

**HÂKİM DURUMDA BULUNAN
TEŞEBBÜSLERİN
DİKEY ANLAŞMALAR YOLUYLA
PİYASAYI KAPATMASI**

**HÂKİM DURUMDA BULUNAN
TEŞEBBÜSLERİN
DİKEY ANLAŞMALAR YOLUYLA
PİYASAYI KAPATMASI**

Barış EKDİ

Ankara, Aralık 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ocak 2010
Rekabet Kurumu- Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Cambridge Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Haziran 2003 de “First”
derecesi ile Hukuk Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiş olup, basım
tarihi itibarıyla güncellenmiştir.

Baskı: Cem Veb-Ofset

ISBN 978-975-8936-82-3

YAYIN NO

0239

Hilmi Ekdi

ve

Daniel G. Goyder'in

aziz hatıralarına...

SUNUŞ

Bu çalışmanın temelini, 2002-2003 yıllarında Cambridge Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yazmış olduğum ve "first" derecesi ile kabul edilmiş bulunan hukuk yüksek lisansı (LL.M.) tezi oluşturmaktadır.

Söz konusu tezin küçük bir bölümü, 2004 yılında Rekabet Kurumu ve Erciyes Üniversitesi İşbirliği ile düzenlenen Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II'nda tebliğ olarak sunulmuş ve bu sunum anılan sempozyum kitabında yerini almıştır.

Ancak, orijinal çalışmada yer alan kuramsal incelemeler, ABD ile Avrupa Birliği'nde gündeme gelen davalar ve bunlara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler anılan sempozyum tebliğinden çok daha geniş kapsamlı olduğu için, çalışmanın bir bütün olarak yayınlanmasında yarar görülmüştür.

Diğer yandan, çalışmanın Türkçeye çevrilmesi süreci çeşitli görev değişiklikleri, yoğun bir çalışma temposu ve askerlik görevinin ifası gibi nedenlerle çok yavaş ilerlemiş, ayrıca aradan geçen süre içerisinde ABD, AB ve Türk rekabet hukukunda yeni davalar gündeme gelmiş ve düzenlemeler yapılmış, orijinal çalışmada dikey anlaşmalara yönelik grup muafiyeti tebliğinden yararlanma bakımından pazar payı eşiği getirilmemesi eleştirilir iken eleştiriye konu olan bu ve benzeri hususlar giderilmiştir. Bu nedenle, ABD, AB ve Türkiye uygulamalarına yönelik bölümler ve karşılaştırma bölümü yeniden kaleme alınarak güncelleştirilmiş ve çalışma Temmuz 2009 itibariyle yayına hazır hale getirilmiştir.

Ancak bu kez de anılan tarih itibariyle Dikey Anlaşmalara İlişkin AB Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde değişiklikler yapılması gündeme gelmiş, Taslak Tüzük ve Taslak Rehber yayınlanmış, diğer yandan da Rekabet Kurumu dikey anlaşmalara yönelik yeni bir rehber yayınlamıştır. Söz konusu üç metin de incelenerek bu çalışmadaki yerlerini almıştır.

Son olarak, metnin yayınlanması amacıyla Rekabet Kurumu'na teslim edilmesi ile hakem görüşünün alınmasına kadar geçen kısa süre zarfında bu kez de Avrupa Birliği'nde Lizbon Anlaşması yürürlüğe girmiş ve AT Anlaşmasının madde numaraları bir kez daha değişmiştir. Buna göre anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerin kararları vasıtasıyla rekabetin kısıtlanmasına ilişkin 81. madde 101. madde olarak; hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 82. madde ise 102. madde olarak numaralandırılmış; ancak yayından hemen önce tüm metinde numaralandırmaya ilişkin bu çapta bir değişiklik yapılmasının çeşitli karışıklıklara neden olacağı kaygısıyla numaralandırma Lizbon Anlaşması öncesindeki haliyle bırakılmıştır.

Ülkemizde dikey anlaşmalara ilişkin kurallar hukuksal boyutları itibariyle çeşitli Türkçe kaynaklarda ayrıntılı olarak tartışılmakla birlikte, bu çalışma, dikey anlaşmalara yönelik iktisadi yaklaşım ile rekabet hukukunu bir araya getiren kapsamlı Türkçe kaynaklardan birisi olması nedeniyle ayrı bir önem taşımaktadır.

Bu çalışmayı, bugünlere gelmemde büyük emeği bulunan ve Rekabet Uzmanı unvanını almamdan birkaç hafta önce aramızdan ayrılan Hilmi EKDİ'nin ve Cambridge'de bu tezi yazmam konusunda bana cesaret veren ve mezuniyetimi müteakip vefat eden Daniel G. GOYDER'in anısına ithaf ediyorum.

Barış EKDİ
Rekabet Uzmanı, LL.M., M.BA

Ankara, Aralık 2009.

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KARARLAR TABLOSU	v
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

1. Bölüm PİYASANIN KAPATILMASI, DİKEY KISITLAMALAR VE PAZAR GÜCÜ

1.1. Dikey Kısıtlamalar	3
1.1.1. Teşebbüsleri Dikey Anlaşmalar Yapmaya Sevk Eden Nedenler	3
1.1.2. Dikey Kısıtlama Türleri ve Bunların Birbirleri ile İkame Edilebilirliği	10
1.1.3. Dikey Kısıtlamaların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	12
1.2. Piyasanın Kapatılması Kuramı	15
1.2.1. Münhasırlık İçeren Dikey Kısıtlamalar ve Piyasanın Kapatılması Kuramı	16
1.2.2. Ürünlerin Bağlanmasını İçeren Dikey Kısıtlamalar ve Piyasanın Kapatılması Kuramı	25
1.2.3. Girdi Piyasasının Kapatılması ve Müşterilerin Kapatılması	25
1.2.4. Rekabet Politikası ve Piyasanın Kapatılmasının Tüketiciler Üzerindeki Etkisi	26
1.3. Pazar Gücü Üzerine Bir Not	30
1.4. Kuramsal Tartışmaların Değerlendirilmesi	31

2. Bölüm AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI

2.1. ABD’de Dikey Anlaşmalara İlişkin Yasal Çerçeve	35
2.2. ABD’deki Başlıca Davalar	36
2.3. ABD Uygulamalarının Değerlendirilmesi	49

3. Bölüm
AVRUPA TOPLULUKLARI UYGULAMASI

3.1.	AB’de Dikey Sınırlamalara İlişkin Yasal Çerçeve	51
3.2.	Konuya İlişkin Başlıca AB Kararları	58
3.3.	AB Uygulamasının Değerlendirilmesi	67

4. Bölüm
TÜRKİYE UYGULAMASI

4.1.	Dikey Sınırlamalara İlişkin Türkiye’deki Yasal Çerçeve	71
4.2.	Konuya İlişkin Başlıca Kararlar	74
4.3.	Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi	114

5. Bölüm
ÇAPRAZ KARŞILAŞTIRMALAR ve SONUÇ

5.1.	Piyasayı Kapatma Kuramı	119
5.2.	Piyasa Kapatma Davranışının Değerlendirilmesinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar	121
5.3.	Ülke Uygulamalarının Karşılaştırılması	124
5.4.	Kuram ile Uygulamaların Karşılaştırılması	129
5.5.	Sonuç	132

ÖZET	135
ABSTRACT	136
KAYNAKÇA	137

KARARLAR TABLOSU

Amerika Birleşik Devletleri

Am. Express Travel Related Serv. Co. v. Visa U.S.A., No. 04-CV-8967, 2005 WL 1515399 (S.D.N.Y. June 23, 2005)
Beltone Electronics Corporation, 100 FTC 68, 204 (1982).
CDC Tech., Inc. v. Idexx Labs., Inc., 186 F.3d 81 (2d Cir. 1999).
FTC v Sinclair Refining Co , 261 US 463, 1923.
FTC v. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966)
Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984)
Lorraine Journal v. United States, 324 US 143 (1951).
Minnesota Mining & Mfg. and Imation Corp. v. Appleton Papers, 35 F.Supp.2d 1138 (1999).
Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F3d 1157 (1997).
Ryko Manufacturing Co. v. Eden Services, 823 F.2d 1215 (1987).
Standard Fashion Company v. Magrane–Houston Company, 258 US 346 (1922).
Standard Oil Company of California et al. v. United States, 337 US 293 (1949).
Stop & Shop Supermarket. v. Blue Cross & Blue Shield of R I. 373 F3d 57 (1st Cir. 2004).
Surgical Care Center of Hammond v. Hosp. District No. 1, 309 F.3d 836 (5th Cir. 2002)
Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. et al., 365 US. 320 (1961).
Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc., 127 F.Appx.346, No.03-55-641 (9 Cir. 11/04/05)
United States v. Aluminium Co. of Am., 148 F.2d. 416 (2dCir.1945).
United States v. Dentsply Int'l, Inc., 277 F. Supp. 2d 387, 450–52 (D. Del. 2003).
United States v. Dentsply, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005), cert. denied, 126 S. Ct. 1023 (9/1/06)
United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 70 (D.C. Cir. 2001)

Avrupa Toplulukları

BPB Industries v. Commission , Case T–65/89 [1993] ECR II–389, [1993] 5 CMLR 32.
Braserie de Haecht v. Wilkin-Janssen, Case 23/67 [1967] ECR 407, [1968] CMLR 26
Coca-Cola, Undertakings, Case COMP/39.116 - (June 22, 2005).
Consten/Grundig Davaları, Dava No: 56 ve 58/64 [1966] ECR 299, [1996] CMLR 418
Coöperatieve Stremsel en Kleurselvbriek v. Comm, C-61/80 [1981] ECR 851 [1982] CMLR 240.
Dansk Pelsdyravlerforening & Ors v. Commission, Case T-61/89 (1992) ECR II-1931, p.99.
Delimitis v. Henninger Bräu, Case 234/89 [1991] ECR I–935, [1992] 5 CMLR 210.
Hoffmann–La Roche v. Commission, Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.
Langnese–Iglo v. Commission , Case T–7/93, ([1995] ECR II–1663, 5 CMLR 602).
Masterfoods, Case C–344/98 [2000] ECR I–11369, [2001] 4 CMLR 449.
National Sulphuric Acid Association, OJ (1980) L 260/24
Schöller v. Commission, Case T–9/93 ([1995] ECR II–1663, 5 CMLR 602).
Oscar Bronner v Media Print, Case C-7/97 [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

93/405/EEC (*Schöller*), OJ [1993] L 183/1.
93/406/EEC (*Langnese-Iglo*), OJ [1993] L 183/19.
98/531/EC (*Masterfoods*) OJ [1998] L 246/1.

Rekabet Kurulu Kararları

- BİRYAY – I*, RK: 17.07.2000; 00–26/292–162.
BİRYAY – II, RK: 14.12.2000; 00–49/529–291.
Turkcell, RK: 20.7.2001; 01–35/347–95.
Unilever- I, RK: 26.12.2002; 02-81/940-387.
Advantage Card (Benkar), RK: 15.8.2003; 03–57/671–304.
EFPA : RK: 6.11.2003; 03-71/867-371.
Frito Lay, RK: 04.05.2004; 04-32/377-95.
Bira Muafiyetleri -I: RK: 15.7.2004; 04-47/610-147.
Kar (Kraft) Gıda, RK: 20.09.2004; 04-60/870-207.
Yemek Sepeti, RK: 20.09.2004; 04-60/869-206.
Mey İçki, - I, RK: 19.11.2004; 08-28/321-105.
Bira Muafiyetleri -II: RK: 22.4.2005; 05-27/317-80.
BİMPAŞ, RK: 28.07.2005; 05-49/698-186.
Bira Muafiyetleri – III : RK: 31.10.2005; 05-76/1031-288.
Pera, RK: 24.08.2006; 06-59/7806-231.
Dallas Birahanesi: RK: 02.08.2007; 07-63/763-267.
Mey İçki - II, RK: 10.09.2007; 07-70/863-326.
Coca-Cola, RK: 10.09.2007; 07-70/864-327.
Turkcell-II, RK: 02.4.2008; 08–27/306–97.
Bira Muafiyetleri – IV: RK: 10.04.2008; 04-72/1051-262.
Unilever- II, RK: 15.05.2008; 08-33/421-147.
Karbogaz, RK: 23.08.2002; 02-49/634-257.

KISALTMALAR

AT : Avrupa Toplulukları

ATAD : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

CMLR : Common Market Law Reports

ECR : European Court Reports

FTC : Federal Trade Commission (ABD Federal Ticaret Komisyonu)

İDM : İlk Derece Mahkemesi

OJ : Official Journal (AT Resmi Gazetesi)

RKHK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

USC : United States Code (ABD Kanunu)

YSFB : Yeniden satış fiyatının belirlenmesi

GİRİŞ

“Ronald [Coase] antitröst hukukundan bıktığını, çünkü yargıçların fiyatlar arttığında ortada tekel olduğuna, fiyatlar düştüğünde yıkıcı fiyat uygulaması olduğuna, fiyatlar aynı kaldığında da uyumlu eylem olduğuna hükmettiğini söyledi.”*

Piyasanın kapatılması eylemi, en genel anlamıyla piyasadaki aktörlerin tek taraflı olarak ya da çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla rakiplerin alt ya da üst piyasaya ya da her iki piyasaya birden erişimlerini engellemek amacıyla yaptıkları stratejik davranış olarak değerlendirilebilir. Piyasanın kapatılmasına yönelik davranışlar, sözleşme yapayı reddetme, zorunlu unsura erişimi reddetme gibi tek taraflı eylemlerden münhasırlık ya da ürün bağlama hükümleri içeren dikey anlaşmalar yapmaya kadar uzana geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır.

Bu çalışmanın konusunu teşebbüslerin hukuki ya da fiili münhasırlık içeren dikey anlaşmalar yapmak suretiyle piyasayı kapama eylemlerine ilişkin kuramsal çerçevenin ve ülke uygulamalarının incelenmesi oluşturmaktadır.

Bu minvalde, piyasanın kapatılmasına ilişkin davranışların kuramsal çerçevesinin incelenmesini müteakip dikey sınırlamalara ilişkin düzenleme ve uygulamalar değerlendirilecektir: Rekabet hukuku, etkinlik yaratarak tüketici refahını arttırabileceklerini dikkate alarak dikey anlaşmaları yatay anlaşmalardan ayırır. Bununla birlikte, dikey anlaşmaların olumsuz etkileri konusunda gerek iktisatçılar gerekse hukukçular arasında bir fikir birliği oluşmamıştır. Şikago Okulu’na göre, dikey anlaşmalar yalnızca tüketici yararını arttırmaya yarar, rekabeti kısıtlayıcı, bozucu herhangi bir etkileri yoktur ve bu nedenle de mutlak olarak (*per se*) kanuni sayılmalıdır. Diğer yandan, hâkim durumdaki teşebbüslerin dikey kısıtlamaları stratejik bir şekilde piyasaya girişi kapatmak için kullanabileceklerini öne sürerek muhakeme kuralı (*rule of reason*) yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu nedenle, “piyasanın kapatılması” kavramı dikey anlaşmaların değerlendirilmesi açısından oldukça önemlidir.

Bu noktada iktisat alanındaki kuramsal tartışmaların birçoğunun varsayımlara dayandıkları ve bu varsayımların söz konusu kuramların gerçek hayata, hukuk ve politikaya uygulanmasını kısıtladığına da değinmek gerekir. Dolayısıyla, kuram her ne kadar hâkim durumdaki teşebbüsler ve bunların yaptıkları dikey anlaşmaların stratejik bir şekilde kullanılmasına dayansa da,

* William LANDES, "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Econ at Chicago", JLE (1981) p.193.

bazı yargı alanlarında “piyasanın kapatılması” kavramının hâkim durumda olmayan teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle, hâkim durumda olan ve olmayan teşebbüslere ilişkin yaklaşımların iktisat kuramı ve içtihat hukuku ışığında incelenmesinde yarar vardır. Örneğin, kuram pazar gücünün ve stratejik bir niyetin gerekliliğini vurgulasa da, içtihat hukuku piyasanın kapatılmasını teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız olarak yaptıkları dikey anlaşma demetlerinin “yatay etkisi” ile özdeşleştirmekte ve uygulamanın tutarlılığına gölge düşürmektedir. Bu tezin amacı da, hâkim durumda bulunmak ile dikey anlaşmalar vasıtasıyla piyasanın kapatılması arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktır.

Bu çerçevede birinci bölüm dikey anlaşmalar ve piyasanın kapatılması kuramına ayrılmış ve teşebbüslerin münhasırlık anlaşmaları (veya miktar kotaları gibi eşdeğer kısıtlamaların) veya ürün bağlama (*tying*) yoluyla piyasaya girişi önleyebilecekleri gösterilmeye çalışılmıştır. Ancak, bu çalışmanın kapsamını sınırlandırmak amacıyla ürün bağlamaya ilişkin içtihat hukuku uygulamaları daha sonraki bölümlerde tartışılmamıştır.

İkinci bölüm, piyasanın kapatılması doktrininin iktisat kuramını izleyerek doğup geliştiği Amerika Birleşik Devletleri uygulamasını konu almaktadır. ABD uygulamasında zaman içinde görülen değişim, kuram ile uygulama arasındaki farklılaşmaya da işaret etme açısından önem taşımaktadır.

Ulusal piyasaların bütünleşmesi, pazara giriş özgürlüğünün sağlanması ve tüketici refahı gibi amaçları aynı anda gerçekleştirmeye çalışan Avrupa Toplulukları uygulaması üçüncü bölümde incelenecektir.

Dördüncü bölüm hâkim durumdaki teşebbüslerin piyasaları kapatma kapasitelerini göstermesi ve tamamlayıcı ürünler üzerindeki dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılması açısından önemli dosyaların ele alındığı Türkiye uygulamasını değerlendirmektedir.

Son bölümde kuram ile içtihadın karşılaştırılmasına ayrılmıştır. ABD, AB, Türkiye uygulamalarının birbirleri ile karşılaştırılması ve “piyasanın kapatılması” davranışının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken unsurların ve hâkim durumda bulunmanın etkisinin değerlendirilmesi de yine son bölümün konusunu oluşturmaktadır.

1. Bölüm

PIYASANIN KAPATILMASI, DİKEY KISITLAMALAR VE PAZAR GÜCÜ

Piyasanın kapatılması, özünde, teşebbüslerin tek taraflı eylemleri ya da diğer teşebbüslerle yaptıkları anlaşmalar ile rakiplerini dışlaması ya da rakiplerinin maliyetlerini yükseltmesidir. Her iki durumda da ortaya çıkan sonuç toplumsal refahı olumsuz yönde etkilediğinden bu yöndeki davranışlar rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Kuramsal açıdan değerlendirildiğinde, teşebbüsleri piyasanın kapatılmasına yönelik davranışları mal vermeyi ya da sözleşme yapmayı reddetme, zorunlu unsurlara erişimi engellemeden, aşırı satınalmaya, sadakat indirimleri, münhasırlık ve ürün bağlama koşullarını içeren dikey anlaşmalara kadar uzanmaktadır.

Ancak, dikey anlaşmaların toplumsal refah üzerindeki etkisi ve adli ve idari mercilerin bunları değerlendirmesi piyasa kapatma eylemlerine oranla oldukça muğlâktır. Bu nedenle, piyasanın kapatılmasına yol açacak nitelikteki dikey anlaşmaların incelenmesi önem taşıdığından, bu bölümde piyasayı kapatma kuramının yanı sıra teşebbüsleri dikey anlaşma yapmaya iten nedenler ve bunların piyasaya kapatma ile ilişkisi değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, aktörlerin bilinçli davranışlarının sonucu olmaksızın da bazı piyasalarda çeşitli dikey anlaşma gruplarının toplam etkisi nedeniyle de piyasanın kapatılması söz konusu olabilmektedir –ki bu durum dikey anlaşmaların paralel etkisi olarak değerlendirilmektedir. Bu husus doğrudan bu çalışmanın odak noktasını oluşturmamakla birlikte, özellikle örnek olaylar bazında değerlendirmeye alınacaktır.

1.1. Dikey Kısıtlamalar

1.1.1. Teşebbüsleri Dikey Anlaşmalar Yapmaya Sevk Eden Nedenler

Bir malın nasıl üretileceğini bilmek ve bu malı üretmek bir teşebbüsün piyasada yaşayabilmesi için yeterli değildir. Öncelikle, teşebbüs hammadde, ara madde ve üretim için gerekli diğer girdileri tedarik etmelidir. İkinci olarak, üretim araçlarını ve insan kaynağını organize etmeli ve faaliyetleri için gerekli olan finansmanı bulmalıdır. Üçüncü olarak da, ürünlerini satın alacak müşteriler bulmalı ve ürünlerini bu müşterilere ulaştırabilmelidir.

Girdilerin temini, malların üretimi ve müşterilere sunulması işlevleri aynı zamanda birçok piyasanın da dikey olarak birbirleri ile bağlanması

anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bir teşebbüs doğrudan, yavru şirketler kurarak, bu piyasalarda faaliyette bulunan bir teşebbüsü devralarak ya da söz konusu teşebbüsle birleşerek bu piyasalara girebilir. Son iki seçenek (birleşme ve devralma) genellikle bazı koşullar altında rekabet kurumlarının işlem öncesinde (*ex-ante*) denetimine tabidir.

Diğer bir seçenek ise, bu piyasalarda faaliyette bulunan bağımsız teşebbüsler ile anlaşmalar yapmaktır. Bu durumda, teşebbüs ürünlerini tüketicilere ulaştırması amacıyla toptancıya ya da atanmış bir yeniden satıcıya satar veya girdi temin etmek üzere sağlayıcılarla çeşitli anlaşmalar yapar. Alt ya da üst piyasalardaki teşebbüslerle yapılan bu tür anlaşmalar genellikle “*dikey anlaşmalar*” olarak bilinir. Bu anlaşmalarla tarafların biri ya da ikisi üzerine getirilen kısıtlamalar, niteliklerine ve etkilerine bağlı olarak, rekabet hukukunun konusunu oluşturabilir.

Bir teşebbüs yukarıda değinilen seçeneklerden birini, birkaçını veya hepsini kullanabilir. Örneğin, firma genişledikçe artacak olan işlemleri organize etmenin maliyeti de artabilir veya girişimci, kaynaklardan elde edeceği faydayı ençoklamayı başaramayabilir ve bir noktadan sonra genişlemek yerine söz konusu faaliyetleri piyasadan satın almak firma açısından daha kârlı olabilir: Bu tür bir durumda, bir firmanın en etkin olan seçeneği uygulaması beklenir (Coase, 1988:43).

Korah ve O’Sullivan (2002:4) bu konuda başka örnekler de vermektedir: Üreticiler yerel pazarlara girerken bu pazarlardaki koşulları bilen ve karşılaşılması muhtemel olan sorunlar karşısında deneyimli olan dağıtıcılarla çalışmayı yeğleyebilirler; küçük teşebbüsler başka pazarlara doğrudan girmeleri için gerekli olan mali kaynakları temin edemeyebilirler veya ülkeler arasındaki mevzuat farklılıkları bu tür anlaşmaları gerekli kılabilir.

Diğer tüm anlaşmalar gibi bu anlaşmalar da fırsatçı davranışları engellemek, pozitif dışsallıklardan yararlanmak veya negatif dışsallıklardan kaçınmak amacıyla taraflara çeşitli yükümlülükler ve kısıtlamalar getirmektedir (Dobson ve Waterson, 1996:8).

Dikey kısıtlamaların yalnızca dağıtım seviyesi ile sınırlı olmadığı, girdi sağlayıcısı–üretici ilişkisinde de sıklıkla görüldükleri ayrıca belirtilmelidir. Dolayısıyla bir dikey kısıtlama – iktisatçılar ve rekabet hukuku uygulayıcıları açısından tartışmalı bir alan yaratmak pahasına– kabaca,

. . . üretim zincirinin farklı aşamalarında (örneğin, üretim, toptan satış, perakende satış, dağıtım, girdi temini vb.) faaliyet gösteren teşebbüsler arasında, mal veya hizmetlerin sağlanmasıyla ilgili olarak, taraflardan en az birinin ticari özgürlüğünü, belirtilen miktardaki bir ürünün belirtilen bir fiyattan değişiminin ötesinde sınırlayan kısıtlamalar (Hughes, 2001:424)

olarak tanımlanabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, dikey kısıtlamalar sonucu elde ettikleri kâr, dikey kısıtlamalar nedeniyle uğrayacakları kayıpları aştığı müddetçe, taraflar dikey anlaşmalar vasıtasıyla özgürlüklerinin kısıtlanmasını gönüllü olarak kabul edeceklerdir (Neven *et al.*, 1998: 27–28). Teşebbüslerin dikey kısıtlamalara gönüllü olarak taraf olmalarının istisnasını ise, pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün söz konusu kısıtlamaları çeşitli nedenlerle karşı tarafa dayatması oluşturur.

Tablo 1– Çeşitli Tedarik ve Dağıtım Problemlerine Çözüm Olarak Dikey Kısıtlamaların Kullanılması

Tedarik ve Dağıtımda Karşılaşılan Problem	Çözüm Olarak Uygulanabilecek Dikey Kısıtlama
1. Çifte tekelci fiyatlandırma	<ul style="list-style-type: none"> ▪ İki parçalı fiyatlandırma¹ ▪ Miktar kısıtlamaları ▪ Maksimum satış fiyatı belirleme
2. Yeniden satıcılar arasında “aşırı” rekabet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Yeniden satış fiyatını belirleme ▪ Münhasır dağıtım/satış bölgesi belirleme
3. Yeniden satıcılar arasında bedavacılık (satış öncesi hizmetler, reklam vb. konularda).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Satış öncesi belirli nitelikte hizmet sağlama koşulu ▪ Yeniden satış fiyatının belirlenmesi ▪ Münhasır dağıtım/satış bölgesi belirleme ▪ (Diğer satış yerlerine) mal sağlamama ▪ Münhasırlık anlaşması (rakip malları satmama yükümlülüğü)
4. Yeniden satıcıların optimal sayı ve yoğunlukta olmalarının ve dağıtımda ölçek ekonomilerinden yararlanmalarının sağlanması	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Yeniden satış fiyatının tespiti ▪ (Diğer satış yerlerine) mal sağlamama
5. Diğer üreticilerin ürünün imajından, reklam kampanyalarından ve müşteri çekim gücünden yararlanmaları	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Münhasırlık anlaşması (rakip malları satmama yükümlülüğü)
6. Üreticiler arasındaki rekabet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Münhasırlık anlaşması (rakip malları satmama yükümlülüğü) ▪ Ürün bağlama (tie-in) anlaşmaları ▪ Münhasır dağıtım/satış bölgesi belirleme

Kaynak: Dobson ve Waterson (1996:5)

Bu çerçevede dikey kısıtlamaların ardındaki nedenler iki ana gruba ayrılabilir:

¹ Yeniden satış fiyatının belirlenemediği durumlarda ise, iki parçalı fiyatlandırma (örn. bir franchise bedeli ve satılan ürün başına alınacak sabit bir ücret) uygulanması mümkündür (Neven et al.,1998:27–28).

(i) Taraflar Arasındaki Güdülenme Nedenleri

Sağlayıcı açısından bakıldığında, temel amaç dağıtıcının çıkarlarının kendi çıkarları ile çatışmasının önlenmesidir. Yeniden satıcı ya da alıcı açısından da temel amaç batık maliyet riskinin en aza indirilmesi ve arz sürekliliğinin sağlanmasıdır.

Çifte tekeli fiyatlandırma sorununun giderilmesi: Dikey anlaşmaya taraf olan iki teşebbüsün de tekeli² olduğu bir durumda, üretici/sağlayıcı ürünü yeniden satıcıya marjinal maliyetinin üzerinde tekeli bir kâr koyarak satacak, yeniden satıcı da bu fiyatın üzerine kendi tekeli kâr marjını koyarak ürünü nihai kullanıcılara satacaktır. Bu durumda, ürünün perakende fiyatı marjinal maliyetinin üzerine iki defa tekeli kâr konulmak suretiyle artmış olduğu için, bu fiyat artışı nedeniyle ürüne olan talep azalacak ve üreticinin kârında da düşme olacaktır. Üreticinin bu olumsuzluğu gidermek amacıyla yeniden satıcının tekeli fiyatlandırma yapmasını engellemesi, yalnızca üreticinin kârını artırmayacak aynı zamanda da –ikinci bir tekeli fiyatlandırma engellendiği için– tüketicinin refahında da artışa neden olacaktır³. Üreticinin ifte tekeli fiyatlandırmanın önüne geçebilmek için kullanabileceği iki dikey kısıtlama vardır: (Azami) yeniden satış fiyatını belirlemek ya da yeniden satıcıya en az asgari mal satın alma yükümlülüğü getirmek⁴ (Bishop ve Walker, 1999:88–89).

Yeniden satıcılar arasındaki rekabetin olumsuz etkisi: Üretici ya da yeniden satıcının tekeli olmadığı durumlarda, yeniden satıcının kâr marjını arttırmak amacıyla nihai satış fiyatını yükseltmesi ise tüketicilerin diğer yeniden satıcılara yönelmesine neden olacağından yeniden satıcılar kâr marjlarını mümkün olduğunca düşürmeye çalışabilirler. Bu durumda yeniden satıcıların ürünün tanıtım ve satışı için yeterli kaynak ayırma fırsatı olmayabilir ya da üreticinin talep ettiği niteliklere sahip yeniden satıcılar kâr marjının düşüklüğü nedeniyle söz konusu ürünün yeniden satışını üstlenmekten kaçınabilirler. Sonuçta ürünün üretici açısından yetersiz görülen dağıtım yeniden satış

² Burada “tekeli” sözcüğü ile kastedilen mutlak bir tekeli değildir; teşebbüsün ürününün fiyatını rekabetçi olmayacak şekilde belirleyebilecek pazar gücüne sahip olması ifade edilmektedir.

³ Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken üç önemli husus vardır: (1) reticinin değil de pazar gücüne sahip olan yeniden satıcının, üreticinin tekeli fiyat uygulamasını engellemesi durumunda da aynı sonuca ulaşılabılır. (2) İkinci bir tekeli fiyatlandırma aşamasının önüne geçilmiş olmasının, tüketicinin refahı açısından olumlu bir sonucu olduğu söylense de, bu oluşan fiyatın rekabetçi bir fiyat olduğu anlamına gelmez: Ortada hâlâ bir tekeli fiyatlandırma aşaması vardır ve bu nedenle ister üretici yeniden satıcının isterse yeniden satıcı üreticinin tekeli fiyatlandırma yapmasını engellesin sonuçta uygulanan perakende satış fiyatı rekabetçi fiyattan daha yüksek olacaktır. (3) Eğer yeniden satış düzeyinde rekabetçi bir yapı varsa, ifte tekeli fiyatlandırmanın ortaya çıkma olasılığı azdır.

⁴ Bu noktada satın alma yükümlülüğüne tabi olan asgari miktar yeniden satıcının yeniden satış fiyatını kendi marjinal maliyetine eşitleyecek miktar olmalıdır.

kanallarından taşınması riski ortaya çıktığından üreticiler dikey kısıtlamalarla (örn. münhasır bölge tahsisi, minimum satış fiyatı belirleme) bu sorunu çözmeye çalışabilirler (Dobson ve Waterson, 1996:7).

Yeniden satıcılar arasındaki bedavacılık (free-riding) sorununun giderilmesi: Yeniden satıcılardan birinin ürünü satmak için yapacağı tanıtım, reklam faaliyetleri vb. faaliyetler, servis vb. hizmetler diğer yeniden satıcılar üzerinde pozitif bir dışsallık oluşturur. Söz konusu dışsallıklara izin verilmesi durumunda ise, yeniden satıcılar tanıtım, servis vb. faaliyetler için mümkün olduğunca az çaba göstermeye başlayacak ve yeniden satış şebekesinin tümü tehlikeye girecektir. Örneğin, bir araba üreticisinin bir şehirde iki bayisinin olduğunu varsayalım. Bunlardan birinin arabaları sergilemek için yeterli büyüklükte bir yeri, deneme sürüşü imkanı, teknik konularda bilgili yetişmiş elemanı ve çeşitli servis hizmetleri vardır ve bunlar için katlandığı maliyetler de arabanın satış fiyatına yansımaktadır. İkinci bayilik ise yalnızca ufak bir bürodan oluşmaktadır ve ilkine benzer şekilde faaliyetleri yoktur; yalnızca aracı fabrikadan alarak kullanıcıya teslim etmektedir ve bu nedenle maliyetleri düşük olduğundan arabayı ilk yeniden satıcıya oranla daha ucuza satmaktadır. Müşterinin ilk satış noktasın hizmetlerinden yararlanması, buna karşın arabayı ikinci satıcıdan alması durumunda, ilk satıcı uzun vadede piyasadan çıkacak ya da söz konusu maliyetlere katlanmaktan kaçınmaya başlayacak, bu durumdan üretici de zarar görecektir. Bu nedenle, üretici yeniden satış fiyatını belirlemeyi –ki bu durumda iki satıcı da ürünü aynı fiyattan satacaklarından müşteri daha iyi hizmet edeni tercih edecek ve bu da yeniden satıcılar arasında hizmet kalitesi açısından rekabeti körükleyecektir – ya da ikinci yeniden satıcının bayiliğine son vererek ilk yeniden satıcıyı söz konusu şehir için münhasır bayi olarak tayin etmeyi tercih edebilir⁵ (Hovenkamp, 1999:450–451).

Optimal olmayan yatırımların önüne geçilmesi ve marka imajının korunması: Bir üretici ürününün belirli koşullar altında satılmasını isteyebilir; ancak ürününü satmak için kendi imkanları ile satış yerleri açıp işletmesi ya da sırf söz konusu ürüne özgü bir bayilik teşkilatı oluşturması eğer ürüne yönelik olan talep düşükse optimal bir yatırım olmayabilir. Ürünün satışını bağımsız teşebbüsler aracılığıyla yapmak daha makul olsa bile bağımsız yeniden satış yerlerindeki ürün satış koşulları nedeniyle çeşitli olumsuzluklar ortaya çıkabilir ve ürünün tüketici gözündeki imajı zedelenebilir. Bu nedenle üretici, ürünün imajını korumak amacıyla, yeniden satıcının (satış yerlerinin) belirli niteliklere

⁵ Bu durumda da, araba üreticisi pazarda tekel konumunda olmadığı müddetçe diğer üreticilerin bayilerinden kaynaklanan markalar arası rekabet söz konusu yeniden satıcının hizmet rekabetinde bulunmaya devam etmesini sağlayacak, rakip ürünlerin fiyatları da tekelci fiyatlandırmanın önüne geçecektir

sahip olmasını öngören kısıtlamalar getirebilir ki “seçici dağıtım sistemleri” de bu tür dikey kısıtlamalara örnektir (Bishop ve Walker, 1999:90–91).

Batık maliyetler ve fırsatçılık sorununa karşı dikey anlaşmalar: Sözleşme, önceden taraflardan birinin belirli yükümlülükleri yerine getirmesine, çeşitli batık maliyetlere katlanmasına bağlı ise buna karşılık çeşitli kısıtlamaların gündeme getirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin bir ara parça üreticisinden talep edilen ürünün çok özel nitelikleri var ise ve ara parça üreticisi üretim sürecini değiştirdikten ve bu parçayı ürettikten sonra ürünü başka birine satamayacak konumda ise, alıcının bu ürünü belirli bir süre boyunca ve belirli miktarda alma taahhüdünde bulunmasını talep edebilir (Taylor, 1999:44)⁶.

(ii) Üçüncü Kişilere Karşı Güdülenme Nedenleri

Markalar arası bedavacılığın önlenmesi: Üreticinin yeniden satıcıları reklam kampanyalarında desteklemesi, satış yerlerinin dekorasyonu, personelin eğitimi vb. konularda çeşitli maliyetlere katlanması durumunda, söz konusu yeniden satış yerine gelen müşterilerin üreticinin değil de diğer üreticilerin burada satılan ürünlerini alması söz konusu olabilir (Dobson ve Waterson, 1996:16). Örneğin, bir müşteri A üreticisinin desteklediği bir reklam kampanyası sonucunda A, B ve C marka televizyonların satıldığı bir satış noktasına gelerek televizyonları karşılaştırır, bu arada yine A tarafından eğitilen personel bu müşterinin teknik ayrıntılarına ilişkin sorularını cevaplar, sonuçta müşteri de B ya da C markalı ürünü satın alırsa, B ve C üreticilerinin A'nın yarattığı pozitif dışsallıktan yararlandıklarını söyleyebiliriz. Bu durumda da A söz konusu bedavacılığın önüne geçmek için yeniden satıcıların rakip malları satışını yasaklamak isteyebilir.

Rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak: Dikey kısıtlamalar aynı zamanda hem markalar arası rekabette bedavacılık sorununu gidermek hem de rakipleri piyasanın dışına itmek amacıyla da kullanılabilir: Dobson ve Waterson'a (1996:17) göre,

. . . dağıtıcının rakiplerin mallarını bulundurmasını doğrudan yasaklayan münhasırlık anlaşmaları [rekabet yasağı] veya miktar gereklilikleri ya da ürünlerin birbirlerine bağlanması gibi koşulları içeren ve dağıtıcı üzerinde daha az rakip mal bulundurması yönünde dolaylı olarak baskı yaratan sözleşmeler her iki etkiyi de elde etmek için kullanılabilirler. Ancak, her iki dışsallığın da iktisadi etkinlik açısından çok farklı sonuçları vardır. Üreticinin satış ve promosyon faaliyetleri için optimal yatırım yapmasından kaynaklanan etkinlik örneğinde olduğu gibi, ilk etkiyi [bedavacılık probleminin önlenmesi] kontrol etmek için yapılan faaliyetler genellikle toplumun yararınadır. Diğer yandan, pazarı bölmek, giriş

⁶ Konuya ilişkin başka örnekler için ayrıca bkz. Korah ve O'Sullivan (2002:30).

engelleri yaratmak, mevcut rakiplerin piyasadan çıkmasına neden olmak gibi rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğuran ikinci türdeki etkiler tanım gereği “rekabete aykırı”dırlar ve büyük bir olasılıkla toplumsal refahın azalmasına neden olurlar.

Dolayısıyla, piyasaya girişi engellemek ya da rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla kullanılacaklarından dikey kısıtlamaların rekabetçi ve rekabeti sınırlayan etkilerinin belirlenmesi önemlidir. Ancak, dikey kısıtlamalar yoluyla piyasaya girişin engellenmesi konusuna geçmeden önce dikey kısıtlama türleri ve bunları birbirleri ile ikame edilebilirlikleri konusuna değinmekte yarar vardır.

1.1.2. Dikey Kısıtlama Türleri ve Bunların Birbirleri ile İkame Edilebilirliği

Kaç türü olduğu konusunda herhangi bir fikir birliği olmamakla birlikte, dikey anlaşmalar ilk aşamada kabaca “fiyatla ilgili dikey anlaşmalar” ve “fiyatla ilgili olmayan dikey anlaşmalar” olarak iki gruba ayrılabilir. Rekabet hukuku uygulamalarının ilk dönemlerinde fiyatla ilgili tüm dikey kısıtlamaların *per se* yasadışı oldukları varsayılmış, daha sonraları ise azami fiyat belirlenmesine veya tavsiye fiyat uygulamalarına izin verilmiştir. Ancak, ABD Yüksek Mahkemesi 2007’de *Leegin Kararı*⁷ ile minimum fiyatı belirlemenin de *rule of reason* (muhakeme kuralı) çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Bunun yanı sıra her iki kategori arasında bir noktaya kadar ikame edilebilirlik olduğu da iktisat teorisi çerçevesinde kabul görmektedir. Örneğin, bir teşebbüsün yeniden satıcı için münhasır bir bölge tayin etmesi ve bu bölgede yeniden satıcıya mutlak bölgesel koruma sağlaması (diğer yeniden satıcıların bu bölgeye ya da bölgedeki satıcılara doğrudan ya da dolaylı olarak satış yapmalarının engellemesi) yeniden satış fiyatının belirlenmesi ile eşdeğer bir etki yaratabilir. Aynı durum asgari miktarda mal satın alma yükümlülüğü için de geçerlidir⁸.

Dobson ve Waterson (1996:5) ise dikey kısıtlamaları aşağıdaki şekilde listelemektedir:

⁷ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc., (28/06/2007). bkz. Öz (2009)

⁸ Fiyata ilişkin kısıtlamalar ile bölgesel kısıtlamaların birbirleri yerine kullanabilmelerine ilişkin olarak bkz. Mathewson ve Winter (1984 ve 1988) ve Rey ve Stiglitz (1995:937).

Tablo 2 – Dikey Kısıtlama Türleri

Kısıtlamanın Türü	Örnekler
Dolaylı Fiyatlandırma (<i>Non-linear Pricing</i>)	“Franchise” bedeli ve birim başına sabit bir ücretten oluşan iki parçalı tarife veya bütün ürün gamının satın alınması koşuluyla genel bir indirim yapılmasını öngören sistemler.
Miktar Yükümlülükleri (<i>Quantity Forcing</i>)	Yeniden satıcının dağıtmakla (yeniden satmakla) yükümlü olacağı minimum ürün miktarının belirlenmesi. (örn. bira üreticileri tarafından bağımsız teşebbüslere kiralanan meyhanelerde, kiracıya en az belirli bir miktarda bira satma yükümlülüğü getirilmesi).
Servis Gereklilikleri (<i>Service Requirements</i>)	Satış öncesinde ve sonrasında verilecek servis hizmetlerine ve kampanya hizmetlerine ilişkin olarak getirilen yükümlülükler. Belirli bir marka teçizat ve malzeme kullanımının öngörülmesi (örn. “fast-food franchise sistemleri”).
Dikey Fiyat Tespiti (<i>Resale Price Maintenance</i>)	Nihai satış fiyatının üretici tarafından belirlenmesi (örn. kitap piyasası) Fiyat tabanı ya da tavanının belirlenmesi.
Tedariğin Reddi (<i>Refusal to Supply</i>)	Yeniden satıcıların sayısının sınırlandırılmasını öngören seçici dağıtım sistemleri (örn: parfüm satışları)
Münhasır Dağıtım [Yetkili Satıcılık] (<i>Exclusive Distribution</i>)	Yeniden satıcının münhasıran belirli bir coğrafi bölgede ya da yalnızca belirli bir kategorideki malları satmak üzere yetkilendirilmesi (örn. distribütörlük sözleşmeleri; gazete dağıtımı)
Rekabet Yasağı (<i>Exclusive Dealing</i>)	Yeniden satıcının sağlayıcının mallarına rakip olan malları satmasının, dağıtmasının veya depolamasının yasaklanması (örn. perakende petrol satışı)
Ürün Bağlama (<i>Tie-in Sales</i>)	Dağıtıcıların bütün ürün gamı da dahil olabilecek şekilde bütün malları dağıtmasının (satmasının) öngörüldüğü sözleşmeler.

Neven *et al.* (1998:26–27) dikey sınırlamaları üç ana başlıkta incelemektedir:

- (i) *Fiyat/miktar kısıtlamaları*. Yeniden satış fiyatının, asgari veya azami fiyatın belirlenmesi ya da miktara ilişkin yükümlülükler vb.
- (ii) *İkame mallara ilişkin kısıtlamalar*. Dolaylı fiyatlandırma, münhasır dağıtım, rekabet yasağı gibi.

(iii) *Tamamlayıcı parçalara ilişkin kısıtlamalar*: Servis gereklilikleri, seçici dağıtım sistemleri ya da ürün bağlama.

Yukarıdaki sınıflandırmalara alternatif bir sınıflandırma da Avrupa Komisyonu tarafından yapılmıştır. Komisyon, *Dikey Sınırlamalara İlişkin Rehber*'inde⁹ dört ana kategori altında toplam sekiz adet dikey kısıtlama türü belirtmiştir. Bu sınıflandırma yukarıda değinilen sınırlandırmalara yeni bir tür eklenmediğinden ve üçüncü bölümde inceleneceğinden bu bölümde ayrıca incelenmeyecektir.

Yukarıda da görüldüğü üzere, dikey anlaşmalar farklı isimler altında sınıflandırılrsa da, önemli olan bu anlaşmaların hem teşebbüsler hem de rekabet hukuku açısından piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesidir.

1.1.3. Dikey Kısıtlamaların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Dikey anlaşmaların rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde iki temel görüşün olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bunlardan ilki, dikey kısıtlamaların herhangi bir incelemeye tabi tutulmaksızın yasal kabul edilmesini savunan Şikago Okulu'dur. İkinci grupta ise, dikey anlaşmaların *rule of reason* ilkesine göre değerlendirilmesi savunulmakta ve gerek ABD gerekse AB uygulamalarında bu yaklaşım benimsenmektedir.

Aşağıda Bork'un (1993:297) ifadesiyle, Şikago Okulu dikey kısıtlamaların *per se* yasal olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre;

. . . dikey fiyat tespiti (yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesi), dikey pazar bölünmesi (münhasır dağıtıcı bölgeleri) ve diğer tüm dikey kısıtlamalar tüketiciler açısından yararlıdır ve bu nedenle tamamıyla yasal olarak kabul edilmelidir. Temel iktisat kuramı bize bu tür kısıtlamalar getiren üreticinin arzı kısıtlamaya niyetlenemeyeceğini, (hukukun tarafsız kalmasını gerektiren fiyat ayrımcılığı gibi arzi uygulamalar hariç olmak üzere) bilakis etkinlik yaratmaya niyetlenmiş olması gerektiğini söylemektedir. En sık rastlanan etkinlik yeniden satıcıların daha fazla satış, servis ve promosyon çalışması yapmasının teşvik edilmesidir.

Şikago Okulu'nun temel savına göre, dikey anlaşmanın tarafları rakip değil, bilakis "tamamlayıcı" mal veya hizmetlerin sağlayıcıları olduklarından,

⁹ OJ [2000] C 291/1. Söz konusu dört ana grup "tek marka yükümlülüğü", "sınırlı dağıtım", "yeniden satış fiyatının belirlenmesi", "bölge sınırlaması" olup; "rekabet etmeme yükümlülüğü", "münhasır dağıtım", "münhasır müşteri tahsisi", "seçici dağıtım", "franchise anlaşmaları", "münhasır tedarik anlaşmaları", "ürün bağlama anlaşmaları", "tavsiye fiyat veya yeniden satış fiyatının belirlenmesi" de incelenen başlıca dikey kısıtlama türleri arasındadır.

söz konusu tamamlayıcı ürün ya da hizmetin fiyatının artması asıl ürüne olan talebi de azaltacaktır. Bu nedenle üreticiler yalnızca etkinlik yaratarak söz konusu talep daralmasını dengeleyebilecek nitelikteki kısıtlamaları kabul edeceklerdir (Hughes, 2001:425).

Lafontaine ve Slade (2005) ise, yaptıkları ampirik çalışmalar sonucunda, münhasırlık içeren dikey anlaşmalar ile tüketici refahı arasında doğru orantı olduğu, anlaşmaya taraf olanların temel motivasyonunun maliyetleri düşürmek ve satışları arttırmak olduğu dikkate alındığında, dikey kısıtlamalara yönelik kamu müdahalelerinin hem tarafların hem de tüketicilerin refahını olumsuz yönde etkilediği ve bu anlaşmalar nedeniyle başta piyasaların kapatılması olmak üzere diğer tüm antitröst iddialarının rahatlıkla gözardı edilebileceği sonucuna ulaşmışlardır.

Farrell (2005) Şikago Okulu'nun dikey kısıtlamaların ancak ve ancak etkinlik yaratabileceği ve bu nedenle per se yasal sayılması gerektiği yönündeki iddiasının iki temel sava dayandığını belirterek bunları incelemiştir. Bunlardan ilki, fiyat teorisi ve belirli bir oligopol modeli çerçevesinde özellikle münhasır anlaşmaların etkinlik yarattığıdır. İkinci sav ise, "Şikago Dikey Sorusu" olarak adlandırılan ve rekabeti sınırlayan dikey anlaşmalara ilişkin tüm kuramlara meydan okuyan şu soruya dayanmaktadır: "Eğer dikey sınırlama, bunun muhatabı olan M için zararlı olacak ise, M neden böyle bir anlaşmayı imzalasın?" Farrell ilk sava yönelik olarak; Şikago Okulu'nun spesifik oligopol modelinin yerine başka bir oligopol modelinin kullanıldığı durumlarda dikey anlaşmaların pekala rekabeti sınırlayıcı etkileri olacağını; ikinci sava yönelik olarak da, firmaların belirli durumlarda dışsallıklar nedeniyle dikey anlaşmalara taraf olabileceklerini göstermiştir. Dolayısıyla, Farrell münhasır dikey anlaşmaların her halükarda etkin olduklarına dair genel bir yaklaşımın ekonomik gerekçelerle desteklenmediği sonucuna ulaşmaktadır.

Diğer yandan Comanor (1985:989) Bork'un dikey anlaşmaların yalnızca servis kalitesinde, etkinlikte artış sağladığı yönündeki iddiasına karşı çıkararak, servis kalitesindeki artışın ürünün fiyatının artmasını haklı çıkarıp çıkarmadığını sorgulamaktadır.

Benzer bir şekilde Simpson ve Wickelgren (2001), Şikago Okulu'nun varsayımlarında dikey anlaşmaya taraf olarak tekeli ve yeniden satıcıyı dikkate aldığını, ancak anlaşmanın tekeli ile rekabet halindeki ara mamul üreticileri arasında yapılması durumunda dikey anlaşmaların etkinlik yaratmaktan ziyade tekelin rakiplerinin piyasaya girişini engelleme aracı olabileceğini göstermiştir.

Comanor ve Frech (1985 ve 1987), Krattenmaker ve Salop (1986a), Aghion ve Bolton (1987), Mathewson ve Winter (1988), Rasmusen *et al.* (1991), Rey ve Tirole (1997), Bernheim ve Whinston (1998) ve Simpson ve

Wickelgren (2001) ise münhasırlık (rekabet etmeme) koşulunu farklı varsayımlara dayanan ekonometrik modellerde incelemiş, Mathewson ve Winter (1984 ve 1988), Rey ve Tirole (1986) ve Waterson (1988) dikey fiyat tespiti (DFT) ve münhasır bölgeler üzerinde çalışmış, Jullien ve Rey (2000) ve Krattenmaker and Salop (1986b) dikey anlaşmaların kartel oluşumunu kolaylaştırarak fiyatların artmasına yol açma potansiyellerini araştırmış ve adı geçen yazarların hepsi de dikey anlaşmaların *per se* yasal kabul edilmesine karşı çıkararak *rule of reason*¹⁰ yaklaşımının benimsenmesini önermişlerdir.

Asker (2004 ve 2005) ise, münhasır anlaşmalar yoluyla piyasanın kapatılmasını teşhis etmek üzere ekonometrik bir model önerisinde bulunmuş, söz konusu modeli Şikago bira piyasası verileri ile test etmiştir: Buna göre, *incelenen olay bazında*, piyasanın kapatılması amacına yönelik anlaşmalara müdahale edilmesi ve bunların ortadan kaldırılması durumunda tüketici refahında %42'lere varan oranda bir artış sağlanabileceğini, diğer yandan anlaşmaların piyasayı kapatmaya değil de etkinlik sağlamaya yönelik olması durumunda ise, bunlara müdahale etmenin tüketici refahında %21'lik bir kayba yol açabileceğini, bu nedenle müdahale aşamasında dikkatli olunması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Hatta Rey ve Stiglitz (1995:446) cetvelin diğer ucunda yer alarak, “(a) rekabeti kısıtlamaksızın başka bir yolla, (makul bir maliyette) elde edilemeyecekleri ve (b) rekabetin kısıtlanmamış olduğu durumdan daha fazla yarar sağlayacak derecede önemli bir etkinlik artışına yol açacakları açıkça kanıtlanmadığı sürece ” dikey anlaşmaların yasaya aykırı kabul edilmeleri gerektiğini savunmuştur.

Benzer bir şekilde Neven *et al.* (1998: 21–25) da Şikago Okulu'nun dikey anlaşmaların *per se* yasal sayılmaları gerektiği önerisine karşı üç neden ileri sürmektedir: İlk olarak, dikey anlaşmalar rakipleri piyasa dışına iterek veya piyasaya girişi kapayarak üçüncü kişilere (tüketiciler, mevcut veya olası rakipler) zarar vermektedir. İkinci olarak, bazı dikey anlaşmalarda, anlaşmaya özgü yatırımlar yapılması sonucunda ortaya çıkan *fırsatçılık* sorunu nedeniyle taraflardan birinin sömürülmesi olasılığının gündeme gelmesi nedeniyle anlaşmalar kanuna aykırı sayılabilir. Üçüncü olarak da, taraflardan birinin pazar gücüne sahip olduğu durumlarda dikey kısıtlamaların etkisizliğe (*inefficiency*) yol açarak tüketicilere zarar vermesi mümkündür.

¹⁰ Söz konusu anlaşmanın herhangi bir koşula bağlı olmaksızın yasal kabulünden ziyade, etkilerinin analizine bağlı olarak, içinde yer aldığı çerçevede rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının belirlenmesi.

Yukarıda yer verilen nedenlerle ABD’de dikey kısıtlamalar *rule of reason* ilkesine göre değerlendirilmekte, AB’de de grup muafiyetlerine ya da bireysel muafiyete konu olmaktadır.

1.2. Piyasanın Kapatılması Kuramı

Piyasanın kapatılması “bir ya da bir grup teşebbüsün olası rakiplerinin alt ya da üst pazarlara giriş olanaklarını kısıtlamak amacıyla yaptıkları stratejik davranış” olarak tanımlanabilir. Piyasanın kapatılması, anlaşma yapmanın mutlak olarak reddi ya da erişim kalitesinin düşürülmesi yoluyla ayrımcılık yapılması gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir teşebbüs münhasırlık anlaşmaları yoluyla önemli hammadde temin kaynaklarına ve/veya dağıtım kanallarına erişimi engelleyerek piyasayı rakiplerine kapatabilir¹¹.

İktisat kuramı açısından dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılması, kullanılan kısıtlamaların niteliğine göre iki ayrı grupta incelenebilir¹²: Piyasanın kapatılması ya münhasırlık anlaşmaları (veya asgari miktar tayini, anlaşma yapmanın reddi gibi aynı etkiyi doğuran diğer kısıtlamalar) yoluyla ya da ürün bağlama anlaşmaları (*tying*) yoluyla gerçekleştirilebilir. Piyasanın kapatılması kuramının gerçek hayatta uygulanması hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile sınırlı değildir. Bazı durumlarda hâkim durumda olmayan teşebbüslerin de piyasayı kapatma suçlaması ile karşı karşıya kaldıkları görülmektedir.

¹¹ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, “Rekabet İle İlgili Konularda Kullanılan Terimler Sözlüğü”, http://europe.eu.int/comm/competition/general_info/f_en.html#t128, Nisan 2003.

¹² Piyasanın kapatılması açısından dikey anlaşmaların dışında üçüncü bir yöntem de dikey birleşme veya devralmalar yoluyla piyasanın kapatılmasıdır. Cournot modelini kullanan Salinger (1988) dikey birleşmelerin iki etkisini göstermektedir: Öncelikle, birleşen firma diğer firmalardan alışveriş yapmadığı için girdi piyasasının entegre olmayan kısmındaki rakip aktörlerin sayısı azalmakta ve bu alt pazarlardaki entegre olmayan firmalara satılan girdilerin fiyatının yükselmesine neden olmaktadır. İkinci olarak, birleşen firma girdi pazarındaki yüksek fiyatlama muhatap olmadığı için marjinal maliyetini düşürme imkanına sahip olmaktadır. Firma daha düşük marjinal maliyet avantajı sayesinde uyguladığı fiyatı düşürerek alt piyasadaki arzı arttırmakta, bu vasıta ile girdi piyasasında entegre olmayan firmaların ürünlerine yönelik dolaylı talebin azalmasına yol açmaktadır. Girdi piyasalarındaki rekabetin kısıtlanmasının etkisiyle ve alt pazarda oluşan girdi talebinin dolaylı olarak kısılması, döngüsel olarak, girdi piyasalarındaki firmaların maliyetlerinin ve dolayısıyla alt piyasaya uyguladıkları fiyatın yükselmesiyle sonuçlanmaktadır. Bu ikinci durumun yarattığı etkiler birleşen firmanın maliyetlerinde gerçekleşen azalmayı aştığı oranda son ürünün fiyatı arttırılmış olur. Ancak, konu ile doğrudan ilgili olmadığından bu çalışmada bu yönde daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

1.2.1. Münhasırlık İçeren Dikey Kısıtlamalar ve Piyasanın Kapatılması Kuramı

Dikey anlaşmaların etkilerine ilişkin olarak Şikago Okulu tarafından başlatılan tartışmalar çerçevesinde bazı iktisatçılar piyasayı kapatma riski içeren münhasırlık anlaşmalarını incelemişlerdir:

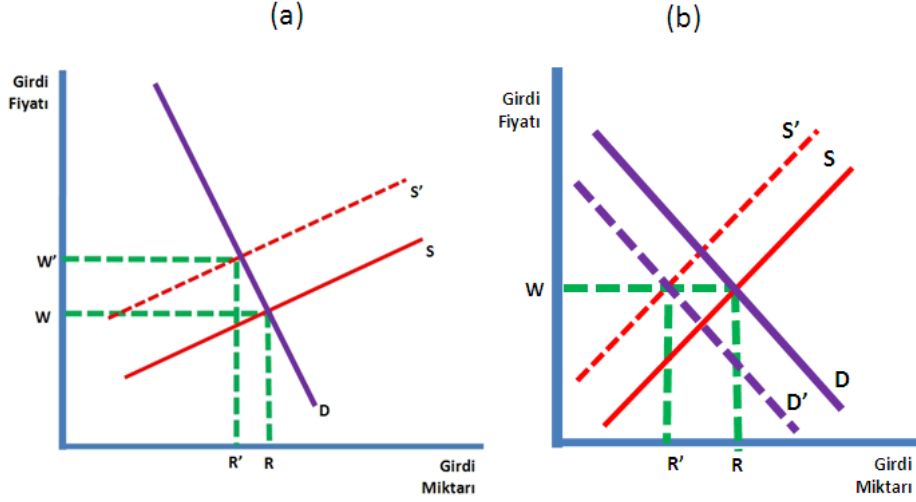
Comanor ve Frech (1985), eğer bir piyasada iki müşteri grubu varsa ve bu gruplardan biri piyasadaki teşebbüsün ürünlerini piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün ürünlerine tercih ediyorsa, bu piyasada sabit birim maliyetlerle söz konusu ürünü üreten hâkim durumdaki teşebbüsün muhtemel rakiplerinin piyasaya giriş maliyetini artırabileceğini göstermiştir.

Mathewson ve Winter (1987:1057–58) rakiplerin piyasaya giriş maliyetlerindeki etkisinin, etkinliğı değerlendirme açısından yanlış bir ölçüt olduğunu öne sürerek yukarıda yer verilen modeli eleştirmiştir. Mathewson ve Winter’e göre Comanor ve Frech, hâkim durumdaki teşebbssn tarafından dayatılan münhasır anlaşmaların, rakiplerin piyasa dışına itilmesine yol açarak mevcut rekabetin azalmasına ve tüketicilerin tercihlerinin kısıtlanmasına neden olacağını savunmaktadır. Ancak, üreticiler aynı zamanda yeniden satıcılar tarafından “seçilmek” için de rekabet etmektedirler. Bu nedenle, eğer yeniden satıcının tekelci satınalma (*monopson*) gücü yoksa, “hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarını disiplin altına alma açısından, münhasır anlaşmalar nedeniyle oluşacak potansiyel rekabet, münhasır anlaşmaların yasaklandığı piyasalarda gerçekleşen rekabetten daha güçlü bir araç olabilir”¹³.

Rakiplerin ihtiyaç duydukları girdileri münhasır anlaşmalar yoluyla bağlayarak “girdi kıtlığı yaratmak” piyasanın kapatılması için tek başına yeterli değildir: Girdi kıtlığı yaratmak denildiğinde ilk akla gelen Şekil 1–(a)’da görüldüğü üzere, arz eğrisinin (S) sola kayması (S’), dolayısıyla münhasırlık anlaşması sonucunda girdi fiyatının artmasıdır ($W \rightarrow W'$). Ancak bu noktada genellikle göz ardı edilen husus şudur: Münhasırlık anlaşması bir yandan da söz konusu mala ilişkin talep eğrisinin sola kaymasına yol açtığı için (bkz. Şekil 1–(b)), fiyat artışı dengelenecek ve girdi fiyatında artış olmayacaktır. Dolayısıyla “Piyasanın kapatılması” kuramı bu açıdan yaklaşıldığında geçerliliğini yitirmektedir (Krattenmaker ve Salop, 1986b:231–234).

¹³ Comanor–Frech ve Mathewson–Winter modellerinin karşılaştırılması ve eleştirisi için ayrıca bkz. Dobson ve Waterson (1996:20) ve Schwartz (1987).

Şekil 1 – Piyasanın Kapatılması Yanılgısı

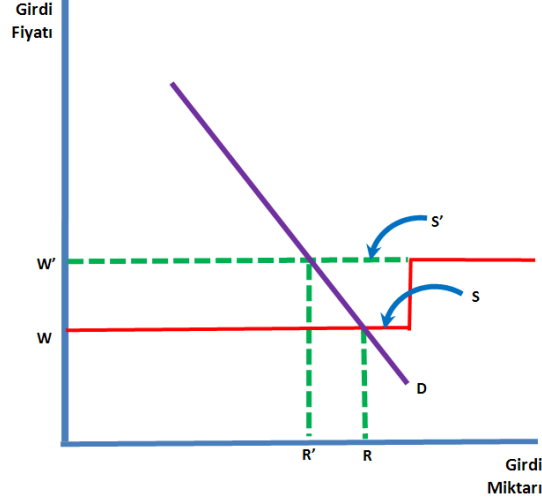


Diğer yandan, aşağıda belirtileceği üzere, dört farklı piyasayı kapatma yöntemi vardır ki, bu yöntemler rakiplerin maliyetinin artmasına neden oldukları için geçerliliklerini korumaktadır (Krattenmaker ve Salop, 1986b:235–242):

- (a) **Darboğaz (Zorunlu Unsur)** yönteminde yeniden satıcı (ya da hammadde alıcısı) bir üst piyasadaki en etkin olan, ürünü en düşük fiyata sağlayan –ve dolaylı olarak girdilerin piyasa fiyatını belirlemekte olan– bütün sağlayıcılar ile (veya bunlardan büyük bir kısmıyla) münhasırlık anlaşmaları yaparak rakiplerinin daha az etkin, daha yüksek maliyetlerle çalışan diğer sağlayıcılarla ya da daha az etkin ikame girdilerle karşı karşıya bırakır.

Bir gemi işletmecisinin bir liman işletmecisi ile anlaşarak söz konusu limanın rakip gemi işletmeleri tarafından kullanılmasını engellemesi bu olaya örnek olarak verilebilir. Coğrafi açıdan ya da kapasite, erişilebilirlik, artalanlarla bağlantı vb. açılardan anlaşmaya konu olan limana alternatif bir liman olmadığı takdirde, rakip gemi işletmecileri ya piyasadan çıkmak ya da daha yüksek maliyetlere katlanmak durumunda kalacaklardır.

Şekil 2 – Darboğaz Oluşturarak Piyasayı Kapatma



Şekil 2’de görüldüğü üzere, normal koşullarda arz (S) ve talebin (D) denge fiyatını (W) seviyesinde oluşturması beklenirken, münhasırlık anlaşmaları ile öncelikle düşük maliyetli sağlayıcıların bağlanması durumunda, rakipler daha yüksek maliyetli sağlayıcıların arz eğrisi (S’) ile karşı karşıya kalmakta ve bu durumda talebin (D) arz eğrisini (S’) kestiği noktada arz miktarı (R)’den (R’)’ye düşerken fiyat da (W’) düzeyine çıkmaktadır.

Bu tür bir durumda, piyasayı kapatmak isteyen teşebbüsün düşük maliyetli sağlayıcının mallarını almasına dahi gerek yoktur; bu sağlayıcının başkasına mal vermesini engellemesi rakiplerin maliyetini yükseltmek için yeterlidir. Girdinin tamamını ya da önemli bir kısmını satın almaksızın yalnızca “münhasırlık” koşulunun satın alınması şeklinde gerçekleşen bu durum, “çiplak münhasırlık” olarak nitelendirilmektedir (Ayrıca bkz. Şekil 3–(a))¹⁴.

- (b) **Gerçek piyasa kapatma** durumunda teşebbüs piyasaya arz edilen ürünün çok önemli bir kısmını münhasıran satın alarak bu kısmın rakipler tarafından kullanılmasını engeller, aynı zamanda rakiplerin artakalan kısım için rekabet etmeleri nedeniyle söz konusu girdinin fiyatının yükselmesine neden olur. Bu yöntemde piyasaya girişin ya da üreticilerin arzı artırma kapasitelerinin sınırlı olması ön koşuldur. **Bu yöntem zorunlu unsura erişimin reddedilmesi yoluyla piyasanın kapatılmasından farklıdır; çünkü zorunlu unsurda erişimi engellenen altyapı, ürün ya da hizmetin niteliği**

¹⁴ Zorunlu unsur kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekdemir (2003) ve Ölmez (2003).

önemli iken bu yöntemde ürünün niteliğinden ziyade piyasadan çekilen miktar önemlidir.

Ayrıca, aşağıdaki örnekte de görüleceği üzere, piyasadan çekilmek istenen miktarın tamamının üretilmiş olması ya da piyasa değeri üzerinden satın alınması zorunluluğu da yoktur: Piyasayı kapatmak isteyen teşebbüsün sağlayıcıya belirli bir “münhasırlık bedeli” ödeyerek sağlayıcının rakiplerine mal tedarik etmesini engellemesi de (yani çıplak münhasırlık satın alması) mümkündür.

Şekil 3–(a)’da görüldüğü üzere, teşebbüs çıplak münhasırlık anlaşması yaptığında piyasadaki talep (D) değişmez; ancak arz eğrisinin (S) sola kaymasına (S’) ve malın fiyatının (W)’den (W’)ye yükselmesine neden olacaktır.

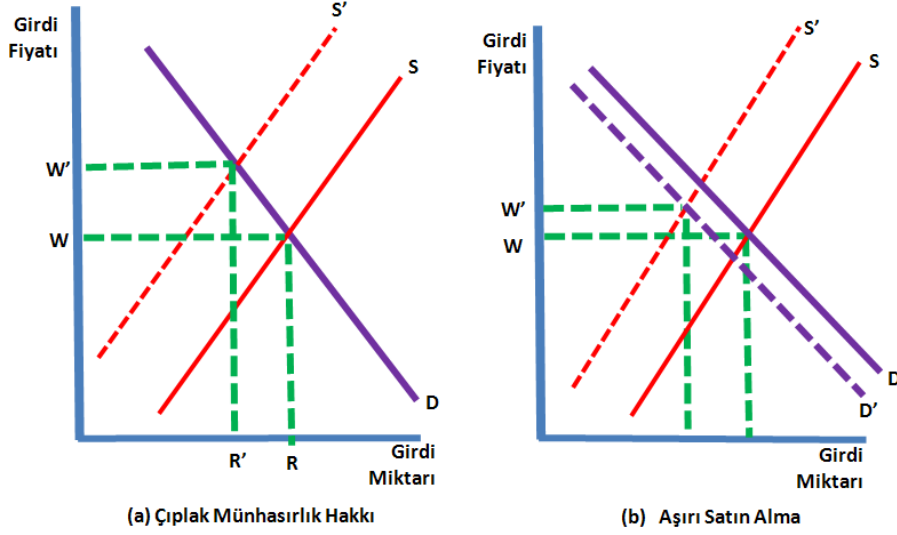
Bunun en tipik örneği Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin 1941 tarihli *Alcoa Davası*’nda¹⁵ görülmektedir: Alüminyum üreticisi olan Alcoa, elektrik üreticileri ile rakip alüminyum üreticilerine elektrik satılmamasını içeren bir sözleşme imzalamıştır. İşin ilginç yanı, Alcoa’nın, elektrik satın almadığı, müşterisi olmadığı üreticilerle de belirli bir bedel karşılığı münhasırlık anlaşması imzalamasıdır. Alüminyum üretimi yoğun miktarda elektrik gerektirdiğinden bu anlaşmalar rakiplerin maliyetini yükseltici etkidedir.

Alcoa ayrıca aynı davada “aşırı satın alma” olarak nitelendirilen bir başka piyasa kapatma türü ile de itham edilmiştir: Bu iddiaya göre Alcoa nadir girdilerden sayılan boksit mineralini çok büyük oranda satın alarak depolamış, bu minerale ihtiyaç duyan rakipler ise boksit üreticilerinin elinde kalan stoklar için birbirleriyle yarışarak ürün fiyatının yükselmesine neden olmuştur.

Bu durum Şekil 3–(b)’de gösterilmiştir: Piyasayı kapatmak isteyen teşebbüs, ihtiyacı olandan daha fazla miktarda girdiyi (D–D’ farkı) piyasadan çekecek ve arzın (S)’den (S’)e düşmesine neden olacaktır. Bu durumda da girdinin fiyatı (W)’den, (W’)ye çıkacaktır. Aşırı satın almada hem piyasayı kapatmak isteyen teşebbüs hem de rakipleri ürün için yüksek fiyat ödeyecektir; ancak buna rağmen aşırı satın almayı gerçekleştiren teşebbüs girdileri daha etkin bir şekilde ya da daha az oranda kullanıyorsa ya da dikey bir yapılanma içindeyse rakiplerine oranla avantaj kazanması mümkündür.

¹⁵ United States v. Aluminum Co. of America, 44 F. Supp. 97, 121, 144.

Şekil 3 – Çıplak Münhasırlık ve Aşırı Satın Alma



- (c) **Kartel organizatörü:** Piyasanın bu şekilde kapatılmasının da iki ayrı şekli vardır: İlk şekilde teşebbüs karşı taraftaki sağlayıcılardan rakiplerine mal verme koşullarını zorlaştırmasını talep edebilir. İkinci şekilde ise teşebbüs bir münhasırlık anlaşması akdederek sağlayıcıların rakiplerine mal vermesini yasaklayabilir. Bu iki yöntem de Krattenmaker ve Salop tarafından “kartel organizatörü” olarak adlandırılmıştır; çünkü bu durumda münhasır anlaşma yapan teşebbüs sağlayıcıları rakiplerine karşı ayrımcı fiyat uygulamaya, rakiplerinin alacağı girdilerin fiyatlarını yükseltmeye teşvik etmektedir.

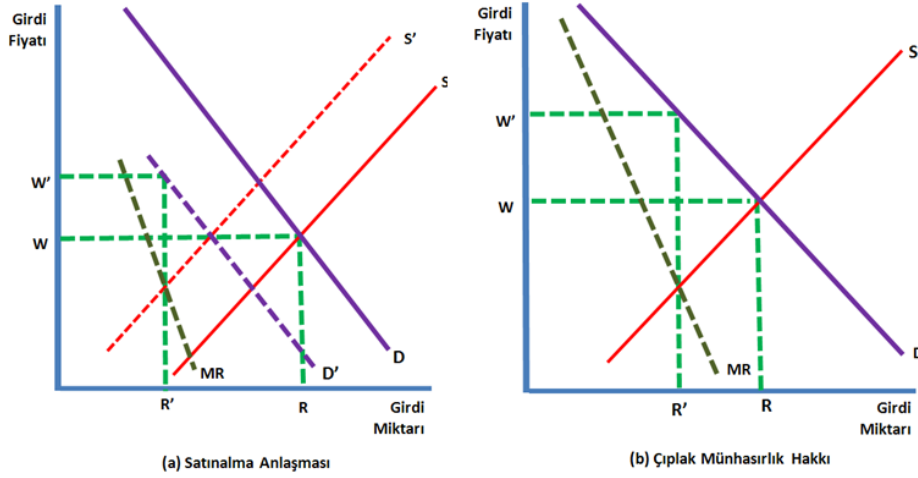
Interstate Circuit davası¹⁶ kartel organizatörü olayına örnektir. Bu davada Texas eyaletinde sinema salonları işleten Interstate, film dağıtıcıları ile kendisine rakip olan teşebbüslere daha yüksek fiyat uygulanması konusunda anlaşmıştır. Interstate ile anlaşma yapan teşebbüsler arasında yatay bir anlaşma olmasa dahi Yüksek Mahkeme bu olayı kartel organizasyonu başlığı altında değerlendirmiştir.

Kartel organizatörü olan teşebbüsün rakiplerin maliyetini ne şekilde yükselttiği Şekil 4-(a)'da gösterilmiştir: Dikey kısıtlama sonucunda münhasırlığı satın alınması talebin (D)'den (D')ye; arzın da (S)'den (S')ye gerilemesine neden olmaktadır. Normal koşullarda, fiyatın çok değişmemesi gerekirken (bkz. Şekil 1 – Piyasanın Kapatılması Yanılgısı); yapılan dikey

¹⁶ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 US 208 (1939).

anlaşma nedeniyle diğer müşteriler için birbirleri ile rekabet etme saikleri ortadan kalkan sağlayıcılar üçüncü kişi durumundaki diğer teşebbüslere tekeli fiyat uygulama olanağına kavuşmaktadır. Dolayısıyla, bu teşebbüsler marjinal hasılları (MR) arzın (S') maliyetine eşitlenene kadar fiyatı arttırma olanağına erişeceklerdir.

Şekil 4 – Kartel Organizatörünün İki Şekli



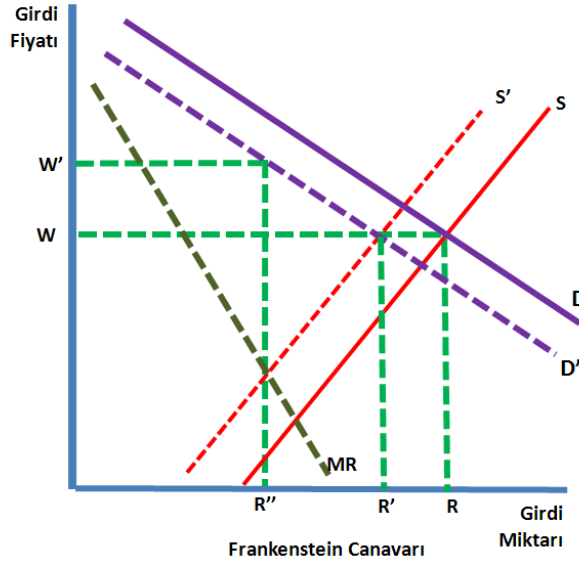
Yukarıda sayılan yöntemden farklı olarak kartel organizatörü ayrıca tedarikçiler ile rakiplerinin taleplerini reddetmesine yönelik bir anlaşma da yapabilir. Bu olay da bir tür çıplak münhasırlık anlaşması olup arz ve talep eğrilerinde herhangi bir değişikliğe neden olmaz, ancak sağlayıcıların Şekil 4-(b)'de gösterildiği gibi tekeli fiyat (W') uygulamasına olanak verebilir.

Kartel organizatörü diğer piyasa kapatma yöntemlerinden farklı olarak yoğun oranda dikey unsurlar içermektedir. Bu durumda tedarikçiler kartel organizatöründen elde edecekleri fayda olmaksızın da üçüncü kişilere tekeli fiyat uygulayarak büyük oranda kazanç elde edebilirler. Ayrıca teşebbüsler fiyatların yükseltilmesine yönelik bu tür bir yatay anlaşmayı dikey anlaşmaların içine gizleyerek kartel üyelerinin birbirlerini aldatmalarını engelleyebilir; dahası piyasayı kapatmak isteyen teşebbüsü bu amaçla gözcü olarak kullanabilirler

- (d) ***Frankenstein Canavarı:*** Bu yöntem piyasa yapısının etkili bir şekilde değişmesine yol açabilecek niteliktedir. Yeniden satıcı ya da girdi alıcısı bazı tedarikçiler ile münhasır anlaşmalar yaparak kendisi ile anlaşma yapmamış olanların aralarında kartel anlaşması yapmalarına ya da uyumlu eylemde bulunmalarına zemin hazırlamaktadır. Örneğin, alıcının biri hariç

tüm tedarikçilerle münhasır anlaşma yapmış olduğunu varsayalım. Bu durumda, eğer piyasaya giriş engelleri de yüksekse, anlaşma yapmamış olan tek tedarikçi diğer girdi alıcıları (münhasırlık anlaşmaları yapan teşebbüsün rakipleri) karşısında tekel olacaktır.

Şekil 5 – Frankenstein Canavarı



Böylelikle normal şartlar altında münhasırlık anlaşması sonucunda arz ve talebin karşılıklı olarak etkilenmesi nedeniyle miktar (R) seviyesinden (R') seviyesine çekilecek ve fiyat değişmeyecek iken, Şekil 5'de görüldüğü üzere, kendisi ile anlaşma yapılmamış olan sağlayıcı(lar) elde ettikleri gücü tekeli fiyatlandırma amacıyla kullanacak ve arz miktarını (R'')ye, dolayısıyla da fiyatı (W')'ye çekebilecektir. Bu yöntemin bir önceki *kartel organizatörü* yönteminden farkı, kartele teşebbüs eden ya da uyumlu eylemde bulunan teşebbüslerin münhasırlık anlaşmalarına taraf olmayan teşebbüsler olmasıdır.

Dolayısıyla, ilk iki yöntemde rakiplerin gerekli girdileri temini ya da hizmetlere ulaşması piyasayı kapatan teşebbüs tarafından doğrudan engellenmekte, son iki yöntemde ise sağlayıcıların münhasırlık anlaşmalarının etkisiyle –açık ya da gizli anlaşmalar yapma fırsatı bularak– girdi arzını kısmaları sonucunda piyasanın kapatılması gerçekleşmektedir.

Krattenmaker ve Salop'a (1986b:243–347) göre bu yöntemler rakiplerin rekabet edebilme yeteneklerini ya da isteklerini üç şekilde etkilemektedir:

- (i) Piyasaya girişin kısıtlı olması ya da mevcut sağlayıcıların arzı artırma olanaklarının olmaması durumunda, geriye kalan girdileri kullanmak, hizmetlerden yararlanmak durumunda kalan rakiplerin maliyetleri, dolayısıyla da ürünlerinin fiyatları yükselmiş olur ve piyasayı kapatan teşebbüs rakiplerini piyasadan dışarı itmese bile rekabetçi bir piyasadakinden daha fazla kâr elde etme olanağına kavuşur.
- (ii) Söz konusu yöntemler bazı rakiplerin piyasadan çıkmasına neden olursa, bu durumda da geriye kalan az sayıdaki teşebbüsün rekabete aykırı şekilde işbirliği yapmaları kolaylaşır.
- (iii) Yukarıda yer verilen yöntemler sonucunda piyasada faaliyet gösteren/gösterecek teşebbüslerin maliyetlerinin yükselmesi piyasaya girecekler açısından bir giriş engeline dönüşebilir.

Benzer bir şekilde, piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüs olası bir rakibin piyasaya girmesi ihtimaline karşı sağlayıcılarla (ya da yeniden satıcılarla) uzun dönemli münhasırlık sözleşmeleri imzalayabilir ve olası rakibini sözleşmelerin süresi bitene kadar beklemeye ya da sağlayıcıları (yeniden satıcıları) bu sözleşmeleri bozmaya teşvik etmek amacıyla onların zararlarını karşılamaya zorlayabilir. Böylece olası rakiplerin piyasaya giriş maliyetleri artırılmış olur. Bu tür durumlarda, sözleşmelerin nominal süresi değil, *etkin süresi* (tarafların sözleşmenin imzalanması sırasında sözleşmenin süresine ilişkin beklentileri) dikkate alınmalıdır; çünkü sözleşme ile verilmek istenen mesaj sözleşmenin süresinden daha önemlidir (Aghion ve Bolton, 1987).

Diğer yandan Posner (2001:232–233) bu konuya ilişkin olarak, (a) münhasırlık sağlamak ve olası rakiplerin girişini caydırmak amacıyla yeniden satıcılara yapılan ödemelerin daha düşük ücretler olarak tüketicilere yansıtacağını (b) cezai şartların genellikle uygulanabilir nitelikte olmadığını belirterek Aghion ve Bolton'un görüşlerine karşı çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, Innes ve Sexton (1994) da bu tür sözleşmelerin yalnızca etkin olmayan (*inefficient*) girişleri caydırabileceklerini ve bu nedenle sosyal refahın artmasına katkıda bulunacaklarını savunmaktadır.

Rasmusen *et al.* (1991:1137)'e göre ise;

Bir tekil müşterilerine [yeniden satıcılar/sağlayıcılar] rakipleri ile anlaşma yapmamayı öngören bir anlaşma imzalamayı [münhasırlık anlaşması] teklif ederek kârını arttıramaz. Ancak, 100 tane müşteri varsa ve etkin olarak faaliyet gösterecek ölçüğe ulaşabilmek için bunlardan en az 15 tanesi ile anlaşmak gerekiyorsa, teklin yalnızca 86 müşteriyi bağlaması piyasaya girişi engellemek için yeterlidir. Her müşteri diğer müşterilerin de bu münhasırlık anlaşmasını

imzalayacağına inanırsa aynı zamanda rakip bir satıcının pazara giremeyeceğine de inanacaktır. Dolayısıyla, bir müşterinin bu münhasırlık anlaşmasını imzalamakla kaybedeceği bir şeyi olmadığından anlaşmayı imzalayacaktır. Bu nedenle, *çıplak münhasırlık* da kârlı olabilir¹⁷.

Üst pazarda bir tekelin aşağı pazardaki iki teşebbüse mal sattığı bir dikey bütünleşmeyi dikey anlaşmalar ile karşılaştıran Rey ve Tirole (1997:27), “*münhasırlık anlaşmalarının hem taraflar açısından hem de toplumsal fayda açısından dikey bütünleşmeye oranla daha az tercih edilebilir olduğu*” sonucuna varmıştır: Çünkü, üst pazardaki tekel, aşağı pazardaki iki teşebbüsten biri ile birleştikten sonra da diğerine mal temin edebilecekken, eğer münhasırlık anlaşması yapar ise bu olanağını yitirecektir.

Simpson ve Wickelgren (2001) ise oyun teorisine dayanan bir başka model öne sürmekte ve *ölçek ekonomilerinin olmadığı durumlarda bile*, yerleşik bir tekelin münhasır anlaşmalara taraf olan teşebbüslere indirim teklif ederek piyasaya girişi engelleyebileceğini savunmaktadır. Söz konusu model üç temel varsayıma dayanmaktadır: (i) piyasada tekel konumunda olan teşebbüs alt piyasadaki rekabet halindeki diğer teşebbüslere satış yapmaktadır. (ii) tekelin olduğu piyasaya girmek isteyen teşebbüs ilk aşamada ürününü piyasadaki teşebbüs kadar düşük maliyetle satamayacaktır. (iii) eğer piyasaya yeni giren teşebbüs bir dönem boyunca en az bir firmaya satış yapabilirse bundan sonraki dönemlerde piyasadaki rakibi ile aynı maliyetle satış yapabilecektir. Bu koşullar dikkate alındığında, tekeli firma uzun dönemli münhasırlık anlaşmaları yaparak piyasaya girişi kapatabilir.

Yukarıdakilerden farklı olarak Comanor ve Rey (2000), dikey kısıtlamaların alternatif dikey yapılar üzerindeki etkilerini incelemiştir. Yazarlara göre, üreticiler ve dağıtıcılardan her biri diğerinin pazarındaki rekabetten faydalanırken, uzun vadede her iki piyasadaki rekabetten zarar göreceklerinden belirli bir aşamadan sonra hem alt pazara hem de üst pazara yeni girişleri engellemenin daha faydalı olacağını düşünebilirler. Bu tür bir durum, rakip dağıtıcıların gelişmesi sınırlandırıldığı için ve/veya piyasaya girmek isteyen yeni üreticiler ürünleri için yeterli etkinlikte bir dağıtım ağı bulamadıkları için rekabet hukuku açısından önem taşımaktadır. Çalışmaya konu olan model çerçevesinde, üretim ve dağıtım aşamalarında tam rekabet olmayan piyasalarda, *hâkim durumdaki dağıtıcı veya dağıtıcıların dikey kısıtlamalar vasıtasıyla piyasaya girmek isteyecek diğer dağıtıcılara piyasayı kapatabilecekleri* gösterilmektedir.

¹⁷ Bu modelin eleştirisi için bkz. Innes ve Sexton (1994).

1.2.2. Ürünlerin Bağlanması İçeren Dikey Kısıtlamalar ve Piyasanın Kapatılması Kuramı¹⁸

Yalnızca münhasırlık değil ürün bağlama (*tying*) anlaşmaları da piyasayı kapatma riskini taşıması nedeniyle çeşitli incelemelere konu olmuştur: Özellikle alt veya üst piyasalardan birisi için ölçek ekonomisine ulaşma sorunu veya piyasaya girişi zorlaştıracak başka bir etken varsa, bağlanan ürünlerin bulunduğu piyasaya ulaşmak da imkânsız hale gelebilir. Bu sayede ürün bağlama, daha saldırgan rakipleri veya piyasaya girecek teşebbüslerin (potansiyel rakiplerin) bağlanan ürünlerin piyasasına ulaşmasını engelleyerek tek bir teşebbüsün hâkim duruma gelmesini veya bir oligopolün oluşmasını kolaylaştırabilir¹⁹. Bu çerçevede, piyasanın ürün bağlama anlaşmaları vasıtasıyla kapatılması ancak istisnai durumlarda gerçekleşebilecek bir olaydır ve piyasanın büyük bir bölümü kapatılmış olsa bile, iki piyasaya da giriş kolay ise riskli bir uygulama olarak değerlendirilmemelidir (Hovenkamp, 1999:419).

Diğer yandan eğer bağlanan ürün piyasası oligopolistik nitelikte ise, ürün bağlama anlaşmaları bağlanan ürün piyasasını kapatarak da tekelleşmeye neden olabilir: Piyasa gücüne sahip olan firma, rakiplerinin bağlanan ürünün bulunduğu piyasadaki satışlarının – dolayısıyla da kârlarının – piyasada kalmaya devam etmeyi anlamsız kılacak şekilde düşmesini sağlayabilir. Bu tür bir davranış, satışların çoğunu kapatmaya dayanan bir davranış olduğu için *stratejik piyasa kapatma* olarak adlandırılır. Aynı durum, tamamlayıcı malların kapatılması açısından da söz konusu olabilir (Whinston, 1989)²⁰.

1.2.3. Girdi Piyasasının Kapatılması ve Müşterilerin Kapatılması

Riordan ve Salop (1995) dikey birleşmeler yoluyla piyasanın kapatılmasını “girdi piyasasının kapatılması” ve “müşterilerin kapatılması” olarak iki ana başlık altında incelemiştir. Bu sınıflandırma dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılması açısından da geçerlidir:

- (a) *Girdi piyasasının kapatılması*, girdileri temin eden sağlayıcının, anlaşma yapmayı reddederek ya da ayrımcılık yaparak aşağı piyasadaki bazı teşebbüslerin maliyetlerini yükseltmesini ve/veya

¹⁸ Bu çalışmada özellikle münhasırlık hükmü içeren dikey anlaşmalar vasıtasıyla piyasanın kapatılması incelendiğinden, ürün bağlama anlaşmaları ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ünüsoy (2003), Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

¹⁹ Örneğin, satıcı bir makinenin patentine sahipse ve bu makine tarafından kullanılan ürünleri de bağlarsa, söz konusu ürünlere ilişkin piyasa kapatılmış olacaktır.

²⁰ Winston’ın teorisinin ayrıntılı incelemesi, örneklendirilmesi ve tamamlayıcı ürünlere ilişkin diğer ürün bağlama – piyasa kapatma ilişkileri için bkz. Hylton and Salinger (2001).

bunları pazarın dışına itmesini ifade etmektedir. Diğer girdi sağlayıcılarının üretimi artırma imkanları kısıtlı ise ya da söz konusu ürünün fiyatının yükselmesine neden olan bu arz kısıntısından yararlanmayı tercih ederlerse (örn. uyumlu eylem) bu strateji başarılı olacaktır. Sonuçta, tüketiciler aşağı piyasalara yansıyan fiyat artışı nedeniyle zarar görecektir ve tüketicilerin nihai üründen daha az satın almaları ya da etkin firmaların etkin olmayan girdi karışımı kullanmak durumunda kalmaları nedeniyle etkinlik kaybı meydana gelecektir.

- (b) *Müşterilerin kapatılması* durumunda ise bir teşebbüs rakiplerini yeterli müşteri tabanına ulaşmalarını engelleyerek piyasanın dışına iter. Bir başka deyişle, eğer bir teşebbüs yeterli sayıda müşterisini rakiplerinden mal almamaya ikna ederse, rakipler etkin bir şekilde üretim yapmalarını ya da piyasada varolmalarını sağlayacak miktardaki ürünü satın alacak sayıda (hacimde) müşteri bulamayabilirler.

Bu iki türdeki piyasa kapatma uygulamasının aynı anda yapılması, bir başka deyişle bir teşebbüsün rakiplerini iki farklı seviyedeki piyasaya girmeye zorlaması da mümkündür. Bu durumda, bir teşebbüs hem girdi temini için bir teşebbüs kurup girdilere ilişkin piyasada faaliyet göstermek, hem de ürettiği ürünün satış ve dağıtımını için bir ağ kurmak durumunda kalabilir²¹.

1.2.4. Rekabet Politikası ve Piyasanın Kapatılmasının Tüketiciler Üzerindeki Etkisi

Piyasadaki girdilerin ya da müşterilerin önemli bir kısmının kapatılmasının rakiplerin piyasanın dışına itilmesine neden olacağı ya da olası rakiplerin piyasaya girişini engelleyeceği konusunda fikir birliğine varıldığı takdirde bundan sonra bizi bekleyen bir diğer önemli soru ise şudur: *Rakiplere zarar verilmesi tüketicilerin de bundan zarar göreceği anlamına gelir mi?*

Rekabetin doğası gereği rakiplere “zarar” verdiği ve rekabet hukukunun –rekabetin korunmasının– en temel amacının tüketici refahını artırmak²² olduğu dikkate alındığında odak noktamız tüketici refahının artışı olmalıdır. Piyasanın kapatılmasının bazı durumlarda rakiplere zarar verdiği ancak tüketicilerin bundan zarar görmeyeceği de savunulabilir.

²¹ 4. Bölüme yer alan BİRYAY olayı bu tür bir uygulamaya ilişkin iyi bir örnektir.

²² “Tüketici faydasının artırılması” ile “toplam faydanın artırılması” amaçlarının birbirinden farklı ve rekabet hukuku açısından değerlendirilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. Salop (2001:180).

Nitekim, “yarışmacı piyasa teorisine” göre, bir teşebbüs rakiplerini piyasadan çıkardıktan sonra hâkim duruma gelse dahi, olası girişler nedeniyle bu durumunu kötüye kullanamayacak, örneğin tekelci fiyat uygulayamayacaktır. Bu nedenle piyasanın kapatılması suretiyle rakiplerin piyasa dışına itilmesi tüketici refahının doğrudan zarar göreceği anlamına gelmez. Bu görüşten yola çıkarak Krattenmaker ve Salop (1986b) “tüketici zararının iki aşamalı analizi”nin yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ancak söz konusu analize geçmeden önce, piyasanın kapatılması lehinde olası savunmaları da incelemekte de fayda vardır:

Whinston (1989:5–6) piyasanın kapatılmasının bazı durumlarda etkinlik yaratabileceğini, bu nedenle de bu durumun toplam etkinlik ve tüketici refahı üzerindeki etkisinin “belirsiz” olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde White (2002) da yazında tam bilgiye dayanan modellerin piyasanın kapatılmasının zararlı olduğunu göstermesine rağmen, eksik bilgiye dayalı modellerde yüksek maliyet yapısına sahip firmaların *piyasa kapatmanın olmadığı durumlarda arzı kısımaya yönelik güdülenme taşıyabileceği*, ancak dikey birleşmelere ya da münhasır anlaşmalara izin verildiği durumlarda bu güdülenmenin ortadan kalktığını (hatta bazı durumlarda da daha yüksek kâr, arz ve refah yaratıldığını) belirtmektedir.

Münhasır haklar için yapılan rekabet de piyasanın kapatılmasının zararlı olduğuna karşı öne sürülen diğer bir savdır: Mathewson ve Winter (1987:1057–62)’a göre, münhasırlık nedeniyle rakiplerin dışlanması sonucunda piyasadaki rekabet düzeyi azalsa, tüketici tercihleri kısıtlanmış olsa dahi, geride kalan üreticiler yeniden satıcıları kendileri ile çalışmaya ikna etmek amacıyla ürünlerinin toptan fiyatlarında indirimle gideceklerdir. Bu durumda fiyatlar, kısıtlamaların olmadığı zamana oranla daha düşük bir seviyede gerçekleşecektir. Bir başka deyişle, mevcut veya olası rakipleri münhasırlık elde etme yarışı, tüketiciler açısından piyasanın kapatılmasından sonra ortaya çıkacak riski bertaraf edebilecek niteliktedir.

Buna karşın, Krattenmaker ve Salop (1986a:110)’a göre;

. . . Münhasır haklar piyasası gerçekten de *rekabet için bir pazardır*. Ancak maalesef, bu pazar iyi bir şekilde işlese dahi etkin bir sonuç sağlamakta başarısız olacaktır, çünkü rekabet klasik bir kamusal maldır^[23].

Salop (2001:195–198) ayrıca “*münhasırlık sözleşmeleri için rekabet*” savunmasına karşı dört sav öne sürmektedir:

²³ Çünkü, bir yeniden satıcı ya da tüketici kendi kararının başkaları üzerindeki etkilerine aldırılmaz, ya da diğer yeniden satıcıların nasıl olsa anlaşmayı imzalayacağına ve rakibin girişinin engelleneceğine inanarak münhasırlık sayesinde elde edeceği “tazminat” yoksun kalmak istemez (Salop, 2001:198).

- Piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüs, daha ufukta herhangi bir rakip görünmezken girdi sağlayıcılarıyla ya da müşterileriyle uzun süreli münhasırlık anlaşmaları imzalayabilir ve bunun sonucunda münhasır haklar için rekabet etme olasılığı hiçbir zaman gerçekleşmeyebilir.
- Eğer olası rakip piyasaya girmeyi başarır, düopol kârı elde edecek, ancak mevcut teşebbüs olası rakibinin girişini engelleyebilirse tekeli kâr elde etmeye devam edecektir. Bu nedenle, münhasırlık anlaşmaları piyasadaki tekeli firma için daha değerlidir²⁴. Olası rakip, bu anlaşmaları bozmak için gereken maliyete katlanmak istemeyebilir ki bu durumda münhasırlık “yapay” bir giriş engeli haline gelir.
- Münhasır anlaşmalar aynı zamanda sağlayıcıların ve müşterilerin yeni bir anlaşma yapma maliyetlerini (*switching costs*) de arttırabilir ve bu nedenle sağlayıcı ve müşteriler piyasaya yeni giren için kaynak ayırmak istemeyebilirler. Aynı şekilde, münhasırlık anlaşmaları uzun dönemli ise ve hepsi aynı anda sona ermiyorsa, piyasaya girmek isteyenlerin bunları koordine etmesi güçleşeceğinden piyasaya giriş zorlaşacaktır²⁵. Bunun yanı sıra, piyasaya girecek olan teşebbüsün münhasırlığa gerek duymaması ya da koordinasyon maliyetine katlanması da aleyhine olacaktır.
- Münhasırlık anlaşmaları kısa dönemli olsa ya da tarafların beyanı bunu sona erdirmek için yeterli olsa dahi, piyasaya giren teşebbüsün piyasada varolabilmek için gereken asgari ölçüğe kısa sürede ulaşabileceğinin garantisi yoktur.

Bu nedenle Krattenmaker ve Salop (1986b:253–266), piyasanın kapatılmasına ilişkin olaylarda “tüketici zararının tespiti için iki aşamalı test” uygulanmasını öne sürmektedir:

²⁴ Salop (2001:196) aşağıdaki örneği vermektedir:
 “Piyasadaki teşebbüsün münhasırlık anlaşmaları yapması ve tekeli durumunu koruması halinde \$200 kazanacağını varsayalım. Eğer piyasaya yeni bir rakip girer ve tekeli kırarsa, yerleşik teşebbüs ve piyasaya giren teşebbüs \$70’erden toplam \$140 kazanacaktır. Çünkü, rekabet üreticilerden tüketicilere zenginlik transferine neden olduğundan üreticilerin toplam kârı düşecektir. Bu durumda, olası rakip münhasırlık anlaşmalarını bozmak ve piyasaya girebilmek için en fazla giriş sonrasında elde edeceği kâr kadar bir masrafa katlanmayı –bu durumda \$70– göze alacaktır. Diğer yandan, yerleşik teşebbüs piyasaya girişi engelleyecek münhasırlık anlaşmaları için, rekabet nedeniyle kârında meydana gelecek azalma kadar bir meblağa – bu durumda \$130– katlanmaya razıdır. Bu durumda oyunu yerleşik teşebbüs kazanacaktır. Bu sonuç, [piyasaya giriş sonrasındaki] rekabet nedeniyle toplam kâr düştüğü sürece geçerlidir.”

²⁵ Tüm sözleşmeler aynı zamanda sona erse dahi, bu durumda da aynı anda piyasaya giren teşebbüsle sözleşme imzalayacak yeterli sayıda müşteri/sağlayıcı bulmak zor olabilir (Salop, 2001:197;dn.26).

İlk aşamada, rakiplerin maliyetindeki artış hesaplanmalı ve bu hesaplama alternatif sağlayıcıların sayısı ve kalitesi ile birlikte talep edecekleri muhtemel bedeli de içermelidir. Çünkü, münhasırlık anlaşmalarından sonra geride kalan [anlaşma yapmamış olan] sağlayıcıların kapasite kısıtları nedeniyle arzı artırmaları mümkün olmayabilir ya da anlaşmaya taraf olanlara oranla maliyetleri daha yüksek olabilir veya – eğer sayıları azsa– uyumlu eylem çerçevesinde daha yüksek bir fiyat talep etmeye yönelik güdülenmeleri olabilir.

“Münhasırlık anlaşmaları sonucunda rakiplere arz edilebilecek ürün miktarı kısıtlandığından rakipler birbirleri ile yarışarak geride kalan ürünün fiyatının yükselmesine neden olur ve münhasırlık anlaşması yapan teşebbüs bu sayede, ürünün maliyetler içindeki payı, net piyasayı kapatma oranı, piyasaya ilişkin diğer faktörler ve giriş engelleri nispetinde rakiplerin maliyetini arttırma gücüne kavuşmuş olur. Net kapama oranı (NKO) anlaşma sonrasında rakiplere arz edilebilecek olan ürün miktarındaki azalmayı ölçer. NKO münhasırlık anlaşması öncesi ile sonrasında sağlayıcıların rakiplere sunabileceği arz kapasitesindeki yüzdesel değişimdir. Dolayısıyla, münhasırlık satın alan teşebbüsün anlaşma öncesi tüketimi [satınması] anlaşma sonrası kapatılan arz miktarından ve daha önce [diğer teşebbüslere de] açık olan kapasiteden düşülür²⁶... Kapatılan arz miktarı büyüdükçe, münhasırlık satın alan teşebbüsün kendi sattığı ürünleri için üst piyasada uygulayacağı fiyatı yükseltme imkânı artacaktır.” (Krattenmaker and Salop, 1986b:259)²⁷

Bu çerçevede Krattenmaker ve Salop (1986b:261–262) münhasırlığa taraf olan teşebbüslerin kapasitelerinin bir “pazar” gibi ele alınarak bu pazara ilişkin HHI’ın hesaplanmasını²⁸ ve –birleşme, devralma dosyalarında olduğu gibi– münhasırlık öncesindeki toplam pazarın HHI’ı ile karşılaştırılmasını önermektedir.

²⁶ Örnek vermek gerekir ise, ayakkabı üreten B firması %10’luk bir pazar payına sahipse ve ayakkabıların tüketicilere satışı ile iştigal eden K firması yeniden satışta piyasanın %30’una sahipse, B’nin K’yı devralması ya da münhasırlık anlaşması yapması sonucunda diğer ayakkabı üreticilerinin K vasıtasıyla müşterilere ulaşmasının engellemesi durumunda NKO %22 olacaktır: Şöyle ki, anlaşmadan önce diğer üreticiler (piyasanın %90’ı) de K firması vasıtasıyla tüketicilere erişebilir iken, K firmasının (B’ye ait %10’luk satış hacmi çıktıktan sonra) %20’lik kapasitesi rakipler açısından erişim dışında kalmaktadır. Bu nedenle anlaşma sonucunda B firması ekstra %20’lik bir payı kapatmış görünmesine rağmen gerçekte piyasanın $20/90 = \%22$ ’si kapanmış olacaktır.

²⁷ “Bu son husus dikey kısıtlamalara ilişkin analizlerde genellikle gözden kaçmaktadır. Bu da büyük oranda ciddi hatalar yapılması riskini beraberinde getirmektedir.” (Salop, 2001:183). Dikey sınırlamaların yatay etkisi için ayrıca bkz. Baker (1996).

²⁸ HHI: Herfindahl–Hirschman İndeksi: İlgili pazardaki teşebbüslerin her birinin pazar paylarının karelerinin toplamı. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde birleşme ve devralma dosyalarının değerlendirilmesinde kullanılmaktadır.

İlk aşama rakipler üzerindeki olası zararların ölçülmesi iken ikinci aşama, fiyat üzerindeki gücün –yani tüketiciye verilecek zararın – ölçülmesini konu alır: Bir teşebbüs rakiplerinin maliyetini artırmak suretiyle fiyatların artmasını sağlayabilir ya da en azından rakiplerinin fiyatları düşürmesini engelleyebilir veya rakiplerini işbirliğine zorlayabilir. Bazı durumlarda ise, bir piyasada birden fazla münhasırlık sistemi olması teşebbüsler arasındaki rekabeti körükleyerek etkinliği artırabilir (Salop, 2001:184).

Sonuçta, her iki aşamadaki zararlar kanıtlandığı takdirde münhasırlık anlaşmaları yoluyla piyasanın kapatılmasının tüketicilere zarar verdiğine ve iktisadi etkinliği azalttığına hükmedilebilir.

1.3. Pazar Gücü Üzerine Bir Not

Krattenmaker *et.al* (1987), rekabeti kısıtlayıcı ekonomik gücün kendisini iki farklı şekilde göstermesini algılayamadıkları ve “piyasa gücü” ile “tekel gücü” şeklinde yersiz bir ayırım yarattıkları için mahkemeleri ve antitröst kurumlarını eleştirmekte ve bu iki kavramın niteliksel olarak aynı olduğunu ve fiyatı rekabetçi düzeyin üzerine çıkarma (veya olası bir fiyat düşüşünü engelleyebilme) gücüne sahip olmayı ifade ettiğini belirtmektedir.

Dolayısıyla, bir veya bir grup teşebbüs rekabeti kısıtlayıcı ekonomik gücünü temel olarak iki farklı şekilde uygulayıp tüketici refahını tehdit edebilir: İlk olarak, teşebbüs kendi arzını kısıp uyguladığı fiyatı yükseltebilir ki bu “klasik Stiglerci güç” (*classical Stiglerian power*) olarak tanımlanır. İkinci olarak ise teşebbüs, piyasayı kapatarak veya daha farklı yollarla rakiplerinin maliyetlerini yükseltebilir ki bu da “Bain tarzı dışlayıcı güç” (*exclusionary Bainian power*) olarak adlandırılmaktadır.

Klasik Stiglerci pazar gücüne, piyasada tekel konumunda olan bir bilye üreticisinin doğrudan üretmekte olduğu bilyelerin arzını kısarak kıtlık yaratması ve piyasadaki fiyatın rekabetçi düzeyin çok üstünde olmasını sağlaması örnek olarak gösterilebilir. Sonuç ise tüketici refahında ve etkinlikte azalmadır.

Bain tarzı pazar gücü ise, rakiplerin maliyetini yükselterek rakiplerin dışlanmasını ifade etmek için kullanılır: Bir piyasada birbirinin aynı maliyet yapısına sahip 100 adet bilye üreticisinin olduğunu ve aynı zamanda bu bilyelere ikame olabilecek misket üreticilerinin de olduğunu varsayalım. Bu tür bir durumda bilye üreticilerinin misket üreticilerinin maliyetlerinin yükselmesini sağlayacak faaliyetlerde bulunmaları durumunda, ikame ürün olan misketin arzı azalacak, fiyatı yükselecek; bu sayede bilye üreticileri de –kendi maliyet yapılarını değiştirmeksizin ve arzı kısmaksızın - daha yüksek fiyat uygulama olanağına kavuşacaktır. Dolayısıyla bilye üreticileri Stiglerci pazar gücü kullanmaksızın (kendi ürünlerinin arzını kısmadan) fiyatı yükseltme olanağı

bulacaklardır – ki buna da Bain tarzı pazar gücü kullanmaya örnektir. Bu durumda da tüketici refahında ve etkinlikte azalma vardır.

Krattenmaker *et.al* (1987)'a göre, Şikago Okulu genellikle bu tür bir güce odaklanmakta ve otoriteler genellikle bu ikinci tarz güç kullanımını gözden kaçırmaktadırlar. Oysa bu iki farklı türdeki güç ayrı ayrı veya bir arada uygulanabilir ve birinin varlığı diğerinin uygulanmasını kolaylaştırır. Dolayısıyla, rekabet hukuku davalarında bu iki gücün varlığı araştırılmalı ve bunlardan birisinin varlığı piyasa gücüne sahip olma açısından yeterli sayılmalıdır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, piyasayı kapatmaya yönelik dikey anlaşmaların özellikle Bain tarzı güç kullanımı çerçevesinde değerlendirilmesinin de önem taşıdığı anlaşılmaktadır.

1.4. Kuramsal Tartışmaların Değerlendirilmesi

Tarihsel gelişim perspektifinden bakıldığında, piyasanın kapatılması ve özellikle münhasır anlaşmalar açısından başlıca üç dönemden söz etmek mümkündür: Başlangıç döneminde –iktisat disiplininin de gelişmesine paralel olarak– yalnızca fiyat kuramına odaklanmak mümkün olabilmiştir. Bu dönemde Şikago Okulu, firmaların münhasır anlaşmalar yoluyla piyasaya gücü kazanmalarının ya da bu gücü pekiştirmelerinin mümkün olmadığını iddia ederek münhasırlık anlaşmalarına antitröst hukuku çerçevesinde müdahale edilmesini eleştirmiştir. Ancak, Şikago Okulu bu tür anlaşmaların herhangi bir faydasını da ortaya koyamamış, sadece zararları ispatlanamadığı için müdahaleye mahal olmadığını belirtebilmiştir. İkinci dönemde ise Coase tarafından geliştirilen “*işlem maliyetleri kuramı*” teşebbüslerin dikey bütünleşmelerini ve dikey sınırlamalarını anlamlandırma açısından Şikago Okulu'nun imdadına yetişmiş, dikey sınırlamaların etkinlik yaratabileceği ve hatta bunların *per se* yasal olmaları gerektiği savı ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bir sonraki dönemde ise, Krattenmaker ve Salop'un “*rakiplerin maliyetini yükseltme kuramı*” çerçevesinde münhasır dikey anlaşmaların piyasayı kapatabileceği ve antitröst açısından müdahale edilmesini gerektirecek uygulamaların ortaya çıkabileceği gösterilmiş ve dikey anlaşmalara yönelik kuramsal çerçeve bir anlamda dengeye oturmuştur (Meese, 2005).

Şu ana kadar ifade edilenlerden de görüldüğü üzere, piyasayı kapatma eylemi kuramsal açıdan oldukça verimli tartışmalara konu olmuştur. Bunun en temel nedenlerinden birisi, piyasayı kapatma davranışının açık kartel anlaşmalarından farklı olarak piyasada farklı seviyelerde faaliyet gösteren firmaların dikey nitelikteki anlaşmaları ile bir arada gündeme gelmesi ve dikey sınırlamaların da genellikle etkinlik sağlayıcı özelliklere sahip olduğuna ilişkin

kanıdır. Bir başka deyişle, dikey sınırlamaların kolaylıkla yatay rekabet kısıtlamalarına dönüşebilme riski tek başına dikey sınırlamaların iyi mi kötü mü olduklarına dair tartışmanın içinde uzunca bir süre göze batmadan varlığını sürdürebilmiştir²⁹. Halihazırda da, dikey sınırlamaların genellikle etkinlik yaratıcı oldukları ve toplumsal refah açısından ancak istisnai durumlarda tehdit oluşturdukları kabul edilmektedir ki bu istisnai durumlardan birisi de piyasanın kapatılmasıdır.

Konuya ilişkin bir diğer zorluk da piyasa kapatmanın etkilerinin analizi için şebeke dışsallıkları, ağ etkisi ve yeni ekonomi piyasaları gibi görece daha sonraları ortaya çıkan iktisadi kavramlara gerek duyulması ve tartışmanın bu yönünün geç başlayabilmesidir.

Kuramsal analiz açısından zorluk yaratan üçüncü husus ise, tekelleşme, piyasa gücünün kullanımı gibi tek taraflı eylemler ile anlaşmaların, birden fazla tarafı olan davranışların bir araya getirilmesi gerekliliğidir. Konunun bu şekilde kavranıp incelenmesi özellikle eylemleri belirli kanun maddeleri çerçevesine sığdırma ve bu çerçevede değerlendirmeye alışık olan mahkemeler açısından yeni yaklaşımları ve esnek bir bakış açısını gerektirmiştir. İlk başlarda konu piyasadaki etkilerden ziyade tarafların ticaret özgürlüğü açısından ele alınmış ve bu durum da doğal olarak yapılan analizlerin farklı yönlere kaymasına neden olmuştur. Kapsamlı analizler ancak çok daha sonraları gelişebilmiştir.

Gelinen noktada, belirli bir piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerin münhasırlık vb. kısıtlamalarla piyasayı kapatabileceklerine dair en azından kuramsal açıdan bir tereddüt olmamakla birlikte, bu eylemin piyasanın kendi dinamikleri içinde rekabetçi piyasalar, münhasırlık için rekabet vb. unsurlarla dengelenip dengelenemeyeceği, bir başka deyişle bu alanda devletin müdahalesine gerek olup olmadığı hâlâ tartışılmaya devam edilmektedir. Bu konuda literatürde henüz bir görüş birliğine varılmamış olsa da, bu tür davranışların iktisadi hayatta çeşitli aksaklıklara neden olduğunu gören hukuk sistemi, haklı olarak çeşitli müdahalelerde bulunmuştur. Doğal olarak bu müdahaleler kapsam ve yerindelik açısından yeni kuramsal tartışmalara da zemin hazırlamıştır.

Açıkta kalan bir başka nokta ise, “*piyasanın kapatılması*” ile “*piyasanın kapanması*” arasındaki farklılıktır. İkinci durumda, benzer nitelikteki dikey

²⁹ Örneğin, Karakurt (2005) çalışmasında “Piyasayı Kapatma Etkisine Etkinlik Argümanları”na dair bir bölüme yer vermiştir. Ancak, söz konusu etkinliği sağlayan unsurlar “piyasanın kapatılması etkisi” değil, münhasırlık, satın alma taahhüdü, kotalar ve miktar kısıtları gibi dikey sınırlamalardır. Piyasanın kapatılmasının özünde rakipleri dışlayıcı, rakiplerin piyasaya girişin, engelleyici ya da maliyetlerini artırıcı bir davranış olduğu dikkate alındığında, etkinlik savunması ile bağdaştırılması gereken unsurların “piyasayı kapatma” eylemi değil de dikey sınırlamalar olması gerektiği açıktır.

anlaşma demetlerinden oluşan bir engel nedeniyle yeni teşebbüslerin piyasaya girişinin zorlaşması söz konusudur. Bir veya birkaç teşebbüsün stratejik eyleminden kaynaklanmayan ve genellikle diğer giriş engelleri ile birlikte anılan bu demetlerin literatürde piyasanın kapatılmasına yönelik eylemler gibi derinlemesine incelendiğinden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, piyasanın kapanması olgusunda –özellikle ABD bakış açısı dikkate alındığında – bunun salt antitröst hukuku sorunu mu yoksa regülasyon sorunu mu olduğunu ayırt etmek mümkün görünmemektedir. Buna rağmen bu konuya ilişkin mahkemeler “piyasaları açmaya yönelik” çeşitli kararlar almış, AB de bu alanı bir regülasyon sorunu olarak değerlendirerek kendi mevzuatına taşımıştır. Bu çalışmanın kapsamında olmadığı için bu husus burada ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Ancak, “piyasanın kapanması” söz konusu olduğunda buna müdahale edilip edilememesi gerektiği de iktisaden olmasa da hukuken tartışılmaya muhtaçtır.

Tüm bunlara rağmen kuramsal açıdan şunları söylemek mümkündür: Tüketici refahı açısından etkileri tartışmalı olsa dahi, firmaların piyasayı kapatmaya yönelik birkaç farklı türde stratejik davranışta bulunması, bu şekilde piyasadaki rekabet kısıtlaması, dikey sınırlamaları piyasayı kapatmada araç olarak kullanması kuramsal olarak mümkün olmanın ötesinde günlük yaşamda da kolaylıkla karşımıza çıkabilecek bir durumdur. Ancak, firmaların bu stratejilerinde başarılı olabilmeleri açısından belirli bir pazar gücüne ihtiyaç duydukları da yine kuramsal çerçevede önemle üzerinde durulan bir husustur.

2. Bölüm

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI

Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasası, modern anlamdaki ilk rekabet hukuku düzenlemesidir. Bunun yanı sıra, ABD dikey anlaşmalara özgü yasa düzeyindeki düzenlemeye sahip olması ve özellikle iktisat disiplininin yararlanma açısından dünyadaki diğer birçok ülkeye örnek olması nedeniyle de önemlidir. Piyasanın kapatılmasına yönelik davranışlar da yine ilk olarak ABD uygulamasında dava ve inceleme konusu olmuş olup bu tartışmalar gerek iktisadi gerekse hukuki düzlemde hızla devam etmektedir. Bu bölümün konusunu da dikey sınırlamalara ilişkin temel ABD düzenlemeleri ile dikey sınırlamalar ile piyasanın kapatılmasını bir araya getiren ABD kararlarının kronolojik olarak incelenmesi oluşturmaktadır.

2.1. ABD'de Dikey Anlaşmalara İlişkin Yasal Çerçeve

Amerika Birleşik Devletleri'nde rekabet (antitröst) hukuku konusunda federal düzeydeki ilk düzenleme 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasası'dır. Bunu müteakip 1914 yılında Clayton Yasası ve Federal Ticaret Komisyonu Yasası yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmanın konusu ile ilgili olan temel hükümler, Sherman Yasası'nın bir ve ikinci maddeleri ile Clayton yasasının üçüncü maddesinde yer almaktadır.

Sherman Yasası'nın birinci maddesi ile "eyaletler arasında veya yabancı ülkelerle yapılan ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü sözleşme, bağlantı veya gizli anlaşma" yasaklanmakta³⁰, aynı yasanın ikinci maddesi ile de "eyaletler arasında veya yabancı ülkelerle yapılan ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü tekel veya tekelleşme teşebbüsü" yasaklanmaktadır³¹.

Bunlara ek olarak Clayton Yasası'nın üçüncü maddesi de dikey anlaşmalara ilişkin olarak "rekabeti kısıtlayan veya tekelleşmeye neden olabilecek nitelikteki anlaşmalar" hukuka aykırı kabul edilmektedir³².

Yukarıda yer verilen üç madde çerçevesinde çeşitli dikey kısıtlamalar mahkemelerde dava konusu olmuş ve 1985 yılında ABD Adalet Bakanlığı "Dikey Kısıtlamalara İlişkin Rehber" yayınlamıştır. Söz konusu rehber 1993 yılı Ağustos ayında yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁰ 15 USC §1.

³¹ 15 USC §2.

³² 15 USC §14.

Diğer yandan, Ulusal Savcılar Birliği³³ (USB) de 1985 yılında dikey kısıtlamalara ilişkin bir rehber yayınlamış ve 1995 yılında bu rehberi gözden geçirmiştir. Adalet Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu rehberi yürürlükten kaldırdığı dikkate alındığında, ABD'de dikey kısıtlamaların düzenlenmesine ilişkin tek metin –herhangi bir bağlayıcılığı olmayan – USB Rehberi'dir.

USB Rehberi, dikey kısıtlamaları (a) yeniden satış fiyatını belirleme (YSFB), (b) fiyat-dışı dikey kısıtlamalar ve (c) ürün bağlama anlaşmaları olmak üzere üç temel başlık altında ele almakta ve YSFB'nin mutlak olarak (*per se*) yasadışı sayıldığını belirtmektedir. Söz konusu rehberde ayrıca marka içi rekabetin ortadan kalkması, rekabete kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin kolaylaşması, rakiplerin dışlanması, dikey kısıtlamalardan kaynaklanan promosyonlar nedeniyle tahsis etkinliğinin bozulması/ortadan kalkması ve oligopolistik davranışların güçlendirilmesi gibi rekabeti kısıtlayıcı etkiler de listelenmektedir³⁴. Marka içi rekabet, ürün farklılaştırması, çoklu münhasır dağıtım anlaşmalarının varlığı, bir kısıtlamanın getirilmesinde dağıtıcıların müdahalesi, dikey kısıtlamalar altında ek hizmetlerin sağlanması zorunluluğu, kısıtlama süresinin sözleşme ile ya da işin doğası gereği uzun tutulması, piyasadaki yoğunlaşma ya da anlaşmaların piyasanın önemli bir bölümünü kaplamış olması, bilinçli paralellik veya uyumlu eyleme ilişkin belirtiler [piyasanın geçmişi], giriş engelleri, tüketici tercihi üzerindeki etkiler dikey kısıtlamaların etkilerini çözümlenmede dikkate alınan temel ölçütlerdir³⁵.

Rehberin beşinci bölümünde ise, Yüksek Mahkeme'nin bir davada (1) bağlamaya konu olan iki ürün veya hizmetin tamamıyla farklı nitelikte olması, (2) anlaşmanın “ticaretin önemli bir kısmını kapatması” veya bu tür bir olasılığın ortaya çıkma ihtimalinin yüksek olması, (3) ürün bağlayan teşebbüsün ilgili piyasadaki teşebbüsleri ürün bağlama anlaşmalarını kabul etmeye zorlamaya yetecek “piyasa gücüne” sahip olması durumunda, anlaşmayı kesin olarak hukuka aykırı saydığı ifade edilmiştir.

2.2. ABD'deki Başlıca Davalar

ABD hukuku piyasaların kapatılmasına ilişkin dosyalar açısından oldukça zengindir. Sherman Yasası ilk zamanlarda piyasanın kapatılması açısından pek kullanılmamış iken Clayton Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra teşebbüsler her her iki yasayı da dikkate alarak çeşitli davalar açmıştır.

³³ *National Association of Attorneys Generals*

³⁴ USB Rehberi, §§ 3.2–3.3.

³⁵ USB Rehberi, §4.

Münhasırlık hükümleri nedeniyle piyasanın kapatılmasına ilişkin Yüksek Mahkeme’de (“Mahkeme”) görülen ilk davalar 1922 yılındaki *Standard Fashion* ve 1923 yılındaki *Sinclair Refining Co.* davalarıdır. Bunları *Standard Stations*, *Tampa Electric*, *Brown Shoe*, *Belton*, *Jefferson Parish*, *Ryko*, *Omega Environmental* ve *3M v. Appleton* davaları izlemiştir. Konuya ilişkin bu çerçevede ele alınabilecek diğer davalar ise, *CDC Tech. v. Idexx Labs.*, *United States v. Microsoft Corp.*, *Surgical Care Center of Hammond v. Hosp. District No. 1*, *Stop & Shop v. Blue Cross & Blue Shield*, *AMEX v. Visa*, *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc.*, *United States v. Dentsply* davalarıdır.

Bunların yanısıra ABD hukukunda münhasırlık ve piyasanın kapatılması açısından daha az tartışmalı olan *Alcoa*³⁶ ve *Lorraine Journal*³⁷ gibi davalar da söz konusudur. Alüminyum üreticisi olan Alcoa, elektrik üreticileri –kendisine mal sağlayıp sağlamadıklarına bakmaksızın– ile rakiplerine mal sağlamamaları konusunda anlaşmıştır. Bir başka deyişle Alcoa, kendisine elektrik tedarik etmeyen üreticilere para vererek, rakiplerinin alüminyum üretimi için en önemli unsur olan elektriği satın almalarını güçleştirmiştir. Girdilerin bu şekilde kapatılmasına yazında “*çıplak dışlama*” (*naked exclusion*) adı verilmektedir. Benzer bir şekilde *Lorraine Dergisi* de, rakip radyo istasyonuna reklam vermemeleri koşuluyla müşterilerin kendisine reklam vermesini zorunlu kılarak müşterileri kapatmıştır. Söz konusu eylemler, bu çalışmanın odak noktasını oluşturan ürün tedarik ve dağıtımına ilişkin dikey kısıtlamalardan farklılaştığı için bu davalara ayrıntılı olarak değinilmeyecektir.

ABD uygulamasına bakıldığında, dikey anlaşmalar vasıtasıyla piyasanın kapatılmasına ilişkin ilk davaların 1920’li yıllardan itibaren gündeme geldiği, Şikago Okulu’nun etkisi ve iktisat teorisindeki gelişmelerle birlikte dikey kısıtlamaların piyasayı kapatmaya yönelik etkilerine ilişkin değerlendirmelerin zaman içinde farklılaştığı görülmektedir:

Standard Fashion Davası’nda³⁸ Yüksek Mahkeme *Standard Fashion* ve diğer iki patron³⁹ üreticisinin “52.000 patron ajansının yaklaşık beşte ikisini kontrol ettiklerini” belirtmiş ve bu nedenle *Standard Fashion*’un perakendecilerin rakip patronları satmalarını engelleyen anlaşmalarının “... rekabeti önemli ölçüde kısıtladıklarına ve tekel yaratma sonucunu doğuracak nitelikte olduklarına” ve dolayısıyla Clayton Yasası’nın §3. maddesini ihlal ettiklerine hükmetmiştir.

³⁶ *United States v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2dCir.1945).

³⁷ *Lorraine Journal v. United States*, 324 US 143 (1951).

³⁸ *Standard Fashion Company v. Magrane-Houston Company*, 258 US 346 (1922).

³⁹ Kumaşın modele uygun şekilde kesilmesi amacıyla kağıt üzerine çizilen kalıp.

Bork(1978:307)'a göre Standard Fashion'ın biri distribütörlerine tekeli fiyat uygulamak diğeri de onları münhasır sözleşme yapmaya zorlamak olmak üzere distirbütörlerinden iki kez tekeli kâr sağlaması mümkün değildir: Münhasırlık hükmünün karşı tarafa zoraki olarak kabul ettirilen bir koşul değil, satın alınan bir hak olduğu dikkate alındığında, Standard Fashion münhasırlık anlaşmaları nedeniyle distribütörlerin kısıtlanan özgürlüklerini telafi etmek için onlara uyguladığı fiyatları daha düşük seviyede tutmalıdır. Ancak, Standard Fashion'un kendisine mutlak tekel gücü sağlamayacak anlaşmalar için bedel ödemesi de rasyonel olmadığına göre, amacı girişi engellemek değil olsa olsa satış yerlerinin kendi ürünlerine odaklanmasını sağlayarak etkinlik yaratması olacaktır. Bu tür bir anlaşmanın piyasaya girişin engellenmesi ve rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuracak tek istisnası, şehirde bu ürünün satılabileceği yalnızca bir yerin olmasıdır ki bu durumda da zaten güçlü olan, tekel gücüne sahip olan taraf Standard Fashion değil de söz konusu satış yeri olacaktır. Bu nedenle, Bork davada ciddi bir yanılığın olduğu kanaat getirmektedir.

Diğeri yandan Posner (2005) ise, Bork'un Standard Fashion kararını eleştirirken "**kırılgan tekel**"in⁴⁰ önemini gözden kaçırdığını belirtmektedir: Çünkü Posner'e göre Standard Fashion'un amacı ürünlerinin fiyatını yükseltmek değil, rakiplerin piyasaya girişini mümkün olduğunca erteleyerek tekel konumunu devam ettirmektir. Münhasırlık anlaşmaları sayesinde yeni bir patron üreticisi yalnızca bir tür model üretmenin maliyetine katlanmakla yetinemeyecek, dağıtım kanalları için doyurucu olacak şekilde bütün bir ürün gamını üretmenin maliyetine katlanmak durumunda kalacak, bu da piyasaya girişi riskli hale getirecektir.

Benzin istasyonlarına ilişkin bir başka davada **Sinclair**⁴¹ benzin istasyonlarına temin ettiği benzin pompaların ve makinelerin rakip şirketlerin benzinini satmakta kullanılmasını yasaklamıştır. Yüksek Mahkeme, bu eylemin istasyon münhasırlığına yol açabilecek nitelikte olsa bile, istasyonların diğeri sağlayıcıların da benzin pompalarını kurup işletmede özgür olduklarını bu nedenle de piyasanın kapatılmasından bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.

Standard Stations Davası⁴² ise, ABD'nin batı bölgesinin en büyük akaryakıt satıcısı olan ve bölgedeki akaryakıtın %23'ünü satmakta olan Standard Oil Company'nin ("Standard") akaryakıt istasyonları ile yaptığı sözleşmelere ilişkindir. Kararda belirtildiği üzere, Standard perakende akaryakıt satışlarının %6,8'ini kendi istasyonları, %6,7'sini de kendisi ile münhasıran anlaşmış

⁴⁰ Kırılgan tekel (*fragile monopoly*): Posner'e (2005) göre, pazar gücüne sahip ancak görece düşük giriş engelleri nedeniyle piyasadaki pozisyonunu her an kaybetme riski ile karşı karşıya olan teşebbüs.

⁴¹ *FTC v Sinclair Refining Co*, 261 US 463, 1923.

⁴² *Standard Oil Company of California et al. v. United States*, 337 US 293 (1949).

bağımsız istasyonlar vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede, bölgedeki akaryakıt istasyonlarının %16'sı Standard ile münhasır bayilik sözleşmesi imzalamış olup bu sözleşmelerin çoğu bir yıllıktır. Standard'ın altı büyük rakibi ise benzer şekilde münhasırlık anlaşmaları ile piyasadaki perakende akaryakıt satışının %42,5'ini gerçekleştirmekte, geri kalan satışlar ise yetmişten fazla küçük şirket tarafından yapılmaktadır.

Yüksek Mahkeme, kendi istasyonları vasıtası ile yaptığı perakende satışlar hesaba katıldığında dahi Standard'ın perakende akaryakıt satışları pazarındaki payının (%23) "hâkim durum"⁴³ yaratmaktan oldukça uzak olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme aynı zamanda, sağlayıcının hâkim durumda olmamasına rağmen sözleşmelerin pratikteki etkisinin de dikkate alınması gerektiği, Standard'ın sözleşmelerinin bölgedeki istasyonların %67'sini etkilediği dikkate alındığında bu durumun "piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaldığı ya da azalacağı yönündeki kanıyı desteklediği"⁴⁴ni de belirterek şu sonuca ulaşmıştır:

"Söz konusu münhasırlık sistemi uygulanmaya başlandığında Standard en önemli rakiptir ve sistem uygulamaya geçilmediği takdirde pazar payında düşüş olması muhtemeldir. Tüm diğer büyük sağlayıcıların da bu tür sözleşmeler kullandıkları ve her bir sağlayıcının pazar payının söz konusu anlaşma dönemleri boyunca aynı kaldığı dikkate alındığında, bu anlaşmaların, her bir sağlayıcının piyasadaki konumunu bireysel olarak veya –bir anlaşma çerçevesinde olmasa bile – topluca korumaya ya da piyasaya daha sonra girenlerin piyasanın önemsiz bir bölümünden daha fazlasına erişimini engellemeye yönelik olarak yapıldığı sonucuna ulaşmak çok da zor değildir. Bilakis, antitröst teorisi uyarınca toplumun uzun dönemdeki avantajının rekabet üzerindeki kısıtlamaların kaldırılmasına dayandığı dikkate alındığında, bu anlaşmalar sonucunda kısa bir dönem için sağlanan istikrarın dolaylı bir sonucu olarak ortaya çıkan etkinlik artışı ve düşük maliyetler dahi önemsiz görülecektir."⁴⁵

Etkinlik savunmalarına karşı Yüksek Mahkeme, akaryakıt istasyonlarının etkin buldukları takdirde ihtiyaçlarını yalnızca bir teşebbüsten karşılamaya devam edebileceklerini, bu nedenle onların diğer teşebbüslerle de

⁴³ 337 US 302. (Orijinal metinde "dominant position" terimi kullanılmıştır.)

⁴⁴ 337 US 304–305.

⁴⁵ 337 US 309.

tedarik anlaşması yapmalarını engelleyecek şekilde bağlamanın gerekli olmadığını belirtmiştir⁴⁶.

Posner (2001:229), Standard'ın yalnızca %23'lük pazar payına sahip olduğunu, piyasada aynı zamanda başka büyük akaryakıt satıcılarının ve hâlihazırda ciddi bir rekabetin olduğunu ve piyasaya girmek isteyenler için yeni istasyonlar kurmanın büyük bir maliyet gerektirmeyeceğini öne sürerek bu kararı eleştirmektedir. Bork (1978:301) da bu paralelde "... *davanın ekonomik analiz ya da kanıtlar üzerinden değil de mahkemelerin iktisadi konulardaki yeteneksizliği üzerinden karara bağlandığını*" belirtmekle yetinmektedir.

Konu ile ilgili bir diğer dava, bir kamu işletmesi olan Tampa Elektrik Şirketi'nin, 20 yıl boyunca kömür ihtiyacının tamamını karşılamak üzere Nashville Kömür Şirketi ile anlaşmasını konu edinen **Tampa Electric Davası**'dır⁴⁷. Bölge Mahkemesi (*District Court*) ve Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), anlaşmanın Clayton Yasası'nın §3. bölümünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, önceki kararların ışığında, rekabetin kısıtlanmasının "ciddi" olup olmadığını belirlemek amacıyla üç unsurlu bir test uyguladıktan sonra Temyiz Mahkemesi'nin kararını iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme; (i) öncelikle, ilgili ticari faaliyetin tanımlanması, (ii) ikinci olarak "satıcının faaliyette bulunduğu ve satın alanın pratik olarak ürün sağlayabileceği" etkin rekabet alanının belirlenmesi ve (iii) üçüncü olarak da sözleşmeler nedeniyle rekabete kapatılan alanın ilgili piyasanın önemli bir bölümünü kapsadığının kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸. "Sözleşmenin kaç dolarlık değer taşıdığının bu açıdan herhangi bir önemi olmadığı"⁴⁹ da ayrıca ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra Yüksek Mahkeme, yalnızca iki teşebbüs arasındaki tek bir kontratın piyasadaki ticaret hacminin %0,77'sinden daha az bir kısmını kapatsa dahi Clayton Yasası'nın §3. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştır. Diğer yandan, Yüksek Mahkeme'nin piyasada hâkim durumda bulunan herhangi bir teşebbüs olmadığını, münhasırlık anlaşmalarının bu endüstride yaygın bir uygulama olmadığını ve "bu kadar küçük hacimli bir kapatma olayının Kanun'u ihlal etmeyecek derecede önemsiz olacağını" açıkça belirtmemesi nedeniyle, küçük oranda dahi olsa piyasayı kapatmanın hukuka aykırı olacağına dair şüphe devam etmiştir (Bork,1978:302).

⁴⁶ 337 US 313–314.

⁴⁷ *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. et al.*, 365 US. 320 (1961).

⁴⁸ 365 US 327–328.

⁴⁹ 365 US 329.

Brown Shoe Davası'nda⁵⁰ ise, Brown Shoe'nun franchise programı ve münhasırlık anlaşmaları vasıtasıyla satış noktalarının ve dağıtıcıların "önemli bir bölümünün" kapatılması FTC Yasası uyarınca hukuka aykırı bulunmuş ve bu nedenle Brown Shoe'nun ayakkabı perakendecisi olan Kinney'i devralmasına izin verilmemiştir. Bu davada "pazardaki diğer üreticilerin de dikey birleşme eğilimi içinde olmaları" mahkemenin en temel gerekçesidir, ancak piyasanın "önemli bir bölümünün" kapatılması için piyasanın ne kadarının kapatılmış olması gerektiğine dair herhangi bir yorumda bulunulmamıştır.

Bork(1978:302), satılan ürünlerin değeri bakımından ikinci, miktarı açısından da üçüncü büyük şirket olmasına rağmen Brown Shoe'nun pazar payının yaklaşık %5 civarında olduğunu, firmanın münhasırlık anlaşması yaptığı 650 perakende satış yerinden yalnızca 259 tanesinin anlaşmayı uyguladığını, mahkemenin davadaki bulgulara dayanarak Sherman Yasası'nın §1. §2. veya Clayton Yasası'nın §3. maddesi çerçevesinde karar vermesinin mümkün olmadığını ve bu nedenle Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın §5. maddesine "sığınarak" bir hüküm verdiğini belirterek davayı eleştirmektedir⁵¹.

Beltone Davası⁵² ise, işitme cihazları alanında pazar lideri olan ancak 1972'den 1977 yılına kadar pazar payı %21'den %16'ya kadar gerileyen Beltone Electronics Corporation'un (Beltone) münhasırlık anlaşmaları ile ilgilidir. Federal Ticaret Komisyonu'na (FTC) göre;

"... bu davadaki piyasa kapatması bayilerin (*dealer*) yalnızca %7'si ile %8'ini veya satışların %16'sını etkilemekte ve münhasırlığın rolünü abartmaktadır, çünkü diğer üreticilerin ürünlerinin en azından %6'sı ile %7'si de Belton'un bayileri tarafından satılmaktadır. Bunun yanı sıra, Belton'un bayilik sözleşmeleri taraflardan herhangi birinin 30 gün önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla sona erdirilebilir ki (...) bu kaçış noktası Belton'un bayilerinin tüm sınırlamalara rağmen diğer üreticilerle iş yapmasına olanak vermektedir⁵³."

FTC ayrıca, *Standard Stations* ve *Tampa* kararları ile karşılaştırıldığında statik kapatma etkilerinin (ve yüzdelerinin) ihlal olarak değerlendirilebileceğini, ancak etkilenen piyasadaki dinamiklerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, piyasadaki giriş engellerinin kapamanın etkisiyle

⁵⁰ *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316 (1966)

⁵¹ FTC Yasası'nın §5. maddesi Komisyon'a ticareti engelleyen anlaşmaları durdurma görevi vermektedir. Bu hükmün uygulanması açısından Sherman Yasası'nın ya da Clayton Yasası'nın ihlal edilmiş olması gibi bir zorunluluk olmadığından Bork mahkemenin hukuki boşluklardan yararlanarak politik bir karar verdiğini iddia etmektedir.

⁵² *Beltone Electronics Corporation*, 100 FTC 68, 204 (1982).

⁵³ 100 FTC 68, 270–271.

artıp artmadığının (yükselip yükselmediğinin) veya rakiplerin diğer dağıtım kanallarına erişiminin etkin olarak kısıtlanıp kısıtlanmadığının ya da rakiplerin piyasadan dışlanıp dışlanmadığının veya muhtemel müşterilere ulaşma maliyetinin Belton'un davranışları nedeniyle artıp artmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Piyasaya yeni giren veya diğer teşebbüslerin aleyhine kısa sürede çok büyüyen teşebbüsler piyasada bayi bulmakta biraz güçlük çekmektedir ancak Belton'un dikey kısıtlamaları "önemli piyasa gücü"ne sahip olmayı doğrulamaktan uzaktır ve Belton'un bu kısıtlamaları rakiplerine zarar vermek amacıyla stratejik olarak kullandığına dair herhangi bir delili bulunamamıştır⁵⁴.

Jefferson Parish Hospital Davası'nda⁵⁵ ise mahkeme, bir hastane ile bu hastaneye anestezi uzmanları temin edin bir şirket arasında yapılan ve hastanenin söz konusu hizmeti yalnızca ilgili firmadan almasını öngören münhasırlık hükmünü içeren anlaşmanın Sherman Yasası'nın §1. maddesine mutlak (*per se*) bir aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Diğer yandan mahkeme, "*şikâyetçinin münhasırlık içeren anlaşmanın piyasayı rakip anestezi uzmanlarının girişini engelleyecek derece kapattığını kanıtlayabilmesi durumunda*" hukuka aykırı sayılabileceğini de belirtmiştir.

Bu karar, münhasırlık anlaşmaları vasıtasıyla piyasanın kapatılmasından söz edilebilmesi için, taraflar üzerindeki etkiden ziyade piyasa üzerindeki toplam etkinin dikkate alınmasını işaret etmesi açısından önemlidir.

Ryoko Davası'nda⁵⁶ da Bölge Mahkemesi yalnızca tedarikçinin mallarını satma hükmünü içeren anlaşmanın eğer piyasanın önemli bir kısmını rekabete kapatır ise Clayton Yasası'nın §3. maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir.

Mahkeme verdiği kararda "...piyasanın kapatılmasının daha önceki kararlarda uygulanan niceliksel test çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini" belirtmiş ve şu şekilde devam etmiştir:

"... münhasırlık hükümlerinden kaynaklanan piyasa kapatmanın derecesinin, tedarikçinin sahip olduğu piyasa gücü vasıtasıyla bu anlaşmalarını dayattığına tereddüt bırakmayacak şekilde işaret etmesi durumunda, yalnızca kapama oranına dayanılarak ihlalin gerçekleştiğine karar verilebilir. Diğer yandan, piyasayı kapatma oranı önemli derecede değilse veya bu davada olduğu gibi belirgin dahi değilse şikâyetçi davaya konu olan

⁵⁴ 100 FTC 68, 270–272.

⁵⁵ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)

⁵⁶ *Ryko Manufacturing Co. v. Eden Services*, 823 F.2d 1215 (1987).

kısıtlamaların [rekabet açısından] yıkıcı etkisini kanıtlamakla yükümlüdür⁵⁷.”

Mahkemeye göre, davacı Ryko'nun münhasır dağıtım hükümlerinin rakiplerinin başka etkin dağıtıcılar veya ürünlerini satmak için başka yollar bulmasını engellediğine dair herhangi bir kanıt ortaya koyamamıştır. Ayrıca, “tüketici düzeyinde değil de dağıtıcı düzeyinde bir münhasırlık hükmü söz konusu olduğunda, piyasanın önemli oranda kapatıldığına’ dair daha ciddi bir kanıt gereklidir, çünkü bir tarafında dağıtıcının yer aldığı münhasırlık hükmünün tüketici düzeyinde aynı derecede etkili olup olmayacağı belirsizdir.”⁵⁸.

Omega Environmental Davası’nda⁵⁹, %55’lik yerel pazar payı ile petrol dağıtım teklizatı alanındaki beş teşebbüsten en büyüğü olan ve ürünlerinin üçte ikisini dağıtıcıları aracılığıyla bağımsız petrol istasyonlarına, üçte birini ise büyük petrol şirketlerine ve ulusal çaptaki zincir marketlere satan Gilbarco’nun münhasırlık politikaları dava konusu olmuştur. İlgili piyasada herhangi bir üretim kapasitesi bulunmayan Omega, üreticilerden çok çeşitli ve yüksek hacimli toptan alımlar yaparak müşterilerine “tek noktadan alışveriş yapabilme” sistemini geliştirmiş ve Gilbarco’nun ürün gamını satan dağıtıcılar ile iş yapma politikasına karşı dava açmıştır.

Temyiz Mahkemesi’ne göre, “piyasayı kapatma etkisi, eğer varsa, ilgili pazardaki pazar payına dayanır” ve “bu açıdan ilgili piyasa makul bir şekilde rakiplere açık olan satış olanaklarının/yerlerinin tümünü içermektedir”. Bu çerçevede Mahkeme, satışlarının %70’ini münhasır bayileri aracılığıyla yaptığı ve %55 pazar payına sahip olduğu dikkate alındığında Gilbarco’nun ilgili pazarın yaklaşık %38’ini kapattığına, bu kapatma oranının ciddi olduğuna ancak rekabeti kısıtlama riskinin şu iki nedenle çok yüksek olmadığına karar vermiştir: (i) Öncelikle, rakiplerin tüketicilere mevcut veya olası alternatif kanallar yoluyla erişebilecek olması nedeniyle, nihai kullanıcılara değil de bayilere(dağıtıcılara) yüklenen münhasırlık yükümlülüğü rekabet hukuku açısından daha az riskli görülmelidir ve bu davada da rakipler tüketicilere doğrudan satış yapmakta, yeni bayilikler oluşturmakta ya da mevcut bayiler ile anlaşma olanağına sahiptir. (ii) İkinci olarak da, kısa süreli olmaları ve kolaylıkla sona erdirilmelerinin mümkün olması nedeniyle söz konusu anlaşmaların piyasayı kapatma ihtimali bulunmamaktadır. Mahkeme ayrıca, Omega’nın Gilbarco bayilerinin henüz denenmemiş olan ve marka bilinirliğine sahip olmayan bir ürün için Gilbarco’nun ürün gamını dağıtmaktan vazgeçmeyecekleri” yönündeki savını ise, kalitesi kanıtlanmış bir ürün ve yüksek bir marka bilinirliğine sahip olma

⁵⁷ Mahkeme kararın bu kısmında *Beltone Electronics Corp.* 100 F.T.C. 68, 204, 209–10 (1982) davasını referans olarak göstermiştir.

⁵⁸ 823 F.2d 1236.

⁵⁹ *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F3d 1157 (1997).

sonucunda pazarda başarılı olmanın rekabetin asıl amacı olduğunu vurgulayarak reddetmiştir⁶⁰.

3M v. Appleton Olayı'nda⁶¹ da, iş formları ve kredi kartı sliplerinde kullanılan karbonsuz kağıtlar piyasasındaki payı %26'dan %13'e gerileyen Minnesota Mining (3M), aynı pazardaki payını son on yılda %50'den %67'ye çıkararak pazar lideri olan Appleton'u, yaptığı münhasır anlaşmalarla piyasayı kapatarak Clayton Yasası'nın üçüncü ve Sherman Yasası'nın bir ve ikinci maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla dava etmiştir.

Bölge Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere, ilgili piyasada yalnızca üç teşebbüs faaliyet göstermektedir ve üreticiler tarafından kullanıcı şirketlere rulo halinde, doğrudan ve büyük miktarlarda yapılan satışlar toplam satışların %87'sini oluşturmakta, yeniden satış amacıyla ince-kâğıt perakendecilerine satılan ürünler ise toplam satışların yalnızca %13'ünü oluşturmaktadır. Söz konusu iki farklı satış şekli nedeniyle bu iki piyasa fiyatlandırma, tüketiciler, dağıtıcılar, kullanım amacı ve üretim açısından farklılaşmaktadır⁶².

Konuya ilişkin bulguları değerlendiren mahkeme, dağıtımın kapsamı/dağıtımdan alınan pay ile üreticinin/markanın pazar payı arasındaki birebir korelasyon nedeniyle, ince-kağıt perakendecileri ile yapılan münhasırlık anlaşmaları piyasanın ciddi oranda kapatılmasına neden olduğunu belirtmiş ve şu sonuca ulaşmıştır:

“ . . . 3M, karbonsuz kağıt piyasasının kapatılma riski ile karşı karşıya olduğuna dair ciddi kanıtlar öne sürmüştür. 3M öncelikle tek adımda alışveriş yapmanın kolay olması ve özel kredilendirme koşulları nedeniyle, bu kağıtları kullananların çoğunun bayilerine/dağıtıcılara sadık kaldıklarını ve fiyat araştırmasına girmediklerini göstermiştir. İkinci olarak da 3M piyasada satıcı düzeyinde yüksek bir yoğunlaşma eğiliminin olması nedeniyle dağıtım düzeyindeki giriş engellerinin yüksek olacağını ispatlamıştır. Üçüncü olarak 3M karbonsuz kağıtlar için ince-kağıt perakendecilerini kullanmak dışında uygulanabilir alternatif dağıtım yöntemleri olup olmadığında dair araştırma yapıp bu iddialarını desteklemiştir. Dördüncü olarak da (1) karbonsuz kağıtlara yönelik tüketici talebinin gittikçe düştüğü, (2) diğer tedarikçilerin kısa sürede piyasaya

⁶⁰ 127 F3d 1162–63.

⁶¹ *Minnesota Mining & Mfg. Co. and Imation Corp. v. Appleton Papers, Inc.* 35 F. Supp. 2d 1138 (1999).

⁶² 35 F.Supp. 2d 1140.

girebilme ihtimallerinin düşük olduğu ve Appleton'un pazar payının kısa bir sürede artma eğiliminde olduğunu⁶³ belirlemiştir.”

Bu davanın bir diğer yönü de, Appleton'un rakiplerinin [Appleton] bayilerini ikna ettiği anda söz konusu bayilerin kendisi ile yapmış olduğu sözleşmenin iptal edilebileceğini öne sürmüş olmasına karşın Mahkemenin, tedarikçiyi değiştirme maliyetinin (*switching cost*) yüksek olması ve Appleton'un bayilerine çeşitli teşvikler sağlaması gibi kanıtlara dayanarak, “...satıcının kağıt sayfalar alanındaki ürün gamını yıllar boyunca bağlamının fiiliyattaki etkisi” üzerinde ısrar etmesidir⁶⁴.

Diğer yandan, Mahkeme, sayfalar halinde satılan karbonsuz kağıt ve rulolar halinde satılan karbonsuz kağıt arasında ayırım yapmasına ve sayfalar halinde satılanların toplam pazar payı içinde yalnızca %13'lük bir yer işgal ettiğini belirtmesine karşın Appleton'un bu pazardaki payına ve piyasayı kapatmanın derecesine ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

CDC Tech. v. Idexx Labs. Davası'nda⁶⁵, veterinerlere satılan hematoloji ürünlerinin dağıtımına ilişkin olarak Idexx'in dağıtıcıların %65'i ile yapmış olduğu münhasırlık anlaşmalarının piyasanın rakiplere kapatılmasına yol açıp açmadığı sorgulanmış, Bölge Mahkemesi ilgili piyasadaki doğrudan satışların üçüncü kişiler aracılığıyla yapılan satışlara oranla daha etkin ve daha kârlı olduğunu, kendileri ile münhasırlık anlaşması yapılan dağıtıcıların ürünleri pazarlama ve sipariş alma dışında özel bir servis sağlama, ürünleri teslim alıp ulaştırma gibi nitelikli herhangi bir işlevi bulunmadığını, anlaşmaların 60 gün gibi kısa bir ihbar süresi sonucunda sona erdirilebileceğini ve dağıtım aşamasında girişin kolay olmasını dikkate alarak CDC'nin talebini reddetmiştir. Bu davadaki en önemli nokta, Idexx'in ilgili pazardaki %85'lik payına ve dağıtıcıların %65'i ile münhasıran anlaşmasına rağmen Mahkeme'nin alternatif dağıtım kanallarının ve doğrudan satışın yoğun olması ile dağıtım aşamasına girişin kolaylığını dikkate almasıdır. İkinci Derece Mahkemesi de Bölge Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

United States v. Microsoft Corp. olayında⁶⁶ ABD Adalet Bakanlığı Microsoft'un İnternet servis sağlayıcılarının (İSS) “büyük bir kısmı” yapmış olduğu anlaşmaların Sherman Yasası'nın §1. ve §2. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile dava açmıştır. Dava konusu anlaşmaların temel özelliği, Microsoft'un kendileri ile anlaşılan İSS'lere Windows işletim sistemi üzerinden erişim kolaylığı sağlaması, buna karşın İSS'lerin de Microsoft'un İnternet

⁶³ 35 F.Supp. 2d 1144–45.

⁶⁴ 35 F.Supp. 2d 1144.

⁶⁵ *CDC Tech., Inc. v. Idexx Labs., Inc.*, 186 F.3d 81 (2d Cir. 1999).

⁶⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 70 (D.C. Cir. 2001) (en banc).

tarayıcısına yönelik promosyonlar yapması ve rakip tarayıcıların dağıtımını sınırlamasıdır. Bölge Mahkemesi Sherman Yasası'nın §1. maddesine aykırılık iddiasını rakip tarayıcı üreticilerinin piyasadan "tamamıyla dışlanmadıkları" gerekçesiyle reddetmiş; Adalet Bakanlığı da bu hususu temyize götürmemiştir. Ancak, mahkeme Microsoft'un İSS'ler ile yapmış olduğu münhasırlık anlaşmalarının (a) Kuzey Amerika'daki en büyük on beş servis sağlayıcısından on dördü ile yapılması nedeniyle tarayıcıların dağıtımını için en önemli kanalı büyük oranda kapattığına, (b) Netscape Navigator ve diğer rakip tarayıcıların kullanımının Microsoft'un işletim sistemi tekelini tehdit etmesini önleyecek derecede düşük bir eşikte tutulmasını sağladığına, (c) Microsoft'un bu anlaşmaların piyasa açısından neden gerekli olduğuna dair herhangi bir açıklama getiremediğine ve bu nedenle Sherman Yasası'nın §2. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, piyasanın %40'ından daha azını kapatsa bile tekeli güce sahip bir firmanın bazı durumlarda münhasır dikey anlaşmaları kullanımının Sherman Yasası'nın §1. maddesine olmasa da §2. maddesine aykırı olabileceği konusundaki iddiaları da kabul etmiştir.

Bu olayda Posner'e (2005) göre Microsoft'un endişesi, işletim sistemlerinden bağımsız olarak görev yapabilen bir tarayıcının (Netscape) üzerine yapılacak eklentilerle ve yeni yazılımlarla Windows'a rakip olabilecek bir işletim sisteminin çekirdeğini oluşturabilecek olmasıdır. Posner bu durumu da "kırılgan tekel" kavramı içinde açıklamaktadır⁶⁷.

Surgical Care Center of Hammond v. Hosp. District No. 1 Davası'nda⁶⁸ ise mahkeme davalının davacının pazar gücüne sahip olduğunu ispatlayamadığı gerekçesiyle piyasayı kapatma iddiasını reddetmiştir. ***Stop & Shop v. Blue Cross & Blue Shield Davası***'nda⁶⁹ mahkeme, düşük giriş engelleri olduğu takdirde yüksek pazar payının otomatik olarak problem olmayacağını, ilgili piyasanın %30-40'ından daha azını etkileyen anlaşmalar açısından piyasa kapatmanın ciddi bir risk teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

AMEX v. Visa Davası⁷⁰nda AMEX, Visa ve Mastercard'ın üye bankalar ile yaptığı münhasırlık anlaşmaları sayesinde bankaların sundukları tüm yeni kredi kartlarının Visa ve Mastercard üzerinden verilmesini zorunlu tuttuklarını ve bu durumun AMEX'i boykot edilmesi sonucunu doğurduğunu iddia etmiştir. Savunma tarafı ise; AMEX'in iki banka arasındaki yatay anlaşmayı kanıtlayamadığını ve bu nedenle dikey anlaşmaların bir arada

⁶⁷ Bkz. 40 numaralı dipnot.

⁶⁸ *Surgical Care Center of Hammond v. Hosp. District No. 1*, 309 F.3d 836 (5th Cir. 2002)

⁶⁹ *Stop & Shop Supermarket Co. v. Blue Cross & Blue Shield of Rhode Island*, 373 F.3d 57 (1st Cir. 2004).

⁷⁰ *Am. Express Travel Related Serv. Co. v. Visa U.S.A.*, No. 04-CV-8967, 2005 WL 1515399 (S.D.N.Y. June 23, 2005)

değerlendirilemeyeceğini, ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, bu şekilde değerlendirildiğinde de bankaların yaptıkları münhasırlık anlaşmalarının Sherman Yasası'nın §1. maddesini uyarınca piyasayı kapatma etkisi yaratacak nitelikte olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, AMEX'in Sherman Yasası'nın §1. maddesine ilişkin iddialarını destekleyebilecek yeterlilikte olduğunu, bu nedenle dikey anlaşmaların piyasadaki toplam etkileri açısından bir arada değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, münhasırlık anlaşmalarının istenilen tarihte sona erdirilebileceğine yönelik savunmayı ise, anlaşmaların buna rağmen ticaretin gereğinden fazla kısıtlanması anlamına geldiğini belirterek reddetmiştir.

Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc. Davası'nda⁷¹ ise mahkeme, Ticketmaster'in gösteri yerleri ile yapmış olduğu 6 yıl süreli münhasırlık anlaşmalarının Sherman Yasası'nın §1. maddesine aykırı olduğuna dair şikayetleri reddetmiştir. Mahkeme ayrıca Ticketmaster'ın anlaşma yaptığı gösteri yerlerinin %16'sına veya en meşhur 150 yerden %26'sına ait sözleşmelerinin her yıl yenilendiğini dikkate alarak piyasa kapatma oranının "aşırı olmadığı" sonucuna ulaşmıştır.

*United States v. Dentsply Davası*⁷² diş protezleri üreten ve %75-80 civarında pazar payı olan bir firmanın münhasırlık içeren dikey anlaşmalarının piyasayı kapatması nedeniyle hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılmıştır. Davalı Dentsply ürünlerini ikisi ulusal çapta (firmanın satışlarının %67'si bunlar aracılığıyla yapılmaktadır) yirmi biri de bölgesel çapta olmak üzere 23 bağımsız yeniden satıcı aracılığıyla laboratuarlara satmaktadır. Dentsply ile yapılan anlaşma uyarınca yeniden satıcıların rakip markaların satışını da yapmaları yasaktır. Buna karşın yeniden satıcılar, hiçbir gerekçe göstermeksizin, herhangi bir anda ve hiçbir cezai yaptırım olmaksızın anlaşmalarını sona erdirmeye hakkına sahiptir. Ancak münhasırlık hükmünün getirildiği 1993 yılından davanın açıldığı 1998 yılına kadar hiçbir yeniden satıcı Dentsply ile olan anlaşmasını sona erdirmemiştir.

Bu tarihte ABD Adalet Bakanlığı, Dentsply'nin ürün gamının zenginliği nedeniyle yeniden satıcıların rakip üreticiler ile anlaşması ihtimalinin bulunmadığı ve Dentsply'nin bağladığı satıcılara erişimlerinin engellenmesi nedeniyle Dentsply ile rekabet edemediklerini iddia ederek dava açmıştır⁷³. Mahkeme, yalnızca Dentsply'nin %75'lik pazar payına sahip olmasına dayanarak tüketicilerin zarar gördüğünü ispat etmenin mümkün olmadığını, rakiplerin

⁷¹ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc.*, 127 Fed. Appx. 346, No. 03-55-641, 2005 WL 824095 (9th Cir. Apr. 11, 2005) (per curiam)

⁷² *United States v. Dentsply*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005), cert. denied, 126 S. Ct. 1023 (Ocak 9, 2006)

⁷³ *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 277 F. Supp. 2d 387, 450-52 (D. Del. 2003).

doğrudan satış ile ya da alternatif kanallarla da müşterilere erişebileceğini, yeniden satıcıların istedikleri anda ve herhangi bir cezai şart olmaksızın sağlayıcılarını değiştirebildikleri dikkate alındığında, rakiplerin yeniden satıcılara daha iyi ve kaliteli ürünler sunarak onları kendi yanlarına çekmedeki başarısızlıkları nedeniyle Dentsply'in sorumlu tutulamayacağını, ayrıca bu anlaşmalar neticesinde ürünlere tekeli fiyat uygulandığına dair herhangi bir bulguya rastlanmadığını belirterek davayı reddetmiştir.

Ancak Temyiz Mahkemesi, alt mahkemenin kararını bozarak Dentsply'in ilgili pazardaki son kullanıcılara yönelik satışların %75'ini gerçekleştiren 23 yeniden satıcı ile yapmış olduğu münhasırlık anlaşmalarının Sherman Yasası'nın §2. maddesi gereğince tekelin devam ettirilmesine yönelik bir eylem olduğuna hükmetmiştir. Davada Dentsply'in tekeli fiyatlama yaptığına ilişkin iddiaları destekleyecek kanıtların zayıf olduğunu kabul etmesine rağmen, mahkeme teşebbüsün son on yıl boyunca istikrarla koruduğu yüksek pazar payının pazar gücüne delalet ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca, dağıtıcıların doğrudan satışla karşılaştırılmayacak derecede etkin ve son kullanıcılara ulaşma açısından gerekli bir yapılanma olduğuna ilişkin kanıtları dikkate alarak, Dentsply'in münhasırlık politikasının piyasadaki diğer firmaları etkin bir şekilde rekabet etmekten alıkoyduğuna ve bu nedenle rekabeti kısıtladığına hükmetmiştir. Dentsply'in münhasırlık sözleşmelerinin taraflarca istenildiğinde hiçbir cezai şart olmaksızın sona erdirilebileceğine ve bu nedenle rakiplerin yüksek etkinliğe sahip dağıtıcılara erişiminin engellenmesine yönelik iddiaların kabul edilmemesi gerektiği yönündeki savunma ise reddedilmiştir. Bunun nedeni, rakip üreticilerin dağıtıcıları Dentsply'dan ayrılıp kendileri ile çalışmaya ikna edebilmesi için daha iyi, daha ucuz ürünleri ve daha geniş bir ürün gamını sunmak zorunda olmalarıdır. Rakiplerin herhangi bir dağıtıcıya bu ölçekte bir ürün gamı sunmalarının mümkün olmaması nedeniyle Dentsply'in münhasırlık anlaşmalarının fiiliyatta daimi hale gelmektedir. Davanın Yüksek Mahkeme önünde görüşülmesine ilişkin talep de Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Özetlemek gerekirse, Temyiz Mahkemesi'nin ana dayanak noktaları, (1) Dentsply'in ilgili pazarda tekel gücüne sahip olması, (2) yapmış olduğu münhasırlık anlaşmalarının da rekabete zarar vermesidir.

Sher ve Russell'a (2005) göre bu dava birçok açıdan tartışmaların başlangıcını oluşturacak niteliktedir. Bunlardan ilki, ilgili ürün pazarının tanımlanmasıdır: *United States v. Microsoft Corporation* ve *CDC Technologies, Inc. v. Idexx Laboratories, Inc.* davalarında ilgili ürün pazarının belirlenmesi açısından (doğrudan veya yeniden satıcılar vasıtasıyla) son kullanıcılara yapılan satışlar dikkate alınırken, Temyiz Mahkemesi, ilgili pazarın belirlenmesinde yalnızca yeniden satıcılar vasıtasıyla yapılan satışları dikkate almış ve piyasanın %75'inin rakiplere kapandığı sonucuna ulaşan alt mahkemenin yaklaşımını

açıkça onaylamıştır. Bu durum, -bu dava özelinde farklılık yaratmayacak olsa da - piyasanın doğrudan satışlar başta olmak üzere rakiplerin kullanımına açık olan diğer kanalların göz ardı edilerek yalnızca yeniden satıcılara yapılan satışları hesaba katması nedeniyle hatalı bir yaklaşımı içermektedir ve bundan sonraki davalar açısından yanıltıcı olabilir. Mahkemenin on yıl boyunca Denstply’ın pazar payının istikrarlı bir şekilde değişmeden kalmasını, Denstply’ın dışlayıcı davranışlarda bulunduğu dair herhangi bir kanıt olmaksızın, istenildiği anda sona erdirilebilecek münhasırlık anlaşmalarına bağlayarak bu anlaşmaların rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşması da bir başka eleştiri konusudur: Buna göre, rakiplerin daha kaliteli ve geniş bir gamda ürün sunmasındaki başarısızlıklarının sorumluluğu Dentsply’a yüklenmektedir. Bu açılardan bakıldığında, piyasa kapatılmasına ilişkin doktrin, Dentsply Davası’na kadar kısmen zigzaglar çizerek de olsa, tüketiciye verilen zararın –dolayısıyla da antitröst hukukunun amacının – odak noktasına yerleştirmeyi başarmış iken, bu davada “yüksek pazar payı + münhasır anlaşma = rekabetin kısıtlaması” gibi bir sonuca ulaşıldığı ve davanın yeni tartışmalara zemin hazırladığı düşünülebilir.

2.3. ABD Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Piyasanın kapatılmasına ilişkin çeşitli davaları değerlendiren ve ABD uygulamasındaki belli başlı yön değişmelerini belirten Jacobson (2002), münhasırlık anlaşmalarının Sherman Yasası ile Clayton Yasası arasındaki dönemde bir çeşit “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” felsefesinden yararlandığını savunmaktadır. Ancak Clayton Yasası ile münhasırlık anlaşmaları piyasanın kapatılması doktrini çerçevesinde birer birer hukuka aykırı bulunarak yasaklanmaya başlanmıştır.

Bu çerçevede Yüksek Mahkeme’ye kadar ulaşan ilk dava *Standard Fashion* davasıdır ve Mahkeme bu davada piyasanın kapatılmasını değerlendirirken Standard’ın %40’lık pazar payını vurgulamıştır. *Standard Stations* davasında ise Yüksek Mahkeme, ilgili perakende piyasasının %45’inden fazlası münhasırlık anlaşmaları ile bağlandığını dikkate alarak, Clayton Yasası’nın §3.maddesinin “*niceliksel olarak piyasanın önemli kısmının kapatılmış olması*” koşulunun yerine getirildiğine hükmetmiştir.

1961 yılındaki *Tapma Electric* davasında ise Yüksek Mahkeme, piyasanın kapatılma derecesinin ve bunun sakıncalarının belirlenmesi açısından ilgili ürün piyasasının ve ilgili coğrafi pazarın ayrıntılı olarak belirlenmesi ve bunu müteakip tarafların görelî güçlerini, etkilenen ticaretin toplam ticarete oranını ve mevcut ve/veya yakın zamanda gerçekleşmesi beklenen rekabeti de içine alan kapsamlı bir analiz yapılması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, bu

karar ile *Standard Fashion*'un yalnızca pazar payına odaklanan yaklaşımı ve *Standard Stations*'ın piyasanın kapatılma yüzdesine odaklanan yaklaşımı yerini daha ayrıntılı ekonomik analizlere bırakmıştır.

1982 tarihli *Belton Kararı* ise piyasanın kapatılması doktrini açısından köşe taşı oluşturan bir diğer karardır: FTC tarafından piyasadaki dinamik etkilerin ayrıntılı olarak analiz edildiği ve piyasanın kapatılmasının etkileri ile etkinliğin etkilerinin karşılaştırıldığı bu karar Şikago Okulunun etkilerini yansıtmaktadır. Bunların yanısıra FTC piyasanın kapatılabilmesi için teşebbüsün piyasa gücüne sahip olmasının ön koşul olduğunu vurgulamış; 1987 yılındaki *Ryoko Kararı*'nda da 8. Bölge Mahkemesi piyasa gücü ile piyasanın kapatılmasını bir arada değerlendirmiştir. Piyasanın kapatılmasının değerlendirilmesi açısından rakiplerin maliyetlerinin yükseltilmesi de bu arada mahkemeler tarafından değerlendirmeye alınmaya başlamış ve Sherman Yasası'nın §1.maddesi ile Clayton Yasası'nın §3.maddesi bu şekilde bir araya gelmiştir (Jacobson, 2002).

Diğer yandan, *Omega Environmental*'da rakiplerin alternatif dağıtım kanallarına ulaşma imkânlarının olması ve münhasırlığın nihai kullanıcıları değil de yalnızca bayileri kapsamı gibi nedenlerle, %55'lik pazar payına sahip olma ve piyasanın %38'ini kapatılması, dikey anlaşmaların hukuka aykırı sayılıp yasaklanması için yeterli görülmemiştir. Buna karşın küçülmekte olan ve piyasaya yeni girişlerin beklenmediği bir endüstride, %67'lik pazar payı ve "dağıtım ağının kapsamı/genişliği ile üreticiye veya ilgili markaya ilişkin pazar payı arasında bağlantı bulunması" nedeniyle Appleton Minnesota Mining karşıdaki davayı kaybetmiştir.

Bir önceki bölümde de belirtildiği üzere, mahkemelerin yaklaşımı da kısmen iktisat yazınındaki iki üç temel dönem çerçevesinde şekillenmiş, ilk başlarda dikey anlaşmalara –ya da birleşmelere –karşı pek de hoşgörülü olmayan mahkemeler (örn. *Brown Shoe Davası*), sonraki dönemlerde daha nitelikli analizler yapmaya başlamışlardır.

Gelinen noktada ise münhasır anlaşmaların analizinin piyasanın ne kadarının kapatıldığından farklı olarak, tüketicilere zarar verecek bir davranışın olup olmadığının ve/veya fiyatı etkileyebilecek bir güce ulaşıp ulaşılmadığının analizine dönüştüğü görülmektedir (Jakson, 2002)

3. Bölüm

AVRUPA TOPLULUKLARI UYGULAMASI

Avrupa Topluluklarını kuran Roma Antlaşması, rekabet hukukuna ilişkin olarak, biri rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve eylemleri diğeri de hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan iki temel hüküm içermektedir. ABD'den yaklaşık yetmiş yıl sonra Atlantik'in diğeri yakasında uygulanmaya başlayan rekabet hukukunun bu iki hükmü temelde Sherman Yasası'nın 1 ve 2. maddeleri ile paralellik arz etse de, amaç, öncelik ve değerlendirme bakımından AB uygulamasının birçok kez ABD uygulamasından farklılaştığı görülmektedir. Bu bölümün konusunu dikey sınırlamalara ilişkin temel AB düzenlemeleri ile dikey sınırlamalar ile piyasanın kapatılmasını AT Antlaşmasının 81 ve 82. maddeleri çerçevesinde⁷⁴ biraraya getiren çeşitli Komisyon ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının incelenmesi oluşturmaktadır.

3.1. AB'de Dikey Sınırlamalara İlişkin Yasal Çerçeve

Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın (Roma Antlaşması) 3. maddesinin (g) bendinde, "*iç pazardaki rekabetin bozulmadığı bir sistem*" Avrupa Toplulukları'nın amaçlarından biri olarak belirtilmiştir. Bu amaca ulaşmak için de Roma Antlaşması'nda üye devletlere olduğu kadar teşebbüs ve teşebbüs birliklerine de yükümlülükler yükleyen ve bunların davranışlarını düzenleyen çeşitli kurallara yer verilmiştir.

Bu çerçevede, AT Antlaşması'nın 81. maddesinin birinci paragrafında;

Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve Ortak Pazar içindeki rekabetin engellenmesi, sınırlandırılması ya da bozulması amacına veya etkisine sahip olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler Ortak Pazarla bağdaşmadığı için...

yasaklanmış ve aynı maddenin ikinci bendi uyarınca da bu tür anlaşma, eylem ve kararların otomatik olarak geçersiz sayılacağı belirtilmiştir.

⁷⁴ 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, 81. maddenin numarası 101; 82. maddenin numarası da 102 olarak değişmiş, maddelerin lafzında herhangi bir değişiklik olmamıştır.

Söz konusu madde yatay ve dikey anlaşmalar arasında herhangi bir ayırım yapmadığından, bu maddenin dikey anlaşmalara uygulanabilirliği *Consten and Grundig v. Commission Davası*'nda⁷⁵ sorgulanmıştır. Davacıların birbirlerine rakip olmadıkları için yaptıkları anlaşmanın da Roma Antlaşması'nın 81(1). maddesi kapsamında yer almadığını iddia etmelerine rağmen ATAD, (a) davacılarından birinin üçüncü bir kişi ile yaptığı anlaşmanın da piyasadaki rekabeti etkileyebileceğini ve (b) bu tür dikey anlaşmaların Topluluk pazarını ulusal sınırlara paralel bir şekilde bölme [dolayısıyla üye devletler arasındaki ticareti engelleme] riskinin bulunduğunu belirterek davacıların iddialarını reddetmiştir (Albors–Llorens, 2002:21–22).

Diğer yandan, bazı anlaşmaların rekabeti kısıtlamalarına karşın tüketici refahı üzerinde olumlu etkilerinin bulunması nedeniyle Roma Antlaşması'nın 81. maddesinin üçüncü paragrafında dört koşul belirtilmiş ve bu koşulların dördünü de aynı anda sağlayan anlaşma, eylem ve kararların Antlaşma'nın 81(1). Maddesinin uygulanmasından muaf olacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla;

“... Tüketicinin oluşan faydadan yararlanmasına olanak vererek, malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlayan ve

- (a) Öngörülen amaçlara ulaşılması için kaçınılmaz olan
- (b) Anlaşmaya konu olan ürün pazarının tamamı veya önemli bir kısmındaki rekabetin ortadan kalkması sonucunu doğurmayan”

anlaşmalar 81.maddedeki yasaklamadan muaftır.

Bunun yanısıra, AT Antlaşması'nın 82. maddesinin;

“Bir ya da daha çok teşebbüsün, Ortak Pazarda veya onun önemli bölümündeki, hakim durumunu kötüye kullanması, Üye Devletler arasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde Ortak Pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.”

ifadesi ile teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün piyasayı kapatmak için dikey kısıtlamaları da kullanabileceği dikkate alındığında, AT Antlaşması'nın yukarıda yer verilen iki maddesi ve bunlarla ilgili ikincil düzenlemeler konunun incelenmesi açısından önemlidir.

⁷⁵ Joined Cases 56 and 58/64 [1966] ECR 299, [1996] CMLR 418.

Diğer yandan, başta dikey kısıtlamalar olmak üzere rekabeti sınırlayıcı bazı anlaşmaların tüketici refahı üzerindeki olumlu etkilerini dikkate alınarak AT Anlaşması'nın 81. maddesinin üçüncü fıkrası ile bazı anlaşmalar 81(1). maddedeki yasaklamadan muaf tutulmuştur. Uygulamanın ilk dönemlerinde bir anlaşmanın, karar ya da eylemin muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağına dair Komisyon'a başvurulması ve muafiyetin alınması gerekli iken, daha sonraki dönemlerde AT Komisyonu belirli nitelikteki anlaşma türlerinin kendiliğinden muafiyetten yararlandığını belirten bir dizi grup muafiyeti tüzüğü çıkararak bir yandan artan işyükünü hafifletmeye bir yandan da piyasalar açısından belirlilik sağlamaya çalışmıştır:

Tekelden dağıtım anlaşmalarına ilişkin 1983/84 sayılı Tüzük⁷⁶; “tekelden satınalma anlaşmalarına ilişkin 1984/84 sayılı Tüzük⁷⁷, franchise anlaşmalarına ilişkin 4087/88 sayılı Tüzük⁷⁸, motorlu taşıtların dağıtım ve servisine ilişkin 1475/95 sayılı Tüzük⁷⁹ ve teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin 240/96 sayılı Tüzük⁸⁰ bu alandaki başlıca düzenlemeleri oluşturmuştur.

Ancak, yapılan anlaşmaların muafiyetten yararlanabilmesi için ilgili tüzükte belirtilen koşullara harfiyen uyması gerektiğinden ve çeşitli açılardan farklılaşan anlaşmalar için bireysel muafiyete ihtiyaç duyulduğundan söz konusu tüzükler AT Komisyonu'nun iş yükü azaltmada başarılı olamamıştır. Bunun üzerine AT Komisyonu, Dikey Kısıtlamalara İlişkin 2790/99 sayılı Tüzük⁸¹ ve bu tüzüğün uygulanmasına dair “Dikey Kısıtlamalar Rehberi” (“Rehber”) ⁸² ile motorlu taşıtlarla ilgili olanlar dışındaki tüm dikey kısıtlamaları tek bir başlık altında düzenlemeyi tercih etmiştir (Albors–Llorens, 2002:53–54)⁸³.

1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren ve 31 Mayıs 2010 tarihine kadar yürürlükte olacağı belirtilen⁸⁴ 2790/99 sayılı Tüzük, muafiyetten yararlanmak isteyen tedarikçiler⁸⁵ için %30'luk bir pazar payı eşiği⁸⁶, teşebbüs birlikleri içinse 50 milyon Avro'luk ciro eşiği, rakip şirketleri içeren dikey anlaşmalarda

⁷⁶ OJ [1984] L173/1; 1582/97 (OJ [1997] L214/2) sayılı Tüzük ile değişik.

⁷⁷ OJ [1984] L173/5; 1582/97 (OJ [1997] L214/2) sayılı Tüzük ile değişik.

⁷⁸ OJ [1988] L359/46.

⁷⁹ OJ [1995] L145/25.

⁸⁰ OJ [1996] L31/2.

⁸¹ OJ [1999] L336/21, [2000] 4 CMLR 398.

⁸² OJ [2001] C291/1, [2000] 5 CMLR 1074.

⁸³ 2790/99 sayılı Tüzüğün ve Rehberin uygulanmasına ilişkin ayrıntılar için bkz. Goyder (2000), Korah and O'Sullivan (2002) and Taylor (1999)

⁸⁴ 2790/99 sayılı Tüzük m.13.

⁸⁵ ... veya münhasır tedarik anlaşması durumunda satın alan için. Bkz. 2790/99 sayılı Tüzüğün 3(2). Maddesi.

⁸⁶ 2790/99 sayılı Tüzük m.3.

da 100 milyon Avro'luk ciro eşiği⁸⁷ getirmektedir. Tüzük ayrıca ve “benzer nitelikteki dikey kısıtlamaların oluşturduğu paralel ağlar” konusunda iki madde içermektedir:

Tüzüğün 6. maddesi uyarınca, “rakip tedarikçilerin veya dağıtıcıların Tüzük’ün sağladığı muafiyetten yararlanan benzer nitelikteki dikey kısıtlamalarının oluşturduğu paralel ağların kümülatif etkisinin ilgili piyasalara girişi veya bu piyasalardaki rekabeti kısıtlaması durumunda” Komisyon Tüzük ile sağlanan muafiyeti geri alabilir.

Benzer bir şekilde Tüzük’ün 8. maddesi de, paralel nitelikteki ağların ilgili pazarın %50’sinden fazlasını kapsamaması durumunda, Komisyon’a bazı dikey kısıtlama türleri için Tüzük’ün uygulanmasını reddetme olanağı vermektedir.

Dolayısıyla, Komisyon Tüzük’ün 6. maddesine dayanarak bir veya daha fazla teşebbüsün piyasanın kapatılmasında önemli rolü olan anlaşmalarının muafiyetten yararlanmasını alacağı bir karar ile yasaklayabilme yetkisine sahiptir. Bunun yanısıra Tüzük’ün 8. maddesi gereğince de Komisyon yeni bir Tüzük yayımlayarak, yalnızca bir teşebbüsün değil, isim vermeksizin bir piyasadaki bütün teşebbüslerin belirli nitelikteki dikey kısıtlamalarını muafiyet kapsamının dışına çıkarabilir⁸⁸.

Rehber’de ayrıca Tüzük’ün kapsamının yalnızca malların dağıtımına ilişkin anlaşmalarla sınırlı olmadığı, hizmetler ve ara mallar için ve ticaretin tüm seviyeleri için uygulanabilir olduğu⁸⁹ ve rekabetin korunmasının yanısıra “piyasaların entegrasyonunun da AB rekabet politikasının bir parçası” olduğu⁹⁰ vurgulanmaktadır.

Dikey kısıtlamaların değerlendirilmesi için Rehber’de bir de yöntem öngörülmektedir: İlgili pazarın ve teşebbüslerin ilgili pazardaki paylarının belirlenmesi temel adımları oluşturmaktadır. %30’dan daha az pazar payına sahip teşebbüslerin yaptığı anlaşmaların Tüzük ile belirlenen koşullara uyup uymadığını belirlemek yeterlidir. Ancak, teşebbüsün pazar payının %30’u aşması durumunda ise Komisyon “tam rekabet analizi” yapacaktır. Söz konusu analiz (a) tedarikçinin pazardaki konumu, (b) rakiplerin pazardaki konumu, (c) dağıtıcının (yeniden satıcının) pazardaki konumu, (d) giriş engelleri, (e) pazarın

⁸⁷ 2790/99 sayılı Tüzük m.2(2) ve 2(4).

⁸⁸ Ayrıca bkz. *Rehber*, para.71–87.

⁸⁹ *Rehber*, para.2 ve 24.

⁹⁰ *Rehber*, para.7.

olgunluğu [doymuşluğu], (f) ticaretin düzeyi, (g) ürünün nitelikleri, (h) diğer faktörler gibi unsurların değerlendirilmesini içermektedir⁹¹.

Rehber’de sekiz çeşit dikey kısıtlama⁹² ve bunların rekabet üzerindeki etkileri ayrıntılı olarak incelenmektedir. Bunlardan *tek marka yükümlülüğü* (*single branding*), *münhasır dağıtım anlaşmaları* (özellikle tek marka yükümlülüğü ile birlikte ise), *seçici dağıtım anlaşmaları*, *münhasır tedarik anlaşmaları* (dağıtıcının pazar gücüne sahip olduğu durumlarda) ve *ürün bağlama anlaşmalarının* bazı koşulların gerçekleşmesi halinde piyasayı kapatma risklerinin olduğu da özellikle vurgulanmıştır. Söz konusu anlaşmalar vasıtasıyla piyasanın kapatılması riskini doğuran koşullar ise şunlardır: Tarafların yüksek pazar paylarının bulunması, sözleşmelerin uzun süreli olması, piyasaya giriş engellerinin varlığı ve yeterli alternatif dağıtım kanallarının olmaması⁹³.

Diğer yandan, *franchise anlaşmaları*, *tavsiye fiyat uygulaması* ve *tavan fiyat uygulaması* piyasayı kapatma potansiyeline sahip bulunmamıştır⁹⁴. Taylor (2000:56) ise, münhasır müşteri paylaşımının da bazı durumlarda dağıtıcılar veya sağlayıcılar açısından piyasayı kapatabilecek nitelikte olmasına karşın Rehber’in bu konuda sessiz kaldığını belirtmektedir⁹⁵. Dolayısıyla, belli başlı dikey kısıtlamaların piyasayı kapatma açısından etkileri aşağıdaki tabloda yer aldığı şekliyle özetlenebilir:

⁹¹ Rehber, para.120–136.

⁹² Söz konusu sekiz kısıtlama şu dört ana sınıf altında değerlendirilmiştir: “tek marka yükümlülüğü”, “sınırlı dağıtım”, “yeniden satış fiyatının belirlenmesi” ve “bölge sınırlaması”. Bkz. Rehber, sırasıyla para.106–108, 109–110, 111–112, 113–114.

⁹³ Rehber, sırasıyla para.141–160, 165–171, 185–194, 204–210 ve 217.

⁹⁴ Rehber, para.199–201 and 225–228.

⁹⁵ Rehber, para.178–183.

Tablo 3 – Bazı Dikey Kısıtlamaların Piyasayı Kapatma Etkisi⁹⁶

Tek Marka Yükümlülüğü	Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	Sağlayıcının piyasa gücüne sahip olması durumunda piyasanın diğer sağlayıcılara kapatılması
Sınırlı Dağıtım	Münhasır Dağıtım	<p>a. Dağıtıcılara rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenmesi durumunda piyasaya diğer sağlayıcılara kapatılması</p> <p>b. Yüksek satınalma gücüne sahip yeniden satıcıların (örneğin süpermarket zincirleri) sağlayıcılar üzerinde münhasırlık tesis etmesi durumunda piyasanın diğer yeniden satıcılara kapatılması</p>
	Münhasır Müşteri Tahsisi	<p>a. Satın alana rekabet etmeme yükümlülüğü nün yüklendiği durumlarda piyasanın diğer sağlayıcılara kapatılması.</p> <p>b. Yalnızca bir yeniden satıcının olduğu veya yeniden satıcının piyasa gücüne sahip olduğu durumlarda diğer sağlayıcıların yeterli miktarda müşteriye ulaşamaması nedeniyle piyasanın bunlara kapatılması.</p>
	Seçici Dağıtım	<p>a. Piyasanın diğer sağlayıcılara kapatılması: Seçici dağıtım anlaşmalarında rekabet etmememe yükümlülüğü konulmaması dahi dağıtım ağının dışında kalıp da marka imajını geliştirme ihtiyacı duyanlar çeşitli zorluklarla karşılaşacaklardır.</p> <p>b. Sağlayıcıların seçim ölçütlerine bağlı olarak, diğer yeniden satıcıları münhasır dağıtım anlaşmalarına göre daha büyük oranda dışarıda kalması ve piyasanın diğer yeniden satıcılara kapatılması. (Özellikle yeniden satıcının pazar gücüne sahip olduğu ve sağlayıcılara kendi seçim ölçütlerini dayatabildiği durumlarda.)</p>
	Franchise Anlaşmaları	–
	Münhasır Tedarik	Yeniden satıcının piyasa gücüne sahip olduğu durumlarda piyasanın diğer yeniden satıcılara kapatılması.
Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi		–
Bölge Sınırlaması		–

⁹⁶ Bu tablo *Rehber* (para.138–228) ve Taylor (2000: 52–61)’da yer alan bilgilerden derlenmiştir.

Söz konusu Tüzüğün geçerlilik süresinin 31 Mayıs 2010'da sona erecek olması nedeniyle Komisyon 2009 yılı içinde birer Taslak Tüzük⁹⁷ ve Taslak Rehber⁹⁸ hazırlayarak Temmuz-Eylül 2009 döneminde bunları kamuoyunun görüşüne açmıştır⁹⁹.

Taslak Tüzük kabaca 13 maddelik mevcut Tüzüğün daha derli toplu olarak 9 maddede yeniden kaleme alınmasından ibaret görünmektedir. Yürürlük süresi Taslak Tüzük için de 10 yıl olarak belirlenmiştir. **Taslak Tüzük'ün mevcuttan en önemli farklı pazar payı eşiği açısından getirdiği yeniliktir: Taslak Tüzük ile getirilen muafiyetten yararlanılabilmesi için hem satıcının hem de alıcının pazar payının %30'u aşmaması gerekmektedir.** Bu düzenlemeye paralel olarak da münhasır tedarik anlaşmalarında alıcının pazar payının dikkate alınacağını belirten hüküm¹⁰⁰ Taslak Tüzük'de yer almamıştır.

Taslak Rehber ile getirilen değişiklikler ise kısaca şu şekilde özetlenebilir: KOBİ'ler açısından önemli olan *deminimis* eşiğine ilişkin pazar payı %10'dan %15'e çıkarılması, altyüklenicilik (*subcontracting*) anlaşmalarının Tebliğ kapsamında olduğunun açıkça belirtilmesi, rakipler arasındaki dikey anlaşmalara sınırlama getiren ciro eşiğinin kaldırılması, internet üzerinden yapılan satışlara ilişkin hükümlerin genişletilmesi, Komisyon ve Üye Devletler arasındaki yetki dağılımının 1/2003'e göre yeniden uyarlanması, dikey anlaşmalara ilişkin analizlerin çeşitlendirilmesi Taslak Rehber'de göze çarpan hususlar olup, genel itibarıyla çok büyük bir değişikliğe gidilmediğinden söz etmek mümkündür.

Buna karşın, mevcut Rehber'de dikey anlaşmanın tanımında üç unsurun bulunduğu belirtilmekte iken (para.24), Taslak Rehber'de bu unsurların sayısı dörde çıkarılarak (para. 25) "Tüzüğün anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanacağı, teşebbüslerin tek taraflı eylemlerine uygulanmayacağı ve tek taraflı eylemlerin AT Anlaşması'nın 82. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebileceği" açıkça belirtilmiştir. Taslak Rehber ile bu konuya özel olarak değinilmesi, dikey anlaşmalar açısından 81 ve 82. maddenin sınırlarını netleştirmeye yönelik bir çaba olarak değerlendirilebilir.

⁹⁷ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_regulation_en.pdf

⁹⁸ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_en.pdf

⁹⁹ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1197&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (28.07.2009)

¹⁰⁰ 2790/99 sayılı Tüzüğün 3(2). maddesi.

3.2. Konuya İlişkin Başlıca AB Kararları

AB içtihatları açısından piyasayı kapatma etkisinin iki farklı şekilde içtihada yansıdığından bahsetmek mümkündür: İlk kategorideki kararlar, –içlerinde “piyasayı kapatma” terimi her zaman açıkça belirtilmese de – hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık anlaşmaları veya benzer sonucu doğuracak nitelikteki dikey sınırlamalar ile piyasayı kapatmasına dairdir. *Hoffmann–La Roche v. Commission* (“Hoffman–La Roche”), *BPB Industries v. Commission* (“BPB Industries”) and *Masterfoods v. HB Ice Cream* (“Masterfoods”) ve *Coca-Cola* kararları bunlardan bazılarıdır. *Hoffmann –La Roche* ve *BPB Industries* kararları hâkim durumdaki teşebbüslere ilişkin olması ve ticaretin farklı bir düzeyi (nihai mal üreticilerine ara mal tedariki) ile ilgili olması nedeniyle diğerlerinden ayrılmaktadırlar. Ancak, “münhasır anlaşmalar yoluyla pazara girişin engellenmesi” söz konusu teşebbüslerin AT Antlaşması’nın 82. maddesi gereğince yeterli sayıldığından bu davalarda ayrıntılı bir “piyasa kapatma” incelemesi yapılmamıştır.

İkinci gruptaki kararlar ise, hâkim durumda olmayan teşebbüslerin benzer nitelikteki anlaşmalar yoluyla piyasayı kapatmasını içeren davalardır ki bira davaları *Braserie de Haecht v. Wilkin-Janssens*; *Belgian Spices* ve *Delimitis v. Henninger Bräu*, *Danish Fur Traders* ile dondurma davaları *Langnese–Iglo v. Comission* ve *Schöller v. Commission* bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bunların yanı sıra, tekelden tedarik anlaşmaları yoluyla girdi piyasalarının kapatılmasına ilişkin olarak *National Sulphuric Acid Association*, *Rennet* ve *Nutrasweet* kararları da dikkate değer kararlar arasında yer almaktadır.

Yukarıda yer verilenler çerçevesinde, öncelikle kronolojik olarak daha eskiye dayanan ve hakim durumdaki teşebbüslerin piyasayı kapatma etkisi doğrudan dikey anlaşmalarına ilişkin davalar incelenecek, ardından da hakim durum unsuru olmaksızın anlaşmaların toplam etkisi nedeniyle piyasayı kapatma etkisinin gündeme geldiği davalar incelenecektir:

Hakim durumdaki teşebbüslerin piyasayı kapatma amacına yönelik faaliyetlerinin değerlendirildiği ilk dava olan ***Hoffmann–La Roche Davası***’nda¹⁰¹ Komisyon, Hoffmann–la Roche & Co. Ag.’nin (*Roche*) belirli vitamin ürünlerine ilişkin piyasalarda 22 dağıtıcı ile münhasır satınalma anlaşmaları imzalamak veya onlara sadaka indirimleri ya da İngiliz Şartı¹⁰²

¹⁰¹ *Hoffmann–La Roche v. Commission*, Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

¹⁰² **İngiliz Şartı:** “Sağlayıcı ve onun müşterisi (örneğin perakendeci) arasında, müşterinin ürünü, söz konusu sağlayıcıdan ziyade daha lehte koşullar sağlayan başka bir sağlayıcıdan almasına imkân veren anlaşmadır. Söz konusu sağlayıcı ürünü aynı koşullarla vermeyi kabul etmediği sürece müşteri her zaman başka sağlayıcı alternatifine sahip olacaktır. Ancak bu serbestlik, özellikle de müşterinin sağlayıcıya alternatif kaynağın adını açıklamasının zorunlu kıldığı

uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Temyiz aşamasında ATAD;

Girdileri belirli bir teşebbüsten alma türündeki yükümlülükler veya satın alanı tüm girdilerini münhasıran hâkim durumdaki teşebbüsten temin etmeye teşvik edecek sadakat indirimleri, rekabetin bozulmadığı bir ortak pazar amacıyla çelişmektedir; çünkü – 85(1).madde ve özellikle 85(3).madde kapsamında yer alan teşebbüsler arası anlaşmalara verilen istinaî izinler haricinde– bu tür uygulamalar katlanılan maliyete ya da elde edilen faydaya dayanan ekonomik işlemler olmaktan ziyade alıcının alternatif girdi kaynaklarından yararlanmasını kısıtlamak ve *diğer üreticilerin piyasaya erişimini engellemek amacıyla* tasarlanmaktadır¹⁰³.

Bu dava, Roche'un rakip vitamin üreticilerinin dağıtıcılara (müşterilere) ulaşmalarını engellemesi nedeniyle müşterilerin kapatılması olayına tipik bir örnektir.

BPB Industries Davası'nda¹⁰⁴ ise şunlar göze çarpmaktadır: Topluluktaki alçı kaplama levhaları (alçı panel) üretim kapasitesinin yarısını elinde bulduran BPB Industries, bağlı şirketi British Gypsum Ltd ("BG") vasıtasıyla, Birleşik Krallık'ta satılan alçı panellerin %96'sını temin etmektedir. Fransa ve İspanya'dan iki rakip alçı panel üreticisi piyasaya girmeye kalktığında BG müşterileri ile sadakat indirimi karşılığında münhasır satınalma anlaşmaları yapmış, ancak bunun sonucunda Komisyon BG'nin hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vererek ceza uygulamıştır.

İDM, piyasadaki rekabetin bir teşebbüsün hâkim durumda bulunması nedeniyle zaten kısıtlı olduğunu ve "piyasadaki satışların büyük bir kısmını kapsayacak şekilde münhasır tedarik anlaşmaları yapılmasının piyasaya giriş için kabul edilemez bir engel yaratacağını", bu nedenle münhasırlık hükmü

durumlarda, rakip sağlayıcılar arasındaki şeffaflığı arttırarak işbirliğini kolaylaştırma riski taşıyacak veya hâkim durumun güçlendirilmesine imkân verebilecektir. Bu yüzden de "İngiliz şartı"nın bulunduğu durumlarda rekabet yasalarına uygunluğa karar vermek için vaka bazında değerlendirme yapılmaktadır." (Rekabet Kurumu, 2009; s.110-111).

Rekabet Kurumu'nun bu teknik açıklaması gündelik hayattan bir örnekle şu şekilde somutlaştırılabilir: Herhangi bir teşebbüsün, "*belirli bir ürünümün veya ürünlerimin daha ucuzunu bulduğun takdirde bana gel, ben sana aradaki farkı ya da farkın birkaç katını ödeyeyim*" şeklindeki kampanyası bazı durumlarda teşebbüslerin kurdukları karteli sağlama almalarının yolu olabilir. Bu şekilde, karteli bozan daha düşük fiyat uygulayan rakipleri takip etme ve ifşa etme görevi de dolaylı olarak müşterilere yüklenmekte, müşteriler farkında olmadan kartel tarafından kullanılmaktadır.

¹⁰³ Hoffmann–La Roche, para. 90. Vurgu yazara aittir.

¹⁰⁴ BPB Industries v. Commission, Case T–65/89 [1993] ECR II–389, [1993] 5 CMLR 32.

içeren bu sözleşmelerin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek Komisyon'un kararını onamıştır¹⁰⁵.

Konuya ilişkin en yeni kararlardan birisi de **Coca-Cola Kararı**'dir¹⁰⁶. Karar, Coca-Cola'nın bazı dağıtım faaliyetlerinin AT Anlaşması'nın 82. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak AB Komisyonu tarafından açılan soruşturmaya ilişkindir. Beş yıl boyunca yürütülen soruşturma sonucunda taraflar uzlaşmaya varmış ve Coca-Cola dağıtım ağında münhasırlık, indirim sistemleri, ürün bağlama hükümleri ve Coca-Cola tarafından sağlanan buzdolaplarına ilişkin önemli değişiklikler yapmayı taahhüt etmiştir. Buna göre; Coca-Cola AB, İzlanda ve Norveç'teki teşebbüslerle yaptığı münhasırlık anlaşmalarının birçoğunu 31.12.2010 tarihine kadar sonlandıracak ve Coca-Cola'nın müşterileri alkolsüz gazlı içecekleri diledikleri tedarikçiden alıp satmakta serbest olacaktır. Bunun tek istisnası, çok büyük miktarlarda alım yapan özel teşebbüsler ile ihale yoluyla alım yapan kamu kurumlarıdır. Büyük satın almalarda ya da kamu ihalelerinde ihaleyi Coca-Cola'nın kazanması durumunda Coca-Cola münhasır sağlayıcı olabilecektir. Coca-Cola ayrıca, önceki dönemlere oranla aynı ya da daha fazla miktarda ürün satın alan müşterilerine indirim uygulamaktan vazgeçecektir. Komisyon tarafından talep edilen bu değişikliğin nedeni, Coca-Cola müşterilerinin diğer alkolsüz gazlı içecek sağlayıcılarından ürün tedarik etmelerini kolaylaştırmaktır. Bunun yanı sıra, Coca-Cola, en çok satan ürünleri satın alan müşterilerini, daha az satan ürünleri de alıp satmaya zorlamayacak, buna yönelik ürün bağlama uygulamaları ve indirimler yapmayacak ve rafların tüm ürün gamına yönelik olarak kapatılmasını talep etmeyecektir. Son olarak, Coca-Cola'nın bedelsiz olarak buzdolabı sağladığı satış yerlerinde müşterinin doğrudan erişebileceği başka bir buzdolabının konulmasına imkân yok ise, satış yerini işletenler bu dolabın kapasitesinin en az %20'sini Coca-Cola ürünleri dışındaki ürünler için kullanmakta serbest olacaktır.

AT rekabet hukukunda, dikey anlaşma ağlarının yatay etkisine ilişkin ilk dava ise **Braserie de Haecht v. Wilkin-Janssens**¹⁰⁷ davasıdır. Bu olayda Belçika'lı bir bira üreticisi kendisi ile münhasır tedarik anlaşması yapan ancak bu anlaşmaya uymayan bar sahiplerini bu anlaşmaya uymadıkları gerekçesi ile dava etmiştir. Mahkemenin talebi üzerine görüş belirten ATAD, bir teşebbüsün sattığı ürünlerin tamamını münhasıran başka bir teşebbüsten tedarik etmesini öngören bir anlaşmanın şeklen ya da ilke olarak 81(1). maddede belirtilen tüm unsurları taşıdığını söylemenin mümkün olmayacağını, ancak "bu tür

¹⁰⁵ *BPB Industries*, para.65–68.

¹⁰⁶ *Coca-Cola, Undertakings*, Case COMP/39.116 - (June 22, 2005).

¹⁰⁷ *Braserie de Haecht v. Wilkin-Janssen*, Case 23/67 [1967] ECR 407, [1968] CMLR 26.

anlaşmaların tek başlarına ya da piyasadaki benzer nitelikteki dağıtım sistemleri ile birlikte ve iktisadi ve hukuki diğer faktörler de dikkate alınarak değerlendirildiğinde AT Anlaşmasının 81(1). maddesine aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştir.

Yaklaşık on yıl sonra gündeme gelen *Spices Kararı*¹⁰⁸ ise Komisyon, Belçika'daki baharat satışının %39'unu gerçekleştiren Liebig firmasının, baharat dağıtımında toplam %30'luk pazar payına sahip olan üç büyük süpermarket zinciri ile imzaladığı münhasır dağıtım anlaşmalarına muafiyet verilmesini reddetmiştir. Bu kararda Komisyon'un temel gerekçeleri anlaşmaların piyasayı kapama etkisi doğurması, rakip üreticilerin küçük dağıtıcıları kullanmak zorunda kalması ve büyük süpermarketlerin ürünün pazarlanması ve rakiplerin piyasa payının artırılması açısından kaçınılmaz olmasıdır.

*National Sulphuric Acid Association Kararı*¹⁰⁹, İngiltere'deki sülfirik asidin %80'ini üreten 19 firmanın bir dernek çatısı altında bir araya gelerek üretim maliyetlerinin yaklaşık %80'ini oluşturan sülfürü bu dernek vasıtasıyla tekelden tedarik etmelerine ilişkindir. Üye firmaların sülfürü münhasıran dernekten temin etmelerini öngören anlaşma, sülfür piyasasını rekabete kapatacak olması nedeniyle Komisyon'un müdahalesi sonucu değiştirilmiştir ve dernekten tedarik zorunluluğu %25'e indirilmiştir.

*Rennet Davası*¹¹⁰ ise, üyelerine peynir üretiminde kullanılan bir maddeyi münhasıran kendisinden temin etmesi yükümlülüğü getiren bir peynir üreticileri kooperatifinin bu uygulamasının muafiyet kapsamı dışında olduğuna karar verilmiştir. Bunun gerekçesi ise kooperatif üyelerinin peynir üretimindeki pazar payının %90 olması ve piyasanın anlaşmayı konu olan maddeyi sağlayacak diğer teşebbüslere kapanacak olmasıdır.

*Nutrasweet Kararı*¹¹¹ ise Komisyon, Coca-Cola ve Pepsi-Cola'nın suni tatlandırıcı ihtiyaçlarının tamamını beş yıl süre boyunca münhasıran Nutrasweet'ten almalarını öngören sözleşmelerin AT Anlaşması'nın 81(1). maddesini ihlal ettiğine yönelik şikayetler üzerine bir inceleme başlatmış, inceleme sürecinde taraflar anlaşmadaki münhasır tedarik hükmünden vazgeçmiş ve anlaşmanın süresini iki yıl ile sınırlandırılması konusunda uzlaşmışlardır.

¹⁰⁸ *Spices*, OJ (1978) L 53/20

¹⁰⁹ *National Sulphuric Acid Association*, OJ (1980) L 260/24

¹¹⁰ *Coöperatieve Stremsel en Kleurselvbriek v. Comm.*, Case 61/80 [1981] ECR 851 [1982] CMLR 240.

¹¹¹ XVIIIth Report on Competition Policy, para.53

Yukarıda yer verilen kararlarda münhasırlık hükmü içeren dikey anlaşmaların piyasayı kapatma riskine değinilse de, bu açıdan uygulanabilir bir test getiren ve dikey anlaşmaların AT Anlaşması'nın 81(1). maddesi çerçevesinde değerlendirilmesini bir bakıma kurala bağlayan ilk dava *Delimitis Davası*'dır.

Delimitis Davası¹¹², bira üreticisi (tedarikçi) Henninger ile birahane işleticisi Mr. Delimits arasında yapılan, satılan tüm biraların Henninger'den ve diğer meşrubatın da Henninger'in bağlı ortaklıklarından sağlanmasına yönelik bir anlaşma ile ilgilidir. Mr. Delimits, aynı zamanda minimum satınalma zorunluluğu getiren ve kotaya ulaşılmaması durumunda cezai yaptırım da bulunan bu anlaşmanın, AT Antlaşması'nın 81(1). maddesine aykırı ve 81(2). maddesi uyarınca geçersiz olduğu iddiasıyla Alman Mahkemelerinde dava açmış, temyiz aşamasında da ATAD'ın görüşü talep edilmiştir.

Görüş talep eden mahkemeye göre, ilgili pazardaki birahanelerin %60'ı (adet olarak ve satış hacmi olarak) münhasır anlaşmalarla bağlıdır. AT Komisyonu da, 27 büyük bira üreticisinin pazardaki bira üretiminin %50'sini, ilk 100 üreticinin de pazardaki üretimin toplam %86'sını gerçekleştirdiği, Henninger'in de %6,4'lük payı ile ikinci grupta yer aldığı; fıçı biranın Henninger'in satışlarının %0,3'ünü ve münhasırlık içeren piyasanın %1,1'ini oluşturduğu görüşündedir (Pheasant and Weston, 1997:326).

İlgili Alman mahkemesine verdiği cevapta ATAD ilgili pazarı “ulusal bazda, birahane vb. yerlerde satılan ve tüketilen biranın dağıtım piyasası”¹¹³ olarak belirlemiş ve dikey kısıtlamaların kapama etkisinin analizi için iki aşamalı bir test önermiştir:

Testin ilk aşaması, anlaşmaların piyasaya giriş üzerindeki etkisidir. ATAD bu aşamada analiz edilmesi gereken çeşitli unsurları şu şekilde sıralamıştır¹¹⁴:

- (i) [münhasırlık anlaşmaları ile] bağlı satış yerlerinin bağlı olmayan satış yerlerine oranı,
- (ii) Anlaşmaların süresi, bu anlaşmalar uyarınca satılan ürünün miktarı ve bağlı olmayan dağıtıcıların/perakendecilerin sattıkları miktarı oranı,
- (iii) Piyasaya giriş için diğer olanaklar (ATAD'a göre, benzer nitelikteki sözleşmeler kümülatif olarak piyasaya giriş üzerinde olumsuz etkiye sahip olsa dahi, – kendi ağına sahip bir bira üreticisini devralmak, yeni satış noktaları açmak veya münhasırlık ile bağlanmamış satış

¹¹² *Delimitis v. Henninger Bräu*, Case 234/89 [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210.

¹¹³ *Delimitis*, para.15–18.

¹¹⁴ *Delimitis*, para.19–22.

noktalarından yararlanmak gibi – piyasaya girişe olanak tanıyacak diğer olasılıkları değerlendirmeksizin piyasanın kapatıldığından bahsetmek makul olmayacaktır).

- (iv) Piyasanın yapısı, üreticilerin sayısı ve büyüklükleri,
- (v) Tüketicilerin az sayıdaki büyük üreticilerin markalarına sadakatinin yüksek olduğu bir piyasaya girişin daha zor olması nedeniyle, piyasanın doymuşluk oranı, tüketici sadakati.

Eğer yukarıda belirtilen aşamada anlaşmaların kümülatif etkisinin piyasaya girişi engelleyecek nitelikte olmadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde, AT Antlaşmasının 81(1). maddesi uygulanmayacaktır. Buna karşın ilk aşamada piyasaya girişin zorlaştığı sonucuna ulaşırsa;

“... piyasanın kapatılmasına ilişkin sorumluluk önemli oranda bu etkiye neden olan bira üreticilerine atfedilmelidir. Bira üreticileri tarafından yapılan ve kümülatif etkiye katkısı göz ardı edilebilecek nitelikte olan anlaşmalar ise 85(1). maddedeki¹¹⁵ yasaklamaya tabi olmayacaklardır.”¹¹⁶

Dolayısıyla, Delimitis Testi'nin ikinci aşamasında, münhasırlık anlaşmalarına taraf olanların *piyasadaki konumları* ve her bir bira üreticisinin piyasaya girişin engellenmesindeki rolü dikkate alınacaktır. ATAD, piyasadaki konumun yalnızca pazar payı ile belirlenmediğini, bira üreticisine bağlanmış olan satış noktalarının toplam satış noktalarına oranının da göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca, küçük bir pazar payına sahip olmakla beraber satış noktalarını uzun yıllar boyunca bağlayan bir teşebbüsün, daha güçlü bir pazar konumuna sahip olan ancak satış noktalarını kısa dönemler sonunda serbest bırakan bir teşebbüse oranla piyasanın kapatılmasında daha etkili olacağından, anlaşmaların süresinin de dikkatle değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır ATAD¹¹⁷.

Ancak ATAD'ın “bir bira tedarik sözleşmesi” derken bira üreticisi ile birahane arasında yapılan “tek bir sözleşme”ye mi yoksa bira üreticisi ile birahaneler arasında “seri şekilde yapılan, hükümleri aynı tek tip (*standart form*) sözleşme”yi mi kastettiği açık değildir (Lasok, 1991:196–199).

Buna ek olarak Korah (1992:172–173), “asgari etkin üretim ölçeğinin (*minimum efficient scale of production*) kısmen tedarik tarafındaki farklı işletmeler tarafından yapılan satışlar sayesinde gerçekleşmekte olabileceğini” ifade etmekte ve ATAD'ın piyasaya giriş için [kendi ağına sahip] bir bira

¹¹⁵ 81. madde Amsterdam Anlaşması öncesinde 85. madde olarak adlandırılmaktaydı.

¹¹⁶ *Delimitis*, para.24.

¹¹⁷ *Delimitis*, para.25–26.

üreticinin devralınabileceği konusundaki muhakemesini aşağıdaki şekilde eleştirmektedir:

“Yalnızca birkaç birahänenin mevcut olduğu bir yerde yeni marka bir birayı mevcut bir bira üreticisini devralarak pazarlamanın ne sıklıkla mümkün olabileceğini merak ediyorum. [Bu tür bir devralmanın amacını oluşturacak olan] varlıklardan bira üreticisi ve [sözleşme ile] ona bağlanmış olan satış yerleri hem eski markaları hem de yeni markayı yeterli miktarda alamayabilir. Düzenlemenin olmadığı durumlarda yeni birahanelerin açılabilmesi görüşü ise, ancak küçük kasabalarda bir bira için asgari ekonomik ölçeğin çevrede bulunan az sayıdaki sosyal içici sayısı ile doğrudan alakalı olduğu veya Birleşik Krallık gibi ülkelerdeki ruhsat sisteminin bunu imkânsız kıldığı durumlar dışında uygulama imkânı bulabilecektir.”

Delimitis Davasının önemi, rekabeti kısıtlama amacına yönelik olmasa bile “etkisi” olan anlaşmaları yasaklayan 81(1). maddenin geniş bir şekilde yorumlanmasında yatmaktadır (Lasok; 1991:196–197).

Danish Fur Traders Davası'nın¹¹⁸ konusu ise, kürk üreticilerinin ürünlerini satmak üzere bir kooperatif ile münhasır bir anlaşma yapmalarını. Komisyon söz konusu münhasırlık anlaşmalarına muafiyet tanımayı reddetmiş ve Danimarka Kürk Yetiştiricileri Birliği'ne para cezası vermiştir. Komisyon'un bu kararına karşı açılan davada ise İlk Derece Mahkemesi, münhasırlığın tek başına AT Anlaşması'nın 81(1).maddesi bağlamında rekabet ihlali sayılamayacağına, Delimitis Kararında da öngörüldüğü üzere, her anlaşmanın piyasadaki rekabet üzerindeki etkilerinin hukuki ve iktisadi olarak ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiğine, dava konusu olayda anlaşmalara taraf olan kooperatifin pazar payının %75 civarında olduğuna ve anlaşmaların rakiplerin piyasaya girişini engelleyecek nitelikte olduğuna hükmederek Komisyon'un kararını onaylamıştır.

Bunu izleyen iki olay (*Langnese-Iglo*¹¹⁹ ve *Schöller*¹²⁰) Komisyon'un Langnese¹²¹ ve Schöller¹²²'in satış noktaları ile yaptıkları anlaşmaları 81(1). madde kapsamında değerlendirerek anlaşmalara muafiyet vermeyi reddetmesine ilişkin “dondurma davaları”dır.

¹¹⁸ *Dansk Pelsdyravlereforening & Ors v. Commission*, Case T-61/89 (1992) ECR II-1931, p.99.

¹¹⁹ *Langnese-Iglo v. Commission*, Case T-7/93, ([1995] ECR II-1663, 5 CMLR 602).

¹²⁰ *Schöller v. Commission*, Case T-9/93 ([1995] ECR II-1663, 5 CMLR 602).

¹²¹ 93/406/EEC, OJ [1993] L183/19.

¹²² 93/405/EEC, OJ [1993] L183/1.

Komisyon bu davalarda Delimitis Testi’ni uygulamak yerine, 81(1)’in uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek amacıyla üç soru sormuştur (Pheasant and Weston, 1997:326–327):

- (1) Anlaşmanın kendisi ortak pazardaki veya üye devletler arasındaki ticaretteki rekabet üzerinde hissedilir derecede etkiye sahip midir?
- (2) Eğer değilse, davalı teşebbüsün taraf olduğu bu nitelikteki anlaşmaların tamamı [bir bütün olarak] bu etkiye sahip midir?
- (3) Eğer bu da değilse, ilgili ürün pazarındaki bu nitelikteki mevcut anlaşmaların tamamı bu etkiye sahip midir?

Yukarıda yer verilen üç sorudan herhangi birisine “evet” cevabının verilmesi 81(1)’in uygulanması için yeterlidir. Langnese–Iglo’nun ve Schöller’in anlaşmalarının gerek sayısı gerekse kapsadığı ürün hacmi açısından piyasanın %25’inden fazlasını kapattığını dikkate alan Komisyon, piyasadaki diğer üreticilerin anlaşmalarına bakmaksızın bu iki teşebbüsün yaptığı anlaşmaları yasaklamıştır. Diğer yandan, İlk Derece Mahkemesi (İDM) Komisyon’un ulaştığı sonucu reddetmemekle birlikte Delimitis Testi’ni uygulamıştır (Pheasant and Weston, 1997:326–327).

İDM’ye göre, “iki ana üreticinin yapmış oldukları münhasır satınalma anlaşmalarından oluşan ağ hem satış noktalarının sayısı hem de ürün hacmi açısından piyasanın %30’undan fazlasını etkilemektedir”¹²³. Langnese tarafından satış noktalarına emanet edilen dondurma dolapları yeni rakiplerin piyasaya girişini zorlaştırmaktadır; çünkü rakipler satış noktalarını ya Langnese’in dolabını kendilerinininki ile değiştirmek ya da yeni bir tane daha dolap koymak için ikna etmek durumunda kalmaktadır. Ancak ilk durumda mevcut dolabın sahibine oranla daha az çeşitte ürün sunan bir rakibin şansı olmayacak, ikinci durumda ise küçük satış noktalarında ikinci bir dolaba yer olmaması nedeniyle rakibin piyasaya girişi zorlaşacaktır. Ayrıca, ölçek ve kapsam ekonomileri ile markaların gücü de bu açıdan önemli olmaktadır¹²⁴. Bunların yanı sıra, anlaşmaların aksi belirtilmediği müddetçe beş yıllık süre sonunda otomatikman yenilenmesi de anlaşmaların süresiz bir şekilde yapıldığı anlamına gelmektedir¹²⁵.

Bu kararın önemli bir sonucu ise şudur: Delimitis kararında olduğu gibi hem Komisyon hem de İDM, Langnese’in sahip olduğu “*güçlü pozisyon*”un altını çizerek, **piyasa kapatma eyleminin kabul edilmesi için teşebbüsün hâkim durumda olmanın şart olmadığını** göstermiştir¹²⁶.

¹²³ Langnese–Iglo, para.104–105.

¹²⁴ Langnese–Iglo, para.107–110.

¹²⁵ Langnese–Iglo, para.135–138.

¹²⁶ Langnese–Iglo, paragraphs 112, 165, 182 and 190.

Ayrıca bu kararlar Komisyon'un "piyasadaki benzer anlaşmaları toplam etkisinin değerlendirilmesi aşamasında hangi anlaşmaların bu etkiye katkıda bulduklarını hangilerinin ise bu etkiyi yaratmadığını teker teker incelemek zorunda olmadığı", ancak grup muafiyetini (bir grup anlaşmadan ya da sektörden) tümüyle geri alırken anlaşmaların rekabet üzerindeki kümülatif etkisini göstermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır¹²⁷.

Korah (1994:173–174) ise bu bağlamda, Mars'ın ürünlerini sunabilecek birçok satış noktası olmasına rağmen hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin pazar paylarına gerektiğinden fazla vurgu yaptığı ve ATAD'ın Delimitis kararında öngördüğü "asgari dağıtım ölçeği karşılaştırmasını" yapmaktan kaçındığı gerekçeleriyle Komisyon'u eleştirmektedir.

*Masterfoods*¹²⁸ da bir diğer dondurma davasıdır. Ancak bu dava, 81. maddenin yanısıra hâkim durumda olan bir teşebbüsü ve 82. maddenin uygulanmasını da içerdiği için diğer dondurma davalarından farklı niteliktedir. Komisyon'un Kararı¹²⁹ ve İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin talebi üzerine Hukuk Sözcüsü (*Advocate General*) Cosmas'ın verdiği Görüş ve İlk Derece Mahkemesi'nin verdiği Karar dikey anlaşmaların değerlendirilmesi açısından yol gösterici niteliktedir.

Dosyada belirtildiği üzere, eskiden "HB" olarak anılan Van den Bergh Foods Limited, ürettiği dondurmaların saklanması ve satışı için İrlanda'daki satış noktalarına, başka üreticilerin dondurmalarının bu dolaplara konulmaması koşuluyla, dondurma dolapları vermektedir. Söz konusu "dolap münhasırlığı" nedeniyle ürünlerini satış noktalarındaki bu dolaplara koyması engellenen Mars İrlanda ("Mars"), İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak bu uygulamanın durdurulmasını talep etmiştir¹³⁰ ve aynı zamanda AT Komisyonu'na da şikayette bulunmuştur.

Komisyon, uygulanan "dolap münhasırlığı"nın *fili olarak* satış noktalarının münhasıran bağlanması ve ilgili pazarda satılan "anlık tüketime yönelik ambalajlanmış dondurmaların %40'ının" ve "satış noktalarının da %40'ının" kapatılması sonucunu doğurduğunu belirterek HB'nin AT Anlaşması'nın 81 ve 82. maddelerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹³¹. Özetle,

¹²⁷ *Langnese-Iglo*, para.188–196.

¹²⁸ *Masterfoods*, Case C–344/98 [2000] ECR I–11369, [2001] 4 CMLR 449.

¹²⁹ 98/531/EC OJ [1998] L246/1.

¹³⁰ Bu dava hakkında yorumlar için bkz. Murphy (1992).

¹³¹ Karardan önce Komisyon 1993 yılında HB'ye hitaben bir İtiraz Bildirgesi (Statement of Objections) göndererek HB'nin anlaşmalarının AT Anlaşması'nın 81(3). maddesi çerçevesinde muafiyetten yararlanabilmesi için yapması gereken değişiklikleri belirtmiştir. McDowell (1995) ABD ve İrlanda'daki dondurma dağıtım piyasalarını karşılaştırıp Whinston'un (1989) modelini davanın gerekçelerine uyarladıktan sonra bu bildirgeyi bir tür

söz konusu fiili dolap münhasırlığının da 81(1). madde kapsamında olduğu ancak 81(3). madde koşullarını tümünü taşımadığına hükmedilmiştir¹³².

Konu 82. madde açısından değerlendirildiğinde ise, (a) pazar payının uzun yıllar boyunca %70'in altına düşmemiş olması, (b) üretim hacmi ve tedarik kapsamı açısından büyük bir ekonomik güce sahip olması, (c) ürün gamının rakiplerinininkine oranla çok geniş olması, (d) bağlı bulunduğu grup nedeniyle dağıtımda başka avantajlara da sahip olması gibi nedenlerle HB'nin hakim durumda olduğuna ve rakiplerin piyasaya girişini ve faaliyetlerini zorlaştırması ve satış noktaları ile tüketicilerin seçim özgürlüklerini kısıtlaması nedeniyle *fiili münhasırlığın* kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹³³. HB'nin anlaşmalarına *Delimitis Testi*'ni uygulayarak Komisyon'un 81(1) ve 81(3) konusundaki sonuçlarıyla aynı görüşe ulaşan AG Comas ayrıca "markalar arasındaki rekabetin satış noktalarına erişme amacıyla yapılacak rekabet ile ikame edilemeyeceğini" vurgulamıştır¹³⁴.

3.3. AB Uygulamasının Değerlendirilmesi

Rekabet hukuku ile ABD'ye oranla görece geç tanışan AB'nin ABD'nin deneyimlerinden istifade etmek yerine, bir tür deneme yanılma yolunu tercih ettiğinden söz etmek mümkündür. Bunun en temel nedenlerinden birisi, AB'de ABD'deki *per-se / rule of reason* ayırımından ziyade muafiyet sistemini benimsemiş olması ve bu nedenle muafiyet alabilecek türdeki anlaşmaların ayrıntılı düzenlemeye tabi tutulması gerekliliğidir.

Farklılık yaratan ikinci husus ise, AB rekabet hukukunun amaç açısından ABD rekabet hukukundan farklılaşmasıdır. ABD'de tüketici refahı ya da bazen toplumsal refah ön plana çıkarken, üye devletlerin piyasalarını kaynaştırarak tek pazar haline gelmek AB'nin birincil önceliğidir. Bu nedenle zaman zaman rekabet hukukunu ikinci plana atmak pahasına üye devletler arasındaki ticaretini arttırmaya yönelik zorlama içeren yorumlar ve sonuçlarla karşılaşmak da mümkün olabilmektedir.

ödün olarak değerlendirmekte ve dolap münhasırlığının Whinston'un belirttiği gibi piyasa kapatma etkisine yol açmayacağını, bu nedenle HB'nin etkinlik konusundaki savunmalarının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

Diğer yandan, Robertson ve Williams (1995) ise İrlanda Mahkemesi'nin ve Birleşik Krallık Tekeller ve Birleşmeler Komisyonu'nun dolap münhasırlığına ilişkin kararlarının hukuka uygun olmadığını belirterek Avrupa Komisyonu'nu dolap münhasırlığına müdahale etmek üzere göreve davet etmektedir.

¹³² 98/531/EC, para.221–247.

¹³³ 98/531/EC, para.255–271.

¹³⁴ *Masterfoods*, A65–89 and fn:65; A99 and A102.

Konunun özüne dönüldüğünde ise, AB’de “piyasayı kapatma” kavramının piyasadaki dikey sınırlamaların toplam (kümülatif) etkisi ile bir arada değerlendirildiği görülmektedir. Bir başka deyişle, bazı şartlar da bağlı olarak, piyasanın önemli bir bölümünün kapanmasına yol açan dikey sınırlama ağları, “amaç” açısından değil de “etki” açısından 81. madde kapsamında yaptırıma tabi tutulmaktadır. Özellikle *Delimitis Kararı* gibi kararlar dikkate alındığında üye devletler arası ticaret ve toplam etki gibi kavramların sıklıkla karşımıza çıktığı görülmektedir.

Ancak, “piyasanın kapatılması” kavramı açıkça irdelenmemiş olsa dahi dikey sınırlamaların bu tür bir potansiyele sahip olduğu *Delimitis*’ten çok önce 82. madde kapsamındaki bazı davalarda gündeme getirilmiştir. Örneğin, *Hofman-La Roche Davası*’nda, rakiplerin piyasaya erişimini engelleyen uygulamaları (esas itibarıyla “müşterilerin kapatılması” eylemi) nedeniyle Roche ceza almıştır. Fakat bu davada – belki de Roche’un hakim durumda olması ve ticaretin seviyesi gibi nedenlerle – konuya ilişkin olarak *Delimitis*’dekine benzer ayrıntılı bir inceleme yapılmamıştır. Ancak çok sonraları *Masterfoods Davası*’nda Komisyon’un 81 ve 82. maddelerin yanı sıra *Delimitis Testi*’ni de uyguladığı görülmektedir.

HB’nin anlaşmalarına *Delimitis Testi*’ni uygulayarak Komisyon’un 81(1) ve 81(3) konusundaki sonuçlarıyla aynı görüşe ulaşan AG Comas ayrıca “markalar arasındaki rekabetin satış noktalarına erişme amacıyla yapılacak rekabet ile ikame edilemeyeceğini” vurgulamıştır¹³⁵.

Gerek Komisyon’un ulaştığı sonuç, gerekse Comas’ın görüşleri daha önce ABD’de gündeme gelen *Sinclair Davası*’ndaki¹³⁶ sonuçlardan oldukça farklıdır: Hatırlanacağı üzere, söz konusu davada Sinclair benzin istasyonlarına temin ettiği benzin pompaları ve makinelerinin rakip şirketlerin benzinini satmakta kullanılmasını yasaklamış; Yüksek Mahkeme ise, bu eylemin istasyon münhasırlığına yol açabilecek nitelikte olsa bile, istasyonların diğer sağlayıcıların da benzin pompalarını kurup işletmede özgür olduklarını, bu nedenle de piyasanın kapatılmasından bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.

Gerek dolap münhasırlığı, gerekse pompa münhasırlığı satış noktasının sahip olduğu alan ve yeni teçhizatı bulundurma zorluğu dikkate alındığında benzerlik arzetymekte, dahası her iki durumda da rakiplere ürün satışının yanı sıra bir de bu ürünün satışına yönelik teçhizatı sağlama yükümlüğü yüklenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, rakiplerin piyasaya giriş maliyetlerinin arttırıldığına kuşku yoktur. Bu açıdan bakıldığında ATAD’ın yaklaşımı ile ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımı arasında ciddi farklılıklar olduğu görülmektedir.

¹³⁵ *Masterfoods*, A65–89 and fn:65; A99 and A102.

¹³⁶ *FTC v Sinclair Refining Co*, 261 US 463, 1923.

AB deneyiminin bir diğer ilginç sonucu da, *Langnese-Iglo* ve *Schöller* davalarında ilk kez karşımıza çıkan “**güçlü pozisyon**” kavramıdır. Hâkim durumdan daha alt seviyedeki pazar gücünü ifade etmek için kullanılan bu kavram, Rehber’de “piyasa gücü” olarak yeri bulmuştur. Dolayısıyla AB uygulamasının geldiği noktada, piyasa gücüne sahip olmayan teşebbüslerin dikey sınırlamaları otomatik olarak muafiyetten yararlanmakta iken, piyasa gücüne sahip teşebbüslerin dikey kısıtlamalarının piyasayı kapatma etkisi açısından 81(1) ve 81(3). maddeler çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenmesi mümkün olmaktadır. Diğer yandan, hâkim durumdaki teşebbüslerin dikey sınırlamaları bireysel muafiyet çerçevesinde incelenebilecek olsa da bunların daha çok 82. madde altında değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Bu husus, çalışmanın son bölümünde ayrıca değerlendirilecektir.

4. Bölüm

TÜRKİYE UYGULAMASI

Türkiye rekabet hukuku ile 1994 yılında tanışmış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un fiilen uygulanmaya başlaması ise 1997 yılının sonunu beklemek durumunda kalmıştır. Kanun'un hükümleri AT Antlaşması'nın 81 ve 82. maddelerine paralel olmakla ve AB rekabet hukukundaki düzenlemeleri kısa sürede ulusal rekabet hukukuna aktarmak mümkün olmakla birlikte ikincil düzenlemelerde ve uygulamada zaman zaman Türkiye'ye özgü farklılıklar gündeme gelebilmektedir. Bu bölümde, dikey kısıtlamalar vasıtasıyla piyasanın kapatılmasına ilişkin Türkiye'nin deneyimi incelenecek, düzenleme ve uygulamalarda teoriden ve diğer ülkelerden farklılaşan yönleri değerlendirilecektir.

4.1. Dikey Sınırlamalara İlişkin Türkiye'deki Yasal Çerçeve

7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 4. maddesi ile rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Kanun'un 5. maddesi de 4. madde kapsamına giren bazı anlaşma ve eylemlere muafiyet verilmesinin koşullarını belirlemektedir. Ancak, her iki maddede de yatay ve dikey anlaşmalara, rekabet kısıtlamalarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bir diğer temel hüküm ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddedir.

Kanun'un esas hükümleri, Avrupa Topluluklarını kuran Roma Antlaşması'nın rekabetin korunmasına ilişkin 81(1), 81(3) ve 82. maddeleri ile paraleldir.

Dikey rekabet kısıtlarının 4. madde kapsamında yer alıp almayacağına ilişkin tartışmaların bugüne kadar Türk Rekabet Hukukunu meşgul etmemesinin en temel nedeni bu sorunun Rekabet Kurumu'nun kurulmasından çok önce, ilkelerini benimsediğimiz ve içtihadını dikkate aldığımız Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamasında 1964 yılındaki *Consten/Grundig Davaları*¹³⁷ ile çözüme kavuşmuş olmasıdır. Bu davalarda taraflar yetkili satıcılık anlaşmalarının rakipler değil üretici ile dağıtıcı arasında yapıldığını ve bu nedenle 81. maddenin kapsamında olmadığını savunmuş, ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı 81. maddenin rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalara da uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine, AT Komisyonu artan

¹³⁷ *Consten/Grundig Davaları*, Dava No: 56 ve 58/64 [1966] ECR 299, [1996] CMLR 418.

muafiyet bildirimlerini azaltmak amacıyla yaygın olarak kullanılan dikey kısıtlamalara ilişkin çeşitli grup muafiyeti tüzükleri yayımlayarak bu anlaşmalardan tüzüklerde yer alan koşulları taşıyanlarının bildirimine gerek olmaksızın muafiyete tabi olduklarını kabul etmiştir.

4054 sayılı Kanun aynı zamanda Rekabet Kurulu'na belirli konularda yönetmelik veya tebliğ yayımlayarak ikincil düzenleme yapma yetkisi de vermektedir. Bu sayede, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku alanındaki tüzük vb. ikincil düzenlemeler, ya aynen ya da Türkiye koşullarına uyarlanarak Rekabet Kurumu Tebliği olarak mevzuatta yerini almaktadır.

Söz konusu tüzüklerden bazıları ise¹³⁸, AT mevzuatına uyum yükümlülüğümüz çerçevesinde ülkemiz rekabet hukukuna uyarlanmış ve Rekabet Kurumu'nun resmen faaliyete geçmesinden önce Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹³⁹ ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹⁴⁰ ise Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmesinden sonra yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Toplulukları Konseyi 1999 yılında 2790/1999 sayılı Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü¹⁴¹ kabul etmiş, önceki düzenlemelerinden farklı olarak teşebbüslere daha geniş bir alanda dikey kısıtlamalar içeren anlaşmalar yapma olanağı tanımıştır. Birçok dikey kısıtlama tipinin tek çatı altında toplanıp değerlendirildiği bu Tüzüğün önemli bir unsuru ise, Tüzüğün sağladığı muafiyetten yararlanabilmenin belirli bir pazar payı eşğine bağlanmış olmasıdır: Buna göre, pazar payı %30'u aşan sağlayıcıların¹⁴² bu Tüzükten yararlanamayacakları, ancak bireysel muafiyet için başvurabilecekleri belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen gelişmelere paralel olarak, Rekabet Kurumu da 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" ile dikey kısıtlamaları yeniden düzenlemiş, bu arada 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğleri yürürlükten kaldırmıştır.

2002/2 sayılı Tebliğ genel olarak 2790/1999 sayılı AT Konseyi Tüzüğü'ne paralel hükümler içermektedir. Her iki düzenlemenin de

¹³⁸ 01.03.1997 tarih 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, [1997] RG 23100; 01.04.1997 tarih ve 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, [1997] RG 23100. (2002/2 sayılı Tebliğ her iki tebliği de yürürlükten kaldırmıştır.)

¹³⁹ [1998] RG 23304.

¹⁴⁰ [1998] RG 23853.

¹⁴¹ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (OJ) [1999] L 336/21, [2000] 4 CMLR 398.

¹⁴² Münhasır tedarik anlaşmalarında ise satın alanın pazar payı dikkate alınacaktır. Bkz. 2790/99 sayılı Tüzük, madde 3(2).

yasaklamalara ilişkin temel hükümleri (“*black clauses*”) aynı olmakla birlikte Tebliğin söz konusu Tüzükten en dikkate değer farkı Tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanabilmek için herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiş olmasıdır.

Pazar payı eşiğinin neden getirilmediği çeşitli tartışmalara konu olmakla beraber, “*Rekabet Kurulu’nun anılan Tebliğ’de sözkonusu eşiklere yer vermemesinin başlıca sebebinin (pazar payı eşiklerinin hangi kritere göre % 30, % 40 vs. şeklinde belirleneceği konusundaki tereddütten ziyade) Kurum’daki iş yükü artışının engellenmesi olduğu söylenebilir.*” AB’den farklı olarak, Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarihte Tebliğ kapsamında yer almayan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için tarafların Kurum’a başvurması zorunluluğu olduğundan eşik getirilmesinin fiilen tüm dikey anlaşmaların Kurum’a bildirilmesi ve Kurumun iş yükünün artması sonucunu doğuracağı, bu durumda da Tebliğ ile ulaşılmak istenen amaçlarla çelişeceği savunulmuştur (Gürzumar: 2003). Kurum’un iş yükünün farklı eşiklerden ne şekilde etkileneceğine dair yapılan değerlendirme sonucunda ise (Bolatoğlu, 2009:36-38) 25.5.2007 tarihinde yayınlanan 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği¹⁴³ ile %40’lık pazar payı eşiği getirilerek bu alandaki farklılık giderilmiştir.

Ayrıca, muafiyetten yararlanabilecek anlaşmaların süresi ve muafiyetin geri alınmasına ilişkin hükümlerde de çeşitli farklılıklar mevcuttur.¹⁴⁴ Tebliğ’in 6. maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu, tarafların savunmasını aldıktan sonra, Kanun’un 5. maddesinde belirtilen koşulları taşımadığı anlaşılan anlaşmalardan Tebliğ ile sağlanan muafiyeti geri alabilir. Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın %50’sinden fazlasını kapsamaması durumunda da Rekabet Kurulu, yeni bir tebliğ yayınlamak suretiyle ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları Tebliğ’in sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir.

Bir diğer temel farklılık da şudur: 1 Ocak 2000’de yürürlüğe giren, 1 Haziran 2000 tarihi itibarıyla uygulamaya konulan AB Tüzüğü için 10 yıllık bir süre öngörülmüş ve Tüzüğün 31 Mayıs 2010 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağı belirtilmiş iken¹⁴⁵, 2002/2 sayılı Tebliğ’de bu yönde bu tür bir süre sınırlaması yoktur.

Yukarıda yer verilen gelişmeler sonrasında, Rekabet Kurulu 3 Haziran 2009 tarihinde Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’u yenilemiştir. Eskisine oranla oldukça hacimli olan Yeni Kılavuz¹⁴⁶ büyük ölçüde AB’nin mevcut

¹⁴³ [2007] RG 26532.

¹⁴⁴ Karş. AB Tüzüğü md.5 ile RK Tebliği md. 5.

¹⁴⁵ AB Tüzüğü md.13

¹⁴⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz11.pdf> (04.06.2009)

Rehberi'ni yansıtmaktadır. Bu çerçevede Yeni Kılavuz'da (i) grup muafiyeti tebliği dışında kanuna aykırılık karinesi bulunmadığına (para.41); (ii) bildirim zorunluluğu kaldırıldığına (para. 42-44); (iii) aynı dağıtım sistemiyle dağıtılan portföy ürünlerinin durumuna (para. 45-46) ilişkin açıklamalar getirilmiştir. Tebliğ ile sağlanan muafiyetin geri alınmasına ilişkin esas ve usuller ise (para.47-52) daha da netleştirilmiştir.

Yeni Kılavuz'daki en önemli gelişmelerden birisi Tebliğ değişikliği ile getirilen pazar payı eşiğinin uygulanabilmesi açısından pazarın ne şekilde tanımlanacağı ve pazar paylarının ne şekilde hesaplanacağına dair kısımdır (para.53-58). Bunun yanı sıra dikey anlaşmaların olumu ve olumsuz etkileri genel olarak ve anlaşma türlerine göre değerlendirilmiş (para.69-217); "... dikey anlaşmalar açısından Kanun'un 4. maddesinin uygulanması pazar gücüne sahip teşebbüsler üzerinde yoğunlaşacağı; eğer incelenen olaydaki teşebbüs ciddi bir pazar gücüne sahip ise, gerek marka içi gerekse markalar arası rekabetin korunmasının önem kazanacağı" (para.71) vurgulanmıştır.

Bu çalışma açısından önemli husus ise, piyasayı kapatma etkisinin Yeni Kılavuz'un 78. paragrafında açıkça yerini bulmuş olmasıdır:

"(78) Pazar kapama etkisi, alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejileri ifade etmektedir. Pazar kapama etkisi, mevcut ve potansiyel rakiplerin hem alt pazara hem de üst pazara aynı anda girerek dikey entegrasyon gerçekleştirmesine ya da yeni bağımsız teşebbüsler aramasına neden olmaktadır. Dikey kısıtlama uygulayan teşebbüsler bu suretle rakiplerin maliyetlerini arttırmaktadırlar. Bu durum ise pazardaki mevcut rekabeti olumsuz etkilediği gibi pazara giriş engeli yaratarak potansiyel rekabeti de önlemektedir."

4.2. Konuya İlişkin Başlıca Kararlar

Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasının yalnızca on iki yıllık bir geçmişi olduğu dikkate alındığında, dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın kapatılması gibi oldukça spesifik bir alana çok fazla sayıda karar alınmasını beklemek makul olmayacaktır. Buna rağmen, konuya ilişkin olarak ortaya çıkan problemlerin rekabet hukukunun amacına ve iktisadi rasyonaliteye uygun olarak değerlendirildiğini ve ikincil düzenlemeleri de etkilediğini söylemek mümkündür.

Türkiye uygulaması açısından dikey anlaşmaların piyasanın kapatılmasına etkisinin derinlemesine incelendiği ve dikey anlaşmalara tanınan

muafiyetin geri alınması ile sonuçlanan ilk karar **BİRYAY Kararı**'dır. Bu karar bir mobil telefon operatörünün sürekli kampanyalar ve dikey anlaşmalar yoluyla piyasayı kapatmasına dair incelemeyi içeren **Turkcell Kararı** izlemiştir. Konuya ilişkin olarak gündeme gelen diğer kararlar sıvı karbondioksit piyasasına ilişkin **Karbogaz Kararı** ve finansal hizmetler sektöründeki münhasırlık anlaşmalarının konu edildiği **Advantage Card (Benkar) Kararı**'dır. Bu kararları gıda ve içecek sektörüne yönelik **Frito Lay, Bira, Rakı, Coca-Cola, Unilever (Algida)** ve çevrimiçi yemek siparişine ilişkin **Yemek Sepeti** kararları izlemiştir. Türkiye'deki düzenlemenin şekillenmesini büyük ölçüde etkileyen bu kararlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir:

4.2.1. BİRYAY Kararları

BİRYAY I¹⁴⁷ ve **BİRYAY II**¹⁴⁸ kararları, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki çeşitli rekabet ihlalleri ve özellikle bu piyasaya girişin engellenmesi ile ilgilidir. İlk kararda BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ("BBD") ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin ("YAYSAT"), dağıtım piyasasına girmek isteyen Dost Basın Dağıtım A.Ş.'yi ("DBD") dikey anlaşmalar ve sair uygulamalar vasıtasıyla engellemeleri incelenmektedir. İkinci kararda ise, BBD ve YAYSAT'ın MEDYA Satış Pazarlama ve Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.'nin gazete ve dergi dağıtım piyasasına girişini engellemeleri konu edilmiştir. Her iki kararda incelenen dikey sözleşmelerin aynı olması ve Kurul'un değerlendirme ve yaptırımlarda aynı yolu izlemesi nedeniyle bu kararlardan yalnızca ilki burada ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Gazete ve dergi yayıncılığı alanında lider konumunda olan Doğan Grubu'na bağlı olan YAYSAT ile anılan piyasanın ikinci büyük aktörü olan Bilgin Grubuna bağlı olan BBD, Mayıs 1996'da BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. adlı bir ortak girişim kurarak kendi gruplarına ait yayınlar dışındaki yayınların (*müşteri yayınları*) BİRYAY tarafından dağıtılmasına karar vermişlerdir. BBD ve YAYSAT'ın BİRYAY ile sözleşme imzalamayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtılmayacağını beyan etmeleri sonucunda iki aktörün (YAYSAT ve BBD) yer aldığı, düopolistik bir yapıya sahip olan "gazete ve dergi dağıtım pazarı"nda BİRYAY tekel konumuna gelmiş, 1 Haziran 1996 tarihinde anılan gruplar dışındaki yayınevleri BİRYAY ile çok daha ağır koşulları içeren dağıtım sözleşmeleri yapmak durumunda kalmıştır. BBD ve YAYSAT aynı zamanda kendilerine ait bayileri *fiilen* ortaklaşa kullanmaya başlamıştır.

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı, [2001] RG 24384.

¹⁴⁸ Rekabet Kurulu'nun 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kararı, [2001] RG 24375.

Birkaç ay sonra, BİRİYAY ile ihtilafa düşen Akşam Gazetesi'nin yayıncıları BİRİYAY'dan ayrılarak anılan gazeteyi dağıtmak üzere Dost Basın Dağıtım A.Ş. ("DBD") adında bir gazete/dergi dağıtım şirketi kurmuş ve yayınlarını DBD vasıtasıyla son satış noktalarına ulaştırmaya çalışmışlardır. DBD'nin bu girişimi üzerine BBD ve YAYSAT son satış noktaları ile "münhasırlık (rakip dağıtım kanallarından gelen yayınların teşhir ve satışını yapmama) hükmü" içeren sözleşmeler yapmış ve satış noktalarından DBD yayınları ile BBD/YAYSAT/BİRİYAY yayınları arasında bir "tercih" yapmalarını istemiştir.

Gazete satış yerlerine giremeyen ve yalnızca bir gazete (*Akşam*) ve birkaç dergi dağıtan DBD, Eylül 1997'de faaliyetlerine son vermek durumunda kalmış, bu arada *Akşam Gazetesi* de el değiştirmiştir¹⁴⁹.

Rekabet Kurulu bir şikayet üzerine soruşturma açarak 17.7.2000 tarihinde Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlalden dolayı BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'a para cezası vermiş, BİRİYAY'ın kuruluş sözleşmesine ilişkin menfi tespit/muafiyet talebini reddetmiş, ilgili pazarda son satış noktalarına getirilen münhasırlık yükümlülüğünün 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğuna hükmetmiş ve bazı satış noktaları için ek yükümlülükler getirmiştir.

Kararda ilgili pazar "Türkiye gazete ve dergi dağıtım pazarı" olarak belirlenmiştir. Ayrıca, gazete ve dergi dağıtımının, yayıncılardan teslim alınan yayınların son satış noktalarında okuyuculara sunulmasına kadar olan süreci kapsayan bir bütün olduğu vurgulanmıştır¹⁵⁰. Buna göre, dağıtım şirketlerine teslim edilen yayınlar, şirketlerce bölge müdürlüklerine gönderilmekte, ardından da ana bayiliklere ulaştırılmaktadır. Ana bayilikler, söz konusu yayınları tali bayiliklere teslim etmekte ve yayınlar burada satışa sunulmaktadır. Bölge müdürlükleri şirketin birer uzantısıdır, ancak ana bayiler ve tali bayiler sözleşme ile bu gazetelerin satışını üstlenmektedirler.

Kararın çeşitli bölümlerinde vurgulandığı üzere, okuyucu alışkanlıkları, ülkenin coğrafi özellikleri ve posta sisteminin yavaşlığı nedeni ile Türkiye'de abonelik sistemi yaygın değildir. Okuyucular, fiyat hareketleri ve promosyon kampanyaları nedeniyle sık sık gazete tercihlerini değiştirmektedir. Bu nedenle, abonelik sistemi, bu tür bir dağıtım şebekesine rakip olabilecek nitelikte değildir. Dolayısıyla, gazete ve dergi yayıncıları okuyucuya ulaşmak için gazete ve dergi dağıtım şirketlerini kullanmak zorundadırlar.

Kurul, son satış noktalarını iki gruba ayırmıştır: Birinci grupta, çeşitli ürünler satan ve gelirlerini asıl bu ürünlerin satışından elde eden, gazete ve

¹⁴⁹ Bu olaydan iki ay sonra Kasım 1997'de Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduğunu ve faaliyete geçtiğini açıklamıştır.

¹⁵⁰ BİRİYAYI, § 1-1: İlgili Pazar.

dergileri ise yalnızca müşteri çekmek amacıyla kullanan bakkal, süpermarket vb. satış yerleri yer almaktadır. İkinci grupta ise, genellikle şehrin meydanlarında ve ana caddelerinde yer alan, belediyeler tarafından ihale usulü ile dağıtım şirketlerine ya da gerçek kişilere kiralanın ve yalnızca gazete ve dergi satışı ile uğraşın satış noktaları bulunmaktadır. Belediyelerce kiralanın *kiosklar* ile bakkal vb. satış yerleri arasında üç temel farklılık vardır¹⁵¹:

- Bakkal vb. satış yerlerinin asıl işlevi gazete ve dergi satışı değildir. Oysa, büfelerin asıl geliri gazete ve dergi satışından oluşmaktadır ve bunların başka şeyler satması genellikle belediyelerce yasaklanmıştır.
- Büfelerin gazete ve dergi satışında özel bir yeri vardır, çünkü gazete ve dergi satışlarının büyük bir bölümü bu noktalarda gerçekleşmektedir. Hatta, BİRYAY, Belediyeler ile yaptığı sözleşmelerde, buralara daha geniş ve işlevsel büfelerin konulup Belediye’ye hibe edilmesini taahhüt etmişlerdir.
- Bakkal vb. son satış noktaları ile karşılaştırıldığında büfelerin ikame edilebilme özellikleri çok daha sınırlıdır: Büfeler, kamusal alanları işgal etmeleri nedeniyle bazı düzenlemelere tabidirler. Başka bir deyişle, bir meydana ya da caddede birden fazla büfenin yan yana bulunması hem fiziksel hem de hukuki açıdan mümkün değildir. Dolayısıyla, belediyelerin talep eden her dağıtım şirketine yeterli sayıda büfede tesis etme olanağı yoktur.

Kararda üç tür dikey anlaşmaya değinilmiştir: (a) BİRYAY ile gazete ve dergi yayınlayan teşebbüsler (yayınevleri) arasındaki anlaşmalar, (b) dağıtım şirketleri ile ana bayiler arasındaki sözleşmeler, (c) dağıtım şirketleri ile son satış noktaları arasındaki sözleşmeler.

Soruşturmayı yürüten Raportörler’in BİRYAY’ın yayınevleri ile yapmış olduğu sözleşmelerin Kanun’un 4. maddesine aykırı hükümler içerdiği ve grup muafiyeti tebliğlerinin dışında olduğu konusunda görüş bildirmesine karşın¹⁵², Kurul bu sözleşmelerin grup muafiyeti kapsamında olduğuna karar vermiş¹⁵³; ancak, kararın hiçbir yerinde bu sözleşmelerin neden rekabete aykırı oldukları ya da grup muafiyetine uygun oldukları tartışılmamıştır. Benzer bir şekilde, dağıtım şirketlerinin ana bayiler ile yaptıkları sözleşmeler de ilgili grup muafiyeti tebliği kapsamında bulunarak geçerli sayılmışlardır.

Diğer yandan, BBD ve YAYSAT’ın son satış noktaları ile satış noktasının “dağıtım şirketinin yazılı izni olmaksızın başka bir dağıtım şirketinin ya da yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmasını engelleyen” münhasırlık

¹⁵¹ BİRYAYI, §K.4.

¹⁵² BİRYAYI, § H, para.2.

¹⁵³ BİRYAYI, § L.1. para.4.

sözleşmeleri imzaladıkları, ancak BBD ve YAYSAT'ın bu hükmü birbirleri vasıtasıyla dağıtılan yayınlara karşı değil de yalnızca piyasaya girmek isteyen yeni teşebbüslerin dağıttığı yayınlara karşı kullandıkları tespit edilmiştir¹⁵⁴.

Kararın, “İlgili pazarda rekabetin tesis edilmesi” başlıklı bölümünde¹⁵⁵, söz konusu dikey kısıtlamaların pazara giriş açısından etkisi tartışılarak, piyasanın kapatılmasına neden olan diğer unsurlar ve ilgili piyasanın gazete ve dergi yayıncılığı ile ilişkisi ele alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle ilgili pazara giriş açısından bayilik ve ürün yelpazesi/kapasite sorunun önemi aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

“Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda varolabilme açısından özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir:

- a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi.
- b. Bu tali bayiliklerin yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi^[156].”

¹⁵⁴ *BİRYAYI*, § 1.3.1.3.

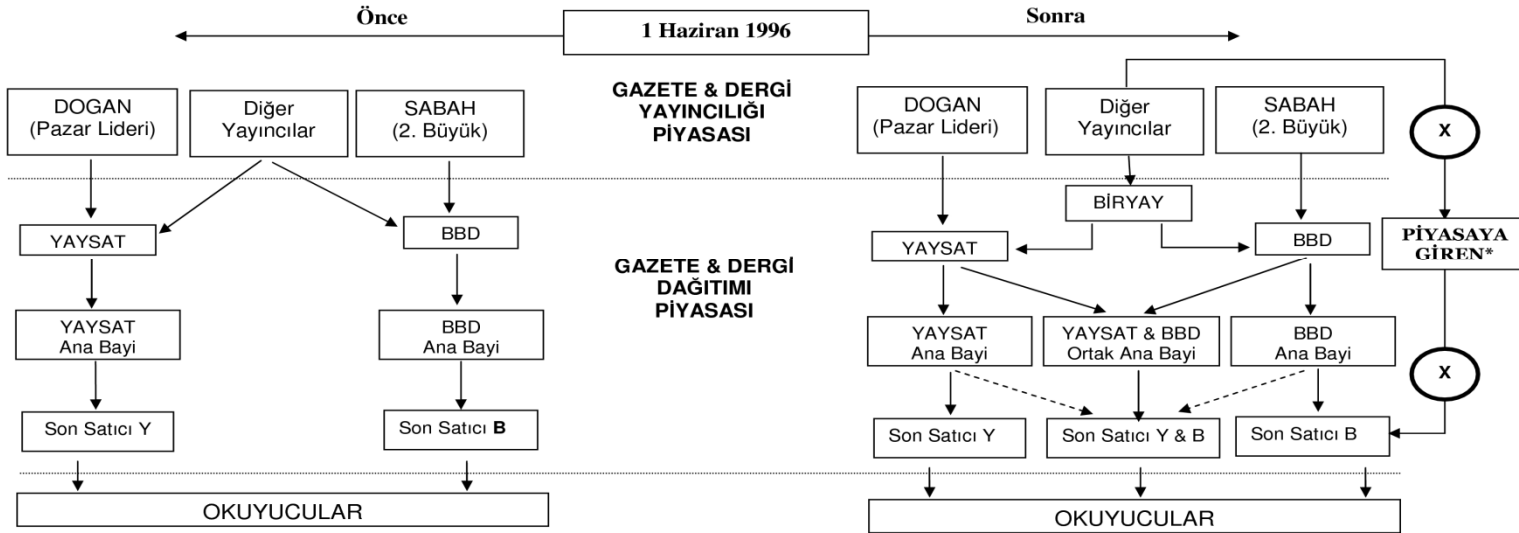
¹⁵⁵ *BİRYAYI*, § K.4.

¹⁵⁶ *BİRYAYI*, § K.4. para. 2.

Şekil 6 - Gazete Dağıtım Piyasasının Kapatılması

BİRYAY I ve BİRYAY II KARARLARI

PIYASANIN YAPISI VE DIKEY MÜNHASIRLIK ANLAŞMALARI YOLUYLA PIYASAYA GİRİŞİN KAPATILMASI



(X) Müşterilere (Yayıncılara) ve Girdilere (Teşhir ve Satış Hizmeti / Yerleri) Ulaşımın Engellenmesi

* BİRYAY I Kararı: Dost Basın Dağıtım A.Ş.
* BİRYAY II Kararı: MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.

Söz konusu paragrafın ardından, BBD ve YAYSAT'a sahip olan medya gruplarının, bir üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da birlikte hâkim durumda bulduklarına, dolayısıyla bayileri besleyecek yayın hacmi ve çeşitliliği açısından avantajlı durumda bulduklarına dikkat çekilmiştir. Ardından, bu bayilik ağlarının piyasaya giriş engeli yaratıp yaratmadıkları ve son satış noktalarının pazara giriş açısından zorunlu olup olmadığı sorgulanmıştır.

BBD ve YAYSAT'ın sözleşmelerinde münhasırlığın herhangi bir objektif ölçüte değil de yalnızca dağıtım şirketinin arzusuna bırakılması eleştirilerek, BBD ve YAYSAT'ın son satış noktaları ile yaptıkları dikey anlaşmalar ve karşılıklılık uygulamasının aynı zamanda yatay bir işbirliği olarak da değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bunun yanısıra, bu uygulamanın anılan şirketlerin "her dağıtım şirketinin münhasır bayileri olması gerektiği" yönündeki savlarını da geçersiz kıldığı belirtilmiş ve bu anlaşmaların piyasaya giriş engeli yaratmak amacıyla kullanıldığı vurgulanmıştır¹⁵⁷.

Aynı bölümün onuncu paragrafında, gazete ve dergilere özgü niteliklere ve okuyucuların satın alma alışkanlıklarına değinilmiştir. Buna göre, gazete ve dergilerin fiyatları diğer malların fiyatlarına oranla düşüktür ve bir satış noktasında istediği gazeteyi bulamayan okuyucu, benzer niteliklere sahip rakip bir gazeteyi satın almaktadır¹⁵⁸.

Kurul, aynı zamanda konuyu yayınevleri açısından da şu şekilde değerlendirmiştir:

Konuya gazete ve dergi yayınlayan şirketler (yani müşteriler) açısından bakıldığında ise, söz konusu şirketlerin doğal olarak yayınlarının mümkün olduğu kadar çok kişiye ulaşmasını hedefleyecekleri, bunun için de, yayınlarının yalnızca belirli noktalara ulaşmış olmasını değil, aynı zamanda imaj bütünlüğünü de sağlayacak şekilde diğer yayınlarla birlikte teşhir edilmesini ve fiziksel olarak zarar görmeden satılmalarını ya da iade edilmelerini isteyecekleri açıktır. Dolayısıyla, herhangi bir yayınevinin, yayınladığı gazete ve dergileri diğer yayınlardan ayrı olarak kasapta, tuhafiyecide veya yolun üzerine rastgele serilen bir tezgahta satacak olan dağıtım şirketi ile çalışacağını düşünmek pek makul görünmemektedir. Bunun doğal sonucu ise, piyasaya girecek olan dağıtım şirketinin mevcut son satıcılardan

¹⁵⁷ BİRİYAYI, § K.4. para. 15(3).

¹⁵⁸ BİRİYAYI, § K.4. para. 10.

yararlanamaması nedeniyle müşteri bulamaması ve kısa zamanda piyasanın dışına itilmesi olacaktır¹⁵⁹].

Bir sonraki paragrafta ise konuya son satış noktalar açısından bakılmıştır. Bayilerin sözleşme ile veya fiilen, BBD ve YAYSAT yayınlarını ya da diğer kanallardan gelen yayınları tercih etmek durumunda bırakılmaları sonucunda, BBD ve YAYSAT'ın dağıttığı yayınları elde edebilecek alternatif temin kaynağının olmaması nedeniyle ürün yelpazesi daha geniş olan dağıtım şirketini seçecekleri ve bu konuda da BBD ve YAYSAT'ı kontrol eden grupların avantajlı olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁶⁰.

Kurul, yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde şu sonuca ulaşmıştır¹⁶¹:

1. Piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin, sayıları on bini aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç olması ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir.
2. Söz konusu engel, mevcut sistemde, son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, söz konusu sözleşmeleri hazırlayan iki rakip şirketin birbirlerine bayilerinden yararlanma olanağı tanıdıkları, ancak piyasaya girecekler için münhasırlık hususunu öne sürdükleri bilinmektedir. Dolayısıyla, münhasır bayilik oluşturulmasının zorunlu olduğu hususu inandırıcı değildir.
3. Son satış noktalarının münhasırlıktan "arındırılmasıyla", piyasada faaliyet göstermek isteyen her dağıtım şirketi aynı satış noktalarını kullanacağı için, bayiler farklı kaynaklardan beslenme olanağına kavuşacaklardır. Dolayısıyla, son satış noktalarını besleme problemi gibi bir diğer piyasaya giriş engeli de ortadan kalkmış olacaktır.
4. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmalarının bir diğer sonucu da, gazete ve dergilerin birarada teşhir ve satışının sağlanması yoluyla, dağıtım piyasasından doğrudan etkilenen gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabetin artmasıdır.

Bir diğer husus da, anlaşmaların toplam etkisine ilişkindir:

¹⁵⁹ BİRİYAYI, § K.4. para. 13. (vurgulamalar Karar'dan aynen aktarılmıştır).

¹⁶⁰ BİRİYAYI, § K.4. para. 14.

¹⁶¹ BİRİYAYI, § K.4. para. 17.

“Soruşturma konusu olayda her bir bayilik sözleşmesinin tek tek sınırlayıcı etkilerini değil, dağıtım şirketlerinin yapmış oldukları anlaşmaların tamamının bir bütün olarak yarattığı etkiyi düşünmek gerekir. YAYSAT ve BBD’nin piyasadaki mevcut bayilerin en önemli sağlayıcısı konumunda olmaları ve yalnızca bir veya birkaç ürüne sahip dağıtım şirketlerinin söz konusu bayilere benzer koşullar sunamamaları, bayilerin bütün yayınları münhasıran YAYSAT ve BBD’den almalarına neden olmakta ve diğer sağlayıcıların piyasaya girmeleri zorlaşmaktadır. Söz konusu münhasırlık yalnızca diğer dağıtım şirketlerine değil, seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar vermektedir. Başka piyasalarda mazur görülebilecek nitelikte olan münhasırlık şartı içeren bayilik anlaşmalarının, gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanması söz konusu münhasırlığın kabul edilmemesinin en önemli nedenlerinden biridir¹⁶².”

Paragrafın devamında Kurul, mevcut anlaşmaların çeşitli hükümleri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamadıklarını, *yararlanıyor olsalardı dahi grup muafiyetinin geri alınması gerektiğini* belirtmiştir.

Sonuç olarak, Kurul, ilgili pazardaki mevcut ve gelecek dağıtım şirketlerinin satış noktaları ile münhasırlık şartı içeren sözleşmeler yapmasını yasaklamıştır. Bunun yanı sıra, belediyelerce tahsis edilen *kiosklar*, hem alternatiflerinin bulunmasının güç olması nedeniyle, hem de satış hacimleri nedeniyle ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş, bu noktalara dağıtım şirketlerinden gelen yayınları satma zorunluluğu getirilmiş ve belediyelere gözetim görevi verilmiştir.

Her iki karara ilişkin olarak vurgulanması gereken en önemli nokta şudur: Konu bir gazetenin (*BİRYAY I*’de Akşam Gazetesi, *BİRYAY II*’de Star Gazetesi) yayıncılık piyasasına girişinin engellenmesinden ziyade anılan gazeteleri dağıtan şirketlerin *gazete ve dergi dağıtım* piyasasına girmelerinin engellenmesidir. Ayrıca Kurul, her iki kararda da, isim vermeksizin kararlarında zorunlu unsur doktrinine yer vermiştir: Gazete satış büfelerinin bakkal, süpermarket vb. satış noktaları gibi münhasırlıktan arındırılmaları ile yetinilmemiş, bunlara ayrıca bütün dağıtım şirketlerinden gelen yayınları emsallerine uygun koşullarda dağıtılması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, gazete satış büfelerinin piyasaya giriş için zorunlu unsur teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

¹⁶² *BİRYAY I*, § K.4.

4.2.2. Turkcell Kararları

*Turkcell Kararı*¹⁶³ bir mobil telefon işletmecisi olan Telsim'in rakibi Turkcell'i cep telefonu satıcılarını münhasır anlaşmalarla bağlayarak cep telefonu piyasasını Telsim hatlarına karşı kapadığı iddiasıyla Rekabet Kurumu'na başvurması sonucunda alınmıştır.

Yapılan soruşturma sonucunda Kurul, ilgili pazarı, "Türkiye GSM hizmetleri pazarı" olarak tespit ederek Turkcell'in bu pazarda hâkim durumda olduğuna karar vermiş; bunun yanı sıra "GSM cep telefonu pazarı"na da bağlantılı pazar olarak belirlemiştir.

Kararda ayrıca Turkcell'in kampanya süresince rakip GSM operatörleri ile anlaşma yapmaması koşuluyla cep telefonu distribütörleriyle kampanyalar düzenlediği, söz konusu kampanyaların süreklilik arzemesi ve Turkcell hatlı cihazların satışının %98'inin bu kampanyalar çerçevesinde gerçekleştirildiği, dolayısıyla Turkcell ile cep telefonu distribütörleri arasında fiili bir münhasırlık tesis edildiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, bu kampanyalara dahil olan dört distribütörün toplam pazar payının %60 olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁴.

Süregelen uygulama çerçevesinde Turkcell ve Telsim, distribütörlere ve paralel cep telefonu ithalatçılarına SIM kartları vermekte, distribütörler de bu kartları cihazlar ile eşleştirerek perakendecilere sunmakta ve bu şekilde cep telefonlarının operatörler tarafından sübvansede edilmesi mümkün olmaktadır.

... Dolayısıyla operatörler için distribütörler ticari ilişkide bulunulması kaçınılmaz taraflar olmaktadır. Bu distribütörlerin GSM hizmetleri pazarında hâkim durumda olan teşebbüs tarafından kendine bağlanması ve diğer operatörlerle ticari ilişkiye kapatılması, GSM hizmetleri pazarında rekabet koşullarını bozucu etkiler doğurmaktadır [¹⁶⁵].

Bu arada, Turkcell "Turkcell Aktivasyon Merkezi (TAM)" adı verilen 610 adet satış noktasıyla münhasırlık anlaşması yapmıştır. Bu satış noktaları, Turkcell adına "mobil hizmet sözleşmeleri" yapma ve diğer hizmetleri sunma konusunda yetkilendirilmiş, diğer yandan "*Turkcell'e rakip operatörlerin cihazlarını satmama ya da aktive etmeme*" yükümlülüğünü üstlenmişlerdir.

TAM'lardan farklı olarak yaklaşık 6500 adet "bağımsız" cep telefonu satıcısı bulunmakta ve bunlar GSM operatörlerinden bağımsız olarak farklı markalardaki cihazların satışını yapmaktadır. 2000 yılında bunlardan 4381 tanesi

¹⁶³ Rekabet Kurulu Kararı'nın 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Kararı, [2003] RG 25176.

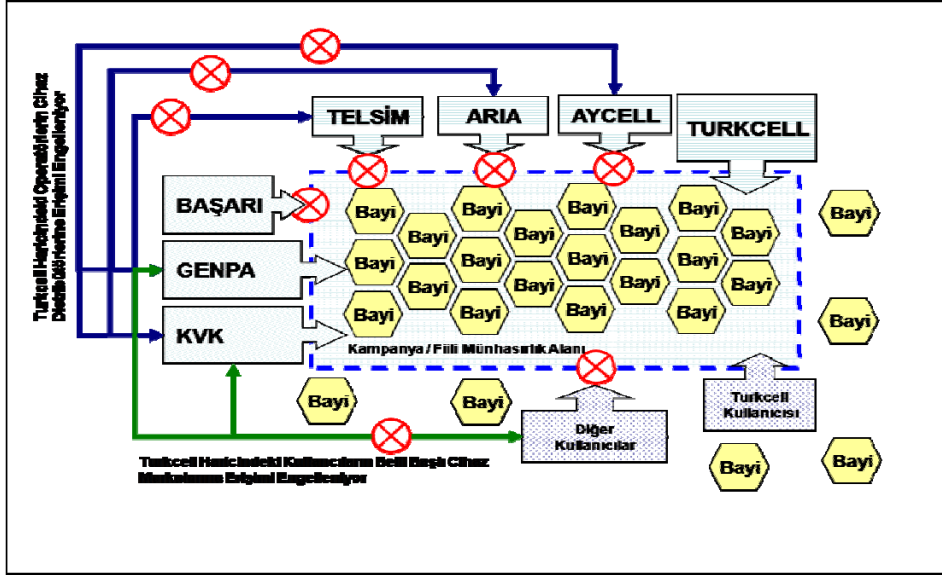
¹⁶⁴ *TURKCELL*, §H.3.1.1.2.

¹⁶⁵ *TURKCELL*, §H.4.1.3.

TAM'lara bağlanarak TAN (Turkcell Abone Noktası) adını almış ve Turkcell dolaylı mali destekler yoluyla bu noktalar üzerinde de *fili münhasırlık* oluşturmuştur. Dolayısıyla, bu noktalar distribütörler tarafından temin edilen cihazlardan yalnızca Turkcell hatlarıyla uyumlu olanları satmaya başlamış, Turkcell de eşzamanlı olarak Telsim hatlı cihaz da satan satış noktalarına yaptığı dolaylı mali katkıları sona erdirmiştir.

TAM ve TAN'lara getirilen münhasırlık sonucunda perakende satış noktalarında satışa sunulan hemen hemen bütün cihazlar Turkcell SIM kilitli cihazlar haline gelmiştir. Buradaki en önemli husus, söz konusu anlaşmalar yoluyla distribütörlerin Turkcell ile yaptıkları kampanyalar sonrasında dahi kendi yeniden satıcılarına Telsim hatlı cihazlar satma imkânlarının ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bunun nedeni yeniden satıcılara getirilen Turkcell'e rakip operatörlerin cihazlarını satmama yükümlülüğüdür. Bu uygulamalar sonrasında, rakip GSM operatörleri paralel ithalat yoluyla cihaz getirip bunlar için satış yerleri oluşturmak durumunda kalmış, distribütörlerin paralel ithalat yoluyla gelen cihazlara servis hizmeti vermeyi reddetmeleri nedeniyle operatörler bu hizmetleri de karşılamak ve tüketicileri çekmek için bu cihazları Turkcell'den daha büyük oranda sübvans e etmek durumunda kalmışlardır. Tanınmış markaların paralel ithalat yoluyla getirilmesinin güç olması ve paralel ithalattaki düzensizlikler de operatörlerin maliyetlerini artıran diğer nedenler arasındadır.

Şekil 7 - Turkcell'in Sürekli Kampanyalarla Piyasayı Kapatması



Sonuç olarak Kurul, piyasanın münhasırlık yoluyla kapatılmasının hâkim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir:

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün alıcı veya sağlayıcılarına münhasır çalışma yükümlülüğü getirmesi, bunları hâkim durumdaki teşebbüs dışında herhangi başka bir teşebbüs ile çalışmayı reddetmek zorunda bırakmaktadır. Bu tip bir münhasırlık, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri açısından pazarda bir "kapatılma" veya "pazardan dışlanma"ya neden oluyorsa kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.

Münhasırlığın hukuki veya fiili olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Münhasırlığın tesisine ilişkin hüküm yazılı bir sözleşme maddesi olabileceği gibi, bazı uygulamalar da dolaylı olarak aynı sonucu doğurabilmektedir. Ancak bu münhasırlığın kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, münhasırlık koşulunun pazarın kayda değer bir kısmının rakiplere kapanmasına, dolayısıyla pazarda rekabetin zayıflatılmasına neden olmasına bağlıdır [¹⁶⁶].

Bunların yanı sıra, bağımsız yeniden satıcıların Turkcell ile entegrasyonunun, yalnızca Telsim'in faaliyetlerini güçleştirmedeği, ileride piyasaya girmek isteyen olası rakipleri için de bir giriş engeli oluşturduğu ifade edilmiştir. Kurul ayrıca, piyasaya girecek olan operatörlerin, önceleri bağımsız olan perakendeciler ile anlaşma yapamamaları durumunda normal koşullarda katlanmaları gerekmeyen bir maliyete katlanmak zorunda kalacaklarını, tüketicilerin de diledikleri cihazları diledikleri hatlar ile kullanma olanaklarının ortadan kalkacağını belirtmiştir.

Yukarıda yer verilen nedenlerle Kurul, Turkcell'in (a) düzenlediği kampanyalar çerçevesinde distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellemesi; (b) abone merkezleri ve abone noktaları ile münhasır çalışması suretiyle, abone merkezleri ve abone noktalarının aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının yukarıda açıklandığı üzere münhasır ve bağımlı kılınmış distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırması; (c) bağlı ortaklığı lehine ayrımcılık yaparak cep telefonları piyasasındaki rekabet koşullarını bozması nedeniyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ve para cezası ile cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. Turkcell ayrıca yaptığı anlaşmaların Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle de cezalandırılmıştır.

¹⁶⁶ TURKCELL, §H.4.2.3.

Bu cezalara ek olarak Kurul, Turkcell'in distribütörlerin rakip GSM operatörleri ile anlaşmasını engelleyen kampanyalar yapmasını yasaklamış, TAM'lar ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu satıcıları olması durumunda münhasırlık hükümlerinin geçersiz olacağına karar vermiştir.

Bu kararda da BİRİYAY kararları ile ortak bir nokta vardır: Dikey anlaşmalar yoluyla piyasayı kapadığına karar verilen Turkcell hâkim durumdadır ve dikey anlaşmalar Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunmakla kalmamış, aynı zamanda Turkcell'in hâkim durumunu kötüye kullanma aracı olarak değerlendirmiş ve Turkcell Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde de cezalandırılmıştır.

Turkcell'in münhasırlık içeren çeşitli dikey anlaşmaları daha sonra da Rekabet Kurulu'nun gündemine gelmiş, Turkcell'in araç takip firmalarıyla, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2007/2 sayılı Tebliğ ile değiştirilmesinden önceki dönemde yaptığı çözüm ortaklığı sözleşmelerinin Temmuz 2008'e kadar grup muafiyetinden yararlandığı, ancak 2007/2 sayılı Tebliğ ile getiren pazar payı eşliğinden sonra bu sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmadığı, ayrıca Turkcell'in hakim durumu da dikkate alındığında münhasırlık etkisi yaratacak hüküm içeren sözleşmenin, Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamadığına ve dolayısıyla bireysel muafiyetten de yararlanamayacağına karar verilmiştir¹⁶⁷. Turkcell'in Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine yönelik iddialar ise reddedilmiştir.

4.2.3. Karbogaz Kararı

Hakim durumdaki bir teşebbüsün münhasırlık içeren dikey anlaşmalar yolu ile piyasayı kapatmasının değerlendirildiği bir başka karar ise **Karbogaz** kararıdır¹⁶⁸.

Kararda belirtildiği üzere, dek *likit karbondioksit* pazarında 1997 yılına kadar faaliyet gösteren iki firmadan biri olan Karbogaz piyasada lider konumdadır ve 1997-2001 döneminde anılan teşebbüsün pazar payı %83, %68, %64,5, %69 ve %72,9 oranında seyretmiştir. 1997 yılı ortasında piyasaya giren Barit A.Ş'nin pazar payı ise aynı dönemde %0.5, %9.4, %18.8, %17.5 ve %13,5 olarak gerçekleşmiştir. 2000 yılı sonunda da piyasaya dördüncü bir aktör girmiştir¹⁶⁹.

Yapılan incelemelerde ilgili pazara ilişkin olarak;

¹⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun 02.4.2008 tarih ve 08-27/306-97 sayılı Kararı.

¹⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı Kararı.

¹⁶⁹ *Karbogaz*, §H.3.1 ve H.3.2.1

- karbondioksit gazının gazlı içecek ve bira endüstrisi için zorunlu bir girdi olduğu, bu ürüne yakın ikame malların bulunmadığı,
- diğer yandan söz konusu ürünün nihai ürünlerin üretim maliyetleri içerisinde %1-2 gibi düşük düzeylerde bir yere sahip olduğu,
- bu nedenle, karbondioksit müşterisi olan gazlı içecek üreticileri açısından sürekli ve kaliteli karbondioksit sağlanması fiyattan daha önemli bir unsur olduğu,
- gazın hassas bir madde olması ve kullanılan standart dışı bir gazın nihai ürünü bozma tehlikesinin bulunması nedeniyle, karbondioksit müşterilerinin fiyatı yüksek dahi olsa kaliteli ve sürekli mal tedarik eden bir sağlayıcı dışında alternatif sağlayıcılara yönelme riskini göze almasının kolay olmadığı ve bu açıdan bir tür piyasa aksaklığının bulunduğu tespit edilmiştir¹⁷⁰.

Pazar payının uzun yıllar boyunca %65'nin üzerinde seyrettiği, en yakın rakibiyle arasındaki farkın %40 ila %50 arasında değiştiiği, rakiplerine oranla teknolojik üstünlüğe sahip olduğu dikkate alınarak Karbogaz'ın hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bunun yanı sıra, piyasaya giriş açısından doğal veya yasal bir engel olmamasına ve ithalatın serbest olmasına rağmen teşebbüsün dikey anlaşmalar yoluyla piyasadaki konumunu koruyabildiği ve bunun da hakim duruma delalet ettiği kanaatine ulaşılmıştır¹⁷¹.

Karar'dan ayrıca, Karbogaz'ın çeşitli amaçlarla yüksek miktarda gaz talep eden müşterilere münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla doğrudan satış yaptığı ve bu tür satışların toplam satışların %79-84'ü civarında olduğu, satışların %16-21'inin ise yine Karbogaz'ın kurduğu bayilik sistemi ile yaptığı anlaşılmaktadır. Münhasırlık açısından en ilgi çekici husus ise, Karbogaz'ın 1996 yılında yapmış olduğu 15 sözleşmeden 12'sinin 1 yıllık süre ile sınırlandırılmasına rağmen, piyasaya yeni girişlerin olduğu 1997 yılından itibaren yapılan tüm sözleşmelerdeki münhasırlık hükmünün 1 yıldan uzun süreli olması (genellikle 5 yıl)dır. Karbogaz, müşterilerinin daha kısa süreli sözleşme yapma taleplerini kabul etmemiştir¹⁷².

Karbogaz'ın müşterileri ile akdettiği 86 sözleşmenin 82'sinde müşterilerin karbondioksit ihtiyaçlarının tamamını münhasıran Karbogaz'dan tedarik etmeleri şartı mevcuttur. Ayrıca, bu sözleşmelerin 68'inde yer alan **münhasırlık hükmü** sadece mevcut tesisleri değil aynı zamanda ilgili

¹⁷⁰ Karbogaz, §H.3.1.

¹⁷¹ Karbogaz, §H.3.2 ve §I.2.2.1.

¹⁷² Karbogaz, §H.3.3.

müşterinin gelecekte kuracağı tesisleri de içermekte olup “*Karbogaz A.Ş.’nin Öncelik Hakkı*” başlığını taşıyan bir maddeyle desteklenmiştir. Bunların dışında, sektörün en büyük alıcısı konumunda olan Coca-Cola'nın ile yapılan sözleşme sonucunda ***Coca-Cola'nın tüm ihtiyacının %75'ini Karbogaz'dan karşılaması*** öngörülmüştür. Birleşik Oksijen Sanayi (BOS) ile yapılan sözleşmede ***şirketin karbondioksit ihtiyacının %80'inin Karbogaz tarafından karşılanması, geriye kalan %20'lik ihtiyacının sadece ithalat yoluyla karşılanabileceği*** hükme bağlanarak BOS'un yerli üreticilerden gaz temin etmesi engellenmiştir¹⁷³.

Karar'da Karbogaz'ın anlaşmaları açısından üç farklı türde münhasırlık olduğu belirtilmiş ve her bir münhasırlık türü ayrıca incelenmiştir:

- a) Müşterinin tesisindeki depolama sisteminin tek bir sağlayıcı tarafından kullanılmasını öngören “*tank münhasırlığı*”: Söz konusu münhasırlık, müşteri tesisine kurulan ve sağlayıcının (Karbogaz) mülkiyetinde olan depolama sistemine sadece o sağlayıcının gaz dolumu yapmasını öngörmektedir. Farklı sağlayıcılardan gelen gazın aynı tanka konması durumunda tankların korunması, tanklardaki gazın kalitesine ilişkin tereddüdün giderilmesi açısından çeşitli sıkıntılar ortaya çıkacağı dikkate alındığında, söz konusu uygulamanın makul olduğuna ve rekabeti kısıtlamadığına kanaat getirilmiştir¹⁷⁴.
- b) Müşterinin mevcut tesisinde tek bir sağlayıcının depolama sistemi bulundurmasını öngören “*tesis münhasırlığı*”¹⁷⁵: Müşterinin alternatif sağlayıcıdan gaz almasını engelleyen bu hususun gaz güvenliğinin sağlandığı, müşterinin, farklı tanklardan çıkan gazı kullanarak ürettiği üründe, hangi tanka ait gazın kullanıldığını teknik olarak belirleyebildiği durumlarda makul olmadığı, alternatif sağlayıcılardan ürün temin etme imkânının pazarda rekabetin tesisi ve korunması bakımından oldukça önemli olduğu vurgulanmıştır. Ancak buna rağmen;

“tesis münhasırlığı için ileri sürülen gaz güvenliği gerekçesi kabul edilebilirliği her ticari ilişkinin kendine özgü koşullarına göre değişkenlik gösterdiği için, sözleşmelerde tesis münhasırlığına ilişkin hüküm her ne kadar rekabeti kısıtlayıcı olsa da işbu kararda tesis münhasırlığını kaldırmaya yönelik bir düzenlemeye gidilmemiş ve aşağıda da ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, Karbogaz A.Ş.’nin hakim durumda olduğu hususu dikkate alındığında bu hükmün ilgili ürün pazarındaki rekabeti kısıtlayıcı etkisini ağırlaştıran asıl husus münhasırlığın

¹⁷³ Karbogaz, §H.3.3.2.1.

¹⁷⁴ Karbogaz, §H.3.5.1.1.

¹⁷⁵ Karbogaz, §H.3.5.1.2

*süresi olduğu için, bu konuda bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde olacağı*¹⁷⁶

kanaatine ulaşılmıştır.

- c) Gelecekte kurulacak tesislere ilişkin münhasırlık¹⁷⁷: Mevcut sözleşmeyle müşterinin mevcut tesisleri bakımından, alternatif sağlayıcılardan gaz tedarik etmesinin önüne geçilmesinin halihazırda pazarı önemli ölçüde rekabete kapadığı ve sözleşme süresince pazardaki teşebbüslerin ve pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin sözleşmenin tarafı olan müşterilerle iş yapma olanağının ortadan kaldırıldığı dikkate alındığında; sözleşmenin müşterinin daha sonra ortaya çıkabilecek ihtiyacını ve kurulacak tesislerini kapsayacak şekilde yapılmasının, sağlayıcıya pazardaki rekabeti gelecekte de önemli ölçüde kısıtlama imkanı tanıdığı ve rekabet hukuku bakımından kabul edilebilir olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler ışığında Rekabet Kurulu, Karbogaz'ın anılan piyasada hakim durumda bulunduğu ve “doğrudan alıcı konumundaki müşterileriyle yapmış olduğu münhasır tedarik sözleşmelerinin ve kararda belirtilen diğer eylemlerinin **yapısal ya da yasal giriş engeli olmayan pazarda bir giriş engeli yaratarak gerçek ya da potansiyel rakiplerin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırdığı** ve hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine vararak, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Karbogaz'ın cezalandırılmasına karar vermiştir¹⁷⁸.

Bunun yanı sıra, mevcut sözleşmelerde yer alan ve müşterinin ileride kuracağı tesislerdeki ihtiyacını da Karbogaz'dan temin etmesi ya da alım taahhüdü dışında kalan kısmı yalnızca ithalat yoluyla temin etmesi veya sözleşme süresinin zımnen uzaması gibi hükümlerin sözleşmelerden çıkarılmasına; “müşterinin ihtiyacının fiilen en az %50'sinden fazlasını Karbogaz'dan temin etmesini öngören” münhasırlık sözleşmelerinin sürelerinin ise bir yıl ile sınırlandırılmasına hükmetmiştir¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Vurgu yazara aittir.

¹⁷⁷ Karbogaz, §H.3.5.1.3

¹⁷⁸ Karbogaz, §1.2.2.1., §1.2.2.3. ve §1

¹⁷⁹ Karbogaz, §1

4.2.4. Advantage Card (Benkar) Kararı

*Advantage Card*¹⁸⁰ olayında ise Benkar 1998 yılı sonunda “Advantage Kredi Kartı Programı” çerçevesinde üye işyerleri ile yapmış olduğu münhasırlık içeren sözleşmeler için menfi tespit talebinde bulunmuş; Kurul bu sözleşmelere menfi tespit belgesi vermiştir.

Ancak, 2001 yılında yapılan incelemeler çerçevesinde söz konusu sözleşmelerdeki karşılıklı münhasırlık hükmünün Benkar lehine tek taraflı olarak uygulanmasının piyasaya girişleri engelleyici nitelik arz ettiği vurgulanarak, bir başka Kurul Kararı ile menfi tespit belgesi geri alınmış ve anlaşmalarda yer alan ve üye işyerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen hükümlerin anlaşmalardan çıkarılması için Benkar'a 60 günlük süre verilmiş, Benkar'ın bu süre içerisinde gerekli değişiklikleri yapmaması üzerine de 2002 yılında soruşturma açılmıştır.

Yapılan soruşturma sonucunda alınan Karar'da, anlaşmaların üye işyerlerinin Benkar'dan üye işyerlerine taksitli alışveriş, pazarlama ve reklam hizmetleri gibi bir takım hizmetler temin etmesini konu alması ve Benkar ile üye işyerlerinin, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermeleri nedeniyle taraflar arasında 2002/2 Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir dikey anlaşma mevcut olduğu, ancak söz konusu anlaşmaların, “rekabet etmeme yükümlülüğü” içermeleri ve süresiz nitelikte olmaları nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamayacakları belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, rekabet etmeme yasağı bireysel muafiyet açısından da incelenmiştir.

Bu olayda ilgili ürün pazarı “mağaza taksit ve indirim kartı hizmetleri pazarı” olarak tespit edilmiştir. Benkar söz konusu sözleşmeler çerçevesinde aynı zamanda pazarlama danışmanlığı verilmesi nedeniyle işletmelerin ve tüketicilerin bu hizmetlerden yararlandıklarını ve bu hizmetlerin devamı için münhasırlık koşulunun gerekli olduğunu savunmuştur. Kurul, tüm üye işyeri sözleşmelerinde taraf olan işyerinin pazarlama danışmanlığı hizmetleri alıp almadığına bakılmaksızın rekabet yasağı hükmünün – Advantage Card dışındaki kartlarla işlem yapmama taahhüdünün – yer almasının asıl amacının şebeke dışsallıklarının da etkisiyle Advantage Card'ın pazar payını korumak ve geliştirmek, diğer taksitli alışveriş kartlarının piyasaya girişini zorlaştırmak olduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı piyasada yer alan rakip bankaların münhasırlık talep etmeksizin taksitli kart temin etmeleri de dikkate alınmıştır. Bunun yanı sıra, münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketicilerin birçok değişik alışveriş kartını kullanmak, her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi

¹⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Kararı.

yapmak zorunda kalacakları ve bu durumun tüketiciler aleyhine olacağı da vurgulanmıştır.

İlgili pazarın yoğunlaşmış olması, birçok bankanın kredi kartlarına taksit özelliği kazandırmasına rağmen, bu pazarda faaliyet gösteren ilk üç teşebbüsün pazar payları toplamının %85'ten fazla olduğu, Advantage Card'ın ise son zamanlarda hızla pay kaybetmesine rağmen %35'i aşan pazar payına sahip olduğu ve muafiyet tanınmasının pazarın bu kısmını rakiplere kapatacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, rekabet etmeme yükümlülüğünün azami beş yıl ile sınırlandırılması durumunda dahi söz konusu anlaşmaların Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşulları sağlamamaları nedeniyle, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca muafiyetin geri alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu kararın *BİRYAY* Kararları ve Turkcell Kararı'nda en önemli farklı, dikey anlaşmaların 4. madde çerçevesinde değerlendirilmesi, Benkar'ın (ya da Benkar'ı devralan HSBC'nin) hâkim durumunda olduğuna, ya da bu durumun kötüye kullanıldığına ilişkin herhangi bir unsuru içermiyor olmasıdır. Nitekim, kararda da belirtildiği üzere Advantage Card programının uygulanmaya başladığı ilk dönemlerde Benkar'ın ilgili pazarda üçte ikisinden daha büyük bir kısma sahip iken, bankaların çok kısa bir sürede kendi kredi kartlarına taksitlendirme özelliği vererek pazara girmesi sonucunda bu pay sonraki iki yılda %40'ın altına düşmüştür.

Diğer yandan, başka bankaların münhasırlık olmaksızın çalışabilmesi, münhasırlığın sistemin işleme için zorunlu bir koşul olduğu ve etkinlik yarattığı savını ortadan kaldırmaktadır. Tüketicilerin tercihlerinin kısıtlanması da münhasırlığa muafiyet verilmemesinin bir diğer koşuludur.

Bu çerçevede muafiyet koşullarını taşımadıkları gerekçesiyle bu dikey anlaşmaların 4. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülse de, bu kararda cezalandırılan uygulamaları "*piyasanın kapatılması*" kuramı çerçevesinde değerlendirmek ve cezalandırmak mümkün değildir. Bu nedenle kararda anlaşmaların ve uygulamaların yalnızca 4. ve 5. maddeler açısından değerlendirilmesi isabetli olmuştur.

Bu karar aynı zamanda, piyasaya girişin kolay olduğu durumlarda, özellikle yeni girenlerin münhasırlık talebi olmadığı takdirde münhasır anlaşmalara sahip olan teşebbüsün bu anlaşmalarını uzun süre koruyamayacağını göstermesi açısından da önemlidir.

4.2.5. Frito Lay Kararı

Dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın kapatılmasına ilişkin tartışmaların konu edildiği bir diğer Rekabet Kurulu kararı ise **Frito Lay Kararı**'dır¹⁸¹. Söz konusu karar dayanak teşkil eden olayda, Frito Lay'in "paketli cips pazarı"nda rakibinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla dağıtıcılarına yönelik olarak sistematik bir şekilde caydırıcı, yıldırıcı eylemlerde bulunmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiş, anılan teşebbüsün piyasada hakim durumda olduğuna ancak iddia konusu eylemlerin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğine, buna karşın teşebbüsün dağıtıcıları ile yaptığı anlaşmaların "piyasayı kapama etkisi" çerçevesinde dikkate alınabileceğine karar verilmiştir. Kararda belirtildiği üzere;

"Hakim durumdaki firmanın doğrudan kullanıcı konumundaki müşterileri ile yapmış olduğu yazılı veya sözlü anlaşmalar kanalı ile piyasaya yeni firmaların girmesini engellemesi ve bu şekilde potansiyel rekabeti ortadan kaldırması 'piyasayı kapama etkisi (*market foreclosure*)' olarak adlandırılmaktadır. Bu uygulamaların en temel sonucu pazardaki rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmak suretiyle pazar dışına itilmeleri ve pazarın hem pazar dışına itilen hem de potansiyel rakiplere kapanması riskini doğurmasıdır. Münhasır anlaşmalar yoluyla, sağlayıcı teşebbüs anlaşma süresince müşterisinin bir başka sağlayıcıdan mal tedarik etmesini engellemektedir."¹⁸²

Benzer şekilde, Karar'da 2002/2 sayılı Tebliğ'in Genel Hatları'nı değerlendiren Kurul,

- Münhasırlık içeren anlaşmalarda –anlaşmanın doğal sonucu olarak– anlaşmanın tarafı olan sağlayıcının, rakibi konumundaki teşebbüslerin anlaşmanın diğer tarafı olan müşteriye mal tedarik etmesini engellediği ve bu durumun önemli bir rekabet sınırlaması olarak değerlendirilmesi gerektiği,
- Pazarın rakiplere kapanması sonucunu doğuran bu türdeki anlaşmaların pazardaki olumsuz etkilerinin, anlaşmayı yapan teşebbüsün pazardaki gücüne paralel olarak arttığını,
- 2002/2 sayılı Tebliğ'de bu türdeki risklere karşı biri muafiyetin geri alınması (md.6), diğeri de tanınan muafiyetin Kanun'un 6. maddesinin

¹⁸¹ Frito Lay Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Kararı

¹⁸² Frito Lay, § H.7.1

uygulanmasını engellemeyeceğinin hüküm altına alınması olmak üzere iki tedbir öngörüldüğünü

belirtmektedir. Kurul'a göre;

“... 2002/2 sayılı **Tebliğ bir pazar payı eşiği öngörmediği için geri alma mekanizması istisnai bir uygulama olmaktan çıkmakta** ve bir anlamda özellikle pazar gücü olan teşebbüslerin yaptıkları anlaşmaların pazarda gösterebileceği muhtemel olumsuzluklara karşı başvurulabilecek önemli bir araç olarak **Tebliğ'in belkemiği haline gelmektedir**. Böylece, özellikle pazarda önemli bir güce sahip olan teşebbüslerin yaptığı ve Tebliğ'in sağladığı muafiyetten grup olarak yararlanan anlaşmaların pazarda rekabeti gereğinden fazla sınırlandırdığı veya sınırlandırma riskinin yüksek olduğu hallerde, Kanun'un 13. maddesinin işletilmesi önemli bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.”¹⁸³

Kararda dikkate değer bir diğer husus ise, muafiyetin ne şekilde geri alınacağı tartışılmasıdır. Bir başka deyişle, yalnızca Frito Lay'in yaptığı münhasırlık anlaşmaları mı muafiyet kapsamı dışında bırakılacaktır, yoksa söz konusu geri alma ilgili ürün pazarının tamamı için mi geçerli olacaktır?

Bu noktada Frito Lay – ilginç bir şekilde – muafiyetin sektör açısından gerekli ve yararlı olmadığını, bu nedenle münhasırlığa ilişkin muafiyetin pazarın tamamından geri alınması gerektiğini savunmuş ve talep etmiştir. Ancak, bu savunmaya yönelik olarak Kurul;

- Frito Lay ve Kar Gıda dışındaki teşebbüslerin pazar paylarının neredeyse ihmal edilebilir düzeyde olması nedeniyle bunların dağıtım yerlerini münhasırlık içeren anlaşma yapmaya zorlayamayacakları,
- Bilakis [bu tür anlaşmalar yapabilmeleri durumunda], “*gerek bu teşebbüsler ve gerekse yeni girecek teşebbüslerin pazarda tutunabilmeleri adına münhasırlığın bir kalkan görevi yerine getirebileceği*”¹⁸⁴
- Diğer yandan, pazarın tümünden değil ama Frito Lay ile birlikte pazarda bulunan Kar Gıda'dan da muafiyetin geri alınması önünde bir engel bulunmadığı ancak bunun için bu teşebbüsün görüşünün alınması gerektiği

kanaatine ulaşmıştır.

¹⁸³ Frito Lay, § 1.2.1. Vurgu yazara aittir.

¹⁸⁴ Vurgu yazara aittir.

Sonuç olarak, a) Frito Lay'ın %68'lik pazar payı ile ilgili piyasada hakim durumunda olduğuna, ancak bu teşebbüsün soruşturma çerçevesinde incelenen eylemlerinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğine, diğer yandan, b) Tebliğ ile Frito Lay'e tanınmış olan muafiyetin geri alınmasına ve bu çerçevede bedava ürün veya çeşitli hediye verilmesi, iskonto veya indirim yapılması gibi uygulamaların münhasırlık şartına bağlı olmadan ve fiili münhasırlığa yol açmayacak şekilde uygulanması ve yazılı sözleşmelerdeki münhasırlığa ilişkin hükümlerinin 60 gün içinde değiştirilmesi gerektiğinin Frito Lay'e bildirilmesine, ayrıca c) Tebliğ çerçevesinde yararlandığı muafiyetin geri alınıp alınmaması hususunda Kar Gıda'nın görüşünün alınmasına karar verilmiştir. Bu kararı takiben, Kar (Kraft) Gıda'nın da görüşüne başvurulmuş, yapılan incelemede¹⁸⁵;

- sahip olduğu muafiyet geri alınmasa dahi, Frito Lay'in piyasadaki gücü değerlendirildiğinde Kar (Kraft) Gıda'nın bu pazarda yaygın bir münhasır ağ kuramayacağı, bu teşebbüsün okul kanalında münhasırlığa yönelse bile bunun fazla bir öneme sahip olmadığı,
- Kar (Kraft) Gıda'nın sahip olduğu pazar payı ve gücünün Frito Lay gibi bir teşebbüs karşısında Kılavuz'un aradığı önem kriterine sahip olmadığı, bu nedenle Kar (Kraft) Gıda'nın nihai satış noktalarına yönelik münhasır satış sisteminden **muafiyetin geri alınmasının pazarın rekabetçi yapısı adına "olmazsa olmaz" bir şart olarak nitelenemeyeceğine**; bu nedenle bu aşamada muafiyetin geri alınmasına gerek olmadığına;
- bununla beraber, bu oluşumun ileride yapay bir piyasa yapısı ortaya çıkarıp çıkarmayacağının tespit edilmesini ve duruma göre muafiyetin geri alınıp alınmayacağının pazar koşulları çerçevesinde tekrar Kurul gündemine getirilmesini teminen pazarın dairesince izlenmeye devam edilmesine

karar verilmiştir.

4.2.6. Yemek Sepeti Kararı

Sözleşmede yer alan şartlar itibariyle 2002/2 sayılı Tebliğ'e şeklen uygun olan, ancak piyasa kapama etkisi nedeniyle bu tebliğ ile sağlanan muafiyetin geri alınması ile sonuçlanan bir diğer karar ise **Yemek Sepeti**¹⁸⁶ kararıdır. Bu kararda Yemek Sepeti'nin başta İstanbul ve Ankara olmak üzere çeşitli illerde evlere paket servis hizmeti veren restoranlar ile yapmış olduğu sözleşmelerdeki münhasırlık hükmü değerlendirilmiş, "*online paket servisi hizmetleri*" pazarında

¹⁸⁵ Rekabet Kurulu'nun 20.09.2004 tarih ve 04-60/870-207 sayılı Kararı

¹⁸⁶ *Yemek Sepeti*: Rekabet Kurulu'nun 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Kararı.

iki rakibi bulunan teşebbüsün 50.000 kayıtlı kullanıcı ile önemli bir müşteri portföyüne ve halihazırdaki sözleşmeleri ve ağ etkisi dikkate alındığında pazar gücüne sahip olduğu, İstanbul'daki pazarın %13'ünü münhasır sözleşmeler ile bağladığı, bu oranı kolaylıkla %99'a çıkarabileceği, piyasaya giriş açısından "münhasırlık içeren dikey anlaşmalar" dışında herhangi bir giriş engelinin bulunmadığı bu nedenle piyasanın kapatılmasını önlemek amacıyla anılan teşebbüse 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetin geri alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kararda ilgi çeken en önemli hususlardan birisi ağ etkisinin dikkate alınmasıdır. Buna göre kullanıcı sayısı ve marka bilinirliği arttıkça teşebbüs ile sözleşme yapmak isteyen restoranların sayısı da artacak ve süreç pazara yeni gireceklerin aleyhine işleyecektir. Ayrıca, Yemek Sepeti'nin piyasadaki tüm restoranları bağlamasına gerek olmaksızın yalnızca en iyi restoranları bağlaması dahi rakipleri daha az bilinen restoranlarla çalışmak durumunda bırakacak, bu da rakiplerin maliyetini arttıracaktır (hem bilinirlik, hem de kalite artışı hem de belirli bir ölçüğe ulaşmak için rakipler yeni harcamalar yapmak durumunda kalacaklardır. Dolayısıyla, bu dosyada, piyasa kapatma teorisinde yer alan "rakibin maliyetlerini yükseltme" unsurunun da dikkate alınmıştır.

4.2.7. Alkollü İçecek Dağıtım Sistemlerine İlişkin Kararlar

EFPA Kararı¹⁸⁷, Efes Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin (EFPA) rakip ürünleri daha ucuza sattığı gerekçesiyle Çorum ilinde faaliyet gösteren muhtelif tekell bayilerine mal vermeyi kesmesi, faaliyetlerini zorlaştırması ile ilgilidir. Yapılan önaraştırmada;

- 2001 yılı itibariyle bira üreticisi ve dağıtıcısı EFPA'nın pazar payının yaklaşık %76; en yakın rakibi Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. (BİMPAŞ)'ın pazar payının ise %22 civarında olduğu;
- Sağlayıcılar bakımından aynı nitelikte olan biranın açık ve kapalı satış yapan noktalardaki müşteriler gözünde farklı nitelikte olması nedeniyle biri bar, otel ve lokanta gibi açık bira satışı yapan noktalardan oluşan; diğeri ise bakkal, market ve büfe gibi kapalı bira satışı yapan noktalardan oluşan iki farklı ilgili ürün pazarı bulunduğu,
- Reklam olanaklarının sınırlı olması, mevcut üreticilerin kapasite fazlasının olması, yasal gereklilikler gibi piyasaya giriş engellerinin bulunduğu ve son dönemde piyasaya giren yabancı markaların da üretim yapmak yerine mevcut teşebbüslere lisans vermek suretiyle piyasaya girdikleri ve bu durumun da giriş engellerinin varlığını doğruladığı,

¹⁸⁷ EFPA : Rekabet Kurulu'nun 6.11.2003 tarih ve 03-71/867-371 sayılı Kararı.

- EFPA'nın rakibi BİMPAŞ'ın Calsberg ürününü piyasaya sunmasından bir ay önce satış potansiyeli yüksek olan noktalarla münhasırlık anlaşması yaptığı ve kapalı satış noktalarına iskontolar ve uzun vade opsiyonları verilerek, rakibin görsel bu noktalardaki unsurlarının geri planda kalmasını sağlayarak ya da rakibin temin ettiği dolapların yerine kendi dolaplarının konmasını sağlayarak ya da büyük marketlerdeki raf yerlerinden rakibinin pay almasını engelleyerek agresif bir pazarlama stratejisi yürüttüğü

belirtmiştir. Diğer yandan, önaraştırma açılmasını müteakip şikayetin konusunun ortadan kalktığı, yukarıda değinilen uygulamaların Kanun'un 6. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanılmasından ziyade 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca akdedilen tekelden satın alma anlaşmalarındaki "münhasırlıktan" kaynaklandığı ve bu nedenle soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kararda dile getirilen aşağıdaki husus¹⁸⁸ ise, bir dizi incelemeyi ve soruşturmayı tetikleyerek Türk rekabet hukukunda dikey anlaşmalara yönelik yaklaşımın zaman içinde aşamalı olarak değişmesine katkı yapacaktır:

"Etkin rekabetin olmadığı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin grup muafiyetlerinden hiç bir şekilde yararlanamayacağı şeklinde bir yoruma gitmek mümkün değildir. Bunun yerine, **pazardaki teşebbüsler arasında etkin bir rekabet olmamasında grup muafiyeti kapsamındaki söz konusu anlaşmaların doğrudan ya da dolaylı bir katkısının olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.**

Giriş engellerinin oldukça yüksek olduğu bira pazarına giren teşebbüslerin ürünlerini tüketicilere tanıtmadaki zorluklarının yanı sıra, karşılaşacakları diğer bir problem de ürünlerin nihai satış noktalarında bulunabilirliğini sağlamaları olacaktır. **Yeni teşebbüslerin pazara girişlerinin mevcut teşebbüslerin noktalarla akdetmiş oldukları anlaşmalar nedeniyle engellenmesi durumunda muafiyet geri alınabilecektir.** Bu noktada, halen etkin bir rekabetin yaşanmadığı bira pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin sınırlı sayıdaki nihai satış noktalarından en azından bir kısmını, akdetmiş oldukları tek elden satın alma anlaşmaları ile kendilerine bağlayarak, pazarda etkin bir rekabetin yaşanmamasında etkili olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. **Bu amaca yönelik olarak, Efpa'nın nihai satış noktaları ile akdetmiş olduğu sözleşmelerinin pazara giriş koşullarının şekillenmesindeki etkisinin incelenmesi sırasında, söz**

¹⁸⁸ EFPA, §I.3.4: Münhasırlık İçeren Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları (vurgular yazar tarafından eklenmiştir).

konusu tek elden satın alma anlaşması ağlarının bir bütün olarak değerlendirmeye alınması pazardaki diğer teşebbüs olan Bimpas'ın da nihai satış noktaları ile benzer nitelikte tek elden satın alma anlaşmaları akdetmiş olması nedeniyle, değerlendirmeye bu anlaşmaların da dahil edilmesi zorunludur. Böylece 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca ilgili pazardaki belirli sınırlamaları içeren anlaşmaların muafiyetin dışına çıkarılıp çıkarılmayacağı sorusuna da cevap verilmiş olacaktır.”

Bu değerlendirme sonucunda Kurul, bira pazarındaki "Efes", "Tuborg" ve "Tekel" markalı biraların tek elden satın alma anlaşmaları ile ilgili olarak, Tebliğ'in 6. maddesi çerçevesinde bir inceleme yapılmasına; piyasanın bir bütünlük içinde incelenmesi ile elde edilecek sonuçlar çerçevesinde en büyük pazar payına sahip iki teşebbüsün nihai satış noktaları ile akdetmiş oldukları tek elden satın alma anlaşmalarından muafiyetin geri alınıp alınmayacağına ilişkin değerlendirme ile birlikte Kurul'a getirilmesine karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen karar uyarınca yapılan incelemeler sonucunda alınan **Bira Muafiyetleri Kararı**'nda¹⁸⁹ ise, Türkiye'deki en büyük üç bira üreticisinin açık ve kapalı satış noktaları ile yapmış olduğu anlaşmalar mercek altına alınmış ve piyasaya ilişkin olarak şu bulgulara ulaşılmıştır:

- Açık satışlara ilişkin piyasa söz konusu olduğunda, 2000 yılından 2003 yılına kadar geçen süre içinde EFPA'nın münhasırlık anlaşmaları ile bağladığı açık noktalar vasıtasıyla yaptığı satışların bira pazarında açık yerler vasıtasıyla yapılan toplam satışlara oranı %13,3'den %27,7'ye çıkmıştır. Aynı dönemde BİMPAŞ açısından söz konusu oran %1,8'den %19,7'ye çıkmıştır.

“... Bu durumda 2000–2003 yılları için tek elden satın alma sözleşmeleri ile bağlanan açık satış noktalarına yapılan satışların toplam açık satış noktalarına yapılan satışlar içindeki oranı (*total tied on-premise market share*) %15,1, %22 %42,6 ve %47,4 olarak gerçekleşmiştir. Burada dikkati çeken en önemli husus, bu dönem içerisinde hem Efpa'nın, hem de Bimpaş'ın tek elden satın alma anlaşmaları ile kendilerine bağladıkları açık noktalar aracılığı ile gerçekleştirdikleri satışları artırmış olmalarıdır. 2003 yılına gelindiğinde, pazardaki açık satış noktalarına gerçekleştirilen satış hacminin yaklaşık yarısının ya Efpa, ya da Bimpas ile akdedilen tek elden satın alma sözleşmeleri vasıtası ile yapıldığı görülmektedir.”¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Bira Muafiyetleri -I*: Rekabet Kurulu'nun 15.7.2004 tarih ve 04-47/610-147 sayılı Kararı.

¹⁹⁰ *Bira Muafiyetleri -I*, §H.5. Grup Muafiyetinin Geri Alınması

- Kapalı satışlar söz konusu olduğunda ise, EFPA'nın 2000-2003 döneminde tek elden satın alma anlaşmaları ile kendisine bağladığı kapalı satış noktalarına yaptığı satışların, bira pazarındaki toplam kapalı satış noktalarına yapılan satışlar içindeki oranı %2,7'den %14,7'ye yükselmiş, BİMPAŞ'ın aynı nitelikteki satışlarının oranı ise %0'dan %5,7'ye çıkmıştır. Bu çerçevede, 2000 yılında toplam kapalı satışların yalnızca %2,7'si münhasırlık çerçevesinde gerçekleşirken 2003'de %20,4'ü bu çerçevede gerçekleştirilmiştir.
- Satış yeri sayısı açısından bakıldığında da, 2003 yılı itibariyle açık satış yerlerinden % 10,8 – 11,3'ünün, kapalı satış yerlerinden de %7,8 – 9,3'ünün münhasıran ilgili teşebbüslerce kapatıldığı görülmektedir.
- Bunların yanı sıra, dolap münhasırlıklarından sağlanan satış hacimleri de göz önünde bulundurulduğunda, EFPA'nın hukuki ve fiili olarak bağlı pazar payının %14,7'den yaklaşık %29,4'e; BİMPAŞ'ın bağlı pazar payının ise %5,7'den %6,3'e ve kapalı satış noktalarındaki satış hacmi açısından piyasadaki bağlı pazar payının %35,7'ye yükseldiği hesaplanmaktadır.
- Yukarıda yer verilen bulgular ışında (a) gerek EFPA gerekse de BİMPAŞ tarafından "**akdedilen anlaşmaların pazarın kapatılmasına olan katkısı ayrı ayrı önemli ölçüde olduğundan**"¹⁹¹, anılan teşebbüslerin açık satış noktaları ile akdetmiş oldukları inceleme konusu olan tek elden satın alma anlaşmalarına 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından sağlanan muafiyetin geri alınması gerekebileceği; (b) aynı şekilde, bu teşebbüsler tarafından "*kapalı satış noktaları ile akdedilen tek elden satın alma anlaşmalarından da grup muafiyetinin geri alınması, bira pazarında etkin rekabetin tesis edilmesi, pazara yeni girecek teşebbüslerin ürünlerini tüketiciye tanıtarak belirli ölçüde pazarda tutunmaları ve etkin rekabetin tesisi yönünde olumlu bir adım olacağı*", (c) ayrıca "*herhangi bir tek elden satın alma anlaşması olmamasına rağmen, satış noktalarına verilen soğutucu dolapları vasıtasıyla temin edilen münhasır satış haklarının da kaldırılması pazarın rekabete açılması bakımından yerinde olaca[ğı]*" sonucuna ulaşılmış ve bu çerçevede öncelikle tarafların görüşlerinin alınmasına karar verilmiştir.

Tarafların görüşünün alınmasını ve daha kapsamlı bir incelemeyi içeren **Bira Muafiyetleri (II) Kararında**¹⁹² önceki iki karardan farklı olarak bu kararda AB ile Türk dikey anlaşmalar mevzuatı arasındaki farklılık tartışma konusu olmuştur: Taraflar ilgili pazarın pek azının kapatıldığını, muafiyetin geri

¹⁹¹ Bira Muafiyetleri -I,s.26.

¹⁹² Bira Muafiyetleri -II: Rekabet Kurulu'nun 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Kararı.

alınması için AB'deki gibi pazarın en %50'sinin kapatılması gerektiğini, ayrıca AB'de çeşitli davalarda %50'den daha yüksek pazar payına sahip teşebbüslere de muafiyet tanındığını belirterek, Türkiye'deki sistemin AB ile uyumlu olsa idi muafiyetin geri alınmasının söz konusu olmayacağını savunmuşlardır.

Rekabet Kurulu'nun bu konudaki yaklaşımı şu şekildedir:

“... Türkiye'de de AB uygulamasında olduğu gibi en az %50 oranının benimsenmesi gerektiğini ileri süren Efpa, Türk ve AB Rekabet Hukuku arasındaki çok önemli bir farkı gözardı etmektedir: **AB'nde 2790/1999 sayılı Tüzük'te %30 pazar payı eşiği öngörüldüğü için hakim durumdaki bir teşebbüsün grup muafiyetinden yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, pazar payı %30'dan düşük olan teşebbüslerin pazarın %50'sini kendilerine bağlamalarına AB'nde izin verilebilir. Oysa, Türkiye'de pazar payı ne olursa olsun tüm teşebbüsler grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Bu yüzden, benzer nitelikteki anlaşmaların hangi seviyeden sonra “pazarın önemli bir bölümü”nü kapladığı hususunda belirli bir oran tespit etmek yerine, bu oranın inceleme konusu olan pazarların kendine has özellikleri de gözönünde bulundurularak dosya bazında belirlenmesi yolu tercih edilmiştir.** Örneğin, rekabetin yoğun olduğu sektörlerde benzer nitelikteki anlaşmaların pazarın %50 veya daha fazlasını kaplamasına müsaade edilebilirken, etkin rekabetin yaşanmadığı pazarlarda özellikle rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmaların bu seviyelere gelmeden yasaklanması zorunluluğu doğmaktadır. Bira pazarı da rekabetin yoğun olarak yaşanmadığı pazarlardan biridir. Bu çerçevede, uzunca yıllardır sadece iki büyük teşebbüsün faaliyet gösterdiği bira pazarına yeni girmekte olan teşebbüslerin etkin bir rekabet yaratabilmeleri için, Efpa veya Bimpaş'ın nihai satış noktaları ile rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşma akdetmelerinin engellenmesi büyük önem taşımaktadır.”¹⁹³

Rekabet Kurulu ayrıca aşağıda görüldüğü üzere, dikey anlaşmalara ilişkin mevzuatta eşik uygulaması bulunmamasının, içerik açısından değerlendirmeleri etkilemeyeceği, bu nedenle Tebliğ'in AB mevzuatı ile uyumlu olmadığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı görüşündedir:

“2002/2 sayılı Tebliğ'de %30 pazar payı eşiği olmadığı için AB ile mevzuat uyumunun sağlanmadığı yönündeki iddia tartışmalıdır. **Zira, Tebliğ'de eşik öngörülmemiş olmasına rağmen, herhangi bir dikey anlaşmaya uygulanacak kriterler bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ ile 2790/1999 sayılı Tüzük arasında bir fark bulunmamaktadır.**

¹⁹³ Bira Muafiyetleri –II, s.32-33. (Vurgu yazara aittir.)

Kaldı ki, pazar payı eşiğinin bulunmaması, Kurul kararında Bimpaş'la ilgili yapılan değerlendirmeleri etkilememektedir. Başka bir ifadeyle, AB'de olduğu gibi 2002/2 sayılı Tebliğ'de de pazar payı eşiği öngörülmuş olsaydı, Bimpaş grup muafiyetinden yararlanmaya devam edecek ve şu anda olduğu gibi muafiyetin geri alınıp alınmaması hususu tartışılacaktı. Öte yandan, 2002/2 sayılı Tebliğ'de pazar payı eşiği olmuş olsaydı Kurul kararındaki Efpa'ya ilişkin değerlendirmelerde farklılıklar olacaktı. Şöyle ki, böyle bir durumda, Efpa'nın nihai satış noktaları ile akdetmiş olduğu sözleşmeler grup muafiyetinden yararlanamayacak ve bireysel muafiyet analizine tabii tutulacaktı. Bu noktada yapılacak değerlendirme de, esas itibarıyla, verilmiş bir grup muafiyetinin geri alınmasına gerek olup olmadığı değerlendirmesinden farklı olmayacaktır. (...)¹⁹⁴

Sonuç olarak, tarafların yaptıkları savunmaları da değerlendiren Rekabet Kurulu,

- ithalatın bira pazarındaki payının %0,25 gibi düşük bir seviyede olması, yerleşik firmaların kapasite fazlalarının olması, onbinlerce küçük işletmeden oluşan satış noktalarının pazarlık gücünün olmaması ve münhasırlık anlaşmaları nedeniyle piyasadaki etkin bir rekabetin olmadığına,
- piyasaya yeni girmiş olan ve daha düşük kapasitelerde üretim yapan firmaların özellikle münhasırlık anlaşmaları nedeniyle ürünlerini satmakta zorlanmaları ve yine aynı nedenle yabancı teşebbüslerin piyasaya doğrudan yatırım yapmak yerine lisans verme yoluyla girmeyi tercih etmelerinin en önemli nedenlerinden birinin dikey sınırlamalar olduğuna,
- EFPA ve BİMPAŞ'ın "*hem açık satış yapan nihai satış noktaları hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin (münhasırlık şartı) ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların (tek elden satın alma yükümlülükleri, asgari satın alma / satış yükümlükleri, verilen krediler ve indirim vs. diğer katkıların tek marka satma şartına bağlanması gibi yükümlülükler), bira pazarında etkin rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğuna*"
- pazarda etkin rekabetin tesis edilmesi bakımından, EFPA ve BİMPAŞ ile bunların distribütörlerinin / bayilerinin hem açık satış yapan nihai satış noktaları hem de kapalı satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri bu tür münhasırlık içeren tek elden satın alma anlaşmalarına

¹⁹⁴ Bira Muafiyetleri –II, s.41. (Vurgu yazara aittir.)

2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetin Kanun'un 13. maddesi uyarınca geri alınmasına ve soğutucu dolaplara rakip bira ürünlerinin konulmasının yasaklanması uygulamasına son verilmesine (dolap münhasırlığının da kaldırılmasına)

- sözleşmelerin kararda belirtilen hususları yerine getirecek şekilde tadil edilerek bayilere bildirilmesi ve keyfiyetin doksan gün içinde Rekabet Kurumu'na tevsik edilmesine

karar vermiştir¹⁹⁵.

Ancak, tarafların belirtilen sürede sözleşmeleri hükümlerinde olduğu gibi değiştirmedikleri, değişikliklerin münhasırlığın fiilen devam etmesini sağlayacak şekilde yapıldığı anlaşıldığından, Kurul bira piyasasına ilişkin dördüncü bir karar (*Bira Muafiyetleri – III*)¹⁹⁶ olarak taraflara 30 günlük süre vermiş ve bu süre içinde değişikliklerin gerektiği gibi yapılarak Kurul'a tevsik edilmemesi durumunda taraflar hakkında soruşturma açılacağına hükmetmiştir.

Konuya ilişkin olarak gündeme gelen bir diğer karar ise, *Dallas Birahanesi Kararı*'dır¹⁹⁷. Bu dosyada belirtildiği üzere, Dallas Birahanesi, Rekabet Kurulu Kararı'nın EFPA tarafından kendisine tebliğini müteakip rakip markalı ürünlerin de satışını yapmaya başlamış, ancak bu kez de rakip ürünleri sattığı gerekçesiyle EFPA tarafından dava edilmiş ve mahkeme tarafından da tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Konu Rekabet Kurumu'na intikal ettiğinde, Rekabet Kurulu kararına uyulmaması gerekçesi ile EFPA hakkında süreli para cezası uygulanması gündeme gelmiş ise de, EFPA'nın "*Kurul Kararı'nın 90 gün içinde yerine getirildiği, söz konusu eylemin 90 günlük geçiş süreci içinde gerçekleştirildiği, bu süre içinde sözleşmelerin ve onlardan doğan hak ve yükümlülüklerin hâlen geçerli olması gerektiği ve bu nedenle Kurul kararına uyulmaması nedeniyle ceza verilmemesi gerektiğini*" savunmuş ve Kurul bu savunmayı kabul etmiştir¹⁹⁸. İnceleme süreci çerçevesinde, ilgili teşebbüslerin Rekabet Kurulu kararını ve gereklerinin tebliğini müteakip birçok satış noktası geçiş sürecini beklemeksizin rakip ürünlerin satışına başlamış ve teşebbüsler de buna karşı sözleşme hükümleri çerçevesinde tazminat talebiyle yargı yoluna başvurmuşlardır¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Taraflar bu kararda öngörülen değişiklikleri gerçekleştirebilmek için 90 günlük ek süre talep etmiş, Kurul'un 21.7.2005 tarih ve 05-48/685-178 sayılı Kararı ile bu talep reddedilmiştir.

¹⁹⁶ *Bira Muafiyetleri – III*: Rekabet Kurulu'nun 31.10.2005 tarih ve 05-76/1031-288 sayılı Kararı.

¹⁹⁷ *Dallas Birahanesi*: Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarih ve 07-63/763-267 sayılı Kararı.

¹⁹⁸ Sanlı (2009:110), Kurul Kararı'nın alındığı tarihten itibaren geçerli olduğunu ve geçiş sürecinin bu tür bir uygulama için hukuken mazeret teşkil etmemesi gerektiğini ve bu nedenle bu kararda Kurul'un değerlendirmesinin hatalı olduğunu belirtmektedir.

¹⁹⁹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 14.02.2008 tarih ve 08-15/152-54 sayılı; 20.11.2008 tarih ve 08-66/1057-412 sayılı kararları.

Yine aynı süreç çerçevesinde BİMPAŞ Rekabet Kurumu'na başvurarak söz konusu kararın asgari satınalma yükümlülüğü, satış noktasının performansına dayalı iskonto uygulaması, açık noktalarda fiçı bir satışı ve bu noktalara yatırım karşılığı kredi verilmesi, kamu kurumlarına ve özel kuruluşlara ihale yoluyla yapılan satışlardaki münhasırlık hükümleri gibi hususlara ilişkin sorular sormuş ve açıklama talep etmiştir. Kurul, "*Karar'ın gerekçesine ve verilen hükme göre açıklamayı gerektirir bir husus olmadığından talebin reddine*" karar vermiştir²⁰⁰.

Geçiş süreci sonrasında sorunların bittiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin, bira üreticisi olan ve piyasaya girmeye çalışan Pera, yukarıda değinilen süreçlerden yaklaşık beş ay sonra, EFPA ve BİMPAŞ'ın Rekabet Kurulu'nun ilgili kararının gereklerini yerine getirmediklerini, "*...söz konusu teşebbüslerin marka güçlerini kullanarak satış noktaları üzerinde baskı yarattıkları[ni], 'markalarını çekecekleri tehdidi ile' Pera ürünlerinin ve cihazlarının satış noktalarına girmesini engelledikleri[ni], satış noktalarının müşterilerini kaybetme korkusu yüzünden Pera cihazlarını geri söktürdükleri[ni]*" iddia etmiştir. Ancak yapılan ilk inceleme sonucunda Kurul, başvurudan EFPA ve BİMPAŞ'ın "*söz konusu eylemleri yaygın olarak yaptığına dair biz izlenim çıkarmanın mümkün olmadığını*", muafiyetin geri alınmasına ilişkin Kurul kararının alınmasının üzerinden henüz bir yıl dahi geçmediğini, tarafların taahhütlerindeki aksaklıklar nedeniyle gecikmeler olduğunu, "*dolayısıyla, geçen bu kısa süre içerisinde piyasada uygulamaların tam olarak yerleşmesinin beklenemeyeceği[ni]*" ve ilgili Kurul kararına dair Danıştay'da açılan davanın hâlâ devam etmekte olduğunu belirterek şikâyeti reddetmiştir²⁰¹. Söz konusu kararların uygulanmaya başlanmasından sonra, 2007 yılı ortalarında BİMPAŞ ve EFPA açık ve kapalı satış noktaları arasında imzalanan tek elden satın alma anlaşmalarına menfî tespit, muafiyet verilmesi talebi ve 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Kurul Kararı'na (Karar) yönelik istisnalar getirilmesi talebiyle Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunmuşlardır. Yapılan inceleme sonucunda ilke olarak Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren piyasada yaşanan gelişmelerin, söz konusu teşebbüslerin yeniden muafiyetten yararlandırılmasını sağlayacak yeni bir karar alınmasını gerektirmediği kanaatine varılmış olsa da, Karar'a ilişkin bazı yeni düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre;

- d) açık satış noktaları ile yapacağı sözleşmelerde fiçı biraya ilişkin olarak yalnızca EFPA ürünlerine karşı ileri sürülebilecek ve iki yıl ile sınırlı olacak münhasırlık anlaşması yapma konusunda BİMPAŞ'a esneklik tanınmış,

²⁰⁰ Rekabet Kurulu'nun 28.07.2005 tarih ve 05-49/698-186 sayılı Kararı.

²⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 24.08.2006 tarih ve 06-59/7806-231 sayılı Kararı.

- e) “EFPA ve BİMPAŞ’ın ya da bunların distribütörlerinin / bayilerinin askeri tesis ve otel gibi geleneksel olarak alımlarını ihale ile gerçekleştiren satış noktaları ile akdedecekleri ve EFPA ve BİMPAŞ dışındaki teşebbüslere karşı ileri sürülemeyen rekabet etmeme yükümlülüğü içeren en fazla 2 yıl süreli sözleşmelere bireysel muafiyet tanınmasına”,
- f) “EFPA ve BİMPAŞ tarafından belirli spor, sanat ya da eğlence olaylarını desteklemek amacıyla belirli bir mekanda yılda 60 günü geçmemek şartıyla yapılan, içecek tedarikinin tanıtım amaçlı bir yan unsur olarak yer aldığı, EFPA ve BİMPAŞ dışındaki teşebbüslere karşı ileri sürülemeyen rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sponsorluk anlaşmalarına bireysel muafiyet tanınmasına”
- g) Satış yerleri açısından 100m²’nin üstünde satış alanına sahip noktalarda dolap yatırımının teşvik edilmesi ve bedavacılık probleminin önlenmesi amacıyla soğutucu dolaplara ilişkin düzenleme getirilerek, 100 m² altında satış alanına sahip noktalarda sadece EFPA/BİMPAŞ dolabı dışında tüketicinin doğrudan erişebileceği bir başka alkollü içecek dolabı yoksa, bu noktada bu teşebbüslerin dolaplarının kullanılmasını düzenleyen ariyet sözleşmelerinin, dolabın görünür kısmının ve satış noktasındaki toplam dolap hacminin %20’sini kapsayacak şekilde rakip ürün konulmasına izin verilmesini temin edecek şekilde düzenlenmesi gerektiğine

karar verilmiştir²⁰².

Alkollü içeceklere ilişkin bir dizi karar ise **rakı piyasasına** ilişkindir: Mey İçki, standart nitelikteki dağıtım anlaşmalarını 2004 yılında Rekabet Kurumu’na bildirmiş, “nihai satış noktalarının Mey İçki’nin ürünleriyle aynı kategorilerde olan rakip ürünleri satmasını ve bunların reklamını yapmasını yasaklayan, değişik kategorilerdeki ürünler için ayrı kotalar belirleyen ve bunun karşılığında satış noktasına iskonto, bedelsiz ürün, vb. çeşitli avantajlar sağlayan ve bu şekilde iki yönlü (sözleşmesel ve fiili) münhasırlık yaratan” sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna karar verilmiştir²⁰³. Bu karara dayanak teşkil eden incelemede, ilgili ürün pazarının “alkollü içecek pazarı” olarak belirlenmesi, tarafların pazardaki gücü, piyasaya giriş çıkış engelleri gibi unsurların incelenmediği, anlaşma hükümlerinin Tebliğ koşulları ile eşleşip eşleşmediğine bakılması ile sınırlı şekli bir inceleme yapıldığı görülmektedir.

Ancak, 2006 yılında yapılan bir şikayet üzerine yapılan bir önaraştırma sonucunda Mey İçki’nin dağıtım sözleşmeleri yeniden mercek altına alınmış ve

²⁰² Rekabet Kurulu’nun 10.04.2008 tarih ve 04-72/1051-262 sayılı Kararı.

²⁰³ Rekabet Kurulu’nun 19.11.2004 tarih ve 08-28/321-105 sayılı Kararı.

“rakı piyasası”nda hakim durumda bulunan Mey İçki’nin nihai satış noktalarıyla yaptığı mal alım sözleşmelerinin anılan teşebbüsün 2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen pazar payı eşiği nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağına ve rakip ürünleri satmama yükümlülüğü içeren ve fiilen münhasırlığa yol açan bedelsiz ürün, indirim, servis sıklığının değiştirilmesi gibi uygulamalara dayanak teşkil eden bu sözleşmelere bireysel muafiyet de verilemeyeceğine karar verilmiştir²⁰⁴.

4.2.8. Gazlı İçecekler Piyasası

Dikey anlaşmalardaki münhasırlık hükmünün ve piyasa kapatma etkisinin ayrıntılı bir şekilde incelendiği bir diğer Rekabet Kurulu kararı ise, **Coca-Cola Kararı**²⁰⁵. Rekabet Kurulu’nun Mayıs 2004’te aldığı karar uyarınca re’sen başlatılan inceleme çerçevesinde 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınması gündeme gelmiş, ancak inceleme sürecinde sonuca ulaşılmasından kısa bir süre önce (Mayıs 2007’de) 2002/2 sayılı Tebliğ’den yararlanabilmek için pazar payı eşiği getirildiğinden Coca-Cola’nın pazar payı nedeniyle sözleşmelerinin Tebliğ kapsamında olmadığı tespit edilmiş ve bireysel muafiyet başvurusu da reddedilmiştir. Karar piyasa kapatılmasına ilişkin bir incelemenin çerçevesi ve derinliğini göstermesi bakımından da önemlidir.

Kararda ilgili ürün pazarı olarak “gazlı içecekler pazarı” temel alınmış, ayrıca satış ve dağıtım kanalları bazında da ilgili pazar ayırımına gidilmiştir. Buna göre, 2003-2004 yıllarında anılan pazarda Coca-Cola’nın pazar payı %50-55, Pepsi’nin pazar payı %20-25, Ülker’inki ise %10-14 olarak gerçekleşmiştir. Yine kararda belirtildiği üzere ilgili ürün açısından iki temel dağıtım sistemi mevcuttur. Bunlardan ilki, genellikle satış hacmi küçük noktalarda oluşan geleneksel bayilik sistemidir. İkinci sistem ise firmaların ürünlerine müşterilerine aracısız olarak ulaştırdıkları doğrudan dağıtım sistemi olup zincir mağazalar ile yüksek hacimli alım yapan bazı tüketim noktaları bu grupta yer almaktadır. Gazlı içecek dağıtımının 2/3’ü halen geleneksel bayi kanalıyla yapılmaktadır. İlgili pazara satış kanalları açısından bakıldığında ise, bunların perakende ve yerinde tüketim olarak ikiye ayrılabilmesi, perakende satış noktalarının ise kendi içinde 100 m²’yi aşan noktaların oluşturduğu süpermarket alt-kanalı ile 100 m² altı noktaların oluşturduğu geleneksel alt-kanal olmak üzere iki grupta değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Pazar evde tüketim ve yerinde tüketim açısından incelendiğinde, 2004 yılı verileriyle Coca-Cola’nın ev kanalındaki pazar payının toplam pazar payının %10 üzerine çıktığı % [60-65], buna karşın Pepsi’nin yerinde tüketimde pazar payının %30’un üstüne çıktığı

²⁰⁴ Rekabet Kurulu’nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Kararı.

²⁰⁵ Coca-Cola: Rekabet Kurulu’nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Kararı.

buna karşın ev kanalında %[15-19] arasında olduğu görülmektedir. Soğutucu dolaplar açısından yapılan değerlendirmede ise 100 m²'den daha geniş perakende satış noktalarının genelde kendilerine ait dolapları olduğu, geleneksel kanalda satış noktalarının ise %18,7'sinin kendine ait bir gazlı içecek dolabı varken, bu oranın yerinde tüketim kanalında %38,8'e çıktığı belirtilmiştir. Teşebbüsler açısından bakıldığında ise, Coca-Cola'nın ev kanalındaki noktaların %75'inden fazlasına kendine ait bir dolap yerleştirmiş olup ev kanalındaki dolap bulunurluğunda Pepsi'nin oldukça önünde yer almaktadır. Yerinde tüketim kanalındaysa iki teşebbüs arasındaki fark düşük seviyelere inmektedir²⁰⁶.

Teşebbüslerin pazardaki konumları karşılaştırıldığında ise, Coca-Cola'nın gazlı içeceklerdeki %[50-54]'lük payının en yakın rakibi olan Pepsi'nin 2,5 katına, diğer rakibi Ülker'in ise 3,5 katına ulaştığı görülmektedir. Kolalı içecekler ve portakallı gazlı içecekler açısından da benzer sonuçlara ulaşılmış ve Coca-Cola'nın kolalı/gazlı içecek pazarında gerek ev kanalı gerekse de yerinde tüketim kanalında hâkim durumda olduğu kanaatine varılmıştır. Bunun yanı sıra, a) marka bilinirliği ve reklâm harcamalarının, b) portföy gücü ve ürün farklılaştırmasının ve c) satış kanallarına girişin önemli giriş engelleri arasında yer aldığı vurgulanmıştır. Buna göre, Coca-Cola'nın geniş bir portföye sahip olması ve özellikle bunu içinde yeniden satıcılar için bulundurulması zorunlu [*must stock*] niteliğe sahip Coca-Cola markasının bulunması teşebbüse büyük bir avantaj sağlamaktadır. Ayrıca bu teşebbüsün *SenSun*, *Frutia* gibi portföyü derinleştiren ikincil markaların bulunması da pazara belirli bir alt segmente odaklanarak girmek isteyen teşebbüsler açısından engel oluşturmaktadır. Bunların yanı sıra, dolap münhasırlığı uygulaması da bir başka giriş engeli olarak karşımıza çıkmaktadır: Özellikle ürün portföyü geniş olmayan teşebbüsler ve bunların müşterileri açısından satış noktalarına dolap konulması kârlı olmayan bir yatırım olarak görülmekte, bu durum ve içecek satışlarında ürünün soğuk olmasının önemi dikkate alındığında, büyük firmaların sağladığı dolaplar nedeniyle diğer firmaların dolaplarına/ ürünlerine yer kalmamakta, özetle dolap münhasırlığı hem gazlı içecek pazarına olabilecek yeni girişler hem de gazsız içecek üreticileri için önemli bir giriş engeli oluşturmaktadır. Piyasadaki bir başka giriş engeli ise raf bedelleridir. Yapılan incelemede, perakende zincirlerinin aldıkları raf bedellerinin satış bedellerine oranının, Pepsi ve Ülker için sistematik olarak Coca-Cola'dan yüksek olduğu anlaşılmıştır²⁰⁷.

İncelemenin asıl konusunu oluşturan münhasırlık ise, üç kanal bazında (geleneksel satış noktaları, süpermarketler ve yerinde tüketim yerleri) ve hem sözleşme münhasırlığı hem de dolap münhasırlığı açısından değerlendirilmiştir.

²⁰⁶ *Coca-Cola*, § H.1.1 ve H.1.2.

²⁰⁷ *Coca-Cola*, § H.3.1.1.

Buna göre, Coca-Cola'nın üç satış kanalına yönelik sekiz farklı münhasırlık sözleşmesi uyguladığı görülmektedir²⁰⁸.

- *Geleneksel Kanalda Satış Noktası Münhasırlığı*: Geleneksel kanalda kolalı içecekler pazarında 2003 yılında Ülker'in de pazara girmesiyle üç önemli oyuncu faaliyet göstermekle birlikte, Ülker'in münhasır sözleşme yapma uygulaması bulunmamaktadır. Pazar incelendiğinde, satış noktalarının %5-9'unun Coca-Cola, %0-4'ünün de Pepsi tarafından münhasıran bağlandığı, buna karşın satış hacmi (satılan litre) açısından bakıldığında ise, Coca-Cola'nın bu kanaldaki satışların toplam satışlara oranının % 20-24'e çıktığı, Pepsi'nin ise %0-4 arasında bulunduğu görülmektedir. Dolap münhasırlığı veya başka tevsik mekanizmaları yoluyla sağlanan fiili münhasırlık oranları da dikkate alındığında ise, münhasır satıldığı nokta sayısı %32,5'e ulaşmaktadır. Pepsi'nin münhasır olduğu nokta oranı ise sadece %1,2'dir. Münhasır noktalardan yapılan satışlar dikkate alındığında Coca-Cola için oran %30-34'e yükselmekte, Pepsi için ise %5-9 olarak gerçekleşmektedir. Bu çerçevede, geleneksel kanalda Coca-Cola'nın satış hacmi bazında kapama etkisinin Pepsi'nin 5,6 katı olduğu kanaatine ulaşılmıştır²⁰⁹.
- *Süpermarket Kanalı'nda Satış Noktası Münhasırlığı*: Süpermarket kanalında münhasırlık oranlarının hem Coca-Cola hem de Pepsi için %0-4 civarında seyrettiği, bu kanalda münhasırlık nedeniyle bir giriş engelinden söz edilemeyeceği, ancak süpermarketlerin alım gücünden kaynaklanan ve raf bedeli, gondol parası ya da hizmet bedeli gibi farklı adlar altında kendisini gösteren unsurların giriş engeli teşkil edebileceği sonucuna ulaşılmıştır²¹⁰.
- *Yerinde Tüketim Kanalı'nda Satış Noktası Münhasırlığı*: Bu kanaldaki nokta münhasırlığı oranları Coca-Cola için %10-14, Pepsi için ise %5-9'dur. Toplam münhasırlık açısından Coca-Cola'nın münhasır satıldığı nokta sayısı %68'e ulaşmakta iken Pepsi'nin oranı %17 olarak gerçekleşmektedir. Ancak bu noktalarda yapılan satışın hacmi açısından bakıldığında Pepsi %30-34 ile Coca-Cola'nın %25-29'luk oranının üzerinde olduğu görülmektedir. Münhasır noktalar açısından bakıldığında, yerinde tüketim kanalında Coca-Cola'nın sözleşmeli nokta sayısı Pepsi'nin 3-4 katıdır ve toplam münhasırlık oranında Coca-Cola/Pepsi oranı 4 çıkmaktadır. Bu çerçevede, Coca-Cola'nın piyasayı kapama etkisinin Pepsi'ye göre çok daha fazla olduğunu kanaatine ulaşılmıştır²¹¹.

²⁰⁸ Coca-Cola, § H.3.1.2.

²⁰⁹ Coca-Cola, § H.3.1.4.1.1.

²¹⁰ Coca-Cola, § H.3.1.4.1.2.

²¹¹ Coca-Cola, § H.3.1.4.1.3.

— *Dolap Münhasırlığı*: Dolap münhasırlığı açısından, yer darlığı gibi bir unsurdan söz edilememesi ve satışın çoğunun dolabın dışında gerçekleşmesi nedeniyle süpermarket kanalı inceleme dışında bırakılmış; ayrıca dört farklı dolap münhasırlığı tanımı benimsenmiştir: a) Coca-Cola, Pepsi,  lker, Uludağ ya da Kristal firmalarının dolaplarından sadece biri olan noktalar (buralarda satış noktasına ait içine gazlı içecek konulan bir başka dolap bulunması mümkündür), b) Coca-Cola, Pepsi,  lker, Uludağ ya da Kristal firmalarından birisinin dolabı olan ve satış noktasının içine gazlı içecek koyduğu kendi dolabı olmayan noktalar, c) Coca-Cola, Pepsi,  lker, Uludağ ya da Kristal firmalarından birisinin dolabı olan ve satış noktasının kendi dolabı olmayan noktalar, d) Coca-Cola, Pepsi,  lker, Uludağ ya da Kristal firmalarından birisinin dolabı olan ve başka hiçbir dolabı olmayan (kendi dolabı ve/veya diğer içecek firmalarının dolabı) noktalar. Bu tanımlar çerçevesinde dolap münhasırlığının fiili münhasırlığa dönüşüp dönüşmediği ve sürece katkısı incelenmiştir. Bu tanımlar çerçevesinde, geleneksel dağıtım kanalı dikkate alındığında yapılan hesaplamalar uyarınca; ilk tanıma göre sadece Coca-Cola'nın dolabı olan fakat rakip gazlı içecek dolabı olmayan noktaların %58'inde sadece Coca-Cola gazlı içecek ürünleri satılmaktadır. İkinci tanıma göre, yani sadece Coca-Cola dolabı olan ayrıca satış noktasının içine rakip gazlı içecek koyduğu dolabı olmayan noktaların %73' nde fiili münhasırlık bulunmaktadır. Dolayısıyla, dolap münhasırlığı ile fiili münhasırlık arasındaki g cl  bir ilişki olduğu ve Coca-Cola'nın dolap münhasırlığı uygulamalarının pazarın önemli bir bölümünü oluşturan bu noktalarda rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurduğu kanaatine ulaşılmıştır. Yerinde tüketim kanalı açısından dolap münhasırlığı incelendiğinde ise, Coca-Cola'nın dolap münhasırlığının söz konusu dört tanıma göre sırasıyla %53, %43, %38, %30 olarak gerçekleştiği görülmektedir. Ancak, bundan çok daha şaşırtıcı olanı, bu münhasırlığın fiili münhasırlığa dönüşüm oranıdır ki bu da %96-98 arasında değişmektedir. Bir başka deyişle, Coca-Cola'nın yerinde tüketim noktalarına koyduğu dolap o noktanın neredeyse otomatikman fiilen münhasır hale gelmesini sağlamakta; bir başka deyişle dolap dışında rakip gazlı içecek bulundurulmamaktadır. Bunun nedeni ise, tüketime genelde ürünün satın alındığı noktada yapılmasıdır²¹².

Kararda ayrıca gazlı içecekler pazarındaki münhasırlığın diğer pazarlar üzerindeki etkileri de incelenmiş, paketlenmiş su pazarında rekabetin yoğun olması ve Coca-Cola'nın ürünün doğal kaynak suyu olmaması nedeniyle münhasırlığın olumsuz etkisine rastlanamaz iken, meyve suyu pazarında münhasırlığın sınırlı da olsa etkili olduğu, yoğunlaşmanın yüksek olduğu buzlu

²¹² *Coca-Cola*, § H.3.1.4.1.4.

ay pazarında Coca-Cola'nın münhasır satış ve portf6y etkisi sayesinde pazar payını iki yıl içinde iki katına çıkardığı –6zellikle yerinde t6ketim kanalında her beş noktadan d6rd6nde sadece Coca-Cola'nın 6r6n6 *Nestea*'nin bulunduğu, T6rkiye için oldukça yeni olan enerji ieeği pazarında da aynı Şekilde portf6y etkisi ve m6nhasırlık uygulamaları ile Coca-Cola'nın pazarın ikinci 6nemli oyuncusu haline geldiği belirtilmiřtir²¹³.

Coca-Cola'nın m6nhasırlık uygulamalarının Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesinde, teşebb6s6n pazar g6c6, rakiplerin pazardaki konumu, alıcıların konumu, giriş engelleri ve pazarın doygunluğu analiz edilmiř²¹⁴, ayrıca ticaretin seviyesi ve 6r6n6n niteliği konusu da vurgulanmıştır. Buna g6re:

“...ticaretin perakende seviyesinde yapılan tek marka anlaşmalarının rekabet 6zerinde olumsuz etkisi daha çok olacaktır. Kolalı içecek pazarında toptan seviyede yapılan m6nhasır anlaşmalar rekabet 6zerinde olumsuzluk yaratma olasılığı d6ř6kt6r. Zira sağlayıcıların kendi dağıtım sistemlerini kurmaları veya bağımsız toptancılarla çalışmalarını 6n6nde bir engel yoktur. Bir başka deyişle dağıtımın toptancı seviyesine giriş kolaydır. Ancak nihai 6r6nler için perakende seviyede rekabetin kısıtlanması daha olasıdır. Zira sağlayıcıların 6r6nlerinin t6keticilere ulaştırılmasında kendi perakendecilerini kurmaları çok zordur. Bu nedenle perakende seviyesinde giriş oldukça zordur.”

“İlgili 6r6n pazarlarında satılan 6r6nler hızlı t6ketim malları (HTM) pazarında yer almaktadır. S6z konusu 6r6nler t6keticilerin b6y6k çoğunluğunun b6tesine g6re daha az pahalı ve s6rekli satın alınan 6r6nlerdir. Bu 6r6nler diğer HTM'lere g6re de g6nl6k olarak ve neredeyse her g6n t6kettiğimiz 6r6nler arasında yer almaktadır. 6r6n6n bu niteliği 6zellikle m6nhasırlık anlaşmalarının doğurduğu etkiler açısından 6nem arz etmektedir. S6yle ki; s6rekli t6ketlenen 6r6nler olması ve t6keticinin bu 6r6nleri satın almak için perakende noktalara çok sık gitmek zorunda kalması bir başka deyişle talebin ertelenemez olması t6keticisi açısından mağaza içi rekabetin 6nemini g6stermektedir. Ayrıca 6r6n6n HTM olması ve diğer 6r6nlerine g6re g6rece ucuz olması (6rneğin dayanıklı t6ketim 6r6nlerine) t6keticinin araştırma maliyetine katlanmasının 6n6nde bir engel oluşturmaktadır. Bu pazarda ortalama 1 yıllık m6nhasırlık s6resinin etkisi beyaz eşya sekt6r6ndeki 1 yıllık m6nhasırlık

²¹³ *Coca-Cola*, Ő H.3.1.4.1.5.

²¹⁴ *Coca-Cola*, Ő H.3.3.1.1.

süresinin tüketici ve rekabet üzerindeki etkisine göre daha olumsuzdur. Dolayısıyla münhasırlık süresinin indirilmesi yahut daha kısa süreli münhasır anlaşmalara izin verilmesi ürünün niteliği gereği mağaza içi rekabeti sağlayabilecek nitelikte bir önlem değildir.²¹⁵

Yukarıda yer verilen hususlar çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde öne çıkan bir diğer husus ise şudur: **Mağaza içi rekabetin mağazalar arasındaki rekabet ile dengelenebileceği savı tüketici bütçesinde önemli yer tutan dayanıklı tüketim ürünleri için geçerli olabilecek iken, görece ucuz olan (bu nedenle de tüketici için farkı ürünleri araştırma maliyetinin yüksek olduğu) ve görünürlüğün tüketimi teşvik ettiği hızlı tüketim malları açısından bu sav geçerliliğini yitirdiği belirtilmiştir.**

Yapılan değerlendirmeler neticesinde Rekabet Kurulu, Coca-Cola'nın anlaşmalarında yer alan dikey sınırlamaların Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet koşullarından hiçbirini karşılamadığına ve anlaşmaların muafiyetten yararlanamayacağına hükmetmiştir. Ancak, pazarın küçük bir bölümünü kapatan, buna karşın çeşitli faydaları olan iki tür anlaşmanın muafiyetten yararlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır:

- Askeriye, hastane gibi kamu ve özel sektör kuruluşlarının şeffaf ve nesnel şartlarla yatıkları ihaleler vasıtasıyla buralardaki yerinde tüketim noktalarına tanınan münhasır satış haklarının bireysel muafiyetten yararlanabileceği, ancak rakip teşebbüslerin de satış noktasına girme imkânı sağlanması için ihaleyle getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün 2 yılla sınırlandırılmasının yerinde olacağı belirtilmiştir.
- Coca-Cola'nın sponsor olduğu belirli spor, sanat ya da eğlence olaylarında içecek satışına getirilen münhasırlık hükümlerinin bireysel muafiyetten yararlanabileceği, ancak yerinde satış noktalarının bu vasıta ile bağlanmalarını önlemek için, bu istisnanın mekan başına yılda 60 gün ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁶.

Sözleşmeye dayalı ya da fiili münhasırlık haricinde piyasa kapama etkisi yaratacak bir başka husus ise dolap münhasırlığıdır. Ancak kararda belirtildiği üzere dolap münhasırlığı konusunda ortaya çıkan en önemli problem nedensellik ilişkisinin yönünün tespitidir: Hem dolap münhasırlığı hem de fiili münhasırlığın olduğu bir noktada, dolap münhasırlığının mı fiili münhasırlığa yol açtığı yoksa satış noktasının münhasıran bir firmanın ürünlerini sattığı için mi sadece o firmaya ait dolabı bulundurduğunu ayırt etmek kolay olmamaktadır. Yapılan

²¹⁵ Coca-Cola, §H.3.3.1.3.6 ve §H.3.3.1.3.7

²¹⁶ Coca-Cola, § H.3.3.1.4.3

araştırmalarda, geleneksel kanalda Coca-Cola'nın münhasır olduğu satış noktalarının %67'sinde rakip ürünlere talep olduğu, ancak işletmelerin yeterli yerlerinin olmaması ya elektrik masrafından kaçınmak amacıyla yeni bir dolap koyamadıkları anlaşılmış, rakip teşebbüslerin Coca-Cola'nın dolap münhasırlığı olan noktalara Coca-Cola dolabı yerine ya da ek yeni dolap koyarak girmelerinin imkânsızlığı karşısında, Coca-Cola dolaplarına rakip ürün konulması yasağının kaldırılmasının fiili münhasırlığın önlenmesi açısından faydalı olacağı, böylelikle Coca-Cola münhasırlığı olan noktaların üçte birine rakip ürün girmesinin mümkün hale geleceğı kanaatine ulaşılmıştır. Yerinde tüketim kanalı açısından bakıldığında ise, bu noktaların %43'ünde tek firmanın dolabının bulunduğu, dolap münhasırlığının fiili münhasırlık üzerinde büyük etkisinin bulunduğu ve dolaplara rakip ürün konmasına izin verilmesi halinde toplamda Coca-Cola münhasırlığı olan noktaların dörtte birine rakip ürün girmesinin mümkün hale geleceğı sonucuna varılmıştır. Ayrıca, Coca-Cola'nın dolap münhasırlığının yalnızca gazlı içeceklerle sınırlı olmadığı, gazsız içeceklerdeki rakiplerini de kapsadığı ve teşebbüsün portföy gücünü arttırdığı dikkate alınarak, bu noktalardaki soğutucuların rekabete açılması durumunda gazlı içecek, paketlenmiş su ve meyve suyu kategorilerinde alternatif ürünlerin çoğalacağı öngörülmüřtür²¹⁷.

Diğer yandan, dolaplara rakip ürün konulmasının çeşitli olumsuzlukları da beraberinde getirebileceğı dikkate alınarak, bu alanda da çeşitli sınırlamalara gidilmiştir: Örneğın, rakip ya da işletmeye ait dolapların bulunduğu alanlar ile ev kanalındaki 100m²'nin üzerindeki alanlar uygulama kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca, bedavacılığın önlenmesi ve firmaların dolap yatırımı yapmaktan kaçınmalarının önüne geçilmesi amacıyla, dolabın görünür alanının %20'sinin rakiplere açılması yeterli görülmüş ve ilgili pazardaki payı %50'nin üzerinde ve Coca-Cola'nın payının iki katı veya daha fazla olan rakip teşebbüslerin bu uygulamadan yararlanamayacağı belirtilmiştir. Coca-Cola'nın piyasaya yeni ürünler sunma güdüsünü sınırlamamak amacıyla, Coca-Cola'nın dolaplarını tüketicilerin daha önce karşılaşmamış oldukları, Coca-Cola'nın rakipleri tarafından da daha önce piyasaya sunulmamış ürünlerde rakip ürünlerin dolaplara konmasının iki sene süreyle ertelenebileceğı ifade edilmiştir²¹⁸.

Münhasırlığın etkisi gazsız içecek pazarları açısından değerlendirildiğinde ise, Coca-Cola'nın gazlı içecek pazarında hâkim durumda bulunması ile münhasırlığın doğrudan ilişkisi bulunduğu, sporcu ieceğı hariç olmak üzere gazsız içecek pazarlarında CCI'nin lider konumda olmadığı, gazsız içecek pazarlarının genel olarak rekabetçi yapıda olduğu ve bu nedenle Coca-Cola'nın sporcu ieceğı dışındaki diğer gazsız içecek pazarlarındaki münhasır

²¹⁷ *Coca-Cola*, § H.3.3.1.7.4

²¹⁸ *Coca-Cola*, § H.3.3.1.7

anlaşmalarının/uygulamalarının, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsam dışında kalan sözleşmelerin ve uygulamaların Kanun'a uygunluğunun sağlanabilmesi bakımından, taraf teşebbüsün en geç 1 Temmuz 2008 tarihine kadar satış sisteminde gerekli değişiklikleri yapmasına hükmedilmiştir²¹⁹.

4.2.9. Endüstriyel Dondurma Piyasası

Avrupa Birliği'nde bir dizi karara konu olan dolap münhasırlığı hususu, Türkiye'de de 2002 yılında **Unilever- I Kararı**²²⁰ ile gündeme gelmiş, endüstriyel dondurma pazarında Unilever'in satış noktalarına dolap sağlaması, başka teşebbüslerin ürünlerine bu dolaplarda yer vermemesi gibi hususlar şikayete konu olmuş ve bu tür davranışların hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir. Yapılan ön araştırmada, Unilever'in piyasa payının %70'in üzerinde olduğu ve hâkim durumda bulunduğu anlaşılmıştır. Raportörlerin Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde soruşturma açılması ve Unilever'in faaliyetlerinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile bağdaşmayan bir münhasırlık sistemi kurma çabasının göstergesi olabileceği ve bu nedenle konunun Kanun'un 4. maddesi bağlamında da değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerine rağmen Kurul, Unilever tarafından gerçekleştirilen eylemlerin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek nitelikte bulgulara rastlanılmaması nedeniyle şikayetin reddine karar vermiştir. Ancak, bundan birkaç yıl sonra Rekabet Kurulu re'sen bir inceleme başlatarak endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren anlaşmalar ve fiili münhasırlık yaratan faaliyetlerini mercek altına almış ve Mayıs 2008'de nihai kararını vermiştir. **Unilever- II Kararı**²²¹ da münhasırlığın piyasa kapatma ile ilişkilerinin incelenmesi açısından Coca-Cola kararı gibi bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Ancak, kararın alınması sürecinde 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ'de değişiklik yapılmış olduğundan, Unilever'in distribütörlerinin satış noktalarıyla yaptıkları sözleşmelerin içerdikleri hükümler açısından 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti kapsamında olmalarına karşın, değişiklik sonrasında ilgili teşebbüsün pazar payları itibarıyla anılan Tebliğ'den yararlanamayacağı belirtilmiştir; ayrıca bu sözleşmelere bireysel muafiyet tanınamayacağına hükmedilmiştir. Dolap münhasırlığı açısından ise karar Coca-Cola kararından farklılaşmaktadır. Karara ilişkin hususlar özetle şunlardır:

²¹⁹ Coca-Cola, § H.3.3.1.8

²²⁰ Unilever- I: Rekabet Kurulu'nun 26.12.2002 tarih ve 02-81/940-387 sayılı Kararı

²²¹ Unilever- II: Rekabet Kurulu'nun 15.05.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kararı

Kararda endüstriyel dondurma ile artisan dondurma (pastane dondurması) ayrıştırılmış; endüstriyel dondurma da anında tüketim (*impulse*), evde tüketim (*take home*) ve yerinde tüketim (*catering*) olarak üç alt kategoride incelenmiştir. Satış kanalları açısından da, geleneksel satış noktaları (100m² altı yerler), süpermarketler (organize perakende satış) ve yerinde tüketim noktaları olarak üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Bu çerçevede anında tüketilen ürünlerin %70'nin geleneksel kanal vasıtasıyla satılırken, evde tüketilen %64'ünün süpermarket kanalıyla tüketicilere ulaştığı tespit edilmiştir. Anında tüketim ve evde tüketimi kapsayan perakende satış kanalında Unilever'in (Algida) pazar payı 2001'de %75-79 aralığında iken 2006'da %65-69 aralığına gerilemiş, buna karşın pazara giren Ülker'in (Golf) pazar payı aynı dönemde %5-9'dan %10-14'e çıkmıştır. Piyasanın üçüncü büyük aktörü Panda'nın pazar payı ise aynı dönemde, %10-14 ile %15-19 arasında seyretmiştir. Anında tüketilen ürünler pazarında ve evde tüketilen ürünler pazarında Algida sırasıyla %65-69 ve %70-74 pazar payları ile en yakın rakibinin dört katı büyüklüğündedir. Yerinde tüketim pazarında ise %65-69 pazar payı ile en yakın rakibinin sırasıyla üç katı pazar büyüklüğüne sahiptir. Toplam endüstriyel dondurma pazarında ise Algida en yakın rakibinin yaklaşık beş katı büyüklüğe ulaşmaktadır. Anılan pazar açısından marka bilinirliği ve reklam harcamaları dışında dikkat çeken en önemli iki giriş engeli dağıtım (soğuk zincir) maliyeti ve satış kanallarına giriştir. Gazlı içeceklerden farklı olarak dondurmanın sağlık açısından sürekli olarak belirli bir ısının altında tutulması ve bu nedenle dağıtımda soğuk zincir oluşturulması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, hızlı tüketim ürünleri arasında dağıtım maliyeti (üretimden tüketiciye ulaştırma maliyeti) en yüksek ürün grubunun endüstriyel dondurma olduğu belirtilmektedir. Satış kanallarına giriş açısından münhasırlığın yanı sıra süpermarketlerdeki raf bedelleri gibi unsurların giriş engeli oluşturduğu, teşebbüslerin ürün portföyü büyüklüklerine ters oranlı bir şekilde bu engelden etkilendikleri sonucuna ulaşılmıştır²²².

Unilever'in dikey sözleşmeleri farklı gruplar altında toplanmaktadır: Zincir marketler veya Algida ürünlerinin satışı için tasarlanmış yerinde tüketim noktaları olan Algida Shop'lar arasında yapılan sözleşmelere bizzat Unilever taraf iken, geleneksel dağıtım kanalları veya yerinde tüketim noktaları ile yapılan sözleşmelerin tarafı genellikle Unilever'in distribütörü olmakta, ancak tüm bu sözleşmeler Unilever'in pazarlama ve satış stratejisinin bir parçasını oluşturmaktadır. Zincir marketlerle yapılan sözleşmelerde rekabet etmeme yükümlülüğü yer almaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, bu sözleşmeler şeklen 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun olmakla beraber, pazar payı eşiği nedeniyle Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamamaları nedeniyle bireysel muafiyet analizine tabi tutulmuşlardır. Analizde geleneksel kanalda satış noktalarının sayı

²²² Unilever-II, § H.1.1.1.6, § H.1.2.2, § H.3.1.1.1 ve, § H.3.1.1.2

bakımından %9'u ve satış hacmi bakımından %8'i Unilever tarafından, %2'si Ülker, %1'i de Panda tarafından sözleşme ile münhasıran bağlandığı, ancak fiili münhasırlık oranları dikkate alındığında dondurma satan noktaların % 55-59'unun Unilever, %10-14'ünün Ülker, %10-14'ünün ise Panda tarafından kapatıldığı anlaşılmıştır. Dondurma satmayan noktalar da dikkate alındığında bu oranlar Unilever için %34-35, rakipleri içinse %5-9 aralığında seyretmektedir. Dolap münhasırlığı da dikkate alındığında, sadece Algida ürünlerinin satıldığı noktalar toplam noktaların %75-79'unu oluşturmaktadır. Golf %10-14 münhasırlık oranı ile ikinci iken Panda %5-9 ile Golf'ü takip etmektedir. Münhasırlığın olmadığı noktaların oranı ise sadece %2'dir. Satış hacmi açısından Algida oranını %75-79'a çıkarırken rakipleri sırasıyla %10-14 ve %4-9'da kalmaktadır. Analiz sonucunda, satış noktaları ile yapılan ve münhasırlık hükmü veya fiili münhasırlığa yol açacak (satış kotası vb.) hükümler içeren sözleşmelerin Kanun'un 5. maddesinde belirtilen koşulları taşımadıkları anlaşıldığından bu sözleşmelere bireysel muafiyet tanınamayacağına; ancak, Unilever tarafından café tarzında oluşturulan, ilişkiye/müşteriye özgü yatırımın yapıldığı ve bir bayi/franchise şeklinde faaliyet gösteren Algida Shopların da bireysel muafiyetten yararlanabileceğine hükmedilmiştir. İlgili teşebbüslere fiili münhasırlık yaratan hükümleri sözleşmelerinden çıkarmaları ve bu yöndeki uygulamalarına son vermeleri için 1 Temmuz 2008'e kadar süre tanınmıştır. Bunun yanı sıra, şeffaf ve nesnel şartlarla yapılan kamu ve özel sektör ihaleleri sonucu münhasır satış hakları verilen büyük miktarda alım yapan (askeriye, otel zincirleri, yemek şirketleri gibi) yerinde satış noktalarıyla düzenlenen münhasırlık anlaşmalarına - ihale ile bir ölçüde rekabet sağlandığı da dikkate alınarak - muafiyet tanınabileceği, ancak rakip teşebbüslere de satış noktasına girme imkanı sağlanması için ihaleyle getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün 1 yıla sınırlandırılmasının yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır²²³.

Bu kararda dolap münhasırlığı da incelenmiş, gazlı içeceklerde dolap münhasırlığı olan noktaların %58 civarında seyrettiği, ancak endüstriyel dondurma pazarında %100 olarak gerçekleştiği belirtilmiştir. Bir başka deyişle, dolap münhasırlığının fiili münhasırlığa dönüşüm oranı %100'dür. Bunun en temel nedeni, dondurmanın rafta bulundurmaya ya da diğer gıda ve içeceklerin satıldığı dolaplarda bulundurulmaya elverişli olmaması, yalnızca belirli ısının altındaki dondurma dolabında bulundurulması gerekliliği ve satış noktalarının birçoğunda birden fazla dolabı bulunduracak yer olmamasıdır. Ancak, gazlı içecekler pazarında Coca-Cola'nın münhasır olduğu noktaların %67'sinde rakip ürünlere talep varken (*Yapılan anketlerde gazlı içeceklerde noktaların %54'ü rakip firmaların ürünlerini Coca-Cola dolabına koyacaklarını, %13'ü izin*

²²³ Unilever-II, § H.3.2, § H.3.2.4, § H.3.2.8, § H.3.2.9.

olmaksızın Coca-Cola dolaplarına koyduklarını belirtmişlerdir), endüstriyel dondurma pazarında bu oran sadece %30'dur.(Satış noktalarının %70'i ise kesinlikle Unilever izin verse bile rakip ürün koymayacağını belirtmiştir). Bu nedenle, “gazlı içecekler pazarının aksine bu pazarda soğutucu kabinlerin esik getirilmesi yoluyla rekabete açılmasının mevcut pazar ve talep koşulları dikkate alındığında bu aşamada fiili durumu değiştirmeyeceği” sonucunda ulaşılmıştır²²⁴.

4.3. Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi

Türkiye uygulaması da ABD ve AB uygulamaları gibi dönemler itibariyle farklılaşmalar arzemiştir. BİRYAY kararında dikey anlaşmaların piyasa kapatma etkisi gündemde iken, anlaşmalara sağlanan muafiyetin geri alınmasından ziyade şekil şartları açısından anlaşmaların Tebliğlerle sağlanan muafiyetin kapsamına girmediği belirtilmiştir. Buna rağmen, Kurul'un söz konusu dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamadıklarını, *yararlanıyor olsalardı dahi grup muafiyetinin geri alınması gerektiğini* vurgulaması hem dikey anlaşmalarla piyasanın kapatılması savının kabulü hem de bundan sonraki dosyalarda alınabilecek kararların kapsamına işaret etmesi açısından önemlidir. Bunun yanı sıra kararda piyasaya etkin giriş için gerekli minimum ölçek, okuyucuların ve satış noktalarının geçiş maliyetleri gibi unsurlar kararda ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Bu açıdan bakıldığında kararın Avrupa Birliği'ndeki dondurma davalarının (özellikle de *Masterfoods*²²⁵) izlerini taşıdığını söylemek mümkündür. Yine ilginç bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun AB'deki bir yayın dağıtım davası olan *Oscar Bronner Davası*'nda²²⁶ Hukuk Sözcüsü Jacobs'un öne sürdüğü değerlendirme sistematüğini de dikkate aldığı, ancak somut olaydaki gerçekler nedeniyle bu davadakinden tamamıyla farklı bir sonuca ulaştığını görmekteyiz.

Söz konusu davada özü itibariyle piyasa kapatmanın bir türü olan “zorunlu unsura erişimin engellenmesi” hususu değerlendirilmiştir. Ancak, Avusturya'da gündeme gelen olayda Bronner gazete yayıncılığı piyasasına girmek için alternatifi olduğu halde rakip bir gazetenin dağıtım ağını kullanmak istemekte iken BİRYAY olayında gazete ve dergi dağıtım piyasasına girmek isteyen bir şirket söz konusudur ve dağıtım için son satış noktalarına erişimin alternatifi bulunmamaktadır. Bu nedenle Kurul “zorunlu unsur” terimini kullanmadan satış noktalarına erişimin piyasaya giriş için olmazsa olmaz bir koşul olduğunu belirtilmiş, dahası *kioskların* gazete ve dergi dağıtım

²²⁴ *Unilever-II*, § H.1.1.7, § H.3.2.6, § H.3.2.8.3, § H.3.2.9.5.3

²²⁵ *Masterfoods*, Case C-344/98 [2000] ECR I-11369, [2001] 4 CMLR 449. (Ayrıca bkz. bu çalışmanın 3.3.2 numaralı başlığı).

²²⁶ *Oscar Bronner v Media Print*, Case C-7/97 [1998] ECR I-7791.

şirketlerinden gelen tüm yayınları eşit koşullar çerçevesinde satışa sunmasını zorunlu tutmuştur. Kurul böylelikle aynı zamanda belirli bir ölçüğe ulaşmada önemli rol oynayan *kiosklara* ilişkin olarak “*münhasırlık için rekabet*” savunmasını da reddetmiştir.

Ancak tüm bu olumlu özelliklerine rağmen kararda iki hususun eksik kaldığını söylemek mümkündür: Kurul, dağıtım şirketlerinin piyasaya girişi ve satış noktalarına erişim açısından bunları yeterli hacim ve çeşitlilikte yayımla beslemenin önemini ısrarla vurgulamasına rağmen dağıtım şirketlerin yayıncılar ile yapmış olduğu münhasırlık hükümleri içeren dikey anlaşmaların piyasaya kapama etkisi ve bunların hukuka aykırılığı konusunda sessiz kalmıştır.

İkinci olarak Kurul, yalnızca BBD ve YAYSAT’ın dikey sınırlamalar içeren dikey anlaşmalarının değil, ilgili pazarda yayın dağıtım şirketlerinin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren tüm anlaşmaların muafiyetten yararlanamayacağını belirtmiştir. Karar bu yönü ile bu piyasada münhasırlık içeren dikey anlaşmaların yapılamayacağını belirten bir tür düzenleme niteliği de taşımaktadır. Ulaşılan sonuç ve alınan kararın çok yerinde olduğu düşünülmele birlikte şekil açısından Kurul’un bu düzenlemeyi dikey anlaşmalara ilişkin mevcut tebliğlerin bu itibarla bu piyasada uygulanmayacağına dair bir başka tebliğ ile duyurmasının daha yerinde olacağı açıktır.

Turkcell kararı ise klasik dikey sınırlama ve piyasayı kapatma davalarından farklılık arz etmektedir: cihazların GSM hizmetleri açısından tamamlayıcı ürün olarak kabul edilmeleri gerektiği dikkate alındığında, cep telefonu distribütörlerine yönelik fiili münhasırlık aslında dikey nitelikte bir sınırlama değildir. Buna rağmen Kurul, Turkcell’in cihaz distribütörlerini münhasıran bağlayarak piyasayı kapatmaya çalışmasını doğru bir şekilde tespit etmiş ve yaptırım uygulamıştır. Buradan da görüldüğü üzere, piyasa kapatma eylemi birçok farklı şekilde tezahür edebilmektedir.

Coca-Cola Kararı’nın inceleme ve özellikle de sonuçlar açısından Avrupa Birliği’ndeki Coca-Cola Davası ile paralellik arzettiği görülmektedir. Ancak dondurma piyasası söz konusu olduğunda, Unilever Kararı özellikle dolap münhasırlığı açısından AB’deki dondurma davalarından büyük oranda farklılık arz etmektedir. Bu kararda dolapların rakiplere açılmasına karşı olarak hijyen ve bedavacılık savlarının getirilmesi kabul edilebilir iken, “rakip ürünlere yeterli talep olmaması” savının kabul edilmiş olması tartışılmaya muhtaçtır. Şöyle ki, kararda da belirtildiği üzere, reklam harcamaları, marka bilinirliği gibi hususlar ve ürünün görünürlüğü piyasaya giriş açısından önemli engeller arasında yer almaktadır. Tüketicilerin dolaplarda bulamadıkları için mi yoksa başka nedenlerden dolayı mı rakip ürünleri talep etmedikleri hususu meçhuldür.

Avantaj Card (Benkar) kararı, Türkiye'ye özgü olmakla birlikte, karar sonrasında taksitli satış özelliğine sahip kredi kartlarına ilişkin yaşanan gelişmeler, pazar yeni girişler ve rekabet artışı kararın ne kadar isabetli olduğunu göstermiştir. Ancak, bu karar ve bunun yanı sıra, Fırto-Lay, Coca-Cola, Bira ve Unilever kararları BİRYAY kararından büyük oranda farklılaşmaktadır. Şöyle ki, BİRYAY'da ilgili pazardaki herhangi bir aktörün münhasırlık içeren dikey anlaşmalar yapması muafiyet kapsamında çıkarılmış iken, bu kararlarda muafiyetin geri alınması ya da münhasır anlaşma yapmanın engellenmesi yalnızca en büyük teşebbüs ile sınırlı kalmıştır. Bu durum, dolap münhasırlığı gibi niş alanlarda bedavacılığın önlenmesi açısından kabul edilebilir gibi görünmekle birlikte, satış noktalarının sözleşme ile bağlanması gibi durumlarda piyasanın en büyük ikinci, üçüncü aktörlerinin münhasırlıktan yararlanması, buna karşın en büyük aktörün bir bakıma “elinin kolunun bağlanması” sonucunda nasıl bir rekabetçi faydanın ortaya çıkacağına dair iktisadi gerekçelerin yeterince ortaya konulamamış olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle, rekabet hukuku vasıtasıyla piyasada yer alan “küçük” teşebbüslere yönelik pozitif ayrımcılık yapmanın rekabet hukukunda yeri olup olmadığı hala tartışılmaya muhtaç görünmektedir.

Binlerce satış noktası ile yapılan sözleşmelere tanınan muafiyetin geri alınması ve teşebbüslerin dağıtım sözleşmelerini değiştirmeye zorlanması ilk bakışta oldukça sert yaptırımlar gibi görünmektedir. Ancak bu noktada, “*aslında hakim durumun kötüye kullanılması veya rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapılması yoluyla rekabet ihlal edildiği için soruşturma açılması ve cezalandırılması gereken eylemlerin, teşebbüslere olabilecek en hafif müdahalelerle geçiştirilmesinin sağlandığı*”nı belirten Ilıcak (2009:70)'ın ve “Rekabet Kurulu'nun hem tebliğden yararlanma açısından pazar payı getirmemesi hem de ihlal tespit etmesine rağmen teşebbüsleri cezalandırmayıp uyarmakla yetinmesi nedeniyle dikey anlaşmalara karşı iki farklı şekilde tolerans gösterdiği”ni belirten Sanlı (2009:78-80)'ya katılmamak katılmamak elde değildir. Hakim durumdaki firmaların münhasırlık yaratan indirim sistemlerinin Avrupa Birliği'nde cezaya tabi oldukları dikkate alındığında Kurul kararlarının en az müdahale ilkesi çerçevesinde alındığı söylenebilir.

Ancak bunun bir bakıma Kurul'un kendi uygulamasındaki eksiklikler ve tutarsızlıklardan kaynaklandığını söylemek mümkündür: Mey İçki, Unilever ve benzer kararlarda da görüldüğü üzere Kurul 2002/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden sonra dikey sınırlamalara ilişkin olarak yapılan başvuruları incelerken sözleşme hükümlerinin Tebliğ'de belirtilen koşulları karşılayıp karşılamadığına yönelik şekli bir inceleme yapmakla yetinmiş, tarafların piyasadaki konumlarını, piyasanın yapısını ve muafiyet alınmasına teşkil edecek başka unsurlar olup olmadığını değerlendirme zahmetine girmemiştir. Halbuki,

grup muafiyeti tebliğlerinin genel amacı, Kanun'un 5. maddesindeki koşulları taşıdığı zımnın kabul edilen sözleşmeler için ayrıca başvuru yapılmasının engellenmesidir. Bazı sözleşmelerin Tebliğ'de belirtilen koşulları sağlasalar dahi 5. maddedeki koşulları sağlayamayacakları, bu durumda da sağlanan muafiyetin geri alınması gerektiği Tebliğin içine de derç edilmiş bir hüküm iken yüzeysel bir incelemeyle tarafların Tebliğ kapsamında olduğunu belirten Kurul bir bakıma kendini bağlamış olduğu için aynı konuya ilişkin soruşturma açarak cezai yaptırım uygulanma imkânı kalmamaktadır.

Son olarak Türkiye uygulamasına ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir husus da şudur: 2002/2 sayılı Tebliğ öncesinde, piyasa gücü ile münhasırlık içeren dikey sınırlamaları bir araya gelmesi durumunda bunun piyasanın kapatılması gibi vahim sonuçlar doğurabileceğine dair BİRYAY, Turkcell ve Avantaj Card kararlarından elde edilen deneyimler bulunmasına rağmen yalnızca işyükünün artmasından endişe edilerek pazar payı eşiğinin getirilmemiş olmasının büyük bir hata olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir: Kurul eşik olmaması nedeniyle başvuruları değerlendirme yükünden kurtulmuş olmakla beraber, bira, gazlı içecekler ve endüstriyel dondurma piyasalarında kapsamlı araştırmalar yapmak durumunda kalmış, Tebliğ ile teşebbüslere sağlanan muafiyeti geri almış, geri alma süreci de özellikle satış noktaları açısından sancılı olmuş ve bu durum piyasaların Tebliğ ile arzu edilen yapıya kavuşmasını geciktirmiştir. Beş yıllık bir deneyimin sonucunda Kurul-bir bakıma yeniden başa dönerek – Tebliğ'den yararlanılabilmesi için pazar payı eşiği getirilmesine karar vermiştir.

Eşik getirilmemesi nedeni ile bu dönem boyunca ortaya çıkan bir diğer risk ise, mevzuat hükümlerinin uyumsuzluğudur: Esas olan Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin birbirleri ile çelişmeyecek şekilde uygulanması iken, hakim durumda olan teşebbüslerin 4. madde kapsamında olabilecek sınırlamaları da Tebliğ ile 5. madde kapsamında otomatikman muafiyet aldığından, teşebbüsler 4. madde kapsamında sorumluluktan kurtulur iken 6. madde kapsamında yaptırıma uğrama riski ile karşı karşıya kalmaktır (Bolatoğlu, 2009: 26). Tebliğ'den yararlanma açısından pazar payı eşiği getirilmesi bu açıdan da önemli bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

Pazar payı eşiği getirilmesi önemli bir adım olmakla birlikte bu kez de getirilen eşiğin seviyesi (%40) tartışma konusu olmaya adaydır. Eşiğin seviyesi belirlenir iken, dikey sınırlamaların yaratacağı etki ile pazar yapısı, pazardaki yoğunlaşma oranları ya da pazarı kapama oranı gibi parametreler yerine iş yükünün hafifletilmesi amacı ön plana çıkarılmıştır:

Söz konusu eşiğe ilişkin olarak Bolatoğlu (2009:36-38) da 2002/2 sayılı Tebliğ'deki değişiklik çalışmalarının başladığı tarihe kadar işlem görmüş tüm dosyalardaki pazar payı verilerini dikkate alarak şu şekilde bir değerlendirme

yapmaktadır: İşlem gören dosyaların %83'ünde ilgili pazardaki pazar payı %30'un altındadır; pazar payının %31-40 arasında olduğu dosyalar toplam iş yükünün %6'sını; %41-50, %51-60, %61-70'lik pazar payları ile ilgili dosyalar ise sırasıyla iş yükünün %3, %3 ve %2'sini oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, %30'luk pazar payı eşiği belirlenmesi durumunda o güne kadar incelenen dosyalardan %17'si, %40'luk eşik belirlenmesi durumunda ise %11'i kapsam dışında kalacağı dikkate alınarak “%40'lık pazar payı eşiği en etkin nokta olarak saptanmıştır”.

Bu tür bir yaklaşımın rasyonelitesini anlamak güçtür: Eğer amaç iş yükünün azaltılarak kartel gibi daha ciddi sonuçlar doğuracağı düşünülen ihlallere odaklanmak ise, yapılması gereken ilgili kanun değişikliği aşamasında bildirim sisteminin seçimlik hale getirilmesinden ziyade tamamen kaldırılması, değerlendirme sorumluluğunun teşebbüslere yüklenmesi olmalıydı. İhtiyari bildirim sistemi olduğu müddetçe, eşiğin %30 yerine %40 olarak belirlenmesinin iş yükü açısından somut bir fayda sağlanacağına inanmak güçtür.

Bilakis, %30'luk eşik ile %40'luk eşik arasında piyasadaki yoğunlaşma ve rekabetin kısıtlanması açısından Rekabet Kurumu'nu uzun vadede uğraşturmaya aday bir alan vardır: Kabaca bir karşılaştırma yapıldığı takdirde, AB örneğindeki %30'luk pazar payı eşiği nedeniyle dikey anlaşmalarla ulaşılabilecek HHI değeri en fazla 2800 iken, Türkiye örneğinde bu değer 3600'e kadar çıkmaktadır²²⁷. Normal şartlar altında birleşme ve devralmalar gibi piyasada yapısal değişikliğe neden olan işlemler açısından 800 puan gibi büyük bir farklılık çok önemli bir riske işaret etmektedir. Süre ile sınırlı olmaları gibi çeşitli nedenlerle dikey birleşmelerden ayrı olarak ve daha toleranslı bir şekilde ele alınsalar dahi dikey sınırlamalara ilişkin bir düzenlemede piyasaların rekabetçi yapısının korunması yerine iş yükünün azaltılmasına odaklanılması önemli bir yanılğı olarak değerlendirilebilir.

²²⁷ AB için: $30^2+30^2+30^2+10^2=2800$; Türkiye için: $40^2+40^2+20^2=3600$

5. Bölüm

ÇAPRAZ KARŞILAŞTIRMALAR ve SONUÇ

Çalışmanın şu ana kadarki kısmında piyasayı kapatma kuramının gelişimi ve iktisadi temelleri üzerinde durulmuş, daha sonra da bu kuramın Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türkiye uygulamalarına ne şekilde yansıdığı örnek olaylar bazında gösterilmiştir. Bu bölümün konusunu ise, söz konusu uygulamaların kuramdan ve birbirlerinden ne şekilde farklılaştıklarının ortaya konulması ve bu bağlamda ileriye yönelik politika önerileri oluşturmaktadır.

5.1. Piyasayı Kapatma Kuramı

Klasik iktisat yazınının temellerini oluşturan fiyat kuramı ya da maliyet kuramı, teşebbüslerin neden dikey sınırlamalara ihtiyaç duyduklarını açıklama ya da bunların nelere yol açtıklarını analiz etmede yeterli olamamıştır. Bu nedenle, modern anlamda antitröst uygulamalarının başlangıcı sayılabilecek 1890 tarihli Sherman Yasası'nın dikey sınırlamaları da kapsayıp kapsamadığı, kapsamakta ise bunların rekabet hukukunda ne şekilde dikkate alınmaları gerektiği hususu uzunca bir süre tartışılmıştır. Tartışmanın ilk dönemlerinde, Şikago Okulu, dikey anlaşmaların toplumsal açıdan faydasını ortaya koyamasa da, bunların zararlı olduğunun da ispatlamadığını belirterek bu tür sınırlamaların yasal sayılması gerektiğini savunmuştur. Bu dönemde bu tür sınırlamalara karşı hoşgörü ile yaklaşılmasa dahi müdahale gerekçesi, rekabet hukukundan ziyade sözleşme özgürlüğü, girişimcilik özgürlüğü gibi kavramlar çerçevesinde şekillenmiştir.

Müteakip dönemlerde bir yandan iş yapma şekillerinde dış kaynaklı üretim süreçlerinin (*outsourcing*) kullanılmaya başlaması, büyük proje ortaklıklarının oluşması, dağıtım ağlarının önem kazanması gibi yenilikler meydana gelmiş, bir yandan da iktisat kuramında dikey sınırlamaların ortaya çıkış nedenlerine ve etkisine yönelik yeni gelişmeler gündeme gelmiştir. Örneğin, Ronald Coase tarafından geliştirilen işlem maliyetleri teorisi çerçevesinde teşebbüslerin dikey sınırlamaları kabul etmesinin etkinlik yaratma amacı çerçevesinde değerlendirilebileceği iktisat yazınında yerini bulmuştur. Bu gibi örneklerle güçlenen Şikago Okulu bu kez de işi bir adım öteye taşıyarak, dikey sınırlamaların etkinlik yaratmaktan başka bir amaca hizmet etmeyeceğini, bu şekilde toplumsal refahı arttıracığını, bu nedenle açık bir şekilde (*per se*) hukuka uygun sayılmaları ve bunlara müdahale edilmemesi gerektiğini savunmuştur. İktisat yazınındaki bu gelişmeler doğal olarak mahkemelerin olaya bakışını da etkilemiş ve şekillendirmiş, bu tür sınırlamalara büyük bir hoşgörü ile yaklaşmıştır.

Ancak, 80’li yılların sonuna doğru münhasırlık anlaşmaları ve dikey sınırlamaların etkisine yönelik tartışmalar yeniden alevlenmiş ve Krattenmaker ve Salop’un “rakiplerin maliyetini arttırma” başlıklı çalışması dikey sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerin dengeye oturmasını sağlamış ve aynı zamanda “piyasanın kapatılması kuramı”nın da temelini oluşturmuştur.

Bu kurama göre, başta münhasırlık anlaşmaları ya da satış miktarına yönelik zorlamalar, ürün bağlama anlaşmaları gibi fiili münhasırlığa yol açan sözleşme hükümleri veya uygulamalar vasıtasıyla bir firmanın rakiplerinin belirli bir büyüklükteki müşteri kitlesine ya da etkin sağlayıcılara ulaşmasını engellemesi mümkündür. Bu çerçevede iki tür piyasayı kapatma stratejisinden söz edilebilir: Girdi piyasasının kapatılması, rakiplerin etkin tedarikçilere ulaşmasının engellenmesi anlamına gelmektedir. Bu tür bir strateji sonucunda rakipler daha düşük kalitedeki girdilerle, alternatif girdilerle ya da daha pahalı girdilerle üretim yapmak veya piyasadaki çıkmak durumunda kalacaklardır. Rakiplerin daha pahalı girdi kullanmalarının bir nedeni de daha az etkin sağlayıcılara karşı karşıya kalmalarından ziyade piyasanın kapatılmasının geride kalan sağlayıcıların kartelleşmesine zemin hazırlaması da olabilir. Sonuçta, rakiplerin piyasa dışına çıkması durumunda piyasayı kapatan firma tekeli fiyat uygulama olanağına kavuşacaktır. Bu olmasa dahi, piyasadaki fiyatların kendi maliyetlerinin çok üstünde seyretmesini sağladığından kâr marjını rekabetçi piyasaya oranla arttırmış olacaktır. İkinci türdeki piyasa kapatma ise, rakiplerin yeterli sayıda müşteriye ya da satış noktasına erişimin engellenmesidir. Bu durumda da etkin bir ölçüğe kavuşamayacaklarını anlayan olası rakipler piyasaya girmekten vazgeçecek veya mevcut rakiplerin maliyetleri artacak ve faaliyetleri zorlaşacaktır. Ayrıca, bir teşebbüsün hem girdi piyasalarını hem de müşterileri kapatması ve bu surette rakiplerini aynı anda iki piyasaya da girmek zorunda bırakması da ihtimal dahilinde olan ve gerçek hayatta örnekleri görülen bir uygulamadır. Özetle, piyasayı kapatma kuramı açısından rakipler piyasadaki çıkmaya bile fiyatların rekabetçi piyasadaki seviyeye düşmesini engellemek mümkün ve yüksek getirisi olan bir stratejidir. Münhasırlık dışında piyasanın kapatılmasının bir diğer yöntemi de ürün bağlama anlaşmalarıdır. Bu durumda da rakipler bağlanan ürüne ilişkin pazarda varolmak için gerekli asgari ölçüğe ulaşmaktan yoksun bırakılabilirler.

Münhasır anlaşmalar için rekabet edilmesi ve yarışmacı piyasalar kuramı da piyasa kapatma kuramına karşı sav olarak gündeme getirilmiştir. Bir başka deyişle, münhasırlık sonucunda piyasanın kapatılması söz konusu olsa dahi teşebbüsler münhasırlık için (diğer firmaları münhasıran bağlamak için) birbirleri ile rekabet edecekler, dolayısıyla rekabet piyasada görece kısıtlanmış olsa dahi piyasaya girişte yapılan mücadele firmaların etkinlik yaratma konusundaki yarışı anlamına gelecek ve sonuçta rekabet toplumsal refahı arttırmaya yönelik görevini yerine getirmiş olacaktır. Ayrıca olası rakiplerin piyasaya giriş tehdidi piyasanın tekelleşmesinin önüne geçecektir. Ancak, iktisat kuramı piyasa için rekabetin piyasadaki rekabet ile ikame edilmesinin ancak sınırlı koşullar altında istenen sonucu verebileceğini ve bu savların uygulama alanının oldukça kısıtlı olduğunu göstermiştir.

Diğer yandan piyasayı kapatma eylemi birçok durumda uygulayan açıdan kazançlı bir strateji olsa da, bunun rakiplere mi yoksa rekabete mi zarar verdiğini tespit etmek kolay olmayabilir. Bir başka deyişle, piyasa kapatma eyleminin tüketici refahında otomatikman kayba sebep olacağını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, piyasa kapatma davranışının ortaya konulmasını müteakip tüketicilere yönelik olası zararının incelenmesini de içerecek iki aşamalı bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Buna ilişkin yöntemlerden birisi, davranışı gerçekleştiren teşebbüsün bu eylem sonucunda fiyatları etkileme –dolayısıyla da tüketicilere zarar verme –gücüne kavuşacağını kanıtlanmasıdır. Aksi takdirde zararın yalnızca rakiplerle sınırlı olacağını varsaymak makul olacaktır. Ancak, rakiplere verilen zarar ile rekabet sürecine verilen zararın ayrıştırılması her zaman kolay olmamakta ve bu konu bir yasama alanından diğerine büyük farklılıklar göstermektedir. Lever ve Neuber'in (2000:15) de belirttiği gibi, “... refah iktisadı açısından da rekabetin hukuku açısından da önemli olan konuya ilişkin gerçeklerdir; herhangi bir ezber ya da varsayım gerçeklere ilişkin ayrıntılı bir incelemenin yerini tutamayacaktır.” Piyasanın kapatılmasına ilişkin bir incelemede dikkate alınması gereken unsurların neler olduğunu tartışmaya geçmeden önce ise, kuram ile uygulamanın farklılaşmasına neden olacak alanlara göz atmakta fayda olacaktır.

5.2. Piyasa Kapatma Davranışının Değerlendirilmesinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar

ABD, AB ve Türkiye örnekleri incelendiğinde aşağı yukarı benzer bir analiz çerçevesinin benimsendiği ve şu hususların değerlendirmeye alındığı görülmektedir: İlgili ürün pazarının, ilgili coğrafi pazarın ve ticaretin seviyesinin belirlenmesi, alternatif kaynakların var olup olmadığının değerlendirilmesi, tarafların piyasadaki gücü, dikey sınırlamaların amacı ve etkisi, giriş-çıkış

engelleri vb. piyasaya özgü nitelikler, ürünlerin niteliği (dayanıklı tüketim, hızlı tüketim vb.) ve anlaşmaların süresi.

Birçok rekabet hukuku davasında olduğu gibi ilgili ürün piyasasının doğru bir şekilde tanımlanması hem sınırlamaların etkisinin değerlendirilmesi hem de teşebbüslerin pazardaki güçlerinin belirlenmesi açısından olmaz adımlardan birisini oluşturmaktadır. Bu noktada da doğal olarak tüketiciler açısından ikame edilebilirlik önem kazanmaktadır ki birçok davada bunu görmek mümkündür:

Avrupa Birliği'ndeki dondurma ve bira davalarında, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki *Standard Stations*²²⁸ ve *3M v. Appleton*²²⁹ davalarında piyasaların arz yönüne oranla daha dar tanımlandığı görülmektedir. Örneğin, AB'deki *Delimitis Kararı*'nda²³⁰ bira üreticilerinin ürünlerini birahanelerin yanı sıra süpermarketlere, bakkal vb. satış noktaların da yoğun bir şekilde satmaları söz konusu iken ilgili pazar “ulusal bazda, birahane vb. yerlerde satılan ve tüketilen biranın dağıtım piyasası” olarak belirlenmiştir. Dondurma davalarında da üreticiler ürünlerini restoran vb. yerinde tüketim noktalarına, süpermarket ve bakkallara da sunmakta iken ilgili pazar “anlık tüketime yönelik ambalajlanmış dondurma” ile sınırlanmıştır. ABD'de *Standard Stations* davasında sağlayıcılar ürünlerinin çoğunu endüstriyel müşterilere satmakta iken ilgili pazar olarak “perakende satış seviyesi” dikkate alınmıştır.

Dolayısıyla, ilgili pazarın belirlenmesi ve piyasa kapatmanın etkilerinin incelenmesi açısından ticaretin seviyesinin doğru bir şekilde tespit edilmesi önemlidir. Örneğin, *Ryko Davası*'nda²³¹ mahkeme “münhasırlık sınırlamasının perakende seviyesinde değil de distribütörlük seviyesinde uygulanması durumunda ‘piyasanın önemli derecede kapatıldığını’ söyleyebilmek için daha yüksek bir kanıt standardına gerek duyulacağını” belirtmiştir. Buna paralel olarak Avrupa Komisyonu da “ara mallara ilişkin pazarlarda piyasa kapatmanın daha az ihtimal dahilinde olduğunu”, “nihai ürünler söz konusu olduğunda ise, üreticilerin yalnızca kendi ürünlerini satmak için satış mağazaları oluşturmasının önemli bir giriş engeli yaratacağı dikkate alındığında, piyasa kapatmanın daha çok perakende düzeyinde ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu belirtilmiştir²³²”.

Değinen bu kararlar ayrıca dikey sınırlamalardan etkilenen ticaretin kapsamının da belirlenmesinin önemine de işaret etmektedir. Bir başka deyişle, piyasanın kapatılmasını değerlendirirken münhasıran bağlanan satış noktalarının

²²⁸ *Standard Oil Company of California et al. v. United States*, 337 US 293 (1949).

²²⁹ *Minnesota Mining & Mfg. Co. and Imation Corp. v. Appleton Papers, Inc.* 35 F. Supp. 2d 1138 (1999).

²³⁰ *Delimitis v. Henninger Bräu*, Case 234/89 [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210.

²³¹ *Ryko Manufacturing Co. v. Eden Services*, 823 F.2d 1215 (1987).

²³² *Rehber*, para.146, 148, 209.

serbest satış noktalarına oranını dikkate almak doyurucu bir sonuca ulaşmamız için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle münhasırlıktan etkilenen ticaretin hacmini doğru bir şekilde tespit etmek ve bu hacmin kapatma etkisi yaratacak (rakiplerin piyasaya girişi ya da piyasada tutunması için gerekli olan asgari satış ölçüğine ulaşmalarını engelleyecek) derecede yüksek olduğunu ortaya koymak gereklidir.

Bunların yanı sıra, olayın niteliğine göre, alternatif dağıtım kanallarının, tedarikçilerin ya da ikame girdilerin bulunup bulunmadığı da değerlendirilmesi gereken bir husustur. Aynı şekilde, pazardaki yoğunlaşma oranları, üreticilerin sayısı ve pazardaki görece güçleri, pazarın doymuşluğu ve tüketici sadakati gibi unsurlar da incelemelerde göz önünde bulundurulması gereken unsurlardandır. Özellikle Salop ve Krattenmaker'ın orta koyduğu teorinin “Kartel Yöneticisi” ve “Frankenstein Canavarı” versiyonları dikkate alındığında, münhasır anlaşmalarla bağlanmayan sağlayıcıların olası davranışlarının da dikkate alınması gereklidir.

İncelemeye konu olan ürüne ilişkin olarak da şunlar söylenebilir: homojen ürünlerin heterojen ürünler oranla daha kolay ikame edilebildiği, reklam harcamaları ve marka imajının bu heterojenliği sağlamada önemli bir araç olduğu ve nihai tüketicilerin taleplerinin karşılanması aşamasında markaların önemli bir rolü olduğu düşünüldüğünde, perakende düzeyindeki satıcılara erişimi engellene teşebbüslerin ikame girdi bulmak durumunda kalacak olan tedarikçilere oranla daha büyük engelle karşı karşıya kaldıkları öne sürülebilir²³³. Ayrıca, ürün gamının genişliği, tüketicilerin satınalma davranışının yapısı (görölmeye bağlı olarak tüketilen ürünler ve dayanıklı tüketim ürünlerine yönelik farklı davranış kalıpları), geçiş ve arama maliyetleri gibi faktörler de perakende düzeyinde piyasa kapatmayı kolaylaştıran veya piyasa kapatmanın etkisini arttıran faktörler olarak değerlendirilebilir. *Masterfoods*²³⁴, *Coca-Cola*²³⁵, *Unilever-II*²³⁶ ve *BİRYAY*²³⁷ dosyalarında da görüldüğü üzere, başka şeyler aynı kalmak kaydıyla satış noktaları ürün gamı en geniş olan sağlayıcı ile çalışmayı tercih etmekte, ürün gamının genişliği piyasaya giriş engeli olarak veya münhasırlığı ya da piyasanın kapatılmasını pekiştiren bir araç olarak kullanılabilir.

Son olarak, anlaşmalarının süresinin de piyasanın kapatılmasını değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli kalemlerden birisi olduğun belirtilmelidir: Anlaşmaların ya da münhasırlık yaratan fiili durumun süresi

²³³ *Rehber*, para. 209. Ancak bu varsayımın da belirli sınırları olduğu unutulmalıdır: Örneğin, ABD’de Alcoa “elektrik enerjisi” gibi homojen bir girdiye ilişkin piyasayı kapatmayı başarmıştır! Bkz. *United States v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d. 416 (2d Cir.1945).

²³⁴ *Masterfoods*, Case C-344/98 [2000] ECR I-11369, [2001] 4 CMLR 449.

²³⁵ *Coca-Cola*: Rekabet Kurulu’nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Kararı.

²³⁶ *Unilever-II*: Rekabet Kurulu’nun 15.05.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kararı

²³⁷ Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı, [2001] RG 24384.

uzadıkça potansiyel rakiplerin piyasaya giriş maliyetleri artacaktır. Diğer yandan kısa süreli anlaşmaların münhasırlık için rekabet baskısı veya etkinlik yaratması nedeniyle rekabet hukuku açısından ciddi sakıncalar yaratmayacağı düşünülmektedir. Sürenin kısalığı ya da uzunluğu ise doğal olarak piyasanın niteliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Ancak, süreye ilişkin değerlendirmelerin yapılması aşamasında sözleşmelerin “nominal” sürelerinden ziyade efektif süreleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca, özellikle tektip sözleşmeler açısından sözleşmelerin bitim tarihinin aynı güne denk gelmesinin koordinasyon etkisi nedeniyle piyasanın kapatılmasını kolaylaştıran bir faktör olduğu (satış noktalarından hiçbiri diğerlerinin ne yapacağından emin olmadığı için yalnız kalmaktan korkabilir ve piyasaya giren firma ile çalışmaktan kaçınabilir) ve oyun teorisi açısından ciddi analizler gerektirebileceği de dikkate alınmalıdır.

5.3. Ülke Uygulamalarının Karşılaştırılması

Amerika Birleşik Devletleri’nde Sherman Yasası’nın ilk maddesi ticareti sınırlama “amacı”nı taşıyan anlaşmaları ya da komploları, ikinci maddesi de “belirli bir derecede pazar gücüne sahip olmayı” ve “niyet” unsurunu da içerecek şekilde tekelleşmeyi yasaklamaktadır. Bunlara ek olarak, bilhassa rekabeti sınırlayacak ve tekelleşmeye neden olacak dikey sınırlamalara yönelik olarak Clayton Yasası kabul edilmiştir.

ABD’de Avrupa’dakine benzer bir muafiyet sistemi olmadığı için, bazı anlaşmalar (genellikle yatay nitelikteki açık ihlaller ve fiyat tespitini içeren dikey anlaşmalar) mutlak (*per se*) ihlal olarak değerlendirilmekte iken başta dikey sınırlamalar olmak üzere diğer rekabet sınırlamaları – rekabeti sınırlayıcı etkiler ile tüketici refahı üzerindeki etkilerin karşılaştırılmasını da içerecek şekilde –muhakeme kuralı (*rule of reason*) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, dikey anlaşmalara odaklanan ve “etki” ile “rekabetin önemli derecede kısıtlanması” ifadelerine vurguda bulunan Clayton Yasası’nın 3. maddesi piyasa kapatma iddiaları için uygun bir zemin olarak değerlendirilebilir.

ABD içtihat hukukuna bakıldığında ise, yalnızca pazar payları ile kapatma oranlarına dayanılarak alınan yüzeysel kararlardan, kuramsal gelişmelere paralel olarak piyasa gücünün ve rekabet kısıtlarının tüketici üzerindeki olumsuz etkilerinin ayrıntılı olarak analiz edildiği kararlara doğru bir evrim olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, herhangi bir piyasayı kapatma iddiasında teşebbüsün “önemli bir pazar gücüne sahip olduğunun ispatı” bir zorunluluk haline gelmiştir. Ayrıca, “niyet” ile teşebbüslerin (tüketicilere zarar verebilme) kabiliyetinin piyasa kapatmanın değerlendirilmesinde önem kazanmasına paralel olarak, dikey sınırlamaların “amacı” ile “etkisi” - iç içe geçmiş bir şekilde olsa da - karşımıza çıkmaya

başlamıştır. Ancak, genel kanı piyasayı kapatma etkisinin kanıtlandığı durumlarda dahi bu davranışın tüketicilere zarar vereceği de kanıtlanmadığı sürece teşebbüslerin suçlanmaması gerektirir.

Avrupa Birliği uygulamalarına baktığımızda ise, dikey sınırlamalar ve piyasanın kapatılması konularının AT Anlaşması'nın 81 ve 82. maddeleri çerçevesinde dikkate alındığını görmekteyiz. Ancak AT 81'in "niyet" in yanı sıra "etki" kavramına da özellikle vurgu yaparak Sherman Yasası'nın 1. maddesinden farklılaştığını söylemek mümkündür. Bu şekilde, amaç unsuru olmaksızın da iki teşebbüs arasındaki dikey sınırlamaların AB rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi rahatlıkla mümkün olmaktadır. Diğer yandan, bir teşebbüse ait tekil veya tektip anlaşmalarda bulunan sınırlamaların piyasadaki rekabetin kısıtlanması üzerinde hissedilir derecede etkisi bulunmasa dahi, piyasadaki anlaşmaların tamamının bu yönde kümülatif bir etki yaratma riski taşıması durumunda müdahale edilebilmesi için AT Anlaşması'nın 81. maddesinin oldukça geniş bir şekilde yorumlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. AB'nin ABD'den farklı olarak muafiyet sistemini getirmiş olması, şekli unsurlara daha fazla önem atfetmesi ve konuyu sıkı düzenlemelere tabi kılması buna uygun bir zemin hazırlamış ve bu konudaki somut adım *Delimitis Kararı* ile atılmıştır.

Delimitis Kararı'nda ATAD tarafından öngörülen test ABD'de uygulanan testlerden önemli ölçüde farklılıklar içermektedir: ABD'de pazar gücü, teşebbüsün amacı gibi unsurlar üzerinde durulur iken *Delimitis*'te ilgili pazardaki benzer nitelikteki *bütün* sözleşmelerin piyasaya girişi engellediği ya da güçleştirdiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Bunun akabinde, bu etkiye en çok katkıda bulunan dikey satış ağının ya da ağlarının belirlenerek 81(1) madde kapsamında yasaklanması, diğer satış ağlarının ise – gerekli diğer koşulları da sağlamaları halinde – 81(3). madde kapsamında muafiyetten yararlanmaya devam etmeleri öngörülmektedir.

Testin ilk adımı çok önemlidir, çünkü *Langnese-Iglo*²³⁸ ve *Schöller*²³⁹ kararlarında İlk Derece Mahkemesi, Komisyon'un teşebbüslerin piyasadaki "güçlü pozisyonları" nedeniyle yapmış oldukları anlaşmaların piyasayı kapatma etkisi yaratacağı şeklindeki değerlendirmesini *Delimitis Testi*'nin ilk adımı uygulanmadığı için yeterli bulmamıştır²⁴⁰. Karar şu anlama gelmektedir: Teşebbüs veya teşebbüsler ilgili piyasada pazar gücüne sahip olsalar dahi, yalnızca buna bağlı olarak rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren dikey

²³⁸ 93/406/EEC, OJ [1993] L 183/19.

²³⁹ 93/405/EEC, OJ [1993] L 183/1.

²⁴⁰ *Langnese-Iglo v. Commission*, Case T-7/93 [1995] ECR II-1663, 5 CMLR 602, and *Schöller v. Commission*, Case T-9/93 [1995] ECR II-1611, 5 CMLR 602.

anlaşmalarının piyasayı kapatma “potansiyeli” içerdiği iddia edilemeyecek ve bundan sorumlu tutulamayacaklardır.

Dikey anlaşmaların toplu etkisine yönelik yaklaşım daha sonra ilgili AB tüzüklerinde ve rehberlerinde de yerini almış, Komisyon’a ve üye devletlere, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların belirli bir piyasayı kapatması durumunda, teşebbüslerden birisinin veya birkaçının sınırlamalarının grup muafiyeti kapsamından çıkarılmasına dair yetki verilmiştir. Bunlara ek olarak Komisyon’a, paralel nitelikteki dikey sınırlamaların piyasanın %50’sinden fazlasını kapsaması durumunda tüm piyasanın grup muafiyeti kapsamından çıkarılması yetkisi de tanınmıştır.

ABD ile AB uygulamaları karşılaştırıldığında ATAD’ın *Delimitis*, İDM’nin de *Langese-Iglo* kararlarındaki yaklaşımının yalnızca piyasaya girişin kısıtlanmasına odaklanması ve tüketici refahı üzerindeki etkiler konusunda sessiz kalması nedeniyle AB yaklaşımının, her iki etkiyi kuramsal bir çerçevede dengelemeye çalışan ABD yaklaşımından önemli ölçüde farklılaştığı görülmektedir. Daha açık bir deyişle, ABD’de rakiplere verilen zararın kanıtlanmasının yanı sıra piyasanın kapatılması sonucunda tüketicilerin de zarar göreceğinin ispatlanması gerekir iken AB’de piyasayı kapatmanın tüketici zararını da otomatikman içerdiği varsayılmaktadır.

Üye devletler arasındaki piyasaların açıklığının temini ve AB piyahasının entegrasyonu lehine dikey kısıtlamaların gerektiğinden katı şekilde değerlendirilmesi, tüketicilerin bu anlaşmalardan sağlayacağı faydaların ortadan kalkmasına neden olabilir:

İlk olarak, piyasadaki aktör sayısı ile rekabet arasında doğrudan ve pozitif bir ilişki olduğu ve “piyasaya giriş çıkışın serbest olmasının” doğal sonucu olarak tüketici refahının korunacağı kuramsal açıdan kabul görmeye birlikte, piyasaya girişi –biraz da zorlama bir şekilde- dikey sınırlamalara tercih etmek makul görünmemektedir. Çünkü iktisat kuramı aynı zamanda rekabeti bir dereceye kadar kısıtlasalar da dikey sınırlamaların etkinlik yarattıkları ve tüketiciler açısından faydalı olduklarını da söylemektedir.

Bu bağlamda Hawk (1995:977–981) AB uygulamasının “ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasının engellenmesi”ne yönelik Freiburg Okulu yaklaşımından ciddi oranda etkilendiğine işaret etmekte ve herhangi bir analitik inceleme çerçevesi sağlanamaması, mikro-iktisat kuramından uzaklaşılması, tüketiciler ve tüketici refahından ziyade rakiplerin korunması ve 81(1). maddedeki sınırlamanın olması gerekenden çok daha geniş bir şekilde uygulanması gibi zayıf noktaları olduğunu belirtmektedir.

İkinci olarak, AB’de rekabet hukuku ve politikasının amacı tüketici refahının artırılması ile sınırlı değildir. En azından bu kadar önemli olan bir

diğer amaç da piyasaların entegrasyonudur ve rekabet politikası daha çok bu amaca ulaşmanın araçlarından birisi olarak görülmektedir. Bu husus dikey sınırlamalara ilişkin düzenlemelere de yansımıştır²⁴¹. Teşebbüslerin dikey sınırlamalar vasıtasıyla “özel”, “suni” ulusal ya da bölgesel sınırlar yaratarak piyasaların bütünleşmesini engelleyebileceğine dair korkular hâlâ geçerliliğini korumaktadır. Hatta Bishop ve Ridyard (2002) da “...Komisyon’un piyasaların bölünmesine yönelik şizofrenisi rekabetin gelişmesi ile çelişebilir.” diyerek bu durumu eleştirmektedir²⁴².

Özetle, AB uygulamasında piyasada “yeterli” rekabet olsa dahi piyasaya girişi zorlaştıracığı düşünülen herhangi bir sınırlamaya – söz konusu sınırlama stratejik bir davranıştan kaynaklamayıp etkinlik yaratan ve rekabetçi sürecin bir parçası olan dikey sınırlama olsa dahi– tahammül edilmemektedir. Bu savın güzel örneği Delimitis Kararı’dır ki bu kararda pazarın 27 büyük üreticinin pazar payı toplam pazarın ancak yarısına gelmekte, en büyük 100 üreticinin satışları ise toplam satışların %86’sını oluşturmaktadır.

Bu noktada Hawk (1995:977-981) piyasaların entegrasyonunun tüketici refahına ilişkin endişeleri de giderecek şekilde derlendirilmesinin çok derin ve karmaşık analizler gerektirdiğini, “ekonomik özgürlükler” yaklaşımının ise iktisadi analizi neredeyse tümüyle dışarıda bıraktığını belirterek bu iki yaklaşımın birbiri ile çeliştiğine işaret etmektedir.

Türkiye’ye bakıldığında ise, yasal çerçevenin AB mevzuatına paralel oluşunu görmekteyiz. Bu nedenle, rekabeti sınırlama “amacı” veya “etkisi” olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca yasaklanmakta ve yaptırıma tabi olmaktadır. Dikey sınırlamalar da yine aynı madde çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Dikey sınırlamalara ilişkin ikincil düzenleme 2002/2 sayılı Tebliğ ile - iki yıllık bir gecikme sonrasında ve önemli bir eksiklik haricinde - AB’nin ilgili düzenlemesine paralel hale getirilmiştir. Söz konusu eksiklik muafiyetten yararlanılması için pazar payına ilişkin eşiğin olmamasıdır ki beş yıl sonra 2007/2 sayılı Tebliğ ile %40’lık pazar payı eşiği getirilerek bu açıdan da paralellik sağlanmıştır. Ancak AB düzenlemesinin 2010 yılında yürürlükten kalkacağına ilişkin açık bir hüküm var iken Türkiye uygulamasında bu tür bir sınırlama olmaması bir sonraki değişiklik dalgasında teşebbüslerin hazırlıksız yakalanmasına neden olma riskini de barındırmaktadır.

Kanun ve ikincil mevzuatın uygulamasına bakıldığında, muafiyetin geri alınmasına yönelik uygulamaların görece geç bir dönemde başladığını söylemek

²⁴¹ *Dikey Sınırlamalar Hakkında Yeşil Kitap* ([1997] 4 CMLR 519), para. 82–84.

²⁴² Ayrıca Bishop ve Ridyard’a cevap için bkz. Peeperkorn (2002).

mümkündür. *BİRYAY*²⁴³ örneğinde olduğu gibi ilk kararlarda piyasayı kapatma etkisi bulunan anlaşmalar zaten grup muafiyetinde sayılan koşulları taşımadığı için bunların muafiyetten hiçbir zaman yaralanmadıkları ve bu aşamadan sonra da yararlanamayacaklarının bildirilmesi ile yetinilmiştir. Ayrıca ilk *Unilever*²⁴⁴ kararında olduğu gibi şikayetler sonrasındaki incelemeler şeklen yapılmış ve sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ’de belirtilen koşulları taşıyıp taşımadığına bakılmış, ayrıntılı bir etki analizine, dolayısıyla da muafiyetin geri alınmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Ancak, 2005 yılından itibaren konunun ehemmiyetinin farkına varılarak re’sen incelemeler yapılmaya başlanmış ve bunların sonucunda bira, rakı ve gazlı içecekler piyasasındaki bazı teşebbüslerin yapmış oldukları anlaşmalarda yer alan dikey sınırlamalardan bazılarının piyasanın kapanmasına neden olduğu ve bu nedenle bunların 2002/2 sayılı Tebliğ’den yararlanamayacakları belirtilmiştir. Re’sen başlatılan incelemelerde dikey anlaşmaların pazardaki rekabeti sınırlama “etkisi” gösterilmiş, teşebbüslerin hâkim durumda olduğu belirtilmiş ve Tebliğ’de 6. maddenin uygulanabileceği açıkça ifade edilmiş olsa da teşebbüslere ceza verilmemiştir. 6. madde açısından (kötüye kullanma) “etki”nin yanı sıra “amaç”ın da kanıtlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır; ancak kararların hiçbirinde bu tartışma yapılmamış; hatta kararlarda “kötüye kullanmaya” kapsamında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bunun nedeni, Kurul’un zımnen bir tür hakkaniyet ilkesini gözetmesi olabilir. Şöyle ki, Tebliğ ile pazar payı eşiğinin getirilmemiş olması nedeniyle hâkim durumda olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm teşebbüslere belirli haklar tanındığı dikkate alındığında, bir teşebbüsün Kurul’un verdiği haktan yararlanması nedeniyle cezalandırılması hakkaniyet ilkesi ile çelişecektir.

Türkiye uygulamasında bakıldığında, piyasaya kapatma etkisinin AB’den farklı olarak yerinde bir yaklaşımla pazar gücü ile bağlantılı bir şekilde ele alınıp değerlendirildiğini görmekteyiz. Bir başka deyişle, -bazı anlaşmaların Tebliğde öngörülen koşullara uygun olmamaları nedeniyle şeklen muafiyetten yararlanamayacaklarını belirten kararları saymazsak - pazar gücüne sahip olmayan teşebbüslerin dikey sınırlamalarını yasaklayan veya muafiyetin geri alınmasını öngören esasa veya etkiye dayalı herhangi bir karar alınmamıştır.

Yine bu dönemde, dikey sınırlamaların özellikle pazar gücü ile bir araya geldiğinde stratejik bir giriş engeli olarak kullanılabilmesi ve bu nedenle tebliğden yaralanma açısından pazar payı eşiği getirilmesinin gerekliliği anlaşılmaya başlanmıştır. Nitekim 2007/2 sayılı Tebliğ ile %40’lık eşik getirilmiştir. Diğer yandan, bundan sonraki dönemler açısından dikey

²⁴³ Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı.

²⁴⁴ Rekabet Kurulu’nun 26.12.2002 tarih ve 02-81/940-387 sayılı Kararı

sınırlamalar ile 6.madde ilişkisinin ne şekilde tesis edileceği hâlâ meçhuldür ve bunu anlamak için önümüzdeki dönemlerde alınacak kararları beklememiz gerekecektir.

5.4. Kuram ile Uygulamaların Karşılaştırılması

Bu çalışmada ele alındığı şekliyle piyasanın kapatılması kuramı, özetle, belirli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin dikey sınırlamaları rakiplerin piyasaya girişine karşı stratejik olarak kullanmalarını irdelemektedir.

Bunlardan farklı olarak, belirli bir piyasada teşebbüslerin yapmış oldukları dikey anlaşmaların toplam etkisi nedeniyle de piyasaya girişin sınırlanması gündeme gelebilecektir. Piyasaların kapatılmasından farklı olarak “piyasanın toplam etki nedeniyle kapanması” hususu iktisat yazınında çok fazla incelenen bir husus değildir; bu çalışmada da kuramsal açıdan ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Ancak, bu hususun “ekonomik özgürlükler” çerçevesinde ve “rekabet hukuku/politikası” ile “etkinlik” gibi kavramların dışında incelenmesi mümkündür.

Bir başka deyişle, nihai tahlilde ilke olarak, başka bir kısıtlama, kötüye kullanma, işbirliği gibi rekabete aykırı bir uygulama yok ise salt bazı firmaların piyasaya girişini temin etmek amacıyla mevcut firmaların dikey anlaşma ağlarına müdahale edilmesinin makul bir yanı olmadığı düşünülmektedir. Pazar gücü, portföy etkisi gibi unsurların geçerli olmadığı piyasalarda bu tür zorlamalar etkinlik yaratmak ziyade bilakis etkin bir şekilde çalışan dikey sistemlerin dolayısıyla da tüketici refahının olumsuz yönde etkilenmesine neden olabilir.

Ancak her üç ülkenin de uygulamaları kuram ile karşılaştırıldığında ilginç sonuçların ortaya çıktığından söz etmek mümkündür:

Daha önce de değinildiği üzere ABD’de mahkeme kararları konuya ilişkin iktisat kuramlarının gelişimini takip etmiş, dikey sınırlamalara önceleri – özellikle ekonomik özgürlükler kavramı çerçevesinde - katı bir şekilde yaklaşılır iken işlem maliyetleri teorisi ile birlikte bu katılık azalmış, ancak daha sonraları kuramın gelişmesi ile birlikte dengeli bir yapı ortaya çıkmıştır.1890’lardan günümüze kadar olan süreçte konu giderek rafine hale gelmiş ve piyasa kapatmaya ilişkin şekli incelemeler yerini çok daha sofistike analizlere bırakmıştır.

Avrupa Birliği uygulamalarına bakıldığında ise, kısmi bir bocalamadan söz etmek mümkündür. Bunun nedeni bir önceki kısımda değinildiği üzere AB uygulamasının aynı anda iki farklı hedefe nişan almasıdır ve uygulamadan anlaşıldığı üzere bunlardan ilki tüketici refahından ziyade piyasaların

bütünleşmesidir. Bu nedenle ya salt ekonomik özgürlükler yaklaşımı nedeniyle ya da entegrasyon amacını da gerçekleştirmek düşüncesiyle zaman zaman kuramsal çerçevede rasyonel olarak kabul edilebilecek uygulamaların dışına çıkıldığı da görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında özellikle ilk dönem kararlarında “piyasayı kapama uygulaması” ile “kümülatif etki nedeniyle piyasaların kapanması” hususunun iç içe geçtiği görülmektedir. Buna karşın son dönemlerde alınan kararlar dikkate alındığında kuramsal çerçeveye doğru bir yakınsama olduğundan söz etmek mümkündür.

Türkiye uygulamasına bakıldığında ise, kısmen rekabet hukuku uygulamalarının ABD ve AB’ye oranla daha geç başlamasından kaynaklanan avantaj sayesinde Rekabet Kurumu’nun diğer ülke örneklerini ve uygulamaların gelişimini izleme olanağı bulunduğunu ve kendi uygulamalarında şekli incelemelerinden bir adım öteye gidildiğinde kuram ile hukuk arasında tutarlılık sağladığını söylemek mümkündür.

Son olarak sorulması gereken soru ise şudur: ***Hâkim durumda olmak piyasanın kapatılması açısından herhangi bir fark yaratır mı ya da yaratmalı mı?***

Kısaca cevap vermek gerekir ise, hâkim durumda bulunmanın hem iktisadi açıdan hem de hukuki açıdan fark yaratacağı rahatlıkla söylenebilir. Diğer yandan, hâkim durumda olmayan, hatta piyasa gücüne sahip olmayan teşebbüslerin yapmış oldukları dikey anlaşmalarda yer alan sınırlamaların da piyasayı kapatabileceği rahatlıkla öne sürülebilir ki bu da doğru bir savdır. Ancak, piyasanın bu şekilde “kapanması” ile hakim durumdaki teşebbüslerin dikey sınırlamaları ile “kapatılması” arasında önemli bir fark vardır: Bunlardan ilkinin nedeni, dikey anlaşma ağlarının toplam (kümülatif) etkisi iken ikincisinin nedeni pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin stratejik davranışlarıdır²⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında kuram uygulamalardan farklı olarak piyasanın kapatılmasını stratejik bir davranış olarak ele almakta ve “niyet” unsurunu da zımnen içinde barındırmaktadır.

ABD’de muhakeme kuralının benimsenmiş olması ve dikey anlaşmaların çerçevesini çizen bir ikincil düzenlemenin olmaması nedeniyle konunun mahkeme kararları çerçevesinde şekillendiğini ve iktisat yazınındaki gelişmelere bağlı olarak farklılaştığını öne sürmek mümkündür. Özetle, pazar gücü önceleri piyasa kapatma açısından dikkate alınan bir unsur değil iken günümüzde pazar gücünün ispatı neredeyse vazgeçilemez bir koşul haline gelmiştir.

²⁴⁵ Hakim durumda olmayan firmaların üçüncü kişilerin piyasaya girmesini engellemek için aralarında anlaşmaları ya da uyumlu eylemde bulunmaları durumunda bu husus 81. madde kapsamında yatay bir anlaşma olarak da değerlendirilebilir.

AB perspektifinden bakıldığında ise, pazar payı eşiği nedeniyle hâkim durumdaki firmaların 2790/99 sayılı Tüzüğü'nün sağladığı muafiyetten yararlanamayacağı açıktır. Ayrıca, AB Dikey Kısıtlamalar Rehberi dikkatle incelendiğinde hâkim durumdaki teşebbüslerin bireysel muafiyetten yararlanmalarının da neredeyse imkânsız hale getirildiği görülmektedir; çünkü 81(3) maddede yer alan koşulların tamamını yerine getirmenin yanı sıra teşebbüslerin dikey sınırlamaların 82. madde çerçevesinde de gerekli olduklarına ve kötüye kullanma aracı olmayacaklarına dair Komisyon'u ikna etmeleri beklenmektedir²⁴⁶.

Durum Türkiye açısından şu şekilde değerlendirilebilir: İlk aşamada dikey sınırlamalara ilişkin düzenlemeden yararlanmak için herhangi bir eşik getirilmediği, hatta hâkim durumda olup herhangi bir yaptırımla karşılaşma riskini göze almak istedikleri için Kurum'a başvuran teşebbüslerin dikey sınırlamalarına da rahatlıkla izin verilmiştir²⁴⁷. 2002/2 sayılı Tebliğ öncesinde hakim durumdaki teşebbüslerin dikey sınırlamalarını değerlendiren, bu konuda çeşitli yaptırımlar uygulanmasına ve muafiyetin geri alınmasına karar veren Rekabet Kurulu'nun hakim durum ile dikey sınırlamalar arasındaki ilişkinin yaratacağı riskleri kavraması ilginç bir şekilde yaklaşık beş yıl daha almıştır. Gelenen noktada ise, Tebliğ'in sağladığı faydalardan yararlanmak için %40'lık bir pazar payı eşiğine karar kılınmıştır. Her ne kadar pazar payı hâkim durumun belirlenmesi açısından tek başına yeterli bir ölçüt değil ise de pazar payı ile hakim durum arasında yadsınamaz bir ilişki olduğu, %40'lık pazar payının halihazırda zaten yoğunlaşmış olan piyasalardaki dikey sınırlamaların etkisinin kırılması açısından yeterli olmayacağı, Türkiye'nin Komisyon'a oranla daha sıkı bir eşik belirlemesinin yerinde olacağı da savunulabilir.

Yukarıda değinilmiş olan "niyet" unsuruna tekrar dönersek, AT Anlaşması'nın 82. maddesinin de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin de aynı şekilde hâkim durumun kötüye kullanmasını yasakladığını; bu nedenle hâkim durumdaki bir teşebbüsün dikey sınırlamaları piyasayı kapatma gibi stratejik bir amaçla kullanmak istemesi durumunda yaptırıma maruz kalacağı açıktır. AB'de Hoffman-La Roche²⁴⁸ ve BPB Industries²⁴⁹ müşterileri kapatarak rakiplerin piyasaya girişini engelledikleri için cezalandırılmıştır. Türkiye'de ise, BİRYAY hem girdi piyasalarını hem de

²⁴⁶ Bkz. *Rehber*, para.135, 141, 146 and 211.

²⁴⁷ Söz konusu izin bireysel muafiyet incelemesi şeklinde değil de sözleşme hükümlerinin Tebliğ'de öngörülen koşullara uygun olduğunun tescil edilmesi şeklinde olmuştur.

²⁴⁸ *Hoffmann-La Roche v. Commission*, Case 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

²⁴⁹ *BPB Industries v. Commission*, Case T-65/89 [1993] ECR II-389, [1993] 5 CMLR 32.

müşterileri kapattığı için, Turkcell²⁵⁰ de tamamlayıcı ürünler olan telefon cihazları piyasasını kapattığı için cezalandırılmıştır.

Tüm bu davalar açısından can alıcı nokta ise şudur: Bu davalardaki teşebbüsler, yaptıkları anlaşmaların sonuçlarından ziyade piyasayı kapatma “*amacıyla*” dikey sınırlamalar içeren sözleşmeler yaptıkları gerekçesiyle ceza almışlardır. Bu açıdan bakıldığında, rekabet otoriteleri açısından Delimitis Testi’nin uygulanmasına gerek olmaksızın teşebbüslerin söz konusu sınırlamaları yapma “*niyetleri*”nin gösterilmesi yeterli midir?

Hoffman-La Roche ve BPB Industries davalarında AB Komisyonu da ATAD da “*niyetin*” ortaya konulmasını yeterli görmüş iken *Masterfoods* davasında Komisyon piyasanın kapatılmasına ilişkin ayrıntılı bir analiz yapmak durumunda kalmıştır. Bu durum, Korah(1992)’in *Delimitis* davasının hemen sonrasında belirttiği gibi, Komisyon’un (hakim durumda olanlar da dahil olmak üzere) dikey sınırlamaları ancak piyasayı kapattıklarının kanıtlanması durumunda yasaklayacağını işaretini veren yeni bir dönemin başlangıcı olarak değerlendirilebilir mi yoksa Delimitis’in uygulanması yalnızca perakende ticaret düzeyi ile mi sınırlı olacaktır?

AB Dikey Kısıtlamalar Rehberi’nin hakim durumdaki teşebbüslere karşı kısmen haklı olan bir önyargı taşıdığı dikkate alındığında, bu sorunun ilk kısmına verilecek yanıt muhtemelen “hayır” olacaktır. Sorunun ikinci kısmının cevabını ise yalnızca önümüzdeki dönemlerde karşılaştığımız mahkeme kararları verebilir.

5.5. Sonuç

ABD’de ve Avrupa’da rekabet hukukunun ilk dönemlerinde özellikle münhasırlık koşulu vb. nitelikte rekabet kısıtlaması getiren dikey anlaşmalara hoşgörü ile yaklaşmadığı ve bu tür hükümlerin yasaklanmasına dair güçlü bir eğilim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Rekabet hukuku bağlamında gündeme su yüzüne çıkan bu eğilimin arka planında rekabet hukukunun ilkelerinden ziyade “ticaret özgürlüğüne sınırlama getirilmesi anlamına gelebilecek herhangi bir hükme tahammül edilememesinden kaynaklanan” görece müdahaleci bir yaklaşımın olduğu görülmektedir.

Ancak, özellikle Şikago Okulu’nun eleştirileri ve işlem maliyetleri kuramı çerçevesinde dikey sınırlamaların anlaşmanın taraflarının yanı sıra tüketiciler açısından da olumlu sonuçlar doğurabileceğinin ortaya konmasını müteakip, “piyasadaki rekabetin gerçekten kısıtlanmasına ve tüketici refahından çalınmasına yol açan dikey sınırlamaların” neler olduğunun ayırt edilmesi

²⁵⁰ Rekabet Kurulu Kararı’nın 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Kararı, [2003] RG 25176.

gerekmiş ve bu süreçte de piyasa gücü ile dikey sınırlamaların bir arada olduğu durumların asıl risk alanını teşkil ettiğine dair yaygın bir kanaat oluşmuştur.

Söz konusu ayırım aslında bu tezin ana teması açısından da oldukça önemlidir; çünkü hakim durumdaki teşebbüslerin dikey kısıtlamalar vasıtasıyla piyasayı “kapatması” ile herhangi bir piyasanın benzer nitelikli dikey anlaşma ağları nedeniyle “kapanması” birbirlerinden oldukça farklı iki sürece karşılık gelmekte olup farklı değerlendirme ve müdahale yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, ilk durum öncelikle bir rekabet hukuku problemi olarak değerlendirilebilecek iken ikinci durumun rekabet hukukundaki yeri tartışmalı olup daha çok farklı amaçlara yönelik düzenlemelerin konusunu oluşturacak gibi görünmektedir.

İşin hukuk cephesindeki seyri de bu duruma paralellik arzemiş, önceleri herhangi bir dikey sınırlamaya tahammül edilemez iken daha sonraları dikey anlaşmalar – ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücüne bakılmaksızın – rekabet hukuku ile bağdaşır kabul edilmiş; ancak daha sonra ise pazar gücüne sahip teşebbüslerin dikey sınırlamalar yolu ile piyasayı kapatabilecekleri anlaşıldığından daha nitelikli analizler yapılmaya başlanmıştır. AB’de bu süreç durum doğrudan düzenlemelere yansımış iken Türkiye bir tür deneme-yanılma yöntemi izlemiş, dikey sınırlamalara ilişkin muafiyetten yararlanabilecek teşebbüslere açısından önceleri herhangi bir sınırlama getirilmez iken daha sonra hakim durumdaki teşebbüslere tanınan muafiyetler birer birer geri alınmaya başlamış, ardından da pazar payı eşiği getirilmiştir.

Ayrıca, bu çalışmada dikey kısıtlama türlerinden “münhasırlık” dikkate alınmış iken, ürün bağlama anlaşmaları, sadakat indirimleri ya da paket/grup indirimleri gibi kısıtlama ve uygulamaların da aynı sonuca yol açabileceği unutulmamalıdır.

Gelinen noktada, AB’nin ortak pazarın bölünmesini engellemeye yönelik zorlamalarından kaynaklanan istisnai durumlar haricine, pazar gücüne sahip olmayan teşebbüslerin taraf oldukları dikey sınırlamaların etkinliği arttırdıkları ve bu nedenle ilke olarak muafiyet kapsamında yer alabilecekleri, ancak pazar gücüne sahip teşebbüslerin dikey sınırlamalarının her olay bazında ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucu kabul görmüştür.

-oOo-

ÖZET

Piyasanın kapatılması eylemi, en genel anlamıyla piyasadaki aktörlerin tek taraflı olarak ya da çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla rakiplerin alt ya da üst piyasaya ya da her iki piyasaya birden erişimlerini engellemek amacıyla yaptığı stratejik davranışlar olarak değerlendirilebilir. Piyasanın kapatılmasına yönelik davranışlar sözleşme yapayı reddetme, zorunlu unsura erişimi reddetme gibi tek taraflı eylemlerin yanı sıra münhasırlık ya da ürün bağlama hükümleri içeren dikey anlaşmalar yapmaya kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Bu çalışmanın konusunu teşebbüslerin hukuki ya da fiili münhasırlık içeren dikey anlaşmalar yapmak suretiyle piyasayı kapama eylemlerine ilişkin kuramsal çerçevenin ve ülke uygulamalarının incelenmesi oluşturmaktadır.

Bu minvalde, piyasanın kapatılmasına ilişkin davranışların kuramsal çerçevesinin incelenmesini müteakip, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Toplulukları ve Türkiye’de rekabet hukuku ve uygulamasının konuya ne şekilde yaklaştığı, kuramdan ve birbirlerinden hangi açılardan farklılaştığı değerlendirilmiştir.

ABSTRACT

Foreclosure can be defined as the strategic behavior by a firm or group of firms to restrict market access possibilities of potential competitors either upstream or downstream. Foreclosure can take different forms, from absolute refusal to deal to more subtle forms of discrimination such as the degradation of the quality of access. A firm may, for example, pre-empt important sources of raw material supply and/or distribution channels through exclusivity contracts, thereby causing a foreclosure of competitors.

The subject of this thesis is the vertical restraints of dominant undertakings which create market foreclosure. In this respect, after studying the theoretical background regarding vertical restraints and foreclosure, the legislations and case law of three different jurisdictions, namely United States, European Communities and Turkey are examined. This examination is followed by a cross comparison between the theory and the practice, and among the applications in those three jurisdictions.

KAYNAKÇA

- AGHION, Philippe and P. BOLTON (1987), “Contracts as a Barrier to Entry”, *The American Economic Review*, 77(3), pp.388–401.
- ALBORS-LLORENS, Albertina (2002), *EC Competition Law and Policy*, Cullompton: Willan Publishing.
- ASKER, J. (2004), “Measuring Advantages from Exclusive Dealing”, Working Paper, New York University.
- ASKER, J. (2005), “Diagnosing Foreclosure due to Exclusive Dealing”, Working Paper, New York University.
- BAKER, Jonathan B. (1996), “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of ‘Most-Favored-Customer’ Clauses”, *Antitrust Law Journal*, 64(3), pp.517-534.
- BERNHEIM, B.Douglas and M.D. WHINSTON (1998), “Exclusive Dealing”, *The Journal of Political Economy*, 106(1), pp.64-103.
- BISHOP, Simon and D. RIDYARD (2002), “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effect Based or Per Se Policy?”, *European Competition Law Review*, 23(1), pp.35-38.
- BOLATOĞLU, Hilmi (2009), “Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçişin İktisadi ve Hukuki Gereçekleri”, *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar* içinde (ed. K.C.SANLI), On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- BORK, Robert H. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself (reprinted with a new introduction and epilogue –1993)*, New York: The Free Press.
- COASE, Ronald (1988), *The Firm, The Market and The Law*, (Paperback Edition –1990), Chicago: The University of Chicago Press.
- COMANOR, William S. (1985), “Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy”, *Harvard Law Review*, 98(5), pp.983–1002.
- COMANOR, William S. and H.E. FRECH III. (1985), “The Competitive Effects of Vertical Agreements?”, *The American Economic Review*, 75(3), pp.539–546.
- COMANOR, William S. and H.E. FRECH III. (1987), “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Reply”, *The American Economic Review*, 77(5), pp.1069–1072.

- COMANOR, William S. and Patrick REY (2000), “Vertical Restraints and the Market Power of Large Distributors”, *Review of Industrial Organization*, 17, pp. 135–153.
- DOBSON Paul W. and M. WATERSON (1996), Vertical Restraints and Competition Policy, OFT Research Paper No.12, London.
- EKDİ, Barış, (2004) “Dikey Anlaşmala Yoluyla Piyasanın Kapatılması”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – II*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- FARRELL, Joseph (2005), “Deconstructing Chicago on Exclusive Dealing”, University of California, Berkeley, Competition Policy Center, Working Paper No. CPC05-053
- FOX, Elenaor (2002), “What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anti-competitive Effect”, *Antitrust Law Journal*, Vol.70., 371.
- GOYDER, Joanna (2000), *EU Distribution Law*, 3rd Edition, Bembridge: Palladian Law.
- GÜRZUMAR, Osman B. (2003), “2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- GÜRZUMAR, Osman B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- HAWK, Berry E. (1995), “System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law”, *Common Market Law Review*, 32(4), pp.973-989.
- HOVENKAMP, Herbert (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2nd Ed., St. Paul, Minnesota: West Group.
- HUGHES, Mat (2001), “The Economic Assessment of Vertical Restraints under UK and EC Competition Law”, *European Competition Law Review*, 22(10), pp.424-433.
- HYLTON, Keith N and M. SALINGER (2001), “Tying Law And Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *Antitrust Law Journal*, 69(2), pp.469-526.
- ILICAK, Ali (2009), “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar* içinde (ed. K.C.SANLI), On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- INNES, Robert and R.J. SEXTON (1994), “Strategic Buyers and Exclusionary Contracts”, *The American Economic Review*, 84(3), pp. 566-584.

- JACOBSON, Jonathan M. (2002), "Exclusive Dealing, 'Foreclosure', and Consumer Harm", *Antitrust Law Journal*, 70(2), pp. 311-369.
- JULLIEN, Bruno and P. REY (2000), "Resale Price Maintenance and Collusion", mimeo. at <http://www.univ-tlse1.fr/GREMAQ/GREMAQWP/ARTICLES%20B%JULLIEN/JullienRey140620.pdf>, (09.12.2002)
- KARAKURT, Alper (2005a), *Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasayı Kapama Etkisi*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- KARAKURT, Alper (2005b) *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- KORAH, Valentine (1992), "The Judgment in Delimitis: A Milestone Towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement - Or a Damp Squib", *European Intellectual Property Review*, 14(5), pp.167-176.
- KORAH, Valentine (1994), "Exclusive Purchasing Obligations: Mars v. Langnese and Scholler", *European Competition Law Review*, 15(3), pp.171-175
- KORAH, Valentine and D. O'SULLIVAN (2002), *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford: Hart.
- KRATTENMAKER, Thomas G. and S.C. SALOP (1986a), "Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Rights", *The American Economic Review*, 76(2), pp.109-113.
- KRATTENMAKER, Thomas G. and S.C. SALOP (1986b), "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price" *The Yale Law Journal*, 96(2), pp.209- 293.
- KRATTENMAKER, Thomas G., R. H. LANDE and S. C. SALOP (1987), "Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law", *Georgetown Law Journal*, 76, pp.241-269.
- LAFONTAINE, F. ve M. SLADE (2005), "Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy", (paper prepared for the conference on Advances in the Economics of Competition Law, June 2005, Rome, Italy).
- LASOK, K.P.E. (1991), "Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the Delimitis Case", *European Competition Law Review*, 12(5), pp.194-201

- LOPATKA, John E. and A.N. KLEIT (1995), “The Mystery of Loraine Journal and the Quest for Foreclosure in Antitrust”, *Texas Law Review*, 73(6), pp.1255- 1306.
- MANKIW, N. Gregory and M.D. WHINSTON (1986), “Free Entry and Social Inefficiency”, *The RAND Journal of Economics*, 17(1), pp.45–58.
- MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1984) “An Economic Theory of Vertical Restraints”, *The RAND Journal of Economics*, 15(1), pp.27–38.
- MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1987), “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment”, *The American Economic Review*, 77(5), pp.1057-1062.
- MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1988), “On Vertical Restraints and the Law: A Reply ”, *The RAND Journal of Economics*, 19(2), pp.298–301.
- McDOWELL, Moore (1995), *An Ice-Cream War: Bundling, Tying And Foreclosure*, Centre for Economic Research – Working Paper Series, No: WP95/7, Dublin: University College Dublin.
- MEESE, Alan J. (2005), “Exclusive Dealing, the Theory of the Firm, and Raising Rivals' Costs: Toward a New Synthesis”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 50 (3), pp.371-439.
- MURPHY, Ken (1992), “Irish Court Rules on Freezer Exclusivity in the Ice Cream Market”, *European Competition Law Review*, 13(6), pp.270-272.
- NEVEN, Damien, P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms*, London: CEPR.
- ÖLMEZ, Hakan S. (2003), *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- ÖZ, Gamze Aşçıoğlu (2009), “Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar”, *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar içinde* (ed. K.C.SANLI), On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- PEEPERKORN, Luc (2002), “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effect Based or Per Se Policy? – A Reply”, *European Competition Law Review*, 23(1), pp.38-41.
- PHEASANT, John and D. WESTON (1997) “Vertical Restraints, Foreclosure and Article 85: Developing an Analytical Framework”, *European Competition Law Review*, 18(5), pp.323-328.

- POSNER, Richard A, (2005), "Keynote Address: Vertical Restrictions and 'Fragile' Monopoly", *The Antitrust Bulletin*, 50(3), pp. 499-509.
- POSNER, Richard A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press.
- RASMUSEN, Eric B., J.M. RAMSEYER, and J.S. WILEY, Jr. (1991), "Naked Exclusion", *The American Economic Review*, 81(5), pp.1137–1145.
- REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- REY, Patrick and J. STIGLITZ (1988), "Vertical Restraints and Producers' Competition", *European Economic Review*, 32, pp.561-568.
- REY, Patrick and J. STIGLITZ (1995), "The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition", *The RAND Journal of Economics*, 26(3), pp.431- 451.
- REY, Patrick and J. TIROLE (1986), "The Logic of Vertical Restraints", *The American Economic Review*, 76(5), pp.921–939.
- REY, Patrick and J. TIROLE (1997), "A Primer on Foreclosure", mimeo. at <http://www.idei.asso.fr/Commun/Articles/Rey/PRIMER.pdf>, (09.12.2003)
- RIORDAN, M. and S. SALOP (1995) "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach", *Antitrust Law Journal*, 63(2), pp.513-568.
- ROBERTSON, Aidan and M. WILLIAMS (1995), "An Ice Cream War: The Law and Economics of Freezer Exclusivity: Part I", *European Competition Law Review*, 16(1), pp.7-20.
- SALINGER, Michael A. (1988), "Vertical Mergers and Market Foreclosure." *The Quarterly Journal of Economics*, 103(2), May 1988, 345-56.
- SALOP, Steven C. (2001), "Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints", *Annual Proceedings, Fordham Corporate Law Institute*, pp.177-200.
- SALOP, Steven C. and D.T. SCHEFFMAN (1983), "Raising Rivals' Costs", *The American Economic Review*, 73(2), pp. 267-271.
- SANLI, Kerem Cem (2009), "Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım", *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar* içinde (ed. K.C. SANLI), On İki Levha Yayınları, İstanbul.

- SCHWARTZ, Marius (1987), "The Competitive Effects of Vertical Agreements", *The American Economic Review*, 77(5), 1063-1068.
- SHER, Scott A. ve S. D. RUSSELL (2005), "Adding Bite to Exclusive Dealing?: An Analysis of the Third Circuit's Dentsply Decision", www.antitrustsource.com, [Mayıs 2005]
- SIMPSON, John and A. WICKELGREN (2001), "The Use of Exclusive Contracts to Deter Entry", Bureau of Economics, Working Paper No:241, US: Federal Trade Commission.
- TAYLOR, Paul M. (1999), *Vertical Agreements: The New Regulation In Context*, Sudbury: Monitor.
- TEKDEMİR, Yaşar (2003), *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- ÜNLÜSOY, Kürşat (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- WATERSON, Michael (1988), "On Vertical Restraints and the Law: A Note", *The RAND Journal of Economics*, 19(2), pp.293-297.
- WHINSTON, Michael D. (1989), "Tying, Foreclosure and Exclusion", *NBER Working Paper Series*, No: 2995, Cambridge, MA.
- WHITE, Lucy (2002), "Foreclosure with Incomplete Information", undated mimeo. at <http://www.nuff.ox.ac.uk/Users/White/pdf/foreclosure.pdf>. (09.12.2002)
- WISH, Richard (2001), *Competition Law*, 4th Ed. London: Butterworths.

-o0o-



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/ANKARA
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-82-3

