

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 150

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA FİYAT
PARİTE ANLAŞMALARI: EN
ÇOK KAYRILAN ÜLKE/MÜŞTERİ
KOŞULU

HASAN ADIYAMAN

**REKABET HUKUKUNDA
FİYAT PARİTE
ANLAŞMALARI: EN ÇOK
KAYRILAN ÜLKE/MÜŞTERİ
KOŞULU**

HASAN ADIYAMAN

Ankara 2017

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2017

Baskı, Nisan 2017
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Özgür BAL, Baş Hukuk Müşaviri Salim AYDEMİR ve Prof. Dr. Fuat OĞUZ'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 24-25-26 Ekim 2016 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Hasan ADIYAMAN, 02.12.2016 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 16.12.2016 tarih ve 13645 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

328

Eşime...

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKUNDA FİYAT PARİTE ANLAŞMALARI

1.1. KOLAYLAŞTIRICI EYLEM KAVRAMI.....	3
1.2. FİYAT PARİTE ANLAŞMALARI.....	5
1.2.1. Kavram.....	5
1.2.1.1. Sağlayıcılar Üzerinden Gerçekleştirilen Fiyat Parite Anlaşmaları.....	5
1.2.1.2. Alıcılar Üzerinden Gerçekleştirilen Fiyat Parite Anlaşmaları (MFN Koşulları).....	6
1.2.1.3. MFN Koşullarının Kullanım Alanları.....	9
1.2.2. MFN Koşullarının Pazardaki Rekabete Etkileri.....	10
1.2.2.1. MFN Koşullarının Rekabet Yanlısı Etkileri ve Pazarda Doğurduğu Olumlu Sonuçlar.....	10
1.2.2.1.1. Fiyatların Düşmesi.....	10
1.2.2.1.2. Ticari İlişkiye Özgü Yatırımların Teşviki.....	11
1.2.2.1.3. İşlem Maliyetlerinin ve Anlaşma Silsilesinin Azaltılması.....	12
1.2.2.1.4. Ürün Tedarikinin ve Kalitenin Devamı.....	13
1.2.2.1.5. Gecikmelerin ve Talep Belirsizliğinin Azaltılması.....	14
1.2.2.1.6. Markanın Korunması ve Bedavacılık Probleminin Önlenmesi.....	15
1.2.2.2. MFN Koşullarının Rekabet Karşıtı Etkileri ve Pazarda Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar.....	16
1.2.2.2.1. Pazardaki Fiyat Rekabetinin Azalması ve Fiyat Katılığı.....	16
1.2.2.2.2. İşbirliğini ve Kartelleri Kolaylaştırması.....	18
1.2.2.2.3. Giriş Engelleri Oluşturma ve Dışlama Etkisi.....	19
1.2.2.3. MFN Koşullarının Rekabete Etkisinin Olmaması.....	20

BÖLÜM 2

MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU UYGULAMALARI

2.1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ (ABD) UYGULAMALARI.....	21
2.2. AVRUPA BİRLİĞİ/KOMİSYON VE ÜYE ÜLKE UYGULAMALARI.....	24
2.2.1. Avrupa Birliği/Komisyon Uygulamaları.....	24
2.2.1.1. Pay TV- Film Stüdyoları.....	24
2.2.1.2. Ruhrgas-Gazprom.....	25
2.2.1.3. Sinema Dijitalizasyon.....	25
2.2.1.4. E-Kitap(E-Books).....	26
2.2.2. Üye Ülke Uygulamaları.....	28
2.2.2.1. Alman Kartel Ofisi: Bundeskartellamt (BKA).....	28
2.2.2.2. İngiliz Rekabet Otoritesi: Competition and Markets Authority (CMA).....	30
2.2.2.3. Diğer Otoriteler Tarafından Yürütülen Benzer Uygulamalar.....	31
2.2.3. AB Rekabet Hukukunun MFN Koşullarına Uygulanmasına İlişkin Genel Değerlendirme.....	33

BÖLÜM 3

MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARI VE BU UYGULAMALARA YÖNELİK ÖNERİLER

3.1. MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI.....	36
3.1.1. <i>Sony Europe/Arçelik</i> Muafiyet Kararı.....	36
3.1.2. <i>CarrefourSA</i> Kararı.....	37
3.1.3. <i>Yemek Sepeti</i> Soruşturması.....	38
3.1.4. <i>Booking.com</i> Soruşturması.....	39
3.2. MFN KOŞULLARININ 4054 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	40
3.2.1. MFN Koşullarının Pazarda Rekabetçi Endişe Oluşturabileceği Durumlar....	41

3.2.2. MFN Koşullarının Pazarda Rekabetçi Endişe Oluşturmayacağı Durumlar...	42
3.2.3. MFN Koşullarına İlişkin Muafiyet Değerlendirmesi.....	42
3.3. MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN TÜRK REKABET HUKUKU İÇİN ÖNERİLER.....	44
3.3.1. 4054 Sayılı Kanun'da Yapılabilecek Düzenlemelere İlişkin Öneriler.....	45
3.3.2. İkincil Mevzuatta Yapılabilecek Düzenlemelere İlişkin Öneriler.....	47
3.3.2.1. MFN Koşullarının Dikey Kılavuz'a Dâhil Edilmesinin Sağlayacağı Faydalar.....	48
3.3.2.2. Dikey Kılavuz'da MFN Koşullarına İlişkin Bulunması Gereken Hususlar.....	50
SONUÇ.....	53
ABSTRACT.....	57
KAYNAKÇA.....	58

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
BKA	: Bundeskartellamt (Alman Kartel Ofisi)
bkz.	: Bakınız
CMA	: Competition and Markets Authority (İngiliz Rekabet Otoritesi)
DOJ	: Department of Justice (Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı)
FTC	: Federal Trade Commission (Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu)
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
LEAR	: Laboratorio di Economia, Antitrust, Regolamentazione
MFC	: Most Favoured Customer Clause (En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu)
MFN	: Most Favoured Nation Clauses (En Çok Kayrılan Ülke Koşulu)
OECD	: İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
para.	: Paragraf
PPC	: Price Parity Clause (Fiyat Parite Koşulu)
s.	: Sayfa
vd	: ve diğerleri
vol.	: Volume
VRBER	: Vertical Restraints Block Exemption Regulation (Komisyonun Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesi)
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

GİRİŞ

Teşebbüsler arasındaki dikey sözleşmelerde yer alan ve sağlayıcı tarafından, diğer alıcılara önerilen daha uygun sözleşme koşullarının, kayırlan alıcıya da önerilmesi anlamına gelen (Whish ve Bailey 2015, 688) en çok kayırlan ülke koşulu (*most favoured nation clauses*: MFN), son dönemlerde rekabet otoritelerini ve rekabet hukuku uygulayıcılarını oldukça meşgul eden ve üzerinde en çok tartışılan konular arasında yer almaktadır. İnternetin hayatımıza girmesinden sonra, internet kullanıcılarının ve sitelerinin sayıca hızla arttığı günümüzde, internetin sunduğu olanaklardan biri olan elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla MFN koşulları, rekabet otoriteleri için daha da önemli bir konu haline gelmiştir.

Rekabet hukuku uygulamalarında, fiyat tespiti ve bölge/müşteri paylaşımı gibi bazı yatay kısıtlamaların rekabet ihlali teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ancak bazı kısıtlamalar bakımından, bunların ihlal teşkil edip etmediği veya nasıl bir ihlal teşkil ettiği hakkında kolaylıkla karar verebilmek mümkün değildir. Aynı şekilde, MFN koşullarının da rekabet hukuku bakımından bir ihlal oluşturup oluşturmadığına dair kolaylıkla karar verilememektedir. Bu nedenle, bu koşullar hakkında şu ana kadar oluşmuş yerleşik bir içtihat mevcut değildir. Özellikle Avrupa Komisyonu (Komisyon)'nun öncülük etmemesi, Avrupa Birliği genelinde ulusal rekabet otoritelerinin, MFN koşullarına yönelik olarak farklı sonuçlara ve çözümlere ulaşmalarına neden olmuştur.

MFN koşullarına ilişkin rekabetçi bakış açısının henüz bir netlik kazanamamasının ve rekabet otoritelerinin bu koşullara ilişkin incelemelerde, farklı sonuçlara ulaşmalarının en önemli nedeni, sözleşmelerde yer alan bu koşulların kullanımının, pazarda her zaman aynı sonuçları meydana getirmemesidir. MFN koşulları, pazardaki rekabeti kısıtlayabildiği ve tüketiciye zarar verebildiği gibi, teşebbüsler arasındaki rekabeti

artırarak pazarda etkinlik sağlayabilmektedirler. Bu yüzden, rekabet otoritelerinin uygulamalarına bakıldığında, bu koşulların *per se* ihlal kabul edilmesinden ziyade etki temelli bir yaklaşımın esas alındığı ve her dava özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu söylenebilecektir.

MFN koşullarının, etki temelli bir yaklaşım çerçevesinde, her dava özelinde ayrı değerlendirilmesi, rekabet otoriteleri ve rekabet hukuku uygulayıcıları bakımından çeşitli zorluklar doğurabilmektedir. Bu bakımdan, rekabet hukuku çerçevesinde bu koşulların tanımlanması ve yerinin tam olarak tespit edilmesi, bu koşulların hangi durumlarda pazardaki rekabeti kısıtladığı veya rekabeti artırarak etkinlik yarattığı hususlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu amaçla, bu çalışmanın ilk bölümünde, fiyat parite anlaşmaları ve işbirliği anlaşmalarını kolaylaştıran eylemler arasında yer alan MFN koşullarının, bu kavramlar arasındaki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır. Kavramlara ilişkin açıklamaların ardından, bu koşulların pazardaki rekabete olan etkileri incelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde, MFN koşullarına ilişkin ülke uygulamaları incelenecek ve bu uygulamalara yönelik değerlendirmelere yer verilecektir. Son bölümde ise, MFN koşullarına ilişkin Türk rekabet hukuku uygulamalarına yer verilecek, sonrasında bu koşulların hangi durumlarda pazarda herhangi bir rekabetçi endişeye sebebiyet vermeyeceği veya hangi durumlarda ciddi rekabetçi endişe oluşturabileceği ve bu nedenle bu koşulların kullanımının yasaklanması gerektiğine yönelik değerlendirmelere yer verilecek olup, ardından MFN koşullarına ilişkin Türk rekabet hukuku uygulaması açısından öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKUNDA FİYAT PARİTE ANLAŞMALARI

1.1. KOLAYLAŞTIRICI EYLEM KAVRAMI

Kolaylaştırıcı eylemler, belli koşulların varlığı halinde, teşebbüslerin aralarındaki rekabeti ortadan kaldıran uzlaşmalara varmalarına ve bu uzlaşmaları sürdürebilmelerine imkân veren eylemler olarak tanımlanmıştır (Kekevi 2003, 2). Hovenkamp ise (1994, 132) kolaylaştırıcı eylemleri, teşebbüslerin kendi aralarında gizli işbirliğini kolaylaştıracak belirli davranışlar üzerinde açık veya zımni anlaşmaları olarak tanımlamaktadır.

Rekabet hukuku doktrinindeki diğer bir tanımlamaya göre; oligopol piyasalarda, piyasanın şeffaflaştırılması suretiyle ve piyasanın diğer koşullarının da uygun olmasına bağlı olarak, işbirliği oluşturulması veya mevcut işbirliğinin devamı için denetim aracı niteliğinde olan eylemler olarak da nitelendirilen (Cengiz 2005, 187) kolaylaştırıcı eylemler; İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından hazırlanan çalışmada, oligopol piyasalarda, teşebbüslerin faaliyetlerini daha etkin kılmak ve strateji oluşturmak için başvurdukları ve daha çok bilgi değişimine yönelik olan uygulamalar olarak nitelendirilmiştir (OECD 2007, 1).

Kolaylaştırıcı eylemler, oligopol piyasalarda, belirsizliklerin azaltılması veya ortadan kaldırılması yani piyasanın şeffaflaştırılması suretiyle, pazardaki diğer koşulların da uygun olması halinde, işbirliği oluşturulması veya mevcut işbirlikçi piyasa dengesinin sürdürülebilmesi için sapmalara karşı kontrol altında tutma aracı niteliğindeki eylemlerdir (OECD 1999, 8; Arquit 1993, 536-537). Oligopol piyasalarda,

rakiplerin işbirliği yapmalarını ve sürdürmelerini sağlayan her türlü davranış, doğru koşullar altında kolaylaştırıcı eylem olarak kabul edilmelidir (OECD 1999, 8).

Buna göre kolaylaştırıcı eylemlerin temel özelliği, oligopol piyasalardaki belirsizlikleri azaltmak veya ortadan kaldırmak yoluyla, piyasayı daha şeffaf bir hale getirmektir. Kolaylaştırıcı eylemlerin bu temel özelliğinin doğal bir sonucu olarak, iki işlevinin bulunduğu kabul edilmelidir (Kesim 2011, 243). Öncelikle kolaylaştırıcı eylemler, işbirliği oluşturulmasının aracı olabilirler. Ancak bunun için piyasa koşullarının koordinasyona elverişli olması gereklidir. Aksi takdirde bu stratejiler, rekabeti bozucu nitelikteki açık anlaşmalar olmaksızın piyasadaki rekabetçi dengeyi bozma potansiyeli içermezler. İkinci olarak, kolaylaştırıcı eylemler, mevcut işbirlikçi piyasa dengesinin sürdürülebilmesi için sapmaların kontrol altında tutulabilmesinin aracı olabilirler. Rakiplerin amaçlarına ulaşabilmeleri için, işbirliğinin sadece oluşturulması yeterli değildir. Aynı zamanda oluşturulan işbirliğinin sürdürülebilmesi de gereklidir. İşbirliğinin tarafları için diğerlerini aldatarak işbirliğinden sapmak, getireceği kısa dönemli kârlar bakımından, belirli koşullarda cazip olabilmektedir. Bu koşullarda, işbirliği kırılabilir ve sapmalar kıyasıya rekabet başlatabilir. Bu nedenle işbirliğinin kontrol altında tutulması ve sürdürülebilmesi gereklidir. Bu kontrol, işbirliğinden sapanların tespit edilip yakalanması ve yakalananların cezalandırılması suretiyle yapılmaktadır (Cengiz 2005, 189-190).

Kolaylaştırıcı eylemler genel olarak; rakiplerin uzlaşmaya varmasını kolaylaştırıcı eylemler, rakiplerin uzlaşmadan sapanları tespit etmelerini kolaylaştırıcı eylemler ve rakiplerin uzlaşmadan sapanları cezalandırmalarını kolaylaştırıcı eylemler olmak üzere üç gruba ayrılabilir. Bu ayrım çerçevesinde, rakiplerin uzlaşmaya varmasını kolaylaştırıcı eylemler olarak bilgi değişimleri, bilgi açıklamaları, fiyat duyuruları, fiyat formülleri, teslim fiyatlandırması sistemleri, işbirlikçi fiyat liderliği, perakende fiyat tespiti, belirli koşullarda ortak girişim, müşterek mülkiyet, ortak yönetim ağının oluşturulması; rakiplerin uzlaşmadan sapanları tespit etmelerini kolaylaştırıcı eylemler olarak bilgi değişimleri; rakiplerin uzlaşmadan sapanları cezalandırmalarını kolaylaştırıcı eylemler olarak ise sözleşmelere konulan en çok kayırılan müşteri koşulu örnek olarak sayılabilir (Kekevi 2003, 4-7; Cengiz 2005, 190).

Kolaylaştırıcı eylemler, genel anlamda teşebbüslerin faaliyetlerine yöneliktir. Rakiplere, stratejilerini oluşturmak konusunda imkân sağlayan ve faaliyetlerini daha etkin bir şekilde yürütmelerine yardımcı olan araçlardır. Kolaylaştırıcı eylemlerin, rekabeti azaltan etkileri olduğu kadar rekabeti destekleyici etkilerinin de olabileceği kabul edilmektedir. Çoğu ülke uygulamalarında, teşebbüslerin işbirliğine yönelik sözleşmelerine veya ileriye dönük işbirliği faaliyetlerine ilişkin belgelere ulaşamadığı sürece, teşebbüsler hakkında suçlama yapılmamasına dikkat edilmektedir. Yine kolaylaştırıcı eylemlerin; oligopol bağımlılığın, piyasa belirsizliklerinin azaltılması ve teşebbüs faaliyetlerinin etkinleştirilmesi gibi fonksiyonlarının da olduğu kabul edilmektedir (Kesim 2011, 244). Bu nedenle, kolaylaştırıcı eylemelere ilişkin inceleme yapılırken, ilgili piyasanın koşulları ve somut olayın diğer özellikleri de göz önünde tutularak, her bir olay bazında ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

1.2. FİYAT PARİTE ANLAŞMALARI

1.2.1. Kavram

Fiyat parite anlaşmaları, bir sağlayıcının alıcısına, rakipler tarafından alıcıya sunulan veya sağlayıcının kendisi tarafından başka bir alıcıya sunulan fiyattan daha düşük fiyatı vermeyi vaat etmesidir (Buccirossi 2008, 335)¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, fiyat parite anlaşmaları sağlayıcılar üzerinden veya alıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.

1.2.1.1. Sağlayıcılar Üzerinden Gerçekleştirilen Fiyat Parite Anlaşmaları

Fiyat parite anlaşmalarının bu türlerinde; sağlayıcı tarafından alıcıya, sağlayıcının rakiplerinden daha uygun bir fiyat teklifi aldığı takdirde, alıcının bunu sağlayıcıya bildirmesi koşuluyla, aradaki fiyat farkının veya fiyat farkından daha fazlasının geri ödeneceği konusunda garanti verilmektedir. Alıcıya sadece aradaki fiyat farkı geri ödeniyorsa fiyat eşleme garantisi (*price matching guarantee*), fiyat farkından daha fazlası geri ödeniyorsa cezalı fiyat eşleme garantisi (*price beating guarantee*) denilmektedir. Fiyat parite anlaşmalarının bu türlerinde, genelde taraflar arasında herhangi bir yazılı

¹ İlgili eserde fiyat parite anlaşmaları, en iyi fiyat politikası (*best-price policy*), LEAR Report'da ise fiyat ilişki anlaşmaları (*price relationship agreements*) olarak adlandırılmıştır. Ancak çalışmamızda tarafımızca fiyat parite anlaşmaları olarak isimlendirilmiştir.

sözleşme bulunmaz ve fiyat garantisi son kullanıcıya sözlü olarak vaat edilir (LEAR Report 2012, 10).

Bazı durumlarda ise vaat edilen daha düşük veya eşit fiyat garantisi, uzun vadeli sözleşmelere bulunur ve genellikle üretici ile sağlayıcı arasındaki sözleşmelerde yer alır. Fiyat parite anlaşmalarının bu türleri, rekabeti karşılama koşulu (*meeting competition clauses*) olarak adlandırılmaktadır (LEAR Report 2012, 10). Rekabeti karşılama koşulu; alıcının, sağlayıcının rakiplerinden kendisine teklif edilenden daha düşük bir fiyat teklifi alması halinde, aynı fiyatın uygulanacağını veya yapılan sözleşmeden tek taraflı olarak vazgeçilebileceğinin güvence altına alınması anlamına gelmektedir². Bu koşul, müşteriler aracılığıyla rakipler hakkında bilgi sahibi olunmasını kolaylaştırmaktadır. Alıcı daha uygun bir fiyat teklifi aldığında, bunu sağlayıcıya bildireceği için işbirliğinden sapan rakibin kısa zamanda tespit edilebilmesi mümkün olmaktadır. Sözleşmeden vazgeçebilmenin değil de, yalnızca daha düşük fiyatın teminat altına alındığı durumlarda, rakip sağlayıcıların ürünün fiyatında indirim yapma güdülerini kısırlanmaktadır. Çünkü teminatı veren teşebbüsten, fiyatları düşürme yoluyla müşteri çekebilmek imkânsız hale gelmektedir (Motta 2004, 157).

1.2.1.2. Alıcılar Üzerinden Gerçekleştirilen Fiyat Parite Anlaşmaları (MFN Koşulları)

Bazı durumlarda fiyat parite anlaşmaları, alıcılar/müşteriler üzerinden de gerçekleştirilebilmektedir. Literatürde, fiyat parite anlaşmalarının bu türlerine MFN koşulu denilmektedir. MFN koşulu aynı zamanda en çok kayırlan müşteri koşulu (*most favoured customer clause: MFC*) veya fiyat parite koşulu (*price parity clause: PPC*) olarak da bilinmektedir (Vandenborre ve Frese 2014, 588)³. Bazı kaynaklarda ise ayrımcılık yapmama koşulu (*non-discrimination clause*) olarak isimlendirilmektedir

² Rekabet hukuku literatüründe bu koşullara aynı zamanda İngiliz Şartı da (*English Clause*) denilebilmektedir. Rekabet Terimleri Sözlüğünde yer alan tanıma göre İngiliz Şartı; “Sağlayıcı ve onun müşterisi (örneğin perakendeci) arasında, müşterinin ürünü, söz konusu sağlayıcıdan ziyade daha iyi koşullar sağlayan başka bir sağlayıcıdan almasına imkân veren anlaşmadır. Söz konusu sağlayıcı, ürünü aynı koşullarla vermeyi kabul etmediği sürece müşteri her zaman başka sağlayıcı alternatifine sahip olacaktır.” şeklinde tanımlanmaktadır.

³ MFN, MFC ve PPC koşulları aynı niteliğe sahip olup rekabet hukuku uygulamalarında birbirlerinin yerine kullanılabilir. Bu nedenle söz konusu terimler, çalışmanın sonraki bölümlerinde aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır.

(Stenger 1989, 1; Wu ve Bigelow 2013, 2). Çünkü bu koşullar satıcının farklı alıcılara farklı fiyatlar uygulayabilmesine, bir başka deyişle, müşterilerine fiyat farklılaştırması yapabilmesine engel olmaktadır.

MFN koşulu, esasen uluslararası ticaret anlaşmalarından doğmaktadır. Buna göre, bir anlaşmanın tarafı olan devletler, başkaca anlaşmalarla diğer devletlere tanıdıkları ayrıcalıkları, birbirlerine de tanıyacakları yönünde bir taahhüt vermektedirler. Örneğin A ve B devletleri arasında yapılan ve MFN koşulu içeren bir anlaşma sayesinde, A devleti başka bir anlaşmayla C devletine önemli bir ayrıcalık tanıdığına, tanınan bu ayrıcalıktan B devleti de yararlanacaktır. Dolayısıyla A ile B devletleri arasında her seferinde yeni bir anlaşma yapılmasına gerek kalmayacak, bu sayede farklı muameleler önlenecek eşitlik sağlanmış olacaktır (Uzun 2002, 4-7).

MFN koşulu aslında, bir alıcıya uygulanan daha düşük fiyatın diğer alıcılara da uygulanacağına dair teminat verilmesidir. Bu koşul, eş zamanlı olabileceği gibi geriye dönük de olabilir. Eş zamanlı olan koşul ile alıcılar arasında fiyat farklılaştırması yapılmaması güvence altına alınmaktadır. Geriye dönük olan koşulla ise, gelecekte belirli bir döneme kadar başka bir alıcıya yapılacak fiyat indirimlerinin, mevcut alıcıya da uygulanması sağlanmaktadır. Bu anlamda geriye dönük koşul, eş zamanlı koşula göre daha güçlü bir güvence sağlamaktadır (Motta 2004, 157; Buccirosi 2008, 339-340). Bu koşulun geriye dönük olanları, geçmişte diğer alıcılara önerilen daha düşük fiyatlarla, MFN tarafı olan alıcıya önerilen fiyat arasındaki farkın ilgili alıcıya ödenmesini gerektirmektedir. Satıcının, üçüncü tarafa önerdiği avantajlı fiyatların referans dönemi ne kadar uzunsa, ödenecek olan fark da o kadar yüksek olmaktadır (Vandenborre ve Frese 2014, 588).

Hem geriye dönük hem de eş zamanlı MFN koşulu, fiyat indiriminin, diğer bir ifadeyle koşula aykırı davranışların maliyetini önemli ölçüde yükseltmektedir. Çünkü fiyat indirimi ile yeni alıcılar/müşteriler kazanmak isteyen teşebbüsler, MFN koşulundan yararlanan tüm alıcılarına uyguladıkları fiyatları da indirmek zorunda kalmaktadırlar. Ancak benzer nedenden dolayı, koşula uymayan bir teşebbüsü cezalandırmanın maliyeti de yükseldiğinden, söz konusu koşulların işbirliği üzerinde kolaylaştırıcı etkisinin olup olmadığına ilişkin bir belirlilik yoktur (Motta 2004, 157; Buccirosi 2008, 339-340).

MFN koşuluna ilişkin haklar ve sorumluluklar, sözleşmeden sözleşmeye önemli ölçüde değişebildiğinden, bu koşuldan yararlananların hakları daha geniş veya daha dar kapsamlı olabilmektedir. Bu koşullar, daha çok fiyat taahhüdüne ilişkin olmasına rağmen, sözleşmede diğer şart ve koşullar da bulunabilmektedir. Bu koşullar, görünürde satıcıların ticari özgürlüklerini kısıtlamamaktadır. Ancak satıcılar, MFN tarafı olan alıcıya sağladığı daha avantajlı fiyatları diğer alıcılara da uygulamaktan genellikle kaçınılmaktadırlar. Dolayısıyla, bu koşul nedeniyle satıcılar, diğer müşterilere daha iyi fiyat verememektedirler (Vandenborre ve Frese 2014, 588).

MFN koşullarında, alıcı taraf çoğunlukla son kullanıcı olmaz ve daha çok ticari bir işletme olur. Bu sebeple son kullanıcılar, aslında sözleşmedeki bu koşulların farkında değildir. Diğer bir ifadeyle, son kullanıcılar MFN koşullarına ilişkin sözleşmelerin tarafı değildir. MFN koşullarının bu türleri, üçüncü taraf anlaşmalar (*third-party agreements*) olarak adlandırılmaktadır (LEAR Report 2012, 9). Bu koşulların yer aldığı sözleşmenin taraflarından olan alıcılar, bazen geleneksel bir işletme, bazen de özellikle çevrimiçi hizmet sunabilen online platformlar olabilmektedir. MFN taraflarından alıcının online bir platform olduğu durumlar, literatüre platformlar arası parite anlaşmaları (*across-platforms parity agreements*) (OECD 2013, 22) veya platformlar arası MFN anlaşmaları “*across-platforms MFN agreements*” (Justina ve Hi Lin 2015, 11) olarak geçmiştir. Platform üzerinden gerçekleştirilen bu tür MFN anlaşmaları, tarafımızca platform MFN koşulu olarak isimlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, platform MFN koşulu ile aynı anlamda kullanılan perakende fiyat MFN koşulu da (*retail-price MFN*) bulunmaktadır (Justina ve Hi Lin 2015, 10).

MFN koşulları, alıcıya verilen taahhütlerin niteliğine göre ayrıca kendi içinde değişebilmektedir. Örneğin alıcıya verilen taahhüt, alıcının rakipleri ile aynı veya daha iyi fiyat koşullarını içeriyorsa eş MFN koşulu (*equal-to-MFN*), MFN tarafı olan alıcıya her zaman en iyi fiyat koşulu veya alıcının rakiplerine daha yüksek fiyat koşulu içeriyorsa imtiyazlı MFN koşulu (*MFN-Plus*) denilmektedir (Justina ve Hi Lin 2015, 4). MFN koşulları arasında bir ayrım da, satılan ürünün niteliği ve niceliği göz önüne alınarak, koşulun toplam alım miktarına ve birim fiyata uygulanabilirliğine ilişkin olarak yapılabilmektedir (Vandenborre ve Frese 2014, 588).

1.2.1.3. MFN Koşullarının Kullanım Alanları

MFN koşulları; sigorta, sağlık, film endüstrisi, TV yayıncılığı ve turizm gibi birçok sektörde kullanılabilir. Bu koşullara, bazı ülkelerde sağlık sektöründe, sağlık hizmeti sağlayanlarla sağlık sigortacıları arasındaki anlaşmalarda rastlanırken; bazı ülkelerde turizm sektöründe, konaklama için internet üzerinden yapılan rezervasyon hizmetlerinde rastlanılmaktadır. Bunun yanı sıra özellikle e-ticaretin yaygınlaşmaya başlamasıyla, son zamanlarda bu koşullar, diğer alanlarda da görülmeye başlanmıştır.

MFN koşulları, daha çok dağıtım anlaşmalarının karmaşık olduğu sektörlerde, teşebbüsler arasındaki dikey sözleşmelerde yer almaktadır. Baker ve Chevalier (2013, 20), rekabet incelemelerinin, tedarikçilerle ara mal üretenler arasındaki MFN koşullarına yoğunlaştığını belirtmiştir. Ara malların tedarikine ilişkin anlaşmalarda daha sık görülmesine rağmen, bu koşullara, son dönemlerde online platform ve acentelik anlaşmalarında da sıklıkla rastlanılmaya başlanmıştır. Ara mallar için yapılan tedarik anlaşmalarında, MFN koşulunun hak sahibi ile ürünün alıcısı aynı kişilerdir. Online platform anlaşmalarında ise, MFN koşulu ile sağlanan haklar platform sağlayıcısına aitken, ürünler MFN koşulundan dolayı olarak yararlanan platformun müşterileri tarafından satın alınmaktadır. Bu anlaşmalarda platform sağlayıcısı, platform aracılığıyla yapılan satışlardan komisyon veya reklam geliri elde eder. Platform sağlayıcısı, MFN koşulu sayesinde, müşterilerine satıcının ürünleri veya servisleri için en düşük fiyatları sağlamayı garanti altına almaktadır (Vandenborre ve Frese 2014, 588).

MFN koşulları, gerek ara malların tedariki gerekse online platform ve acentelik anlaşmalarına ilişkin olsun, bu koşulların pazara olan etkileri hemen hemen aynıdır. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, bu koşullardan yararlanan tarafın kim olduğudur. Bu bakımdan, bu koşulların piyasaya etkileri anlaşmanın taraflarına ve ilgili pazara bağlı olarak değişebilmektedir. Örneğin, sözleşmede MFN koşulu yer almasa bile alıcı, rakip alıcıların daha uygun fiyatlarda ürün alabildiğini öğrendiğinde, satıcı ile fiyat pazarlıklarına girişebilir. Özellikle alıcı, alım pazarında önemli bir paya sahipse, yani alıcı gücü varsa, kolaylıkla indirim veya geçmiş dönemlerde gerçekleşen daha yüksek fiyatlı alımlar için geri ödeme elde edebilmektedir.

1.2.2. MFN Koşullarının Pazardaki Rekabete Etkileri

MFN koşullarının pazara etkileri çok tartışmalı bir konudur. Bu koşullar, her zaman pazarda olumsuz etkiler yaratmaz. Neredeyse tüm dikey anlaşmalara benzer şekilde, bu koşulların rekabet yanlısı ve pazardaki rekabeti artırıcı etkileri olabildiği gibi, işbirliği riskini artırıcı veya tüketicilerin refahını azaltıcı şekilde, teşebbüslerin fiyatlama güdüsünü değiştiren rekabeti bozucu etkileri de olabilmektedir. Bu yüzden, rekabet hukuku incelemelerinde MFN koşulları ile karşılaşıldığında, koşuldan yararlanan tarafın pazardaki konumuna, bu koşulun sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulun kendi karakteristik özelliğine bakılması gerekmektedir. Aşağıda başlıklar halinde, MFN koşullarının piyasada doğurduğu etkiler detaylı olarak incelenmektedir.

1.2.2.1. MFN Koşullarının Rekabet Yanlısı Etkileri ve Pazarda Doğurduğu Olumlu Sonuçlar

1.2.2.1.1. Fiyatların Düşmesi

MFN koşullarının pazara yansıyabilecek olumlu etkilerinden birisi, koşullardan yararlanan alıcı için fiyatları düşürmesidir. Bu koşullar, satıcı tarafından diğer alıcılara önerilen daha düşük fiyatlara eşitlemek suretiyle, MFN koşulundan faydalanan alıcının girdi fiyatlarını düşürmeye yönelik sonuç doğurabilmektedir. Bu koşullar, alıcının alım fiyatlarının yükselmesinden korunmasını sağlamakta, bu sayede fiyatların yükselmemesinden kaynaklanan maliyet kazanımlarının bir kısmının veya tamamının tüketiciye geçme ihtimali bulunmaktadır.

Sağlayıcı, piyasa koşullarında, kârını artırabilmek için alıcıları arasında fiyat farklılaştırması yapabilmek ister. Eğer sağlayıcının fiyatları ve maliyetleri bilinmiyorsa, bilgi asimetrisi sayesinde sağlayıcı, daha yüksek fiyat verebilecek alıcıya daha yüksek fiyattan, veremeyecek alıcıya daha düşük fiyattan ürün satabilecektir. Bu sayede küçük alıcılar, büyük alıcılara oranla daha düşük fiyatla ürün tedarik edebilmekte ve fiyatların şeffaf olmadığı pazarlarda, MFN koşulları, düşük fiyatların pazarın geneline yayılmasını sağlayabilmektedir. Ancak, küçük alıcıya daha düşük fiyat önerebilmesi için, satıcının kârını maksimize edebiliyor olması gerekmektedir (Samuelson vd. 2012, 2).

MFN koşullarının, pazardaki fiyatların düşük seviyede belirlenmesine katkıda bulunabilmesi için, bu koşuldan yararlanan tarafın niteliği çok önemlidir. Örneğin,

MFN tarafı olan alıcı, pazar gücüne sahip olduğunda, diğer küçük alıcıların fiyatların düşmesi hususunda sağlayıcıyla pazarlık yapma güçleri olmayacağından, fiyatları aşağıya çekmeleri mümkün olmayacaktır. Bunun yanı sıra sağlayıcının, MFN tarafı olmayan küçük alıcılara sağladığı düşük fiyatları, MFN tarafı olan büyük alıcıya da sağlaması gerekeceğinden, fiyatlarda indirim yapma güdüsü olmayacak, dolayısıyla pazardaki fiyat seviyesi düşmeyecektir. Ancak MFN koşulundan yararlanan taraf küçük alıcı olduğunda, pazarda güçlü konumda olan alıcı her zaman için pazarlık gücüne sahip olduğundan, pazarlık yaparak fiyatları düşürdüğünde, MFN koşulu sayesinde diğer küçük alıcılar da bu düşük fiyatlardan yararlanacak, doğal olarak pazardaki fiyat seviyesi düşecektir. Bu gibi durumlarda MFN koşulları pazarda olumlu etkiler doğurmaktadır.

Ancak bu konuda farklı görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Morton (2012, 12), MFN tarafı olan alıcıya daha düşük fiyatlar sağlandığı gerçeğinden hareketle bu koşulların, rekabet yanlısı olduğunun iddia edilebileceğini, ancak MFN koşullarının böyle bir özelliğinin olmadığını, MFN tarafı olan alıcıya düşük fiyat sağlanabildiğini ama diğer alıcılara aynı fiyat korumasının sağlanamadığını belirtmiştir. Ancak, pazarlık gücü olan bir alıcının, MFN koşulunun tarafı olmasa da, pazarlık yoluyla diğer alıcılara sağlanan düşük fiyatlardan her zaman yararlanabileceğini belirtmek gerekir.

1.2.2.1.2. Ticari İlişkiye Özgü Yatırımların Teşviki

MFN koşullarının, alıcılar bakımından asıl kullanılma amacı girdi fiyatlarını kontrol etmek, hatta bazı durumlarda azaltmaktır. Bu koşullar, alıcıya, pazardaki mümkün olan en iyi alım fiyatını elde etme ve bu sayede maliyetlerini önemli ölçüde telafi etme olanağı sağlamaktadır. Bu güvence olmaksızın alıcı, satıcının pazardaki rant kollama davranışlarına maruz kalabilir.

Bilindiği üzere bir ticari işletmenin pazardaki amacı, öncelikle maliyetlerini karşılamak ve sonrasında kendisi için mümkün olan en yüksek kârı elde edebilmektir. Bu saikle satıcılar, maliyetlerini karşılamak için ilk satışlarında daha yüksek fiyatlardan satarken, sonraki satışlarında fiyat indirimlerine gidebilmektedirler. MFN tarafı olan alıcının, satıcının ilk müşterilerinden olduğu varsayıldığında, bu alıcının ürünü hemen hemen en yüksek fiyattan almış olacağı düşünülebilecektir. Satıcı, maliyetlerini karşıladıktan sonra diğer alıcılara indirimli fiyatlardan ürünlerini satmaya başladığında,

MFN tarafı olan alıcı, rakiplerine oranla daha dezavantajlı bir durum ile karşı karşıya kalacaktır.

Bu bağlamda bir an için MFN tarafı olan alıcının, sağlayıcıyla ticari ilişkilerine devam edebilmek amacıyla, sadece bu sağlayıcının ürünlerine yönelik kayda değer bir yatırım yaptığı ve sağlayıcı değiştirmenin neredeyse aynı yatırımı yeniden yapmak kadar maliyetli olacağı varsayıldığında, sağlayıcı bu durumun farkında olup, alıcıyı sömürme güdüsüyle hareket edebilecektir. Bunun yanı sıra satıcı, yeni müşteriler çekebilmek için fiyat indirimlerine başvurabileceğinden alıcı, yatırımlarının karşılığını alamama ve satıcının fırsatçılık yapma riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla alıcının, böyle durumda ticari ilişkiye özgü yatırım güdüsü kırılabilecektir. Bu nedenle daha iyi ve daha ucuz ürünler pazara giremeyecektir. Literatürde bu durum “*hold-up*”⁴ problemi olarak isimlendirilmektedir (Van der Veer 2013, 502). MFN koşulu, rakip alıcıların ürünleri daha ayrıcalıklı fiyatlarla elde edemeyeceğini garanti etmek suretiyle bu problemi çözebilmektedir. Aynı zamanda sağlayıcının rant kollama güdüsü sınırlanmış ve alıcının müşterilerinin daha düşük fiyattan ürün temin edebilmesi sağlanmış olmaktadır (Vandenborre ve Frese 2014, 589).

Baker ve Chevalier (2013, 20-21), MFN koşulunu “*hold-up*” problemini çözen dikey anlaşmaların diğer türlerine benzetmektedir. MFN koşulları, münhasır bölge anlaşmasının zayıf bir versiyonu olarak işlev görebilmekte (Lee 2015, 250), böylece ticari ilişkilerdeki yatırımları teşvik edebilmektedir. Bu koşullar, satıcının sonraki sömürücü ve fırsatçı davranışlarından ötürü alıcının kaygılarını bertaraf ettiğinden, yatırımların önü açılmış olur. Böylece daha iyi, daha ucuz ve kaliteli ürünler pazara kolaylıkla girmeye başlar. Bu açıdan bakıldığında, MFN koşullarının pazara olumlu katkılarının olabildiği söylenebilecektir.

1.2.2.1.3. İşlem Maliyetlerinin ve Anlaşma Silsilesinin Azaltılması

MFN koşullarının, pazara yönelik olumlu etkilerinin olabileceği diğer bir husus, bu koşulların, MFN taraflarının sık aralıklarla yaptığı pazarlıklarla ilgili işlem maliyetlerini azaltma olasılığıdır. Bu koşullar, MFN tarafı olan alıcıya diğer alıcıların elde edebildiği daha düşük fiyatı garanti ettiğinden, pazarlıkların ve işlemlerin

⁴Literatürde “*hold-up*” problemi “*vazgeçme*” problemi olarak isimlendirilmektedir (Karakurt 2005, 25).

tekrarlanmasına gerek kalmayacak, dolayısıyla MFN tarafları, bu maliyetlere katlanmış olmayacaktır. Pazarlıkların ve işlem maliyetlerinin azaltılmasıyla daha düşük fiyatlardan daha hızlı ürün tanıtımları sağlanabilecektir (Vandenborre ve Frese 2014, 589). Özellikle karmaşık veya belirsiz fiyatlandırma özelliği olan kısa vadeli pazarlarda azaltılan işlem maliyetleri, önemli düzeyde olabilmekte ve azaltılan işlem maliyetlerinin, pozitif olarak tüketiciye yansması ihtimali bulunabilmektedir (Gürkaynak vd. 2014, 3).

Aslında, MFN tarafı olan alıcı, rakip alıcıların pazarlık maliyetlerinden bu noktada bedava yararlanmaktadır. Bu bakımdan, işlem maliyetlerinin azalması konusunda faydanın kime yönelik olduğu tartışmalıdır. MFN koşulu sayesinde, tekrarlanan işlem maliyetlerinden kaçınmak suretiyle kazanılan maliyet tasarrufundan, sadece MFN tarafı olan alıcı faydalanmaktadır. Diğer alıcılar, kazanılan bu maliyet tasarrufundan faydalanamadığından, bu yararın pazarın geneline, dolayısıyla pazardaki rekabete olumlu etki yapıp yapmadığı konusunda bir netlik yoktur. Alıcılar, pazarda her zaman en iyi fiyatı almayı istediklerinden, alacakları ürün için piyasa araştırması yapar ve bundan kaynaklanan arama maliyetine katlanırlar. MFN tarafı olan alıcı ise, bu koşul sayesinde diğer alıcıların pazarlık yoluyla elde ettiği fiyatlardan herhangi bir maliyete katlanmaksızın yararlanmış olur. Bu açıdan bakıldığında, işlemlerin tekrarlanmamasından kaynaklanan tasarruftan pazarın geneli değil, sadece MFN tarafı olan alıcı yararlanmaktadır.

Bunun yanı sıra MFN koşulları, MFN tarafı olan alıcıya ek maliyetler de getirebilmektedir. Örneğin alıcının, MFN koşuluna uyup uymadığı konusunda satıcıyı takip etmesi veya pazarı izlemesi gerekmektedir. Bu işlem, alıcı için ek maliyet anlamına gelebilmektedir. Alıcı, satıcının diğer alıcılara sağladığı indirimli fiyatları takip edemiyorsa, satıcı her halükarda alıcıyı aldatma güdüsüne sahip olacaktır. Dolayısıyla MFN koşulları, alıcının takip faaliyetini yeterince uygulayabildiği ölçüde alıcı için etkin olacaktır (Lee 2015, 252).

1.2.2.1.4. Ürün Tedarikinin ve Kalitenin Devamı

MFN koşullarının, tedarikteki ve ürünün kalitesindeki devamlılığın sağlanması bakımından da olumlu etkileri olabilmektedir. Samuelson vd. (2012, 3-4), sağlık ürünleri ve TV yayıncılığı sektörüne ilişkin verdiği örnekle bunu desteklemektedir.

Şöyle ki, sağlık ürünleri sektöründe sağlık sigortası şirketleriyle tıbbi ürün sağlayıcıları için, tıbbi servislerin karmaşık fiyatlandırmasının müzakeresini yapmak masraflı ve zaman alıcıdır. Yenisi yapılanaya kadar sona eren sözleşmeler, hastalar için hayati derecede gerekli olan tıbbi ürünlerin kesintiye uğramasına neden olmaktadır. Benzer bir durum TV yayıncılığı pazarı için de geçerlidir. TV yayını sağlayıcıyla içerik sağlayıcı arasındaki pazarlıkların zaman alması, TV yayıncılığı hizmetinin sektöre uğramasına ve bu hizmetten yararlananların bir süre hizmet alamamasına yol açmaktadır. Kaldı ki, müzakerelerin olumlu sonuçlanıp sonuçlanmayacağı da bir muammadır. MFN koşulu sayesinde, başarısız anlaşmalar nedeniyle ürün tedarikinin kesilmesi önlenmiş olur.

Bunun yanı sıra MFN koşulları, ürün kalitesinin düşmesini de engelleyebilir. Şöyle ki, bu koşulun bulunduğu sözleşmelerde sadece fiyat değil, ürün kalitesinin de aynı veya daha iyi olacağı hususunda garanti verilebilir. Anlaşma süresince fiyatın yanı sıra ürün kalitesinin de garanti edilmesiyle, bu süre içerisinde ürünün kalitesi düşmeden pazarda devamlılık sağlanır. Ürün kalitesindeki bu devamlılık, diğer hizmetler için de geçerli olabilmektedir.

1.2.2.1.5. Gecikmelerin ve Talep Belirsizliğinin Azaltılması

MFN koşulları alıcıların, alımlarını geciktirmelerini engelleyerek de pazara olumlu katkı sağlayabilmektedir. Baker ve Chevalier (2013, 21) tarafından, bu koşulun işlem gecikmelerini azaltabileceğini gösteren bir varsayıma yer verilmektedir. Varsayıma göre, bir arazi geliştirici/ıslah edicinin bir projesi bulunmakta ve bu projesini geliştirebilmek için bütün küçük parsel sahiplerinden, mal varlıklarını satın almayı istemektedir. Proje sahibinin projesi ilerledikçe, bu parselleri satın alma güdüsü artacağından, ilerleyen dönemlerde daha yüksek fiyattan satın alma ihtimali vardır. Bunun bilincinde olan parsel sahipleri, mal varlıklarını en son satan olmak ister, bu da işlemlerin gecikmesine neden olur. Bu gecikme, yazar tarafından “*hold-out*” problemi olarak isimlendirilmektedir. Böyle bir durumda, proje sahibi, mal varlıklarını ilk satanlara, sonraki satanlara oranla daha iyi fiyat verirse veya sonraki satanlara daha iyi bir fiyat verdiğinde, aradaki fiyat farkını ilk satanlara vermeyi vaat ederse, gecikme önlenmiş ve pazardaki etkinlik de sağlanmış olur.

MFN koşulları, pazardaki talep belirsizliğini azaltarak da piyasayı olumlu etkileyebilmektedir. Bazı endüstriler, kolay bozulabilen, tükenen ve zaman odaklı ürünler içermektedir. Bu ürünler, belirlenen zamanda tüketilmezse tekrar kullanılamayabilir. Pazardaki alıcılar ise, sonraki zamanlarda daha iyi fiyatlarda ve koşullarda ürün bulabilme güdüsüyle hareket ettiğinden, alımlarını ertelemek isteyebilir. Böyle bir durumda, MFN koşulları, pazardaki alıcıların daha indirimli fiyattan ürün alma güdüsüyle alımlarını geciktirmesini önleyebilmektedir. Satıcı, MFN koşulu aracılığı ile önceki ve sonraki müşterileri arasındaki fiyat farkını ödemek suretiyle, fiyat eşitliği yapacağını taahhüt ederse bu gecikmeler önlenmiş olur. Bunun yanı sıra pazardaki gecikmeler, satıcı için talep belirsizliğine de sebep olabilmektedir. Talepteki belirsizlik, satıcının üretim planlamasını sağlıklı bir şekilde yapabilmesini engeller. MFN koşulları, talepteki bu belirsizliği gidererek satıcının, daha etkin üretim ve kapasite kararları alabilmesini kolaylaştırmaktadır (Wu ve Bigelow 2013, 6; Lee 2015, 251).

1.2.2.1.6. Markanın Korunması ve Bedavacılık Probleminin Önlenmesi

MFN koşulları, marka itibarının korunmasını sağlayabilmektedir. Marka itibarının korunması, bilhassa online platform pazarları gibi çift taraflı pazarlar için ayrı bir önem arz etmektedir. Platformlar için marka itibarı, kullanıcıları çekebilmek için çok önemlidir, ancak müşterilere sunulan fiyatlar farklı olursa markaya olan itibar azalabilmektedir. Samuelson vd. (2012, 3), çift taraflı pazarlarda platformların yapısal bütünlüğünün önemli olduğunu belirtmektedir. Pazardaki öngörülemeyen koşullar, müşterilerin markaya olan güvenini azaltabilmektedir. MFN koşulu sayesinde, son kullanıcıların beklenmeyen fiyatlara ve koşullara maruz kalmaması sağlanarak, platformun marka değerinin zarar görmesi önlenebilmektedir.

Bunun yanı sıra MFN koşulları, bedavacılık (*free-riding*) probleminin çözümüne de katkıda bulunabilmektedir. MFN koşulları, yüksek kaliteye sahip bir platformun yatırımını korumasını sağlar ve diğer platformların bu yatırımdan bedava yararlanmasını önler. Örneğin, yüksek kaliteli bir platform, müşterileri çekebilmek için bir dizi satış öncesi hizmet sağlar. Ancak müşterilerin, bu satış öncesi hizmetten bedava yararlanıp işlemi, düşük kaliteli diğer bir platform üzerinden gerçekleştirme ihtimali vardır. MFN koşulu sayesinde, düşük kaliteli diğer platformların daha düşük fiyatla satış yaparak, bu yatırımdan bedava yararlanması önlenmiş olur. Bedavacılık probleminin önlenmesiyle,

yüksek kaliteli platformun hizmetlerinin ve yatırımlarının geliştirilmesine ve dolayısıyla pazarda markalar arası rekabetin artırılmasına katkıda bulunulmuş olur (Justina ve Hi Lin 2015, 15).

1.2.2.2. MFN Koşullarının Rekabet Karşıtı Etkileri ve Pazarda Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar

MFN koşullarının rekabete ve pazara olumsuz etkileri de bulunabilmektedir. Dennis (1995, 77) tarafından belirttiği gibi, MFN koşulu, sadece alıcı ile satıcı arasındaki ilişkileri değil, diğer alıcıların ticari ilişkilerini ve dolaylı olarak herkesin dâhil olduğu pazarın fiyat yapısını ve pazara girişleri de etkileyebilmektedir. Morton (2012, 12), MFN koşulunu, özellikle teşebbüslerin pazar gücüne sahip olduğu durumlarda, potansiyel olarak tüketicilere ve rekabete zararı olan, rakipler arasındaki anlaşmalar kategorisinde tanımlayarak genişletmiştir. MFN koşullarının, pazarın diğer katılımcılarına olan etkilerinden bağımsız olarak incelenmemesi gerekmektedir. Gerçekten de bu koşullar, pazardaki oyuncuların rekabetçi güdüsünü ve fiyatlandırma politikasını değiştirmekte, bazı durumlarda ise tüketici refahının azalmasına yol açabilmektedir. Aşağıda MFN koşullarının pazarı olumsuz etkileyebilecek olası etkileri ele alınmaktadır.

1.2.2.2.1. Pazardaki Fiyat Rekabetinin Azalması ve Fiyat Katılığı

MFN koşullarının pazardaki rekabete verdiği önemli zararlardan birisi, sağlayıcının fiyatlarını özgürce belirleyebilmesine engel olmasıdır. Rekabetçi pazar koşullarında sağlayıcılar, kime hangi fiyattan satış yapacaklarına herhangi bir etki altında kalmadan karar verebilmelidirler. Ancak MFN koşulu, satıcının, bu koşuldan yararlanan alıcı dışındaki alıcılara, daha iyi fiyat ve koşullar sağlamasını engellemektedir. Zimmer ve Blaschczok'e göre (2014, 189) bu engelleme, satıcının rekabetçi özgürlüğünü, özellikle de fiyat belirleyebilme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Aynı zamanda MFN tarafının ürünü ve servisleri için minimum fiyat belirlendiğinden, MFN koşulu, marka içi rekabeti de kısıtlamaktadır. Yine Van der Veer (2013, 502), bu koşulun, satıcıların ticari özgürlüklerini kısıtladığını ve diğer müşterilerini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalmalarına neden olduğunu belirtmektedir.

Baker ve Chevalier (2013, 22-23), MFN koşulunun, satıcıların fiyatlandırma politikalarını nasıl etkileyebileceğini açıklamaktadır. Buna göre satıcılar tarafından,

pazarın herhangi bir yerinde fiyat indirimi yapılması durumunda, MFN koşulu, satıcıların kendileri açısından daha maliyetli bir hale gelebilmektedir. Çünkü fiyatlarında indirim yapan satıcı, MFN koşulundan yararlanan alıcıya da aynı uygun fiyatı sağlamak zorunda kalır. Satıcının, küçük alıcılarla hiç ticaret yapmasa veya onlara ürünlerini daha yüksek fiyattan teklif etse, daha kârlı olabilme ihtimali vardır. Yazarlar bu problemi, kolaylaştırıcı işbirliği olarak nitelendirmiştir. Çünkü bu durum, pazardaki oyuncuların fiyatlandırma koordinasyonunu ortadan kaldırmak için, yapılabilecek aldatmaların gerçekleşmesi olasılığını azaltmaktadır.

MFN koşulları, sağlayıcılar açısından seçici fiyat indirimi uygulamayı daha maliyetli hale getirebilmektedir. Bu nedenle satıcılar, fiyat indirimi yapmaktan imtina eder ve dolayısıyla bu durum, fiyatların yükselmesine ve fiyat katılığına yol açar. Aynı zamanda alıcıların da pazarlık yapma yeteneği zayıflar (Nieberding 2014, 3). Bunun yanı sıra satıcılar, MFN koşulu nedeniyle rakiplerin fiyatlarda indirim yapmayacaklarını bildiklerinden, agresif fiyat rekabeti yapmak istemezler. Literatürde, bu etkiyi farklı yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Cernak ve Chaiken (2013, 2), bunu fiyat yapışkanlığı (MFN tarafı olan alıcıların sayısının artmasıyla satıcının fiyat rekabeti yapma isteksizliği), Jacobson ve Weick (2012, 6), fiyatların yüksek seviyede sabitlenmesi, Dennis (1995, 80) ise kimsenin baskın alıcıya göre daha iyi bir fiyat elde edememesi nedeniyle bir taban fiyat ayarlaması olarak nitelendirmektedir.

Gerçekten de MFN koşulları, satıcının gelecekteki potansiyel müşterilerine daha düşük fiyattan ürün veya hizmet sağlama güdüsünü azaltmaktadır. Bu durum, satıcının mevcut satışlarının büyük bir kısmının MFN koşuluna konu olduğu durumlarda özellikle etkisini göstermektedir. Şöyle ki, satıcının hâlihazırdaki satışlarının çoğunluğunun MFN koşuluna konu olduğu bir durumda, satıcı yeni alıcılara daha uygun bir fiyatla satış yaparsa, bu koşuldan yararlananlara aradaki fiyat farkını geri ödemek zorunda kalacağından, yaptığı yeni satışlardan elde ettiği kazançtan daha fazlasını ödemek zorunda kalabilecektir. Böylece satıcının tüm fiyatları düşmüş olacak, dolayısıyla satışları daha kârsız hale gelecektir. Böyle durumlarda MFN koşulu, pazardaki fiyat rekabetini azaltmakta, buna bağlı olarak gelecekteki muhtemel alıcılar için fiyatların daha yüksek olmasına yol açmakta ve satıcının fiyat farklılaştırabilme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Fakat bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, fiyatların

yükselmesinden kaynaklanan rekabetçi zarar, yalnızca üst pazarda sınırlı bir rekabetin varlığı halinde meydana gelecektir. Aksi takdirde muhtemel alıcılar kolayca satıcının rakiplerine yönelebileceklerdir.

1.2.2.2.2. İşbirliğini ve Kartelleri Kolaylaştırması

MFN koşullarının rekabet karşıtı etkilerinden birisi de, diğer alıcılara yapılan indirim, satıcının maliyetlerini yükseltmesi nedeniyle işbirliğini kolaylaştırmasıdır (Baker ve Chevalier 2013, 22). Diğer alıcılar, satıcının indirim yapma güdüsünün olmadığını bildiklerinden, fiyat pazarlıklarıyla zaman kaybetmek istemez ve dolayısıyla pazarda oluşan fiyat zeminini kabullenirler. Diğer alıcılar, pazarlık girişiminde bulunsalar bile, MFN tarafı olan alıcı da bundan yararlanacağından, yapılan pazarlıklar diğer alıcılara rekabetçi açıdan bir avantaj sağlamayacaktır (Lee 2015, 247).

MFN koşulu aracılığıyla aslında satıcı, rakiplerine, pazarda sıkı bir şekilde rekabet etmeyeceğinin işaretini vermiş olmaktadır. Satıcının fiyatlarını düşürmeyeceğini bildikleri için, rakip satıcılar da tek taraflı olarak kârlarını artırmaya çalışırlar (Van der Veer 2013, 504). Satıcının, pazarda fiyat farklılaştırması yapamaması, pazardaki fiyatların çeşitliliğini azaltır ve rakip satıcıların, pazarda birbirlerinin fiyatlarını izleyebilmesini kolaylaştırır. Böylece yatay anlaşmanın uygulanabilme maliyeti azalır (Justina ve Hi Lin 2015, 14). Bu bakımdan, MFN koşulunun kartelleri kolaylaştıran bir işlevi de bulunmaktadır (Cooper 1986, 377). MFN koşulu, fiyatları düşürme güdüsünü azaltabilir ve kartel taraflarını aldatmadan caydırarak, rakipler arasındaki işbirliği anlaşmalarını güçlendirebilir (Baker ve Chevalier 2013, 22-23). Özellikle müşterileriyle olan sözleşmelerinde MFN hükümleri bulunan kartel taraflarının, seçici fiyat indirimleri uygulayarak işbirliğinden cayma olasılığı azalmaktadır (Vandenborre ve Frese 2014, 590).

MFN koşulları doğaları gereği, dolaylı veya direkt olarak rakiplerin fiyatlama bilgilerinin değişimine yol açmakta ve pazardaki şeffaflığı artırmaktadır. Özellikle, MFN koşullarının uygulanması konusunda tarafların denetleme hakkının bulunduğu durumlarda, rekabetçi açıdan hassas kabul edilebilecek bilgilerin yaygınlaşması daha muhtemeldir. MFN koşulu, pazarın büyük bir bölümünde kullanıldığında, bu koşul, agresif fiyat rekabetine girmek istemeyen rakipler arasında bir iletişim kurma stratejisi

olarak dahi kullanılabilir. Rekabet hukuku uygulamasında MFN koşulu, yatay olduğu kadar dikey kısıtlamalara da konu olabilmektedir. Komisyon'un Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz'u⁵, MFN koşullarının dikey fiyat tespitinin etkinliğini arttırdığından bahsetmektedir. Bu durum, satıcının alıcıyı alt pazarda MFN koşulu uygulamaya zorlaması halinde gerçekleşebilir ve MFN koşulu, yeniden satış fiyatının sabit tutulmasını pekiştirebilir.

1.2.2.2.3. Giriş Engelleri Oluşturma ve Dışlama Etkisi

MFN koşulları, rakiplerin maliyetlerini yükselterek veya giriş engellerini artırarak rekabet karşıtı bir dışlamaya neden olabilmektedir. MFN tarafı olan alıcı, bu koşul sayesinde, pazarda mümkün olan en düşük fiyatı almayı garanti altına almaktadır. Bu koşullar, özellikle ara malların tedarik fiyatlarına ilişkin olduğunda, rakip alıcıların girdi maliyetlerinin yükselme olasılığı vardır. Bir de MFN tarafı olan alıcı, satıcıların vazgeçemeyeceği bir konumda olursa, diğer alıcılara daha düşük fiyat teklif edilmesi, satıcının kâr maksimizasyonunu azaltacağından, diğer alıcılar çoğunlukla daha yüksek fiyatlardan ürün temin eder. Bunun yanı sıra, alt pazarda güçlü bir konuma sahip MFN koşulundan yararlanan alıcı, sadece kendi pazarlıkları sonucunda elde ettiği uygun fiyat ve koşullardan değil, diğer alıcıların pazarlıklar sonucunda elde ettikleri uygun fiyat ve koşullardan da yararlanmaktadır. Bu durumda diğer alıcılar, hiçbir zaman rekabet avantajına sahip olamayacaklarından, MFN tarafı olan alıcıyla rekabet edemezler. Dolayısıyla rakip alıcıların, pazarın dışına itilebilme olasılığı bulunmaktadır. Bu durum, aynı zamanda MFN tarafı olan alıcının, pazardaki konumunu korumasını ve daha da güçlendirmesini sağlamaktadır (Van der Veer 2013, 502; Vandenborre ve Frese 2014, 590). Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, dışlama olasılığı bakımından üst pazardaki rekabetin sınırlı olup olmadığı önemlidir. Diğer alıcıların, üst pazarda gidebilecekleri başka alternatifler varsa bahse konu rekabetçi zarar meydana gelmeyebilir.

MFN koşulu, mevcut rakip alıcıların dışlanmasının yanı sıra potansiyel rakip alıcılar için de giriş engelleri yaratılmasına neden olabilmektedir. Yeni bir teşebbüsün pazara girebilmesinin, pazarda varlığını sürdürebilmesinin ve diğer teşebbüslerden müşteri çekebilmesinin en önemli yolu, ürünlerini/hizmetlerini diğer teşebbüslerden

⁵ Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2010/C 130/01, Para. 48.

daha düşük fiyata satabilmesidir (Van der Veer 2013, 503). Pazara yeni giriş yapmayı planlayan alıcılar, pazarda bulunan ve MFN tarafı olan rakip alıcıyla fiyat koşullarında rekabet edebilme olasılığı olmadan pazara girmekte ve varlıklarını sürdürmekte zorlanırlar. MFN koşulu ise, pazara yeni girecek potansiyel rakip alıcıların, fiyatta rekabet edebilme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla MFN koşulu, pazara giriş engellerini artırabilmektedir. Yine belirtmek gerekir ki, üst pazarın yeterince rekabetçi olduğu durumlarda, potansiyel rakiplerin gidebilecekleri başka alternatifler olacağından rekabetçi zarar meydana gelmeyebilecektir.

1.2.2.3. MFN Koşullarının Rekabete Etkisinin Olmaması

Bazı durumlarda MFN koşullarının, pazardaki rekabetle herhangi bir ilişkisi olmayabilir. Bu koşullar, sözleşme süresi boyunca veya sözleşme sonunda MFN tarafı olan alıcının, rakip alıcıların daha düşük fiyata ürün satın aldığı öğrendiği durumlarda, aynı fiyat koşullarını talep edebildiği veya geçmiş dönemlerde yapılan ödemeleri geri alabildiği, olağan iş akışının yazıya dökülmesinden ibaret olan bir uygulama da olabilir. Ayrıca, özellikle alıcının pazarda güçlü bir konuma sahip olduğu ama satıcının üretim maliyetleri hakkında bilgisinin olmadığı durumlarda; sözleşmede MFN koşulu olmasa bile alıcı, sağlayıcı ile fiyat pazarlıklarına girişebilmektedir. Üstelik bu koşul, rakip alıcılara önerilen fiyatların öğrenilme olasılığını da artırmamaktadır. Dolayısıyla MFN koşulu, zamanla satıcı için, fiyatların daha düşük olmaması konusunda alıcıyı ikna çabasına dönüşür (Vandenborre ve Frese 2014, 590).

Gerçekten de alıcının, alt pazarda pazar gücüne sahip olduğu durumlarda, alıcı, MFN koşuluna bağlı olmadan rakiplerine önerilen daha iyi koşulların aynısını veya daha iyisini sağlayıcıdan talep edebilmektedir. Bu gibi durumlarda, sözleşmedeki MFN koşulu, sadece formaliteden ibaret olup, rekabet üzerinde herhangi bir etki doğurmayacaktır. Bunun yanı sıra pazar şeffaf değilse, dolayısıyla sağlayıcının rakip alıcılara sağladığı fiyatlar hakkında herhangi bir bilgi edinilemiyorsa veya alıcının fiyatlara ilişkin denetim mekanizması etkin değilse, yine MFN koşulunun pazardaki rekabet üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

BÖLÜM 2

MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU UYGULAMALARI

2.1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ (ABD) UYGULAMALARI

ABD’de MFN koşullarına ilişkin rekabet hukuku uygulamalarının, Avrupa Birliği ile karşılaştırıldığında, daha eski bir geçmişinin olduğu söylenebilir ve birçok dava, tarafların mutabakatı ile veya yasal düzenlemeler yoluyla çözüme kavuşturulmuştur. Bu koşulların esasını analiz eden fazla karar bulunmamakta, mevcut uygulamalarda da bu koşullara daha çok yüzeysel değinilmektedir.

Örneğin *United States v. General Electric (GE)* davasında⁶, Adalet Bakanlığı (United States Department of Justice: DOJ), GE ve Westinghouse tarafından kullanılmaya başlanan MFN koşullarının yüksek fiyatları koruduğunu iddia etmiş ve şirketler bu hükümleri sözleşmelerinden çıkarma konusunda mutabakata varmışlardır. İlgili davada mahkeme, bu koşulların, gönüllü olarak ceza içerdiğini ve bu nedenle her bir üreticinin diğerine fiyatlarında indirim yapmayacağını garanti ettiğini, dolayısıyla bu gibi anlaşmaların potansiyel olarak fiyat rekabetini kısıtladığını belirtmiştir.

Sağlık sektörüne ilişkin *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross Blue Shield of Rhode Island (BCBSRI)* davasında⁷, birinci temyiz mahkemesi, ilgili pazarda tekel gücü bulunan BCBSRI gibi bir sağlık sigortası şirketi tarafından kullanılmasına rağmen, MFN koşullarının rekabet yanlısı olduğu sonucuna varmıştır.

⁶United States v. General Elec. Co., 1977-2 Trade Cases 61,659 at 72,716 (E.D. Pa).

⁷Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross Blue Shield of Rhode Island, 883 F.2d 1101, (1st Cir. 1989).

BCBSRI davaya konu olayda, rakiplerine oranla, doktorlara daha düşük fiyat ödeyerek “basiretli alıcı” (*prudent buyer*) politikasını hayata geçirmiştir. Bu politikanın sonucu olarak, rakip firma, ağında bulunan doktorların önemli bir kısmını kaybetmiştir. Mahkeme, “basiretli alıcı” politikasını hayata geçirdiğinden, MFN koşulunun iyi niyetli bir tarafının olduğuna hükmetmiş, BCBSRI’nın bu uygulamasının, alıcının herhangi bir rakibe aynı hizmet için daha fazla ödemesini engellediğini belirtmiştir. Dava sonucunda mahkeme, BCBSRI’nın söz konusu uygulamasının dışlayıcı olmadığı ve rakiplerinin müşterileri ile anlaşmasını engellemediği kanaatine varmıştır.

United States v. Delta Dental of Rhode Island (DDRI)⁸ davasında ise, yukarıdaki davanın aksine Federal Bölge Mahkemesi; bir sağlık sigortası şirketi olan DDRI tarafından gerçekleştirilen “basiretli alıcı” benzeri bir uygulamaya ilişkin olarak DOJ tarafından yapılan şikâyette, davalının ret talebini kabul etmemiştir. DOJ, DDRI’nın %35-45 arası bir pazar payının olduğunu, ancak MFN koşulu sayesinde pazar payının %90’lara ulaştığını iddia etmektedir. Ayrıca DOJ, MFN koşulu nedeniyle fiyatların yükseldiğini, en azından düşmediğini ve bu koşulların yarattığı etki nedeniyle sadece bir değil, birden çok potansiyel rakibin de dışlanmış olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, DDRI tarafından uygulanan “basiretli alıcı” benzeri politikadan ziyade, DOJ tarafından ileri sürülen ve dışçilerin DDRI tarafından düşürülen ücretlere katlanmak yerine bir rekabet ağına katılmayı reddedecekleri yönündeki iddialara odaklanmıştır. Mahkeme aynı zamanda, MFN koşulu ile hiçbir maliyet tasarrufu gerçekleştirilemediğini belirtmiştir. Mahkeme bu kararı verirken, “basiretli alıcı” politikasının değerlendirilmesinde, DDRI’nın pazar gücünün önemli bir faktör olarak ele alındığını belirterek DDRI’nın pazar gücünü artırmasının bu politikayla bağlantılı olduğunu ifade etmiştir.

Yine yakın bir zamanda, DOJ tarafından *United States v. Blue Cross Blue Shield of Michigan* (BCBSM)⁹ davası yürütülmüştür. Dava konusu iddialara göre, BCBSM %60 pazar payıyla Michigan bölgesinde hâkim durumda olan bir sağlık sigortası şirkettir. BCBSM’nin sağlık kuruluşları ile olan sözleşmelerinde, rakip sigorta şirketlerine göre daha düşük bedeller ödemesini sağlayan MFN koşulu (*MFN-Plus*) yer almaktadır. DOJ

⁸ *United States v. Delta Dental of Rhode Island*, 943 F. Supp. 172 (D.R.I. 1996).

⁹ *Complaint, United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich.*, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011) (No. 2:10-cv-14155-DPH-MKM).

tarafından, BCBSM'nin Michigan'da bulunan 131 adet genel akut tedavi hastanesinden 70 tanesiyle olan sözleşmesinde MFN koşulunun bulunduğu, sağlık kuruluşlarının MFN koşullarını kabul etmek karşılığında daha yüksek bedeller elde ettikleri, potansiyel rakiplerin ise BCBSM ile fiyatlar üzerinden rekabet edebilmelerinin engellendiği ve giriş engellerinin artırıldığı iddia edilmiştir. Ayrıca BCBSM'nin pazar gücü ve MFN koşulunun bir araya gelmesiyle, pazardaki fiyatların yükseldiği belirtilmiştir. Davanın açılmasından iki sene sonra Michigan Eyalet Parlamentosu, sağlık sigortası sözleşmelerinde MFN koşullarının kullanımını yasaklayan bir yasa çıkarmış ve akabinde DOJ'un davası herhangi bir işlem yapılmadan sonlandırılmıştır (Lewis ve Simowitz 2013).

ABD'de MFN koşullarına yönelik olarak yürütülen en yeni dava *U.S. v. Apple Inc.* (Apple) davasıdır¹⁰. İlgili vakada, Apple ile yayınevleri arasındaki anlaşmanın temelini, Apple üzerinden satılan elektronik kitap (e-kitap) fiyatlarının, Apple'ın rakibi olan perakendeciler üzerinden satılan e-kitap fiyatlarına eşitleneceğini garanti eden perakende fiyat MFN koşulu oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme, Apple ile yayınevleri arasındaki anlaşmanın, tek başına fiyat sabitleme anlaşması olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca davada, e-kitap fiyatlarının yükseltilmesini amaçlayan yayıncılar arasındaki yatay işbirliğine Apple'ın dâhil olduğu, işbirliğini kolaylaştırdığı ve bu işbirliğinin perakendeciler arasındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırması nedeniyle *per se* ihlal olduğu iddia edilmiştir. Davada mahkeme, MFN koşulunun yasallığını değerlendirme ihtiyacı duymamış, MFN koşulunun da bir bölümünü oluşturduğu fiyat sabitleme anlaşmasına odaklanmıştır. Soruşturma çerçevesinde; DOJ ile yayıncılar arasında varılan mutabakata göre, yayıncıların beş yıllık bir süre için MFN koşulu içeren anlaşma yapmaları yasaklanmıştır. Federal Bölge Mahkemesi, tek başlarına ihlal oluşturmamakla birlikte, birlikte bulduklarında rekabet hukukunu ihlal eden MFN koşullarının ve işbirlikçi davranışların yer aldığı acentelik sözleşmelerini karşılıklı olarak sona erdiren bu mutabakat anlaşmalarını onaylamıştır.

MFN koşullarına yönelik ABD uygulamalarına bakıldığında, anlaşmaların pazarda doğurduğu pozitif ve negatif etkilerin ağırlıklandırıldığı ve etki temelli bir analiz altında değerlendirildiği görülmektedir. Önceki tarihli davalarla kıyaslandığında

¹⁰ U.S. v. Apple Inc., 952 F. Supp.2d 638, 699 (S.D.N.Y. 2013).

yakın tarihli davalarda, MFN koşullarına daha eleştirel yaklaşılmaya başlanmıştır. Gavil (2012, 3), bu koşulların değerlendirilmesinde “eleştirel olmayan kabulden daha dengeli bir yaklaşıma” doğru bir meylin olduğunu belirterek durumu özetlemektedir. Ancak yukarıda yer verilen ve benzer uygulamalara bakıldığında, ABD’de MFN koşullarına yönelik tek bir yaklaşımın olduğunu söylemek olası değildir. Her bir vakada, MFN koşullarına farklı bir bakış açısıyla yaklaşılmış, bazı kararlarda bu koşulların işbirliğini kolaylaştırması ve dışlayıcı etki yaratması gibi rekabete yönelik olumsuz etkilerinden bahsedilirken, bazı kararlarda ise maliyetleri ve fiyatları düşürmesi gibi olumlu etkilerinden söz edilmiştir. Bu bakımdan ABD uygulamalarında, her olayın kendi dinamikleri içerisinde değerlendirildiğini ve MFN koşullarının *per se* yasak kabul etmekten ziyade etki temelli bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirildiğini söylemek mümkündür.

2.2. AVRUPA BİRLİĞİ/KOMİSYON VE ÜYE ÜLKE UYGULAMALARI

2.2.1. Avrupa Birliği/Komisyon Uygulamaları

ABD ile karşılaştırıldığında, MFN koşullarına ilişkin incelemelerin Avrupa Birliği (AB)’indeki tarihsel gelişimi nispeten daha sınırlıdır (Schmidt 2013, 278). Ancak son zamanlarda, Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri tarafından MFN koşullarına ilişkin olarak yürütülen incelemelere daha fazla rastlanmaya başlanmıştır. Uygulamalara bakıldığında Komisyon, bu koşulların yatay anlaşmaları ve uyumlu eylemleri kolaylaştırması, bu koşulların kullanımının yaygınlaşmasıyla oluşan kümülatif etkilerin dışlamaya ve ticari şartların uyumlaştırılmasına yol açması gibi nedenlerle, MFN koşullarının kullanımını yasal takibe almaya başlamıştır. Yine üye ülke rekabet otoriteleri de, MFN koşullarına yönelik olarak benzer endişelerle incelemeler başlatmıştır. Komisyon tarafından gerçekleştirilen incelemelere ve verilen kararlara aşağıda yer verilmektedir.

2.2.1.1. Pay TV- Film Stüdyoları¹¹

MFN koşullarının yaygın şekilde kullanılmasının, rekabet karşıtı etkilerine yönelik olarak, Avrupa Pay TV kanallarıyla film stüdyoları arasındaki sözleşmelerde

¹¹ Pay TV-Film Stüdyoları 2004, European Commission, Press Release, IP/04/1314, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1314_en.htm, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

bulunan bu koşullar, Komisyon tarafından incelemeye alınmıştır. İlgili vakada stüdyolar, tüm prodüksiyonlarına erişimi, sözleşmelerle sınırlı bir süreliğine satmaktadırlar. MFN koşulu kullanımının, tüm stüdyolara önerilen sözleşme maddelerinin uyumlaştırılmasının yaratacağı kümülatif etki endişesiyle, Komisyon tarafından soruşturma başlatılmıştır. İnceleme sonucunda, stüdyoların bu koşulları kullanmayı gönüllü olarak vazgeçmesiyle, herhangi bir rekabet ihlali sonucuna varılmaksızın soruşturma sonlandırılmıştır.

2.2.1.2. Ruhrgas- Gazprom¹²

Komisyon, Rus gaz üreticisi Gazprom ile Alman gaz şirketi Ruhrgas arasındaki gaz tedarik anlaşmalarında yer alan bazı sınırlamalara ilişkin olarak başlattığı soruşturmasını sonuçlandırmıştır. Soruşturmanın odak noktası, Ruhrgas'ın Almanya dışında yeniden satış yapmasını önleyen bölgesel sınırlama koşuludur. Ancak Komisyon ile gerçekleşen karşılıklı müzakerelerin sonucunda taraflar, Gazprom'un, Ruhrgas'ın rakiplerine önerdiği koşulların benzerini Ruhrgas'a da önermesini zorunlu tutan MFN koşullarını kaldırmayı kabul etmişlerdir. Komisyon'un basın bülteninde, MFN koşuluna ilişkin bu tutumun gerekçesine ilişkin detaya yer verilmemiştir.

2.2.1.3. Sinema Dijitalizasyon¹³

Komisyon, başlıca film stüdyolarıyla entegratör olarak adlandırılan üçüncü taraf araçlar arasında, sinema salonlarının dijitalleşmesini gerçekleştirebilmek amacıyla imzalanan sözleşmelerde bulunan MFN koşullarına ilişkin bir inceleme başlatmıştır. İlgili vakada, sözleşme tarafı olan entegratörler, dijitalleşme için gerekli olan ekipmanı alarak sinema salonlarına entegre edeceklerdir. Film stüdyoları, sanal baskı ödemesi modeli altında, dijital filmler sinema salonlarında her gösterildiğinde, entegratörlere yaptıkları ödemelerin belirli bir kısmını ödeyeceklerdir. Sinema salonu işletmecileriyle dağıtıcılar ise, enregratöre ön ödeme yaparak, dijitalleşmenin finanse edilmesine katkı bulunacaklardır.

Komisyon, film stüdyolarıyla entegratörler arasında imzalanan sözleşmelerde, MFN koşulu kullanımının yaygınlaşması ve MFN koşulunun, entegratörlerle bağımsız

¹² Ruhrgas-Gazprom 2005, European Commission, Press Release, IP/05/710, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-710_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

¹³ Sinema Dijitalizasyon 2011, European Commission, Press Release, IP/11/257; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-257_en.htm, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

dağıtıcılar arasında daha iyi şartlarda sözleşme yapılabilmesini engellemesi riski nedeniyle inceleme başlatmıştır. İnceleme sonucunda Komisyon, film stüdyolarının sözleşmelerini gönüllü olarak değiştirmeleri nedeniyle, resmi bir işlem başlatmaksızın ve ihlal sonucuna varmaksızın incelemesini erken aşamada sonlandırmıştır.

Komisyon'un bu vakadaki tutumu, MFN koşullarının rekabet karşıtı amaca sahip olmadıklarının gösterilmesi bakımından dikkate değerdir. Komisyon tarafından, yürütülen incelemeye ilişkin basın duyurusunda; bu koşulların entegratörlerle bağımsız dağıtıcılar arasında daha iyi şartlarda sözleşme yapılabilmesini engellediği, bununla birlikte bu koşulların yer aldığı sözleşmelerin Avrupa'daki sinema salonlarının dijitalleşmesine katkıda bulunduğu belirtilmektedir. Ancak sözleşmelerin, pazarda olumlu etkileri olduğunu belirtmesine karşın Komisyon, sözleşmelerdeki MFN koşullarının bağımsız film dağıtıcıları üzerindeki potansiyel dışlayıcı etkilerin, olumlu etkilerden daha baskın olduğu yönünde bir sonuca vararak, taraflardan sözleşmelerini MFN koşulunun çıkarılması yönünde revize etmelerini talep etmiştir.

2.2.1.4. E-Kitap (E-Books) ¹⁴

Komisyon'un, MFN koşullarına ilişkin son zamanlardaki soruşturmalarının en bilineni *E-Kitap* davasıdır. Dava konusu olayda, lider yayıncı kuruluşlar¹⁵ ile Apple'ın, e-kitap fiyatlarını yükseltmek amacıyla toptan satış modelinden acentelik sistemine geçiş için gizlice anlaştıkları iddia edilmektedir. Komisyon, iddia konusu rekabete aykırı eylemlere ilişkin olarak şüpheli olan yayıncı kuruluşlarda inceleme yapmış, söz konusu yayıncı kuruluşlar ve Apple'a yönelik olarak soruşturma başlatmıştır.

Toptan satış modelinde, yayıncı kuruluşlar perakendecilere toptan fiyattan e-kitapları satmakta, perakendeciler de kendi kâr paylarını belirleyerek, e-kitapların müşterilere yeniden satışını gerçekleştirmektedirler. Dolayısıyla e-kitapların son kullanıcıya satış fiyatını perakendeciler belirlemektedir. Perakende sektöründe yer alan ve pazarın büyük bir bölümünü elinde bulunduran Amazon ise e-kitap okuyucu (kindle) aracını da satabilmek için e-kitap fiyatlarını çok düşük tutmaktadır. Bu

¹⁴ Case COMP/39.847-E-books, OJ [2013] C 378/25.

¹⁵ Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd. ve Simon & Schuster Digital Sales Inc., Hachette Livre SA, Harper Collins Publishers Limited ve Harper Collins Publishers L.L.C., Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG and Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH, Penguin/Pearson.

durum, yayıncı kuruluşların kârlarını azaltmakta ve bu nedenle yayıncı kuruluşlar, e-kitap fiyatlarını kendilerinin belirleyebilecekleri bir sistem olan acentelik modeline geçmeyi istemektedirler. Gerçekten de Amazon'un, e-kitapları maliyetinin altında satmaya başlamasından sonra yayıncıların, e-kitapların perakende fiyatlarını artırmak için uygulanabilecek stratejileri ve tüketicilere satılacak e-kitaplar için öngörülen ticari modelin, geleneksel toptan satış modelinden Apple aracılığıyla acentelik modeline geçmeyi gerektirdiğini tartıştıklarını gösteren kanıtlar bulunmaktadır (Vandenborre ve Frese 2014, 591-592).

Yayıncı kuruluşlar tarafından, belirli bir e-kitap için diğer perakendeciler üzerinden tüketicilere sunulan fiyatların, Apple (iBookstore) üzerinden sunulan fiyatlara eşlenmesi gerektiğinden, bu davada perakende fiyat MFN koşulundan bahsedilmiştir. İlgili soruşturmada Apple, yayıncıların acentelik modeline geçme niyetlerinin olup olmadığını veya hangi koşullar altında geçme niyetlerinin olduğunu açığa vurabileceğinden, yayıncılar arasındaki anlaşmaya/uyumlu eyleme dâhil edilmiştir. Komisyon, yayıncı kuruluşların, Apple ile akdettikleri ve MFN koşulunu içeren acentelik anlaşmalarının, e-kitap fiyatlarını yükseltme çabalarının bir parçası olduğu ve perakende düzeyinde fiyat rekabetinin dışlandığı kanaatine varmıştır.

Ayrıca Komisyon, yayıncı kuruluşlarla Apple arasında imzalanan sözleşmelerde bulunan MFN koşulunun, fiyatların eşlenmesinden kaynaklanan maliyetlerden kaçınmak amacıyla, Amazon'u acentelik modeline dönüştürmek için yayıncılarda güçlü bir güdü yarattığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla Komisyon, her bir yayıncının acentelik modelini kabul etmesi için Amazon'u zorlayabilmesi veya e-kitapları vermeyi reddedebilmesi gibi nedenlerle, MFN koşulunun kolaylaştırıcı bir araç işlevi gördüğü görüşündedir. Gerçekten de dava konusu olayda Amazon, acentelik modelini kabul etmiş ve e-kitap fiyatları yükselmeye başlamıştır. Bunun yanı sıra Komisyon, e-kitap satışı için acentelik modeline geçişin, e-kitapların Avrupa'daki perakende fiyatlarının yükselmesinin veya fiyatların düşmesinin önlenmesinin uyumlu eylem anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. Soruşturmanın sonunda taraflar, Komisyon'un görüşüne katılmamakla birlikte, Komisyon'un endişelerini gidermek amacıyla beş yıllık bir süre için acentelik anlaşmalarını sonlandırmak ve e-kitap satışı için yapılan anlaşmalardan MFN koşulunu çıkarmak gibi bir dizi taahhüt sunmuşlardır. Soruşturmanın sonunda

sunulan taahhütler kabul edilmiş ve dolayısıyla, tarafların e-kitap satışlarına ilişkin sözleşmelerde MFN koşulu kullanmaları yasaklanmıştır.

Komisyon'un ilgili vakadaki tutumu, MFN koşullarının rekabete aykırı amaç veya etkisinin olabileceğini göstermektedir. Ancak bu tutum, sözleşmelerde MFN koşulu kullanımının başlı başına rekabet karşıtı olduğu veya *per se* ihlal kabul edildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır. Zaten ilgili davada bu koşulların beş yıllık bir süre için yasaklanması, koşulların tek başına ihlal olmadığına bir göstergesi sayılabilir. Komisyon'un tutumundan da anlaşılacağı üzere, MFN koşullarının değerlendirilmesinde; pazardaki diğer koşulların da göz önünde bulundurulması, her vaka özelinde analiz yapılması ve *per se* ihlal kabul edilmesi yerine etki temelli bir yaklaşımın ön planda tutulması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

2.2.2. Üye Ülke Uygulamaları

2.2.2.1. Alman Kartel Ofisi: Bundeskartellamt (BKA)

BKA tarafından 2013'te, bir online otel rezervasyon platformu olan Hotel Reservation Service Robert Ragge GMBH (HRS) ile oteller arasında yapılan anlaşmalarda yer alan MFN koşullarının, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)'nın 101. maddesi ve bunun paraleli olan Alman Rekabet Kanunu hükümleri bakımından ihlal oluşturduğuna karar verilmiştir¹⁶. Karar konusu MFN koşullarıyla, oteller tarafından HRS'ye, otelin kendi kanalları vasıtasıyla sunulan veya HRS'nin rakipleri olan online platformlara önerilen fiyat koşulları kadar iyi fiyatlar sunulacağı garanti edilmektedir. Oteller, MFN koşulu nedeniyle, HRS ile diğer dağıtım kanalları arasında oluşan fiyat farkını, HRS'nin müşterilerine ödemek zorundadırlar.

BKA, MFN koşullarının, online platformlar arasındaki ve oteller arasındaki rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşmıştır. HRS'ye rakip olan online platformlar, HRS'den daha düşük komisyon almayı kabul ederek dahi müşterilerine, daha düşük fiyatlarda otel odası sağlayamamaktadırlar. Bu durum pazarda, fiyatların yükselmesine ve giriş engellerinin doğmasına yol açmaktadır. Buna ek olarak oteller, fiyatlarını ve diğer rezervasyon koşullarını, kendi dağıtım kanallarına serbestçe uyarlayamamaktadırlar. Daha da önemlisi BKA, HRS'nin iki büyük rakibi ile oteller arasında yapılan

¹⁶ HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GMBH, BKArA, B.9-66/10.

anlaşmalarda da MFN koşullarının bulunması nedeniyle, bu koşulların anti rekabetçi etkilerinin şiddetlendiğini vurgulamaktadır.

BKA ilgili pazarı, online seyahat acentesi veya toptan satış gibi bazı diğer otel odası satış servislerinden farklı olarak, online otel portal servisleri olarak tanımlamıştır. Davada, HRS'nin otel gece rezervasyon sayısı ve hasılatına dayanılarak, tahminen %30'dan fazla pazar payı olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca BKA, HRS'nin MFN koşullarına uyulup uyulmadığını denetlediği ve bu koşulları dayattığı kanaatine varmıştır. HRS, MFN koşullarının uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek amacıyla, oteller tarafından önerilen güncel fiyatları otomatik olarak tarayan "crawler" isimli bir sistem kullanmaktadır. Ayrıca HRS, koşullardan sapma olursa, otelleri kendi portalından çıkarmakla tehdit etmektedir.

Ayrıca ilgili davada BKA, MFN koşullarının etkinlik yarattığına ilişkin HRS'nin argümanlarını değerlendirmiştir. HRS'ye göre, farklı kanallar üzerinde otel odalarının fiyatlarının farklı olması, portalların yatırım yapma güdüsünü ve sunulan hizmetlerin kalitesini olumsuz etkilemektedir. BKA, portalların yatırım yapma güdüsünü ve MFN koşuluyla bedavacılık probleminin sınırlandırıldığını göz önünde bulundurmuş, ancak MFN koşullarının, portalların kaliteye yatırım yapma güdüsü üzerinde sadece çok sınırlı bir etkiye sahip olduğunu değerlendirmiştir. Buna bağlı olarak otorite, MFN koşulu uygulamalarından kaynaklanan negatif rekabetçi etkilerin, potansiyel etkinliklerle karşılaştırıldığında, her durumda daha ağır bastığı sonucuna ulaşmıştır.

İlgili davada yasaklama kararı, Komisyon'un Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesinden (Vertical Restraints Block Exemption Regulation: VRBER)¹⁷ yararlanmasını engelleyen HRS'nin pazardaki güçlü konumuna ve MFN koşullarını uygulamak için etkin ve agresif metotlar kullanılmasına dayandırılmaktadır. Yapılan soruşturmanın sonunda BKA, HRS'ye, MFN koşullarını sözleşmelerinden çıkarması talimatını vermiş, fakat herhangi bir cezai yükümlülüğe hükmetmemiştir. İlgili karar, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından onanmıştır¹⁸.

¹⁷ Commission Regulation, 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ L102/1.

¹⁸ Düsseldorf Higher Regional Court confirms Bundeskartellamt's prohibition decision, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568, Erişim Tarihi: 05.04.2016.

Bunun yanı sıra BKA, otellerle anlaşmalarında benzer koşullar kullanan Booking.com ve Expedia'ya karşı da yasal işlem başlatmıştır¹⁹. Yine BKA, Amazon tarafından kullanılan MFN koşuluna ilişkin olarak başlattığı incelemeyi, Amazon'un, BKA'nın talepleri olan MFN koşulunun anlaşma hükümlerinden silinmesi ve şartların değiştiğinin satıcılara açıkça bildirilmesi talimatlarına uyması nedeniyle sonlandırmıştır²⁰.

2.2.2.2. İngiliz Rekabet Otoritesi: Competition and Markets Authority (CMA)²¹

BKA gibi CMA tarafından da, 2012 yılında Amazon'a yönelik parite koşullarına ilişkin olarak soruşturma başlatılmıştır. Bu soruşturma, İngiliz Rekabet Kanunu'nun (Competition Act 1998) birinci bölümü ve ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında yürütülmüştür. Soruşturma sürerken Amazon, parite koşulları politikasını sürdürmekten vazgeçtiği için, CMA takibatını sonlandırmıştır²². CMA, Amazon'un İngiliz Rekabet Kanunu'nu ihlal edip etmediği hakkında bir değerlendirme yapmaksızın rekabetçi endişelerini dile getirmiştir (Neville 2013).

CMA tarafından 2010 yılında başlatılan diğer bir inceleme, Booking.com B.V., Expedia, Inc, ve InterContinental Hotels Group plc (IHG)'ye yöneliktir. İlgili vakada, küçük çaplı bir seyahat acentesi olan Skoosh tarafından; Booking, Expedia ve IHG tarafından kullanılan perakende fiyat MFN koşulunun, kendi komisyonunu azaltmasını engellediği, bu nedenle otellerin, Skoosh'a ait platform üzerinden indirimli fiyat öneremediği ve bu koşulun şikâyet edilen şirketlerle rekabet edebilme yeteneğini azalttığı iddia edilmektedir. Ancak bu soruşturmada otorite, MFN koşulundan ziyade indirimler üzerindeki sınırlamalara odaklanmış ve MFN koşulunu soruşturmanın bir parçası olarak değerlendirmemiştir. İlgili vakada CMA, indirimler üzerindeki

¹⁹ Bestpreisklausel des Hotelportals HRS verstößt gegen das Kartellrecht – Verfahren gegen weitere Hotelportale eingeleitet, Meldung vom: 20.12.2013, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/20_12_2013_HRS.html?nn=3591568, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

²⁰ Amazon gibt Preisparität endgültig auf, Meldung vom: 26.11.2013, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/26_11_2013_Amazon.html, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

²¹ 2014 yılında, eski ismi Office of Fair Trading (OFT) olan İngiliz Rekabet Otoritesi dönüştürülmüş ve bu kurumun görevleri Competition and Markets Authority (CMA)'ya verilmiştir. Bu çalışmada karışıklığa yol açmamak adına, otorite yeni ismiyle zikredilmektedir.

²² Amazon online retailers: investigation into anti-competitive practices, Case reference: CE/9692/12, 2013.

sınırlamaların online seyahat acenteleri arasındaki fiyat rekabetini kısıtladığı ve giriş engellerini artırdığı sonucuna ulaşmış; bahse konu teşebbüslerin, seyahat acenteleri ve otellerin serbestçe indirim yapabilmesine yönelik taahhütlerini kabul etmiş ve soruşturmasını sonlandırmıştır²³.

Yine CMA tarafından, motor sigortası sektörüne yönelik olarak yapılan bir pazar araştırmasında, dar MFN koşulu (*narrow-MFN*) ve geniş MFN koşulu (*wide-MFN*) olarak iki çeşit MFN koşulu tanımlanmıştır. Dar MFN koşulu ile sigorta şirketinin, sadece kendi internet sitesinde daha uygun fiyat vermesi engellenmektedir. Geniş MFN koşuluyla ise, sigorta şirketinin kendi internet sitesinin yanı sıra diğer fiyat karşılaştırma sitelerinde de daha uygun fiyat vermesi engellenmektedir. Otorite, fiyat karşılaştırma sitelerinin güvenilirliğini sağlamak ve bedavacılık problemini önleyebilmek adına, dar MFN koşulunun gerekli olduğunu, ancak geniş MFN koşulunda aynı durumun geçerli olmadığını ve geniş MFN koşulunun rekabet üzerinde olumsuz etki yaratabileceğini belirtmiştir. Bu yüzden CMA, motor sigorta şirketleriyle fiyat karşılaştırma siteleri arasında yapılan sözleşmelerde yer alan geniş MFN koşullarının kullanımını yasaklamıştır²⁴.

Görüleceği üzere CMA, BKA gibi, MFN koşullarına ilişkin katı bir tutum sergilememiştir. Bunun bir sonucu olarak CMA, MFN koşullarının *per se* rekabet karşıtı olduğuna yönelik net bir duruş sergilememekte ve bu hükümlerin anti rekabetçi sonuç yaratmak amacıyla bir etkileşimde bulunmadıkça takibini yapmaktan kaçınmaktadır.

2.2.2.3. Diğer Otoriteler Tarafından Yürütülen Benzer Uygulamalar

Yukarıdaki uygulamalara benzer şekilde, diğer ülkeler tarafından da, MFN koşullarına yönelik incelemeler yürütülmüştür. Örneğin; Fransız, İtalyan ve İsveç rekabet otoritelerinin, Booking.com'un, otellerle olan sözleşmelerinde yer alan MFN koşullarına yönelik başlattıkları soruşturmalarda, Booking.com'un önerisi üzerine ortaklaşa bir pazar testi gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte, Booking.com tarafından verilen taahhüde göre; sözleşme tarafı oteller, odalarını, diğer online rezervasyon portalları ve çevrimdışı kanalları aracılığıyla daha düşük fiyatlara sunabilecekler (geniş MFN

²³ Hotel online booking investigation, Case reference: CE/9320-10, 2015.

²⁴ Private Motor Insurance Market Investigation, Final Report, 24.09.2014, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf, Erişim Tarihi: 14.02.2016.

koşulu), ancak kendi online kanalları üzerinden daha düşük fiyata sunamayacaklardır (dar MFN koşulu). Bu taahhüt üzerine, 2015 yılında Fransız, İtalyan ve İsveç Rekabet Otoriteleri, AB veya ulusal rekabet hukuku kurallarına aykırılık teşkil eden herhangi bir uygulamaya rastlamadıklarını belirterek, ilgili taahhütleri ortaklaşa olarak kabul ettiklerini ve soruşturmayı sonlandırdıklarını açıklamışlardır. Ardından Booking.com, sunmuş olduğu bu taahhütleri, bütün AB üyesi ülkelerde gerçekleştireceğini duyurmuştur. Yine Fransız, İtalyan ve İsveç Rekabet Otoriteleri, MFN koşullarına ilişkin olarak Expedia hakkında da soruşturma başlatmış olup, soruşturma süreci hâlâ devam etmektedir²⁵.

İlgili vakadan görüleceği üzere, Fransa, İtalya ve İsveç Rekabet Otoriteleri CMA gibi, MFN koşullarında dar ve geniş MFN koşulu ayırımına gitmişlerdir. Buna göre, otellerin online platformlar ve kendi çevrimdışı kanalları üzerinden fiyat belirleyebilme serbestisi sağlanmaktadır. Ancak oteller, kendi online kanalları üzerinden aynı serbestliğe sahip değildir. Kanaatimizce bunun en önemli gerekçesi, bedavacılık probleminin önüne geçilebilmesini sağlamaktır. Buna göre oteller, online platformların reklam ve tanıtım faaliyetlerinden bedava yararlanarak müşterileri, kendi kanallarına çekebilmekte ve böylece platformlara komisyon ödemekten kurtulmaktadır. Bedavacılık probleminin önlenmesi adına otoriteler, dar MFN koşulunu yasaklamamışlardır. Ancak BKA'nın bu görüşe katılmadığını özellikle belirtmek gerekir. BKA'ya göre, dar MFN koşulu da, oteller ve platformlar arasındaki rekabeti kısıtlamaktadır. BKA bu koşulun, öncelikle otellerin kendi online kanalları üzerinden fiyat belirleyebilme özgürlüğünü kısıtladığını, otellerin yeni ve daha küçük çaptaki platformlara daha düşük fiyat sunma güdüsü sağlamadığından, koşulun pazara girişleri hâlâ zorlaştırdığını ve tüketiciler için yararlı olmadığını belirtmiştir²⁶.

²⁵ Commitments offered by Booking.com: Closed the investigation in Italy, France and Sweden, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2207-commitments-offered-by-bookingcom-closed-the-investigation-in-italy-france-and-sweden.html>, Erişim Tarihi: 16.02.2016.

²⁶ Auch „enge“ Bestpreisklauseln von Booking sind kartellrechtswidrig, Meldung vom:23.12.2015, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html?nn=3591286, Erişim Tarihi: 16.02.2016.

2.2.3. AB Rekabet Hukukunun MFN Koşullarına Uygulanmasına İlişkin Genel Değerlendirme

Yukarıda yer verilen uygulamalardan da görüleceği üzere, MFN koşullarının yatay anlaşmaları veya uyumlu eylemleri kolaylaştırması, koşulların kullanımının yaygınlaşmasıyla oluşan kümülatif etkilerin dışlayıcı etki yaratması veya pazardaki ticari koşulların uyumlaştırılmasına neden olması gibi rekabetçi endişeler doğrultusunda Komisyon, bu koşulların kullanımını yasal takibe almıştır. Yer verilen uygulamalar, MFN koşullarının hangi durumlarda rekabeti kısıtladığını ve yasaklanması gerektiğini büyük ölçüde yansıtmaktadır. Ancak Komisyon ve üye ülke rekabet otoritelerinin uygulamalarındaki farklılıklardan da anlaşılacağı üzere, MFN koşullarına ilişkin olarak yerleşik bir kanaat henüz oluşmamıştır. Özellikle, online otel rezervasyon pazarına yönelik Komisyon'un sessiz kalması, üye ülke rekabet otoritelerinin yaptıkları incelemelerde, farklı sonuçlara ulaşmasına yol açmıştır.

Ancak ilginç bir şekilde, BKA tarafından HRS'ye ilişkin verilen karar dışında, yer verilen uygulamaların hiçbirinde MFN koşulu ile VRBER²⁷ arasındaki ilişkiden bahsedilmemiştir. Bazı davalarda, bu koşulların yatay kısıtlama olabileceğinden bahsedilmiş, bazı davalarda ise daha çok dikey kısıtlama olduğu üzerinde durulmuştur. Fakat davaların hiçbirisinde, bu koşullar açık ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Özellikle, açık kısıtlamaların olmadığı, ancak dikey kısıtlamaların söz konusu olduğu davalarda, VRBER'e değinilmemesi eksiklik olarak görülebilecektir. Bunun gibi dikey kısıtlamaların söz konusu olduğu davaların, tarafların pazar paylarının %30'un altında kaldığı durumlarda, ABİDA'nın 101. maddesinin uygulanmasından muaf tutulabilme olasılığı bulunmaktadır²⁸. Muafiyet koşullarının ve uygulamasının üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından da aynı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Muafiyet, benzer dikey kısıtların yarattığı paralel ağların, ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsadığı²⁹ veya ABİDA'nın 101(3). maddesiyle uyuşmayan bazı etkilere sahip olduğu durumlarda geri alınabilir³⁰. Ancak muafiyet geri alınsa bile, muafiyetin geçerli olduğu dönem için teşebbüsün ceza sorumluluğu olmayacaktır. Aynı durumun,

²⁷ Commission Regulation, 330/2010, OJ L102/1.

²⁸ Commission Regulation, 330/2010, OJ L102/1, Article 2-3.

²⁹ Commission Regulation, 330/2010, OJ L102/1, Article 6.

³⁰ Council Regulation (EC) 1/2003, OJ L1/1, Article 29.

tarafkların pazar payklarının %30 eşiğini aştığı durumlarda da geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bunu yanı sıra, pazar payı eşiği aşılsa dahi tarafların bireysel muafiyetten yararlanma olasılığı bulunmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, MFN koşullarının incelendiği *E-Kitap* ve *HRS* kararları, potansiyel rekabet karşıtı etkileri belirten çok özel gerekerlerle nitelenmişlerdir. Komisyon'un *E-Kitap* kararında, MFN koşullarının, yayıncıların yatay anlaşma/uyumlu eylemlerini gerçekleştirme stratejilerinin bir parçası olduğu belirtilirken; BKA'nın *HRS* kararında ise MFN koşullarına yönelik denetleme sisteminin tüm online fiyat tekliflerini kapsadığı ve bu koşulların uygulanmasının agresif bir şekilde zorunlu tutulduğu ifade edilmektedir. Dahası *HRS* kararında, bu koşulların piyasa arzının büyük bir kısmını kapsadığı, bunun yanı sıra bu koşulların piyasaya yararlı olan etkilerinin anti rekabetçi etkilerle kıyaslandığında yetersiz bulunduğu kabul edilmiştir.

Daha önce ifade edildiği üzere, MFN koşullarının açık bir rekabet kısıtlaması olduğu sonucuna varılması mümkün görünmemektedir. Zaten mevcut uygulamalar da bu çıkarımı desteklemektedir. Bu yüzden rekabet otoriteleri, MFN koşullarının rekabeti sınırladığını veya koşulun uygulanmasının anti rekabetçi sonuçlar doğurması olasılığının yüksek olduğunu yeterli delille kanıtlamalıdır. MFN koşullarının rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı büyük lde; sözleşme taraflarının pazardaki konumuna, bu koşulun pazarda yaygın şekilde uygulanmasına, pazarın yeterli derecede şeffaf olmasına, koşulların uygulanmasının denetlenip denetlenmemesine ve koşulların mevcut vakadaki uygulamasına bağlı olacaktır. Gerçekten de MFN koşulundan yararlanacak olan alıcının, rakiplerine önerilen fiyatlar hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Pazarda şeffaflık olmadan bu koşullar, rekabet karşıtı etkiler doğuramayacaktır (Vandenborre ve Frese 2014, 592).

Bu bölümde yer verilen uygulama ve açıklamalardan anlaşılacağı üzere, MFN koşullarının pazarda rekabet karşıtı etkileri olabileceği gibi, çeşitli rekabet yanlısı etkileri veya etkinlik doğurucu sonuçları da olabilmektedir. Uygulamaların hiçbirinde, bu koşulların tek başına rekabete aykırı olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Ancak bu koşulların, özellikle alt veya st pazardaki yatay anlaşmaları sağlamlaştırdığı durumlarda problemlili olacağı kanaati hkimdir. Bunun haricinde, ilgili tarafların önemli bir pazar gücünün olmadığı, MFN koşullarının kullanımının yaygınlaşmadığı, koşulların

uygulanmasının etkin bir şekilde izlenemediği ve koşulların fiyat zemini yaratmak için kullanılmadığı durumlarda, bizatihi MFN koşullarının rekabete aykırı olarak kabul edilemeyeceği mevcut uygulamalarla da desteklenmektedir. Bu çerçevede, Komisyon ve üye ülke rekabet otoritelerinin uygulamaları ele alındığında, MFN koşullarının *per se* ihlal kabul edilmesinden ziyade etki temelli bir yaklaşımın esas alındığı ve koşulların her dava özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu söylenebilecektir.

BÖLÜM 3

MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARI VE BU UYGULAMALARA YÖNELİK ÖNERİLER

3.1. MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI

MFN koşullarına ilişkin Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarına bakıldığında; bu koşulların değerlendirildiği pek fazla kararın bulunmadığı, dolayısıyla bu koşullara ilişkin uygulamalar bakımından bir içtihadın henüz oluşmadığı söylenebilecektir. MFN koşullarına yönelik Kurul tarafından üç adet inceleme yürütülmüştür. Bunlardan ikisi *Yemek Sepeti* ve *Booking.com* soruşturmalarıdır. MFN koşulunu analiz eden diğer bir inceleme ise, Sony Europe/Arçelik'e ilişkin olarak yapılan muafiyet incelemesidir. Bunun yanı sıra, MFN koşuluna kısmen benzeyen ancak MFN koşulundan farklı işlevi bulunan İngiliz Şartı kapsamında analiz edilen *CarrefourSA* incelemesi bulunmaktadır. Aşağıda MFN koşullarına ilişkin olarak Kurul tarafından yapılan incelemelere ve verilen kararlara yer verilmektedir.

3.1.1. *Sony Europe/Arçelik Muafiyet Kararı*³¹

Kurul tarafından, 2010 yılında verilen *Sony Europe/Arçelik* muafiyet kararında, Arçelik ile Sony Europe arasında LCD TV üretimi için yapılan fason üretim anlaşması incelenmiştir. İlgili fason üretim anlaşması, Arçelik'in sözleşme kapsamına giren aynı tip ürünlerine ilişkin fason üretim anlaşmalarıyla, diğer müşterilere sağladığı uygun sözleşme koşullarını, Sony Europe'ya da sağlamasını gerektiren tipik bir MFN koşulu

³¹ 08.12.2010 tarihli ve 10-76/1572-605 sayılı karar.

içermektedir. Bu koşulun doğal bir sonucu olarak, LCD televizyonlara ilişkin Sony Europe'ya önerilen fiyatların değerlendirilmesinde, Arçelik'in benzer anlaşmalar yoluyla diğer müşterilere önerdiği fiyatlar göz önüne alınacaktır. Kurul'un ilgili kararda belirttiği gibi, rekabeti destekleyici yönlerinin de bulunduğu kabul edilen ve bir tür dikey kısıtlama niteliğindeki MFN koşullarının, bazı durumlarda teşebbüsler arasındaki koordinasyonu kolaylaştırma veya rakiplerin maliyetini yükseltme gibi rekabet karşıtı yatay etkileri de olabilmektedir. Kararda, tarafların pazar paylarının yüksek olduğu veya pazardaki rekabet düzeyinin nispeten düşük olduğu durumlarda, MFN koşullarına ilişkin rekabetçi risklerin daha fazla görülebileceği belirtilmiştir. Kurul ilgili incelemesinde, mevcut olaydaki koşulun aşağıdaki nedenlerle rekabet karşıtı olmadığını gerekçelendirmektedir:

- i) Koşulun kapsamının, sadece Arçelik'in Sony Europe'ya sağladığı ürünlerle aynı nitelikteki ürünleri, üçüncü bir teşebbüse fason olarak üretmesi durumuyla sınırlı olması,
- ii) LCD TV pazarında yeterince rekabetçi bir görünümün olması,
- iii) Sözleşme boyunca, anlaşma konusu ürünlerin Sony Europe'ya tedarikinde uygulanacak fiyatların altı ayda bir revize edileceği ve koşulun amacının, bu pazarlık süreçlerinde Sony Europe'ya belli ölçüde güvence sağlamak olduğu.

İlgili kararda, taraflardan hiçbirisinin Türkiye'de LCD TV pazarında hâkim durumda bulunmadığı tespit edilmiştir. Vakadan da anlaşılacağı üzere, MFN koşullarının değerlendirilmesinde, pazarın dinamikleri özellikle önemlidir. İlgili kararda Kurul, bahse konu sınırlamaların etkisinin, rakiplerin faaliyetleri üzerinde yeterli oranda rekabet karşıtı engellemeye neden olmayacağına hükmetmiş ve sözleşmeye beş yıl süreyle muafiyet tanımıştır.

3.1.2. CarrefourSA Kararı³²

CarrefourSA ile ilgili bir önaraştırma kararında Kurul, CarrefourSA tarafından yapılan "10 katını ödeme" kampanyasının rekabet karşıtı etkilerinin olup olmadığını incelemiştir. İlgili vakada; eğer müşteriler, CarrefourSA'nın ürünlerinden herhangi biri

³² 20.01.2009 tarihli ve 09-03/45-14 sayılı karar.

için 10 km çevresinde, 10 gün içerisindeki alımları için daha ucuz bir fiyat bulursa, CarrefourSA, müşteriye alım fiyat farkının 10katını geri ödeyeceğini duyurmuştur. Kurul, CarrefourSA'nın kampanyasını, İngiliz Şartı'nı andıran bir hüküm gibi nitelendirmiş ve değerlendirmesini bunun üzerine yapmıştır. Kurul, bu gibi koşulların genelde sadece toptan pazarda görüldüğünü ve alıcıya, hâlihazırdaki tedarikçi daha düşük fiyat teklifi sağlayamazsa, tedarikçisini değiştirebilme imkânı sağladığını belirtmiştir.

Bazı koşulların, tek marka anlaşmaları gibi işlev görme potansiyeli bulunmakta olup, piyasa kapama etkisine yol açabilmeleri olasıdır. Tarafların pazar gücüne sahip olduğu durumlarda, İngiliz Şartı olası pazar kapama etkisi nedeniyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. İlgili kararda, CarrefourSA'nın organize perakende sektörü olarak tanımlanan ilgili pazarda hâkim durumda bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla söz konusu kampanya, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemiştir. Yine, en iyi fiyat koşullarının tüketicilere önerilmesi ve teşebbüsler arasındaki anlaşmalardan kaynaklanmaması nedeniyle kampanya, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 4. maddesi kapsamı dışında bırakılmıştır.

İlgili kararda Kurul, CarrefourSA'nın kampanyasını İngiliz Şartı'na benzetse de, tarafımızca bu kampanyaların İngiliz Şartı olmadığı düşünülmektedir. Çünkü İngiliz Şartı'nda, tanımından da anlaşılacağı gibi sağlayıcı ile alıcı arasında bir sözleşmenin bulunması gerekir. Oysaki ilgili kararda, sağlayıcıyla alıcı arasında bir sözleşme yoktur. Aksine CarrefourSA, kampanya duyurusunu tek taraflı ve son kullanıcıya yönelik olarak yapmaktadır. Bu kampanya duyurularını, İngiliz Şartı'ndan ziyade, birinci bölümde yer verilen cezalı fiyat eşleme garantisi olarak nitelemek daha doğru olacaktır. Ayrıca CarrefourSA tarafından yapılan bu kampanya duyurusunun MFN koşulu niteliği taşımadığı belirtilmelidir.

3.1.3. Yemek Sepeti Soruşturması

Kurul tarafından, Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Yemek Sepeti) tarafından gerçekleştirilen baskı ve promosyon uygulamalarıyla, müşterilerin rakiplerle çalışmasının engellendiği ve rakiplerin dışlandığı iddialarına ilişkin olarak yürütülen önaraştırma sonucunda, Yemek Sepeti

hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir³³. Ayrıca Kurul, soruşturmanın, bahse konu teşebbüsün MFN koşulu ve fiili münhasırlık uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla başlatıldığını belirtmektedir.

Soruşturma sürecinin devam ediyor olması ve henüz herhangi bir nihai karar alınmamış olması nedeniyle, Kurul'un MFN koşullarına ilişkin nasıl bir tavır alacağı şu aşamada bilinmemektedir. Ancak bu karar, özellikle MFN koşullarına yönelik olarak başlatılan bir soruşturma sonunda verilen ilk karar olacak olması nedeniyle ayrı bir önem arz etmektedir. Çünkü karar sonrasında Kurul'un, bu koşullara yönelik olarak bundan sonraki dönemde nasıl bir yol izleyeceğine ilişkin bir algı oluşacaktır. Ayrıca karar, tüm teşebbüsler, Türk rekabet hukuku uygulayıcıları ve hukukçular açısından da belli ölçüde belirlilik oluşturacağı için de esasen önem arz edecektir.

İlgili duyuruda dikkat çeken bir husus, soruşturmanın hem 4. hem de 6. maddeden açılmış olmasıdır. MFN koşulları, Yemek Sepeti ile Yemek Sepeti'nin ağında bulunan restoranlar arasındaki sözleşmelerde yer aldığından, dikey anlaşmaya ilişkin bir kısıtlamanın söz konusu olma ihtimali nedeniyle, ilgili hükümler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca teşebbüsün, ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığı değerlendirilecek olup, MFN koşullarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi açısından, hâkim durumunun kötüye kullanılması olup olmadığı bakımından da inceleneceği anlaşılmaktadır. Her ne kadar Kurul tarafından, henüz bir karar alınmamış olsa da, şimdiden MFN koşullarının, tarafların ilgili pazardaki pazar gücüne bağlı olarak farklı şekilde değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

3.1.4. Booking.com Soruşturması

Kurul tarafından, Booking.com B.V. (Booking.com) ile Türkiye destek ofisi olarak faaliyet gösteren Bookingdotcom Destek Hizmetleri Limited Şirketi (Bookingdotcom)'nin sundukları rezervasyon hizmeti kapsamında, müşterilerine vadettikleri "en iyi fiyat garantisi" uygulamasının, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6.

³³ Rekabet Kurumu, "Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. Hakkında Soruşturma Açıldı", Duyuru Tarihi: 10.4.2015, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Yemek-Sepeti-Elektronik-Iletisim-Tanitim-Pazarlama-Gida-San-ve-Tic-AS-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 29.12.2015.

maddeleri kapsamında ihlal teşkil edip etmediğine ilişkin olarak yürütülen önaraştırma sonucunda, Booking.com ile Bookingdotcom hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir³⁴.

Yine *Yemek Sepeti* soruşturmasına benzer şekilde, MFN koşullarının, Booking.com ile Booking.com'un ağında bulunan konaklama tesisleri arasındaki sözleşmelerde bulunduğundan, dikey anlaşmaya ilişkin bir kısıtlamanın söz konusu olma ihtimali nedeniyle, ilgili hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirileceği, bunun yanı sıra teşebbüsün, ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığı değerlendirilecek olup, MFN koşullarının ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi açısından, hâkim durumunun kötüye kullanılması olup olmadığı bakımından da incelemeye tabi tutulacağı anlaşılmaktadır. İlgili soruşturma süreci hâlihazırda devam etmektedir.

3.2. MFN KOŞULLARININ 4054 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha önce de belirtildiği üzere, MFN koşullarının her durumda rekabeti artırdığı veya rekabeti kısıtladığı söylenemez. Gerçekten de bu koşulların, pazardaki rekabete olumlu etki eden yönleri bulunmakla birlikte, rekabeti olumsuz yönde etkileyen tarafları da bulunmaktadır. Örneğin, belirtildiği üzere MFN koşullarının, işlemlerin tekrarlanmasından kaynaklanan maliyetlerin azaltılması, ticari ilişkiye özgü yatırımların teşvik edilmesi, işlemlerdeki gecikmelerin ve talep belirsizliğinin azaltılması, markanın korunması ve bedavacılık probleminin önlenmesi, ürün tedarikinin kesilmesinin önüne geçilmesi gibi olumlu yönleri bulunmaktadır.

Diğer yandan MFN koşullarının, kartelleri ve işbirliği anlaşmalarını kolaylaştıran bir işlevinin bulunması, pazardaki oyuncuların fiyatları düşürme güdüsünün azaltılması ve fiyat katılığına yol açılması, giriş engellerinin artırılması ve rakiplerin dışlanması gibi olumsuz taraflarının da bulunduğu bilinmektedir. Bu yüzden, MFN koşullarına ilişkin rekabet hukuku incelemelerinde, koşullardan yararlanan tarafın pazardaki konumuna, bu

³⁴ Rekabet Kurumu, Booking.com B.V. ile Bookingdotcom Destek Hizmetleri Limited Şirketi Hakkında Soruşturma Açıldı, Duyuru Tarihi: 24.7.2015, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Bookingcom-BV-ile-Bookingdotcom-Destek-Hizmetleri-Limited-Sirketi-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 29.12.2015.

koşulların sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulların kendi karakteristik özelliklerine detaylı bir şekilde bakılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, Komisyon ve üye ülke rekabet otoritelerinin uygulamalarında olduğu gibi, MFN koşullarının amaç bakımından ihlal kabul edilmesinden ziyade etki bakımından değerlendirilmesi ve bu koşulların her dava özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Bununla birlikte MFN koşullarının, hangi durumlarda pazarda herhangi bir rekabetçi endişeye sebebiyet vermeyeceği veya hangi durumlarda ciddi rekabetçi endişe oluşturabileceği ve bu nedenle kullanımının yasaklanması gerektiğine yönelik temel değerlendirme kriterleri belirlenebilecektir. Söz konusu değerlendirme kriterlerine aşağıda yer verilmektedir.

3.2.1. MFN Koşullarının Pazarda Rekabetçi Endişe Oluşturabileceği Durumlar

MFN koşulları bazı durumlarda, pazarda rekabetçi bir endişe oluşturabilecektir. Örneğin, kayırılan alıcının her durumda daha avantajlı teklifler almasını sağlayan imtiyazlı MFN koşulu ve sağlayıcının, MFN koşulu tarafı olmayan alıcılara indirim yapma maliyetini daha fazla artıran geriye dönük MFN koşulu, diğer MFN koşullarına göre çoğu zaman daha zararlıdır. Salop ve Morton (2013, 18) tarafından da belirtildiği gibi, bu tür MFN koşullarının tüketiciye zarar verme olasılıkları daha fazladır.

Bunun yanı sıra, MFN koşulu taraflarının pazardaki rakipleriyle karşılaştırıldığında, çok ciddi pazar gücüne sahip oldukları durumlarda, bu koşulların rekabete daha çok zarar verecekleri söylenebilecektir. Bu gibi durumlarda, bu koşullar, pazardaki rakiplerin dışlanmasına ve pazarın rakip teşebbüslere kapanmasına yol açabilir. Ayrıca yoğunlaşmış pazarlarda bu koşulların kullanılması, yoğunlaşmamış pazarlarda kullanımına göre daha çok endişe vericidir.

Buna ilaveten, pazarda MFN koşullarının kullanımının yaygınlaşması ve bu nedenle pazarın büyük bir bölümünün, bu koşullara tabi kılınması durumunda, bu koşulların değerlendirilmesinde daha şüpheci bir yaklaşım benimsenmesi gerekmektedir. Çünkü MFN koşullarının, pazarda yaygın olarak kullanılmaya başlanması durumunda, bu koşulların doğurduğu rekabet karşıtı etkilerin kümülatif bir şekilde artması olasılığı daha yüksektir (Cernak ve Chaikan 2013, 4).

3.2.2. MFN Koşullarının Pazarda Rekabetçi Endişe Oluşturmayacağı Durumlar

MFN koşullarının kullanılması, bazı durumlarda herhangi bir rekabetçi endişeye yol açmayacaktır. Örneğin, MFN koşulu içeren bir sözleşmenin her iki tarafının pazar gücünün olmadığı durumlarda, bu koşulların kullanılmasının rekabetçi endişe yaratması olası değildir. Hatta MFN koşulları, pazar gücü olmayan küçük alıcılar tarafından kullanıldığında, pazardaki rekabete olumlu katkısının olacağı dahi söylenebilir.

Yine MFN koşullarının, alt ve üst pazarlardaki yoğunlaşma seviyesinin düşük olduğu durumlarda, rekabetçi zarara yol açma olasılığının düşük olduğu varsayılmaktadır (Salop ve Morton 2013, 18). Üst pazarın yoğunlaşma seviyesinin düşük olduğu, diğer bir deyişle, üst pazarın yeterince rekabetçi olduğu durumlarda, potansiyel rakiplerin gidebilecekleri başka alternatifler olacağından, rekabetçi zarar meydana gelmeyebilecektir. Ayrıca, pazarın şeffaf olmadığı durumlarda, MFN koşullarının pazarda olumsuz bir etki yaratmayacağı söylenebilecektir. Çünkü pazarın şeffaf olmadığı durumlarda, MFN koşullarının uygulanıp uygulanmadığının takibi yapılamamaktadır.

3.2.3. MFN Koşullarına İlişkin Muafiyet Değerlendirmesi

Dikey anlaşmalar, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) kapsamında, belirli şartların varlığı halinde, muafiyet koşullarından yararlanabilmektedir. MFN koşulları ise temel olarak, dikey anlaşmalara ve dikey kısıtlamalara ilişkindir. Bu nedenle MFN koşullarına ilişkin rekabet hukuku incelemelerinde, bu koşulların, muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere 2002/2 sayılı Tebliğ, tedarik zincirinin farklı seviyelerinde yer alan taraflar arasındaki ürünlerin veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin anlaşmalar için, belirli koşullara bağlı olarak muafiyet sağlamaktadır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesine göre, dikey bir anlaşma, sağlayıcının ilgili ürün pazarındaki pazar payının %40'ı aşmadığı durumlarda, grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Buna ilaveten 2002/2 sayılı Tebliğ'de, rakipler arasındaki dikey anlaşmaların muafiyetten

yararlanamayacağı, ancak sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden ürünlerin üreticisi değil de sadece dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmaların, grup muafiyetinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Yine 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde, dikey bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanmasını engelleyen yeniden satış fiyatının tespiti, pasif satışın engellenmesi gibi bazı dikey kısıtlamalara, 5. maddesinde ise rekabet etmeme yükümlülüğü altında muafiyetten yararlanmanın şartlarına yer verilmektedir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in ilgili maddeleri kapsamındaki koşulları sağlayan her türlü dikey anlaşma, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmaktadır. MFN koşulları da esasen dikey kısıtlamalara ilişkin olduğundan, bu koşulları içeren sözleşmelerin, sağlayıcının pazar payının %40'ı aşmadığı ve 2002/2 sayılı Tebliğ'de aranan diğer koşulların sağlandığı durumlarda, teorik olarak dikey grup muafiyetinden yararlanması gerekmektedir. Sağlayıcının pazar payının %40'ı aştığı durumda ise, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer verilen koşulların sağlanıp sağlanmadığı, diğer bir ifadeyle MFN koşullarını içeren sözleşmelere, bireysel muafiyet tanınıp tanınmayacağı hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Ancak bu noktada, MFN koşullarına ilişkin anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanabilmesi için, tarafların tedarik zincirinin farklı seviyelerinde bulunması ve anlaşmanın ürünlerin alımı, satımı ve yeniden satımına ilişkin olması gerektiği hususunu özellikle belirtmek gerekir. MFN koşulu içeren sözleşmelerin, bu şartları sağlamadığı sürece muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Örneğin, son zamanlarda sıkça gündeme gelen online otel rezervasyon pazarına yönelik incelemeler ele alınacak olursa; MFN koşulu içeren sözleşmenin tarafları olan otellerle online platformlar, tedarik zincirinin farklı seviyelerinde bulunmaktadır. Burada tanımlanacak olan ilgili pazara göre, sağlayıcıyla alıcının kimliği değişebilir. İlgili ürün pazarı konaklamaya ilişkin olursa oteller sağlayıcı, otel rezervasyonu yapan müşteriler ise alıcı; platform hizmetine yönelik olursa online platformlar sağlayıcı, hem oteller hem de otel rezervasyonu yapan müşteriler alıcı olacaktır.

İlgili ürün pazarı konaklamaya ilişkin olursa, MFN koşulu içeren sözleşmenin tarafı olan online platformlar, ürünü almadığı veya alıp yeniden satmadığından, ilgili sözleşmeler, ürünlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin değildir. Bu anlaşmalar

çerçevesinde online platformlar, sadece aracılık hizmeti sunarak, karşılığında komisyon almaktadırlar. Bunun yanı sıra, bu platformlar, oteller tarafından atanan bir acente niteliği de taşımamaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar otellerle online platformlar arasında yapılan ve MFN koşulu içeren anlaşmalar, dikey anlaşma kategorisinde değerlendirilse de, ürünlerin alımı, satımı ve yeniden satımına ilişkin olmadıkları ve acentelik anlaşması özelliği de taşımadıklarından, kanaatimizce 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanamamaları gerekmektedir. Bununla birlikte, ilgili ürün pazarı platform hizmetine yönelik olursa, MFN koşulu içeren sözleşmenin tarafı olan oteller, platform hizmetinin alıcısı olacaklardır. Bu durumda ilgili anlaşmalar, ürünlerin/hizmetlerin alımı, satımı ve yeniden satımına ilişkin olacağından, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanabilecekleri düşünülmektedir.

Fakat anılan bu hususları değerlendiren herhangi bir Kurul kararına rastlanmamaktadır. Yukarıda verildiği üzere, Kurul'un *Sony Europe/Arçelik* muafiyet kararı, rakipler arasındaki bir fason üretim anlaşması olduğundan, 2002/2 sayılı Tebliğ'in kapsamı dışında kalmaktadır. Yine Kurul'un *CarrefourSA* kararında, fiyat garantisinin doğrudan tüketicilere önerilmesi ve teşebbüsler arasındaki bir anlaşmadan kaynaklanmaması nedeniyle, ilgili kampanya 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirmeye alınmamıştır. 2002/2 sayılı Tebliğ ise, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren kısıtlamalara ilişkin olduğundan, bu vakada değerlendirmeye dâhil edilememiştir. Ancak ilgili kampanyanın, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından değerlendirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kurul'un *Yemek Sepeti* ve *Booking.com* soruşturmaları, esasen bu çalışmanın da konusunu oluşturan MFN koşullarına ilişkindir. Kurul'un soruşturma duyurusunda da yer verildiği üzere, MFN koşullarının 4054 sayılı Kanun'un hem 4. maddesi hem de 6. maddesi bakımından ele alınacağı anlaşılmaktadır. Ancak ilgili soruşturma süreçleri devam ettiğinden, soruşturma konusu MFN koşullarının, 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal teşkil edip etmediği henüz netlik kazanmamıştır.

3.3. MFN KOŞULLARINA İLİŞKİN TÜRK REKABET HUKUKU İÇİN ÖNERİLER

MFN koşullarına ilişkin olarak bir önceki bölümde yer verilen, Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri uygulamalarından da görüleceği üzere, bu koşullar, son

zamanlarda rekabet otoritelerinin ve rekabet hukuku uygulayıcılarının gündemini oldukça meşgul eden konular arasında yer almaktadır. Dahası, Kurul'un bu koşullara yönelik olarak başlattığı incelemeler de konunun, son zamanlarda rekabet hukuku uygulaması için önem arz etmeye başladığını göstermektedir.

Yukarıda yer verilen karar örneklerinden ve değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere, MFN koşullarına ilişkin olarak Kurul'un nasıl bir yöntem izleyeceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Benzer şekilde, rekabet hukuku uygulayıcılarının ve hukukçuların da MFN koşullarına ilişkin olarak takip etmesi gereken yola dair belirsizlik bulunmaktadır. MFN koşullarına ilişkin bu belirsizliğin, bu koşullara yönelik Türk rekabet hukuku mevzuatındaki eksiklikten kaynaklandığı düşünülmektedir. Bu belirsizliği en azından mevzuat yönüyle belli ölçüde çözebilmek adına, kanaatimizce hem 4054 sayılı Kanun'da hem de ikincil mevzuatta bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Söz konusu bu düzenlemelere ilişkin olarak nasıl bir yöntem izlenebileceğine dair önerilerimize çalışmanın devamında yer verilmektedir.

3.3.1. 4054 Sayılı Kanun'da Yapılabilecek Düzenlemelere İlişkin Öneriler

MFN koşullarına ilişkin olarak yukarıda yer verilen ABD ve AB'de alınan kararlara bakıldığında, hemen hemen hepsinin taahhülle sonuçlandığı, rekabet otoritelerinin ceza verme yoluna gitmediği görülmektedir. Rekabet otoriteleri, kendilerini uzunca bir süre meşgul edecek gibi görünen soruşturmaları, ilgili taraflardan taahhüt almak suretiyle kısa sürede sonlandırmaktadırlar. Bu durum, MFN koşulları gibi açık bir rekabet ihlali olmayan vakalarda, rekabet otoritelerinin taahhüt mekanizmasını daha çok kullandıklarını, zaman ve maliyet tasarrufu sağlamayı tercih ettiklerini göstermektedir.

Yukarıda yer verilen kararlar, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde taahhüt mekanizmasının kullanımının giderek yaygınlık kazandığını göstermektedir. Taahhüt mekanizması çerçevesinde, rekabet otoritelerinin yürüttüğü soruşturmalar, soruşturma taraflarının ihlali kabul etmeksizin rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona erebilmektedir (Arı vd. 2009, 236). Bu mekanizma sayesinde incelemelerin gereksiz yere uzaması önlenmekte, dolayısıyla kamu kaynaklarının daha etkin bir şekilde kullanılması sağlanmaktadır.

Taahhüt mekanizması, Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission: FTC) ve DOJ tarafından, soruşturmaların büyük bir çoğunluğunu sona erdirmek için kullanılan bir mekanizmadır (Atwood 2006, 193-194). DOJ tarafından yürütülen soruşturmalarda, taahhüt mekanizmasının kullanımı 2004 yılında çeşitli değişiklikler yapılan 1974 tarihli Tunney Yasası³⁵'na dayanmaktadır. AB tarafına bakıldığında ise, taahhüt mekanizmasının Komisyon tarafından 1/2003 sayılı Tüzük³⁶'ün 9. maddesine dayanılarak uygulanmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Esasen daha eski tarihli bir düzenleme olan 17 sayılı Tüzük³⁷'ün uygulandığı dönemde ihlal iddialarının, ilgili teşebbüsler tarafından verilen taahhütlere bağlı olarak sonuçlandırıldığı gözlemlense de, o dönemde verilen bu taahhütlere uyulmaması halinde ne olacağının açıkça öngörülmemiş olması, bu mekanizmanın etkin bir şekilde işlenmesini güçleştirmiştir (Fournier 2008, 28). Dolayısıyla taahhüt mekanizmasının tam olarak ihtiyaca cevap verememesi, bu mekanizmanın 1/2003 sayılı Tüzük ile yeniden daha detaylı şekilde düzenlenmesine neden olmuştur.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, ABD ve AB'de taahhüt mekanizması yasal bir zemine dayandırılmaktadır. Diğer ülke rekabet otoriteleri tarafından, taahhüt mekanizmasına dayanılarak sonuçlandırılan birçok inceleme bulunmaktadır. Yer verildiği üzere, MFN koşullarına ilişkin birçok inceleme de, bu düzenlemelere dayanılarak verilen taahhüt kararlarıyla kısa sürede sonuçlandırılmıştır. Ancak, Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasının temel dayanağı olan 4054 sayılı Kanun'a bakıldığında, taahhüt mekanizmasını açıkça düzenleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı görülmektedir.

Bununla birlikte, bu eksikliğe ilişkin farkındalık nedeniyle, Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Taslak (Kanun Taslağı)³⁸'ta, Komisyon uygulamasına benzer şekilde taahhüt mekanizması

³⁵ U.S.C. § 16(b)-(h). Tunney Yasası: Antitröst Prosedürleri ve Cezaları Yasası (Antitrust Procedures and Penalties Act).

³⁶ Council Regulation, 1/2003, OJ L1/1, Article 9.

³⁷ OJ 013, 21.6.1962.

³⁸ İlgili Kanun Taslağı'nda yer alan "Taahhüt" başlıklı 44. madde aşağıdaki gibidir:

"Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin 4 üncü veya 6 ncı maddeler kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler veremeleri ve bu taahhütlerin Kurul tarafından kabul edilmesi durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmayabilir ya da açılmış olan soruşturmaya son verilebilir."

düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun Taslağı yasalaştığı takdirde taahhüt mekanizması hukuki bir zemine kavuşacak ve rekabet hukuku incelemelerinde uygulama alanı bulacaktır.

Bu çerçevede, MFN koşullarına ilişkin olarak önceki bölümlerde yer verilen örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere; diğer ülke rekabet otoriteleri tarafından başlatılan incelemeler, kamu kaynakları üzerindeki ağır yükün usul ekonomisi çerçevesinde hafifletilmesi, tarafların ihlal teşkil edebilecek eylemlere derhal son vermeleriyle fayda elde edilebilecek olması ve rekabetin korunması amacına daha kısa sürede ulaşılması gibi gerekçelerle taahhüt mekanizması kullanılarak kısa sürede sonlandırılabilir. Ancak belirtildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'da taahhüt mekanizmasını açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan, diğer ülke rekabet otoritelerinin taahhüt mekanizmasını aktif bir şekilde uygulamak suretiyle, usul ekonomisi açısından etkinlik yarattıkları gerçeğinden hareketle, Kurul tarafından bu mekanizmanın kullanılmasının etkinlik yaratacağı, dolayısıyla bu mekanizmanın en kısa süre içinde Türk rekabet hukuku mevzuatında da düzenlenmesi ve uygulamaya geçirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Bu nedenle, Kanun Taslağı'nda da yer verilen taahhüt mekanizmasının kısa süre içerisinde yasalaşması, bu mekanizmaya yönelik mevcut eksikliği giderecek, usul ekonomisi açısından fayda sağlayacak ve Türk rekabet hukukunun da içerik bakımından zenginleşmesine katkıda bulunacaktır. En önemlisi de, MFN koşulları gibi açık bir rekabet ihlali olmayan vakalarda taahhüt mekanizmasının kullanılması, pazardaki rekabetin korunması amacına en kısa sürede ulaşılmasını sağlayacaktır.

3.3.2. İkincil Mevzuatta Yapılabilecek Düzenlemelere İlişkin Öneriler

Yukarıda yer verildiği üzere, son dönemlerdeki rekabet hukuku incelemelerinde MFN koşullarına sıkça rastlanılmaktadır. Kurul tarafından da bu koşullara yönelik başlatılan incelemeler, Türk rekabet hukuku uygulaması için konunun önem arz

Kurul birinci fıkraya göre karar verdikten sonra, aşağıdaki durumlardan herhangi birinin ortaya çıkması halinde tekrar soruşturma açabilir ya da soruşturmaya kaldığı yerden devam edebilir:

- a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir unsorda değişiklik olması.
- b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranışları.
- c) Kararın yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması.” (23.01.2014 tarihli ve 31853594-101-886-571 sayılı Kanun Tasarısı).

etmeye başladığını göstermektedir. Ancak, MFN koşullarına ilişkin olarak, Kurul ve rekabet hukuku uygulayıcıları tarafından izlenmesi gereken yola dair bir belirsizlik bulunmaktadır. Söz konusu bu belirsizliği en azından mevzuat yönüyle çözebilmenin yöntemlerinden birisi, ikincil mevzuatta bazı düzenlemelerin yapılmasıdır.

MFN koşullarının, temel olarak dikey anlaşmalara ve dikey kısıtlamalara ilişkin olduğu hususuna önceki bölümlerde değinilmiştir. Ancak Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz (Dikey Kılavuz) kapsamında bu koşullara ilişkin herhangi bir açıklamanın yapılmadığı görülmektedir. Dikey Kılavuz'da nispeten MFN koşullarına benzemekle birlikte, aslında bu koşullardan farklı olan İngiliz Şartı'na³⁹ yer verilmesine karşın MFN koşullarına yer verilmemesi, bir eksiklik olarak görülebilecektir. Bu bakımdan, mevcut Dikey Kılavuz'un güncellenerek MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a eklenmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hâlihazırda Dikey Kılavuz'da, diğer dikey kısıtlamalara yer verilmiştir. Diğer dikey kısıtlamalar gibi MFN koşullarına da ayrıntılı bir biçimde yer verilmesi, var olan eksikliği giderebilecektir. Bu bağlamda, MFN koşullarının, ikincil mevzuat kapsamında Dikey Kılavuz'a eklenmesi gerektiği düşünülmektedir.

3.3.2.1. MFN Koşullarının Dikey Kılavuz'a Dâhil Edilmesinin Sağlayacağı Faydalar

Önceki bölümlerde yer alan açıklamalardan ve karar örneklerinden görüleceği üzere, MFN koşullarının, rekabete aykırı oldukları veya rekabeti destekleyici ve etkinlik doğurucu oldukları yönünde tek bir kanaatin oluşması mümkün değildir ve sonraki dönemlerde de büyük olasılıkla mümkün olmayacaktır. Bu koşulların, diğer dikey sınırlamalardan daha zararlı oldukları ve yasaklanmaları gerektiğine dair herhangi bir görüş bulunmamaktadır. Bu bakımdan, diğer dikey sınırlamalarda olduğu gibi MFN koşulları değerlendirilirken, ilgili pazarın dinamiklerinin de ele alınması ve her vaka özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini yinelemekte yarar vardır.

³⁹ Dikey Kılavuz'un 130. paragrafında İngiliz Şartı hükmüne değinilmektedir. İlgili bölümde; "*Alicının daha iyi teklifleri sağlayıcıya bildirmesi ve sağlayıcının aynı şartları sağlayamaması durumunda alıcının daha iyi teklif verenin şartlarını kabul etmesine izin verilmesi olarak adlandırılan "İngiliz Şartı", özellikle alıcının daha iyi teklif vereni açıklamasının zorunlu olduğu hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı etkiyi doğurabilir. Bu şart, ayrıca pazardaki şeffaflığı artırarak sağlayıcılar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı işbirliğini artırabilir. İngiliz şartı aynı zamanda miktar zorlama işlevi de görebilir...*" ifadeleri yer almaktadır.

MFN koşullarının her vakada ayrı değerlendirilmesi, koşulların analizinde rekabet otoriteleri açısından olduğu gibi, rekabet hukuku uygulayıcıları bakımından da birtakım zorluklar yaratabilmektedir. Otoriteler ve uygulayıcılar tarafından, her vakaya ilişkin bir etki analizi yapılması sayesinde bu zorlukların belli ölçüde aşılması mümkün olabilir. Fakat MFN koşullarının düzenlendiği herhangi bir ikincil mevzuat olmaksızın, bu analizin yapılması görüşümüzce muhtelif tartışmalara ve verimsizliğe yol açabilecektir. İşte bu nedenle, MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a dâhil edilmesi, birçok açıdan avantaj sağlayacaktır.

MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a dâhil edilmesinin en önemli avantajlarından biri, teşebbüsler, rekabet hukuku uygulayıcıları ve hukukçular için bir belirlilik oluşturacak olmasıdır. MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a dâhil edilmesi, bahse konu taraflar için, bu koşullara yönelik nasıl bir yol izlenmesi gerektiğinin belirlenmesini ve olası hukuki sorunların önceden tespit ve analiz edilebilmesini kolaylaştıracaktır.

MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a eklenmesinin diğer bir yararı, işlemlerin hızlandırılması ve işlemlerdeki gecikmelerden kaynaklanan maliyetlerin azaltılması olacaktır. Bilindiği üzere bazı pazarlarda, işletmelerin bazen çok hızlı karar alabilmesi ve bu kararları aynı hızla uygulayabilmesi gerekmektedir. MFN koşullarını barındıran sözleşmelerin oluşturulması evresinde, bir yasal belirsizliğin olması, işletmeler ve onların temsilcileri bakımından karar almayı güçleştirecek, dolayısıyla işlemleri geciktirecektir. Bu gecikmeler de, bazen teşebbüsler için ciddi maliyetlere neden olabilmektedir. Bu bakımdan, MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a eklenmesi, hukuki belirsizliği ortadan kaldıracak, işlemlerin hızlanmasını ve işlemlerdeki gecikmelerden kaynaklanan maliyetlerin azaltılmasını da sağlayacaktır.

Dikey Kılavuz'a MFN koşullarının dâhil edilmesinin bir başka faydası da, Kurul kararlarının yargı aşamasıyla ilgilidir. Bilindiği üzere, verilen Kurul kararlarına ilişkin olarak ilgili tarafların, kararı yargıya taşıma hakları bulunmaktadır. Buna ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinde; "*İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesine dava açılabilir...*" hükmü yer almaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarının bulunması, Kurul kararlarının yargı aşamasında, idari yargı hâkimleri için de MFN koşullarının değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır.

Dikey Kılavuz'a MFN koşullarının eklenmesi, esasen Kurul ve Rekabet Kurumu'nda çalışan rekabet hukuku uygulayıcıları için de bir dayanak oluşturacak ve bu açıdan da yarar sağlayacaktır. Bu koşulların Dikey Kılavuz'a eklenmesi, uygulayıcıların, MFN koşullarına ilişkin rekabet endişesi taşımayan incelemelere, nispeten daha az zaman harcamasını sağlayacaktır. Dolayısıyla rekabet otoritesi, daha ciddi vakalara daha fazla zaman ayırabilme imkânına kavuşabilecektir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a eklenmesinin, başta hukuki belirlilik olmak üzere önemli başka faydalar da sağlayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu noktadan sonra, MFN koşullarının Dikey Kılavuz'a eklenmesi sürecinde, bu koşullara ilişkin Dikey Kılavuz'da nelerin yer alması gerektiğine yönelik önerilere yer verilmesinde yarar görülmektedir.

3.3.2.2. Dikey Kılavuz'da MFN Koşullarına İlişkin Bulunması Gereken Hususlar

MFN koşullarına ilişkin olarak Dikey Kılavuz'da yer alması gereken hususların, eksikleri giderici ve hukuki belirliliğin sağlanması adına ihtiyaca cevap verecek nitelikte olması oldukça önem arz etmektedir. Bu açıdan, bu koşullara yönelik Dikey Kılavuz'da hangi hususların yer alması gerektiğine dair önerilerin sunulması oldukça yararlı olacaktır. Bu anlamda, bu hususlara yönelik olarak aşağıda yer verilecek öneriler kapsamlı bir içerik oluşturmasa da, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin yer alması gereken hususlara örnek teşkil edebilecektir.

i) MFN koşulu kavramının kapsamlı bir şekilde tanımlanması ve bu kavrama ilişkin bir çerçeve oluşturulması: Bu çalışmanın ilk bölümünde, fiyat parite anlaşmaları kapsamında, aralarında MFN koşullarının da olduğu birçok farklı kavramın bulunduğu belirtilmiştir. Ancak bu kavramlar, birbirlerine çok benzediklerinden bazen kavram kargaşası ortaya çıkabilmektedir. İşte bu nedenle, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümün ilk kısmında, MFN koşulları kavramı ve terminolojisinin ayrıntılı bir şekilde açıklanmasında yarar görülmektedir. Örneğin, hangi tür hükümlerin tam olarak MFN koşulu olduğu, hangilerinin MFN koşullarına benzerlik taşıdığı veya hangilerinin MFN koşullarıyla herhangi bir ilişkisinin olmadığı bu ilk kısımda detaylı bir şekilde açıklanabilir. Böylece MFN koşullarına ilişkin bir çerçeve çizilerek, bu

koşulların rekabet hukuku mevzuatının hangi kısımlarıyla ilişkili olduğu da açıklığa kavuşmuş olacaktır.

ii) MFN koşullarının rekabeti destekleyen veya pazarda etkinlik yaratan ve pazardaki rekabeti kısıtlayan yönlerine: Önceki bölümlerde yer verildiği üzere, MFN koşullarının, pazardaki rekabete olumlu etki eden yönleri bulunmakla birlikte, rekabeti olumsuz yönde etkileyen tarafları da bulunmaktadır. Bu bakımdan, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümün ikinci kısmında, bu koşulların hangi yönlerinin pazardaki rekabet için olumlu olduğu ve hangi yönlerinin olumsuz olduğu ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. MFN koşullarının pazardaki rekabeti destekleyen ve rekabeti kısıtlayan yönlerine bu çalışmanın ilk bölümünde ayrıntılı olarak yer verildiğinden, tekrara girmemek adına bu kısımda yer verilmemiştir. Ancak, MFN koşullarının pazardaki rekabeti destekleyen ve rekabeti kısıtlayan yönlerinin, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümün ikinci kısmında detaylı bir şekilde ele alınması, Dikey Kılavuz'u daha faydalı kılacaktır.

iii) MFN koşullarının pazarda rekabetçi endişe oluşturabilecekleri ve rekabetçi endişe oluşturmayacakları durumlara: Daha önce de birçok kez belirtildiği üzere, MFN koşullarının her durumda rekabeti artırdığı veya rekabeti kısıtladığı söylenemez. Gerçekten de bazı durumlarda bu koşullar, pazarda herhangi bir rekabetçi endişeye sebebiyet vermeyebilirken, bazı durumlarda ise ciddi rekabetçi endişe oluşturabilirler ve bu nedenle bu koşulların kullanımının yasaklanması gerekebilir. Bu bakımdan, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümün üçüncü kısmında, bu koşulların hangi durumlarda rekabeti kısıtlayabilecekleri ve hangi durumlarda rekabeti kısıtlamayacakları detaylı olarak açıklanmalıdır. MFN koşullarının pazarda rekabetçi endişe oluşturabilecekleri ve oluşturmayacakları durumlara, daha önce detaylı olarak yer verildiğinden, tekrara girmemek adına bu kısımda yer verilmemiştir. Ancak Dikey Kılavuz'da, MFN koşullarına ilişkin bölümün üçüncü kısmında bu hususlara yer verilmesi, Dikey Kılavuz'un daha yararlı bir hale gelmesini sağlayacaktır.

Yukarıda başlıklar halinde verilen hususların, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümde, detaylı bir şekilde yer almasının, Dikey Kılavuz'un faydasını maksimize edeceği düşünülmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümde, bulunması gerektiği düşünülen bu hususlar, tahdidi

değildir. Elbette bu hususlar sayıca artırılabilceğı gibi, daha da zenginleştirilerek genişletilebilecektir. Ancak yukarıda yer verilen temel önerilerin, Dikey Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin bölümde yer alması gereken hususlara, kanaatimizce en azından yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Hızla değişen ve gelişen dünyamızda, birçok alanda olduğu gibi rekabet hukuku alanında da çeşitli değişiklikler yaşanmaya başlanmıştır. Rekabet hukukunun ilgi odağında olan konular da bu değişimden etkilenmekte olup, daha önce gündemde olmayan konular giderek daha da önemli hale gelmeye başlamıştır. Rekabet otoriteleri ise, görevlerini hakkıyla ifa etmenin gayretiyle bu değişimlere ayak uydurarak kendilerini ve mevzuatlarını sürekli yenileme çabası içerisinde girmektedirler.

Rekabet hukukunun ilgi odağının zamanla değişebildiğini gösteren örneklerden birisi de, fiyat parite anlaşmaları kapsamında yer alan MFN koşullarının, son yıllarda rekabet otoritelerini ve uygulayıcılarını oldukça meşgul eden ve tartışma yaratan konuların başında gelmesidir. Elektronik ticaretin de yaygınlaşmasıyla MFN koşulları, rekabet otoriteleri için son dönemlerde daha da önemli bir konu haline gelmeye başlamıştır. Özellikle teşebbüsler arasındaki dikey sözleşmelerde bulunan MFN koşullarına, sağlıktan televizyon yayıncılığına, e-kitaptan online otel rezervasyon pazarına kadar birçok alanda rastlanmaya başlanması, bundan sonraki dönemlerde de bu koşulların, rekabet otoritelerinin gündemini epey meşgul edeceği izlenimi yaratmaktadır.

Sözleşmelerde MFN koşullarının kullanımı, rekabet hukuku açısından her zaman aynı sonuçları doğurmamaktadır. Bu koşullar, bazı durumlarda işlemlerin tekrarlanmasından kaynaklanan maliyetlerin azaltılması, ticari ilişkiye özgü yatırımların teşvik edilmesi, işlemlerdeki gecikmelerin ve talep belirsizliğinin azaltılması, markanın korunması ve bedavacılık probleminin önlenmesi, ürün tedarikinin kesilmesinin önüne geçilmesi gibi faydalarıyla pazardaki etkinliği artırırken; bazı durumlarda kartellerin ve işbirliği anlaşmalarının kolaylaştırılması, pazardaki oyuncuların fiyatları düşürme güdüsünün azaltılması ve fiyat katılığına yol açılması, giriş engellerinin artırılması

ve rakiplerin dışlanması gibi işlevleriyle pazardaki rekabeti kısıtlayabilmekte ve nihayetinde tüketicilere zarar verebilmektedir. Bununla birlikte, normal piyasa koşullarında, teşebbüslerin fiyatlarını özgürce belirleyebilmesi gerekirken, MFN koşullarının, sağlayıcıların fiyat belirleyebilme özgürlüklerini kısıtladığı her halükarda söylenebilecektir.

Rekabet hukukunda, fiyat tespiti ve bölge/müşteri paylaşımı gibi bazı yatay kısıtlamaların rekabet ihlali teşkil ettiğine dair bir şüphe yoktur. Ancak bazı kısıtlamalar bakımından, bunların ihlal teşkil edip etmediği veya nasıl bir ihlal teşkil ettiği hakkında kolaylıkla karar verebilmek mümkün değildir. Aynı şekilde, MFN koşullarının da rekabet hukuku bakımından bir ihlal oluşturup oluşturmadığına dair kolaylıkla karar verilememektedir. Bu nedenle, bu koşullar hakkında şu ana kadar oluşmuş yerleşik bir içtihat mevcut değildir.

MFN koşullarına ilişkin diğer ülke uygulamalarına bakıldığında; genel olarak bu koşulların tek başlarına ihlal oluşturmadıklarının kabul edildiği, bu nedenle *per se* ihlal olarak değerlendirilmedikleri, koşulların değerlendirilmesinde etki temelli bir yaklaşımın temel alındığı ve her vaka özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu söylenebilecektir. MFN koşullarının, hem olumlu hem de olumsuz etkilerinin olması nedeniyle, rekabet otoritelerinin bu koşulları değerlendirirken, pazara olan net etkinin ortaya konabilmesi adına, bu koşulların tüm etkilerini birlikte ele aldıkları ve buna göre bir yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Ancak verilen kararlara bakıldığında, hemen hemen hepsinin taahhülle sonuçlandığı, otoritelerin ceza verme yoluna gitmeyi tercih etmedikleri rahatlıkla söylenebilecektir.

Diğer ülke uygulamalarına benzer şekilde, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde de, MFN koşullarının amaç bakımından ihlal kabul edilmesinden ziyade etki bakımından değerlendirilmesi ve bu koşulların her vaka özelinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bununla birlikte MFN koşullarının, hangi durumlarda pazarda herhangi bir rekabetçi endişeye sebebiyet vermeyeceği veya hangi durumlarda ciddi rekabetçi endişe oluşturabileceğine yönelik temel değerlendirme kriterleri belirlenebilecektir. Örneğin, imtiyazlı ve/veya geriye dönük MFN koşullarının kullanılması, MFN koşulu taraflarının ciddi pazar gücüne sahip olması, bu koşulların yoğunlaşmış pazarlarda kullanılması, pazarda MFN koşullarının kullanımının

yaygınlaşması ve bu nedenle pazarın büyük bir bölümünün, bu koşullara tabi kılınması durumunda, MFN koşullarının rekabeti kısıtlama olasılığının yüksek olacağı; ancak MFN koşulu içeren bir sözleşmenin her iki tarafının pazar gücünün olmadığı, alt ve üst pazarlardaki yoğunlaşma seviyesinin düşük olduğu ve pazarın şeffaf olmadığı durumlarda MFN koşullarının rekabeti kısıtlama olasılığının düşük olacağı söylenebilecektir.

MFN koşullarına ilişkin Türk rekabet hukuku uygulamalarına bakıldığında, bu koşullara ilişkin pek fazla kararın bulunmadığı, dolayısıyla Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından henüz bir içtihadın oluşmadığı söylenebilir. Fakat diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye’de de MFN koşulu içeren sözleşmeler sık sık görülmeye başlanmış ve bu nedenle MFN koşulları son zamanlarda Rekabet Kurulu’nun incelemelerine konu olmaya başlamıştır. Elektronik ticaretin hızlı gelişimini de sürdürmesiyle birlikte, önümüzdeki dönemlerde, MFN koşullarına yönelik rekabet hukuku incelemelerinin artacağı düşünülmektedir.

Ancak, MFN koşullarına ilişkin olarak, Rekabet Kurulu’nun nasıl bir yöntem izleyeceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Benzer şekilde, rekabet hukuku uygulayıcılarının ve hukukçuların da MFN koşullarına ilişkin olarak takip etmesi gereken yola dair belirsizlik bulunmaktadır. MFN koşullarına ilişkin bu belirsizliğin en önemli nedenlerinden birisi, bu koşullara yönelik Türk rekabet hukuku mevzuatındaki eksikliktir. Bu belirsizliği, en azından mevzuat yönüyle belli ölçüde çözebilmek adına, hem 4054 sayılı Kanun’da hem de ikincil mevzuatta bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun’da yapılabilecek düzenleme önerilerine ilişkin olarak, taahhüt mekanizmasının getirilmesi gerektiği söylenebilir. MFN koşullarına yönelik diğer ülke uygulamaları ele alındığında, başlatılan incelemelerin taahhütle sonuçlandığı görülmektedir. Ne var ki, 4054 sayılı Kanun’da taahhüt mekanizmasına ilişkin bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Bu bakımdan, içeriğinde taahhüt mekanizmasına da yer verilen 4054 sayılı Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Taslak’ın kısa süre içerisinde yasalaşması, bu mekanizmaya yönelik mevcut eksiklikleri giderecek, usul ekonomisi açısından fayda sağlayacak ve Türk rekabet hukukunun da içerik bakımından zenginleşmesine katkıda bulunacaktır.

İkincil mevzuatta yapılabilecek düzenleme önerilerine ilişkin olarak ise, MFN koşullarının Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'a dâhil edilmesi gerektiği söylenebilir. MFN koşulları, temel olarak dikey anlaşmalara ve dikey kısıtlamalara ilişkindir. Ancak Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz kapsamında, bu koşullara ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması, bir eksiklik olarak değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'a MFN koşullarının da eklenmesi gerekmektedir. Diğer dikey kısıtlamalar gibi, MFN koşullarına da Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da yer verilmesi, var olan eksikliği giderebilmesinin yanı sıra birçok açıdan da fayda sağlayacaktır.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da, MFN koşullarına ayrıntılı bir biçimde yer verilmesi sayesinde, bu koşullara ilişkin hukuki belirsizlik ortadan kaldırılacak, teşebbüsler açısından işlemlerin hızlandırılması ve işlemlerdeki gecikmelerden kaynaklanan maliyetlerin azaltılması sağlanacaktır. Ayrıca rekabet hukuku uygulayıcılarının, MFN koşullarına ilişkin rekabet endişesi taşımayan incelemelere, nispeten daha az zaman harcaması sağlanarak, rekabet otoritesi ve buradaki uygulayıcılara, daha ciddi vakalara daha fazla zaman ayırabilme imkânı sağlanacaktır.

MFN koşullarına ilişkin olarak Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da yer alması gereken hususların, eksikleri giderici ve hukuki belirliliğin sağlanması adına ihtiyaca cevap verecek nitelikte olması oldukça önem arz etmektedir. Bu amaçla, çalışmanın son bölümünde, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da MFN koşullarına ilişkin olarak bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. MFN koşullarını gereksiz yere kısıtlayan bir uygulama politikası, pazarda oluşabilecek etkinliklerin de önüne geçecektir. Böylece rekabet hukukunun en önemli amaçlarından biri olan pazardaki rekabetin, dolayısıyla tüketicinin korunması hedefine ulaşamayacak, pazarın daha da etkisiz bir hale gelmesine yol açılacaktır. Bu açıdan, çalışma kapsamında yer verilen önerilerin gerçekleştirilmesi durumunda, MFN koşullarına ilişkin uygulamalar açıklığa kavuşturulacak, böylece rekabetin, dolayısıyla tüketicinin korunması hedefine en kısa sürede ulaşılması sağlanmış olacaktır.

ABSTRACT

Most-Favoured Nation Clauses (MFN) –as components of price-parity agreements- possess a potential to generate pro-competitive benefits. They may -conversely- have anti-competitive influences over the market shrinking the competition and thus harming the consumer welfare. Consequently the MFN clauses are not treated as *per-se* violations but effects-based approach is pursued for the assessment of cases and relevant clauses are case-by-case judged on their merits.

Case-by-case assessment of MFN clauses is likely to create a workload on competition practitioners as well as an uncertainty for the private parties. The primary goal of this dissertation is introducing a definition of MFN. The following aim is the articulation of specific conditions in which these clauses are likely or unlikely to stimulate a competition-related anxiety. The final objective is proposition of specific suggestions for the use of Turkish Competition Authority towards comprehensive assessment of MFN clauses taking into account the practices in other jurisprudences.

KAYNAKÇA

- AKMAN, P. (2015), “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses”, CCP Working Paper 15-12, University of Leeds, <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8368036/CCP+Working+Paper+15-12/c6a8d985-0ad4-4f7b-bcc4-8dc8fcfdbb62>, Erişim Tarihi: 22.02.2016.
- ARI, M. H., E. AYGÜN, H. G. KEKEVİ (2009), “Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, s.229-294.
- ARQUİT, K. J. (1993), “The Boundaries of Horizontal Restraints: Facilitating Practices and Invitations To Collude”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 61, No:2, s.531-548.
- ATWOOD, J. R. (2006), “Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States”, B. E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, Huntington, s.189-198.
- BAKER, J. B. ve J. A. CHEVALIER (2013), “The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions.”, *Antitrust Magazine*, Vol: 27, No: 2, s.20-26.
- BOIK, A. ve K. S. CORTS (2013), “The effects of platform MFNs on competition and entry”, Working Paper, University of Toronto, https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=RES2015&paper_id=41, Erişim tarihi: 25.01.2016.
- BUCCIROSSI, P. (2008), “Facilitating Practices”, P. Buccirossi (der.), *Handbook of Antitrust Economics* içinde, Cambridge, Mass, s.305-351.
- CENGİZ, D. (2005), “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- CERNAK, S. ve T. CHAIKEN (2013), “Most Favored Nation Clauses”, Practical Law Company, <http://www.schiffhardin.com/Templates/media/files/publications/PDF/Most-Favored-Nation-Clauses--9-523-4495-.pdf>, Erişim Tarihi: 19.08.2015.
- CHEN, J. ve Q. LIU (2011), “The Effect of Most-Favored Customer Clauses on Prices”,

The Journal of Industrial Economics, Vol:59, No: 3, s.343-371.

COOPER, T. E. (1986), "Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion", *The Rand Journal of Economics*, Vol: 17, No: 3, s.377-388.

CROCKER, K. J. ve T. P. LYON (1994), "What do "facilitating practices" facilitate? An empirical investigation of most-favored-nation clauses in natural gas contracts", *Journal of Law and Economics*, Vol: 37, No: 2, s.297-322.

DENNIS, A. J. (1995), "Potential Anticompetitive Effects of Most Favored Nation Contract Clauses in Managed Care and Health Insurance Contracts", *Annals of Health Law*, Vol: 4, No: 1, s.71-85.

FOURNIER, E. G. (2008), "The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003", Report to the Fide Congress, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1139776, Erişim Tarihi: 05.01.2016.

GALLE, R. ve M. NAUCK (2014), "Bestpreisklauseln von Hotelportalen und Kartellrecht", *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol: 64, No: 6, s.587-595.

GAVIL, A. (2012), "Legal Framework for Evaluating MFNs Under the Antitrust Laws", DOJ-FTC Workshop on Most-Favored Nation Clauses and Antitrust Enforcement and Policy, <http://www.justice.gov/atr/events/public-workshop-most-favored-nation-clauses-and-antitrust-enforcement-and-policy>, Erişim Tarihi: 25.12.2015.

GÜRKAYNAK, G., A. GÜNER, J. FILSON, S. DİNİZ (2014), "Most-Favored-Nation Clauses Revisited: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline", Law and Economics Conference, Bilkent University Faculty of Law, Ankara, <http://www.hukuk.bilkent.edu.tr/lawandecomonomics/papers.html>, Erişim Tarihi: 26.08.2015.

HOVENKAMP, H. (1994), *The Law Of Competition and Its Practice*, St. Paul, MN: West Publishing Co., Iowa City.

JACOBSON, J. M. ve D. P. WEİCK (2012), "Contracts That Reference Rivals As an Antitrust Category.", *The Antitrust Source*, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr12_jacobson_4_26f.authcheckdam.pdf, Erişim Tarihi: 26.08.2015.

JUST, N. (2014), "HRS, Expedia und Booking: Wo Gibt's den Besten Deal?", *ZDAR*, Vol: 39, s.51-54.

JUSTINA, S. ve T. HI LIN (2015), Competition Commission of Singapore Occasional Paper Series, "Anything wrong with asking for the best price?", <https://www.ccs.gov.sg/~media/custom/ccs/files/media%20and%20publications/publications/occasional%20paper/ccsoccasional%20paper%20%20mf%2017%20august%20final.ashx>, Erişim Tarihi: 04.02.2016.

- KARAKURT, A. (2005), “Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi”, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KEKEVİ, G. (2003), “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler”, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KESİM, H. (2011), “Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylemler ve Mukayeseli Uygulama”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri, s.241-336.
- KING, S. P. (2015), “Sharing Economy: What Challenges for Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 6, No: 10, s.729-734.
- LEAR Report (2012), “Can Fair Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements”, http://www.learlab.com/pdf/oft1438_1347291420.pdf, Erişim Tarihi: 03.02.2016.
- LEE, J. D. (2015), “Post US v. Apple: How Should Most-Favored Nation Clauses Be Treated Now.”, *Cardozo Arts & Ent. LJ*, Vol: 33, No: 1, s.237-259.
- LEWIS, J. L. ve L. H. SIMOWITZ (2013), “Most favored nation clauses - state ban ends antitrust action against Michigan blues”, Baker & Hostetler LLP, USA, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f8ecd2bb-0ad0-4069-863f-0fa965c0b212>, Erişim Tarihi: 25.12.2015.
- MORTON, F. S. (2012), “Contracts that Reference Rivals”, Georgetown University Law Center Antitrust Seminar, Washington, <http://www.justice.gov/atr/file/518971/download>, Erişim Tarihi: 20.08.2015.
- MOTTA, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NEVILLE, S. (2013), “Amazon can be undercut by small traders in UK after OFT intervention”, The Guardian, <http://www.theguardian.com/technology/2013/aug/29/amazon-small-traders-uk-oft>, Erişim Tarihi: 14.12.2015.
- NIEBERDING, J. F. (2014), “The Anticompetitive Potential of MFNs”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol: 8, No: 2, s.1-9.
- OECD (2013), “Vertical Restraints for On-line Sales”, <http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>, Erişim Tarihi: 04.02.2016.
- OECD (2007), “Facilitating Practices in Oligopolies”, <http://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2015.
- OECD (1999), “Oligopoly”, <http://www.oecd.org/daf/competition/1920526.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2015.

SALOP, S. C. ve F. S. MORTON (2013), “Developing an Administrable MFN Enforcement Policy”, *Antitrust Magazine*, Vol: 27, No: 2, s.15-19.

SAMUELSON, M., N. PAINKOV, B. ELLMAN (2012), “Assessing The Effects of Most-Favored Nation Clauses”, ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, http://www.analysisgroup.com/uploadedfiles/content/insights/publishing/samuelsn_mfn_springaba_2012.pdf, Erişim Tarihi: 19.08.2015.

SCHMIDT, J. P. (2013), “Antitrust Developments in the Food Sector in the EU”, *European Competition Law Review*, Vol: 34, No: 5, s.274-279.

STENGER, S. E. (1989), “Most-favored-nation clauses and monopsonistic power: an unhealthy mix?”, *American Journal of Law and Medicine*, Vol: 15, No: 1, s.111–128.

UZUN, E. (2002), “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.

VANDENBORRE, I. ve M. J. FRESE (2014), “Most Favoured Nation Clauses Revisited”, *European Competition Law Review*, Vol: 35, No: 12, s.588-593.

VAN DER VEER, J. P. (2013), “Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analyses”, *Journal of European Competition Law&Practice*, Vol: 4, No: 6, s.501-505.

WHISH, R. ve D. BAILEY (2015), *Competition Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, Oxford.

WU, J. J. ve J. P. BIGELOW (2013), “Competition and the Most Favored Nation Clause”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol: 7, No: 2, s.1-10.

ZIMMER, D. ve M. BLASCHCZOK (2014), “Most-favoured-customer clauses and two-sided platforms”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 5, No: 4, s.187-195.

ABD Yüksek/Bölge/Alt Derece Mahkemeleri Kararları

Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross Blue Shield of Rhode Island, 883 F.2d 1101, (1st Cir. 1989).

United States v. General Elec. Co., 1977-2 Trade Cases 61,659 at 72,716 (E.D. Pa).

United States v. Delta Dental of Rhode Island, 943 F. Supp. 172 (D.R.I. 1996).

United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich. (Complaint), 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011) (No. 2:10-cv-14155-DPH-MKM).

U.S. v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638, 699 (S.D.N.Y. 2013).

Avrupa Komisyonu Kararları

Case COMP/39.847-E-books (2013), OJ C 378/25.

Avrupa Birliği Üye Ülke Kararları

Amazon online retailer: investigation into anti-competitive practices, Case reference: CE/9692/12, (2013).

Hotel online booking investigation, Case reference: CE/9320-10, (2015).

HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GMBH, BKarA, B.9-66/10 (2013).

Rekabet Kurulu Kararları

CarrefourSA, 20.01.2009 tarihli ve 09-03/45-14 sayılı karar.

Sony Europe/Arçelik, 08.12.2010 tarihli ve 10-76/1572-605 sayılı karar.

Diğer Kaynaklar

Amazon gibt Preisparität endgültig auf, Meldung vom: 26.11.2013, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/26_11_2013_Amazon.html, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

Auch „enge“ Bestpreisklauseln von Booking sind kartellrechtswidrig, Meldung vom:23.12.2015, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html?nn=3591286, Erişim Tarihi: 16.02.2016.

Bestpreisklausel des Hotelportals HRS verstößt gegen das Kartellrecht – Verfahren gegen weitere Hotelportale eingeleitet, Meldung vom: 20.12.2013, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/20_12_2013_HRS.html?nn=3591568, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

Commitments offered by Booking.com: Closed the investigation in Italy, France and Sweden, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2207-commitments-offered-by-bookingcom-closed-the-investigation-in-italy-france-and-sweden.html>, Erişim Tarihi: 16.02.2016.

Düsseldorf Higher Regional Court confirms Bundeskartellamt's prohibition decision, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568, Erişim Tarihi: 05.04.2016.

Pay TV-Film Stüdyoları 2004, European Commission, Press Release, IP/04/1314, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1314_en.htm, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

Private Motor Insurance Market Investigation, Final Report, 24.09.2014, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf,

Erişim Tarihi: 14.02.2016.

Rekabet Kurumu, “Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. Hakkında Soruşturma Açıldı”, Duyuru Tarihi: 10.4.2015, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Yemek-Sepeti-Elektronik-Iletisim-Tanitim-Pazarlama-Gida-San-ve-Tic-AS-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 29.12.2015.

Rekabet Kurumu, Booking.com B.V. ile Bookingdotcom Destek Hizmetleri Limited Şirketi Hakkında Soruşturma Açıldı, Duyuru Tarihi: 24.7.2015, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Bookingcom-BV-ile-Bookingdotcom-Destek-Hizmetleri-Limited-Sirketi-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 29.12.2015.

Ruhgas-Gazprom 2005, European Commission, Press Release, IP/05/710, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-710_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 14.12.2015.

Sinema Dijitalizasyon 2011, European Commission, Press Release, IP/11/257; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-257_en.htm, Erişim Tarihi: 14.12.2015.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)