

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 109

# REKABET KURUMU

REKABETİ KISITLAYICI  
ANLAŞMALARA  
OLUMLU YAKLAŞIM:  
RULE OF REASON IŞIĞINDA  
ROMA ANTLAŞMASI  
81. MADDE VE MUAFİYET



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara  
<http://www.rekabet.gov.tr>  
ISBN 978-605-5479-02-2



ÇAĞLAR DENİZ ATA

**REKABETİ KISITLAYICI  
ANLAŞMALARA  
OLUMLU YAKLAŞIM:  
RULE OF REASON İŞİĞİNDA  
ROMA ANTLAŞMASI  
81. MADDE ve MUAFİYET**

*ÇAĞLAR DENİZ ATA*

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010  
Rekabet Kurumu-Ankara

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

15/01/2010 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,  
3 No'lu Daire Başkanı, Suna Barış ÖZER  
Tarkan ERDOĞAN, Hilmi BOLATOĞLU,  
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti  
önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun  
04/02/2010 tarih ve 10-13/171 sayılı toplantısında  
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-02-2

YAYIN NO

0260

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa No

SUNUŞ.....	iii
KISALTMALAR .....	iv
GİRİŞ .....	1

### **Bölüm 1** **AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKUNDA** **RULE OF REASON**

1.1. RULE OF REASON'IN DOĞUŞU.....	4
1.1.1. Trans-Missouri Kararı .....	4
1.1.2. Standard Oil Kararı .....	5
1.1.3. Chiago Board of Trade Kararı .....	7
1.2. PER SE KURALININ TEMELLERİNİN ATILMASI ve YÜKSELİŞİ .....	8
1.2.1. Trenton Potteries Kararı .....	8
1.2.2. Appalachian Coals Kararı .....	9
1.2.3. Socony-Vacuum Kararı .....	10
1.3. RULE OF REASON DÖNÜŞ.....	13
1.3.1. Sylvania Kararı .....	13
1.4. RULE OF REASON UYGULAMASI .....	16
1.4.1. Rekabeti Kısıtlayıcı Etkiler .....	17
1.4.2. Rekabetçi Etkiler .....	18
1.4.3. Daha Az Kısıtlayıcı Alternatif .....	19
1.4.4. Olumlu ve Olumsuz Etkilerin Dengelenmesi .....	21
1.5. RULE OF REASON'A YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER.....	22

### **Bölüm 2** **RA 81. MADDE ve MODERNİZASYON SÜRECİ**

2.1. MODERNİZASYON ÖNCESİ RA 81. MADDENİN YORUMLANMASI ve UYGULANMASI .....	29
2.1.1. Genel Olarak.....	29
2.1.2. ATAD Kararları ve Uygulama .....	30
2.2. MODERNİZASYON SÜRECİ.....	36
2.2.1. Genel Olarak.....	36
2.2.2. 1/2003 sayılı Tüzük.....	38
2.2.2.1. Tüzüğün Altyapısını Hazırlayan Nedenler .....	38
2.2.2.2. 1/2003 sayılı Tüzüğün Getirdiği Yenilikler .....	39
2.2.2.3. Doğrudan Uygulanabilirlik .....	40

2.2.2.4. İspat Yükü.....	41
2.2.3. 1/2003 Sonrasında Uygulama.....	42

### **Bölüm 3**

#### **RA 81(3). MADDEDE ARANAN KOŞULLAR**

3.1. ETKİNLİK KAZANÇLARI .....	46
3.2. TÜKETİCİLERİN ADİL PAY ALMASI .....	48
3.3. KISITLAMALARIN AMAÇLARA ULAŞABİLMEK AÇISINDAN GEREKLİ OLMASI.....	50
3.3.1. Anlaşmanın Gerekli Olması .....	51
3.3.2. Anlaşma Hükümlerinin Gerekliliği.....	52
3.4. PAZARIN ÖNEMLİ BİR KISMINDA REKABETİN ORTADAN KALDIRILMAMASI.....	52

### **Bölüm 4**

#### **REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALE**

4.1. GENEL OLARAK .....	54
4.2. 4054 SAYILI KANUN'UN 5. MADDESİ.....	55
4.3. MUAFİYET KOŞULLARI ve UYGULAMA.....	57
<b>SONUÇ</b> .....	61
<b>ABSTRACT</b> .....	65
<b>KAYNAKÇA</b> .....	66

## SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye’deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, uç yılı açan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
**Rekabet Kurumu Başkanı**

## KISALTMALAR

<b>AT</b>	: Avrupa Topluluğu
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ATAD</b>	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
<b>Ar-ge</b>	: Araştırma ve geliştirme
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>dpnt.</b>	: Dipnot
<b>DOJ</b>	: Department of Justice
<b>FTC</b>	: Federal Trade Commission
<b>İDM</b>	: Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Toplulukları Komisyonu
<b>OJ</b>	: Official Journal
<b>OECD.</b>	: Organisation for Economic Co-operation and Development
<b>Para.</b>	: Paragraf
<b>sf.</b>	: Sayfa
<b>Vol.</b>	: Volume

*“Halil Ata ve Fikri Bozkoyunlu’nun  
Aziz Hatıralarına...”*





## GİRİŞ

Dünyada rekabeti kısıtladığı ileri sürülen anlaşmaların, aynı zamanda sahip oldukları olumlu yanlarının gözetilerek uygulanmalarına “izin” verildiği iki farklı rekabet hukuku sistemi öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, en eski anitröst yasalarından olan ve Senatör Sherman’ın adıyla anılan yasanın 1890 yılında yürürlüğe girmesiyle Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde uygulanmaya başlanan sistem, diğeri 1957 yılında imzalanan kurucu Roma Antlaşması (RA) ile temelleri atılan Avrupa Topluluğu’ndaki (AT) sistemdir. Amerikan ve Avrupa rekabet hukuku uygulamasına kaynak teşkil eden iki düzenleme (sırasıyla Sherman Kanunu ve RA) incelendiğinde, rekabeti kısıtlayan anlaşma ve eylemlere ilişkin hükümlerde ilk bakışta göze çarpan temel bir farklılık bulunmaktadır.

Sherman Kanunu birinci maddesi ticareti kısıtlayan tüm anlaşma, eylem ve işbirliklerini yasaklarken, RA’nın paralel hükmü olan 81. madde önce rekabeti kısıtlayan anlaşma, eylem ve teşebbüs birliği kararlarına yasaklama getirmekte, daha sonra belirli koşulların varlığı halinde bu yasaklamanın uygulanmayacağını düzenlemektedir. RA’nın söz konusu tasarımı AT’de, Amerikan sisteminde yer bulmayan “muafiyet” rejiminin oluşmasına ve uygulanmasına kaynaklık etmiştir.

Yakın tarihe kadar bildirim zorunluluğunun varlığı nedeniyle muafiyet rejimi Avrupa Toplulukları Komisyonunun<sup>1</sup> (Komisyon) rekabet hukuku uygulamalarındaki iş yükünün büyük bir kısmını oluşturmuş, 2004 yılında bildirim zorunluluğunun kaldırılması ile muafiyetin ex-post değerlendirilmesine geçilmiştir. Yeni sistem ile 81. madde uygulamasında muafiyet koşullarının önemi azalmamış, aksine 81. maddenin bir bütün olarak uygulanmasında muafiyet koşulları belirleyici bir özellik kazanmıştır. Bu açıdan rekabet hukuku uygulamasında muafiyetin ve muafiyet koşullarının yerinin tespit edilmesi ve tartışılması önem kazanmaktadır. Bu tartışmada yaklaşık 120 yıldır uygulanan gelen Amerikan sistemi ve bu sistemin içerdiği tecrübe, nirengi noktası olarak alınabilecektir.

---

<sup>1</sup> European Community Commission (ECC)

Bu kapsamda şekillenecek çalışmamızın amacı, 81. madde uygulamasında ve AT rekabet kuralları içerisinde muafiyet rejiminin yerini Amerikan sistemi üzerinden tayin etmek ve ortaya koymaktır. Bu doğrultuda öncelikle ilk bölümde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin Amerikan rekabet hukuku uygulaması ve rule of reason analizi tarihsel süreçte ele alınacak, gelinen noktada bu türden eylemlerin hangi kıstaslara göre değerlendirildiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise 81(1). madde uygulaması ve rekabetin kısıtlanması kavramına Topluluk'ta yüklenen anlam bu alandaki düzenlemeler ve mahkeme kararları ışığında irdelenmekte, daha sonra 81(1). maddenin 81(3). madde ile ilişkisi araştırılarak 81(3). madde uygulamasının çerçevesi çizilmeye çalışılmaktadır. Daha sonraki bölümde muafiyet koşulları Komisyon düzenlemeleri ve literatürdeki görüşler üzerinden tartışılmaktadır. Son bölümde ise mehzaz muafiyet uygulamalarının Türkiye'ye yansımaları ele alınmaktadır. Sonuç bölümünde ise, yapılan tartışmalar bağlamında ortaya konulan tespitlerden hareketle Amerikan, Avrupa ve Türk rekabet hukuku kuralları ve uygulamalarına ilişkin değerlendirme ve önerilere yer verilmektedir.

## BÖLÜM 1

# AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKUNDA *RULE OF REASON*<sup>2</sup>

Bilindiği üzere, modern rekabet hukuku kurallarının temeli 1890 yılında ilgili yasa teklifini hazırlayan senatörün adı ile anılan “Sherman Yasası”nın<sup>3</sup> ABD’de yürürlüğe girmesi ile atılmıştır. Yasanın birinci maddesi “*birden fazla teşebbüs arasında yapılmış olan ve eyaletler arasındaki ya da ABD ile yabancı devletler arasındaki ticareti kısıtlayıcı her türlü anlaşma, birleşme (ya da birlikte hareket etme) veya gizli işbirliğini*” yasaklamaktadır. Senatör Sherman’ın da belirttiği üzere<sup>4</sup> yeni bir hukuk kuralı yaratmaktan çok, gelenek hukuku (*common law*) çerçevesinde hem İngiltere hem de ABD’de uygulanan bir kuralın yazılı hale getirilmesi niteliğindeki bu kanun, geniş kapsamı ve oldukça genel “anayasal dil”i nedeniyle eleştirilmektedir (Nealis 2000, dpnt.18).

Dönemin iktisadi koşulları içerisinde değerlendirildiğinde, kartellere karşı böyle bir kanun çıkarılmasındaki gerekçe, özellikle demiryolları olmak üzere çeşitli sektörlerde ortaya çıkan tekelleşmenin doğurduğu şikâyetler olarak gözlemlenmektedir (Kovacic ve Shapiro 2000, 44). Hofstadter (1965, 119) Kanun’un yasalaşmasına ilişkin yaptığı tespitte bu durumun altını “*tekelleşme karşısındaki sosyal ve politik argümanların ekonomik olanlara nispeten baskın ve daha açık*” olduğunu söyleyerek çizmektedir. Nitekim Sherman Kanunu’nun yasalaşmasını destekleyen başlıca lobi grubunun büyük şirketlerin tekelleşmesinden rahatsızlık duyan çiftçilerin de yer aldığı küçük işletme grupları olduğu (Nealis 2000, 350) düşünüldüğünde, yasanın iktisadi

<sup>2</sup> “Rule of Reason” terimi Türkçe’ye makul sebep ya da haklı sebep kuralı olarak da çevrilmektedir (Rekabet Terimleri Sözlüğü’nde haklı sebep çevirisi benimsenmiştir). Kanaatimizce bu terimin içerdiği “rule of” nitelendirmesi tıpkı “*rule of law*” (hukukun üstünlüğü) terimindeki gibi “üstünlük”, “hakimiyet” anlamı içermektedir. Terim ile anlatılmak istenen ise etraflıca, ayrıntılı incelemenin üstünlüğüdür. Bu bakımdan makul veya haklı sebep çevirileri anlamı daralttığı gibi hukuken de farklı bir durumu ortaya koymakta olduğundan çalışmamızda benimsenmemiş, *rule of reason* terimi kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1-7

<sup>4</sup> Kayıtlarda kanun için “yeni bir hukuk prensibi ortaya koymamakta ancak eski ve iyi bilinen bir gelenek hukuku prensibini yansıtmaktadır” ifadesi geçmektedir (Stucke 2009, dpnt. 52)

kaygılardan çok sosyal ve politik nedenlerle “küçük işletmeleri” korumak adına çıkarıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

### 1.1. *RULE OF REASON*'IN DOĞUŞU

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Sherman Kanunu birinci maddesi oldukça genel bir dille yazılmış ve ticareti kısıtlayan faaliyetlerin neler olabileceği ve dolayısıyla hangi faaliyetlerin yasal, hangilerinin ise yasa dışı kabul edileceğine dair ayrıntılı bir açıklama getirmemiştir. Kanun lafzının doğurduğu bu belirsizlik Senatör Sherman tarafından da kabul edilmektedir. Senatör Sherman (kanunun lafzından bahisle) hukuki olarak yasal ve yasa dışı faaliyetlerin ayrımının güç olduğunu kabul ederek, kanun koyucu olarak kendilerinin genel prensipleri koyabileceklerini, uygulamada kanunun ruhuna uygun olarak bu ayrımın mahkemeler tarafından yapılacağını belirtmiştir (Kintner 1978, 282). Kanunun uygulanmasında nasıl bir yol izleneceği ve ticareti kısıtlayan faaliyetlerden hangilerinin yasa dışı sayılacağına dair ilk önemli dava, 1898 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesi'nde<sup>5</sup> görülen *Trans-Missouri*<sup>6</sup> davası olmuştur. Bu dava ile, yeni kanunun amacına ve mahkemeler tarafından nasıl yorumlanması gerektiğine dair hukuki tartışma başlamıştır.

#### 1.1.1. *Trans-Missouri* Kararı

Davada Missouri'nin batısında faaliyet gösteren 18 demiryolu firmasının kendi aralarında bir birlik kurarak navlun ücretlerini ve sefer saatlerini koordine etmeleri incelenmiştir. Yapılan anlaşmaya göre birlik üyeleri navlun ücretleri dışında rekabet etmekte serbest bırakılmışlardır. Davalı birlik öncelikle dava konusu faaliyetin Sherman Kanunu kapsamında bulunmadığını iddia etmiştir. İddiaya göre demiryolu faaliyetleri 1887 tarihinde yasalaşan eyaletler arası ticaret kanunu kapsamında olup, Sherman Kanunu kapsamına girmemektedir. İkinci olarak davalı birlik, dava konusu anlaşmanın Kanun kapsamında kabul edilmesi halinde bile, belirlenen navlun oranlarının “makul” bir seviyede olduğunu ileri sürerek, gelenek hukuku kurallarına göre anlaşmanın yasal olduğunu savunmuştur. Davalı birlik ayrıca, Sherman Kanunu birinci maddesinin dar kapsamlı lafzi bir yorumunun neredeyse tüm ticari anlaşmaları yasaklayacağı yönünde bir iddiaya da savunmasında yer vermiştir. Son olarak birlik böyle bir tarife tespitinin “*taraf teşebbüslerin olası mahvına yol açacak bir rekabeti engellemek adına gerekli*” olduğunu savunmuştur<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> U.S. Supreme Court

<sup>6</sup> U.S. v. *Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897)

<sup>7</sup> para. 311.

Davalı birliğin savunmalarına karşın, Yüksek Mahkeme oyçokluğu ile anlaşmanın Sherman Kanunu birinci maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında, “ticareti kısıtlayıcı anlaşmalar” kavramının sadece gelenek hukuku bağlamında makul olmayan anlaşmaları kapsadığı, hükmün lafzından sadece makul olmayan anlaşmaların kapsama alındığı anlamının çıkarılamayacağını, hükmün “tüm” ticareti kısıtlayıcı anlaşmaları kapsadığını, hükme istisna getiren bir düzenlemenin sadece Kongre tarafından yapılabileceğini söyleyerek, davalı tarafın iddiasını reddetmiştir<sup>8</sup>. Mahkemenin bu yorumuna göre ticareti kısıtlayan tüm anlaşmalar makul bir gerekçe olup olmadığına bakılmadan hukuka aykırı sayılmalıdır. Yüksek Mahkeme yargıçlarından White ise Sherman Kanunu yorumlama ve uygulamasında bir “makullük (*reasonableness*) kuralı”nın gerekliliğini savunmuştur. Yargıç White’a göre kanun hükmünde yer alan “ticareti kısıtlayan” ifadesini geniş anlamıyla kullanmak tüm ticari anlaşmaları kapsama alacak, bu ise ticaret yapılmamalı demekle aynı anlama gelecektir<sup>9</sup>. Yargıç White böylece Sherman Kanunu uygulamasında bir makuliyet (*reason*) standardının getirilmesine dair ilk fikri çabayı ortaya koymuştur.

Yüksek Mahkeme *Trans-Missouri* kararı sonrasında Sherman Kanunu birinci maddesine ilişkin yukarıda değinilen katı lafzi yorumunu öncelikle 1911 yılında *Standard Oil*<sup>10</sup> davasında yumuşatmış ve daha sonra 1918 yılında *Chicago Board of Trade*<sup>11</sup> davasında ayrıntılı incelemeyi içeren *rule of reason* analizinin temellerini atmıştır.

### 1.1.2. *Standard Oil* Kararı

Bir ana şirket tarafından yönetilmekte olan otuz yedi petrol şirketinin rekabete aykırı davranışlarının ele alındığı *Standard Oil* davasında Yüksek Mahkeme tarafından öncelikle Sherman Kanunu’nun nasıl yorumlanacağı geleneksel hukuk bağlamında tartışılmıştır. Bunun sonucunda Mahkeme, Sherman Kanunu’nun birinci maddesinde yasaklanan eylemlerin, tüm ticareti kısıtlayan anlaşmalar değil “makul olmayan” kısıtlamalar olduğu sonucuna varmıştır<sup>12</sup>. Mahkeme, Kongre’nin sadece geleneksel hukuk kuralları çerçevesinde yasaklanmış anlaşmalara nüfuz etme niyetinde olmadığını, aynı zamanda mevcut ekonomik koşullar içinde gelişen yeni tür anlaşma ve işbirliklerini de kapsama alma niyeti ile hareket ettiği tespitini yapmış, ancak hangi anlaşmaların hukuka uygun, hangilerinin hukuka aykırı olduğunu

<sup>8</sup> para. 328

<sup>9</sup> para. 350-352.

<sup>10</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 US 1 (1911)

<sup>11</sup> *Chicago Board of Trade v. U.S.*, 246 US 231 (1918)

<sup>12</sup> para. 59-60.

belirlenmesinin mahkemeler tarafından “makul” ticari kısıtların makul olmayanlardan ayrılması yoluyla yapılacağını eklemiştir (Stucke 2009, 1391).

Mahkeme, alt derece mahkemelerin rekabet karşıtı bir olayı incelerken, eylemin piyasada rekabet üzerinde yaratabileceği etkileri tartarak makul olup olmadığına karar vermeleri gerektiğini belirtmiştir<sup>13</sup>. Kararda ayrıca daha sonra ayrıntıları ile değineceğimiz “*per se*” prensibinin oluşmasına dair ilk işaretleri görmek de mümkündür. Mahkeme bazı durumlarda hukuka aykırılığın son derece belirgin, rekabete aykırı özelliğın aşıkâr ve yüksek olması sebebi ile detaylı makuliyet incelemesi gerekmediğini tespit etmiştir (Sullivan 1977, 174).

ABD Yüksek Mahkemesi’nin ortaya koyduğu bu makul olma kuralından anlaşılması gereken, inceleme konusu kısıtlamaların rekabete aykırı olabilecek etkileri ile tarafın davranışını mazur gösteren rekabetçi etkilerin kıyaslanmasıdır. Bu şekilde yapılacak olan inceleme *rule of reason* analizi olacaktır. Mahkemenin bu kararı Yargıç Harland tarafından hararetle eleştirilmiş, mahkemenin böyle bir yorumda bulunmasının anayasa ihlali olduğu öne sürülmüştür. Harland’a göre Yüksek Mahkeme “*Kanunu, Kongre’nin koymadığı sözcükleri oradaymış gibi okuyarak*” yorumlamış, bir kamu politikası yargı tarafından (anayasayı ihlal eder şekilde) değiştirilmiştir<sup>14</sup>. Yargıç Harland’ın başlattığı tartışma 1912 başkanlık seçimlerinde de rakip partiler tarafından sürdürülmüştür. Demokrat Parti Yüksek Mahkeme’nin *rule of reason* analizini eleştirirken, Cumhuriyetçi Parti analizini yaratabileceği hukuki belirsizliği kabul etmekle birlikte *rule of reason* analizini savunmuştur<sup>15</sup>.

Sonuç olarak, *Standard Oil* kararı ile taraflar arasında yapılmış olan anlaşmaların olumlu ya da olumsuz etkilerinin olabileceği ve Sherman Kanunu kapsamında yapılacak değerlendirmede bu etkilerin belirlenmesi ve karşılaştırılması gerekliliği ortaya konulmuş olmaktadır. Ancak kararda bu analize ilişkin metodolojik bir çerçeve çizilmemiş, analizde izlenecek yolun ne olması gerektiği konusu açıklığa kavuşturulmamıştır. 1911’den 1918 yılına kadar mahkemeler çeşitli davalarda yeni oluşturulan bu *rule of reason* analizi çerçevesinde değerlendirme yapmışlar, 1918 yılında ise kuralın nasıl uygulanacağına dair ilk somut açıklama Yargıç Brandeis tarafından *Chicago Board of Trade* davasında ortaya konmuştur.

<sup>13</sup> para. 65-66.

<sup>14</sup> para. 104-105.

<sup>15</sup> Seçimleri Demokrat Parti kazanmış ve makullük analizinin yaratacağı belirsizliği azaltmak adına, teşebbüslere yol göstermesi ve mahkemelerin yükünü azaltması için Kongre, Clayton ve Federal Ticaret Komisyonu kanunlarını yasalaştırmıştır (Stucke 2009, 1396)

### 1.1.3. *Chicago Board of Trade Kararı*

Davada bin altı yüzden fazla üyeye sahip Chicago Ticaret Borsası'nın uyguladığı “çağrı kuralı” (*call rule*) değerlendirilmiştir. Kurala göre borsa üyeleri satışların kapanmasından bir sonraki seansa kadar yapacakları alım veya satışlarda, kapanış saatindeki fiyat üzerinden ödeme yapmak zorundaydılar. Ticaret Borsası savunmasında uygulamanın fiyat tespiti amacı ile değil ticaret saatlerini kısıtlamak için yürürlüğe konulduğunu, çok az miktarda tahılı kapsadığını ve az sayıda tüccarı etkilediğini öne sürmüştür.<sup>16</sup> Davacı tarafın iddiası ise bu uygulamanın eyaletler arası ticareti kısıtladığı bu nedenle Sherman Kanunu birinci maddesini ihlal ettiği üzerine olmuştur. Yargıç Brandeis davacı tarafın iddiasını -daha sonra ün kazanacak olan- şu açıklamaları ile reddetmiştir:

*“Bir anlaşmanın ya da düzenlemenin hukuka uygunluğunu basit bir test ile değerlendirmek mümkün değildir. Ticaret ile alakalı olarak yapılan her anlaşma sınırlayıcı bir etkiye sahiptir ve bu sınırlayıcılık ve bağlayıcılık anlaşmaların niteliğindedir. Hukuka uygunluğu saptayacak doğru test, kısıtlamanın düzenleyici ve belki de rekabete faydalı sonuçlar doğurucu nitelikte mi, yoksa rekabeti sınırlandırmaya ya da yok etmeye yönelik mi olduğunun araştırılmasıdır. Bunu saptayabilmek için, mahkemeler uygulanacak kısıtlamaların konulduğu iş sahasının özelliklerini, kısıtlamadan önceki ve sonraki durumlarını, kısıtlamaların tabiatını ve ortaya çıkmış ya da çıkma ihtimali olan etkilerini incelemelidirler. Sınırlamanın geçmişi, o sınırlamanın tercih edilmiş olmasının sebepleri, sınırlamanın amacı ya da elde edilmesi istenen sonuçların hepsi yapılacak inceleme ile doğrudan ilgilidir. Bu incelemelerin yapılmasının sebebi, tarafların iyi niyetinin yapılmış olan ve sınırlamaya sebebiyet veren düzenlemeyi hukuka aykırılıktan kurtarması değil, fakat amaç hakkında bilgiye sahip olunmasının mahkemeye olayları yorumlamakta ve sonuçları tahmin etmekte yardım edebilmesi ihtimalidir.”<sup>17</sup>*

*Rule of reason* kapsamında yapılacak incelemeye uygulanabilir bir temel atmasına rağmen, Yargıç Brandeis incelemeye tabi durumların hangi sıra ile inceleneceğine, bu durumların kendi aralarında bir hiyerarşiye sahip olup olmadığına ve dava sırasında ispat yükünün kimin üzerinde olacağına dair bir açıklama getirmemiştir.

Karar literatürde de birçok açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur. Öncelikle Gavil (1996, 303) kararın “*pahalı ve zaman alıcı*” bir yöntemin onaylanması anlamına geldiğini öne sürmektedir. Gavil'e göre kararda öngörülen bir analiz sektöre mahsus gerçeklerin tespiti ve ortaya konulması ile yapılabilecektir. Kararı Sullivan (1977, 178), açık bir yatay fiyat tespitinin, rekabet karşıtı etkilerinin olduğundan küçük görülerek onaylandığını öne sürerek eleştirmektedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin Sherman Kanunu'nun

<sup>16</sup> *Chicago Board of Trade v. U.S.* 246 (1918), para. 240.

<sup>17</sup> para. 238.



başlangıcındaki küçük teşebbüsleri koruma amacından bu karar ile uzaklaştığı da öne sürülmektedir (Sullivan ve Harrison 1998, 118). Gellhorn ve Kovacic (1994, 174-178) ise bu kararlar hakimlerin ilk kez Sherman Kanunu birinci maddesi ile ilgili davalarda ya (nispeten) basit bir *per se* ya da “pahalı” *rule of reason* analizi uygulamak arasında tercih yapmaları gerektiği algısını kazandıklarını öne sürmektedir. Bork (1978, 43-44) ise bu karar sonucunda önerilen esnek analiz nedeniyle, eğer tüketici zararı ortaya çıkmıyorsa fiyat tespiti gibi anlaşmaların bile Sherman Kanunu kapsamında ihlal olarak değerlendirilmeyebileceği sonucunun doğacağını ileri sürmektedir.

Tüm bu eleştirilere ve kimi yazarların (Schechter 1983, 1-20) “bir test olmaktan çok... öne sürülen ticaret kısıtının olası etkilerinin kanıtlanmasında kullanılabilir yolların bir listesi” olduğu iddiasına karşın, karar *rule of reason* analizinin formüle edildiği ilk emsal dava olması açısından önemlidir (Stucke 2009, 8).

## 1.2. *PER SE* KURALININ TEMELLERİNİN ATILMASI ve YÜKSELİŞİ

Yukarıda da değindiğimiz üzere *Standard Oil* kararında Yüksek Mahkeme *per se* kuralının oluşmasına dair ilk argümanları ortaya koymuş olsa da kurala ve *rule of reason* - *per se* ayırımına dair kullanılabilir bir ayrımı ortaya koyan ilk karar 1927 yılında alınan *Trenton Potteries*<sup>18</sup> davası olarak kabul edilebilir.

### 1.2.1. *Trenton Potteries* Kararı

Dava sıhhi tesisat malzemeleri sektöründe faaliyet gösteren yirmi üç şirketin kurduğu bir birliği ve birliğin aldığı kararları konu etmektedir. Pazarın %82'sini kapsayan bu birlik, fiyat tespiti yapmanın yanında ayrıca sadece yetkili satıcılara yapılması koşulu ile satışları da kısıtlamış ve bunlara ek olarak birliği haberdar etmeksizin ikinci kalite olmadığı halde, ikinci kalite mal etiketi ile satılan normal ürünlerin imha edilmesi kararını almıştır. Alt derece mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı, jürinin fiyat tespitinin makul olup olmadığını araştırmasına yer verilmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

Yüksek Mahkeme yatay anlaşmanın makul olduğuna dair yapılan savunmayı reddetmiştir. Daha önce *Standard Oil* kararında da öne sürülen yaklaşımın ayrıntılarına inen Yüksek Mahkeme, yatay fiyat tespitinin rekabet karşıtı etkilerinin açık olduğunu, fiyat tespiti anlaşmasının varlığının yasa dışı bir amacı ortaya koyduğunu, böyle bir durumda davalı tarafın pazarı etkileme

<sup>18</sup> *U.S. v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927)

gücüne, anlaşmanın doğurduğu zararlara ve belirlenen fiyatın makul olup olmadığına bakılmaksızın ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir.<sup>19</sup> Böylece mahkeme belirli tipte rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların rekabeti bozucu etkilerinin çok açık olduğunu, bu etkilerin makul gerekçe ve olumlu etkiler ile dengelenemeyeceğini ve bu tip anlaşmaların *rule of reason* analizine tabi tutulmadan ihlal olarak değerlendirilebileceğini tespit etmiş ve *per se* kuralı uygulamasına dair ilk somut kararı vermiştir.

Her ne kadar *per se* kuralının uygulamasına dair ilk ilkesel karar olsa da literatürde kararın iki noktayı açıkta bıraktığı öne sürülmektedir. Gellhorn ve Kovacic'e (1994, 180) göre öncelikle Yüksek Mahkeme, davacı tarafın sadece davalının fiyat tespiti yaptığını saptayarak davayı kazanıp kazanamayacağına, başka bir deyişle pazar gücü olmayan teşebbüslerin de fiyat tespiti yapmasının *per se* ihlal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair bir açıklama getirmemiştir. Acaba anlaşmanın tarafları fiyatı etkileme gücüne sahip değillerse, yapılan anlaşma yine de aynı kurallara tabi olacak ve *per se* ihlal olarak değerlendirilecek midir? İkinci olarak ise Sullivan'a (1977, 183) göre kararda, fiyat tespitinin belirli bir endüstri açısından rekabetten daha fazla fayda getirebilecek olumlu sosyal etkilerinin olup olmadığı değerlendirilmemiştir.

*Trenton Potteries* kararından altı yıl sonra 1933 yılında görülen *Appalachian Coals*<sup>20</sup> davasında Yüksek Mahkeme *per se* kuralı uygulamasına ilişkin yukarıda değinilen "açık noktalardan" ikincisine ilişkin bir değerlendirme yaparak belirsizliği gidermiştir.

### 1.2.2. *Appalachian Coals* Kararı

Davada 137 "sıkıştırılmış kömür" üreticisi hakkında bölge mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı incelenmektedir. Kömür üreticisi 137 teşebbüs, bölgede üretilen kömürün %75'ini tüm ABD kömür üretiminin ise %12'sini gerçekleştirmektedir. O yıllarda etkileri görülmeye devam eden 1929 ekonomik buhranının endüstri üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf etmek adına davalı teşebbüsler bir "ajans" kurmuşlardır. Ajans en iyi satış fiyatını belirlemeye çalışmakta ve gelen siparişleri "hakkaniyete uygun" bir şekilde üyeleri arasında dağıtarak faaliyet göstermektedir.

Yüksek Mahkeme eylemi *Trenton Potteries* kararına uyumlu ihlal olarak değerlendiren alt derece mahkemesi kararını bozmuş ve davalı tarafın savunmasını kabul etmiştir. Mahkemeye göre "*her olay için olaya has özellikler değerlendirilmeli ve gerçeklikler hükme hakim olmalıdır.*"<sup>21</sup> Bu nedenle

<sup>19</sup> para. 396.

<sup>20</sup> *Appalachian Coals, Inc. v. U.S.*, 288 U.S. 344 (1933)

<sup>21</sup> para. 360.

davalıların, fiyat tespiti için yeterli güçlerinin olmadığı, anlaşmanın niyetinin daha iyi bir pazarlama sistemi kurmak olduğu ve ajansın henüz faaliyete başlamadığından hareketle fiyatların etkilenmediği yönündeki savunmaları kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca ilk defa bu olayda görülen ve anlaşmanın kömür endüstrisine fayda sağlayacağı yönündeki tüketici ifadelerini de değerlendirmesinde kullanmıştır<sup>22</sup>. Mahkeme kararda “zararlı bir uygulamaya son vermek ve dolayısıyla belirli bir grup üreticinin rekabetçi pozisyonunun iyileştirilmesi, (rekabetin sağlanmasından) daha az önemli bir amaç değildir ve kamu çıkarı ile uyumludur”<sup>23</sup> tespitini yaparak *Trenton Potteries* kararında açık bırakıldığı öne sürülen noktalardan birine temas etmiş ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın doğuracağı sosyal faydanın da gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Posner (1974, 75) tarafından kararın bu yönüyle aslında genel bir kural olmaktan çok, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durumun ortaya çıkardığı bir *anomali* olarak da değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Sonuçta bu karar ile daha önce *Trenton Potteries* kararında değinilmeyen sosyal fayda ve rekabetçi etkiler arasındaki ilişki irdelenmiştir. *Trenton Potteries* kararında açık bırakılan diğer nokta olan anlaşma taraflarının fiyatları etkileme gücü ise *Socony-Vacuum*<sup>24</sup> davası ile açıklığa kavuşmuştur.

### 1.2.3. *Socony-Vacuum* Kararı

*Standard Oil* kararının *rule of reason* incelemesine temel teşkil eden karar olarak gösterilmesine benzer şekilde, 1940 tarihli *Socony-Vacuum* kararı da *per se* doktrinine temel teşkil eder (Joliet 1967, 45).

Kararda ekonomik buhran yılları sırasında çeşitli zorluklar ile karşılaşan petrol rafineri şirketlerinden büyük ölçekli olanların, küçük üreticilerin fiyatı düşürmelerini önlemek için kendi aralarında işbirliği yapmaları ve fiyatları kontrol etmeleri incelenmiştir. Dava konusu işbirliğinin uygulamaya konulduğu endüstrinin içinde bulunduğu durum, *Appalachian Coals* kararında karşılaşılan koşullara oldukça benzerlik arz etmektedir (Akıncı 2001, 223).

Mahkeme davalıların, fiyatların serbest rekabet piyasasında oluşacak fiyatın üzerinde olmadığı (makul olduğu) ve aşırı rekabetin sektöre zarar getireceği yönündeki iddialarını reddetmiş ve davalıların piyasada fiyatın düşmesine mani olmak için, işbirliği halinde pazardaki nispeten küçük rafinerilerin petrol ürünlerini satın alıp depolamalarını ihlal olarak nitelemiştir.

<sup>22</sup> para. 370-371.

<sup>23</sup> para. 374.

<sup>24</sup> *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940)

Fiyatların serbest rekabet piyasasında oluşacak fiyatın üzerinde olmadığı iddiaları, *Trenton Potteries* kararı ilkeleri doğrultusunda sonuçlandırılmıştır. Fiyatların makul olduğu savunmasının dikkate alınamayacağını belirten Yüksek Mahkeme, *Trenton Potteries* kararını bir adım daha ileri götürmüş ve aşırı rekabetin zararlı olduğu iddialarının da kabul edilemeyeceğini açıklamıştır. Akıncı'ya göre (2001, 223-224) *Appalachian Coals* kararından altı yıl sonra verilen bu kararda, ekonomik buhranın aşırı rekabetten kaynaklandığı iddialarının gerçeği yansıtmadığı yargısına varan Yüksek Mahkeme, serbest rekabeti yeniden ulaştırılması gereken nihai amaç olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Kararda bu tespiti doğrular nitelikte olan şu ifadelere yer verilmektedir:

*"Fiyat tespit anlaşmalarını haklı göstermek için, mahvedici rekabet veya rekabetin kötülükleri, tarafların iyi niyeti, rekabetin kötü sonuçlara yol açtığı veya açmasının muhtemel olduğu savunmaları, kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. ... Sherman Kanununa göre, bir malın fiyatını düşürmek, arttırmak, sabit tutmak amacına yönelik işlem ve anlaşmalar per se hukuka aykırıdır."*<sup>25</sup>

Ayrıca, tarafların pazarda sahip oldukları güç, elde etmeyi hedefledikleri amacı (fiyat tespiti, pazar paylaşımı vs.) gerçekleştirmek için yeterli olmasa da, fiyat tespiti anlaşmaları *per se* hukuka aykırı olacaktır. Yüksek Mahkemeye göre, *"... Sherman Kanununun birinci maddesinin ihlali için, fiyatı tespit etme gücünün ve amacının birlikte bulunması zorunlu değildir."*<sup>26</sup>

Bu tespitten çıkan sonuca göre taraflar rekabeti kısıtlama amacına ulaşmalarını sağlayacak güce sahip olmasalar bile, yatay işbirliği ile fiyatı tespit etmeleri Sherman Kanunu'nun birinci maddesini ihlal edecektir (Areeda ve Hovenkamp 1995, 400-401). Bu bakımdan, rekabetin doğrudan kısıtlanması amaçlandığında ya da bu yönde bir etkinin tespit edildiği durumlarda, hukuka aykırılığın belirlenmesi için diğer herhangi bir hususun kanıtlanması gerekmemektedir (Neale ve Goyder 1981, 31-32). Yargıç Stone'a göre fiyat tespiti anlaşması ile doğrudan rekabetin ortadan kaldırılmasına ya da kısıtlanmasına çalışılmaktadır. Aynı iddia rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik bütün anlaşmalar için de geçerlidir (Gellhorn ve Kovacic 1994, 180).

*Socony-Vacuum* kararı, kartel anlaşmaları ve rekabet kavramının bağdaşmaz olduğunu belirlemesi bakımından önemlidir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararıyla, fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi kartel anlaşmalarının rekabete olan etkisinin sadece olumsuz yönde olduğunun tartışma konusu yapılması dahi söz konusu olamayacağı ifade edilerek, *per se* kuralının ana unsurları ortaya konulmuştur.

<sup>25</sup> para. 221.

<sup>26</sup> para. 244.

*Socony-Vacuum* kararı ile başlayan dönemden sonra 1977 yılına kadar *per se* kuralı yükselişini sürdürmüş, Amerikan anti-tröst davalarında bu kuralın uygulama alanı genişlemeye devam etmiştir. 1960'lı yılların sonuna gelindiğinde Yüksek Mahkeme *per se* kuralını bağlama anlaşmalarına, yatay bölge ve müşteri paylaşma anlaşmalarına ve grup boykotlarına uygulamaktadır. *Per se* kuralının hakimiyeti 1967 yılındaki *Schwinn*<sup>27</sup> davası ile zirveye ulaşmıştır. *Schwinn* kararıyla Yüksek Mahkeme sağlayıcı tarafından dağıtıcıya getirilen fiyat dışı dikey kısıtlamaları dahi *per se* kuralının uygulama kapsamına dahil etmiştir.

*Per se* kuralının uygulamadaki yükselişi aynı zamanda pek çok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Özellikle günümüzde Chicago Okulu olarak bilinen iktisadi ekolü oluşturacak olan yazarların, 1960'ların sonunda *per se* analizinin rekabet hukuku uygulamasındaki yerini eleştirdikleri görülmektedir. Chicago ekolü savunucuları her olayın kendi iktisadi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, bu yöndeki bir analizde ise kısıtlamanın yarattığı dara kaybının yine kısıtlamanın yarattığı etkinlik kazançları ile dengelenerek karar verilmesi gerektiğini öne sürmekteydiler (Bork 1978, 108). Chicago ekolü savunucularına göre mekanik bir şekilde belirli kısıtlamaların iktisadi değerlendirmeye tabi tutulmadan yasaklanması nihai analizde olumlu olabilecek iktisadi faaliyetlerin de engellenmesi sonucunu doğurmaktadır (Piraino 1994, 1756).

Bu eleştirilerin yanında *per se* kuralının olumlu yanlarının da bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. *Per se* kuralı mahkeme tarafından kolayca uygulanabilmekte, dava süresi ve dava için harcanan kaynak nispeten az olmaktadır. Nitekim *per se* uygulamasında *rule of reason* analizinden farklı olarak, dava konusu davranışın *per se* ihlal sayılan eylemlerden olduğunu kanıtlamak ihlalin varlığının tespiti için yeterli olmakta, ayrıntılı pazar analizi ve iktisadi değerlendirmeye gerek kalmamaktadır. Böylece hem yargı sisteminin hem de teşebbüslerin kaynaklarından tasarruf edilmekte belki de en önemlisi piyasalardaki teşebbüsler hangi eylemleri gerçekleştirebileceklerini ve hangilerinden uzak durmaları gerektiğini açıkça bilebilmektedirler. *Rule of reason*'ın aksine, hangi davranışların kanun kapsamında ihlal olduğunun açıkça bilinebilmesinin, hukuki belirliliğin sağlanması adına önemli olduğu göz ardı edilmemelidir.

*Per se* kuralının Amerikan rekabet hukuku uygulamasındaki görece baskın etkisi daha önce değindiğimiz üzere 1977 yılına kadar sürmekle birlikte, *Sylvania*<sup>28</sup> davası ile başlayan süreçte *per se* karşısında *rule of reason*'ın yükselişi başlamıştır.

<sup>27</sup> *U.S. v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

<sup>28</sup> *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. (1977)

### 1.3. RULE OF REASONA DÖNÜŞ

#### 1.3.1. Sylvania Kararı

Sylvania, 1962 yılında pazar payı %1 ila 2 arasında olan bir televizyon üreticisidir. Bu tarihten önce ürünlerini toptancılara satmaktadır. Pazarlama stratejisini franchise verdiği küçük grupların seçimine dönüştüren Sylvania, her bölgedeki franchise alan sayısını sınırlandırmıştır. Sylvania planı altında, söz konusu yeniden satıcılar Sylvania marka televizyonları kendi bölgeleri dışında satamayacaklardır. Sylvania herhangi bir pazara yeni franchise ekleme konusunda takdir hakkını korumakla birlikte, sistemin amacı ve etkisi açıkça Sylvania ürünlerinin yeniden satıcıları arasındaki rekabeti azaltmaktır (Yavuz 2003, 51). Plan bu itibarla Sylvania perakendecilerinin diğer markalarla sıkı rekabet edebilmeleri ve Sylvania'nın satışlarını artırmaları beklentisiyle tasarlanmıştır. Yetkili olmadığı bölgede satış yaptıktan sonra bölge kısıtı hükmü çerçevesinde sözleşmesi feshedilen Continental T.V., konuyu mahkemeye taşımıştır. Alt derece mahkemesi, daha önce alınan ve benzeri uygulamaların *per se* yasak olduğunu içeren *Schwinn* kararı ile paralellik arz edecek şekilde Continental lehine karar vermiş ve uygulamanın ihlal olduğu sonucuna varmıştır.<sup>29</sup>

Kararı inceleyen Yüksek Mahkeme uygulamanın *Schwinn* kararına konu olan uygulamadan farklı olduğunu, dava konusu olayda ortaya çıkabilecek rekabeti kısıtlayıcı etkinin görece daha az olduğunu tespit ederek kararı bozmuştur<sup>30</sup>. Kararda mahkeme *rule of reason* ve *per se* analizlerinin rekabet hukuku uygulamasındaki yerini tartışmış ve *rule of reason* analizinin “üstün gelen” yöntem olduğunu tespit etmiştir.<sup>31</sup> Mahkemeye göre *per se* kuralı *rule of reason*'ın “rekabeti bozucu etkilerinin açık olması ve olumlu etkilerinin olmaması nedeniyle makul olmadıkları aşikâr olan anlaşma ve uygulamalar” için kullanılan bir istisnasıdır<sup>32</sup>. Mahkeme kararda:

“*Per se* kuralı mahkemenin belirli ticaret uygulamalarının sosyal faydası hakkında genellemeler yapmasını gerektirmektedir...*per se* kuralı iş çevrelerine rehberlik sağlama ve daha karmaşık olan *rule of reason* analizinin taraflar ve yargı sistemine yüklediği yükü azaltma eğilimi taşımaktadır...ancak bu avantajlar tek başlarına *per se* kuralı uygulamasını haklı çıkaramaz. Eğer öyle olsaydı rekabet hukuku, istenmeyen bir katılık getirecek şekilde sadece *per se* kurallara indirgenebilirdi”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> *GTE Sylvania v. Continental T.V., Inc.*, 537 F.2d 980,988 (1976)

<sup>30</sup> *GTE Sylvania v. Continental Tv Inc.* 433 U.S. para. 990-991.

<sup>31</sup> para. 49.

<sup>32</sup> para. 50. (*Northern Pac. Ry. Co. vs U.S.* 356 U.S.1,5 (1958)den alıntı ile)

<sup>33</sup> *GTE Sylvania v. Continental Tv Inc.* 433 U.S. dpnt.16.

diyerek tüm avantajlarına karşın *per se* kuralının içerdiği katı yaklaşımın rekabet hukuku açısından istenmeyen bir durum olduğunu, olay bazında *rule of reason* çerçevesinde yapılacak bir incelemenin esas olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme bu tespitinden yola çıkarak davaya konu olan fiyat dışı dikey kısıtlamaların olumlu etkilerini araştırmış, bu araştırma sırasında ise *Schwinn* kararını da eleştirmiştir. Mahkemeye göre *Schwinn* kararında markalararası ve markaiçi rekabet kavramları yeterince değerlendirilememiş veya anlaşılammıştır.<sup>34</sup> Mahkeme kararında fiyat dışı dikey kısıtlamaların markaiçi rekabeti azaltabildiğini kabul etmekte ancak, bu kısıtlamaların aynı zamanda markalararası rekabete olumlu etkilerinin de olabileceğini belirtmektedir.<sup>35</sup>

Yüksek Mahkeme kararda ayrıca *Schwinn* kararında *per se* kuralının kullanılmasına gerekçe olarak gösterilen küçük ölçekli işletmelerin korunması argümanını rekabet hukukunun amacının küçük işletmeleri korumak değil fiyat, arz miktarı ve kalite olduğunu vurgulayarak reddetmektedir<sup>36</sup>. Buna ek olarak Yüksek Mahkeme, fiyat dışı dikey kısıtlamaların yasaklanmasının üreticilerin dikey bütünleşmeyi tercih etmeleri nedeniyle, iddia edilenin tersine küçük ölçekli işletmelerin aleyhine sonuçlar doğurduğu kanaatine ulaşmaktadır.<sup>37</sup> Sayılan tüm bu nedenlerle Yüksek Mahkeme *Schwinn* kararı ile getirilen fiyat dışı dikey kısıtlamaların *per se* kapsamında incelenmesi kuralını bozmuş, bu tür ticaret kısıtlarının *rule of reason* analizi çerçevesinde incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir.<sup>38</sup>

*Sylvania* kararı ABD rekabet hukuku uygulamasında birçok açıdan dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Öncelikle karar fiyat dışı dikey kısıtlamaları *per se* kapsamından çıkararak *rule of reason* kapsamına sokmuştur. Kararda *rule of reason*ın genel kabul gören standart olduğu vurgulanırken, *per se* kuralının belirli vakalarda kullanılabilen bir istisna olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca *per se* ve *rule of reason* analizi uygulama kapsamlarını düzenlemenin ötesinde karar rekabet hukuku analizinde günümüze kadar sürecektir olan yeni bir yaklaşımın temellerini de atmaktadır. Kararda Yüksek Mahkeme rekabet hukuku analizinin “*ispatı mümkün ekonomik etkiler*” üzerinden yapılması gerektiğini tespit etmekte, ayrıca markaiçi ve markalararası rekabet ayrımında rekabet hukuku açısından markalararası rekabetin öncelikli ilgi alanı olduğunu ortaya koymaktadır. Son olarak, belki de kararın ortaya koyduğu en önemli nokta, daha önce birçok kararda zımnen veya açıkça ortaya konan küçük ölçekli işletmeleri koruma amacının reddedilmesi olarak görülebilir. Dönemin iktisat literatürüne

<sup>34</sup> para. 52.

<sup>35</sup> para. 54-55.

<sup>36</sup> *GTE Sylvania v. Continental Tv Inc.* 433 U.S. dpnt.21.

<sup>37</sup> *GTE Sylvania v. Continental Tv Inc.* 433 U.S. dpnt.26.

<sup>38</sup> Mahkeme kararında özellikle fiyat dışı ve fiyata dair dikey kısıtlamaları araştırmış ve kararın sadece fiyat dışı dikey kısıtlamaları kapsadığını belirtmiştir.

de paralel olarak ekonomik temelli *rule of reason* analizinin asıl standart olduğunu ortaya koyan *Sylvania* kararından sonra, makullük analizinin kapsamını *per se* aleyhine genişleten kararlar alınmaya devam etmiş ve bu gelişmeler günümüze kadar da sürmüştür. 1978 yılında görülen *Professional Engineers*<sup>39</sup> davasında Yüksek Mahkeme kısıtlamanın kamu güvenliğini sağlamak adına alındığı, bu nedenle yasaklanmaması gerektiği iddiasını reddederek, rekabet dışı gerekçelerin *rule of reason* incelemesi kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmiş ve *rule of reason* uygulama kapsamı yönünde önemli bir adım atmıştır. 1979 yılında alınan *BMI* kararında<sup>40</sup> ise ekonomik etkinlik kavramının savunma olarak dikkate alınabilmesi için, rekabeti sınırladığı iddia edilen uygulamanın elde edilmesi istenen etkinliğe ulaşmakta “*gerekli bir yol*” olmasının şart olduğu, Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konmuştur. Bu kararı ile Yüksek Mahkeme *rule of reason* analizinin kapsamına bazı yatay anlaşmaların da girebileceğine, ekonomik etkinliğin rekabet analizinde dikkate alınacağına ve dolayısıyla kısıtlama sonucu ortaya çıkan olumlu etkilerin olumsuz etkileri bertaraf edip etmediği sorusunun analize dahil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. 1984 yılında *Jefferson Parish*<sup>41</sup> vakasında ise Yüksek Mahkeme daha önce *per se* ihlal olarak kabul edilen bağlama anlaşmalarına dair bir değerlendirme yapmış ve bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olarak kabul edilmesi için bağlama anlaşmasını uygulayan teşebbüsün belirli bir pazar gücüne sahip olması gerektiğini tespit ederek pazar payı eşliğini değerlendirmeye almıştır. Böylece mahkeme davalı teşebbüsün pazar gücünün (ve dolayısıyla önemli ölçüde pazar payının) bulunmadığı olaylarda bağlama anlaşmalarının *rule of reason* çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. 1985 yılında *Northwest Wholesale*<sup>42</sup> kararı ile grup boykotu uygulamaları, 1997 yılında *Khan*<sup>43</sup> kararı ile maksimum dikey fiyat tespiti *per se* kuralı kapsamında çıkarılmıştır. Son olarak 2007 yılında *Leegin*<sup>44</sup> kararı ile daha önce 1911 yılında *per se* kuralına tabi olduğu *Dr. Miles* kararında<sup>45</sup> ortaya konan yeniden satış fiyatının tespiti de yaklaşık bir asırlık uygulamasının ardından *rule of reason* kapsamına alınmıştır.

*Sylvania* kararı ile başlayan (özellikle dikey kısıtlamaların *rule of reason* kapsamında değerlendirilmesi eğilimini içeren) *per se* kuralı kapsamının makullük kuralı lehine daralması süreci *Leegin* kararı ile otuz yılını tamamlamış ve *rule of reason*, ağır (*hard-core*) ihlal sayılanlar dışındaki anlaşmaların rekabet hukuku bağlamında incelenmesi için kullanılan “hakim” yöntem olarak bugüne

<sup>39</sup> *National Soc'y of Prof. Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978)

<sup>40</sup> *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979)

<sup>41</sup> *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984)

<sup>42</sup> *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.* 472 U.S. 284 (1985)

<sup>43</sup> *State Oil Co. v. Khan* 522 U.S. 3 (1997)

<sup>44</sup> *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007)

<sup>45</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911)



ulaşmıştır. Uygulamada mahkemelerin kararlarına yansıyan bu değişim aslında her ticaret kısıtının aynı zamanda rekabeti kısıtlamadığını, bu iki kavram arasında nitel bir fark bulunduğunu ortaya koymaktadır. Ticareti kısıtlayan bir uygulamanın rekabet üzerindeki etkileri araştırılmadan ihlal olarak değerlendirilmesi “rekabetin korunması” amacından uzaklaşılmasına neden olabilecektir. Nitekim dikey ve yatay kısıtlamalar ayrımı göz önüne alındığında dikey kısıtlamaların yatay kısıtlamalara oranla rekabet üzerinde olumsuz etki doğurma ihtimallerinin daha az olduğu (veya olumlu etkiler doğurma ihtimallerinin daha yüksek olduğu) bu nedenle *Leegin* kararına kadar gelişen sürecin de bu gerçeği içerdiği söylenebilir.

#### 1.4. RULE OF REASON UYGULAMASI

Uygulamada *per se* yerine *rule of reason* analizinin esas kural olarak uygulanması eğiliminin otuz yılı aşkın bir süredir ABD rekabet hukuku uygulamalarında gözlemlenmesine rağmen, somut olaylarda ayrıntılı analiz nasıl yapılacağı ve analizin özünü oluşturan rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerin dengelenmesine ilişkin bir yöntemin açık ve somut olarak ortaya konmadığı görülmektedir (Feldman 2009, 574). Tanım itibarıyla eleştirilere rağmen, analizin özünde rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ortaya konması ve bunların dengelenmesi, net rekabetçi etkinin varlığının araştırılması bulunmaktadır.

Ana hatlarıyla makullük analizi Amerikan Barolar Birliği'nin yayımladığı Antitrust Law Developments (ABA, 1998) adlı kitapta şöyle açıklanmıştır:

*“Geleneksel rule of reason analizinde başlangıçta iddia makamı anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı mevcut veya olası etkilerini ortaya koyma yönündeki ispat yükünü taşır. Eğer iddia makamı bu iddiasını ispatlayabilirse davalı taraf rekabeti kısıtladığı öne sürülen eylemin rekabetçi etkilerini ortaya koymakla mükelleftir. Davalı tarafın rekabetçi etkilerin varlığını ispat etmesinden sonra iddia makamı dava konusu kısıtlamanın hedeflenen amaca ulaşmak için gerekli olmadığını göstermek zorundadır.”*

Tüm bu aşamalardan geçildikten sonra ise incelenen eylem veya anlaşmanın rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkileri karşılaştırılacak ve sonuçta rekabetçi etkilerin üstün gelmesi halinde eylemin ihlal olmadığı aksi halde ise ihlal olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu açıklamalardan yola çıkarak *rule of reason* analizinin basamakları aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- i. Anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı mevcut ve olası etkilerin ispatlanması,
- ii. Anlaşmanın rekabetçi etkilerinin ortaya konulması,

- iii. Daha az kısıtlayıcı bir alternatifin varlığının sorgulanması,
- iv. Olumlu ve olumsuz etkilerin dengelenmesi.

#### 1.4.1. Rekabeti Kısıtlayıcı Etkiler

*Rule of reason* analizi çerçevesinde incelemeye konu eylem veya anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ortaya konulmasında, anlaşmanın ilgili pazarda yaratacağı etkilerin ve dolayısıyla ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir.<sup>46</sup> İlgili pazarın belirlenmesinden sonra ise anlaşma taraflarının pazar gücünün (ihlal olduğu iddia edilen eylemin pazarda yaratabileceği etkinin) araştırılması gerekmektedir. Pazar gücü ABD Yüksek Mahkemesi tarafından kimi kararlarda “fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilme gücü” olarak tanımlanırken kimi kararlarda ise “fiyatları, azalan satışlar nedeniyle karlılığı ortadan kaldırmayan seviyede artırma gücü” olarak tanımlanmıştır (Easterbrook 1984, 135).<sup>47</sup> Böylece mahkeme pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayamayacağına hükmetmektedir. Posner (1981, 16) da bu durumu “eğer bir firma pazar gücüne sahip değilse ürünün fiyatını etkileyemeyecek; fiyat, piyasa tarafından belirlenecektir” diyerek açıklamıştır.

Teşebbüsün pazar gücünün belirlenmesinde ise mahkemeler sıklıkla teşebbüsün pazar payını temel almaktadırlar. *Jefferson Parish*<sup>48</sup> kararında ABD Yüksek Mahkemesi’nin davalının yaklaşık %30 olan pazar payının, pazar gücü oluşturmaya yetmediğine hükmetmesi sonraki davaları da etkilemiş ve %30’luk pazar payı zımnen bir eşik olarak kabul görmüştür.<sup>49</sup> Ancak bu noktada Sherman Kanunu birinci maddesi ile ikinci maddesi uygulama alanında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Sherman Kanunu ikinci maddesinde pazar gücü eşiği %70 ve %75 olarak ortaya çıkarken, birinci maddede %30’luk pazar gücü tespitinde eşik olarak kabul görmektedir. İki madde uygulamasındaki uyumsuzluk Areeda ve Hovenkamp (1995, 354) tarafından da eleştirilmiş ve yazarlar Sherman Kanunu ikinci maddesi uygulamasında da davalı tarafın pazar payının %30’un altında kaldığı olaylarda davanın reddedilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir.

<sup>46</sup> Ancak Yüksek Mahkeme *Indiana Federation Dentist* kararında (*FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) para. 460) anlaşmanın, arzı kısıtlamak gibi rekabeti bozucu açık etkilerinin varlığının tespitinin yeterli olduğunu, bu gibi durumlarda anlaşmanın potansiyel etkilerini ortaya koymaya yönelik ayrıntılı ilgili pazar ve pazar gücü değerlendirmesine gerek bulunmadığına hükmetmiştir.

<sup>47</sup> *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984) dpnt.38, *Orson Inc. v. Miramax Film Corp* 79 F3d 1358-1367 (1996).

<sup>48</sup> *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984)

<sup>49</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. *Booklocker.com, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 1:08-cv-00160-JAW, (U.S. District Court District of Maine, 2009).

ABD rekabet hukuku uygulamasında pazar gücünün belirlenmesinde pazar payının tek başına belirleyici olmadığı, pazar payının yanı sıra pazara giriş koşulları,<sup>50</sup> pazardaki diğer oyuncuların piyasa koşullarındaki değişime verebilecekleri (arzı artırmak gibi) tepkiler,<sup>51</sup> pazar paylarının istikrarlı olup olmadığı<sup>52</sup> ve pazarda güçlü bir rakibin varlığı<sup>53</sup> gibi koşulların da incelenerek değerlendirildiği görülmektedir. Bu sayılan koşullar dışında rekabeti kısıtlayıcı etkilerin belirlenmesinde ekonomik modellemeler ve analizler de kullanılabilir.

Dava konusu eylemin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin ispatlanmasıyla birlikte analizin rekabetçi etkilerin ortaya konulması ile ilgili aşamasına geçilmektedir.

#### 1.4.2. Rekabetçi Etkiler

Rekabeti kısıtladığı ortaya konulan eyleme yönelik olarak varlığı ileri sürülen rekabetçi etkilerin ispatlanması yükü ise davalı tarafa aittir. Davalı tarafın ortaya koyması gereken rekabetçi etkilerin neler olabileceğine dair birçok mahkeme kararı bulunmakta ve bu etkiler geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Örneğin *NCAA*<sup>54</sup> kararında 10. Daire anlaşmanın *rule of reason* çerçevesinde incelenmesinde savunma tarafından öne sürülebilecek ekonomik gerekçeleri “*arzın artırılması, operasyonel etkinlikler, ürün veya hizmet kalitesinin artması ve tüketici tercih imkanlarının artırılması*”<sup>55</sup> olarak saymıştır. Kararda onuncu daire ayrıca karlılığın artırılması veya maliyet tasarrufu sağlanmasının haklı ekonomik gerekçe olamayacağını da eklemektedir. Amerikan mahkemeleri ayrıca fiyat dışı dikey kısıtlamalara ilişkin olarak bayinin tüketicilere sunduğu hizmetlerin kalitesinin artırılması<sup>56</sup> ve bedavacılığın önlenmesi<sup>57</sup> gibi etkinlikler yaratan uygulamaların da rekabetçi etkiler doğuracağını kabul etmektedir.

<sup>50</sup> bkz. *Allen Myland Inc. v. IBM*, 33 F3d 194 (3rd Cir), 513 U.S. 1066 (1994) , *Roy B. Taylor Sales Inc. v. Hollymatic Corp.*, 28 F3d 1379 (5<sup>th</sup> Cir. 1994), 115 S. Ct. 779 (1995)

<sup>51</sup> bkz. *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421 (U.S. Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circuit 1995).

<sup>52</sup> bkz. *Winter Hill Frozen Foods and Servs.. Inc. v. Haagen-Dazs Co. Inc.* 691 F. Supp. 539 (1988).

<sup>53</sup> bkz. *New York v. Anheuser-Busch Inc.* 811 F. Supp. 848 (1993)

<sup>54</sup> *Norman Law, Andrew Greer, Peter Herrmann, Michael Jarvis, jr., and Charles M. Rieb v. National Collegiate Athletic Association*, 134 F.3d 1010, (U.S. Court of Appeals 10<sup>th</sup> Circuit, 1998)

<sup>55</sup> para.1023.

<sup>56</sup> bkz. dpnt. 28, para. 36,55.

<sup>57</sup> *Seagood Trading Corp v.Jerrico Inc.*, 924 F.2d 1555 (U. S. Court of Appeals, 11<sup>th</sup> Circuit, 1991) para. 1572-1573

*Rule of reason* kapsamında ekonomik olmayan gerekçelerin nasıl değerlendirileceği önem arz eden bir konudur. 1978 yılında verilen *Professional Engineers*<sup>58</sup> kararında Yüksek Mahkeme, Sherman Kanunu'nun serbest rekabeti temel aldığı dile getirerek sadece rekabeti iyileştiren koşulların *rule of reason* analizinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. 1986 yılında alınan *Indiana Dentists*<sup>59</sup> kararında diş doktorlarının hasta röntgenlerini sigorta şirketlerinden gizlemesini içeren birlik kararı incelenmiştir. Davalı taraf tıbbi kararların üçüncü kişiler tarafından incelenmesinin hizmet kalitesini düşüreceği gerekçesini öne sürmüştür ancak, Yüksek Mahkeme bu gerekçeyi haklı bulmamıştır. Genellikle mahkemelerin ekonomik olmayan gerekçeleri kabul etmemesine rağmen *Brown University*<sup>60</sup> kararında mahkeme farklı bir yol izlemiştir. Olayda bazı üniversitelerin, başarılı öğrencilere verecekleri burs miktarlarını işbirliği yaparak kısıtlamaları incelenmiş, üniversitelerin daha çok öğrenciye burs sağlayabilmek adına böyle bir kısıtlamaya gittikleri yönündeki savunmaları, bölge mahkemesi tarafından bu tür sosyal gerekçelerin kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddedilmekle birlikte karar, temyiz aşamasında 3. dairece bozulmuş ve uygulamanın ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. 3. daire kararda davalı tarafın kısıtlamadan bir ekonomik çıkar elde etmediğini ve kısıtlamanın daha çok öğrencinin burs imkanından faydalanabilmesini sağladığını belirtmiştir.

Yukarıdaki kararlardan hareketle; davalının öne sürebileceği rekabetçi etkiler konusunda bir kısıtlama bulunmadığı ekonomik olarak temellendirilebildiği sürece her türlü etkinlik artışının mahkemeler tarafından değerlendirmeye tabi tutulabileceği söylenebilir. Ancak sadece davalı tarafa fayda sağlayacak etkinlikler değerlendirmede göz önünde bulundurulmamaktadır.

Uygulanan *rule of reason* analizi çerçevesinde davalı tarafından rekabetçi etkilerin varlığının gösterilmesinden sonra ispat yükü bir defa daha taraf değiştirecek ve davacı taraf daha az kısıtlayıcı bir alternatifin bulunduğunu ya da bahse konu etkinlik için dava konusu kısıtlamaya gerek olmadığını ispat etme yükünü üstlenecektir.

### 1.4.3. Daha Az Kısıtlayıcı Alternatif

*Chicago Board of Trade* kararı ile ana hatları çizilen *rule of reason* analizinde aslında yer almayan daha az kısıtlayıcı alternatif basamağının, 1963 yılında alınan *Silver*<sup>61</sup> kararı ile incelemenin içine katıldığı görülmektedir.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> *National Soc'y of Prof. Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978)

<sup>59</sup> *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

<sup>60</sup> *U.S. v. Brown University* 5 F.3d, 658, (U. S. Court of Appeals, 3<sup>th</sup> Circuit 1993)

<sup>61</sup> *Silver v. N.Y. Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).

Olayda Yüksek Mahkeme New York Borsası'nın üye olmayan aracılara (*broker*) haber ajansına erişim imkanı vermemesini incelemiştir. Savunma makamı New York Borsası'nın rekabet hukuku hükümlerinden muaf olduğunu öne sürmüş olsa da, Yüksek Mahkeme sadece Menkul Kıymetler Takas Kanunu'nun uygulanması için gerekli olması durumunda bu muafiyetin geçerli olduğuna ve bunun dışındaki hallerde New York Borsası faaliyetlerinin Sherman Kanunu kapsamında olduğuna hükmederek bu iddiayı reddetmiştir.<sup>63</sup> Böylece Yüksek Mahkeme kararında dava konusu düzenlemenin “*gereğinden fazla kısıtlayıcı*” olup olmadığına incelenmesine yer vermiştir. Bu karardan sonra mahkemeler daha az kısıtlayıcı alternatiflerin varlığının incelenmesi yöntemine *rule of reason* analizi çerçevesinde yer vermeye başlamış ve bu eğilim Feldman'a (2009, 568) göre akademik çevrelerde de yoğun şekilde desteklenmiştir. Yine Feldman'a göre Yüksek Mahkeme aslında *rule of reason* analizinin temeli olan net rekabetçi etkilerin incelenmesinden sapma yaratacak böyle bir uygulamayı önermemiştir. Buna rağmen şaşırtıcı biçimde bu yöntem yaygın kabul görmüş ve uygulanmıştır. Yazara göre daha az kısıtlayıcı alternatif incelemesi uygulamasında mahkemeler arasında fikir birliği de sağlanamamıştır. Örneğin mahkemelerin büyük bir kısmı *rule of reason* analizinin bu basamağında ispat yükünün iddia makamında olduğunu kabul ederken yedinci daire ve D.C. Bölge Mahkemesi ispat yükünün davalı tarafa ait olduğunu kabul etmektedir. 2. ve 11. daire kararlarında ise davadan davaya ispat yükünün kimde olduğuna dair çelişkili kararlar verildiği görülmektedir.

Daha az kısıtlayıcı alternatif analizi ayrıca pratik bakımdan da eleştirilerle karşılaşmaktadır. Areeda (1981, 37-38) daha az kısıtlayıcı bir alternatifin rekabeti daha az etkileyeceğini kabul etmekle birlikte, alternatif bir kısıtlamanın aynı sonuçlara ulaşacağını varsayımsal olarak ortaya konulmasının zor ve tartışmalı olduğunu öne sürmektedir. Ayrıca Areeda incelemenin hangi alternatiflere kadar indirgeneceğinin, diğer bir ifadeyle “*nerede durulacağı*”, bir sorun olduğunu belirtmektedir.

Sonuç olarak daha az kısıtlayıcı alternatif analizinin, tüm tartışmalara rağmen modern *rule of reason* analizinin bir basamağı olduğu ve çeşitli farklı uygulamalarına rağmen halen mahkemelerce kullanıldığı söylenebilir.

<sup>62</sup> Esasen daha az kısıtlayıcı bir alternatifin varlığı incelemesinin ortaya çıkışı 1898 yılında *Addyston Pipe & Steel Co. v. U.S.* kararına (*Addyston Pipe & Steel Co. v. U.S.*, 175 U.S. 211 (1899)) dayandırılmaktadır. Kararda Yargıç Taft, yan sınırlama doktrini ve daha az kısıtlayıcı alternatifin varlığına dair tespitlerde bulunmuş ve bu yöntem daha sonraki yıllarda çeşitli mahkemelerce de kullanılmıştır. Ancak Silver kararı ile bu yöntem makullük kuralı analizi içerisine ilk kez dahil edilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Feldman (2009, 561-571).

<sup>63</sup> para. 345.

#### 1.4.4. Olumlu ve Olumsuz Etkilerin Dengelenmesi

*Rule of reason* analizinde kullanılan son basamak ise rekabeti kısıtlayan anlaşma veya eylemin olumlu ve olumsuz yönlerinin dengelenerek, rekabet üzerindeki net etkinin değerlendirilmesidir. *California Dental*<sup>64</sup> kararında da ortaya konduğu üzere dengeleme sonrasında eğer rekabetçi etkiler ağır basıyorsa dava konusu eylem hukuka uygun, rekabeti kısıtlayıcı etkiler ağır basıyor ise ihlal olarak nitelendirilecektir.

Yüksek Mahkeme kararları dengeleme işleminin nasıl yapılacağına dair hangi etkilerin ne şekilde ele alınacağını içeren analitik bir çerçeve oluşturabilecek bir rehberlik sağlamamaktadır. Nitekim ortaya çıkacak olumlu ve olumsuz etkilerin ortak bir birim baz alınarak ölçülmesi bile pratik nedenlerden pek mümkün görünmemektedir. Yargıç Bork, *Rothery*<sup>65</sup> kararında bu duruma dikkat çekmiş, dengelemenin nicel değerleri karşılaştırmak olarak ele alınması halinde kullanılabilir bir formül olmayacağını belirtmiştir. Nitekim Fikri Mülkiyet Rehberi'nde<sup>66</sup> rekabet karşıtı etkiler ile rekabetçi etkilerin değerlendirilmesinde, ilgili otoritenin zorunlu olarak nitel bir değerlendirme yapması gerektiği belirtilmektedir. Dengeleme yaklaşımında rekabet üzerindeki etkilerin nitel ve sübjektif bir şekilde ele alınması, Easterbrook'a (1984, 123) göre *rule of reason* uygulanan davaların sonuçlarının tahmin edilmesini zorlaştırmaktadır.

Dengeleme analizinin uygulanmasına dair bu belirsizlik günümüzde de giderilememiştir. Bunun başlıca nedeninin *rule of reason* analizine tabi tutulabilecek davaların bu aşamaya gelmeden önce sonuçlandırılması ve analize gerek kalmaması olduğu söylenebilir. Davaların bu şekilde sonuçlanması dolayısıyla mahkemeler pratikte dengeleme analizini uygulama imkanı bulamamış, bu durum bir bakıma konunun tartışılmasını ve çözümlenmesini engellemiştir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar *rule of reason* uygulaması bakımından görüldüğü üzere pratikte çeşitli sorunların bulunduğunu göstermektedir. Öncelikle ilgili pazarın (ve dolayısı ile pazar gücünün) belirlenmesi oldukça pahalı, zaman alıcı ve karmaşık bir süreçtir. İlgili pazarın belirlenmesinden sonra ise teşebbüsün pazar gücünü belirlemede kullanılan pazar payı eşliğinin Sherman Kanunu ikinci maddesi uygulamasında kullanılan eşiklerle uyumsuz olması diğer bir önemli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında

<sup>64</sup> *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999)

<sup>65</sup> *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc* 792 F.2d 210 (U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1986), dpnt.11

<sup>66</sup> Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (1995) (<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>)

“daha az kısıtlayıcı alternatif” ve “olumlu ve olumsuz etkilerin dengelenmesi basamakları” da uygulanmalarındaki zorluklar ve belirsizlikler nedeniyle sorunlara yol açmaktadır.

*Rule of reason* analizi ve uygulaması gerek esas gerekse usul açısından birçok eleştiriye maruz kalmaktadır. Aşağıda *rule of reason* analizine yöneltilen bu eleştirilere yer verilmektedir.

### 1.5. RULE OF REASON'A YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

ABD mahkemelerince uygulanmaya başladığı ilk yıllardan itibaren *rule of reason* uygulaması çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve bu eleştiriler günümüze kadar da sürmüştür. Daha önce de değindiğimiz üzere *rule of reasona* yöneltilen ilk eleştiriler Sherman Kanunu birinci maddesinin yorumlanmasına ilişkindir. Özellikle Yargıç Harland maddenin davalara uygulanmasında ihlal tespiti açısından makul olan ve olmayan ayırımının benimsenmesinin, mahkemelerin kanun koyucu yerine geçmesine neden olacağını, böylesi genişletici bir yorumun anayasa ihlali olduğunu öne sürmüştür. Kanun'un katı lafzı yorumundan kaynaklanan bu eleştiri, *rule of reason* uygulamasının yaygınlaşması ile bizce artık önem taşımamaktadır. Nitekim iş dünyasının hızla geliştiği bir ortamda bu tür bir katı yorum rekabet hukuku kurallarının uygulama alanını daraltacak ve yasa koyucunun amacı ile uygulama arasında bir çelişki doğuracaktır. Günümüzde *rule of reasona* yöneltilen eleştiriler de genellikle kuralın içerdiği analizin pratikte uygulanabilirliğine ve doğurduğu sonuçlara yöneliktir. Bu açıdan *rule of reason* analizinin zaman alıcı ve pahalı bir süreç olması en başta yöneltilen eleştirilerdendir.

Piraino (Areeda ve Markovits'e atıfla<sup>67</sup>) *rule of reason* davalarının maliyetli olduğunu söylemektedir. Piranio'ya (1994, 1763) göre buna yol açan öncelikli neden *rule of reason* analizi uygulamasında pazar gücünün belirlenmesi için birçok ekonomistin görüşüne ve rakip teşebbüslerin ifadesine başvurulması gerekliliğidir. Örneğin 1993 yılında görülen *Visa/Mastercard*<sup>68</sup> davasında DOJ 180 kişi ile görüşmüş en az dokuz DOJ ekonomisti soruşturmada yer almış ve temyiz süreci de dahil olmak üzere dava on yıl kadar sürmüştür (Stucke 2009, 1398). Yine Piranio'ya göre pazar gücünün ortaya konulmasıyla ilgili önemli diğer bir sorun bu analizin temelini oluşturan ilgili ürün ve coğrafi pazarın belirlenme sürecinin “zor, karmaşık, zaman alıcı ve pahalı” olmasıdır.

<sup>67</sup> AREEDA, P. (1985), “The Changing Contours of the Per se Rule”, 54 Antitrust Law Journal, Vol:54 sf:27, MARKOVITS, R. S. (1990), The American Antitrust Laws on the Centennial of the Sherman Act: A Critique of the Statutes Themselves, Their Interpretation, and Their Operation”, Buff. Law Review. Vol:38 sf:673.

<sup>68</sup> U.S. v. *Visa U.S.A., Inc.*, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001)

*Times-Picayune*<sup>69</sup> kararında Yüksek Mahkeme ilgili pazarın nasıl belirleneceğine dair şu tespitte bulunmuştur:

*“Her ürünün ikamesi vardır. Ama ilgili pazarın, bu sonsuz genişliği kapsamı anlamlı olmaz. İlgili ürün pazarı belirlenirken, makul fiyat değişikliklerine rağmen, nispeten önemsiz sayıda müşterinin yöneleceği ikame mallar dışarıda kalacak şekilde çember daraltılmalıdır”*<sup>70</sup>.

Bu kapsamda ilgili ürün pazarının belirlenmesi için karmaşık fiyat ve diğer veri setlerinin ekonomik olarak incelenmesi, çeşitli varsayımlara dayanarak talep ve arz esnekliklerinin yaklaşık olarak hesaplanması gerekmektedir. Bu ise açıkça (ürüne göre değişmekle birlikte) karmaşık ve zor bir inceleme yapılmasını gerektirecektir. Pitofsky (1987, 821) de uygulamadaki bu güçlüğü atıfla “ *ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımlanmasını gerektiren pazar gücünün ölçülmesi rekabet hukuku uygulamasının en anlaşılması zor ve güvenilmez yönüdür*” diyerek analizin bu basamağının sorunlarına işaret etmektedir. Ayrıca dava sürecinin bu kadar pahalı ve zaman alıcı olmasının ise birçok avukatın *rule of reason* analizine tabi olayları mahkemeye taşımaktan kaçınmaları sonucunu doğurduğu eklenmelidir.

*Rule of reason* uygulamasına getirilen diğer bir eleştiri ise yeterince açık olmaması dolayısıyla, pazardaki teşebbüsler açısından belirsizliği artırma sonucu doğurmasıdır. Stucke’ye (2009, 1422) göre *rule of reason* değerlendirmesinin gerektirdiği olay bazlı incelemenin, basit ve anlaşılabilir kurallar içermemesi teşebbüslerin faaliyetleri açısından belirsizlik yaratmakta, teşebbüsler hangi faaliyetlerin yasak olduğunu hangilerinin olmadığını tam olarak tahmin edememektedir. Ayrıca *rule of reason*ın gerektirdiği ekonomik yöntemler de doğası gereği belirsizlik doğurabilmektedir. Dava konusu eylemin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ortaya konulmasında neo-klasik iktisat araçları kullanılmakta, pazardaki teşebbüslerin her zaman karlarını maksimize etmek üzere kendi çıkarları doğrultusunda faaliyet gösterdikleri varsayılmaktadır. Yazara göre bu varsayımlar her zaman pazar gerçekleriyle örtüşmemekte ve aynı zamanda farklı iktisadi yaklaşımlar farklı sonuçlar verebilmektedir. Bu durum teşebbüslerin hangi eylemlerinin *rule of reason* çerçevesinde ihlal oluşturacağını tahmin edebilmelerini zorlaştırmaktadır.

Yukarıda sayılanlara ek olarak incelemenin son basamağı olan rekabetçi ve rekabeti kısıtlayan etkilerin dengelenmesi analizi sonuçlarının öznel olmaması da *rule of reason* uygulamasının belirsizlik yaratmasının sebeplerinden biri olarak görülebilir. Çoğunlukla inceleme konusu eylem veya anlaşmanın olumlu ve olumsuz etkilerinin ölçülebilir ve/veya karşılaştırılabilir

<sup>69</sup> Times-Picayune Publishing Corp. v. Schulingkamp, 419 U.S. 1301 (1974)

<sup>70</sup> Kemal Tahir SU, “Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi” Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, sf 4.



olmadığı görülmektedir. Rekabetçi ve rekabeti kısıtlayan etkilerin doğası gereği ortaya çıkan bu durum, teşebbüslerin kendi davranışlarını kanun çerçevesinde değerlendirebilmelerini zorlaştırmaktadır. Nitekim Waller (200, 722) bu durumu “*çözülmemiş dengeleme sorunu*” olarak adlandırmakta, uygulamada mahkemelerin olumlu ve olumsuz etkileri nadiren dengelemediğini öne sürmektedir. Carrier (2009) tarafından yapılan istatistiksel bir çalışma da bu sonucu destekler niteliktedir. Carrier çalışmasında 2 Şubat 1999 ve 5 Mayıs 2009 tarihleri arasında görülen tüm federal davaları incelemiştir. Carrier’ın çalışmasına göre bu tarihler arasında görülen davalardan 222 tanesinde *rule of reason* uygulanmış ve bunlardan sadece beş tanesinde mahkeme dengeleme analizine başvurmuştur. Waller’a (2008 722,723) göre davalının rekabetçi etkileri yeterince güçlü kanıtlarla sunamadığı durumlarda mahkeme davacı lehine karar vermekte, davalının geçerli rekabetçi etkiler ortaya koyması durumunda ise davalı lehine karar vermektedir. Waller mahkemelerin hâlihazırda dengeleme analizi yapabilecek araçları haiz olmadıklarını da öne sürmektedir.

*Rule of reason* analizine getirilen bir diğer eleştiri ise iktisadi analizin karmaşık ve zor olması yanında oldukça güçlü verilerle desteklenmesi gerektiğinden, neredeyse her zaman davalı lehine karar verilmesidir. Nitekim Carrier’in yukarıda bahsedilen çalışması bu iddiayı destekler niteliktedir.<sup>71</sup> Aşağıda Tablo 1.’de Carrier’in çalışması kapsamında incelediği davaların hangi aşamalarda tamamlandığı görülmektedir.

**Tablo 1: 1999-2009 Tarihleri Arasında Rule of Reason İncelemesine Tabi Tutulan Davalar**

Dava Sonucu	Dava Sayısı	Oran (%)
Rekabeti kısıtlayıcı etki tespit edilmedi	215	96,80
Rekabetçi etki ispatlanamadı	0	0
Rekabetçi etki ispatlandı	1	0,50
Daha az kısıtlayıcı alternatif bulunamadı	1	0,50
Dengeleme	5	2,20
<b>Toplam</b>	<b>222</b>	<b>100</b>

Kaynak: Carrier (2009)

<sup>71</sup> Carrier 1999 tarihli “*The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnet*” başlıklı çalışmasında da 1977-1999 tarihleri arasında görülen *rule of reason* uygulanan 495 davayı incelemiştir, bu davalardan %84’ünün ilk aşamada, %3’ünün ikinci aşamada %1’inin üçüncü aşamada ve %4’ünün ise son aşamada çözüldüğünü tespit etmiştir.

Carrier'ın araştırmasına göre *rule of reason* kapsamında incelenen 222 davadan sadece bir tanesinde ihlal tespit edilmiş, diğer 221 dava ise davalı lehine sonuçlanmıştır. Ayrıca *rule of reason* analizinin uygulandığı davaların % 96,8'inde (215) iddia makamı rekabeti kısıtlayıcı etkilerin varlığını ispat edememiştir. Bu davaların 110 tanesinde mahkeme, pazar gücüne değinmeden, iddia makamının rekabet karşıtı etkileri ispatlayamadığı, 66 tanesinde pazar gücü bulunmadığı, 32 tanesinde hem pazar gücü hem rekabeti kısıtlayıcı etkilerin bulunmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Görüldüğü üzere, uygulamada *rule of reason* incelemesi kapsamında bulunan anlaşma ve eylemlerin yasaklanması oldukça istisnai bir haldir. Nealis (2000, 354) bu nedenle Sherman Kanunu birinci maddesi davalarının iddia makamının dava konusu eylemin *per se* kapsamında olduğunu göstermesi ve davalı tarafın aksini ispatlamaya çalışması mücadelesine indirildiğini ileri sürmektedir.

Nealis uygulamada ortaya çıkan bu sonuçtan hareketle *rule of reason* yerine radikal yeni bir standart önermektedir. Nealis'e göre *rule of reason* terk edilmeli, *per se* kapsamına girmeyen her anlaşma *per se* hukuka uygun bulunmalıdır (*per se legal*). Analizin uygulamasına dair bu sonuçlar, kuralın uygulama kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde ilginç bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Daha önce değindiğimiz üzere *Sylvania* kararı ile başlayan süreçte *rule of reason* uygulama kapsamı *per se* aleyhine genişlemiş, özellikle dikey kısıtlamalar *rule of reason* incelemesine tabi tutulmaya başlanmıştır. Pratikte ise *rule of reason* analizinin büyük çoğunlukla davalı lehine sonuç verdiği göz önünde bulundurulduğunda ABD'de dikey bir kısıtlamanın ihlal olarak nitelendirilebilmesi için Sherman Kanunu birinci maddesinden ziyade ikinci maddesinin kullanılabilir bir araç olduğu ileri sürülebilecektir.

Bu noktaya kadar ortaya konulmaya çalışılan eleştirilere ek olarak *rule of reason* aynı zamanda (olay bazında incelemenin doğal bir sonucu olarak) siyasi ve idari müdahaleye açık olması yönünden de eleştirilmektedir.

*Rule of reason* uygulamasına yöneltilen tüm eleştiriler bir arada düşünüldüğünde, kuralın "hukukun üstünlüğü" ilkesini de tehlikeye attığı tartışılmaktadır (Stucke 2009, 1417). Kısaca devletin içindeki tüm mekanizmaların, önceden tespit edilmiş bazı kanun ve kurallar içinde işleyeceği anlamına gelen hukukun üstünlüğü ilkesi, hukuk kurallarının uygulanmasında "keyfilik" olmayacağı anlamını da içermektedir. Stucke'a göre "hukukun üstünlüğü" ilkesinin varlığının sağlanması için hukuk kuralları;

- i. idarenin yaptırım gücünün keyfi kullanılmasını önlemek adına "öngörülebilir, açık ve ulaşılabilir" olmalı,

- ii. ilgili otoritenin yaptırım gücünün belirli durumlarda nasıl kullanılacağına öngörülebilmesini ve kişilerin bu öngörüye göre kendi davranışlarını belirleyebilmesini sağlamalı,
- iii. tüm kişilere eşit bir şekilde uygulanmalıdır.

Stucke buradan hareketle *rule of reason* uygulamasının, içerdiği sorunlar nedeniyle çoğu olayda teşebbüslere yeterince açık ve anlaşılabilir bir yol gösterememesi ve hukuki belirsizlik doğurması nedeniyle hukukun üstünlüğü ilkesini zedelediğini öne sürmektedir (Stucke 2009, 1417-1466).

Modern ABD rekabet hukuku uygulamasında *rule of reason, per se* karşısında uygulamada esas kabul gören kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus kimi yazarlarca *per se* ve *rule of reason* prensiplerinin birbirinin alternatifi olan iki farklı yöntem değil; rekabet hukuku uygulamasında kullanılacak bir analiz yelpazesinin iki uç noktası olarak görüldüğüdür. Örneğin Yargıç Stevens *NCAA*<sup>72</sup> kararında “*per se* kuralını *rule of reason* analizinden ayıran belirli bir çizgi yoktur” tespitinde bulunmuş; benzer bir şekilde Christiansen ve Kerber (2005, 4-5) de *per se* ve *rule of reason* arasında kesin bir ayırım olmadığını bu iki yöntemin sadece iki uç tercih olduklarını dile getirmiştir. Bizce *per se* kuralı daha katı bir hukuki çerçeve ortaya koyarken, *rule of reason* ekonomik yaklaşımı temel alan ayrıntılı bir incelemeyi içermektedir.

*Rule of reason* uygulamasının mahkemeler tarafından *per se* kuralına tercih edilmesinin sebebinin, piyasaların katı kurallarla düzenlenemeyecek kadar hızla gelişmesi ve bu gelişmeye hukuk düzeninin ayak uydurabilmesi için daha esnek ve ekonomik bir yaklaşımın tercih edilmesinin gerekliliği olduğu söylenebilir. ABD mahkemelerinin *rule of reason* kapsamı lehine yorumları, modern iş dünyasının karmaşık yapısı içinde bir anlaşma ve eylemin hem olumlu hem de olumsuz sonuçlarının olabileceğini, söz konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının ise nihai etkisine bakılarak belirlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>72</sup> National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla, 468 U.S. 85 (1984)

## Bölüm 2

### RA 81. MADDE ve MODERNİZASYON SÜRECİ

RA 81. ve 82. maddeleri AT rekabet hukukunun kaynağını oluşturmaktadır. RA'nın üç paragraftan oluşan 81. maddesi ilk paragrafında rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya bozulmasını yasaklamakta ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara örnek getirmekte, ikinci paragrafında ihlal niteliği bulunan sözleşmelerin hükümsüzlüğünü ve üçüncü paragrafta ise belirli şartları taşıyan anlaşmalar bakımından birinci paragrafın uygulanmayacağını düzenlemektedir.

Maddenin yapısal tasarımı değerlendirildiğinde Amerikan rekabet hukukuna kaynaklık eden ve 81. maddenin ABD'deki karşılığı olduğu söylenebilecek olan Sherman Kanunu'ndan farklılaştığı görülmektedir. Sherman Kanunu birinci maddesi "*Federe devletlerarası veya yabancı ülkeler ile yapılan ticareti veya alışverişi kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst ya da başka biçimdeki birleşme veya gizli işbirliği hukuka aykırıdır...*" diyerek herhangi bir muafiyet hükmü getirmeden rekabeti kısıtlayan her türlü sözleşme, birleşme ve gizli işbirliğini doğrudan yasaklamakta, uygulamada ise hangi faaliyet ve anlaşmaların "*rekabeti kısıtladığına*" dair yorumu mahkemelere bırakmaktadır. Önceki bölümde de değinildiği üzere, Sherman Kanunu birinci maddesinin uygulanmasında Amerikan mahkemeleri özellikle son otuz yıl içinde neoklasik iktisadı temel alan ekonomik bir yaklaşımı benimsemişlerdir.

RA 81. maddesi ise ilk paragrafında rekabeti kısıtlayan anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemlere yasak getirilen, üçüncü paragrafta ise bu yasaklamanın uygulanmayacağı istisnai hallerin belirtildiği "*ikili*" (*bifurcated*) bir yapıya sahiptir. Bu bağlamda maddenin üçüncü paragrafı, ABD'de mahkemelerin yetki alanına bırakılan meseleleri, Komisyonun düzenleme alanı içine almakta bu da rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla ilgili düzenlemeler açısından ABD ve AT rekabet hukuku kuralları arasında var olan önemli farklardan birini yaratmaktadır.

81. maddenin yukarıda bahsedilen "*ikili yapısı*", maddenin bir bütün olarak farklı şekillerde yorumlanabilmesi sonucunu doğurmakta ve özellikle

81(3). maddenin, 81(1). madde ile olan ilişkisini ve rekabet hukuku uygulamasında izlenecek yöntemi de etkilemektedir. Jones ve Sufirin (2008, 207), literatürde 81(1). madde ile 81(3). madde arasındaki ilişkiye dair üç farklı yorumun savunulduğunu belirtmektedir. İki paragrafın uygulanmasına dair getirilen bu yorumlara aşağıda yer verilmiştir.

- i. İlk yoruma göre 81(1). madde, rekabeti kısıtlayan anlaşmaların tespitinde bir nevi “ağ” görevi görecektir, bu ağa takılan anlaşmaların rekabetçi ve rekabet üzerindeki olumsuz etkileri 81(3). madde bağlamında yapılacak daha ayrıntılı, yapısal bir analiz ile tespit edilerek muafiyete ilişkin karar verilecektir.
- ii. Maddenin uygulanmasına dair getirilebilecek ikinci yaklaşım daha iktisadi temeller üzerine kurulmuştur. Buna göre bir anlaşmanın 81(1). madde kapsamında ihlal olup olmadığı değerlendirmesi 81(3). maddedeki koşullar ışığında yapılacak ve anlaşmanın içerdiği kısıtlamalar ile doğurduğu etkinliklerin tüketici refahı üzerindeki etkisi değerlendirilerek dengelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca bu değerlendirmede çevre, istihdam, sağlık, kültür gibi konularda sosyal politika hedeflerine yönelik faydalar da göz önüne alınabilecektir<sup>73</sup>.
- iii. Son yorum ise muafiyet analizinde etkinlik ve rekabeti kısıtlayıcı etkilere dair yapılacak incelemenin iki bent arasında paylaşılması şeklinde olabileceğidir. Buna göre anlaşmanın kısıtlayıcı hükümleri sonucu rekabet üzerinde ortaya çıkacak olan olumsuz etkiler 81(1). madde kapsamında değerlendirilirken etkinlik doğurucu sonuçlar 81(3). madde hükümleri çerçevesinde incelenecek ve bu iki kısımlı analiz sonucunda karar verilecektir.

İlk yorum 81(1). madde çerçevesinde katı hukuki bir inceleme içerirken, ikinci yorum ise bir anlaşma veya eylemin 81(3). maddedeki koşulları sağlaması halinde (ABD sistemine benzer bir şekilde) rekabeti kısıtlamadığının kabulünü önermekte, son yorum ise iki madde arasında paylaşılacak bir ekonomik analizi içermektedir. Aşağıda muafiyet kuralının uygulanmasını da etkileyecek olan RA 81. maddenin yorumlanmasına ilişkin Topluluk mahkemeleri ve Komisyonun yaklaşımı üzerinde durulmuştur.

<sup>73</sup> Öte yandan maddenin, genel sosyal politika amaçlarının da etkinlikler arasında değerlendirilmesi sonucunu verecek bu yorumun çok farklı amaçların birbirleri ile çatışması sonucunu doğuracağı, rekabet kurallarının uygulanabilirliğini azaltacağı öne sürülmektedir (Drahos, 2001).

## 2.1. MODERNİZASYON ÖNCESİ RA 81. MADDENİN YORUMLANMASI ve UYGULANMASI

### 2.1.1. Genel Olarak

81. maddenin uygulanmasına ilişkin ilk düzenleme 1962 yılında yayımlanan “RA 85. ve 86. Maddelerinin<sup>74</sup> Uygulanmasına İlişkin Tüzük”<sup>75</sup> (17 sayılı Tüzük)’tür. Genel olarak AT hukuku usul kurallarını düzenleyen 17 sayılı Tüzük ile AT, Komisyona 81(3). madde hükümlerini uygulama yetkisini münhasıran vermiş ve yerel mahkemeler ile ulusal rekabet otoritelerini muafiyet uygulamasına dahil etmemiştir. Bunun doğal sonucu olarak 17 sayılı Tüzük ile 81(3). madde bağlamında muafiyet almak isteyen anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının, konuya ilişkin karar alıcı tek merci olan Komisyona bildirilmesi zorunluluğu doğmuş; bildiri esas alan bir “*merkezi izin sistemi*” uygulanmaya başlamıştır.

Nicolaidis (2005, 2), 17 sayılı Tüzük’ün yayımlanmasından sonra Komisyonun 81. maddenin uygulanmasında ekonomik analizi temel alan bir yaklaşım yerine katı hukuki bir yaklaşım benimsediğini öne sürmektedir. Komisyonun 81(1). madde kapsamında katı ve şekilsel bir yaklaşımı benimsemesi, ekonomik incelemeyi ise 81(3). madde çerçevesinde yürütmesi literatürde eleştirilmiştir (Wesseling 2001, 82). Jones ve Sufrin’e (2008, 208) göre Komisyonun bu katı yaklaşımının altında 81. madde uygulamasının teşebbüsler arasında kısıtlayıcı davranışların azaltılması, rekabetin özendirilmesi ve tek pazar hedefinin önündeki engellerin aşılması için bir araç olarak kullanılması yatmaktadır. Monti’ye (2002, 1059) göre 81. maddesinde düzenlenen rekabeti kısıtlayıcı eylem ve davranışlar neoklasik iktisat teorisinin ortaya koyduğundan farklı bir anlam taşımaktadır. Yazar, Möschel’e atıfla (AT) rekabet politikasının amacının “*bireylerin ekonomik özgürlüklerinin korunması*” olduğunu öne sürmekte, kaynakların uygun tahsisi sonucu toplam refahın korunmasını hedef alan neoklasik yaklaşımı eleştirmektedir. Uygulamada, rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin toplam refah üzerinde yarattığı etkilerin değil, pazardaki teşebbüslerin ekonomik özgürlüklerinin kısıtlanıp kısıtlanmadığının rekabet hukuku açısından ele alınması gerektiğini savunan bu yaklaşım, Ordo-Liberal yaklaşım veya Freiburg ekolü olarak adlandırılmaktadır (Gerber, 1994, 42). Monti (2002, 1061), Komisyon uygulamasında Ordo-Liberal yaklaşımın benimsenmesinin nedenlerinin, RA’nın rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin RA’nın hazırlık aşamasında bu yaklaşımdan etkilenilmesi ve RA 81. maddenin tasarımının Ordo-Liberal yaklaşımın uygulanmasına müsait olması olarak

<sup>74</sup> 81. ve 82. maddeler

<sup>75</sup> Council Regulation No 17 of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 204/62 (1962)

açıklamaktadır. Weitbrecht (2008, 83) da RA'nın imzalandığı tarihte üye ülkelerden ulusal rekabet hukuku kurallarına sahip tek ülkenin Almanya olduğunu bu nedenle Alman menşeli Ordo-Liberal yaklaşımın topluluk rekabet hukuku kuralları uygulamasını ve politikasını etkilediğini öne sürmekte ve rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında pazar entegrasyonu hedefine öncelik verildiğini eklemektedir. Monti'ye (2002, 1060) göre etkinliklerin ve toplam refah üzerindeki etkilerinin 81(1). madde kapsamı içerisinde değerlendirildiği bir sistemde, temel açmaz, rekabet üzerindeki olumlu etkilerin olumsuz etkileri bertaraf etmesi durumunda inceleme konusu eylem veya anlaşmanın rekabeti kısıtlamadığı sonucuna ulaşılması ve 81(3). maddesinin işlevini yitirmesi olacaktır.

Sonuçta Ordo-Liberal bakış açısı Komisyon rekabet hukuku uygulamalarını yakın geçmişe kadar etkilemiş, Komisyon “*rekabetin kısıtlanması*” kavramını “*gerçek ve tüzel kişilerin ekonomik özgürlüklerinin kısıtlanması*” olarak yorumlamıştır. Ancak önemle belirtilmelidir ki Komisyonun bu katı yaklaşımı Topluluk mahkemeleri tarafından benimsenmemiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı<sup>76</sup> (ATAD) özellikle dikey anlaşmalara ilişkin önüne gelen olaylarda zaman içerisinde anlaşmaların etkilerinin ortaya konulmaya çalışıldığı daha esnek bir değerlendirme yapma yolunu seçmiştir (Verouden 2003, 538-539). Ancak Topluluk mahkemeleri tarafından benimsenen bu esnek yaklaşım pratikte Amerika benzeri bir *rule of reason* uygulamasına dönüşmemiş, 81(1). madde kapsamında rekabetçi ve rekabeti kısıtlayan etkilerin karşılaştırılmasına yer olmadığı genel kabul görmüştür. Aşağıda Topluluk mahkemelerinin 81. maddeye ilişkin yorumlarına örnek teşkil eden kararlara yer verilmiştir.

### 2.1.2. ATAD Kararları ve Uygulama

Komisyonun katı hukuki yaklaşımının aksine ekonomik etkilerin göz önünde bulundurulduğu ilk karar *Société Technique Minière*<sup>77</sup> (STM) kararıdır. Kararda Fransız mahkemesi ATAD'dan STM ve Maschinenbau Ulm arasındaki münhasır sağlayıcılık anlaşmasına dair bağlayıcı “öngörüş” (*preliminary ruling*)<sup>78</sup> talep etmiştir. Teşebbüsler arasındaki münhasır sağlayıcılık anlaşmasına göre STM, Maschinenbau Ulm tarafından üretilen ürünleri münhasıran satma hakkına sahiptir. Ancak anlaşma paralel ithalat veya ihracatı kısıtlamamaktadır. Konuya ilişkin değerlendirmesinde ATAD bir anlaşma veya

<sup>76</sup> European Court of Justice (COJ).

<sup>77</sup> *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* (1966) E.C.R. 235.

<sup>78</sup> RA 234. maddeye göre üye devlet mahkemeleri ATAD'dan RA'nın çeşitli maddelerinin uygulanmasında görüş isteyebilmektedir, ATAD'ın görüşü hukuken bağlayıcı nitelikte kabul edilmektedir.

eylemin 81(1). madde kapsamında olup olmadığının incelenmesinde “anlaşmanın hukuki doğasından ziyade üye ülkeler arası ticaret ve rekabet üzerindeki etkilerini temel alan belirli koşulların”<sup>79</sup> araştırılması gerektiğine işaret etmiştir.

ATAD kararda 81(1). maddenin yorumlanmasında “amaç” ve “etki” kavramlarına özel önem atfetmiş, bir anlaşma veya eylemin 81(1). madde kapsamında değerlendirilebilmesi için anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi taşıması gerektiğini belirlemiştir. Verouden (2003, 542) ATAD’ın sonraki kararlarında “amaç” ve “etki” kavramlarına açıklık getirdiğini, amacı rekabeti kısıtlamak olan bir anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin de doğası gereği aşikâr olacağını, bu durumlarda etki değerlendirmesinin gerekmeyeceği içtihadının oluştuğunu belirtmektedir.

ATAD kararda ayrıca mahkemenin göz önünde bulundurması gereken çeşitli ekonomik unsurlara da yer vermiştir. ATAD’a göre anlaşmanın 81(1). madde kapsamında değerlendirilmesinde

“ anlaşma kapsamındaki ürünün yapısı ve miktarı, sağlayıcının ve alıcının pazardaki yeri ve önemi, tek başına anlaşmanın yapısı veya bir dizi anlaşma arasındaki yeri, anlaşma hükümlerinin ağırlığı, rakiplere paralel ithalat ve ihracatla sağlanan imkanlar” göz önünde bulundurulmalıdır<sup>80</sup>.

STM kararı ile mahkemenin, ekonomik özgürlüğü kısıtlayan anlaşmaların eşanlı olarak rekabeti de kısıtladığı görüşüne nispeten daha esnek bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Ancak ATAD aynı yıl görülen *Consten Grundig*<sup>81</sup> davasında konuya ilişkin farklı bir yorumu benimseyen hükme ulaşmıştır.

Davada Alman radyo ve televizyon üreticisi Grundig ile Fransız toptancısı Consten arasında yapılan dağıtım anlaşması incelenmektedir. Anlaşmanın başka bir Fransız dağıtıcı tarafından şikâyet edilmesi üzerine Komisyon anlaşmayı incelemiş ve anlaşmanın Consten’i diğer Grundig distribütörlerinin rekabetçi baskısından koruduğu gerekçesiyle 81(1). maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kararında özellikle marka içi rekabet üzerinde duran Komisyon, marka içi rekabetin tüketicilerin Grundig ürünlerine düşük maliyetlerle ulaşmaları için önemli bir unsur olduğunu değerlendirmektedir<sup>82</sup>. Kararın temyizi için ATAD’a başvuran Grundig ve Consten rekabetin ana unsurunun, markalar arası rekabet olduğunu, Komisyonun 81(1). maddeyi uygularken anlaşmanın farklı markalar arasındaki rekabet üzerindeki etkilerini

<sup>79</sup> para. 248.

<sup>80</sup> para. 250.

<sup>81</sup> *Grundig and Consten v. Commission* E.C.R. 299, (1966).

<sup>82</sup> *Grundig-Consten* kararı 1964 OJ 2545.



göz önüne alan bir “*rule of reason*” analizi yapması gerektiğini savunmuştur<sup>83</sup>. Ayrıca Grundig ve Consten dikey dağıtım anlaşmalarının rekabeti kısıtlamadığına dair bir varsayım olduğunu, mevcut olayda bu varsayımı ortadan kaldıracak bir hususun bulunmadığını, aksine marka içi rekabet kısıtının markalar arası rekabeti artırdığını da öne sürmüştür<sup>84</sup>.

ATAD, 81(1). maddenin sadece markalar arası rekabeti kapsamadığını marka içi rekabet ve dikey kısıtlamaların da madde kapsamında olduğuna hükmetmiş, anlaşmanın diğer Grundig ithalatçıları dışlayarak rekabeti kısıtladığını belirterek Komisyon kararını onamıştır<sup>85</sup>. Ayrıca kararda ATAD “*RA'nın temel hedeflerinden birinin üye ülkeler arası ticaret engellerini kaldırmak*” olduğunu, “*bu nedenle üye ülkeler arası ticaret engeli oluşturmaya yönelik davranışlara izin*” verilmeyeceğini vurgulamıştır. Bu kararla ATAD, pazar entegrasyonu hedefinin önemini ortaya koymaktadır.

Verouden'e (2003, 545-546) göre karar STM kararının içerdiği ekonomik etki prensibini reddetmemekte ancak, bölgesel korumaları amaç açısından rekabeti kısıtlayan uygulamalar kapsamına almaktadır. Dolayısıyla amaç açısından rekabeti kısıtlayan bir eylemin etkilerinin araştırılması da gereksiz olacaktır. Pazar entegrasyonu hedefine verilen önem ile birlikte düşünüldüğünde bu yaklaşımın tutarlı olduğu söylenebilir. Aynı şekilde Amerika uygulaması ile karşılaştırıldığında kararın benzer bir sonuca ulaşan *Schwinn* kararı gibi marka içi rekabeti, analizin odağına yerleştiği görülmektedir. Önceki bölümden de hatırlanacağı üzere *Schwinn* kararında benimsenen bu yöntem *Sylvania* kararında eleştirilmiş ve markalar arası rekabetin de ihlal analizi kapsamında değerlendirilmesi gereği ortaya konmuştur. Bizce yakın tarihli *Sylvania* kararı ile *Consten Grundig* kararı arasında ortaya çıkan fark, ABD ve AT rekabet hukuku sistemlerinin ayrı hedefler gözetmesinden kaynaklanmaktadır.

1969 tarihli *Völk*<sup>86</sup> kararında ATAD *Consten Grundig* kararından farklı bir yol izleyerek dikey kısıtlamaların pazardaki etkilerinin derecesine göre 81(1). madde kapsamına girip girmediklerini değerlendirmiştir. Davada ATAD Alman çamaşır makinesi üreticisi Völk ve Belçikalı dağıtıcı Vervaecke arasındaki Belçika ve Lüksemburg'u kapsayan münhasır dağıtım anlaşması incelenmektedir. ATAD kararda “*mutlak bölgesel koruma içeren bir münhasır dağıtım anlaşması ilgili tarafların pazar konumlarına dayanarak RA 81(1). maddede getirilen yasaklama kapsamından çıkabilir*”<sup>87</sup> değerlendirmesini

<sup>83</sup> para. 342

<sup>84</sup> para. 349.

<sup>85</sup> para. 340.

<sup>86</sup> Case 5/69, *Völk v. Vervaecke* ECR 295-302 (1969).

<sup>87</sup> para. 302

yaparak daha sonraları *de minimis* olarak mevzuatta yerini alacak ilkenin temelini atmıştır (Topçuoğlu 2001, 151). ATAD böylece pazar gücü kriterinin anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir kıstas olduğuna işaret etmektedir. Bu açıdan kararda yer verilen pazar gücü kıstası Amerikan *rule of reason* analizinde kullanılan pazar gücü kavramına benzetilebilecek olsa da, Verouden (2003, 551) bu kıstasın, anlaşmanın pazarda yarattığı etkileri ayrıntılı bir şekilde ölçmekten ziyade RA'nın uygulama kapsamının belirlenmesine dair bir unsur olduğunu, Topluluk hukukunun uygulama sınırlarını çizdiğini belirtmektedir.

1977 tarihli *Metro I*<sup>88</sup> kararı ATAD'ın 81(1). madde kapsamında incelenecek vakalarda ekonomik etkileri kullandığı ilk karar olması açısından önem taşımaktadır. Kararda Alman müzik sistemi ve televizyon üreticisi SABA'nın kurduğu seçici dağıtım sistemi incelenmiştir. SABA, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerinde sadece belirli kıstaslara sahip dağıtıcıların üye olabildiği bir satış ağı kurmuş; sisteme üye olabilmek için satış yapılan mekânın konumu, satış personelinin eğitimi ve satış hedefleri gibi kriterler belirlemiştir. Buna göre sisteme üye olan dağıtıcılar sistem dışındaki alıcılara ürün satamamaktadır. Komisyon sadece nihai kullanıcılara satış yapılmasını içeren anlaşmanın 81(1). madde kapsamında ihlal olduğunu tespit etmiş ancak, dağıtım sisteminde gelişme sağladığı gerekçesiyle 81(3). madde kapsamında muafiyet tanımıştır<sup>89</sup>.

ATAD tarafların temyiz talebi üzerine olayı incelemiş; sistemdeki dağıtıcıların objektif, ayrımcılık içermeyen kriterlere göre seçilmiş olmaları ve sistemin amacını gerçekleştirmek için gerekli olması nedeniyle seçici dağıtım anlaşmasının 81(1). maddeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşarak Komisyon kararını bozmuştur. Jones ve Sufrin (2008, 724) bu kararla ATAD'ın fiyatın rekabetin tek unsuru olmadığını tespit ettiğini öne sürmektedir. Verouden (2003, 554) de *Metro I* kararının 81(1). madde kapsamında yapılacak ekonomik inceleme açısından önemli bir karar olduğunu belirtmektedir. Verouden'e göre karar sadece Komisyonun "*rekabetin kısıtlanmasına*" dair belirlediği katı yorumdan ayrılmamakta, aynı zamanda 81(1). madde kapsamında ihlalin tespiti için ekonomik gerekçelerin varlığını da aramaktadır.

*Nungesser*<sup>90</sup> davasında ise Fransız bir araştırma enstitüsü ile Alman dağıtıcı arasındaki münhasır lisans anlaşması incelenmiştir. Komisyon münhasır lisans anlaşmasının ilgili bölgede başka teşebbüslerin de lisans alma ihtimalini ortadan kaldırdığı ve üçüncü tarafların ilgili bölgeye lisans konusu ürünü satmalarını engellemesi nedenleriyle 81(1). madde kapsamında ihlal olduğunu

<sup>88</sup> *Metro SB GroBmarkte GmbH & Co KG v. Commission ECR 1875 (1977)*

<sup>89</sup> *SABA 1976 OJ L 28/19, para. 26.*

<sup>90</sup> *Nungesser v. EC Commission, Case 258/78 ECR 2015, (1983)*

karara bağlamıştır. Kararı inceleyen ATAD, Komisyonun aksine münhasırlık hükümlerinin otomatik olarak 81. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmek yerine, etki odaklı analiz uygulamış ve lisansın ekonomik içeriğine bakmıştır (Gözlükaya 2005, 14). Ekonomik içerikte değerlendirilen husus, lisans sözleşmesindeki münhasırlık hükümlerinin lisans alanın anlaşma yapmasını sağlamak için zorunlu olup olmadığı ve eğer zorunlu ise rekabetin kısıtlandığının kabul edilemeyeceğidir. ATAD münhasır lisans anlaşmasıyla getirilen ekonomik özgürlük kısıtlamasının gerekli olduğunu, lisans sahibinin üstlendiği riskler karşısında kurulan böyle bir korumanın 81(1). madde kapsamında ihlal sayılmayacağını tespit ederek kararı bozmuştur. Kararda ATAD, münhasır lisans anlaşmasının paralel ithalatı engellemediği sürece yasaklama kapsamı dışına çıktığını belirterek 81(1). madde kapsamında kabul edilebilecek ekonomik gerekçelerin sınırlarını çizmiştir (Verouden 2003, 557).

Yukarıda yer verilen ve ATAD'ın Komisyonun katı yaklaşımından farklı bir yol izlediği kararlarda her ne kadar ATAD, Komisyona oranla ekonomik gerekçeleri göz önünde bulundurmuş olsa da bu analizin Amerika'da benimsenen *rule of reason* analizinden farklı olduğu belirtilmelidir. Kararlarda ATAD incelemeye konu dikey kısıtlamaları ve ekonomik gerekçeleri incelemiş ancak, hiçbirinde pazara ve rekabet üzerindeki etkilerine dair Amerikan sistemindekine benzer, tam ve ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmamıştır. Dolayısıyla kararlarda rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerin karşılaştırılmasına dair de bir inceleme yapılmamıştır. Buna rağmen anılan kararlardan yola çıkarak ATAD'ın Komisyonun şekilci yaklaşımına kıyasla daha esnek ve ekonomik bir yaklaşım benimsediğini söylemek mümkündür. Diğer yandan ATAD ve Komisyonun bölgesel kısıtlamalar karşısında katı tutumları örtüşmektedir. Verouden (2003, 560), ATAD'ın bölgesel kısıtlamalara karşı bu katı tutumunun pazar entegrasyonu hedefinden kaynaklandığını ve bunun da *Nungesser* ve *Metro I* kararlarında gözlemlenebileceğini öne sürmektedir.

1990 tarihli *Delimitis*<sup>91</sup> kararı ATAD'ın *Consten Grundig* davasında gözettiği pazar entegrasyonunun öncelikli hedef olduğu yorumunu değiştirmesi açısından önem taşımaktadır. Davada bira üreticisi olan Henninger Brau ile dağıtıcı Delimitis arasında yapılan tek elden satın alma anlaşması incelenmiştir. ATAD kararında anlaşmanın 81. madde kapsamında değerlendirilmesinde tedarik anlaşmasının bira tüketim pazarındaki etkilerinin ortaya konması gerektiğini belirtmektedir<sup>92</sup>. ATAD bu analizde öncelikle ilgili pazarın belirlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İlgili pazarın belirlenmesinden sonra pazara yeni girişlerin gerçekleşme ihtimali veya mevcut oyuncuların pazardaki konumlarını güçlendirip güçlendiremeyecekleri araştırılacaktır.

<sup>91</sup> *Delimitis S. v. Henninger Brau, E.C.R. 935, (1991).*

<sup>92</sup> para. 15.

Bunların yanı sıra pazarda ağ anlaşmalarının varlığı, marka bağımlılığı ve pazarın doygunluğu incelenecek; olası pazara giriş imkanlarının varlığının tespiti sonucunda anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı sonucuna varılacaktır. Eğer pazara giriş imkanları tespit edilirse, anlaşmanın bu duruma etkisi araştırılacaktır. Jones ve Sufirin'in (2008, 241) de belirttiği üzere karar, dava konusu anlaşmanın içerdiği kısıtlayıcı hükümlerin soyut olarak incelenmesinden ziyade uygulamada doğuracağı etkilere önem verilmesinin altını çizmektedir. Yazarlar kararın her ne kadar bira pazarına özel olsa da genel olarak 81(1). madde uygulamasında ekonomik temelli bir yaklaşımın gerekliliğini ortaya koyduğunu belirtmektedirler. ATAD'ın bu yaklaşımı *Consten Grundig* kararında benimsediği yaklaşımdan markalar arası rekabete verdiği önem nedeniyle ayrılmaktadır. Amato'ya göre (1997, 51-52) ATAD, Amerika'da görülmüş olan *Sylvania* davası ile neredeyse aynı yaklaşımı benimsemiş marka içi rekabetin, markalar arası rekabete kıyasla daha az önem arz ettiğini ortaya koymuştur.

Amerikan sisteminde benimsenen ayrıntılı ekonomik incelemeye benzer bir incelemenin Avrupa'da nasıl yapılabileceğine, 81(1). madde kapsamında ekonomik bir değerlendirme yapılmasına yer olup olmadığına dair cevabı veren belirleyici dava ise 1998 yılında görülen *European Night Services*<sup>93</sup> davası olmuştur.

Davada İngiliz, Fransız, Alman ve Hollanda menşeli bazı demiryolu şirketlerinin İngiltere ve Kıta Avrupası arasında Manş Tüneli üzerinden gecelik yolcu taşımak üzere kurdukları bir ortak girişim incelenmiştir. Ortak girişim anlaşmasını değerlendiren Komisyon, ortak girişimin 81(1). madde kapsamında rekabeti kısıtladığını, ancak 81(3). maddesindeki muafiyet hükmünden belirli şartlarla faydalanabileceğine karar vermiştir<sup>94</sup>. Taraflar ortak girişim anlaşmasının pazara daha önce sunulmamış ve her bir taraf teşebbüsün tek başına sağlayamayacağı yeni bir hizmetin sunulması için gerekli olduğunu, bu nedenle 81(1). maddenin ihlal edilmediğini savunarak konuyu temyiz mahkemesine taşımıştır. İlk Derece Mahkemesi<sup>95</sup> (İDM) kararı Komisyonun rekabetin nasıl kısıtlandığını yeterince ortaya koyamaması gerekçesiyle bozmuştur. Mahkeme 81(1) madde kapsamında yapılacak bir değerlendirmede,

*“pazarda mevcut rekabet şartlarının, pazarın mevcut yapısının, teşebbüslerin faaliyet gösterdiği ekonomik yapının ve anlaşmanın kapsadığı ürün ve hizmetlerin özelliklerinin*

<sup>93</sup> *European Night Services v. Commission (Cases T-374,375,384, 388/94) (1998) ECR II-3141 (1998)5 CMLR 718.*

<sup>94</sup> Komisyon anlaşma tarafı şirketlere, talep eden her rakip şirkete lokomotif, tren çalışanı ve rota temin etmeleri şartını da getirmektedir

<sup>95</sup> Court of First Instance.

*fiyat tespiti ve pazar paylaşımı durumları hariç göz önünde bulundurulması gerektiğini*<sup>96</sup>

karara bağlamıştır. Yine mahkemeye göre anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkileri sadece 81(3). madde kapsamında rekabetçi etkiler ile dengelenebilir. Bunlara ek olarak mahkeme pazardaki potansiyel rekabet koşullarının da değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir<sup>97</sup>.

Bu karar ile mahkeme açıkça 81(1). madde kapsamındaki incelemenin pazardaki mevcut ve potansiyel etkileri göz önüne alan ekonomik temelli bir inceleme olması gerektiğini ortaya koyarken Amerikan sistemine benzer bir dengelemenin ancak 81(3). maddesi kapsamında yapılabileceğine hükmetmiştir. Benzer bir tespiti daha sonra 2001 yılında görülen *Métropole Télévision*<sup>98</sup> kararında da rastlamak mümkündür. Söz konusu kararda İDM şu ifadelere yer vermiştir:

*“eğer Topluluk rekabet hukukuna rule of reason uygulansaydı RA 81(1) kapsamında bir ihlalin varlığını tespit etmek için bu madde kapsamında rekabetçi ve rekabeti kısıtlayan etkileri dengelemek gerekli olacaktı; ancak Topluluk mahkeme kararlarının da teyit ettiği üzere böyle bir kural (Topluluk hukukunda) bulunmamaktadır.”*<sup>99</sup>

Anlaşmanın rekabeti olumlu etkileyen ve kısıtlayan etkilerinin karşılaştırılmasında 81(3). maddenin kullanılması gerektiği tespiti, 17 sayılı Tüzük ile birlikte değerlendirildiğinde; böyle bir ekonomik analizi sadece 81(3). maddeyi o tarihte münhasıran uygulama yetkisine sahip Komisyonun yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu açıdan 1990’larda başlayan AT rekabet hukuku kurallarının modernizasyonu sürecinin incelenmesi önem kazanmaktadır. Modernizasyon süreci ile Topluluk mahkemelerince benimsenen ekonomik temelli yaklaşımın Komisyonca da kabul gördüğü uygulamaya ışık tutacak olan 1/2003 sayılı Tüzük ve RA 81(3). Maddenin Uygulanmasına Dair Kılavuz<sup>100</sup> (81(3) Kılavuzu) dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır.

## 2.2. MODERNİZASYON SÜRECİ

### 2.2.1. Genel Olarak

1990’ların sonlarında RA 81. ve 82. maddelerinin uygulanmasında Komisyonun 1957’den beri kazandığı tecrübelerle dayalı olarak rekabet kurallarının modernleştirilmesini hedefleyen reform süreci başlatılmıştır (Whish

<sup>96</sup> para. 136.

<sup>97</sup> para. 137.

<sup>98</sup> *Metropole Télévision SA (M6) v Commission* OJ C 044

<sup>99</sup> para. 72.

<sup>100</sup> Commission Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, (C 101/08,2004).

2005, 168). Bu süreç içerisinde 81(3). maddenin uygulamasına ilişkin olarak 17 sayılı Tüzük ile getirilen bireysel başvuru ve muafiyet sisteminin işleyişinde karşılaşılan zorluklar nedeniyle değişiklik yapılması ve bunun yanında daha ekonomik temelli bir yaklaşımın benimsenmesi ele alınan başlıca konulardan olmuştur. Modernizasyon süreci, özünde Komisyonun 81. ve 82. madde bağlamında, rekabetçi sorunların tespiti ve değerlendirilmesinde ekonomik analizi temel almaya yönelik, zamana yayılan birçok değişikliği içermektedir (Madan 2009, 8).

Rekabet kurallarına dair reform süreci içerisinde yapılan ilk önemli değişiklik 1997 yılında Komisyon tarafından yayımlanan “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”dur<sup>101</sup>. Bu kılavuzun yayımlanmasından sonra Komisyon 2790/1999 sayılı Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü<sup>102</sup> ve bu Tüzüğü açıklayan Kılavuz<sup>103</sup> (Dikey Kılavuzu) ile dikey anlaşmalarla ilgili uygulamada önemli değişikliğe gitmiştir. Buna göre her iki düzenleme, sadece pazar gücü ile desteklenmiş dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerinin olabileceğini içermekte, bu ise 81(1) uygulamasında ekonomik temelli bir analizin öne çıktığını göstermektedir (Verouden 2003, 532). Dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemeleri takiben Komisyon Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Dair Kılavuzu<sup>104</sup> yayımlanmış ve Ar-Ge Araştırmaları Grup Muafiyeti ve Uzmanlaşma Anlaşmalarına Dair Grup Muafiyeti Tüzükleri de revize edilmiştir.

Yapılan değişiklikler sırasında 28 Nisan 1999 tarihinde yayımlanan, 81. ve 82. maddenin uygulanmasını düzenleyen usul kurallarında değişiklikler yapılmasına dair önerileri içeren Beyaz Kitap'ta<sup>105</sup> 81(3). madde uygulamasına ilişkin usul değişikliklerini de kapsayan fikirler öne sürülmüştür. Beyaz Kitapta yer alan bu öneriler daha sonra 27 Ağustos 2000 tarihinde taslak olarak yayımlanmış, 16 Aralık 2002 tarihinde ise Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından 81. ve 82. maddelerin uygulanmasına ilişkin 1/2003 Sayılı Tüzük<sup>106</sup> olarak kabul edilerek 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Komisyon 1/2003 sayılı Tüzük'ü yayımlanmasının ardından 81(3) Kılavuzunu<sup>107</sup>

<sup>101</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (OJ C 372, 1997).

<sup>102</sup> Commission Regulation No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices (OJ L 304/3).

<sup>103</sup> Guidelines on the Application of Article 81 to Vertical Restraints, (OJ C101/204, 2004).

<sup>104</sup> Guidelines on the Applicability of Article 81 to Horizontal Co-operation Agreements, (OJ C3/2 2001)

<sup>105</sup> White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty (formerly Articles 85 and 86 of the EC Treaty) (OJ C 132 1999). (Beyaz Kitap)

<sup>106</sup> Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, (OJ L 1,2003)

<sup>107</sup> Commission Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 2004)

yayımlayarak muafiyet kurallarına ilişkin uygulama çerçevesini belirlemiştir. Komisyonun reform süreci içerisinde 81. maddenin uygulanması ve yorumlanmasını, dolayısıyla muafiyet rejimine dair getirdiği değişikliklerin anlaşılabilirliği için, öncelikle 1/2003 sayılı Tüzük'ün incelenmesi yerinde olacaktır. Aşağıda bu kapsamda öncelikle muafiyet rejimi uygulamasına köklü değişiklikler getiren 1/2003 sayılı Tüzük ve muafiyet rejiminde yarattığı değişikliklere yer verilmektedir.

## 2.2.2. 1/2003 sayılı Tüzük

### 2.2.2.1. Tüzüğün Altyapısını Hazırlayan Nedenler

Yukarıda da değinildiği üzere 81. ve 82. maddelerin uygulanmasıyla ilgili sistem 1962'de 17 sayılı Tüzük'le kurulmuş olup, 2003 yılına kadar esas açısından değiştirilmemiştir. 17 sayılı Tüzük uyarınca Topluluk rekabet hukuku kuralları yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların 81(1). madde kapsamındaki kontrolü hem Komisyon tarafından hem de ulusal rekabet otoriteleri ve ulusal mahkemelerce yapılmış, bu konuda Komisyona münhasır bir yetki verilmemiştir. Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği üzere, 81(3). madde bağlamında bildirilen anlaşmalara muafiyet verme yetkisinin 17 sayılı Tüzük ile sadece Komisyona verildiği ve yetkinin “merkezileşmiş bir bildirim ve izin sistemi”ne yol açtığı görülmektedir.

Zaman içerisinde 17 sayılı Tüzük ile getirilen izin sisteminin rekabetin yeterli ölçüde korunmasını sağlamadığı öne sürülmüş ve sistem eleştirilmiştir (Whish 2005, 248-249). Schaub (2000, 5), 1/2003 sayılı Tüzük öncesinde yapılan tartışmalar sırasında Komisyonun değişiklik niyetinin temellerini açıklarken, eski sistemin sorunlarını *verimsizlik ve ulusal otoriteler ile mahkemelerin sisteme yeterince dahil edilmemesi* olarak özetlemiştir. Merkezi bildirim sisteminin verimsizliğine dair en çarpıcı örnek 17 sayılı Tüzük'ün uygulamada kaldığı ilk 37 yılda, muafiyet bildirimlerinden sadece dokuz tanesine resmi yasaklama kararının çıkmış olmasıdır. Büyük çoğunluğu önemli rekabet sorunları ortaya koymayan<sup>108</sup> çok sayıda bildirim Komisyondan kaynaklarını ciddi rekabet meselelerine yoğunlaştırması önünde bir engel olduğu yadsınmaz.

Schaub tarafından ortaya konulan ikinci sorun ulusal otorite ve mahkemelerin muafiyet kurallarını uygulama yetkilerinin<sup>109</sup> olmamasıdır. 17

<sup>108</sup> Sadece dokuz adet yasaklama kararının olmasının bu bildirimlerin ciddi kısıtlamalar içermediğini gösterdiği söylenebilir.

<sup>109</sup> Bununla birlikte bu değerlendirmeden grup muafiyetleri hariç tutulmalıdır. Mahkemeler önelere gelen anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında bulunup bulunmadığını tespit etme yetkisine sahiptirler.

sayılı Tüzük ile Komisyona verilen muafiyet uygulaması üzerindeki tekelin gerekçesi Topluluğun ilk yıllarında rekabet kültürünün geliştirilmesi ve üye devletler arasında yeknesak bir uygulamanın sağlanması zorunluluğudur. Bu dönemde üye devletlerin çoğunda ulusal rekabet düzenlemeleri bulunmadığı gibi ulusal rekabet otoriteleri de henüz oluşturulmamıştır (Erdem 2006, 30). Ayrıca Erdem'in de belirttiği üzere teşebbüslerin de rekabet kuralları hakkında yeterli bilgi ve deneyime sahip olmaması, Komisyon tarafından verilecek menfi tespit ve muafiyet kararları yoluyla teşebbüslere hukuki bir güvenlik kalkanı sağlanmasını gerektirmekteydi. Ancak 40 yıllık rekabet hukuku uygulamaları sonucu Komisyon ve ATAD kararları ile oluşan zengin içtihat ve gelişen rekabet kültürü bu gereksinimi ortadan kaldırmıştır. Bunun yanında üye ülke sayısındaki artış da 17 sayılı Tüzük doğrultusundaki uygulamayı daha da zorlaştırmıştır.

Açıklanan nedenlere ek olarak 17 sayılı Tüzük'ün Ordo-Liberal yaklaşımdan, etkinlikleri göz önüne alan bir sisteme geçme önünde bir engel teşkil ettiği de söylenebilir. Daha önce de değinildiği üzere ekonomik analizi ön plana alan bir yaklaşım rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya eylemin rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Odudu'nun (2002, 103) da tespit ettiği üzere Topluluk mahkemeleri ise böyle bir analizin 81(1). madde kapsamında yapılmasını reddetmiştir<sup>110</sup>. Bu nedenle yapılacak ekonomik analiz için 81(1). madde yanında 81(3). madde de kullanılabilir, böylece ulusal otoriteler ve mahkemelerin de 81(3). maddeyi uygulama yetkileri olmalıdır

Sayılan bu nedenlerle AT rekabet hukukunun uygulanmasında etkinliğin sağlanması için 1/2003 sayılı Tüzük yayımlanmış, Tüzük ile Komisyonun üzerindeki iş yükünün hafifletilmesi hedeflenirken AT rekabet hukuku kurallarının tüm AT coğrafyasında yeknesak uygulanması amaçlanmıştır<sup>111</sup>.

#### **2.2.2.2. 1/2003 sayılı Tüzüğün Getirdiği Yenilikler**

1/2003 sayılı Tüzük sadece muafiyet uygulamasına ilişkin değişiklikler içermemekte, bunun yanı sıra genel olarak 81. ve 82. maddenin uygulanmasına yönelik çeşitli yeni usul kuralları getirmektedir. 1/2003 sayılı Tüzük ile rekabet hukukuna ilişkin öngörülen değişiklikler şöyle sıralanabilir:

- i. Muafiyette izin ve bildirim sistemi kaldırılmış ve 81(3). madde doğrudan uygulanabilir hale getirilmiştir.

<sup>110</sup> Bkz. *European Night Services* ve *Metropolé Television* kararları.

<sup>111</sup> Beyaz Kitap sf. 1.



- ii. AT rekabet hukuku uygulamasında Komisyona dayalı merkezi sistemden vazgeçilerek, ulusal rekabet örgütleri ve mahkemelerin AT rekabet hukuku uygulamasına aktif katılımları sağlanmıştır.
- iii. Ulusal rekabet hukuklarının uygulama alanı daraltılmıştır. Üye ülke ve Topluluk rekabet hukuku kurallarının paralel uygulanabilmesi prensibi yerine Topluluk rekabet hukukunun öncelikli uygulanması sistemi benimsenmiştir.
- iv. Komisyonun soruşturma yetkileri genişletilmiştir.

1/2003 sayılı Tüzük'ün özel olarak muafiyet sistemine etkisi ise doğrudan uygulanabilirlik ve ispat yükü başlıkları altında ele alınabilir.

### 2.2.2.3. Doğrudan Uygulanabilirlik

Doğrudan uygulanabilirlik (*direct applicability*); hukuki anlamda ilgili bir hükmün, kurucu idari karara gereksinim olmadan uygulanabilmesi anlamına gelmektedir. 1/2003 sayılı Tüzük 81(1)., 81(3). ve 82. maddelere ilişkin olarak bu doğrultuda şu düzenlemeyi getirmektedir:

“...Topluluk Antlaşması'nın 81. maddesinin 1. fıkrası kapsamına giren bütün anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, 81. maddenin 3. fıkrasında belirtilen şartları yerine getirmedikleri takdirde, bu hususta verilmiş bir kararın varlığına gerek olmaksızın yasaktır.

2. Topluluk Antlaşması'nın 81. maddesinin 1. fıkrası kapsamına giren anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, 81. maddenin 3. fıkrasındaki şartları yerine getirdikleri takdirde, bu hususta verilmiş bir kararın varlığına gerek olmaksızın hukuka uygundur.

3. Topluluk Antlaşması'nın 82. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasını oluşturan haller, bu hususta verilmiş bir kararın varlığına gerek olmaksızın yasaktır“

1/2003 sayılı Tüzük'ten önce de hâlihazırda 81(1). ve 82. maddelerin doğrudan uygulanabilir oldukları Topluluk rekabet hukuku içtihatlarında ve uygulamalarında kabul edilmiştir<sup>112</sup>. Tüzük ile bu ilke pekiştirilmiş ve ek olarak daha önce uygulamada bu kapsamda yer almayan 81(3). madde de doğrudan uygulanabilir hale getirilmiştir.

Yeni düzenlemeye göre 81(1). madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar 81(3) maddesinde düzenlenen koşulları sağlamaları halinde Komisyon, ulusal rekabet otoritesi veya mahkemeler tarafından yapılacak incelemeler sonucunda verilebilecek hukuka aykırılık kararına kadar hukuka uygun kabul edilecektir. Bu düzenleme ile Amerikan antitröst sistemine benzer

<sup>112</sup> para. 4.

(birleşme ve devralma halleri, kendilerine özgü özellikleri nedeniyle hariç olmak üzere) *ex-ante* yerine *ex-post* denetimi esas alan bir rekabet hukuku uygulamasına geçilmiştir.

*Ex-post* denetimin doğal bir sonucu olarak bu değişiklik idari veya yargı merci tarafından önceden verilmesi gereken izni ortadan kaldırırken beraberinde teşebbüslerin öz değerlendirme (*self assessment*) yapmasını gerektirmektedir. Yeni sistemde bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın hukuka uygunluğu bizzat teşebbüsçe araştırılacak, rekabet hukuku mercilerine bu yönde önceden bir başvuru yapılmayacaktır. Teşebbüsler bu değerlendirmeleri sırasında grup muafiyeti tüzüklerinden, ATAD ve Komisyon içtihatlarından ve Komisyon uygulamalarından faydalanacaklardır. Ancak yeni veya çözümlenmemiş sorunların ve yoğun belirsizliklerin varlığı durumunda teşebbüs Komisyondan bağlayıcılığı olmayan bir yol göstericilik isteyebilmektedir<sup>113</sup>. Komisyon bu kapsamda “kılavuz mektupla” (*guidance letter*) önerdiği uygulamayı teşebbüse bildirmektedir<sup>114</sup>.

#### 2.2.2.4 İspat Yükü

1/2003 sayılı Tüzük’ün getirdiği bir diğer yenilik “ispat yüküne” ilişkindir. 1/2003 sayılı Tüzük’te RA 81. ve 82. maddelerde düzenlenen konulara ilişkin ispat yükünün dağılımı düzenlenmiştir. Tüzüğün ikinci maddesine göre, 81. madde kapsamında bir ihlali iddia eden taraf veya merci bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Bu düzenleme ile hem uygulamanın tutarlılık kazanması hem de savunma hakkına saygı gösterilmesi öngörülmüştür<sup>115</sup>. Ancak Tüzük’ün aynı maddesinde muafiyete ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve bir anlaşmanın, uyumlu eylemin veya kararın RA 81(3). Maddesindeki korumadan faydalandığını ve bu nedenle “*hukuka uygun olduğunu iddia eden tarafın*” ispat yükünü taşıyacağı düzenlenmiştir. Ersoy’a (2003, 11) göre böylece 81. madde kapsamındaki ihlallerde ispat yükünün, iddia eden tarafta olduğuna dair yapılan düzenleme muafiyet değerlendirmesi sırasında ters yüz edilmiştir. Ersoy, bir anlaşmanın 81(1). maddeye göre geçersiz olduğunu iddia eden tarafın 81(1). maddedeki yasak şartlarının gerçekleştiğini ve 81(3). maddedeki muafiyet şartlarının gerçekleşmediğini birlikte ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanun koyucunun muafiyeti ispat yükünü muafiyetten yararlanacak olan tarafa yüklemesini eleştirmektedir. Bizce bu eleştirinin önerdiği üzere ispat yükünün Komisyon üzerinde kalması, Komisyona her sektör ve teşebbüsü yakından

<sup>113</sup> 1/2003 sayılı Tüzük, para. 38.

<sup>114</sup> Komisyon bu mektupların esaslarını, 2004 yılında yayımladığı Commission Notice on Informal Guidance Relating to Novel Questions Concerning Article 81 and 82 of the EC Treaty that Arise in Individual Cases başlıklı duyuruda belirtmiştir (OJ C 101, 2004), (<http://getir.net/wz6>).

<sup>115</sup> 1/2003 sayılı Tüzük, para 5.

tanıma ve her olayda ayrıntılı inceleme sorumluluğu verecek ve uygulanabilirlik sorunlarına yol açabilecektir.

1/2003 sayılı Tüzük uyarınca ispat yükü muafiyet iddiasında bulunan tarafa bırakılmakla birlikte, aksini iddia eden tarafın bu iddiasını güçlü kanıtlarla ortaya koyması, en azından muafiyet iddiasına temel teşkil eden hususların geçersizliğini kanıtlaması gerekmektedir. Muafiyet şartlarının sağlandığını ileri süren tarafın iddiasını ispatlamak için kullandığı bilgi ve belgeler Komisyon, ulusal otorite veya mahkeme tarafından yeterli açıklama yapılmadan ve gerekçe gösterilmeden reddedilememektedir. Bu konuda, *GlaxoSmithKline*<sup>116</sup> kararı örnek niteliğindedir.

ATAD, *GlaxoSmithKline*'ın muafiyet iddiasını reddeden Komisyon kararını iptal ederken şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*"...Sonuç olarak, RA 81 (3). maddesine dayanan kişi, muafiyet koşullarının sağlandığını ikna edici argüman ve kanıtlarla göstermelidir.*

*Komisyon ise bu kanıt ve argümanların 81(3) koşullarını sağlayıp sağlamadığını yeterli bir şekilde inceleyerek belirtmelidir. Bu kanıt ve argümanlara karşılık Komisyon tarafından yeterli açıklama ve haklı gerekçenin öne sürülemediği belirli bazı olaylarda 81(3) iddiasında bulunan tarafın ispat yükü ortadan kalkar."*

Görülmektedir ki ispat yükü muafiyet iddiasında bulunan tarafın üzerinde olsa da aksi yönde iddiayı öne süren ilgili otorite veya merci de aynı kuvvetteki delillerle iddiasını ortaya koymak yükü altındadır.

### 2.2.3. 1/2003 Sonrasında Uygulama

Daha önce değinildiği üzere 1/2003 sayılı Tüzük'ün uygulamaya girmesi ile birlikte Topluluk muafiyet kurallarının uygulama yetkisi yerel otoriteler, mahkemeler ve öz değerlendirme yapmak suretiyle teşebbüslere bırakılmıştır. Ademi merkezîyetçiliğin hukuk kurallarının uygulanmasında uyumsuzluk ve tutarsızlık yaratması olasılığı göz önünde bulundurularak Komisyon 81(3) Kılavuzu'nu yayımlamıştır. 81(3) Kılavuzu'nun amacı modernizasyon süreci içinde yapılan değişikliklerin uygulanmasını kolaylaştırmak, Topluluk mahkemelerinin içtihatlarını ortaya koymak ve Komisyon politikasının sınırlarını çizerek teşebbüslere, teşebbüs danışmanlarına, ulusal mahkeme ve rekabet otoritelerine yol göstermektir<sup>117</sup>. Kılavuz sadece muafiyet koşullarının uygulanması açısından getirdiği açıklamalarla değil, aynı zamanda 81(1). maddenin uygulanması ve 81(1). madde ile 81(3). madde arasında kurduğu ilişki ile de öne çıkmaktadır. İçerdiği bu düzenlemeler nedeniyle 81(3) Kılavuzu'nun

<sup>116</sup> Case T-168/01, *GlaxoSmithKline v. Commission*, para. 235-236.

<sup>117</sup> 81 (3) Kılavuzu, para. 4.

diğer kılavuzlardan ayrıldığı ve Komisyonun 81. madde uygulamasına dair yeni yaklaşımının çerçevesini çizdiğini söylemek mümkündür. Nitekim Komisyon da 81(3) Kılavuzu'nu hiyerarşik olarak yayımlanan önceki kılavuzlardan üstte tutmuş, diğer uygulama kılavuzlarına kıyasla 81(3) Kılavuzu'nun değerlendirmelerde “*daha detaylı bir yol gösterici olduğunu*” belirtmiştir<sup>118</sup>.

Komisyonun 81(3) Kılavuzu'nda 81. maddeye ilişkin ortaya koyduğu en önemli hüküm, 81. maddenin amacının açıklandığı kısımdır. Bu hüküm AT Rekabet Politikasında yaşanan değişikliğe ilişkin önemli bir ipucu vermektedir. 81(3) Kılavuzu'nda, 81. maddenin amacı, kaynakların etkin dağılımının sağlanmasına yönelik olarak tüketici refahı anlamında rekabetin korunması olarak açıklanmış<sup>119</sup>, devamında ise “*Açık ve tek bir pazarın oluşturulması ve korunması Topluluk genelinde tüketicilerin faydasına olacak şekilde kaynakların etkin dağılımını iyileştirdiğinden bu amaçlara hizmet eder*” ifadesine yer verilmiştir.

Komisyon daha önceleri 81(1). maddeye ilişkin değerlendirmelerinde pazar entegrasyonunu öncelikli amaç olarak benimsemiş ve bu uğurda tarafların veya üçüncü kişilerin ekonomik özgürlüklerini kısıtlayan uygulamaları ihlal olarak değerlendirmiş, maddeyi katı bir şekilde uygulamıştır (Burgeois ve Bocken 2005, 113). Kılavuzda yer verilen bu ifade ile Komisyonun önceki katı yaklaşımını terk ettiği, ortak pazar hedefinin ve tüketici refahı hedeflerinin en azından aynı öneme sahip olduklarını kabul ettiği görülmektedir. Öyle ki Cseres (2005, 245), tüketici refahındaki artışın ortak pazar oluşturulmasının bir sonucu olduğunun belirtilmesinin tüketici refahına öncelik verildiği şeklinde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Komisyon böylece 1/2003 sayılı Tüzük sonrasında 81(1). madde uygulamasında tüketici refahını baz alan bir analiz yöntemini benimsediğini ortaya koymuş; 81. maddenin amacının pazardaki teşebbüsleri veya onların ekonomik özgürlüklerini korumak olmadığını, aksine tüketici refahının korunması ve güçlendirilmesi dolayısıyla kaynakların etkin dağılımının sağlanması olduğunu, bu nedenle 81. madde çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede pazarda ortaya çıkan etkinin araştırılmasının önemini ortaya koymuştur.

Bu çerçevede yapılacak bir incelemede yetkili merci veya otorite öncelikle inceleme konusu anlaşma veya eylemin rekabeti kısıtlayıcı amacının veya etkisinin olup olmadığının değerlendirecektir. Amacı rekabeti kısıtlamak olan bir anlaşma pazardaki etkilerine bakılmaksızın yasaklanacak, başka bir deyişle amacı rekabeti kısıtlamak olan bir anlaşmanın bu niyeti ortaya konduktan sonra pazardaki etkilerinin ayrıca gösterilmesi ve değerlendirilmesi

<sup>118</sup> 81(3) Kılavuzu, para. 5

<sup>119</sup> para 13.

gerekmeyecektir (Whish 2005, 110). Benzer bir yaklaşım Amerikan sisteminde de gözlemlenebilir. *Rule of reason* analizinde rekabeti kısıtlayan etkilerin ortaya konmasında mahkemelerce “niyet” (*intent*) kavramına da özel bir önem atfedilmekte, amaç açısından rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşmaların bu niyetinin ortaya konulmasının rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ispatlanması açısından yeterli olduğu kabul edilmektedir. Komisyon muafiyet koşullarının uygulanmasına ilişkin olarak ise böyle bir ayırım gözetmemiştir<sup>120</sup>.

81(3) Kılavuzu’na göre, 81(3). maddede yer verilen muafiyet koşullarını sağlayan tüm anlaşmalar, amaç ya da etki yönünden rekabeti kısıtlayıcı da muafiyetten yararlanabilecektir. Ancak Komisyon, amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı olduğu ortaya konulan anlaşmaların, tüketici refahını nispeten daha fazla kısıtlayarak daha az etkinlik artışı yaratacağını ve dolayısıyla bu nitelikteki anlaşmalarda muafiyet koşullarının sağlanmasının nispeten güçleşeceğini de kabul etmektedir<sup>121</sup>. 81(3) Kılavuzu anlaşmayı amacı bakımından rekabeti kısıtlayıcı hale getiren düzenlemelere ilişkin olarak grup muafiyeti tüzükleri, kılavuz ve duyurulara atıfta bulunmuştur. Komisyon tarafından yapılacak değerlendirme sırasında bu düzenlemelerde yer verilen kara listelerde belirtilen kısıtlamaların, anlaşmayı amaç açısından rekabeti engeller hale getiren kısıtlamalar olduğu kabul edilmektedir. Komisyonun bu kapsamda değerlendirdiği kısıtlamalar<sup>122</sup> yatay anlaşmalarda, fiyat tespiti, arzın kısıtlanması ve müşteri veya pazar paylaşımıdır. Bu kısıtlamalar doğrudan rekabetçi sürecin sonuçlarına müdahale etmeleri nedeniyle en zararlı kısıtlamalar olarak kabul edilmektedir. Dikey anlaşmalarda ise yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve son kullanıcılara pasif satışların kısıtlanması gibi bölgesel satış kısıtlamaları bu kapsamda yer almaktadır. Özellikle dikey kısıtlamalara Komisyonun nispeten katı yaklaşımı da Amerikan ve Avrupa rekabet hukuku uygulamaları arasındaki önemli farklardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Önceki bölümde de değinildiği üzere *Leegin*<sup>123</sup> kararı ile sonlanan süreçte Amerika dikey fiyat kısıtlamalarını *rule of reason* kapsamında değerlendirmeye başlamıştır. Ancak Avrupa’da dikey kısıtlamalar ve özellikle yeniden satış fiyatının tespiti ağır kısıtlamalar arasında sayılmaktadır. Dikey kısıtlamalara ilişkin Atlantik’in iki yakası arasındaki bu farklılık ise Avrupa rekabet kurallarının amacının sadece rekabeti korumak değil, aynı zamanda pazar entegrasyonunu sağlamak ve sürdürmek olması olduğu söylenebilecektir. Bu hedef doğrultusunda Avrupa yeniden satış fiyatı gibi dikey kısıtlamaları “amaç” açısından rekabete aykırı olarak değerlendirmektedir.

<sup>120</sup> 81(3) Kılavuzu para. 20.

<sup>121</sup> 81(3) Kılavuzu para. 21.

<sup>122</sup> Grup muafiyeti tüzük ve kılavuzlarında yer verilen kısıtlamalar.

<sup>123</sup> bkz. dipnt. 44.

Burada kısaca özetlemek gerekirse bir anlaşmanın muafiyet incelemesine tabi tutulması için öncelikle 81(1). madde kapsamında bir ihlalin varlığının tespiti gerekmektedir. Bu ihlalin tespitinde ise anlaşmanın pazardaki rekabete, üye ülkeler arasındaki ticarete etkisi, amacı açısından mı ya da etkileri bakımından mı rekabeti kısıtlayıcı olduğu araştırılacak ve varsa rekabeti kısıtlayıcı etkileri ortaya konulacaktır. Daha sonra ise 81(3). madde kapsamında söz konusu anlaşma veya eylemin rekabetçi etkileri araştırılacak ve kısıtlayıcı etkiler ile dengelenecektir. Rekabeti kısıtladığı tespit edilen anlaşma eğer grup muafiyetleri kapsamına girmiyorsa 81(3). maddede düzenlenen muafiyet koşullarının varlığı araştırılacaktır.

### Bölüm 3

## RA 81(3). MADDEDE ARANAN KOŞULLAR

RA'nın 81(3). maddesi rekabeti kısıtladığı tespit edilen anlaşma, eylem ve kararların muafiyet korumasından faydalanabilmesi için ikisi olumlu ikisi olumsuz dört koşulun karşılanmasını aramaktadır:

- i. anlaşma<sup>124</sup>, üretim veya dağıtımın iyileştirilmesine katkıda bulunmalı ya da teknik veya ekonomik bir iyileşme sağlamalı,
- ii. ortaya çıkan faydadan tüketiciler “adil bir pay” alabilmeli,
- iii. teşebbüsler üzerindeki kısıtlamalar ulaşılabilecek amaçlar bakımından zorunlu (vazgeçilmez) olmalı ve
- iv. ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına yol açmamalıdır.

Komisyon modernizasyon sonrasında bu şartların aşağıdaki şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır:

- i. anlaşma etkinlik kazancı (*efficiency gains*) yaratmalı,
- ii. bu etkinlik kazancı tüketiciye yansımali ve olumsuz etkileri bertaraf edebilmeli,
- iii. etkinliklerin doğması için anlaşma zorunlu olmalı ve
- iv. anlaşma rekabeti tamamen ortadan kaldırmamalı.

### 3.1. ETKİNLİK KAZANÇLARI

81(3).maddenin lafzına bakıldığında bu koşulun anlaşmanın muafiyet alabilmesi için aranan temel koşul olduğu, diğer koşulların ise birinci koşula

<sup>124</sup> Anlaşma ifadesi, teşebbüs birliği kararlarını ve uyumlu eylemleri de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

ilişkin çeşitli kısıtlama veya gereklilikleri ortaya koyan, yan koşullar olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Akıncı'nın (2001, 233) da belirttiği üzere maddede belirtilen teknolojik ya da ekonomik gelişme ifadesi geniş ve sınırları belirsiz bir ifadedir. Whish (2005, 155-156) de aynı konuya değinmekte ve koşulun doğurduğu belirsizliğin uygulamada kararlar arasında tutarsızlığa yol açabileceğine dikkat çekmektedir. Literatürde hükmün içerdiği iyileşmenin kapsamı konusunda bu nedenle tartışmalar bulunmaktadır. Örneğin Tekinalp (2000, 361) işsizliğin önlenmesi, işsizlik sorunlarının hafifletilmesi, istihdamın artırılması gibi hallerin de "gelişme" ve "iyileşme" içerisinde düşünülebileceğini öne sürmektedir. Monti (2002, 1097-1098) de AT'nin hedefleri arasında yer alan çeşitli kamu politikası meselelerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Monti bu bağlamda daha da radikal bir öneri getirmekte ve RA 81. maddesine konuyu düzenleyen bir paragraf eklenmesini önermektedir. Nikolaides (2005, 124) ise AT rekabet hukukunun tüketici refahını baz alan yeni yaklaşımının göz önünde bulundurulması gerektiğini; bu bağlamda anlaşmaya taraf teşebbüslerin karlılıklarının artmasını sağlayan, fiyat artırıcı uygulamalardan doğan etkinlik veya faydaların muafiyet kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Komisyonun 81(3) Kılavuzu'nda muafiyetin ilk koşulunun kapsamına dair bu tartışmalara bir açıklık getirdiği görülmektedir. 81(3) Kılavuzu'na göre öncelikle doğan ekonomik veya teknik iyileşme (etkinlik) "objektif" olmalıdır<sup>125</sup>. Topluluk terminolojisine ve uygulamasına ilk olarak *Consten Grundig* kararı ile giren objektif etkinlik, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın, sadece tarafların faydasına olmayan, "genel ekonomik bir iyileşme"ye yol açması anlamına gelmektedir. Sadece anlaşma tarafları açısından etkinlik doğuran uygulamalar bu koşulu sağlamaya yetmeyecektir.

Kılavuz'da istihdam ve kalkınma gibi diğer AT politika hedeflerinin ekonomik ve teknolojik iyileşme kapsamına alınması hususunda ise, bu tür hedeflerin ancak 81(3). madde kapsamında sınıflandırılabilir iyileşme ve gelişme sağlarsa mümkün olabileceği belirtilmektedir. Kjolbye (2004, 574) bu durumu açıklamak üzere verdiği örnekte "AT sınırları içerisinde herhangi bir bölgede istihdamı artırma amacı ile getirilen bir rekabet kısıtının muafiyetten faydalanamayacağını" belirtmektedir.

Komisyonun göre, muafiyetin ilk koşulu kapsamında ortaya çıkan iyileşmenin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise etkinlikler ile rekabeti kısıtlayıcı uygulamanın aynı pazarda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. 81(3) Kılavuzu'nda anlaşmanın yarattığı etkinlikler ile rekabeti kısıtlayıcı etkilerin dengelenmesi sırasında rekabeti

<sup>125</sup> para 49.



kısıtlayıcı etkiler ile farklı pazarlarda gerçekleşen veya gerçekleşecek olan etkinliklerin bu analize konu olamayacağı düzenlenmiştir<sup>126</sup>. Sufrin (2006, 944) fayda ve zarara maruz kalanların büyük ölçüde aynı olması şeklinde yorumlanabilecek bu düzenlemenin Komisyonu kişiler arası öznel bir değerlendirme yapma yükümlülüğünden kurtardığı görüşündedir. Yine Sufrin'e göre, 81(3) Kılavuzu'nda yer verilen bu yaklaşımın Topluluk bağlamında düşünüldüğünde “*farklı üye ülkelerdeki tüketiciler arasında seçim yapmamak adına benimsenmiş, diplomatik*” bir yaklaşım olduğu düşünülebilir.

Etkinlik kazançları ile ilgili diğer bir sorun ise dengeleme analizi çerçevesinde değerlendirilebilecek somut bir şekilde ortaya konmalarının zorluğudur. Etkinliklerin ve özellikle dinamik-nitel etkinliklerin ölçülmesi ve ortaya konulması bu etkinliklerin yapısı gereği kolay değildir. Özellikle yatırımların ve kalitenin artması şeklinde ortaya çıkan etkinlikler analitik analizde sorun yaratmaktadır (RBB 2004, 3). Komisyon değerlendirmede karşılaşılan bu problemi çözebilmek için anlaşma sonucu ortaya çıkacağı öne sürülen etkinliklerin muafiyet iddiasında bulunan tarafça ayrıntılı şekilde belgelendirilerek ortaya konulması gerektiğini düzenlemiştir. Bu çerçevede somut ve açık bir şekilde ortaya konulamayan etkinlik iddiaları reddedilecektir<sup>127</sup>.

Anlaşmanın doğurduğu etkinliklerin ortaya konulmasından sonra muafiyetin diğer koşullarının karşılanıp karşılanmadığına bakılmalıdır.

### 3.2. TÜKETİCİLERİN ADİL PAY ALMASI

81(3). maddede düzenlenmiş olan ve muafiyet için gerekli olan ikinci olumlu şart, tüketicilerin ilk koşulda tanımlanan ve anlaşma sonucu ortaya çıkacağı kanıtlanan ekonomik faydalardan adil pay almaları gerekliliğidir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ne kadar etkinlik yaratırsa yaratsın eğer tüketici bu etkinliklerden fayda sağlamıyorsa anlaşma muafiyetin korumasından faydalanamayacaktır. Bu bağlamda muafiyetin ikinci koşulu aynı zamanda Amerikan *rule of reason* uygulamasının son basamağı olan dengeleme analizini içermektedir.

81(3) Kılavuzu'nun yayımlanmasından önce “tüketicinin” nasıl tanımlanacağı konusu literatürde tartışmalara yol açmıştır. Sufrin (2006, 934) RA'nın İngilizce tercümesinde yer verilen “*consumer*” kelimesinin nihai kullanıcı anlamına geldiğini ve RA'nın Fransız ve İtalyan çevirilerinde yer verilen “*utilisateurs*” ve “*utilizzatori*” kelimelerinden daha dar bir anlam taşıdığını belirtmektedir. Evans (1981, 428) da benzer bir yorumu RA'nın

<sup>126</sup> 81(3) Kılavuzu para 43.

<sup>127</sup> 81(3) Kılavuzu para. 55.

Danimarka, Hollanda ve Alman versiyonlarını karşılaştırarak yapmaktadır. 81(3) Kılavuzu, ikinci koşul değerlendirmesine ilişkin getirdiği düzenlemeler arasında tüketicinin de tanımını yapmıştır. Kılavuz'da tüketici kavramının en geniş anlamıyla düşünülmesi gerektiği belirtilerek şu ifadelerle yer verilmiştir<sup>128</sup>: *“Tüketici kavramı, ürünleri girdi olarak kullanan üreticiler, toptancılar, perakendeciler, nihai kullanıcılar dahil olmak üzere tüm doğrudan ve dolaylı kullanıcıları kapsar”*

Bu ifade temel alındığında tüketicinin rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın doğurduğu etkinliklerin yansımaları beklenen tüm pazarlarda üründen iktisadi anlamda faydalanan müşteriler ve nihai kullanıcıları kapsadığı anlaşılmaktadır. Ne var ki Komisyonun bu geniş yorumu toptancı ve dağıtıcıları da tüketici kavramı içerisine aldığından, “tüketici refahını” baz alan ekonomik yaklaşımla çelişmektedir. Ürünü sadece yeniden satmak üzere temin eden araçlardan ziyade nihai kullanıcının (ve ürünü hammadde olarak temin eden üreticilerin) baz alındığı bir analiz, hedeflenen ekonomik yaklaşımla daha uyumlu olacaktır.

81(3). maddenin getirdiği adil pay koşulu AT rekabet hukuku tasarısının genel refahtan ziyade tüketici refahını göz önünde bulundurduğunu yansıtmaktadır<sup>129</sup>. Adil pay kavramının nicel bir tanımı olmayıp, literatürde 81(3) Kılavuzu'nun yayımlanmasından önce Komisyonun bu koşulu fazla geniş yorumlayarak açık bir kapı bıraktığı öne sürülmektedir (Faul ve Nikpay 1999, 111; Hildebrand 2002, 245). 81(3) Kılavuzu'na göre adil pay, etkinlik doğuran kısıtlayıcı anlaşmanın tüketici refahını en azından azaltmaması anlamına gelmektedir<sup>130</sup>. Anlaşmanın tüketici üzerindeki gerçekleşen veya gerçekleşebilecek olumsuz etkileri anlaşmanın pozitif etkileri tarafından bertaraf edilebilmelidir.

Kjolbye (2004, 575) Komisyonun önceki uygulamalarında bu koşulu yeterince incelemediğini, muafiyetin dördüncü koşulu olan rekabetin ortadan kaldırılmaması koşulunun sağlanması halinde tüketicinin de bir şekilde etkinliklerden fayda sağlayacağı varsayıldığını söylemektedir. Komisyonun bu yaklaşımı literatürde öne sürülen, rekabetçi sürecin var olduğu durumlarda etkinliklerin teşebbüsler tarafından tamamen içselleştirilemeyeceği, örneğin maliyetlerde ortaya çıkan bir iyileşmenin tüketiciye de fiyatın düşmesi olarak yansıtacağı görüşünü içermektedir (Evans 1981, 428). Komisyon bu yaklaşımını 81(3) Kılavuzu'nun yayımlanmasıyla terk etmiş, ikinci koşulun ayrıntılı

<sup>128</sup> 81 (3) Kılavuzu para. 84.

<sup>129</sup> Refah ve etkinliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oliver Williamson, Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply, 59 Am. Econ Rev. 1372 (1969); Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization 7-12 (1988); Massimo Motta, Competition Policy (2004); Damien Gerard, Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims, 40 C.M.L. Rev. 1367,1376-7

<sup>130</sup> 81(3) Kılavuzu para. 85.

incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Bir başka deyişle 81(3) Kılavuzu'nun yayımlanmasıyla, piyasada mevcut rekabetin tüketicilerin ekonomik faydalardan adil pay alabilmesi için yeterli olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Diğer yandan tüketicilerin adil pay alması koşulu, anlaşmanın pozitif ve negatif etkileri ölçülebilir olduğu sürece uygulanması kolay olabilecek bir koşuldur. Etkinlik yansımalarının ölçülebilirliği ile ilgili problem özellikle, anlaşmanın kısıtlayıcı etkileri sonucu fiyatlarda bir yükselme görülürken aynı zamanda nitel etkinliklerin (yeni bir ürün veya teknoloji gibi) ortaya çıktığı durumlarda görülmektedir. Böyle bir durumda yeni ürün veya teknoloji benzeri etkinliklerin tüketici refahı üzerinde yol açacağı etkiyi belirlemenin ve bir karşılaştırma yapmanın zorluğu çeşitli yazarlar tarafından da dile getirilmiştir. RBB'ye göre (2004, 3) dinamik etkinliklere ilişkin böyle bir analiz “*elmalarla armutları*” toplamaya benzeyecektir. RBB, koşulun içerdiği bu probleme karşı sınımlanabilecek tek çözümün, Komisyonun önceki uygulamalarında benimsediğine benzer bir şekilde dördüncü koşulun sağlanıp sağlanmadığına bakmak olduğunu belirtmektedir.

Bu doğrultuda Komisyon çoğu zaman tüketicilerin adil payının doğru ve kesin bir şekilde hesaplanmasının zor olduğunu kabul etmektedir. Komisyon birinci koşulda aranan etkinliklerin ortaya konulmasında teşebbüslere getirdiği katı düzenlemeyi<sup>131</sup> ikinci koşul için yumuşatmıştır. Kılavuz'da adil pay koşuluyla ilgili olarak teşebbüslerin sadece “*olabildiğince makul*” tahminler ve veriler sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir<sup>132</sup>.

### 3.3. KISITLAMALARIN AMAÇLARA ULAŞABİLMEK AÇISINDAN GEREKLİ OLMASI

RA'da belirtilen muafiyet koşullarının üçüncüsü ise anlaşmayla getirilen sınırlamanın anlaşmanın hedeflerine ulaşmak için gerekli olmasıdır. Anlaşma ilk iki koşulu sağlasa bile ulaşılması hedeflenen sonuçlara ve etkinlik hedeflerine daha az kısıtlayıcı veya kısıtlayıcı olmayan bir düzenleme ile ulaşılabiliriyorsa muafiyet korumasından faydalanamaz. Bu koşul literatürde gereklilik (*indispensability*) olarak da adlandırılmaktadır. 81(3) Kılavuzu'nda üçüncü koşul analizinde, yan sınırlama<sup>133</sup> analizinden farklı olarak kısıtlama olmadan da anlaşmanın sonuçlanıp sonuçlanamayacağı değil, asıl olarak kısıtlayıcı anlaşma ve içerdiği rekabeti kısıtlayan hükümler olmadan da etkinlik kazançlarının

<sup>131</sup> 81(3) Kılavuzu para. 57, 103.

<sup>132</sup> 81(3) Kılavuzu para. 94.

<sup>133</sup> Anlaşmalar 81(1) analizi altında değerlendirilirken, amacı açısından rekabeti kısıtlayıcı olmayan anlaşmalardaki kısıtlama hükümleri yan sınırlama sayılarak izin verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Whish (2005, 117).

ortaya çıkıp çıkmayacağına inceleneceği belirtilmiştir. Bu koşul Amerikan sisteminde *rule of reason* incelemesinin basamaklarından “*daha az kısıtlayıcı alternatif*” ile aynı sorunun cevabını araştırmaktadır: Anlaşma ile ulaşılması beklenen “etkinliklere daha az kısıtlayıcı bir yolla ulaşılabilir mi?”. Bu analizde Komisyon 81(3) Kılavuzu’nda iki unsurun incelenmesinin gerektiğini ortaya koymaktadır. Öncelikle söz konusu etkinliklere ulaşmak için incelemeye konu olan anlaşmanın bir bütün olarak gerekli olup olmadığı incelenmeli, daha sonra ise anlaşmanın kısıtlayıcı hükümleri ayrı ayrı ele alınarak etkinlik hedefine ulaşmak için bu hükümlerin gerekliliği araştırılmalıdır.

### 3.3.1. Anlaşmanın Gerekli Olması

Anlaşmanın gerekli olması, Komisyona göre, anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin anlaşma ile öngördükleri etkinlik hedeflerine tek başlarına yapacakları ekonomik faaliyetlerle ya da söz konusu anlaşmanın yokluğunda ulaşamamaları anlamına gelmektedir. Örneğin, ölçek ve kapsam ekonomilerinden faydalanarak maliyet etkinlikleri yaratan bir anlaşmanın incelenmesinde teşebbüsler aynı etkinliklere içsel büyüme veya fiyat rekabeti ile ulaşamamalarının nedenlerini açıklamak ve kanıtlamak zorundadır<sup>134</sup>.

81(3) Kılavuzu ölçek ve kapsam ekonomilerinden doğan etkinliklerin olduğu durumlarda, zorunluluk koşulunun değerlendirilebilmesi için ilgili pazarda “en düşük etkinlik ölçeğinin” belirlenmesi gerektiğini söylemektedir. En düşük etkinlik ölçeği, ortalama maliyeti minimize ederek ölçek ekonomilerini tüketen çıktı seviyesidir. Anlaşma taraflarının mevcut büyüklükleriyle karşılaştırıldığında en düşük etkinlik ölçeği ne kadar büyükse etkinliklere sadece söz konusu anlaşma yoluyla ulaşılma ihtimali de artacaktır.

81(3) Kılavuzu’nda anlaşmanın gerekli olması ile ilgili inceleme sırasında taraf teşebbüslerin hipotetik ve teorik alternatifler getirmesine gerek olmadığı, aynı zamanda Komisyonun da teşebbüslerin ekonomik faaliyetleri ile ilgili kararlarına eğer *açık ve makul* bir seçenek yoksa alternatifler getirmeyeceği düzenlenmiştir. Komisyon sadece gerçekçi ve aşık alternatiflerin olduğu durumlarda müdahale edecek, taraflar ise bu daha az kısıtlayıcı alternatiflerin neden etkinlik doğurmadığını ya da görece önemsiz derecede etkinlik doğurduğunu açıklamak ve göstermekle yükümlü olacaktır<sup>135</sup>. Bu düzenlemelerle Komisyon, haklı olarak inceleme sırasında büyük yük oluşturabilecek bir alternatif analiz yapma zorunluluğundan hem kendisini hem de teşebbüsleri kurtarmıştır.

<sup>134</sup> 81(3) Kılavuzu para. 76.

<sup>135</sup> para. 75.

### 3.3.2. Anlaşma Hükümlerinin Gerekliliği

Gereklilik koşulunun ikinci testi anlaşmadaki her kısıtlayıcı hükmün, gerekliliğinin araştırılmasıdır. İncelemenin bu safhasında kısıtlayıcı hükümlerin her birinin anlaşmadan çıkarılması halinde etkinliklerin ortadan kalkıp kalkmadığı, önemli ölçüde azalıp azalmadığı veya hayata geçirilebilme ihtimalinin düşüp düşmediği araştırılmaktadır. Komisyon bu unsurun incelenmesinde grup muafiyeti tüzüklerinde yer alan kara listelerde sayılan kısıtlamaların baz alınabileceğini düzenlemiştir. Örneğin dikey anlaşmalar kapsamında sağlayıcının yeniden satış fiyatını tespit etmesi veya mutlak bölgesel korumalar getirmesi gereklilik koşulunu sağlamayacaktır. Ancak daha önce de değinildiği üzere teorik olarak muafiyet koşullarından faydalanamayacak bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu bağlamda Nikolaidis (2005, 129) *Visa*<sup>136</sup> kararını örnek göstermektedir. Kararda Komisyon borçlu ve alacaklı bankalar arasında yapılan ödeme işlemlerine ilişkin ücretlerin belirlenmesinin Visa sisteminin işleyebilmesi için gerekli olduğu, bu nedenle muafiyetin üçüncü koşulunun sağlandığının kabul edileceği sonucuna varmıştır.

### 3.4. PAZARIN ÖNEMLİ BİR KISMINDA REKABETİN ORTADAN KALDIRILMAMASI

Muafiyet incelemesinde aranan son koşul inceleme konusu anlaşmanın ilgili pazarın önemli bir kısmında rekabeti ortadan kaldırmaması koşuludur. Bu koşul etkinlik ve tüketici refahında gerçekleşen artışın anlaşmanın muafiyetten faydalanabilmesi için tek başına yeterli olmadığını ortaya koymaktadır. Jones ve Sufrin'e göre (2008, 281) bu koşul kısa dönemde ortaya çıkacak olan etkinlik kazançlarının uzun dönemde rekabetin ortadan kalkması sonucu oluşacak kayıplarca bertaraf edilmemesi ilkesini yansıtmaktadır. Faul ve Nikpay (1999, 114), Komisyonun uygulamada bu koşula diğer koşullarla aynı önemi vermediğini gözlemlemiştir. Kjolbye'ye göre (2004, 576) Komisyon rekabetin ortadan kaldırılması ile hakim durum yaratılması kavramlarını geçmişte birbirlerine eşitlemiştir. Nicolaidis'e (2005, 139-141) göre ise yakın zamana kadar genel görüş hakim durum ile rekabetin tamamen ortadan kaldırılması arasında bir bağ bulunduğu yönündeydi. Bu görüş doğrultusunda inceleme konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkileri ya hakim durum yaratacak ya da mevcut hakim durumu güçlendirecek bu nedenle de anlaşmanın muafiyet koşullarını karşılama mümkün olmayacaktır. Ancak *Atlantic Container Line*<sup>137</sup> kararında İDM

<sup>136</sup> COMP/29.373 - *Visa International*, 2002 OJ L318, (2002)

<sup>137</sup> Cases T-191/98, T-212/98 and T-214/98, *Atlantic Container Line*, (2003) ECR II-..., para. 939, Case T-395/94, *Atlantic Container Line*, (2002) ECR II-875, para. 330.

*“...rekabetin tamamen ortadan kaldırılması hakim durum kurulması veya güçlendirilmesinden daha dar bir kavram olup, bu nedenle taraflar yararına bir hakim durum tesis etmiş olsa bile bir anlaşmanın rekabeti tamamen ortadan kaldırmadığına hükmedilerek RA 81(3). maddesindeki muafiyetten faydalanılabılır.”*

tespitinde bulunmuştur. Bu karara paralel olarak 81(3) Kılavuzu’nda Komisyon öncelikle, yerleşik Topluluk içtihadına göre 81(3). madde uygulamasının 82. maddenin uygulanmasını engellemediğini, 81 ve 82. maddelerin aynı amaca, pazarda etkin rekabetin sürdürülmesi amacına hizmet ettiğini, bu nedenle tutarlı bir uygulamanın sağlanması açısından muafiyet korumasının pazarda hakim durum yaratan anlaşmalara tanınmayacağını belirtmektedir. Devamında ise Komisyon önceki uygulamalarına ilişkin bir istisna getirerek pazarda hakim durumda bulunan teşebbüslerin tüm kısıtlayıcı uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması olarak sayılmayacağını eklemektedir. Böylece Komisyon tek başına ya da birlikte hakim durumda bulunan teşebbüslerin kısıtlayıcı nitelikteki her uygulamasının hakim durumu kötüye kullanma olarak nitelendirilemeyeceğini ve dolayısıyla muafiyetten de (teorik olarak) faydalanabileceklerini düzenlemiş olmaktadır.

Komisyon, 81(3) Kılavuzunda muafiyetin dördüncü koşulu analizinin pazardaki mevcut ve potansiyel rekabetin incelendiği iki kısımdan oluşacağını düzenlemektedir. Pazarda “*mevcut*” ve “*potansiyel*” rekabet şartları anlaşmanın kısıtlayıcı etkileri ile karşılaştırılarak, rekabetin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı tespit edilecektir.

## Bölüm 4

# MEHAZ UYGULAMANIN TÜRKİYE'YE YANSIMALARI

### 4.1. GENEL OLARAK

Türkiye’de rekabet kuralları 13 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun) ile düzenlenmiştir. Kanun’un 4. maddesi rekabeti kısıtlayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklarken, 5. maddesi belirli koşulların sağlanması halinde 4. maddedeki yasaklama hükmünün uygulanmayacağını düzenlenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, 4. maddenin RA 81(1). madde, 5. maddenin ise RA 81(3). madde ile paralel olduğu ve kanunkoyucunun 81. maddeye benzer “*ikili*” bir yapıyı benimsediği söylenebilir. Bu yapı çerçevesinde, 2005 yılına kadar 1/2003 sayılı Tüzük öncesinde olduğu gibi zorunlu bildirim ve *ex-ante* değerlendirme sistemi uygulanmıştır.

2.7.2005 tarihli, 5388 sayılı Kanun (5388 sayılı Kanun) ile yapılan değişikliğe kadar rekabeti kısıtlayan anlaşmaların bir ay içinde Rekabet Kuruluna (Kurul) bildirilmesi zorunluluğu ve muafiyet kararının sadece ilgili teşebbüslerin isteği üzerine Kurul tarafından verilebileceği düzenlenmişti. Söz konusu Kanun ile yapılan değişiklik, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının Kurula zorunlu bildirilmesi uygulamasına son vermiştir.<sup>138</sup> Bu itibarla, 1/2003 sayılı Tüzük sonrası rekabeti kısıtlayan anlaşmaların *ex-post* denetlenmesini içeren Topluluk uygulaması, Türkiye’de de benimsenmiştir.

Önceki bölümde yer verildiği üzere, 1/2003 sayılı Tüzük rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın eğer muafiyet koşullarını sağlıyorsa “*herhangi bir izin kararına ihtiyaç olmadan*” hukuka uygun olacağını düzenlemektedir. Ancak

<sup>138</sup> Kurulca çıkarılan “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz”da (İhtiyari Bildirim Kılavuzu) belirtildiği üzere “teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin bildirim yoluna gitmeksizin muafiyet değerlendirmesini kendilerinin yapması esastır”.

Türkiye’de anlaşmaların zorunlu bildirim uygulamasına son verilirken muafiyet koşullarının varlığının münhasıran Kurul tarafından değerlendirilebileceği yönündeki kanun hükmü değiştirilmemiş, aynen korunmuştur. Bunun yanında bildirim müessesesi tamamen kaldırılmamış, teşebbüslerin öz değerlendirmeleri esas olmakla beraber Kurula ihtiyari bildirimde bulunabilmelerinin yolu açık bırakılmıştır. 5. madde uygulamasında yapılan bu değişiklikten hareketle iki soruna işaret edilmelidir.

Öncelikle muafiyet verme yetkisi Kurulun tekelinde bırakılmışken, 4. madde kapsamına giren bir anlaşmanın hukuki durumunun ne olacağı belirsizdir. Zira gerek teşebbüsler gerekse önüne bu konuda bir ihtilaf gelen mahkeme muafiyet koşullarının varlığını araştıramayacak ya da araştırmalarının hukuki bir sonucu olmayacaktır. Buna ilave olarak, mahkemenin önüne gelen bir anlaşmanın Kanuna aykırı olduğunu tespit etmesi halinde anlaşmanın baştan itibaren geçersiz sayılıp sayılmayacağı ya da idari bir işlem (olası bir muafiyet kararı) ile Kanuna aykırılığın giderilip giderilmeyeceği tartışma konusu olmaktadır.<sup>139</sup>

5. maddede yapılan değişikliklerle ilgili olarak değinilmesi gereken ikinci husus ise bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasının gerekçe ve sonuçları ile ilgilidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Toplulukta 1/2003 sayılı Tüzük ile bildirim zorunluluğunun kaldırılması, özde Komisyonun iş yükünün azaltılması gerekçesinden kaynaklanırken, modernizasyon çerçevesinde yapılan diğer değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde bu değişikliğin Komisyonun rekabet politikasında öncesine kıyasla daha esnek ve ekonomik bir yaklaşımı benimsemesini de içerdiği görülmektedir. Türkiye’de ise bildirim zorunluluğunun kaldırılmasına rağmen ilgili maddelerin ne şekilde uygulanacağına dair 81(3) Kılavuzu benzeri bir yol gösterici metin yayımlanmadığı, uygulama konusunda Kurul kararları ve grup muafiyeti tebliğ ve kılavuzları ile yetinildiği görülmektedir.<sup>140</sup>

#### 4.2. 4054 SAYILI KANUN’UN 5. MADDESİ

Daha önce de belirttiğimiz üzere Kanunun 4. ve 5. maddeleri sırasıyla RA 81(1) ve 81(3). maddelerine paralel düzenlenmiştir. Bu doğrultuda 81(3). maddenin karşılığı olarak düzenlenen Kanunun 5. maddesinde muafiyet koşulları şu şekilde sıralanmıştır:

*“a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*

*b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*

<sup>139</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz. (AKSOY 2004, 29) ve (SANLI 2000, 400-402).

<sup>140</sup> İhtiyari Bildirim Kılavuzu, madde 1, para. 3.



c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması, “

Maddenin, mehzaz düzenlemeden lafzı açısından iki noktada farklılaştığı görülmektedir. Öncelikle 5. maddede, muafiyetin ilk koşulunu düzenleyen (a) bendinde, malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında “yeni” gelişme ve iyileşmelerin arandığı görülmektedir. RA 81(3). maddesinde ise “yeni” kelimesine yer verilmemiş, “malların üretiminde veya dağıtımında gelişme sağlama” koşulu aranmıştır.<sup>141</sup> Bu durumda “yeni” kavramının kapsamının ne olabileceği tartışma konusu olabilecektir. Maddede yer verilen “yeni” gelişme kavramına daha önce var olmayan bir üretim veya dağıtım tekniğinin kullanıma sunulması anlamının verildiği bir durumda, hâlihazırda kullanılan bir teknikte meydana gelen gelişme ya da iyileşme madde kapsamında değerlendirilmeyebilecektir.

Yeni kavramına ilişkin benzer bir tartışma 82. madde kapsamında IMS<sup>142</sup> davası üzerinden de literatürde yapılmıştır. Lévêque (2005, 76) “yeni”nin ne olduğu ve nasıl test edileceğinin Topluluk hukuku açısından çözüm bekleyen bir konu olduğunu belirtmektedir. Hull (2004, 12) ise (IMS davasında) ATAD’ın, “yeni ürün” ve “farklı ürün” arasında ayırım yaptığını, piyasaya sürülecek ürünün hâkim firmanın ürününden farklı karakterde olmasının “yeni” ürün olarak sayılmasına yetmeyeceğinin kabul edildiğini tespit etmektedir.

Kanun’un lafzından kaynaklanan ikinci farklılık ise (b) bendinde karşımıza çıkmaktadır. Kanun, RA 81(3)’te yer alan düzenlemenin aksine ortaya çıkacak faydadan tüketicinin “adil pay” elde etmesini aramamaktadır.<sup>143</sup>

81(3) Kılavuzu’na göre adil pay, etkinlik doğuran kısıtlayıcı anlaşmanın tüketici refahını en azından azaltmaması anlamına gelmektedir.<sup>144</sup> Muafiyetin bu koşulunun sağlanması için inceleme konusu anlaşmanın olumlu etkilerinin gerçekleşen veya gerçekleşebilecek olumsuz etkilere baskın gelmesi gerekmektedir. Kanun’da adil pay kavramına yer verilmemesi dolayısıyla, Avrupa sisteminde yer verilen dengeleme analizinin Türkiye’de (hatalı olarak)

<sup>141</sup> İngilizce metin: “which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress”.

<sup>142</sup> Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECR’de henüz yayımlanmamış, 2004 ECJ CELEX LEXIS 166, para 44.

<sup>143</sup> Bununla birlikte Kanun’un ilgili maddesinin gerekçesinde tüketicinin elde edeceği payın “adil pay” olması gerektiğine değinilmektedir. Gerekçede “bu yararlı etkinin tüketiciye yansımayaarak, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin *adil bir pay* alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır.” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>144</sup> Kılavuz para 85

yer bulmayacağı, nispeten dar kapsamdaki olumlu etkilerin de muafiyet analizinde değerlendirmeye alınabileceği öne sürülebilir.

Kanun'un 4. ve RA 81(3). maddelerinin lafzındaki farklara rağmen uygulamada Kurulun, muafiyet koşullarının değerlendirilmesinde Topluluk çizgisini izlediği görülmektedir.

### 4.3. MUAFİYET KOŞULLARI ve UYGULAMA

Türkiye ile mehz uygulama arasındaki paralellik kendini özellikle ikincil mevzuat düzenlemelerinde göstermektedir. Aşağıda Türkiye'de grup muafiyetine ilişkin yürürlükte bulunan ikincil düzenlemelere yer verilmiştir:

**Tablo.2. Türkiye Grup Muafiyeti Tebliğleri**

<b>Tebliğ No</b>	<b>Konu</b>
2008/3	Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği
2008/2	Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
2005/4	Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
2003/2	Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
2002/2	2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

Kaynak:www.rekabet.gov.tr

Kurulca çıkarılan ve yukarıda yer verilen grup muafiyeti tebliğlerinin, Toplulukta yayımlanan grup muafiyeti tüzüklerini aynen takip ettiği, bunun dışında farklı konu veya alanlarda muafiyet uygulamasına yön veren ikincil düzenlemeler yapılmadığı gözlemlenmektedir. Bahse konu paralelliğin muafiyet koşullarının somut olaylar bakımından değerlendirilmesinde de görüldüğü ifade edilebilir.

Önceki bölümde de değinildiği üzere Komisyonca muafiyetin ilk koşulu “objektif” etkinlik kazançlarının ortaya çıkması olarak yorumlanmaktadır. Etkinliklerin objektifliği, sadece anlaşmanın taraflarına avantaj sağlamaması ve genel ekonomik iyileşme doğurması anlamına gelmektedir. Kurul uygulamasında da bu ilkenin genel olarak kabul edildiği görülmektedir. 24.7.2008 tarihli *Borusan/Arcelor*<sup>145</sup> kararında Kurul etkinliklerin objektifliği ile ilgili olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

*“İlgili bentte kastedilen ekonomik fayda veya menfaatin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, mal arzının artırılması ve devamlılığının*

<sup>145</sup> 08-47/648-245 sayılı karar.

*sağlanması, yeni piyasalara girişlerin kolaylaştırılması, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi haller ekonomik yararın sağlandığı hususunda yeterli görülmektedir.”*

Kurul kararda açıkça ekonomik faydanın objektif olması gerekliliğini ortaya koyarak Komisyon içtihadını takip etmektedir.

Muafiyetin ikinci koşulunun (tüketicilerin yarar sağlaması) değerlendirilmesinde yine Komisyon ile paralel bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Kanun'un lafzında adil pay kavramına yer verilmediği halde Kurulun adil pay kıstasını aradığı gözlemlenmektedir. Örneğin Kurul 2.8.2007 tarihli *Pfizer/Dilek*<sup>146</sup> dosyası kapsamında yaptığı muafiyet değerlendirmesinde mehaz mevzuata atıfla tüketicinin *adil pay* alması gerekliliğini göz önünde bulundurmuş, yine mehaz mevzuata atıfla tüketicinin ise sadece nihai tüketiciler olmadığı, “*bunun yanında nihai tüketiciler dışında kalan satıcı, dağıtıcı ve hatta üretici gibi tüm kullanıcılar*”ı da kapsadığı ifade edilmiştir.

Diğer yandan ikinci koşulun değerlendirmesinde, tüketicilere yansıyan etkinlik ile anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkileri arasında dengelemeyi arayan Topluluk bakış açısının Kurul tarafından benimsendiğinin açık ifadesi bulunmamaktadır.

Mehaz uygulamaya paralelliğin muafiyetin üçüncü koşulunda (ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması) da geçerli olduğu görülmektedir. Kurul bu koşulun analizinde piyasada mevcut ve potansiyel rekabet sürecini incelemekte, anlaşmanın etkileri ve tarafların sahip oldukları pazar gücü bağlamında rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığına bakmaktadır. Kurul bu analizde öncelikle anlaşma taraflarının pazar güçlerinin göstergesi olan pazar paylarını göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin 28.2.2008 tarihli *HSBC/Halkbank*<sup>147</sup> kararında HSBC Bank A.Ş. ve T. Halk Bankası A.Ş. arasında imzalanan işbirliği sözleşmesi incelenmiş, tarafların pazar paylarının toplam %6,87 olmasından hareketle rekabetin önemli ölçüde ortadan kaldırılmayacağına hükmetmiştir. Bir diğer kararda ise Kurul, Türk Hava Yolları A.O., THY Do&Co İkrım Hizmetleri A.Ş. ve Do&Co Restaurants & Catering Aktiengesellschaft arasında imzalanan ikram hizmetleri sözleşmesini incelemiştir.<sup>148</sup> Kararda pazarda rekabetin önemli ölçüde ortadan kaldırılıp kaldırılmadığının tespitinde pazarın yapısı irdelenmiş, pazara daha önce girişlerin kısıtlı olduğu ve THY Do&CO'nun pazarı “domine” ettiği tespiti yapılmıştır. Bu durumun pazara yeni girişleri de olumsuz etkileyeceği, aynı zamanda pazarda minimum etkinlik ölçeğinin de potansiyel rakiplerin pazara girişlerini zorlayacak seviyede olduğu tespiti yapılmış, anlaşmanın mevcut

<sup>146</sup> 07-63/774-281 sayılı karar.

<sup>147</sup> 08-19/197-67 sayılı karar.

<sup>148</sup> 08-52/784-313 sayılı karar.

haliyle rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldıracığına hükmedilmiştir. Karar, potansiyel rekabetin ve pazar koşullarının, özellikle de asgari etkinlik ölçüğünü incelemesi açısından önem taşımaktadır.

Üçüncü koşul bağlamında hakim durumda bulunan teşebbüslerin durumuna özel olarak değinilmelidir. Komisyon, 81(3) Kılavuzu'nda hakim durumda bulunan firmanın rekabeti kısıtlayıcı uygulamalarının mutlaka rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmayacağını, bu durumun istisnaları olduğunu belirtmektedir. Kurul da *Coca Cola*<sup>149</sup> ve *Unilever/Dondurma*<sup>150</sup> kararlarında dikey anlaşmaya taraf olan sağlayıcı teşebbüslerin hakim durumda olduklarını tespit etmiş ve her iki kararda da muafiyetin üçüncü koşulu açısından şu ifadelerle yer vermiştir:

*“Zira ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartı ile hâkim durum yakından ilişkilidir. Eğer bir firma rekabeti tek başına ortadan kaldırıyorsa hâkim durumda demektir. Dolayısıyla genel kural olarak hâkim durumda olan firmaların tek başlarına rekabeti ortadan kaldırma gücü bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu yorum hâkim durumda olan firmaların prensip olarak anılan bentteki koşulu yerine getirememesine yol açmaktadır. Ancak bu genel yorumun bazı istisnalarının olması gerektiği de açıktır. Eğer hâkim durumda olan bir firma ancak münhasırlık yoluyla müşteriye özgü yatırımı yapabiliyorsa veya anılan dikey anlaşma yoluyla know-how transferi mümkün oluyorsa muafiyetinden yararlanmaya devam etme söz konusu olabilecektir.”*

Kararlardaki değerlendirmelerden hareketle, hakim durumda bulunan teşebbüslerin taraf olduğu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların muafiyetin üçüncü koşulunu sağlayabilmesinin istisna olduğu, genel kuralın bu teşebbüslerin anılan nitelikteki eylemlerinin pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı söylenebilir.<sup>151</sup>

Muafiyetin dördüncü ve son koşulu ise rekabetin Kanun'un 5. maddesinin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması koşuludur. Bu koşulun değerlendirilmesinde Kurulun, Komisyonla paralel bir şekilde, grup muafiyeti düzenlemelerinde yer verilen ağır ihlalleri (kara liste) göz önüne aldığı, bu tür kısıtlamalara yer verilen anlaşmaların dördüncü koşulu sağlamayacağına değerlendirildiği söylenebilir.

Türkiye uygulamasında ayrıca anlaşmada yer verilen rekabet kısıtlarının rekabeti gereğinden fazla sınırlanmaması gerektiği belirtilerek, kısıtlayıcı hükümlerin “ölçülülüğü” kavramına dikkat çekilmektedir. Kurul 2.8.2007 tarihli *Pfizer* kararında muafiyetin dördüncü koşuluna ilişkin şu ifadelerle yer vermiştir:

<sup>149</sup> 07-70/864-327 sayılı karar.

<sup>150</sup> 08-33/421-147 sayılı karar.

<sup>151</sup> *Coca Cola* kararı aynı zamanda Türkiye rekabet hukuku uygulamaları açısından içerdiği analizle önem taşımaktadır. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. (Erdoğan ve Şimşek, 2008)

*“Rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin yararı göz önüne alınarak izin verilmişse de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması mümkün değildir. Kısaca “ölçülülük” ya da “denge” ilkesi olarak ifade edilebilecek olan bu prensibe göre, sınırlama, elde edilmek istenen olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli olmalıdır. Bu ilkeye aykırılık, izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanmasına veya rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmadığı halde sınırlanmasına yol açar. Teşebbüsler prensip olarak, anlaşma ile izledikleri ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler. Tespit edilen faydadan tüketicilerin de yararlandığı varsayımı ile sınırlamanın bu faydaların elde edilmesi için gerekli ve hatta zorunlu olması gerekir. Sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde muafiyet verilmesi söz konusu olmaz.”*

Nitekim Kurul 15.8.2003 tarihli *HSBC/Benkar*<sup>152</sup> kararında böyle bir hükmün varlığını tespit etmiştir. Kurul 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı kararı ile “Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmesi”nde yer alan ve üye işyerlerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen münhasırlık hükümlerine daha önce verdiği menfi tespit belgesini geri almış, anlaşmanın uygulanmasına devam edilmesi üzerine Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. hakkında soruşturma açmıştır. Taraf teşebbüs, münhasırlık hükmünün nedeninin müşterilere özel pazarlama danışmanlık hizmeti vermek olduğunu, münhasırlık hükmü olmadan bu hizmeti müşterilerine sağlayamayacağını ileri sürmüştür. Kurul ise soruşturma kapsamında getirilen münhasırlık hükmüne ilişkin yaptığı muafiyet değerlendirmesinde, rakip teşebbüslerin benzer hizmeti münhasırlık hükmüne ihtiyaç duymadan müşterilerine verdiğine, bu nedenle, söz konusu hükmün rekabeti gereğinden fazla sınırladığına hükmetmiştir.

<sup>152</sup> 03-57/671-304 sayılı karar.

## SONUÇ

Dünyada antitröst hukuku uygulamaları incelendiğinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin değerlendirilmesinde öne çıkan iki farklı sistemin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan biri ABD’de Sherman Kanunu ile kurulan sistem iken diğeri Avrupa’da uygulanan ve kaynağını RA 81. maddesinden alan sistemdir.

Amerikan antitröst sisteminde Sherman Kanunu “*Federe devletlerarası veya yabancı ülkeler ile yapılan ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst ya da başka biçimdeki birleşme veya gizli işbirliği hukuka aykırıdır...*” hükmü ile rekabeti kısıtlayan her türlü anlaşma ve eylemi yasaklamaktadır. Hükmün yoruma açık lafzı rekabetin kısıtlanması kavramına özel bir önem atfetmektedir. Rekabetin kısıtlanmasının somut olarak ne ifade ettiğine dair yapılacak yorumlar pratikte Sherman Kanunu’nun uygulanmasında farklı sonuçlar doğurabilecektir. Kavramın içeriğini doldurarak uygulamaya yön vermek ise Anglo Sakson hukuk sisteminin doğal bir sonucu olarak mahkemelerin yetki alanı içerisinde kalmaktadır. Bu bağlamda mahkemeler rekabetin kısıtlanması kavramının anlamına ilişkin bir içtihat oluştururken aynı zamanda Sherman Kanunu birinci maddesinin uygulanmasında kullanılacak çeşitli yöntemler geliştirmiştir.

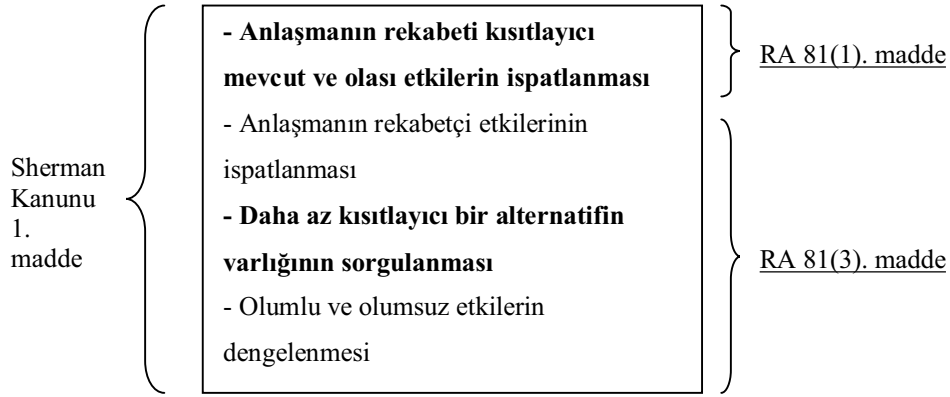
Sherman Kanunu uygulamasında zaman içerisinde mahkemelerce kullanılan iki temel yöntem *per se* ve *rule of reason* yöntemleri olarak karşımıza çıkmaktadır. *Per se* kuralı kapsamında belirli anlaşmalar ayrıntılı incelemeye ihtiyaç duyulmadan ihlal olarak kabul edilmekte iken, *rule of reason* analizi inceleme konusu eylem veya anlaşmanın pazarda doğurduğu olumlu ve olumsuz etkilerin ayrıntılı olarak değerlendirilmesini içermektedir. Amerikan sistemi incelendiğinde 20. yüzyılın büyük bir bölümünde bu iki yöntem arasında uygulama kapsamı temelinde bir “çekişme” yaşandığı görülebilir. 1927 yılında görülen *Trenton Potteries* davası ile temelleri atılan *per se* kuralının kapsamı 1977 yılında görülen *Sylvania* davasına kadar genişlemiş, *Sylvania* davası ile ise Sherman Kanunu birinci maddesi kapsamında yapılacak incelemelerde *rule of reason* analizinin hakim standart olduğu kabul edilmiş, bu kabul ise günümüze kadar geçerliliğini korumuştur.

Günümüz *rule of reason* analizinin ve dolayısıyla Amerikan rekabet hukuku sisteminin neoklasik iktisat ve Chigaco Okulundan etkilendiği gözlemlenmektedir. Devletin ekonomiye müdahalesini eleştiren, “ekonomik verimliliğin” ve “etkinliklerin” korunmasını rekabetçi analizin merkezine oturtan Chicago Okulu yaklaşımı nihai analizde olumlu etkileri olumsuz etkilerine baskın çıkan bir anlaşmanın rekabeti kısıtlamayacağı görüşünü içermektedir. Bu yaklaşım doğal olarak rekabetin kısıtlanmasının tespitinde pazara ilişkin ayrıntılı bir incelemeyi de beraberinde getirmekte, bu kapsamda bir inceleme uygulanabilirlik açısından eleştirilmektedir. Amerikan sisteminde hakim standart olarak kabul edilse de *rule of reason* analizinin özellikle hukuki belirsizlik yaratarak hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyebileceği literatürde tartışılmaktadır. Ancak üzerinde durulması gereken husus Sherman Kanunu uygulamasında *rule of reason* analizinin kullanılmasının, doğrudan rekabetin kısıtlanması kavramına yüklenen anlam ile bağlantılı olduğudur. İktisadi etkinliklerin korunmasını amaçlayan bir rekabet hukuku sisteminin pazardaki etkileri göz önünde bulundurmaman bir değerlendirmeyi içermesinin kendi içinde çelişki yaratacağı kuşkusuzdur.

AT rekabet hukuku sistemi ise kaynağını RA’dan almaktadır. RA 81. maddesi Sherman Kanunu birinci maddesi ile benzer bir şekilde rekabeti kısıtlayan, engelleyen veya bozan anlaşmalara yasaklama getirmektedir. Ancak RA 81. maddesi yapısı itibarıyla Sherman Kanunu’ndan ayrılmakta; ilk paragrafta getirdiği yasaklamanın üçüncü paragrafta belirtilen koşulların sağlanması halinde uygulanmayacağını, diğer bir ifadeyle anlaşma veya eylemin yasaklamadan “muaf” tutulacağını düzenlemektedir. RA 81. maddesinin bu “ikili” yapısı AT’nin rekabet kurallarına yüklediği anlamla beraber Amerikan sisteminden farklılaşmayı getirmiştir. AT’nin kurucu antlaşması olan RA’nın hazırlanmasında ve daha sonraki uygulamalarda özellikle Komisyonun Amerika’nın aksine bireylerin ekonomik özgürlüklerinin korunmasını rekabetçi analizin odağına yerleştiren Freiburg Ekolünden etkilendiği görülmektedir. Amerikan uygulamasının erken dönemlerinde benimsenen görüşe benzetilebilecek bu uygulama, ticari özgürlüğü kısıtlayan anlaşma ve işbirliklerini yasaklamaktaydı. Bu görüşün benimsenmesinde AT’nin RA 81. maddesini pazar entegrasyonu hedefine yönelik bir araç olarak kullanması da etkili olmuştur. Bu yaklaşım mutlak bölgesel koruma içeren dikey kısıtlamalara Amerikan sisteminden daha katı yaklaşılmasını beraberinde getirmiştir. Komisyonun, pazara etkileri analizlerinde göz önünde bulundurmaması veya nispeten az bulundurması sonucunu doğuran bu katı yaklaşımın Topluluk mahkemeleri tarafından aynı derecede benimsendiğini söylemek güçtür. Mahkemeler zaman içerisinde inceleme konusu anlaşmanın pazara etkilerinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde kararlar almıştır. Ancak bu kararların *rule of reason* analizinin içerdiği ayrıntılı inceleme kadar kapsamlı

olmadığı görülmektedir. Ayrıca Topluluk mahkemeleri de pazar entegrasyonu hedefi çerçevesinde Komisyonun özellikle dikey kısıtlamalara karşı benimsediği katı tutumdan ayrılmamıştır.

90'ların sonuna doğru başlayan modernizasyon süreci ise hem bir bütün olarak RA 81. maddesinin uygulanmasında hem de RA 81(3). maddesinde düzenlenen muafiyet rejiminde köklü bir değişikliği beraberinde getirmiştir. Komisyon 1/2003 sayılı Tüzük'ün yayımlanması ile muafiyet kurallarının uygulanmasında benimsediği merkezi nitelikte izne tabi bildirim sistemini kaldırmış *ex-post* analize ve "öz değerlendirme" sistemine geçmiş, sonrasında çıkardığı 81(3) Kılavuzu ile de muafiyet koşullarının ve dolayısıyla RA 81(1). madde hükümlerinin uygulanmasında iktisadi etkinliği ve tüketici refahını ön plana alma niyetini ortaya koymuştur. Yeni sistemde bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkileri veya bir başka deyişle pazarda yaratacağı olumsuz etkiler RA 81(1). madde kapsamında tespit edilecek, anlaşmanın olumlu etkileri (yarattığı etkinlik kazançları) ise RA 81(3). madde kapsamında değerlendirilerek, olumlu ve olumsuz etkilerin dengelenmesiyle nihai karar verilecektir. Bu açıdan Avrupa sisteminin Amerikan *rule of reason* uygulamasına yakınsadığı söylenebilir. İki sistemin mevcut durumda taşıdığı bu benzerlik aşağıda şema ile gösterilmiştir.



Yukarıda yer verilen şemada Avrupa ve Amerikan sistemlerinin günümüz uygulamasında izlenen yöntem ve ulaşılmak istenen hedefler açısından büyük benzerliğinin bulunduğu ifade edilebilse de AT uygulamasında halen RA 81. maddesinin "ikili" yapısının teorik olarak hedeflenen amaçla uyumsuz olduğu düşünülmektedir.

İktisadi etkinliklerin ve toplumsal refahın temel alındığı bir rekabetçi analiz, anlaşma veya eylemin olumlu etkilerinin olumsuz etkileri bertaraf etmesi



halinde rekabetin kısıtlanmadığı kabulünü içermektedir. RA 81. maddenin “*ikili*” yapısı ise uygulamada böyle bir incelemeye izin vermemekte, üçüncü paragrafa işlevsellik kazandırmak adına, olumlu etkiler göz önünde bulundurulmadan sadece olumsuz etkiler değerlendirilerek rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Rekabet politikasının teorik hedefi ile uygulama arasında doğan bu uyumsuzluğun AT’nin Freiburg Ekolü etkisi ile hazırlanmış araçları Chicago Okulu’nun ortaya koyduğu amaçlara ulaşmak üzere kullanmasından kaynaklandığı söylenebilir.

Muafiyet rejimi uygulamaları açısından Türkiye’ye bakıldığında ise 1/2003 sayılı Tüzük’e paralel olarak 5388 sayılı Kanun ile bildirim dayalı izin sisteminin kaldırıldığı ancak, AT’nin aksine ihtiyari bildirim yolunun açık bırakıldığı görülmektedir.

Zorunlu bildirim kaldırılarak yerine teşebbüslerin öz değerlendirmelerinin ve otoritenin *ex-post* müdahalesinin esas alındığı bir sisteme geçilmesi, günümüzde rekabet kurallarına getirilen çağdaş yorum doğrultusunda olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin pazara etkilerinin değerlendirilmesini içeren rekabetçi analiz, zorunlu bildirim sistemi ile beraber kullanılmasının uygulamada sorun doğurabileceği açıktır.

Diğer yandan ihtiyari bildirim yolu hukuki belirsizliği gidermede bir araç olarak kullanılacaksa da, yasa hükmünün doğrudan uygulanabilir nitelikte olmaması da göz önüne alındığında bu yolun açık bırakılması öz değerlendirme yöntemini büyük ölçüde sakat bırakmaktadır. Ayrıca Kurul tarafından yayımlanan İhtiyari Bildirim Kılavuzu’nda teşebbüslerin muafiyete ilişkin öz değerlendirmelerinin esas olduğu kabul edilmişken, bu konuda yol gösterici olabilecek 81(3) Kılavuzu benzeri bir düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, Toplulukta zorunlu bildirim sisteminin kaldırılması sadece muafiyet rejimine ilişkin şekilsel bir değişiklik olmayıp, (özellikle 81(3) Kılavuzu ile beraber düşünüldüğünde) aynı zamanda AT rekabet hukuku politikasının özünde iktisadi bir yaklaşımın benimsenmesine dair niyeti de yansıtmaktadır. Bu bağlamda Türk Rekabet Otoritesinin de gerek 4. gerekse 5. madde uygulamasında benimsediği yaklaşımı açıkça ortaya koyması gerekmektedir. Bunun da ötesinde, şayet çağdaş uygulamalara paralel iktisadi bir yaklaşım benimsenecekse, söz konusu maddelerin birleştirilerek tek bir maddede toplanması ve düzenlemenin, pazara nihai etkileri olumlu olan anlaşmaların rekabeti kısıtlamadığı şeklinde yapılması yerinde olacaktır.

## **ABSTRACT**

The exemption system of the European Community has experienced a critical change with the Council Regulation 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. This Regulation puts forward the direct applicability of the Article 81(3) of the Treaty of Rome and adopts an ex-post controlling mechanism instead of ex-ante. With the same regulation, The Commission has shared her exclusive authority with the member states authorities and courts.

In this thesis we aim to analyse and put forward the system of the exemption conditions of the European Union and compare with the US antitrust law. First defining rule of reason applications, then European Union 81th amendment applications and exemption conditions are defined. Basically we compare those systems and put forward a structural frame of the application of exemption system. By doing this we try to find some development areas for the enforcement of exemption rules.

## KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), “*Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*”, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara.

AKSOY, N. (2004); “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri no:52, Ankara.

AMATO, G. (1997); “*Anti Trust and the Bounds of Power*”. Hart Publishing, Oxford

ABA, AMERİKAN BAROLAR BİRLİĞİ (1998), “*Annual Review of Antitrust Law Developments*”, ABA, Chicago.

AREEDA, P. E. (1981), “*The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues*”, Federal Judicial Center, Washington D.C..

AREEDA P. E. ve H. HOVENKAMP, (1995), “*Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application Antitrust Law*”, Aspen Publishers, New York.

ARTHUR, T. C. (1986) “*Farewell to a Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act*” 74 *Cal. Law Review* 2, sf. 263-376.

BORK, R. (1978), “*The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*”, The Free Press, New York.

BURGEON J. ve J. BOCKEN (2005); “*Guidelines on the Application of the Article 81(3) of the EC Treaty or How to Restrict a Restriction*”, 32 *Legal Issues of Economic Integration* 2, sf. 111-121.

CARRIER, M. A. (2009), “*The Rule of Reason: an Empirical Update for the 21<sup>st</sup> Century*”, 16 *George Mason Law Review* 4, sf. 827-837.

CARRIER, M. A. (1999). “*The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*”, 1999 *Brigham Young University Law Review* 4, sf. 1265-1365.

- CHRISTIANSEN, A. ve W. KERBER (2005), “*Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of "Per Se Rules vs Rule of Reason"*”, ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=872694](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=872694)).
- CSERES, K. J. (2005); “*Competition Law and Consumer Protection*”, Kluwer Law International, the Hague.
- DRAHOS, M. (2001); “*Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community*”, Kluwer Law International, Deventer.
- EASTERBROOK, F. H. (1984), “*Vertical Arrangements and the Rule of Reason*”, 53 *Antitrust Law Journal*, sf.135.
- ERDEM, E. (2006); “*1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri*”, *GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2004/1, sf. 25-52
- ERDOĞAN, T. ve B.S ŞİMŞEK (2008); “*An Effects-Based Approach to Exclusivity Agreements: The Case of Coca-Cola Turkey*”, 29 *E.C.L.R.* 10, sf. 570-576.
- EVANS, A. C. (1981); “*European Competition Law and Consumers: The Article 85(3) Exemption*”, 2 *E.C.L.R.*, sf. 424-437.
- ERSOY, Ç. (2003); “*Avrupa Tophuluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu*”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 16, sf. 3-42.
- FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999); “*The EC Law of Competition*”, Oxford University Press, Oxford.
- FELDMAN, G. A. (2009); “*The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*”, 58 *American University Law Review*, 3, sf. 561-632
- GAVIL, A. (1996); “*an Antitrust Anthology*”, Anderson Publishing, Southington.
- GELLHORN, E. ve W. KOVACIC (1994); “*Antitrust Law and Economics in a Nutshell*”, Fourth Edition, West Publishing, USA.
- GERBER D. (1994); “*Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and The New Europe*”, 42 *American Journal of Comparative Law* 1, sf. 25-84.
- GÖZLÜKAYA, ANGI F. (2005); “*Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması*”, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 73, Ankara.
- HILDEBRAND, D. (2002); “*The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*”, Kluwer Law International, the Hauge.

- HOFSTADTER, R. (1965), “*What Happened to the Antitrust Movement*”, “*the Paranoid Style in American Politics and other Essays*” içinde, Alfred A. Knopf, New York, (<http://moglen.law.columbia.edu/ALH/Hofstadter.pdf>) sf. 102-150
- HULL, D. W. (2004); “*Compulsory Licensing of IP Rights: the ECJ’s Judgement in the IMS Case*”, *Competition Law Insight*, sf.10-13.
- JOLIET, R. (1967); “*The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*”, Faculté de Droit de l’Université de Liège, the Hague.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2008); “*EC Competition Law*”, Third Edition, Oxford University Press New York.
- KINTNER, E. W. (1978); “*The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*” Vol. 5, Chelsea House Publishers, New York.
- KJOLBYE, L. (2004); “*The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): an Economic Approach to Article 81*”, 25 *ECLR* 9, sf. 566-577.
- KOVACIC W. E. ve SHAPIRO C., (2000) “*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*”, 14 *Journal of Economic Perspectives* 1, sf. 43-60
- LÉVÊQUE, F. (2005); “*Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*”, 28 *World Competition* 1, sf.71-91.
- MADAN, Z. (2009); “*ABD ve AT Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara.
- MONTI, G. (2002); “*Article 81 EC and Public Policy*”, 39 *C.M.L. Rev.* 5, sf. 1057-1099.
- NEALE A. D. ve GOYDER D.C. (1981) “*The Antitrust Laws Of The USA: a Study Of Competition Enforced by Law*”, Cambridge University Press, New York.
- NEALIS, P. (2000); “*Per Se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason*”, 61 *Ohio State Law Journal*, sf. 347-398.
- NICOLAIDES, P. (2005); “*The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) and (3)*”, 32 *Legal Issues of Economic Integration* 2, sf. 123-124.
- ODUDU, O. (2002); “*A New Economic Approach To Article 81(1)?*” 27 *European Law Review* 1, sf. 100-105.

- PIRAINO, T. A. (1994); “*Making Sense of the Rule of Reason: A New Standard for Section 1 of the Sherman Act*”, 47 *Vanderbilt Law Review* 6, sf. 1753-1805.
- PITOFISKY, R. (1987); “*Antitrust in the Next 100 Years*”, 75 *California Law Review*, 3, sf. 817-825.
- POSNER, R. A. (1974); “*Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials*”, West Group Publishing, Minnesota.
- POSNER, R. A. (1981); “*The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*”, 48 *Chicago Law Review* 6, sf.6-26.
- RBB Economics, (2004); "Art or Science? Assessing Efficiencies under the Commission's Article 81(3) Notice", Brief 15.  
(www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb\_brief15.pdf)
- SANLI K.C. (2000); “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*”, Ankara.
- SCHAUB, A. (2000); "AT Rekabet Hukukunun Modernizasyonu: 17 sayılı Tüzük'te Reform". *Rekabet Dergisi* içinde, Cilt:1, Sayı:3, Rekabet Kurumu, Temmuz-Ağustos-Eylül 2000, sf.3-25
- SCHECHTER, M. C. (1983); "The Rule of Reason in European Competition Law." 2 *Legal Issues of European Integration*, sf. 1-20.
- STUCKE, M. E. (2009); “*Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?*”, 42 *U.C. Davis Law Review* 5, sf. 1375-1490
- SU, K. T. (2003); “*Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi*” Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Ankara.
- SUFRIN, B. (2006); “*The Evolution of Article 81(3) of the EC Treaty*”, 51 *the Antitrust Bulletin* 4, sf. 915-981
- SULLIVAN, L. A. (1977); “*Handbook of the Law of Antitrust*”, West Group, Minnesota.
- SULLIVAN, E. T. ve J. L. HARRISON (1998); “*Understanding Antitrust and Its Economic Implications*”, Third Edition, Matthew Bender & Co., Inc., New York.
- TEKİNALP, G. ve Ü. TEKİNALP (2000); “*Avrupa Birliği Hukuku*”, Beta Yayınevi, İstanbul.

TOPÇUOĞLU, M. (2001); “*Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*”, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara.

VEROUDEN V. (2003); “*Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis*”, 71 *Antitrust Law Journal* 2, sf. 525-575.

WALLER, S. W. (2008); “*Justice Stevens and the Rule of Reason*”, 61 *Southern Methodist University Law Review* 4, sf:693-724.

WEITBRECHT, A. (2008); “*From Freiburg To Chicago And Beyond - The First 50 Years of European Competition Law*”, 29 *E.C.L.R.* 2, sf. 81-88.

WESSELING, R. (2001); “*The Modernisation of EC Antitrust Law*”, Hart Publishing, Oxford.

WHISH, R. (2005); “*Competition Law*”, Fifth Edition, Oxford University Press, New York.

YAVUZ, Ş. (2003); “*Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: Per Se veya Rule of Reason*”, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tez Serisi No:13, Ankara.

#### **ABD KARARLARI**

#### **YÜKSEK MAHKEME KARARLARI**

United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)

Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)

United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940)

United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977)

National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

Broadcast Music Inc. vs. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979)

Jefferson Parish Hospital District No.2 vs. Hyde 466 U.S. 2 (1984)

Northwest Wholesale Stationers vs. Pacific Stationery & Printing Co. 472 U.S. 284 (1985)

State Oil Co. vs. Khan 522 U.S. 3 (1997)

Leegin Creative Leather Products Inc. v PSKS, Inc. (2007)

Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)

FTC v. Indiana Federation of Dentists , 476 U.S. 447 (1986)

National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla. , 468 U.S. 85 (1984)

Orson Inc. vs. Miramax Film Corp 79 F3d 1358,1367 (1996)

National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

Silver v. N.Y. Stock Exchange, 373 U.S. 341 (1963).

Addyston Pipe & Steel Co. v. United States , 175 U.S. 211 (1899)

California Dental Assn. v. FTC , 526 U.S. 756 (1999)

Times-Picayune Publishing Corp. v. Schulingkamp , 419 U.S. 1301 (1974)

National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla. , 468 U.S. 85 (1984)

#### **ALT DERECE MAHKEMELERİ KARARLARI**

Gte Sylvania Incorporated, v. Continental T.v., Inc., a Corporation, 537 F.2d 980, (9. Circuit, 1976)

Booklocker.com, Inc. vs. Amazon.com, Inc., 1:08-cv-00160-JAW, (U.S. District Court District of Maine, 2009).

Rebel Oil Co. vs. Atlantic Richfield Co., 51 F.3d 1421 (United States Court of Appeals, 9th Circuit 1995).

Norman Law, Andrew Greer, Peter Herrmann, Michael Jarvis,jr., and Charles M. Rieb v. National Collegiate Athletic Association, 134 F.3d 1010, (U.S. Court of Appeals 10th circuit, 1998)

Seagood Trading Corp vs.Jerrico Inc., 924 F.2d 1555 (U. S. Court of Appeals, 11th circuit, 1991) sf.1572-1573

U.S. vs. Brown University 5 F.3d, 658, (U. S. Court of Appeals, 3th circuit 1993),

Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc 792 F.2d 210 (U. S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1986)



**AT KARARLARI**

**KOMİSYON KARARLARI**

Grundig-Consten kararı O.J. 2545 1964

SABA O.J. L 28 19, 1976

COMP/29.373 - Visa International, 2002 OJ L 318, 2002

**AT MAHKEME KARARLARI**

Société Technique Minière k. Maschinenbau Ulm E.C.R. 235. (1966)

Grundig and Consten v. Commision E.C.R. 299 (1966)

Case 5/69, Völk v. Vervaecke ECR 295,302, (1969)

Metro SB GroBmarkte GmbH & Co KG v. Commision ECR 1875 (1977)

Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commision ECR 2015 (1982)

Case C-350/88 Delimitis v Commision ECR (1990)

Cases T-374,375,384, 388/94 European Night Services v. Commision ECR II-3141, 5 CMLR 718. (1998)

Metropole Télévision SA (M6) v Commission O. J. C 044 (2001)

Case T-168/01 GlaxoSmithKline Serv. Unlimited v. Commision (2006)

Atlantic Container Line and Others v Commission, T191/98 (2003)

Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, ECR'de henüz yayımlanmamış, ECJ CELEX LEXIS 166, (2004)

**TÜRKİYE KARARLARI**

**REKABET KURULU KARARLARI**

24.7.2008 tarih, 08-47/648-245 sayılı karar

2.8.2007 tarih, 07-63/774-281 sayılı karar

28.2.2008 tarih, 08-19/197-67 sayılı karar.

11.9.2008 tarih, 08-52/784-313 sayılı karar

10.9.2007 tarih, 07-70/864-327 sayılı karar

15.05.2008 tarih, 08-33/421-147 sayılı karar

15.08.2003 tarih, 03-57/671-304 sayılı karar.

**İLGİLİ MEVZUAT**

Commission Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, (C 101/08,2004).

Commision Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (OJ C 372, 1997).

CommisSion Regulation No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices (OJ L 304/3).

Guidelines on the Application of Article 81 to Vertical Restraints, (OJ C101/204, 2004).

Guidelines on the Applicability of Article 81 to Horizontal Co-operation Agreements, (OJ C3/2 2001)

Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, (OJ L 1,2003)

Commission Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 2004)