarak yalnızca **malları** konu almaları ve aynı zamanda tüm mal ticaretini değil de yalnızca **yeniden satıma yönelik mallara** muafiyet imkanı tanımaları, söz konusu Tebliğ'lerin kapsamını daha da daraltmıştır. Aynı zamanda Tebliğ'lerin **iki teşebbüs arasında** yapılan anlaşmaları grup muafiyeti kapsamına alıp, ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakması da grup muafiyeti sisteminin uygulama alanını daraltmıştır<sup>6</sup>. Kapsamı daraltan bir diğer unsur ise rakip teşebbüsler arasında yapılan karşılıklı ya da tek taraflı dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamamasıdır<sup>7</sup>.

Her iki Tebliğ'in 8 inci maddesinde, söz konusu teşebbüsün, grup muafiyetinin faydalarından yararlanan dikey anlaşma kanalıyla hakim durumunu kötüye kullanması durumunda, Tebliğ tarafından tanınan muafiyetin, Kanun'un 6 ncı maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

Tebliğler'de, Topluluk uygulamasına paralel olarak, “grup muafiyetinden yararlanan sınırlamalar” ve “grup muafiyetinden yararlanmayı engelleyen sınırlamalar” ayrı ayrı düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

Tebliğler'in bir diğer ortak noktası ise muafiyetin geri alınmasıdır. Her iki Tebliğ'inde 6 ncı maddesi; ilgili Tebliğ ile muafiyet sağlanmış bir anlaşmanın, 4054 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenmiş olan muafiyet koşulları ile bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun Rekabet Kurulu tarafında tespit edilmesi durumunda, söz konusu anlaşmaya tanınan muafiyetin faydalarının geri alınabileceğini belirtmiştir. Genel kural bu olmakla birlikte, 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğler, özellikle muafiyetin geri alınacağı durumları ayrı ayrı düzenlemişlerdir.

Son olarak her iki Tebliğ'de, bir anlaşmanın kapsamda yer alabilmesi için gerekli şartları sağlaması kaydıyla, teşebbüsler arasındaki “uyumlu eylemlere” de söz konusu Tebliğ'in uygulanacağını belirtmiştir<sup>9</sup>.

Rekabet Kurulu 2002 yılında, söz konusu üç grup muafiyetini yürürlükten kaldırarak bunların yerine geçecek olan ve kapsam itibarıyla pek çok dikey anlaşma türünü kapsayan “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup

---

<sup>6</sup> Bkz. 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.2; 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.2.

<sup>7</sup> Her iki Tebliğ'in 4(a) ve 4(b) bentlerinde bu durum düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Bkz. 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.3, md.4; 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.3, md.4.

<sup>9</sup> Bkz. 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.7; 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.7.

Muafiyeti Tebliği”ni çıkarmıştır. 2003 yılında ise söz konusu Tebliğ’in uygulanmasında Rekabet Kurulu tarafından göz önünde bulundurulacak hususları açıkça belirtmek ve böylece Tebliğ’in teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu”nu<sup>10</sup> (Uygulama Kılavuzu) çıkarmıştır. 2002/2 Sayılı Tebliğ, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile kıyaslandığında bazı açılardan farklılıklar gösterse de temel unsurları bakımından söz konusu Tüzük ile paralel bir anlayışı benimsediği görülmektedir. Bu sebeple, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği değerlendirilirken, Avrupa Topluluğu’nda yürürlükte bulunan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile karşılaştırılarak benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulması, söz konusu Tebliğ’in anlaşılmasında yararlı olabilecektir.

### 3. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

#### 3.1. Kapsam

Tebliğ’in “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinde dikey anlaşmalar “*üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı, veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanım, Tebliğ’in kapsamını belirlemeye yönelik bir tanımdır. Nitekim genel olarak kabul edilen dikey anlaşma tanımı, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar şeklindedir. Bu açıdan dikey anlaşmanın asıl belirleyici unsuru, anlaşmanın taraflarının üretim veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteriyor olmalarıdır<sup>11</sup>. Tebliğ’deki dikey anlaşma tanımı ise bu genel tanımı daraltarak, “*mal veya hizmet alım, satım veya yeniden satımı*”na ilişkin anlaşmaları kapsama almıştır<sup>12</sup>.

Tebliğ’deki dikey anlaşma tanımında üç farklı husus ön plana çıkmaktadır<sup>13</sup>. Bunlar;

- i) **Anlaşmaya İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Taraf Olması:** Önceki grup muafiyeti Tebliğleri’nden farklı olarak, 2002/2 Sayılı Tebliğ’den sadece iki teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmalar değil ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmalar da yararlanabilecektir.

<sup>10</sup> RG, 09.08.2003 t., 25194 S.

<sup>11</sup> Dikey anlaşma tanımı için bkz. s.7.

<sup>12</sup> Bkz. TAYLOR, a.g.e., s.23.

<sup>13</sup> Uygulama Kılavuzu, p.3.

- ii) **Anlaşmaya Taraf Olan Teşebbüslerin Üretim veya Dağıtımın Farklı Seviyelerinde Faaliyet Göstermesi:** Örneğin üretim yapan sağlayıcı teşebbüs ile toptancı arasında imzalanan dağıtım anlaşması bu bağlamda iki teşebbüsün taraf olduğu bir dikey anlaşmadır. Ayrıca, sağlayıcı ile satın aldığı ürünü ara mal olarak kullanan alıcı arasında akdedilen tedarik anlaşması da Tebliğ tarafından dikey anlaşma olarak tanımlanmıştır. Anlaşmaya taraf olarak ikiden fazla teşebbüsün katılması durumunda, her bir teşebbüs üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermelidir (üretici, toptancı, perakendeci gibi). Ancak, taraflardan birinin diğer taraf ile aynı seviyede faaliyet göstermesi durumunda söz konusu anlaşma, Tebliğ'in öngördüğü dikey anlaşma tanımına uygunluk göstermez.
- iii) **Anlaşmanın Belirli Mal veya Hizmetlerin Alımı, Satımı veya Yeniden Satımı Amacıyla Yapılması:** Tebliğ'deki dikey anlaşma tanımı, yalnızca dağıtım anlaşmalarını değil aynı zamanda tedarik (ara malı alımına ilişkin) anlaşmalarını da kapsama almaktadır. Bu sebeple Tebliğ'in uygulanabilmesi için, alıcının malları sağlayıcıdan hangi amaçla aldığı önemli değildir. Dolayısıyla alıcının, anlaşma konusu malları, yeniden satış amacıyla alması ya da üçüncü kişilere kiralamak veya başka bir ürünün üretiminde ya da montajında kullanmak üzere almış olması, 2002/2 Sayılı Tebliğ'in uygulama alanını etkilememektedir. Diğer taraftan 2002/2 Sayılı Tebliğ'in kapsamına giren dikey anlaşmalar mallara ilişkin olabileceği gibi hizmetlere ilişkin de olabilecektir.

Tebliğ'in kapsamında yer alma bakımından dikey anlaşma türleri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu açıdan münhasır satın alma, münhasır dağıtım, tek marka, franchising, seçici dağıtım gibi dikey anlaşma türlerinin tamamı, genel kural olarak kapsamda değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nde olduğu gibi 2002/2 Sayılı Tebliğ'in kapsamı da dikey anlaşma türlerinin şekli niteliklerine bağlı olarak çizilmemiştir<sup>14</sup>. Bu yönüyle Tebliğ'in sağladığı grup muafiyeti şemsiyesinin koruma alanı oldukça genişlemiştir.

---

<sup>14</sup> Dikey anlaşma türlerinin şekilsel özelliklere bağlı olarak değil de piyasada yaratacakları etki düzeyine bağlı olarak değerlendirilmesi, ekonomik yaklaşımın bir yansımasıdır.



### 3.1.1. Pazar Payı Eşiği

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 3 üncü maddesine göre, anlaşma ya da uyumlu eylemin muafiyet hükümlerine tabi olması için sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerin satışına ilişkin pazardaki pazar payının %30'u aşmaması gerekmektedir<sup>15</sup>. %30'un üstünde bir pazar payına sahip teşebbüsün uygulamaya koyduğu dikey kısıtlamaların, pazar gücüne bağlı olarak rekabet düzeyinde yarattığı olumsuz etki otomatik olarak muafiyet kapsamında değerlendirilmemiştir.

2002/2 Sayılı Tebliğ'i söz konusu Komisyon Tüzüğü'nden ayıran en büyük fark, pazar payı eşiğinin bulunmamasıdır. Bu yönüyle yürürlükte olan Tebliğ'e göre, herhangi bir dikey anlaşmanın Tebliğ tarafından sağlanan grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilmesi için, ilgili anlaşmanın tarafları olan sağlayıcı ve alıcının pazar paylarının büyüklüğü önemli değildir. Kapsamda yer alan bir dikey anlaşma türü, Tebliğ'in 4 üncü maddesinde ifade edilen "Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamaları" içermediği sürece, tarafların pazar payı ne olursa olsun grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu açıdan hakim durumdaki teşebbüslerin dikey anlaşmalarının da 4054 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesi bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasının önünde bir engel yoktur<sup>16</sup>.

2002/2 Sayılı Tebliğ'in bünyesinde pazar payı eşiğini bulundurmaması, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün ekonomik mantığı ile çelişmektedir. Nitekim Tüzüğü'nün, dikey anlaşmaları ekonomik yönden değerlendirirken esas aldığı yaklaşım; dikey kısıtlamaya bağlı rekabet sorunlarının, markalararası rekabetin yetersiz olduğu yani sağlayıcı ya da alıcı düzeyinde belirli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu durumda ortaya çıkabileceği yönündedir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir pazarda faaliyet gösteren bir çok teşebbüsün varlığı durumunda, ağır olmayan rekabet kısıtlamalarının hissedilir olumsuz etkileri olmayacağı kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Dikey anlaşmaların kapsamda yer alıp almadığının değerlendirilmesinde genel kural, sağlayıcının anlaşma konusu mal ya da hizmetlerin satımına ilişkin pazardaki pazar payının %30'u geçmemesidir. Ancak münhasır satış anlaşması durumunda, "alıcının" anlaşma konusu mal ya da hizmetleri satın aldığı pazardaki pazar payı dikkate alınır. Münhasır satış anlaşması için bkz. s.43.

<sup>16</sup> Bununla birlikte, anlaşmaya taraf olan teşebbüsün hakim durumda olmasına, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin sürecin işletildiği kimi Kurul kararlarında vurgu yapılmaktadır. Bkz. Efes Pazarlama – Bimpaş Bira A.Ş., 15.7.2004 t. 04-47/610-147 S, s.27; Frito Lay A.Ş., 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S., s.56.

<sup>17</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(1). Bu yönüyle Tüzük, ağır sınırlamalar hariç diğer dikey anlaşma hükümlerinin piyasaya etkilerini temel alan ekonomik bir yaklaşım benimsemiştir. Ağır sınırlamaların varlığı halinde ise bu sınırlamaların ekonomik etkisinin analiz edilmesine gerek duyulmamıştır. Diğer bir ifade ile Komisyon, genel bir prensip olarak dikey kısıtlamaların değerlendirilmesinde her bir kısıtlamanın piyasadaki etkilerinin

Dikey anlaşmaların ekonomik değerlendirilmesinde belirleyici olan unsur ise piyasadaki “markalararası rekabet düzeyi”dir. Genel olarak, markalararası rekabeti azaltan dikey sınırlamaların, markaiçi rekabeti azaltan dikey sınırlamalardan daha zararlı olduğu kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Ancak markalararası rekabetin yeterli olmadığı durumda, markaiçi rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalar önem kazanacaktır<sup>19</sup>. Bu yönüyle pazarda önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüsün varlığı, markalararası rekabetin kısıtlı olduğunun önemli bir göstergesidir. Böyle bir piyasa yapısında, markaiçi rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalar ekonomik açıdan daha sıkı hükümlere tabi tutulacaktır. Nitekim Komisyon Bildirimi’nde; dikey kısıtlamaların 81 inci madde kapsamında değerlendirilmesinde, markalararası rekabetin yetersiz olduğu hallerde, belirli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerle sınırlı kalınacağı ifade edilmiştir<sup>20</sup>.

Bir teşebbüsün hakim durumda bulunduğu pazar yapısında ise söz konusu hakim teşebbüsün dikey anlaşmaları daha da büyük önem taşıyacaktır<sup>21</sup>. Nitekim hakim konumun söz konusu olduğu pazar yapısında, yoğunlaşma oranı oldukça yüksek olduğu gibi markalararası rekabet düzeyinin düşük olma ihtimali de yüksektir<sup>22</sup>. Bu açıdan Komisyon, hakim durumda bulunan teşebbüsün veya ilgili dikey anlaşmanın sonucu olarak hakim duruma gelecek olan teşebbüsün<sup>23</sup> kural olarak hissedilir derecede rekabeti bozucu etkilere sahip bir dikey anlaşmasının, bireysel muafiyet alamayacağını belirtmiştir. Genel kural bu olmakla birlikte objektif haklı sebeplerin varlığı halinde, dikey anlaşmanın 81(1) inci madde kapsamının dışına çıkartılabileceği belirtilmiştir<sup>24</sup>.

Komisyon Bildirimi’nde ortaya konan bu yaklaşım; önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüsler ile hakim durumda bulunan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının, %30 pazar payı eşiğinin altında bulunan teşebbüslerin

---

ekonomik analizini esas alırken, belirli kısıtlamaların amaçsal olarak rekabeti kısıtladığı ve bu sebeple etkilerinin incelenmesinin gerekli olmadığı görüşünü benimsemiştir.

<sup>18</sup> BISHOP/WALKER, a.g.e., s.169.

<sup>19</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.119(2-3).

<sup>20</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.102.

<sup>21</sup> Bkz. Efes Pazarlama – Bimpaş Bira A.Ş., 15.7.2004 t. 04-47/610-147 S., s.27.

<sup>22</sup> Subiotto ve Amato, Topluluktaki dikey anlaşmalara ilişkin yeni politikanın en önemli unsurlarından bir tanesinin, hakim durumdaki teşebbüsün dikey anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanamaması olduğu görüşünü savunmuşlardır. SUBIOTTO/AMATO, a.g.m., s.193.

<sup>23</sup> *Yemek Sepeti-2* kararında, hakim durumda olmamasına rağmen Yemek Sepeti firmasından muafiyet geri alınırken, ilgili dikey anlaşmalar ağır neticesinde teşebbüsün hakim duruma gelebilecek olduğu argümanı kullanılmıştır. *Yemek Sepeti-2*, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S, s.16.

<sup>24</sup> Objektif haklı sebep olarak iki ayrı örnek verilmiştir. Bunlar; ilişkiye özgü yatırımın korunmasının gerekliliği ve esaslı know-how devrinin olmaması durumunda belirli mal veya hizmetin sağlanmasına ya da satın alınmasına ilişkin işlemin gerçekleşmediği durumda, söz konusu know-how’ın korunma gereksinimidir. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.135

dikey anlaşmalarına kıyasla daha katı bir yaklaşıma tabi tutulduğunun sinyallerini vermektedir<sup>25</sup>. Zira Bildiri’de, %30 pazar payının üstündeki teşebbüslerin uygulamaya koyduğu her bir dikey anlaşma türünün bireysel değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak esaslar ayrıca ortaya konulmuştur<sup>26</sup>. Bunlar genel olarak; sağlayıcı ve rakiplerin konumu, alım gücü, ürünün niteliği, pazarın yapısı ve giriş engelleri, dikey kısıtlamanın kapsam ve süresi, benzer türden dikey kısıtlamaların oluşturduğu paralel ağlar ve ticaret seviyesidir. Tüm dikey anlaşma türlerinin değerlendirilmesinde ortak olan en önemli unsur ise, sağlayıcının ve rakiplerinin pazardaki konumudur<sup>27</sup>. Pazarda önemli bir güce sahip olan sağlayıcının dikey anlaşmalarının piyasadaki rekabeti olumsuz etkileme potansiyeli oldukça yüksektir<sup>28</sup>. Diğer taraftan, pazarda güçlü bir konumda olmayan sağlayıcının dikey kısıtlamalarının rekabet düzeyinde yaratacağı olumsuz etkiler de sınırlı olacaktır. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü bu açıdan değerlendirildiğinde görülmektedir ki; herhangi bir dikey anlaşmanın piyasadaki rekabet düzeyine etkilerinin tespitinde göz önünde bulundurulacak temel unsur, sağlayıcının sahip olduğu pazar gücüdür. Belirli bir seviyenin üzerinde pazar gücüne sahip olan sağlayıcının dikey anlaşmaları, diğer unsurlar da dikkate alınarak analiz edilmelidir. Yapılan analiz çerçevesinde ortaya konulan, dikey anlaşmanın piyasadaki rekabet düzeyine olumsuz etkileri ile etkinlik kazanımları karşılaştırılarak sonuca ulaşılmalıdır. Bu açıdan belirli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmaları, 2002/2 Sayılı Tebliğ’in ortaya koyduğu esasların ötesinde daha geniş kapsamlı, çok yönlü ve ayrıntılı analize tabi tutulmalıdır.

2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nin bünyesinde pazar payı eşiği bulundurmaması, yukarıda bahsedilen türden bir ekonomik yaklaşımın

---

<sup>25</sup> Bir kısım Rekabet Kurulu kararlarında da; hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti kısıtlayan anlaşmalarına sınır getirilirken, aynı piyasada faaliyet gösteren küçük ölçekli teşebbüslerin benzer nitelikteki anlaşmalarına izin verildiği görülmektedir. Örneğin *Karboğaz* kararında, karbondioksit pazarında hakim durumda bulunan Karboğaz A.Ş.’nin tesis münhasırlığına ilişkin sözleşmelerine düzenleme getirilirken, aynı piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüsler açısından söz konusu düzenlemeye gerek olmadığına karar verilmiştir. Karboğaz A.Ş., 23.8.2002 t. 02-49/634-257 S., s.57.

<sup>26</sup> Bildiri’de yer verilen, bireysel değerlendirmede göz önünde bulundurulacak esaslar için bkz. s.162.

<sup>27</sup> Münhasır satış anlaşmalarının değerlendirmesinde en temel kıstas ise, %30 eşiğinin üstünde pazar payına sahip olan “alıcının” alım ve satım pazarlarında sahip olduğu pazar payıdır.

<sup>28</sup> Söz konusu durum, hakim durumdaki teşebbüsün tüm dikey anlaşmaları için geçerli değildir. *Turkcell* kararında; GSM hizmetleri piyasasında %70 pazar payı ile hakim durumda bulunan Turkcell’in, GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışmak veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmek suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle kampanya yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellemesi ihlal olarak kabul edilirken, yalnızca hat aktivasyonu yapan bayileri Turkcell’in kendine bağlaması ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Turkcell A.Ş., 20.7.2001 t. 01-35/347-95 S., s.5.

benimsenmediğinin önemli bir göstergesidir. Nitekim teşebbüs ister %1 pazar payına sahip olsun isterse pazarın tamamına sahip olsun, Tebliğ'deki şartları sağladığı sürece grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilecektir. Bu noktada üzerinde durulması gereken; grup muafiyetinin geri alınmasıdır. Tebliğ'in 6 ncı maddesinde, Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın 4054 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde Rekabet Kurulu'nun, nihai karar öncesinde tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini alarak, bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabileceği belirtilmiştir. Bu açıdan her ne kadar 2002/2 Sayılı Tebliğ'in grup muafiyeti sistemi, bu noktada ekonomik bir yaklaşım sergilemese de, söz konusu grup muafiyetinin geri alınmasında bu türden bir yaklaşım benimsenmesi mümkündür<sup>29</sup>. Ancak grup muafiyetinin geri alınması aşamasında benimsenen ekonomik yaklaşım, kendisinden beklenen faydayı bütünü ile doğurmayacaktır. Nitekim grup muafiyetinin geri alınması için her şeyden önce anlaşmanın, Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen muafiyet koşullarıyla bağdaşmaz etkilerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen muafiyet koşulları:

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şeklindedir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde; örneğin hakim durumda olmamasına rağmen pazarda önemli bir güce sahip olan teşebbüsün yapmış olduğu dikey anlaşma, 4054 Sayılı Kanun'un 5 (c) bendiyle bağdaşmaz şekilde ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması durumunda grup muafiyeti geri alınabilecektir<sup>30</sup>. Ancak ilgili dikey anlaşma, Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen koşullar ile bağdaşmaz etkileri saptanana kadar grup muafiyetinin faydalarından yararlanmaya devam edecektir. Bu durum söz konusu dikey

<sup>29</sup> Uygulama Kılavuzu'nun 42 nci paragrafındaki "*Muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır*" ifadesi oldukça genel bir ifade olmakla beraber, 2002/2 Sayılı Tebliğ tarafından pazar payı eşğine bağlı olmaksızın tanınan grup muafiyetinin geri alınmasında ekonomik yaklaşımın benimseneceğinin göstergesi olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin geri alındığı kararlarda, çok yönlü ve geniş kapsamlı analizlerin yapıldığı görülmektedir. Bkz. Benkar A.Ş. 15.8.2003 t. 03-57/671-304 S.; Yemek Sepeti-2, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S.; Frito Lay A.Ş., 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S.

<sup>30</sup> Bkz. Yemek Sepeti-2, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S.

anlaşmanın, grup muafiyetinden yararlandığı dönemde, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmasına imkan tanıyacaktır. Dolayısıyla hakim durumda olmayan teşebbüs, Rekabet Kurulu tarafından, muafiyet koşullarını taşımadığı tespit edilene kadar, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti engelleyebilecek ve grup muafiyetinden yararlandığı için 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine bir aykırılık da söz konusu olmayacaktır<sup>31</sup>.

Yukarıdaki örnekte teşebbüsün hakim durumda olmadığı varsayımı kabul edilmiştir. Nitekim 2002/2 Sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyet yalnızca 4 üncü maddeyle sınırlıdır. Bunun dışında hakim durumda bulunan teşebbüsün, bu Tebliğ bağlamında 4 üncü maddeden muaf tutulmuş bir dikey sınırlama ile 4054 Sayılı Kanun'un 6 ncı maddesini ihlal etme olasılığı da mevcuttur<sup>32</sup>. Bu açıdan; hakim durumda olduğu kabul edilen bir teşebbüsün grup muafiyeti kapsamındaki dikey anlaşması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırırsa, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinden muaf olsa da aynı kanunun 6 ncı maddesi bağlamında hakim durumun kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir<sup>33</sup>.

Bu açıdan 2002/2 Sayılı Tebliğ'in pazar payı eşiği getirmeyerek kapsamını geniş tutması, Rekabet Kurumu'na yapılacak bireysel muafiyet bildirimini sayısını azaltsa da<sup>34</sup>, Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen koşullar

---

<sup>31</sup> Söz konusu problem, Rekabet Kurulu'nun sektörleri rekabetçi açıdan değerlendirmesi, potansiyel olarak sorunlu piyasalara bir şikayet olmaksızın önceden müdahale etmesi ile ortadan kaldırılabilir. Örneğin *Yemek Sepeti-2* kararında, oldukça yeni bir pazar olan "online paket servisi hizmetleri" pazarında faaliyet gösteren Yemek Sepeti firmasından muafiyetin geri alınması, münhasır anlaşmaların ağ etkileri ile birlikte sonraki dönemlerde ortaya çıkarabileceği olumsuz rekabetçi sonuçların önüne geçebilecek niteliktedir. *Yemek Sepeti-2*, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S., s.12-16.

<sup>32</sup> 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, md.8.

<sup>33</sup> Uygulama Kılavuzu, p.46. Uygulama Kılavuzu'nun hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında yapılan açıklama; grup muafiyeti kapsamına giren bir dikey anlaşmanın hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespitinde, ilgili pazarın ve dikey anlaşmanın niteliğinin göz önünde bulundurulacağı şeklindedir. Bu yönüyle Kılavuz'daki açıklama, hakim durumdaki teşebbüslere yol gösterici olmaktan uzaktır. Bununla birlikte hakim durumdaki teşebbüsün yararlandığı grup muafiyetinin geri alındığı Kurul kararlarında yer alan tespitler ve değerlendirmeler, teşebbüslere belirlilik sağlayacaktır. Bu bağlamda örneğin *Frito Lay* kararında, paketlenmiş çips pazarında hakim durumda bulunan *Frito Lay A.Ş.*'ye yönelik olarak yapılan değerlendirmeler oldukça geniş kapsamlı ve ayrıntılıdır. Bkz. *Frito Lay A.Ş.*, 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S., s.60-62.

<sup>34</sup> 4054 Sayılı Kanun'un 10 uncu maddesi teşebbüslere, 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi mükellefiyetini yüklemektedir. Hali hazırda pazar payı eşiğine bağlı olmaksızın pek çok dikey anlaşma türünü kapsamına alan 2002/2 Sayılı Tebliğ, Kanun'da yer alan bildirim mükellefiyetinin ortaya çıkaracağı iş yükünü büyük ölçüde azaltmaktadır. Tebliğ'in sağladığı grup muafiyeti şemsiyesinin koruma alanının daralması sonucunu doğuracak türden uygulamalar, bildirim mükellefiyeti ile birlikte, Rekabet Kurulu'na yapılacak muafiyet bildirimini sayısını önemli ölçüde artıracaktır. Bu bakımdan Kurul'un dikey

ile bağdaşmaz etkileri saptanan dikey anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması sürecinde benzer bir iş yükünü ortaya çıkarabilecektir.

### 3.1.2. Fikri-Sınai Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar

Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımını konu alan dikey anlaşmada, aynı zamanda fikri ve sınai hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümlerin bulunması, kural olarak söz konusu dikey anlaşmayı Tebliğ kapsamından çıkararak bir husus değildir. Ancak bu türden dikey anlaşmaların grup muafiyetinden faydalanabilmesi için Tebliğ'in 2(2) maddesinde yer verilen bir takım koşulları karşılaması gerekmektedir<sup>35</sup>. Bunlar:

- Fikri-sınai haklara ilişkin hükümler, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmalıdır: Sağlayıcının yeniden dağıtıcıya yüklediği, anlaşma konusu ürünlerin satımı işleminde sağlayıcıya ait markanın kullanılması şartı, anlaşmanın konusu olan ürünlerin yeniden satışıyla doğrudan ilgili bir yükümlülüktür ve bu açıdan anlaşmanın esas amacını oluşturmamak kaydıyla Tebliğ'in kapsamında kabul edilecektir.
- Anlaşmanın esas amacı, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı olmalı; alıcıya devredilen fikri-sınai haklar ise, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımına hizmet etmelidir: Bir fikri-sınai hakkın, belirli malların üretiminin yapılması için devrine ya da lisans verilmesine ilişkin anlaşmalar Tebliğ'in kapsamında değildir. Nitekim fikri haklara ilişkin hükümler içeren bir anlaşmanın Tebliğ kapsamında yer alabilmesi için, anlaşmanın esas amacı; mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı olmalı ve fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili anlaşma hükümleri ise yalnızca dikey anlaşmanın bu amacının gerçekleştirilmesine yardımcı olacak bir nitelik taşımalıdır<sup>36</sup>. Dolayısıyla, eğer anlaşmanın esas amacı fikri hakkın devri veya kullandırılması ise, söz konusu bu anlaşma Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamayacaktır.
- Fikri-sınai hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımı söz konusu olmalıdır. Fikri-sınai haklara ilişkin hükümler içeren dikey anlaşmanın 2002/2 Sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilmesi için, fikri-sınai hak devrinin sağlayıcıya değil de mal ya da hizmet

---

anlaşma politikasında hayata geçireceği olası sistem değişikliklerinde, yalnızca grup muafiyeti Tebliği'nin değil Kanun'un ilgili maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

<sup>35</sup> Uygulama Kılavuzu, p.4.

<sup>36</sup> Bkz. Camtaş Düzcüm, 27.02.2003 t. 2002-1-87 S., s.6.

alıcısına gerçekleşmesi gerekmektedir. Tebliğ'in 3(b) maddesi hükümlerine göre sağlayıcı, "anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmeti alıcıya satan teşebbüs", alıcı ise "bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüs"tür.

- Fikri-sınai hakların devri ve kullanımına ilişkin hükümlerin, Tebliğ'de muaf tutulmayan dikey sınırlamalarla aynı amaç veya etkiye sahip rekabet sınırlamaları içermemelidir. Bu koşul; Tebliğ tarafından grup muafiyetinin faydalarından yararlanması uygun görülmemiş olan rekabet sınırlamalarının ortaya çıkaracağı sonuçların, anlaşmada yer alan fikri-sınai hakların devri ya da kullanımıyla ilgili hükümler yoluyla ulaşılmasını engellemeye yöneliktir<sup>37</sup>.

### 3.1.3. Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmalar

Tebliğ'in 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, tek bir istisna dışında, grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. "Rakip Teşebbüs" kavramının Tebliğ tarafından benimsenmiş anlamı ise Tebliğ'in 3(c) hükmünde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Rakip teşebbüsler: Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılardır. Ürün pazarı, anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar.*" Tanımda birbirlerine rakip olabilecek teşebbüsler; üretici, toptancı ya da perakendeci şeklinde belirtilmeyerek genel bir ifade ile "sağlayıcı" olarak nitelendirilmiştir. Bu sağlayıcı, ticaret düzeyine bağlı olarak, üretici olabileceği gibi toptancı ya da perakendeci de olabilecektir. Bu yönüyle Tebliğ genel kural olarak yalnızca rakip üreticiler arasındaki anlaşmaları değil aynı seviyedeki rakip dağıtıcılar arasındaki anlaşmaları da kapsam dışında bırakmıştır<sup>38</sup>.

Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaları, yatay koordinasyon riskinin varlığı nedeniyle kapsam dışında tutan bu hükümde dikkati çeken önemli bir husus, rakip teşebbüs tanımı yapılırken, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'ne paralel olarak, coğrafi pazarın dikkate alınmamış olmasıdır. Rakip teşebbüs tanımında esas olan; teşebbüslerin, aynı coğrafi pazarda faaliyette bulunup bulunmadıkları değil, anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetlerin ya da bunları ikame edebilecek nitelikte olan mal veya

---

<sup>37</sup> WHISH, a.g.e., s.577.

<sup>38</sup> WHISH, a.g.e., s.577.

hizmetlerin meydana getirdiği ürün pazarında faaliyette bulunmaları ya da faaliyette bulunma potansiyeline sahip olmalarıdır<sup>39</sup>.

Tebliğ'in, rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaları kapsam dışı bıraktığı hükmünün istisnası ise, **sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil sadece dağıtıcısı olduğu** anlaşmalardır. Bu istisna ile Tebliğ, üretici konumundaki teşebbüslerin bir yandan bağımsız alıcılar kanalıyla ürünlerini dağıtırken, bir taraftan kendi dağıtım ağlarını kurmalarına olanak tanımıştır. Nitekim böyle bir durumda, söz konusu dikey anlaşmanın yatay seviyede koordinasyon doğurma ihtimali oldukça düşüktür. Anlaşmanın taraflarının üretim seviyesinde birbirlerine rakip olmamaları bu ihtimali azaltan unsurdur.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 2(4) maddesinde de, rakipler arasında yapılan dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakan hükmün istisnalarına yer verilmiştir. Ancak bu Tüzük'te, Türkiye uygulamasından farklı olarak iki istisnaya daha yer verilmiştir<sup>40</sup>. Tüzük'te benimsenen her üç istisnanın da ortak yönü, rakip teşebbüslerin karşılıklı olmayan dikey anlaşmalarına ilişkin olmasıdır. Komisyon Bildirimi'nde karşılıklı olmamak; A üreticisinin, anlaşmanın diğer tarafı olan B üreticisinin mallarının dağıtıcısı iken, B üreticisinin A üreticisinin mallarının dağıtıcısı olmaması örneği ile açıklanmıştır<sup>41</sup>. Bu noktada dikkati çeken önemli bir husus, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nde ifade edilen "dikey anlaşmanın karşılıklı olmaması" şartının Tebliğ'de yer bulmamış olmasıdır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bkz. Deniz Bank-Türkiye Garanti Bankası A.Ş., 22.7.2004 t. 04-48/639-158 S., s.5.

<sup>40</sup> Söz konusu istisnalar için bkz. s.145.

<sup>41</sup> Bkz. Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, p.26.

<sup>42</sup> 2002/2 Sayılı Tebliğ'in, 2790/1999 Sayılı Tüzük'te ifade edilen üç istisnadan yalnızca birini kabul etmiş olması, "dikey anlaşmaların karşılıklı olmaması" şartını işlevsiz kılmaktadır. Nitekim Tebliğ'in kabul ettiği tek istisna olan "**sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil sadece dağıtıcısı**" olma koşulunu sağlayan bir anlaşmanın aynı zamanda karşılıklı olması durumunda; ilk işlemin karşılığı olan ikinci işlemde, ilkinde alıcı olan sağlayıcı, sağlayıcı olan da alıcı konumuna geçecektir. Bu durumda sağlayıcı (önceki işlemde alıcı olan teşebbüs) anlaşma konusu malların yalnızca dağıtıcısı iken alıcı bu mallarla rekabet eden malların hem üreticisi hem de dağıtıcı olacaktır. Ancak ikinci işlem, Tebliğ'in kabul ettiği istisnanın şartlarını sağlamadığından, anlaşma grup muafiyetinden faydalanamayacaktır. Bu yönüyle rakip teşebbüsler arasında yapılan karşılıklı bir dikey anlaşma -her ne kadar Tebliğ'de, karşılıklı olmama şartı, rakip teşebbüsler arası dikey anlaşmanın 2(3) maddesinde yer verilen istisnadan yararlanma şartları arasında sayılmamışsa da- Tebliğ kapsamının dışında kalabilecektir. Bu yönüyle karşılıklı olmama şartı, 2790/1999 Sayılı Tüzük'te benimsenen diğer iki istisna açısından önem taşımaktadır.



### 3.1.4. Tebliğ'in Diğer Grup Muafiyeti Tebliğleri ile İlişkisi

Tebliğ'in 2(4) maddesinde, başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmaların bu Tebliğ hükümlerine tabi olamayacağı belirtilmiştir<sup>43</sup>.

### 3.2. Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Ağır Sınırlamalar

2002/2 Sayılı Tebliğ, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'ne paralel olarak, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak sınırlamalar ile muafiyetin uygulanmayacağı yükümlülükler -grup muafiyeti dışında kalan sınırlamalar- ayırımını muhafaza etmiştir.

Tebliğ'in, "*Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar*" başlığını taşıyan 4 üncü maddesinde,

"Aşağıda sayılan, rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar, bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz" hükmünden sonra, bu sınırlamalar beş bent halinde sayılmıştır. Söz konusu ağır sınırlamalardan herhangi birini içeren dikey anlaşmalar bütün olarak grup muafiyeti kapsamı dışına çıkacak ve dolayısıyla Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında değerlendirilecektir.

#### a. Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi:

Tebliğ'in 4 üncü maddesinde sayılan ağır sınırlamalardan (a) bendi, alıcı teşebbüsün kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesini konu almaktadır. Buna göre, taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi neticesinde alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi yasaktır. Ancak, sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla<sup>44</sup> sağlayıcının, alıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya alıcıya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür<sup>45</sup>.

Bu yönüyle herhangi bir anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkaracak ağırlıkta görülen fiyat kısıtlamaları yalnızca *sabit* ve *asgari fiyat* tespitine ilişkin hükümlerdir. Dolayısıyla sağlayıcının alıcıya yeniden satış fiyatı *tavsiye* edebileceğini öngören anlaşma hükümleri<sup>46</sup> ile alıcının *azami* satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenebileceğini belirten anlaşma hükümleri –sabit ya da asgari fiyat tespitine dönüşmemek kaydıyla- muafiyet kapsamındadır.

<sup>43</sup> Bkz. Uygulama Kılavuzu, p.8.

<sup>44</sup> Bkz. Aksa Jeneratör, 10.07.2003 t. D2/1/HSÖ-03/4 S., s.4.

<sup>45</sup> Uygulama Kılavuzu, p.16.

<sup>46</sup> Ancak anlaşmada fiyatın tavsiye niteliğinde olduğu açıkça belirtilmelidir. Bkz. Kurtalan Çimento, 08.01.2004 t. 2003-1-112 S., s.7; Elmor Tesisat Malzemesi A.Ş., 21.9.2004 t. 04-61/891-213 S., s.3.

Yeniden satış fiyatı; anlaşma hükümleri ile doğrudan doğruya belirleyebileceği gibi, dağıtıcının önceden belirlenmiş bir fiyat seviyesi üzerinden uygulayabileceği maksimum indirim oranının tespit edilmesi, belirlenen fiyat düzeylerine uyduğu takdirde dağıtıcıya indirim uygulanması ya da tersi durumda ceza uygulanması, yeniden satış fiyatının rakiplerin satış fiyatına bağlanması, dağıtıcı tarafından uygulanan fiyata bağlı olarak uyarı, ceza, mal tesliminde gecikme ya da erteleme, anlaşmanın feshi gibi dolaylı yöntemlerle tespit edilmesi de mümkündür.<sup>47</sup>

**b. Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin getirilen kısıtlamalar:** Tebliğ'in 4 üncü maddesinin (b) bendi, 4 istisnai hüküm hariç, alıcılara anlaşma konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşterilere ilişkin getirilen diğer kısıtlamaları ağır sınırlama kabul etmiştir. Bu sınırlamalar, alıcının belirli müşterilere veya belirli bölgelere satış yapmasının yasaklanması veya belirli bölge ya da müşterilerden gelen siparişlerin diğer dağıtıcılara yönlendirilmesi şeklinde doğrudan olabileceği gibi, dağıtıcının belirli müşterilere satış yapmasını engellemek için indirim verilmemesi, mal arzının kısılanması gibi dolaylı da olabilir<sup>48</sup>.

Tebliğ'in ilgili hükmünde, alıcının satış yapacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamaların ağır sınırlama sayılmasına ilişkin prensibe dört istisna getirilmiştir.

- **Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya başka bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz.** Bu istisnalardan ilki, sağlayıcının bölge veya müşteri bazında münhasır alıcı/alıcılar tesis etmesi ve bu münhasır bölge ya da münhasır müşteri gruplarına yapılacak aktif satışları kısıtlamasına izin vermektedir.

Sağlayıcının kendisine ya da onun tarafından başka bir alıcıya tahsis edilmiş bir münhasır bölge veya münhasır müşteri grubundan bahsedilebilmek için, bu bölgeye veya müşteri grubuna yalnızca sağlayıcının ya da sağlayıcı

<sup>47</sup> Rekabet Kurulu'nun *İGTOD* kararı, yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin verilmiş kararlar arasında en geniş kapsamlı olanlarından biridir. İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği tarafından dile getirilen iddialardan biri olan, distribütörlere fiyat empoze edilmesine yönelik şikayeti değerlendiren Kurul; soruşturmanın tarafları olan teşebbüslerin bayiler tarafından uygulanacak olan fiyatı doğrudan belirledikleri gibi maksimum indirim oranının tespiti (s.24), belirlenen fiyat düzeyine uyan dağıtıcılara indirim uygulanması (s.27), uymayanlara ceza verilmesi (s.25), bayiliğin iptal edilmesi (s.24), mal arzının durdurulmaması (s.28), mal verilmemesi (s.51) gibi dolaylı yolları da kullandıklarını belirlemiştir. *İGTOD*, 24.11.1999 t. 99-53/575-365 S.

<sup>48</sup> *İGTOD* kararında Rekabet Kurulu; prim iptalini (s.37) ve distribütörlüğün askıya alınmasına yönelik yaptırımları (s.39) pasif satışları engellemeye yönelik uygulamalar olarak değerlendirmiştir. *İGTOD*, 24.11.1999 t. 99-53/575-365 S.

tarafından kendisine tahsis edilmiş **tek bir** alıcının aktif satış yapıyor olması gerekmektedir<sup>49</sup>. Sağlayıcı ile birlikte tek bir dağıtıcıya ya da birden fazla dağıtıcıya tahsis edilmiş bölgeler, münhasır bölge olarak değerlendirilmemektedir<sup>50</sup>.

Bu yönüyle aktif satışların kısıtlanması yalnızca, münhasır bir bölge ya da münhasır müşteri grubuna yönelik satışları kapsayacaktır<sup>51</sup>. Kendisine aktif satış sınırlaması getirilen alıcının, dağıtıcı olarak tayin edildiği bölgede münhasır dağıtıcı olması ya da olmaması önemli değildir.

Aynı zamanda istisna, yalnızca münhasır bir bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak olan *aktif satışların* kısıtlanmasına imkan tanımaktadır. *Pasif satışların* kısıtlanması bu kapsamda değerlendirilmediğinden, ağır sınırlama olarak kabul edilecektir<sup>52</sup>.

“Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması...” kaydı ise, alıcıya yüklenen aktif satışların kısıtlanmasına ilişkin yükümlülüğün, alıcının müşterilerini de kapsamaması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>53</sup>.

Her ne kadar 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile 2002/2 Sayılı Tebliğ’in konuya ilişkin düzenlemeleri ilgili hükümlerin lafzı itibariyle aynı olsa da, izin verilen sınırlamanın fiili kapsamı ve piyasadaki rekabet düzeyinde yaratacağı etki farklı olacaktır. 2002/2 Sayılı Tebliğ’in pazar payı eşliğine sahip

<sup>49</sup> Herhangi bir bölge ya da müşteri grubunun “münhasır bölge” olabilmesi için, sağlayıcının ürünü, belirli bir bölge ya da müşteri grubuna dağıtım yapması amacıyla **tek bir** dağıtıcıya vermesi ya da yalnızca **kendisine** tahsis etmesi gerekmektedir. Bkz. Uygulama Kılavuzu, p.24.

<sup>50</sup> Bkz. Kurtalan Çimento, 08.01.2004 t. 2003-1-112 S., s.6. Bölgeye atanmış tek bir dağıtıcı olmasına rağmen, anlaşmada sağlayıcıya belirli durumlarda aynı bölge için başka dağıtıcılar atama yetkisinin verilmiş olması da, söz konusu bölgeyi münhasır olmaktan çıkarmaktadır. Bkz. Numil Gıda, 14.08.2003 t. 2002-3-113 S., s.6.

<sup>51</sup> Aktif satışların kısıtlanabilmesi için kural, ister sağlayıcı olsun isterse dağıtıcı olsun satışın kısıtlanacağı bölgede yalnızca tek bir yetkili teşebbüsün faaliyet göstermesidir. Böyle bir münhasır sistemin amacı, markaiçi rekabetin ortadan kaldırılmasıdır. Aktif satışların kısıtlanması da markaiçi rekabeti azaltacağından, münhasır bölgelere aktif satışların kısıtlanmasına izin verilmesinin amacı, sağlayıcı tarafından kurulmak istenen söz konusu dağıtım yapısını korumaktır. Aynı bölgede birden fazla dağıtıcının faaliyet göstermesi durumunda ise, bu bölge münhasır bölge olmaktan çıkacaktır. Nitekim aynı bölgede yer alan birden fazla dağıtıcı kendi aralarında markaiçi rekabet yaratacaklardır. 2002/2 Sayılı Tebliğ’in münhasır olmayan bölgelere aktif satışların kısıtlanmasına izin vermemesinin nedeni, zaten marka içi rekabetin var olduğu bölgede, aktif satışların kısıtlanması yoluyla markaiçi rekabetin engellenmesinin yaratacağı tutarsızlıktır.

<sup>52</sup> Uygulama Kılavuzu, p.21. Özellikle aktif/pasif ayrımının yapılmadığı anlaşma hükümleri, pasif satışları kısıtlar nitelikte kabul edilmektedir. Bkz. Numil Gıda, 14.08.2003 t. 2002-3-113 S., s.7; Netcell İletişim, 19.09.2002 t. 2002-2-46 S., s.13. Diğer taraftan açıkça bir kısıtlama içermemesine rağmen dolaylı yollardan bu sonucu doğuran uygulamalar da pasif satışların kısıtlanması olarak kabul edilebilmektedir. Bkz. Camtaş Düzcam, 10.04.2003 t. 2002-1-25 S., s.9.

<sup>53</sup> Bkz. Uygulama Kılavuzu, p.25.

olmaması, bu Tebliğ bağlamında izin verilen “münhasır bölgelere yapılacak aktif satışların kısıtlanması”na ilişkin hükmün, bu hükmü uygulayan teşebbüsün sahip olduğu pazar payına bağlı olarak piyasadaki rekabeti aşırı derecede olumsuz etkileme olasılığını artırmaktadır. Nitekim hakim durumda olmamasına rağmen önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüsün, her bir bölgeye tek bir dağıtıcı atadıktan sonra söz konusu münhasır bölgelere aktif satışları kısıtlaması, 2002/2 Sayılı Tebliğ kapsamında ağır sınırlama olarak kabul edilmeyecek ve diğer şartları da sağlaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilecektir<sup>54</sup>. Diğer taraftan bahsedilen türden bir sınırlamanın, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü kapsamında yer alabilmesi için bu hükmü uygulayan sağlayıcının pazar payının %30’u aşmaması gerekmektedir<sup>55</sup>. Bu açıdan %30’un üzerinde önemli bir pazar payına sahip olan sağlayıcının, münhasır bölgelere yapılacak aktif satışların kısıtlanmasına ilişkin hükmü grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmeyecektir. Önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda markalararası rekabetin düşük olma ihtimali oldukça yüksektir. Markaîçi rekabeti kısıtlayan anlaşmalar -münhasır bölgelere yapılacak aktif satışların kısıtlanması markaîçi rekabeti kısıtlayan bir hükümdür- yalnızca markalararası rekabetin yetersiz olduğu piyasa yapılarında önem kazanmaktadır.

**- Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz.** Tebliğ’in 4(b) maddesinde belirtilen ikinci istisnaya göre, toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara satış yapması engellenebilir. Birinci istisnadan farklı olarak, toptancıya getirilen satış kısıtlaması hem aktif hem de pasif satışları kapsayabilecektir<sup>56</sup>. Söz konusu

<sup>54</sup> Bu noktada belirtmelidir ki; 2002/2 Sayılı Tebliğ’in yalnızca münhasır bölgelere yapılacak aktif satışların kısıtlanmasına izin vermesi, aktif satışları kısıtlamak isteyen teşebbüslerin bir bölge için normalde birden fazla dağıtıcı atayabilecekken yalnızca tek bir dağıtıcı atayarak münhasır bölge oluşturmalarına neden olabilecektir. Bu durum 2002/2 Sayılı Tebliğ’in pazar payı eşiğine sahip olmadığı unsuru ile birlikte değerlendirildiğinde; mevcut grup muafiyeti sisteminin, önemli bir pazar gücüne sahip olan sağlayıcıları, aktif satışları kısıtlayabilecekleri münhasır bölge kurmaya sevk edebileceği ihtimalini gündeme getirmektedir.

<sup>55</sup> Herhangi bir piyasaya yeni girmiş ya da piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olmayan sağlayıcı, pazarda tutunabilmek için münhasır bölge sınırlamasına ihtiyaç duyabilecektir. Nitekim sağlayıcı, her bir dağıtıcının belirli bir bölgede münhasır dağıtım yapmasını temin ederek, marka imajı yaratmak, dağıtıcının yatırım riskini azaltmak, dağıtıcının yatırım düzeyini yükseltmek, optimum dağıtım ağı kurmak gibi önemli etkinlik kazanımları sağlayabilecektir. Diğer taraftan münhasır bölgelere yapılacak aktif satışların kısıtlanması her ne kadar ilk bakışta markaîçi rekabetin aşırı sınırlanması olarak görülse de, pazarda önemli bir güce sahip olmayan teşebbüsün markaîçi rekabeti kısıtlayıcı hükümleri, piyasadaki markalararası rekabet düzeyini olumsuz etkilemeyecektir. Komisyon, pazarda önemli bir güce sahip olmayan teşebbüslerin kısa ve orta vadede markaîçi rekabeti kısıtlamalarına olanak tanıyarak, uzun vadede bu teşebbüslerin piyasada tutunmalarını ve buna bağlı olarak markalararası rekabet düzeyini yükseltmelerini temin etmek istemektedir.

<sup>56</sup> Uygulama Kılavuzu, p.26.

kısıtlamaya izin verilmesinin nedeni, toptan ve perakende seviyelerin her ikisini birden içeren dağıtım sistemlerinin bütünlüğünü temin etmektir.

- **Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz.** Üçüncü istisna “seçici dağıtım sistemi”ne ilişkindir. Tebliğ’in 3 üncü maddesinde seçici dağıtım sistemi, “*Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi*” olarak tanımlanmıştır. Bu yönüyle yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapılmasının engellenmesi, seçici dağıtım sisteminin temelinde yer alan bir sınırlamadır. Söz konusu istisnada da, aktif ve pasif satışlar açısından bir ayırıma gidilmemiştir.

- **Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların söz konusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz.** Tebliğ’in 4(b) maddesinde belirtilen dördüncü ve son istisna birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların alım satımına ilişkindir. Bu tür parçaları alan alıcıların, bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının sağlayıcı tarafından kısıtlanması ağır ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Bu istisna bakımından da aktif ve pasif satış ayırımı yapılmamıştır. Bu açıdan, beyaz eşya üreticisi olan (A), herhangi bir beyaz eşya üretiminde kullandığı parçaları, alıcı konumundaki (B)’ye satarken, bu parçaların, aynı beyaz eşyayı üreten (C)’ye aktif ya da pasif satışını engellemesi izin verilen bir uygulamadır<sup>57</sup>.

**c. Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması:** Seçici dağıtım sistemine ilişkin olarak iki kısıtlama bulunmaktadır ki bunlar, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar olarak tanımlanmıştır. Bunlardan 4(c) bendinde yer alan bu kısıtlama, seçici dağıtım sistemine üye perakendecilerin son kullanıcılara yapacakları aktif ve pasif satışların sınırlandırılması konu almaktadır. Buna göre, eğer herhangi bir seçici dağıtım sisteminin perakende seviyesinde faaliyet gösteren üyeleri, sistem içinde dağıtılan anlaşma konusu mal veya hizmetleri *son kullanıcılara* satma olanağı bakımından herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulursa, böyle bir kısıtlama hükmü içeren dikey anlaşma, Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır.

---

<sup>57</sup> Uygulama Kılavuzu, p.28.

Ancak Tebliğ ilgili ağır sınırlamayı düzenlerken, “*bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı*”nı saklı tutmuş ve dolayısıyla, herhangi bir dikey anlaşmanın, bu türden bir kısıtlamayı içermesi nedeniyle grup muafiyeti dışında kalmasını engellemiştir. Bu hak, sistem üyesinin kendisine tahsis edilen bölge dışında dükkan, mağaza v.b. açmasını ya da satış noktasının yerini değiştirmesini engellemeye yönelik bir imkandır<sup>58</sup>.

İlgili hüküm gereğince; perakende seviyesinde faaliyet gösteren seçici dağıtım sistemi üyelerine, münhasır bölgelerin tahsis edilmesi mümkün olmakla birlikte, sistem üyesi bu perakendecilerin, münhasır bölgelere yapacakları aktif ya da pasif satışların kısıtlanması mümkün olmayacaktır. Bu yönüyle seçici dağıtım sisteminde münhasır bölge tahsisi, yalnızca sistem üyesinin yetkili olmadığı bölgede dükkan, mağaza v.b. açmasını ya da satış yerini bu bölgeye kaydırmasını engellemeye yönelik bir uygulama olmaktadır.

**d. Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi:** Tebliğ’in 4(d) bendinde yer alan ağır sınırlama, perakende ya da toptancı seviyesinde faaliyet gösteriyor olmalarına bakılmaksızın, sistem üyeleri arasındaki alım satımların engellenmesini konu almaktadır. Tebliğ söz konusu düzenleme ile, bir seçici dağıtım sisteminin üyesi olan dağıtıcıların, aynı sistem içinde yer alan yetkili dağıtıcılardan –bunlar toptancı da perakendeci de olabilir- mal temin etme imkanına sahip olmasını amaçlamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde seçici dağıtım sisteminin, seçici dağıtıcıların anlaşma konusu malları münhasıran tek bir kaynaktan alması sonucunu doğuran dikey kısıtlamalarla birlikte uygulanması mümkün değildir<sup>59</sup>. Bu yönüyle, seçici dağıtım sisteminin temelinde yer alan kapalı bir satış ağı sistemi ve buna bağlı olarak marka içi rekabet düzeyinde meydana gelen azalma, Tebliğ’in seçici dağıtım sistemini düzenleyen 4(c) ve 4(d) bentlerinde yer verilen ağır sınırlamalar ile dengelenmeye çalışılmıştır. 4(d) bendi ile sağlayıcının dağıtıcılarına uygulayacağı satış fiyatları arasındaki farkın aşırı büyümesi engellenirken, 4(c) bendi nihai tüketici ile doğrudan temas kuran dağıtım seviyesindeki perakendecilerin uyguladıkları fiyatların aşırı farklılaşmasını marka içi rekabeti tesis etmek suretiyle engellemektedir.

**e. Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması:** Parçaların birleştirilmesi ile

<sup>58</sup> Uygulama Kılavuzu, p.30.

<sup>59</sup> Uygulama Kılavuzu, p.30. Seçici dağıtım sistemi ile tek elden satın alma yükümlülüğünün bir arada uygulanması, seçici dağıtım sistemi üyelerini anlaşma konusu malları tek bir kaynaktan temin etme yükümlülüğü altına soktuğundan, ağır sınırlama olarak değerlendirilecektir.

oluşturulan ürünlerin konu olduğu tedarik anlaşmalarına ilişkin diğer bir düzenleme de Tebliğ'in 4(e) maddesinde yer almaktadır. Bu tür parçaları satan sağlayıcı ile bu parçaları birleştirerek üretimde kullanan alıcı arasında akdedilen tedarik anlaşmasında, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satması engellenemez.

Buna göre, örneğin orijinal ürün imalatçısı (A), kendi ürettiği müzik setlerinde kullandığı herhangi bir parçanın, bu parçayı imal eden (B)'den satın alınmasıyla ilgili olarak imzaladığı anlaşmada, (B)'nin bu parçaları son kullanıcılara veya (A) tarafından yetkilendirilmemiş olan tamircilere yedek parça olarak satmasını yasaklarsa, bu anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Tebliğ bu hükümle, son kullanıcıların ya da herhangi bir orijinal ürün imalatçısının servis ve onarım ağına yer almayan tamircilerin, söz konusu orijinal ürünün üretiminde kullanılan bu tür parçaları, doğrudan doğruya, bu parçaları üreten teşebbüslerden temin edebilme imkanını garanti altına almıştır<sup>60</sup>.

### **3.3. Grup Muafiyeti Dışında Kalan Sınırlamalar: Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Tebliğ'in 5 inci maddesi, 2790/1999 Sayılı Tüzüğe paralel olarak, *'rekabet etmeme yükümlülüğü'*nü, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak sınırlama olarak değil, yalnızca hükmün kendisinin grup muafiyetinden yararlanamaması şeklinde düzenlemiştir. Nitekim Tebliğ'in 5 inci maddesindeki;

*"Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülükler uygulanmaz."* ifadesi, anlaşmanın rekabet etmeme yükümlülüğü dışında kalan kısımlarının grup muafiyetinden yararlanmaya devam edebileceğine işaret etmektedir<sup>61</sup>.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün tanımlandığı Tebliğ'in 3 üncü maddesinde,

<sup>60</sup> Buna karşın alıcı, yetkili servis ve onarım ağına yer alan tamircilerin, söz konusu parçaları yalnız kendisinden almalarını sağlayabilecektir. Bkz. Uygulama Kılavuzu, p.31.

<sup>61</sup> 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararı ile menfi tespit belgesi geri alınmış olan "Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmesi"nde yer alan ve üye işyerlerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen rekabet etmeme hükümlerinin, anılan Kurul Kararına aykırı olarak kaldırmayarak uygulanmaya devam edilmesi nedeniyle Benkar A.Ş. hakkında yürütülen soruşturmaya ilişkin kararda; söz konusu anlaşmaların 2002/2 Sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, ancak bu muafiyetin, sözleşmelerin belirsiz süreli olmasına bağlı olarak süresiz rekabet yasağı hükmüne uygulanamayacağına karar verilmiştir. Benkar A.Ş. 15.8.2003 t. 03-57/671-304 S., s.31.

“*Rekabet Etmeme Yükümlülüğü : Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden<sup>62</sup> fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir.*” ifadesine yer verilmiştir.

Buna göre rekabet etmeme yükümlülüğü; alıcının **anlaşma konusu mal veya hizmetlerle<sup>63</sup> rekabet eden mal veya hizmetleri** üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır<sup>64</sup>. Aynı zamanda alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının

<sup>62</sup> 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının tespitine yönelik olarak belirlenen %80 oranının her sektör açısından anlamlı olduğunu söylemek zordur. Sektörün kendine özgü niteliklerinden dolayı münhasırlığın tesisi için çok daha düşük oranlar yeterli olabilmektedir. Örneğin karbondioksit sektörüne ilişkin kararında Rekabet Kurulu, rekabet etmeme yükümlülüğüne dayalı münhasırlığın sınırını %50 olarak benimsemiştir. Bkz. Karbogaz A.Ş., 23.8.2002 t. 02-49/634-257 S., s.57.

<sup>63</sup> Anlaşma konusu mal veya hizmetlerin dışındaki mal veya hizmetleri konu alan sınırlamalar, rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu açıdan söz konusu yükümlülükler 2002/2 sayılı Tebliğ’in düzenlemediği, diğer bir ifade ile izin verilen türden sınırlamalar kapsamındadır. KVK kararında ise; KVK Teknoloji Ürünleri A.Ş. ile bayileri arasındaki anlaşmanın konusunu oluşturmayan ancak Turkcell dışındaki rakip sim kartların satışını engelleyen sınırlama, “2002/2 sayılı Tebliğ’e göre alıcı üzerine getirilebilecek sınırlamaları aştığı” gerekçesi ile Tebliğ’in izin vermediği bir sınırlama olarak değerlendirilmiştir. KVK Teknoloji Ürünleri A.Ş., 29.7.2004 t. 04-49/657-163 S., s.4.

<sup>64</sup> 2790/1999 Sayılı Tüzüğü’nün 1 inci maddesinde de rekabet etmeme yükümlülüğünün tanımı yapılırken, “doğrudan ve dolaylı yükümlülükler” ibaresi kullanılmıştır. Oldukça geniş tanımlanmış olan rekabet etmeme yükümlülüğü yalnızca doğrudan üretimi, satın almayı, satmayı ya da yeniden satmayı engelleyen hükümleri değil aynı zamanda dolaylı olarak bu sonucu doğuran indirim sistemleri ve bağlama anlaşmalarını da kapsayabilecektir. GOYDER, a.g.e., s.94.

*Yemek Sepeti-2* kararında, münhasırlık hükmünün sözleşmelerden çıkarılmasının yanında Yemek Sepeti’nin fiili münhasırlık ile sonuçlanacak diğer eylemleri de yasaklanmıştır. *Yemek Sepeti-2*, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S., s.18. Benzer şekilde *Frito Lay* kararında da bedava ürün veya çeşitli hediye verilmesi, iskonto veya indirim yapılması gibi uygulamaların münhasırlık şartına bağlı olmadan ve fiili münhasırlığa yol açmayacak şekilde uygulanması gerektiğine karar verilmiştir. *Frito Lay A.Ş.*, 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S., s.72. *Efes Pazarlama* kararında ise soğutucu kabin kanalıyla tesis edilen fiili münhasırlığın kaldırılması gerekebileceği belirtilmektedir. *Efes Pazarlama – Bimpaş Bira A.Ş.*, 15.7.2004 t. 04-47/610-147 S., s.28. Buna karşılık dondurma pazarına ilişkin *Unilever* kararında, münhasıran Unilever ürünlerinin satışa sunulduğu soğutucu kabinlerin fiili münhasırlık yaratıp yaratmadığına değinilmemiştir. *Unilever A.Ş.*, 26.12.2002 t. 02-81/940-387 S.



sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik alıcıya getirilen yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamındadır<sup>65</sup>.

#### **a. Alıcıya Getirilen Belirsiz Süreli veya Süresi Beş Yılı Aşan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Rekabet etmeme yükümlülüğünde önemli olan bu hükmün süresidir. Tebliğ esas olarak beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülüğüne izin vermektedir. Bunun dışında alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ya da beş yıldan uzun ise grup muafiyeti uygulanamayacaktır<sup>66</sup>. Buna göre taraflar, örneğin 10 yıl için yaptıkları bir dikey anlaşmada, alıcıya getirilen bir rekabet etmeme yükümlülüğünün anlaşma süresince devam edeceğini veya bu yükümlülüğün 6 yıl için geçerli olacağını kararlaştırmışlarsa, bu rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinin kapsamı dışında kalacaktır. Ancak yükümlülüğün uygulanma süresi, Tebliğ’de öngörülen azami limiti (üst sınırı) aşana kadar rekabet etmeme yükümlülüğü geçerli olacak, söz konusu azami süre aşılmışsa yükümlülük geçersiz olacaktır<sup>67</sup>.

2790/1999 Sayılı Komiyon Tüzüğü’ne paralel olarak 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğüne grup muafiyeti tanıyan 2002/2 Sayılı Tebliğ’in söz konusu hükmünün etkileri, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile aynı olmayacaktır. Nitekim önemli derecede pazar gücüne sahip olan ancak hakim durum kriterlerini taşımayan teşebbüsün alıcılarının tamamını beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü ile kendine bağlaması grup muafiyeti kapsamında değerlendirilecektir. Söz konusu teşebbüsün piyasanın önemli bir bölümünde 5 yıllık süreyle rekabeti engellemesi sonucunu doğuran anlaşmaları grup muafiyetinden yararlandığından, 4054 Sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi

---

<sup>65</sup> Tebliğ’in rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı, 2790/1999 Sayılı Tüzüğün 1 inci maddesinde yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı ile paraleldir. Ancak Tüzük’teki “...alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetler ve onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülüktür” şeklindeki tanımda, “anlaşma konusu mal veya hizmetler ve onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının” sağlayıcıdan karşılanması rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile %80 oranı, anlaşma konu mal veya hizmet ile onu ikame eden mal veya hizmete ilişkin toplam alım miktarı üzerinden hesaplanacaktır. Tebliğ’deki tanım ise, “...ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının...” sağlayıcıdan alınmasını şart koşmuştur. Söz konusu tanım gereği %80 oranı, toplam alım miktarı üzerinden değil, anlaşma konusu mal veya hizmet ya da onları ikame eden mal veya hizmet alım miktarları üzerinden hesaplanabilecektir.

<sup>66</sup> Bkz. Shell, 02.10.2003 t. D1/1/CS-03/1 S., s.11.

<sup>67</sup> Bkz. Alfa Laval Ltd, 8.7.2004 t. 04-46/587-142 S., s.8.; Yemek Sepeti-1, 25.3.2004 t. 04-22/231-48 S., s.10.

bağlamında yalnızca grup muafiyeti geri alınarak piyasa rekabete açılabilir. Bunun dışında söz konusu teşebbüsün, piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti engellediği dönem için herhangi sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durum, teşebbüslerin rekabet etmeme yükümlülüğü yoluyla 5 yıllık bir süre zarfında faaliyet gösterdikleri pazardaki markalararası rekabeti engellemelerine imkan tanıyacaktır.

Tebliğ'in 5(a) bendinin ikinci paragrafında,

*“Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkrada belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.”* kuralı getirmiştir. Bu açıdan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlı olması ya da süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi Tebliğ tarafından kabul edilen bir uygulamadır<sup>68</sup>. Beş yıldan sonraki uzatma işleminin ise her iki tarafın açık iradesi ile gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>69</sup>.

Tebliğ'in 5(a) bendinin üçüncü paragrafında aşağıda belirtilen istisnaya yer verilmiştir<sup>70</sup>:

*“Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait ise, yahut alıcı bu faaliyetini sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir aynı veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceksen, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar.”*

Özellikle petrol ürünleri dağıtımını yakından ilgilendiren söz konusu istisnaya göre; alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini yürütürken kullanacağı tesis sağlayıcıya aitse ya da tesis alıcıya, sağlayıcının, alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü bir kişiden elde ettiği aynı veya şahsi bir kullanım hakkı

<sup>68</sup> Bkz. Camtaş Düzcamlar, 27.02.2003 t. 2002-1-87 S., s.6.

<sup>69</sup> Bkz. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.60.

<sup>70</sup> 2002/2 Sayılı Tebliğ'in 5 (a) bendinin ikinci paragrafı, alıcıya en fazla beş yıllık süreyi kapsayacak şekilde getirilebilen rekabet etmeme yükümlülüğünün bir diğer istisnasına yer verilmekteydi. 2003/3 Sayılı “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalar İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ” ile yürürlükten kaldırılan istisna “Ancak alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının %35'den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi” on yıla kadar olabilmesine imkan tanımıştır. Hükmün devamında ise rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmının, sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalacağı belirtilmiştir.

çerçevesinde veriliyorsa, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Alıcıya ait olan bir tesis ya da arazinin sağlayıcıya kiralanması durumunda bu istisnadan yararlanılamamaktadır.

### **b. Anlaşmanın Sona Ermesinden Sonraki Döneme İlişkin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Tebliğ'in 5(b) maddesinin ilk paragrafında;

*“Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük”* grup muafiyetinin faydalarından yoksun bırakılmıştır.

Genel ilke, anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemeyeceği şeklinde olmakla birlikte, Tebliğ'in 5(b) bendinin ikinci paragrafında istisnai bir durumdan bahsedilmiştir<sup>71</sup>. Buna göre,

*“Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır.”*

Buna göre yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması<sup>72</sup> ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması durumunda anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yıllık rekabet yasağına izin verilebilecektir<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Bkz. Uygulama Kılavuzu, p.39.

<sup>72</sup> Bkz. Toys R Us, 13.11.2003 t. D3/1/A.Ç./03/7 S., s.7; Nine West Group Inc., 27.10.2004 t. 04-69/989-244 S., s.11.

<sup>73</sup> Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmesi için çok sayıda koşulun öngörülmüş olması, söz konusu istisnanın pratikte çok fazla yarar sağlamayacak şekilde kapsamını daraltmıştır. MENDELSON/ROSE, a.g.e., s.61.

### c. Seçici Dağıtım Sistemi Üyelerine Getirilen, Belirlenmiş Rakip Sağlayıcıların Markalı Ürünlerini Satmama Yükümlülüğü

Tebliğ'in 5(c) bendine göre,

*“Seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğü”* grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu hüküm, rakiplerden bir kısmının ürünlerinin bu sistemde satışına izin verirken kalanlarının sistem dışında bırakılmasını engellemeye yöneliktir. Bunun dışında sağlayıcının, seçici dağıtım sistemi üyelerine rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemesinin önünde bir engel yoktur<sup>74</sup>.

#### 3.4. Muafiyetin Geri Alınması

Tebliğ'in 6 ncı maddesinde, *muafiyetin geri alınması* konusunu düzenlenmiştir. Buna göre,

*“Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir<sup>75</sup>. Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ister.*

*Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda, Rekabet Kurulu, ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren anlaşmaları bu Tebliğin sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir.”*

Tebliğ'in 6 ncı maddesinde; Tebliğ bağlamında muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, 4054 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde Rekabet Kurulu'nun, nihai karar öncesinde tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini alarak, bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabileceği belirtilmiştir<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Bkz. BBA Beymen A.Ş., 29.4.2004 t. 04-30/350-86 S., s.5.

<sup>75</sup> Grup muafiyetinin geri alındığı Frito Lay ve Yemek Sepeti dosyalarından farklı olarak *Benkar* kararında, belirsiz süreli olması nedeniyle hali hazırda grup muafiyetinden yararlanmayan rekabet etmeme yükümlülüğünün, Tebliğ'in izin verdiği üst sınır olan 5 yıl ile sınırlandırılması durumunda da Kanun'un 5 inci maddesi ile bağdaşmaz etkilere sahip olması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağına karar verilmiştir. Bu yönüyle *Benkar* kararında, potansiyel olarak grup muafiyetinden yararlanma olasılığı olan münhasır anlaşmalardan grup muafiyeti geri alınmıştır. *Benkar* A.Ş. 15.8.2003 t. 03-57/671-304 S, s.26.

<sup>76</sup> Grup muafiyetinin geri alınması özellikle önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin dikey anlaşmaları için gündeme gelecektir. Uygulama Kılavuzu, p.42. Diğer taraftan geri alma mekanizması, pazar payı eşğine sahip olmayan 2002/2 Sayılı Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen piyasadaki markalararası rekabeti önemli derecede

Aynı zamanda ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin bireysel olarak grup muafiyetinden yararlanan benzer türden dikey sınırlamalarının ilgili pazarının **önemli bir bölümünü** içermesi durumunda Rekabet Kurulu, ayrıca çıkaracağı bir Tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları muafiyet kapsamı dışına çıkarabilecektir<sup>77</sup>. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 8 inci maddesinde ise, benzer türden dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların, ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsadığı hallerde Komisyon'a, bu paralel ağları bir tüzükle 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün kapsamının dışına çıkarma yetkisi verilmiştir. Komisyon'un çıkaracağı Tüzük, belirli teşebbüslere yönelik olmayıp bu Tüzük'te tanımlanan, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün uygulanmayacağı anlaşmalarla ilgili olacaktır.

### 3.5. Diğer Hükümler

Tebliğ'in geçici 1 inci maddesi;

*"Bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmakta olan, ancak bu Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden yararlanma koşullarını taşımayan anlaşmaların bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanabilmesi için, bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bu Tebliğ ile öngörülen koşulları içerecek şekilde değiştirilmeleri gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz."* şeklindedir.

---

kısıtlayan dikey anlaşmaların olumsuz etkilerinin giderilmesinde sık başvurulacak bir enstrümandır. Bu bağlamda özellikle ağ (şebeke) etkilerinin egemen olduğu ya da ürünün muhafazası için sağlayıcı tarafından alıcıya soğutucu kabin gibi kimi malzemelerin tedarik edildiği pazar yapılarında, önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin münhasır anlaşmaları, piyasaya yeni girecek olan potansiyel rakipler için önemli bir giriş engeli oluştururken, mevcut rakiplerin rekabet imkanını da büyük ölçüde sınırlandıracaktır. Nitekim münhasır anlaşmalar ile kullanıcıların önemli bir kısmının tek bir sağlayıcıya bağlı olduğu ağ endüstrilerinde yeni bir müşteri, rakip sağlayıcının ağına değil de mevcut kullanıcıların münhasır anlaşmalar ile bağlı olduğu ağa dahil olmak isteyecektir. Soğutucu kabin münhasırlığında ise, müşterilerin ikinci bir soğutucu kabini kullanmak için yeterli fiziki koşullara sahip olmaması ya da ikinci bir soğutucu kabine ihtiyaç duymaması halinde, rakip sağlayıcıların alıcılara erişimi kısıtlanacaktır. Soğutucu kabin münhasırlığı için bkz. s.160.

<sup>77</sup> Anlaşmaların benzer olup olmadığında, anlaşmaların lafzından ziyade doğrudukları etkiler dikkate alınacaktır. Uygulama Kılavuzu, p.43. İlgili pazarın önemli bir bölümünü kapsayan benzer türden anlaşmalardan grup muafiyetinin, yeni bir Tebliğ yerine Kurul kararı ile geri alınması da söz konusu olabilecektir. Paketlenmiş cips pazarına ilişkin *Frito Lay* kararında, *Frito Lay*'in dışında piyasada faaliyet gösteren Kraft A.Ş.'nin de münhasır anlaşmalarından grup muafiyetinin geri alınıp alınmayacağına tespit edilmesine yönelik olarak tarafın yazılı görüşünün alınmasına karar verilmiştir. *Frito Lay A.Ş.*, 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S., s.72.

Bu hükümle Tebliğ, teŖebb sler için bir geiŖ dönemi  ng rm Ŗtir. Buna göre; yürürlükten kalkan 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğ'ler ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanan ancak bu Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden yararlanma koŖullarını taŖımayan anlaŖmalara, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 14 Temmuz 2002 tarihinden itibaren bir yıllık süre içerisinde, Tebliğ'de öngörülen koŖulları sağlayacak Ŗekilde deęiŖtirme imkanı tanınmıŖtır.

## SONUÇ

Tarihsel süreçte dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikaları incelendiğinde, bu alanın uzun mesafeler katettiği görülmektedir. Başlangıçta oldukça şüpheli ve yasaklayıcı bir bakış açısının egemen olduğu politika, zamanla yerini daha esnek ve ılımlı bir yaklaşıma bırakmıştır. Söz konusu politika değişiminin arkasında ise dikey anlaşmaların ekonomik analizi neticesinde varılan sonuçların etkisi vardır. Dikey rekabet politikasının ilk yıllarında yapılan ekonomik analizler, dikey anlaşmaların etkinlik artırıcı yönlerini geri plana iterek rekabeti kısıtlayıcı yönlerini ön plana çıkarmıştır. Buna tepki olarak doğan Chicago Okulu ise dikey anlaşmaların yalnızca etkinlik artışı doğurduğu ve bu yüzden söz konusu anlaşma türünün rekabet hukukunun konusu olmaması gerektiğini savunmuştur. Bu iki görüşün sentezi ise dikey anlaşmaların olumlu yönlerinin olduğu gibi rekabeti sınırlayıcı yönlerinin de bulunduğu, bu yüzden dikey anlaşmaların bütünü ile olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilemeyeceğidir.

Dikey anlaşmaların ekonomik yönden değerlendirilmesi neticesinde ulaşılan sonuç, dikey anlaşmaların bir alt kolu olan “münhasır dikey anlaşmalar”ın ön plana çıkmasında etkili olmuştur. Alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen; belirli bir mal ya da hizmetin alım, satım veya yeniden satımında yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma yükümlülüğünün ana unsur olduğu münhasır dikey anlaşmaların, piyasanın yoğunlaşma derecesine bağlı olarak, rekabeti hissedilir derecede olumsuz etkileme potansiyeli, diğer dikey anlaşmalara kıyasla daha yüksektir. Bu açıdan, münhasır dikey anlaşmaların bahsedilen rekabeti kısıtlayıcı etkileri ile etkinlik artırıcı yönlerini dengeye getiren bir politik açılım gündeme gelmiştir. Ancak piyasanın yoğunlaşma derecesi başta olmak üzere, tarafların konumu, ürünün niteliği, ticaret seviyesi, pazarın olgunluğu gibi pek çok unsurun değerlendirmede etkili olması, sınırları net, yalın ve bu yönüyle hukuki belirlilik içeren bir hukuk sisteminin teşekkülünü zorlaştırmıştır. Nitekim ekonomik yaklaşımın bir gereği olarak, herhangi bir münhasır dikey anlaşma türünün değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bu unsurlar, münhasır dikey anlaşmaların hukuki sonuçlarının önceden tahmin edilmesini güçleştirmektedir.

Hukuki belirlilik yönünden yarattığı olumsuz sonuçlara rağmen “ekonomik yaklaşımın”, genelde tüm dikey anlaşmaların analizinde özel de ise münhasır dikey anlaşma türlerinin analizinde odak noktası olması, önemli bir gelişmedir. Zira münhasır dikey anlaşma türlerinin, piyasada yarattığı ekonomik etkiler göz önüne alınmaksızın şekli yönden incelenmesi ve hukuk kurallarının bu doğrultuda düzenlenmesi, piyasa mekanizmasının işleyişine aşırı müdahale

edilmesine sebep olabilmektedir. Piyasadaki mevcut ya da potansiyel rekabet düzeyine olumsuz etkileri sınırlı olan veya piyasanın kendisine bırakıldığında çözüm üretmediği bir takım “piyasa başarısızlıkları”nı düzenleyen ve bu şekilde önemli derecede etkinlik kazanımı doğuran münhasır dikey anlaşmaların rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi ya da en azından ağır sınırlamalara tabi tutulması, bahsedilen aşırı müdahalenin bir sonucudur.

Münhasır dikey anlaşmalara yönelik ekonomik yaklaşım ise, rekabeti sınırlama ihtimali düşük olan münhasır dikey anlaşmalara, sınırları belirli ancak oldukça geniş bir hareket sahası tanıma taraftarıdır. Bu sayede ekonomik yaklaşım, teşebbüslere kendi anlaşmalarını diledikleri gibi düzenleme özgürlüğü tanırken, aynı zamanda rekabeti aşırı derecede sınırlayan anlaşmalara odaklanma imkanına da sahip olmaktadır.

Buraya kadar bahsedilen, dikey anlaşmalara ve münhasır dikey anlaşmalara ilişkin rekabet politikasında görülen gelişmeler, AT Rekabet Politikası’nda da yansıma bulmuştur. Özellikle ekonomik yaklaşımın, dikey anlaşmalara ilişkin AT rekabet politikasında önemli değişiklikler yarattığı görülmektedir. İlk önce ATAD kararlarında görülmeye başlanan bu değişim, sonradan kaçınılmaz olarak Komisyon kararlarında da belirlemiştir. Pek çok hukukçu ve ekonomist tarafından eleştirilen AT rekabet politikası, “Antlaşma’nın 81(3) üncü Maddesinin Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2790/1999 (AT) Sayılı Komisyon Tüzüğü”nün kabul edilmesi ile birlikte yeni bir döneme girmiştir.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün sağladığı geniş kapsamlı, sektöre özgü olmayan ve ekonomik etki temeline dayalı grup muafiyeti sisteminin kapsamı %30 pazar payı ile sınırlandırılmış, bu oranın üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına izin verilmemiştir. Bu yönüyle Tüzük pek çok küçük ve orta ölçekli teşebbüs için hukuken belirli bir bölgenin sınırlarını tespit etmiş, %30’un üzerinde pazar payına sahip olan diğer teşebbüsler için ise belirli standartlar tespit etmiştir.

Her ne kadar 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün kapsamı %30 pazar payı eşiği ile sınırlandırılmışsa da, bu oranın üstünde bir pazar payına sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarına bireysel muafiyet tanınması için gerekli ön şart olan, 17/62 Sayılı Konsey Tüzüğü’nün 4(1) maddesindeki Komisyon’a bildirim yükümlülüğü, 1216/1999 Sayılı Konsey Tüzüğü ile ortadan kaldırılmıştır. Bu sayede teşebbüsler, herhangi bir ön bildirim ihtiyacı duymaksızın kendi anlaşmalarını düzenleme imkanı sahip olmuşlardır. Dikey Anlaşmalara İlişkin Komisyon Bildirimi’nde ortaya konan, %30 pazar payının üstündeki teşebbüslerin dikey anlaşmalarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak genel prensipler ve her bir dikey anlaşma kategorisine bağlı özel kurallar, teşebbüslere tanınan hareket alanının sınırlarını tespit etmiştir.



AT rekabet politikasının dikey anlaşmalar kanadında gözle görülür biçimde belirginleşen değişim, dikey anlaşmalara daha esnek yaklaşılmasını da bünyesinde barındırmaktadır. Tek pazar hedefinin hakim olduğu Topluluk rekabet politikasında, tüm dikey anlaşmaların şekilsel özelliklerinden ziyade piyasadaki rekabet düzeyi üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler ve ortaya çıkaracağı etkinlik argümanları çerçevesinde değerlendirilmesi bu esnek yaklaşımın bir sonucudur.

AT rekabet politikasındaki “etki temelli” yaklaşım, her bir dikey anlaşma türünün ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede münhasır dikey anlaşmalar, hem belirli durumlarda tek pazar hedefinin önünde önemli bir engel oluşturması hem de piyasadaki rekabet düzeyini olumsuz etkileme potansiyeli nedeniyle oldukça ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Komisyon benimsediği yeni yaklaşım ile, önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin münhasır dikey anlaşmalarını dikey rekabet politikasının merkezine yerleştirmiştir.

AT rekabet politikasının dikey anlaşmalar kanadında gözlemlenen bu önemli değişim Türk rekabet politikasını da etkilemiştir. Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalar İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”, eski Tebliğler’e kıyasla daha geniş kapsamlı ve teşebbüsler açısından hukuki belirliliği daha yüksek bir Tebliğ’dir. Bu yönüyle 2002/2 Sayılı Tebliğ’in kapsamı, dikey anlaşma türlerinin şekilsel niteliklerine bağlı olarak çizilmemiştir.

Aynı zamanda Tebliğ’in, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar ile grup muafiyeti dışında kalan sınırlamalar haricindeki dikey kısıtlamaları grup muafiyetinin kapsamında kabul ederek teşebbüslere oldukça geniş bir hareket alanı tanıması da esnek bir yapıya sahip olduğunun göstergesidir.

Genel esaslar yönünden 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile paralel hükümler içermesine rağmen Tebliğ’i, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nden farklı kılan en önemli nokta, 2002/2 Sayılı Tebliğ’in pazar payı eşliğine sahip olmamasıdır.

2002/2 Sayılı Tebliğ’in bünyesinde pazar payı eşliğini bulundurmaması, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü’nün ekonomik mantığı ile çelişmektedir. Nitekim 2790/1999 Sayılı Tüzüğün, dikey anlaşmaları ekonomik yönden değerlendirirken esas aldığı yaklaşım; dikey kısıtlamaya bağlı rekabet sorunlarının, yalnızca markalararası rekabetin yetersiz olduğu yani sağlayıcı ya da alıcı düzeyinde belirli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu durumda ortaya çıkabileceği yönündedir. 2002/2 Sayılı Tebliğ’e göre ise, herhangi bir

dikey anlaşmanın söz konusu Tebliğ tarafından sağlanan grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilmesi için, ilgili anlaşmanın tarafları olan sağlayıcı ve alıcının pazar paylarının büyüklüğü önemli değildir.

## ÖZET

Dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikasında son dönemde etkili olan esnek ve ılımlı yaklaşım, dikey anlaşmaların ekonomik analizi neticesinde varılan sonuçların bir ürünüdür. Yapılan çalışmalar, dikey anlaşmaların rekabeti artırıcı ve azaltıcı yönlerinin varlığını ortaya koyarken, söz konusu anlaşma türünün teorik olarak tek bir çatı altında olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilemeyeceği sonucunu da beraberinde getirmiştir.

Alıcı ya da sağlayıcı üzerine yüklenen; belirli bir mal ya da hizmetin alım, satım veya yeniden satımında yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma yükümlülüğünün ana unsur olduğu münhasır dikey anlaşmaların, piyasanın yoğunlaşma derecesine bağlı olarak rekabeti hissedilir derecede olumsuz etkileme potansiyeli, diğer dikey anlaşmalara kıyasla daha yüksektir. Bu açıdan, münhasır dikey anlaşmaların bahsedilen rekabeti kısıtlayıcı etkileri ile etkinlik artırıcı yönlerini dengeye getiren bir politika, ekonomik yaklaşımın bir gereğidir.

Dikey anlaşmalara ilişkin teorik boyutta gözlemlenen yukarıdaki gelişmeler, AT rekabet politikasında da yansıma bulmuştur. Özellikle ekonomik yaklaşımın, 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile birlikte dikey anlaşmalara ilişkin AT rekabet politikasında önemli değişiklikler yarattığı görülmektedir.

AT rekabet politikasının dikey anlaşmalar kanadında gözlemlenen bu önemli değişim, Türk rekabet politikasını da etkilemiştir. Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” söz konusu etkinin en önemli göstergesidir.

Tezimizin birinci bölümünde esas olarak, dikey anlaşmaların ekonomik etkilerini ortaya koyan teorik değerlendirilmeye yer verilmiştir. Aynı zamanda “münhasır dikey anlaşma” kavramının ana unsurları, kapsamı ve türleri de belirlenmiştir.

İkinci bölümde Roma Antlaşması'nın 81 ve 82 nci maddelerinin unsurları, dikey anlaşmalar ve özellikle münhasır dikey anlaşmalar açısından ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise, dikey anlaşmalara ilişkin AT ve Türk rekabet politikalarındaki son gelişmeler değerlendirilmiştir.

## ABSTRACT

Moderate and flexible competition policy in recent years towards vertical agreements is a result of economic analysis of the vertical agreements. Studies have revealed not only the pro-competitive and anti-competitive effects of the vertical agreements but also the conclusion that this type of agreement couldn't evaluate completely positive or negative in theory.

Depending on the market concentration, potential anticompetitive effect of the **exclusive vertical agreements** which are based on an obligation which makes the buyer or supplier deal with only the other part of the agreement in purchasing, selling and reselling is higher than other type of vertical agreements. From this perspective a policy balancing the pro-effective and anti-competitive effects of the vertical agreements is a necessity of economic approach.

The above mentioned theoretic developments have been reflected in EC Competition Policy too. Along with Commission Regulation No: 2790/1999, economic approach has altered EC Competition Policy on vertical agreements.

This important change observed in the vertical agreements dimension of EC Competition Policy affected Turkish Competition Policy as well. "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" accepted by Turkish Competition Board indicates this effect expressly.

In the first part of our thesis, theoretic evaluation which puts the economic effects of the vertical agreements is examined essentially. Also scope, principal components and types of the exclusive vertical agreements are determined.

The second part of our thesis is devoted to examination of article 81 and 82 of the EC Treaty in respect of vertical agreements and specially exclusive vertical agreements. In the third part of our thesis, last developments on vertical agreements in the EC and Turkish Competition Policy are examined.

## BİBLİYOGRAFYA

### I. KİTAPLAR, MAKALELER\*

AGHION, P., BOLTON, P., "Contracts as Barrier to Entry", **American Economic Review**, 77(3), 1987, s.388-401.

ALLISON, R.J., PRENTICE, A.R., **The Legal Environment of Business**, Fourth Edition, U.S.A., Dryden Press, 1992.

AMATO, G., **Antitrust and the Bounds of Power**, Oxford, Hart Publishing, 1997.

APPLEBAUM, H.M., **Antitrust Law Developments**, U.S.A., American Bar Association Press, 1975.

AREEDA, P., KAPLOW, L., **Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases**, 5 th Edition, New York, Aspen Law&Business, 1997.

AREEDA, P., TURNER, D., **Antitrust Law**, Boston, Little Brown, 1978.

ARQUIT, K.J., "Market Power in Vertical Cases", **Antitrust Law Journal**, Vol.60, 1998.

ASLAN, İ.Y., **Rekabet Hukuku**, 2. Basım, Bursa, Ekin Kitapevi, 2001.

AYDIN, N., **İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği**, Ankara, TOBB Yayın No: Genel 150, Ar-Ge 62, 1990.

BAIN, J., **Barriers to New Competition**, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

BADEN, F.C., "Art. 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" 4 **European Law Review** 423, 1979, s.423-443.

BAKER, J.B., "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most-Favored-Customer Clauses", **Antitrust Law Journal**, Vol.64, Spring 1996, s.517-534.

BAKER, J.B., "Policy Watch- Developments in Antitrust Economics", **The Journal of Economic Perspectives**, Winter 1999, s.181-194.

---

\* Yazarın tek bir eserine atf yapılmış ise yalnızca yazarın soyadı belirtilmiştir. Bir yazara ait birden fazla eser olması durumunda, yazarın soyadı ile birlikte her bir eserin yayım yılı da dipnotlarda verilmiştir.

BAUMOL, W.J., BLINDER, A.S., **Economics**, Eighth Edition, U.S.A., Dryden Press.

BELLAMY, C., CHILD, G., **European Community Law of Competition**, Fifth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2001.

BESANKO, D., PERRY, M., “Exclusive Dealing in a Spatial Model of Retail Competition”, **International Journal of Industrial Organization**, Vol.11, 1993, s.297-329.

BIRO, Z., FLETCHER, A., “The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment”, **ECLR** 129, Vol.19, Issue 3, 1998, s.129-138.

BISHOP, S., WALKER, M., **The Economics of EC Competition Law**, London, Sweet & Maxwell, 2002.

BISHOP, S., RIDYARD, D., “E.C. Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policy”, **ECLR**, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.35-38.

BLAIR, R.D., KASERMAN, D.L., “Vertical Integration, Tying and Antitrust Policy”, **American Economic Review** 68, June 1978, s.397-402.

BOCK, B., “An Economist Appraises Vertical Restraints”, **Antitrust Bulletin**, Vol.30, No.1, Spring 1985, s.117-135.

BORK, R.H., “The Rule of Reason and the Per Se Concept”, **Yale Law Journal**, Vol.75(3), 1966, s.373-475.

BORK, R.H., **The Antitrust Paradox - A Policy at War With Itself**, New York, Free Press, 1993.

BOSCHECK, R., “The EU Policy Reform on Vertical Restraints- An Economic Perspective”, **World Competition** 23(4), 2000, s.3-49.

BOWMAN, W.S., “The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance”, **University of Chicago Law Review**, Vol.22, No.4, Summer 1955, s.825-850.

BOWMAN, W.S., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, **Yale Law Journal** 67, November 1957, s.19-36.

CANTOR, A.I., **Tying, Exclusive Dealing and Franchising Issues**, 1999.

CARLTON, D., PERLOFF, J., **Modern Industrial Organization**, Second Edition, New York, Harper Collins College Publishers, 1994.

CAVES, R., PORTER, M., "From Entry Barriers to Mobility Barriers", **Quarterly Journal of Economics**, Vol.91, Issue 2, 1977, s.241-261.

CHARD, J.S., "Economic Effects of Exclusive Purchasing Arrangements in the Distribution of Goods", Luca Pellegrini, Srinivas K. Reddy (edt.) içinde: **Marketing Channels**, Lexington Mass., Lexington Books, 1986, s.39-57.

CHAUDEY, M., FADAİRO, M., **Vertical Restraints: Anti Competitive Tools or Market Failures Palliatives? The Relevance of Contracts Econometrics**, 2002.

CLARK, J.M., "Toward a Concept of Workable Competition" **The American Economic Review** 30, 1939, s.241-256.

CLARKE, R., **Industrial Economics**, Oxford, Basil Blackwell, 1985.

COASE, R.H., "The Nature of the Firm", **Economica** 4, 1937, s.386-405.

COMANOR, W.S., "Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath", **Harvard Law Review**, Vol.81, No.7, 1968, s.1419-1438.

COMANOR, W.S., FRECH, H.E., "The Competitive Effects of Vertical Agreements", **American Economic Review**, 75(3), 1985, s.539-546.

CONFEDERATION OF BRITISH INDUSTRY, **Loosening the Straight Jacket**, London, CBI, 1995.

ÇETİNKAYA, M., **İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:14, Ankara, 2003.

DEACON, D., "Vertical Restraints under EU Competition Law: New Directions", 1995 **Fordham Corp. Law Institute** 307, 1996, s.307-324.

DIXIT, A., "Vertical Integration in a Monopolistically Competitive Industry", **International Journal of Industrial Organization** 1(1), 1983, s.63-78.

DRAHOS, M., **Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community**, Netherlands, Kluwer Law International, 2001.

EEC COMMISSION, **Concentration of Enterprises in Common Market**, Memorandum to the Governments of the Member States, 1965.

EHLERMANN, C.D., LAUDATI, L.L., **Proceedings of the European Competition Forum**, Luxembourg, Wiley & Sons, 1997.

FAULL, J., NIKPAY, A., **The EC Law of Competition**, New York, Oxford University Press, 1999.

GALLINI, N.T., WINTER, R.A., “On Vertical Control in Monopolistic Competition”, **International Journal of Industrial Organization**, Vol. 1, s.275-285.

GELLHORN, E., KOVACIC, W.E., **Antitrust Law & Economics**, 4 th Edition, St. Paul, West Publishing, 1994.

GERBER, D.J., “Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europa”, **The American Journal of Comparative Law**, Volume 42, Number 1, Winter 1994, s.25-84.

GOULD, J.R., PRESTON, L.E., “Resale Price Maintenance and Retail Outlets”, **Economica** 32, 1965, s.302-312.

GOVAERE, I., **The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in UK EC Law**, London, Sweet&Maxwell, 1996.

GOYDER, J., **EU Distribution Law**, Third Edition, Great Britain, Palladian Law Publishing Ltd, 2000.

GÖRGÜLÜ, Ü., **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı**, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

GREAVES, R., **EC Block Exemption Regulations**, U.K., Chancery Law Publishing, 1994.

GREEN, M.B., **Mergers and Acquisitions: Geographical and Spatial Perspectives**, New York, Routledge Inc., 1990.

GREEN, N., ROBERTSON, A., **Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in U.K. and E.C.**, 2 nd Edition, London, Kluwer Law International 1997.

GRIFFITHS, M., “A Glorification of De Minimis”, **ECLR**, Vol.21, Issue 5, 2000, s.241-247.

GÜL, İ., **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara, 2000.

GYSELEN, L., “Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of Free Rider Rationale Under EEC Competition Law”, **Common Market Law Review** 21, 1984, s.647-668.



- HARBORD, D., HOEHN, T., "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy", 14 **International Review of Law and Economics** 411, 1994, s.411-435.
- HARRIGAN, K., "Matching Vertical Integration Strategies to Competitive Conditions", **Strategic Management Journal**, 1986 November-December, 1986, s.535-556.
- HAWK, B.E., **United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide**, 2<sup>nd</sup> Edition, New York, Aspen Law&Business, 1990.
- HAWK, B.E., "System Failure:Vertical Restraint and EC Competition Law", **Common Market Law Review** 32, 1995, s.973-989.
- HILDEBRAND, D., **The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules**, Netherlands, Kluwer Law International, 1998.
- HOUTTE, V., "A Standard of Reason in EEC Antitrust Law: Some Comments on the Application of Parts 1 and 3 of Article 85", **North West Journal of International Law&Business**, Vol.4, 1982.
- HOVENKAMP, J., **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, U.S.A., West Group, 1999.
- HUGHES, M., FOSS, C., ROSS, K., "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law", **ECLR** 10, 2001, s.424-433.
- JEBSEN, P., STEVENS, R., "Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union", **Antitrust Law Journal** 64, 1996, s.443-516.
- JOELSON, M.R., **An International Antitrust Primer**, Second Edition, London, Kluwer Law International, 2001.
- JOLIET, R., **Monopolization and Abuse of Dominant Position**, Liege, Faculte de Droit, 1970.
- JONES, A., SUFRIN, B, **EC Competition Law, Text, Cases and Materials**, United States, Oxford Press, 2001.
- JOSKOW, P.L., "Asset Specificity and the Structure of Vertical Relationships: Empirical Evidence", **Journal of Law, Economics and Organization** 4, Spring 1988, s.95-117.
- KASERMAN, D.L., MAYO, J.W., **Government and Business, USA**, Dryden Press, 1995.

- KATZ, M.L., "Vertical Contractual Relations", Richard Schmalensee, Robert Willig (edt.) içinde: **Handbook of Industrial Organization**, Vol.1, Chapter 11, Amsterdam, Elsevier Science, 1989, s.656-721.
- KAY, J.A., "*Vertical Restraints in European Competition Policy*", **European Economic Review**, Volume 34, 1990, s.551-561.
- KERSE, C.S., **E.C. Antitrust Procedure**, Fourth Edition, London, Sweet&Maxwell, 1998.
- KORAH, V., "Concept of a Dominant Position within the Meaning of Art. 86: Recent Case Law of the Court", **CMLRev**, Issue 17, 1980, s.395-414.
- KORAH, V., **EC Competition Law and Practice**, 5 th Edition, Oxford, Hart Publishing, 1994.
- KORAH, V., **An Introductory Guide To Competition Law and Practice**, 6. Edition, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- KORAH, V., ROTHNIE, W., **Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules**, 2 nd Edition, London, Sweet&Maxwell, 1992.
- KRATTENMAKER, T.G., SALOP, S.C., "Anti-competitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price", **Yale Law Journal**, 96(2), 1986, s.209-293.
- LANG, T.J., "Monopolisation and the Definition of Abuse of a Dominant Position under Art. 86 EEC Treaty", **CMLRev** 16, 1979, s.345-364.
- LAUDATI, L.L., "The First European Competition Forum: Vertical Restraints", **Competition Policy Newsletter** 5, 1995, s.7-10.
- LEVER, J., NEUBAUER, S., "Vertical Restraints, Their Motivation and Justification", **ECLR** 1, 2000, s.7-23.
- LIN, Y., "Dampening-of-Competition Effect of Exclusive Dealing", **Journal of Industrial Economics**, Vol.39, 1991, s.209-223.
- LIPSEY, G.R., STEINER, P.Q., PURVIS, D.D., **Economics**, Ninth Edition, New York, Harper & Row, 1990.
- LUGARD, P., "Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?", **ECLR**, Vol.17, Issue 3, 1996, s.166-177.
- MARSDEN, P., "The Divide on Verticals", S.J. Evenett, A. Lehman, B. Steil (edt.) içinde: **Antitrust Goes Global**, Washington, The Brookings Institution, 2000, s.117-136.

- MARTIN, S., **Industrial Economics**, Second Edition, New Jersey, Prentice Hall, 1994.
- MARVEL, H., “Exclusive Dealing”, **Journal of Law and Economics** 25, April 1982, s.1-26.
- MARVEL, H., MCCAFFERTY, S., “Resale Price Maintenance and Quality Certification”, **RAND Journal of Economics**, Vol. 15, 1984, s. 346-359.
- MATHEWSON, G.F., WINTER R.A., “An Economic Theory of Vertical Restraints”, **RAND Journal of Economics** 15, Spring 1984, s.27-38.
- MAZURSKY, D., JACOBY, J., “Exploring the Development os Store Images”, **Journal of Retailing** 62, 1986, s.145-165.
- MCNUTT, P., “The Appraisal of Vertical Agreements: Competitiveness, Efficiency, Competitive Harm and Dynamic Conduct”, J. Rivas, M. Horspool (edt.) içinde: **Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law**, Netherlands, Kluwer Law International, 2000, s.49-68.
- MENDELSON, M., ROSE, S., **Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements**, Netherlands, Kluwer Law International.
- NAZERALI, J., COWAN, D., “Reforming E.U. Distribution Rules- Has The Commission Found Vertical Reality”, **ECLR**, Issue 3, 1999, s.159-168.
- NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P., SEABRIGHT, P., **Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms**, Centre for Economic Policy Research, 1998.
- NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P., SEABRIGHT, P., **European Competition Policy and Agreements between Firms: Article 85 in Theory and Practice**, London, CEPR, 1998.
- O’BRIEN, D.P., SHAFFER, G., “On the Dampening of Competition Effect of Exclusive Dealing”, **Journal of Industrial Economics**, 41(2), 1993, s.215-221.
- OECD, **Competition and Trade Effects of Vertical Restraints**, COM/DAFFE/CLP/TD(99)54, 1999.
- OFFICE OF FAIR TRADING, **Barriers to Entry and Exit in Competition Policy**, OFT Research Paper 2, 1994.

OFFICE OF FAIR TRADING, **Competition in Retailing**, OFT Research Paper 13, 1997.

ORNSTEIN, S.I., “Exclusive Dealing and Antitrust”, **Antitrust Bulletin** 34(1), Spring 1989, s.65-98.

OSTER, S.M., **Modern Competitive Analysis**, Newyork, Oxford University Press, 1999.

O'TOOLE, F., “The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended”, **ECLR**, Issue 1, 1999, s.5-8.

ÖZ, G.A., **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:4, Ankara, 2000.

PEEPERKORN, L., “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy? – A Reply”, **ECLR**, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.38-41.

PEEPERKORN, L., **Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu**, Çev. Meltem Bağış, Rekabet Dergisi, Sayı 10, 2002, s.77-88.

PINDYCK, R.S., RUBINFELD, D.L., **Microeconomics**, fifth edition, USA, Prentice Hall, 2001.

PITOFESKY, R., “The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions”, **Columbia Law Review**, Vol.78, No.1, 1978, s.1-38.

PORTER, M.E., **Interbrand Choice, Strategy and Bilateral Market Power**, Cambridge, Harvard University Press, 1976.

POSNER, R.A., **Antitrust Law: An Economic Perspective**, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

POSNER, R.A., “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, **University of Chicago Law Review**, Vol.48, No.1, Winter 1981, s.6-26.

PRESTON, L.E., “Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards”, **Law and Contemporary Problems** 30, 1965, s.506-529.

REY, P., STIGLITZ, J., “Vertical Restraints and Producers' Competition”, **European Economic Review**, Vol.32, 1988, s.561-568.

REY, P., STIGLITZ, J., **The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition**, Cambridge, NBER Working Paper Series No:4618, 1994.

REY, P., TIROLE, J., "The Logic of Vertical Restraints", **American Economic Review** 76, No:5, December 1986, s.921-939.

RIDYARD, D., "Exclusive Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82- An Economic Analysis", **ECLR**, Issue 6, Vo.23, 2002, s.286-303.

ROBB, G., **Balzac**, London, Picador, 1994.

RODGER, B.J., MACCULLOCH, A., **Competition Law and Policy in the European Community and U.K.**, London, Cavendish Publishing, 1999.

SANLI, K.C., **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, 2000.

SCHAUB, A., "Vertical Restraints: Key Points and Issue Under The New EC Block Exemption Regulation", 2000 **International Antitrust Law&Policy**, 2001, Ch. 13, s.201-220.

SCHEFFMAN, D., SPILLER, P., "Geographic Market Definition under the US Department of Justice Merger Guidelines", **Journal of Law and Economics**, Vol. 30, 1987, s. 123-147.

SCHMALENSEE, R., "Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry", **Bell Journal of Economics** 9, 1978, s.305-327.

SCHMALENSEE, R., "Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands", **American Economic Review** 72, 1981, s.349-365.

SCHRÖTER, H., "Vertical Restraints under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform of Current Competition Policy", Laurence Gormley (edt) içinde: **Current and Future Perspectives on EC Competition Law**, London, Kluwer Law International, 1997, Ch.2, s.15-30.

SEABRIGHT, P., "Competition Policy Towards Vertical Restraints: Implementable Rules for Competition Authorities", Stephen Martin (edt.) içinde: **Competition Policies in Europe**, Amsterdam, Elsevier Press, 1998, Ch.8, s.161-184.

SHER, B., "Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around", **ECLR**, Issue 10, 2002, s.482-489.

SILVA, L.R., "Law and Policy Towards Vertical Restraints of Trade-The Case of Brazil", **Journal of World Competition** 23(2): 95-99, 2000, s.101-122.

SPENCE, M., "Notes on Advertising, Economics of Scale and Entry Barriers", **Quarterly Journal of Economics** 95, 1980, s.493-507.

STEINER, R.L., "The Nature of Vertical Restraints", **Antitrust Bulletin**, Vol.30, No.1, 1985, s.873-894.

STEINER, R.L., "Intrabrand Competition: Stepchild of Antitrust", **Antitrust Bulletin**, Vol. 36, 1991, s.155-200.

STEUER, R.M., "Exclusive Dealing in Distribution", **Cornell Law Review**, 69(1), 1983, s.101-134.

STEUER, R.M., "The Turning Point in Distribution Law", 35 **Antitrust Bulletin** 467, 1990, s.513.

STIGLITZ, J.E., **Principles of Micro Economics**, 2. Edition, USA, Stanford University, 1997.

STREIT, M., "Economic Order, Private Law and Public Policy- the Freiburg School of Law and Economics in Perspective", **Journal of Institutional and Theoretical Economics** 148, 1992, s.677-683.

SU, K.T., **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Ankara, 2003.

SUBIOTTO, R., AMATO, F., "The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints", **Antitrust Law Journal**, Vol.69, 2001, s.147-193.

SULLIVAN, L.A., GRIMES W.S., **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**, U.S.A., West Group Press, 2000.

TAYLOR, P., **Vertical Agreements-The New Regulation in Context**, U.K., Monitor Press, 2000.

TEKDEMİR, Y., **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini**, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:2, 2003.

TEKİNALP, Ü., TEKİNALP, G., **Avrupa Birliği Hukuku**, İkinci Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1997.

TELSER, L., "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", **Journal of Law and Economics**, Vol. 3, 1960, s.86-105.

- TIROLE, J., **The Theory of Industrial Organization**, Cambridge, MIT Press, 1988.
- TOM, W.K., “Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing”, **Antitrust Law Journal**, Vol.67, Issue 3, 2000, s.615-639.
- UITERMARK, P.J., “The Concept of Competition Underlying the Community’s Control of Collusive Practices”, Aad van Mourik (edt) içinde: **Developments in European Competition Policy**, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1996, s.1-16.
- UTTON, M.A., **Market Dominance and Antitrust Policy**, Second Edition, Great Britain, Edward Elgar Publishing Co., 1996.
- ÜNSAL, E.M., **Mikro İktisat**, 2. Baskı, Ankara, Kutun Ofset, 1998.
- VAN DEN BERGH, R., “Modern Industrial Organization versus Old-fashioned European Competition Law”, **ECLR**, Issue 2, 1996, s.75-87
- VELTROP, J.D., “Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law”, **Common Market Law Review** 31, 1994, s.549-573.
- VISCUSI, W.K., VERNON, J.M., HARRINGTON, E., **Economics of Regulation and Antitrust**, Second Edition, London, MIT Press, 1995.
- WELBROCK, M., “The Pronuptia Judgement- A Critical Appraisal”, 1986 **Fordham Corp. Law Institute** 213, 1987, s.213-227.
- WALDMAN, D.E, JENSEN E.J., **Industrial Organization- Theory and Practice**, U.S.A, Addison-Wesley, 1998.
- WATERSON, M., “On Vertical Restraints and the Law: A Note”, **RAND Journal of Economics** 19, 1988, s.293-297.
- WATERSON, M., DOBSON P.W., **Vertical Restraints and Competition Policy**, Office of Fair Trading Research Paper 12, 1996.
- WEATHERILL, S., BEAUMONT, P., **EC Law**, 2 nd Edition, London, Penguin Books, 1995.
- WERDEN, G., “Four Suggestions on Market Delineation”, **The Antitrust Bulletin**, Vol. 37, 1992, s.107-121.
- WESSELING, R., **The Modernisation of EC Antitrust Law**, Oxford, Hart Publishing, 2000.

WHISH, R., **Competition Law**, Fourth Edition, United Kingdom, Butterworths, 2001.

WHITE, L.J., "Vertical Restraints in Antitrust Law- a Coherent Model", **Antitrust Bulletin**, Vol.26, Summer 1981, s.327-345.

WILLIMSKY, S.M., "The Concept(s) of Competition", **ECLR** 18, 1997, s.54-57.

WILS, W., "Notification, Clearance & Exemption in the EC Competition Law: An Economic Analysis", **European Law Review**, Vol.24, No.4, 1999, s.139-156.

YANIK, M., **Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Ankara, 2003.

YAVUZ, Ş., **Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per se" veya "Rule of Reason"**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:13, Ankara, 2003.

## **II. RAPORLAR ve DİĞER BELGELER**

- European Commission, First Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1971.

- European Commission, VII th Commission Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1977.

- European Commission, XII th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1982.

- European Commission, XIII th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1983.

- European Commission, XIV th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1984.

- European Commission, XV th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1985.

- European Commission, XVI th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1986.

- European Commission, XIX th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1989.



- European Commission, XXII nd Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1992.
- European Commission, XXVI th Report on Competition Policy, Brussels-Luxembourg, 1996.
- Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721, 1997.
- World Trade Organization, Trade and Competition Policy, Annual Report 1997, Vol.1.

### **III. AVRUPA KOMİSYONU'NUN TÜZÜK ve BİLDİRİLERİ**

- Commission Regulation (EEC) No:1983/83 of 22 June 1983 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Distribution Agreements, OJ (1983) L 173/1.
- Commission Regulation (EEC) No:1984/83 of 22 June 1983 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Purchasing Agreements, OJ (1983) L 173/5.
- Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Franchise Agreements, OJ (1988) L359/46.
- Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ (1999) L 336/21.
- Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, OJ (1997) C 372/5.
- Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1.
- Commission Notice, Guidelines on the Applicability of Article 81 of the Treaty to Horizontal Cooperation Agreements, OJ (2001) C 3/2.
- Commission Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Appreciably Restrict Competition Under Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (de minimis), OJ (2001) C 368/13.

### **IV. BAKANLAR KONSEYİ TÜZÜKLERİ**

- Council Regulation 17/62, OJ (1962) 13/204, OJ Sp. Ed. (1962) 87.

- Council Regulation 19/65/EEC of 2 March of the Council on Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Agreements and Concerted Practices, JO (1965) 533, OJ Sp. Ed. (1965-1966) 35.

- Council Regulation (EC) No 1215/1999 of 10 June 1999 Amending Regulation No 19/65 EEC on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Agreements and Concerted Practices , OJ (1999) L 148/1.

- Council Regulation (EC) No 1216/1999 of 10 June 1999 Amending Regulation No 17: First Regulation Implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ (1999) L 148/5.

#### **V. REKABET KURULU KILAVUZ ve TEBLİĞLERİ**

- 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG 4.9.1997 t., 23100 S.

- 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG, 9.9.1997 t., 23105 S.

- Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No:2002/2, RG 14.07.2002 t. ve 24815 S.

- 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu, RG. 09.08.2003 t. ve 25194 S.

- 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalar İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ No:2003/3, RG 18.09.2003 t. ve 25233 S.

#### **VI. AVRUPA KOMİSYONU KARARLARI**

- Adalat (EC Commission Decision 96/478), OJ (1996) L 201/1, (1996) 5 CMLR 416.

- Auditel (EC Commission Decision 93/668), OJ (1993) L 306/50, (1995) 5 CMLR 719.

- BBI/Boosey and Hawkes (EC Commission Decision 87/500), (1987) OJ L 286/36, (1988) 4 CMLR 67.

- BMW (EC Commission Decision 75/73), (1975) OJ L 29/1, (1975) 1 CMLR D44.

- BP Kemi/DDSF (EC Commission Decision 79/934), OJ (1979) L 286/32, (1979) 3 CMLR 684.

- BPB Industries and British Gypsum (EC Commission Decision 89/22), OJ (1989) L 010/50.
- British Gypsum Super Stockist Scheme, (1992) OJ C 321/9, (1993) 4 CMLR 143.
- Cegetal (EC Commission Decision 99/573), OJ (1999) L218/14, (2000) 4 CMLR 106.
- Continental Can Co. Inc. (EC Commission Decision 72/21), OJ (1972) L 7/25, (1972) CMLR D11.
- French-West African Shipowners' Committees (EC Commission Decision 92/262), OJ (1992) L 134/1, 5 CMLR 446.
- IMA Rules (EC Commission Decision 80/1071), OJ (1980) L 318/1.
- Irish Sugar (EC Commission Decision 97/624), OJ (1997) L 258/1, (1997) 5 CMLR 666.
- Langnese-Iglo Gmbh (EC Commission Decision 93/406), OJ (1993) L 183/19, (1994) 4 CMLR 51.
- Liebig Spices (EC Commission Decision 78/172), OJ (1978) L 53/20, (1978) 2 CMLR 116.
- Michelin II (EC Commission Decision 2002/405), OJ (2002) L 143/1.
- Moosehead/Whitbread (EC Commission Decision 90/186), OJ (1990) L 100/32, (1991) 4 CMLR 391.
- Napier Brown-British Sugar (EC Commission Decision 88/518), OJ (1988) L 284/41, (1986) 3 CMLR 594.
- National Panasonic (EC Commission Decision 82/853), OJ (1982) L 354/28, (1983) 1 CMLR 497.
- Pasteur Merieux-Merck (EC Commission Decision 94/770), OJ (1994) L 309/1.
- RAI/Unitel (EC Commission Decision 78/516), OJ (1978) L 157/39.
- Re Vacuum Interrupters Ltd. (EC Commission Decision 77/160), OJ (1997) L 48/32, (1977) 1 CMLR D67.
- Schlegel/CPIO (EC Commission Decision 83/622), OJ (1983) L 351/20.
- Schöller Lebensmittel (EC Commission Decision 93/405), OJ (1993) L 183/1, (1994) 4 CMLR 51.

- Soda-ash-ICI (EC Commission Decision 91/300), OJ (1991) L 152/40, (1994) 4 CMLR 454.
- Soda-ash-Solvay (EC Commission Decision 91/299), OJ (1991) L 152/21.
- Spices (EC Commission Decision 78/172), OJ (1978) L 53/20.
- Tetra Pak I (EC Commission Decision 88/501), OJ (1988) L 272/27.
- Trans-Atlantic Agreement (EC Commission Decision 94/980), OJ (1994) L376/1.
- Van den Bergh Foods (EC Commission Decision 98/531), OJ (1998) L 246/1, (1998) 5 CMLR 530.
- Virgin/British Airways (EC Commission Decision 2000/74), OJ (2000) L30/1, (2000) 4 CMLR 999.
- Volkswagen (EC Commission Decision 98/273), OJ (1998) L 124/60, (1998) 5 CMLR 33.
- Welded Steel Mesh (EC Commission Decision 89/515), OJ (1989) L 260/1, (1991) 4 CMLR 13.
- Whitbread (EC Commission Decision 99/230), OJ (1999) L 88/26, (1999) CMLR 118.

## **VII. AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI KARARLARI**

- Case 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418.
- Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235, (1966) CMLR 357.
- *Case 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin No 1* (1967) ECR 407, (1968) CMLR 26.
- Case 5/69 Franz Völk v. Vervaecke (1969) ECR 295, (1969) CMLR 273.
- Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v. Commission (1970) ECR 661.
- Case 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro (1971) ECR 487, (1971) CMLR 631.
- Case 22/71 Beguelin (1971) ECR 960.
- Case 6/72 Continental Can (1973) ECR 215, (1973) CMLR 199.

- Case 8/72 Vereniging van Cementhandelaren v. Commission (1972) ECR 977, (1973) CMLR 7.
- Case 6&7/73 Istituto Chemioterapico Italiano & Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223, (1974) CMLR 309.
- Case 40/73 Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, (1976) 1 CMLR 295.
- Case 26/76 Metro v. Commission (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1.
- Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207.
- Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211.
- Case 19/77 Miller International Schallplatten v. Commission (1978) ECR 131, (1978) 2 CMLR 334.
- Case 77/77 BP v. Commission (1978) ECR 1513.
- Case 258/78 Nungesser v. Commission (1982) ECR 2015, (1983) 1 CMLR 278.
- Case 61/80 Cooperatieve Stremsel en Kleurselvbriek v. Commission (1981) ECR 851, (1982) 1 CMLR 240.
- Case 100/80 Musique Diffusion Française (1983) ECR 1825, (1983) 3 CMLR 221.
- Case 126/80 Salonia v. Poidomani and Giglio (1981) ECR 1563, (1982) 1 CMLR 64.
- Case 322/81 NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission (1983) ECR 3461.
- Case 107/82 AEG/Telefunken v. Commission (1983) ECR 3151, (1984) 3 CMLR 325.
- Case 193/83 Windsurfing International Inc v. Commission (1986) ECR 611, (1986) 3 CMLR 489.
- Case 234/83 Binon-Cie v. SA Agence et messageries de la presse (1985) ECR 2015, (1985) 3 CMLR 800.
- Case 75/84 Metro v. Commission (1986) ECR 3021, (1987) 1 CMLR 118.

- Cases 142&156/84 BAT & RJ Reynolds v. Commission (1987) ECR 4487, (1988) 4 CMLR 24.
- Case 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986) ECR 353, (1986) 1 CMLR 414.
- Case 31/85 ETA Fabriques d'Ebauches v. DK Investment SA (1985) ECR 3933, (1986) 2 CMLR 674.
- Case 45/85 VdS v. Commission (1987) ECR 405, (1988) 4 CMLR 264.
- Case 311/85 Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst (1987) ECR 3801, (1989) 4 CMLR 213.
- Case 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (1989) ECR 803, (1990) 4 CMLR 102.
- Case 374/94 European Night Services v. Commission, (1998) ECR II-3141, (1998) 5 CMLR 718.
- Case 99/97 Lancome v. Etos and Heijn Supermart (1980) ECR 2511, (1981) 2 CMLR 164.
- Case C-311/84 Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicite Benelux (IPB) (1985) ECR 3261.
- Case C-62/86 AKZO v. Commission (1991) I ECR 3359, (1993) 5 CMLR 215.
- Case C-277/87 Sandoz v. Commission (1990) I ECR 45, 4 CMLR 242.
- Case C-234/89 Delimitis v. Henninger Brau AG (1991) ECR I-935, (1992) 5 CMLR 210.
- Case C-393/92 Almelo and Others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV (1994) ECR I-1477.
- Case C-333/94P Tetra Pak International SA v. Commission (1996) ECR I-5951, (1997) 4 CMLR 662.
- Case C-306/96 Javico International and Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA (1998) ECR I-1983, (1998) 5 CMLR 172.
- Case C-395/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA v. European Commission (2000) ECR I-1365, (2000) 4 CMLR 1076.
- Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH Co. v. Mediaprint Zeitungs (1998) ECR 779.

### **VIII. AVRUPA İLK DERECE MAHKEMESİ KARARLARI**

- Case T-6&7/73 Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223, (1974) 1 CMLR 309.
- Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v. Commission (1991) ECR II-1711, (1992) 4 CMLR 84.
- Case T-30/89 Hilti AG v. Commission (1991) II ECR 1439, (1992) 4 CMLR 16.
- Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v. Commission (1992) II ECR 1931.
- Case T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v. Commission (1993) ECR II-389, (1993) 5 CMLR 32.
- Case T-66/89 Publishers Association v. Commission (1992) II ECR 1995, (1992) 5 CMLR 120.
- Cases T-68&77/89 Societa Italiano Vetro SpA v. Commission (1992) ECR II-1403, (1992) 5 CMLR 302.
- Case T-19/91 Vichy v. Commission, (1992) ECR II-415.
- Case T-66/92 Herlitz AG v. Commission (1994) II ECR 532.
- Case T-77/92 Parker Pen Ltd v. Commission (1994) II ECR 549.
- Case T-9/93 Schöller v. Commission (1995) II ECR 1611.
- Case T-17/93 Matra v. Commission (1994) ECR II-595.
- Case T-24/93, Compagnie Maritime Blege Transports v. Commission (1996) ECR II-1201, (1997) 4 CMLR 273.
- Case T-528/93 Métropole Télévision v. Commission (1996) ECR II-649, (1996) 5 CMLR 386.
- Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 European Night Services [ENS] & Others v. Commission (1998) ECR II-3141.
- Case T-7/95 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, (1995) 5 CMLR 602.
- Case T-176/95 Accinauto v. Commission (1999) II ECR 1635, (2000) 4 CMLR 33.
- Case T-41/96 Bayer v. Commission (2001) 4 CMLR 126.

- Case T-111/96 ITT Promedia NV v. Commission (1998) ECR II-2937, (1998) 5 CMLR 491
- Case T-228/97 Irish Sugar v. Commission, (1999) ECR II-2969, (1999) 5 CMLR 1300.
- Case T-65/98 Van den Berg Foods v. Commission (2003)

#### **IX. REKABET KURULU KARARLARI**

- İGTOD, 24.11.1999 t. 99-53/575-365 S.
- Turkcell A.Ş., 20.7.2001 t. 01-35/347-95 S.
- Karbogaz A.Ş., 23.8.2002 t. 02-49/634-257 S.
- Netcell İletişim, 19.09.2002 t. 2002-2-46 S.
- Unilever A.Ş., 26.12.2002 t. 02-81/940-387 S.
- Camtaş Düzcamlar, 27.02.2003 t. 2002-1-87 S.
- Camtaş Düzcamlar, 10.04.2003 t. 2002-1-25 S.
- Aksa Jeneratör, 10.07.2003 t. D2/1/HSÖ-03/4 S.
- Numil Gıda, 14.08.2003 t. 2002-3-113 S.
- Benkar A.Ş. 15.8.2003 t. 03-57/671-304 S.
- Shell, 02.10.2003 t. D1/1/CS-03/1 S.
- Toys R Us, 13.11.2003 t. D3/1/A.Ç./03/7 S.-
- Kurtalan Çimento, 08.01.2004 t. 2003-1-112 S.
- Yemek Sepeti-1, 25.3.2004 t. 04-22/231-48 S.
- BBA Beymen A.Ş., 29.4.2004 t. 04-30/350-86 S.
- Frito Lay A.Ş., 4.5.2004 t. 04-32/377-95 S.
- Alfa Laval Ltd, 8.7.2004 t. 04-46/587-142 S.
- Efes Pazarlama – Bimpaş Bira A.Ş., 15.7.2004 t. 04-47/610-147 S.
- Deniz Bank-Türkiye Garanti Bankası A.Ş., 22.7.2004 t. 04-48/639-158 S.
- KVK Teknoloji Ürünleri A.Ş., 29.7.2004 t. 04-49/657-163 S.
- Yemek Sepeti-2, 20.9.2004 t. 04-60/869-206 S.
- Elmor Tesisat Malzemesi A.Ş., 21.9.2004 t. 04-61/891-213 S.



- Nine West Group Inc., 27.10.2004 t. 04-69/989-244 S.

**X. ABD ÜST DERECE MAHKEMESİ KARARLARI**

-Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953)

- U.S. Football League v. National Football League, 842 F2d 1335 (2d Cir. 1988).

- National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

- Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

- FTC v. Indiana Federation of Dentists, 106 S.Ct. 2009 (1986).