

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 148

REKABET KURUMU

MÜNHASİR DİKEY
ANLAŞMALARIN 4054 SAYILI
KANUN'UN 4. VE/VEYA 6.
MADDESİ KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

MEHMET TOKGÖZ

**MÜNHASİR DİKEY
ANLAŞMALARIN 4054 SAYILI
KANUN'UN 4. VE/VEYA 6.
MADDESİ KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ
SORUNU**

MEHMET TOKGÖZ

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 Mehmet TOKGÖZ, 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

326

Değerli aileme, Eş(siz)im 'e ve kızım Betül'e..."

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

DİKEY ANLAŞMALAR, MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

1.1. DİKEY ANLAŞMA TANIMI VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ.....	3
1.2. MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR	4
1.2.1. Münhasır Dikey Anlaşma Kavramı.....	5
1.2.2. Münhasır Dikey Anlaşmaların Marka İçi Rekabete Etkileri.....	5
1.2.3. Münhasır Dikey Anlaşmaların Markalar Arası Rekabete Etkileri.....	6
1.2.3.1. Rakibin Maliyetini Artırma.....	7
1.2.3.2. Giriş Engelleri Oluşturma.....	7
1.2.3.3. Piyasa Kapama.....	8
1.2.3.4. Koordinasyon Etkisi.....	9
1.3. MÜNHASIR ANLAŞMALARA REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR.....	10
1.3.1. Farklı Hükümlerin Uygulanması ve Hukuki Belirsizlik.....	11
1.3.2. Ne Bis In Idem İlkesinin İhlal Edilebilmesi.....	12
1.3.3. Etkinlik Değerlendirmeleri İle İlgili Sorun.....	12
1.4. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER.....	13

BÖLÜM 2

MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN LİTERATÜR VE UYGULAMALAR

2.1. “ANLAŞMA” HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER.....	15
2.2. “TEK TARAFLI DAVRANIŞ” HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER.....	21

2.3. ANLAŞMA VE TEK TARAFLI DAVRANIŞ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN DEĞERLENDİRMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	26
2.3.1. ABİDA 101. ve 102. Madde İlişkisi.....	27
2.3.2. Anlaşma veya Tek Taraflı Davranış Bulgusu.....	28
2.3.3. Yasal Sonuç Bakımından.....	30
2.4. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER.....	31

BÖLÜM 3

MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE KANUN'UN 4. VE 6. MADDELERİ İLE UYGULAMALARIN KARŞILAŞTIRILMASI

3.1. 4. VE 6. MADDE UYGULAMASI.....	33
3.2. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN ETKİNLİK SAVUNMASI VE MUAFİYET İLKELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	36
3.3. CEZA YÖNETMELİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME.....	39
3.4. İLGİLİ KURUL KARARLARI.....	41
3.4.1. Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar.....	41
3.4.1.1. <i>Biletix</i> Kararı.....	41
3.4.1.2. <i>Doluca-Kavmar</i> Kararı.....	42
3.4.1.3. <i>Turkcell I</i> Kararı.....	43
3.4.1.4. <i>Frito Lay II</i> Kararı.....	43
3.4.1.5. <i>Coca Cola</i> Kararı.....	44
3.4.1.6. <i>Mey İçki I</i> Kararı.....	44
3.4.1.7. <i>Trakya Cam</i> Kararı.....	45
3.4.2. Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar.....	46
3.4.2.1. <i>Mey İçki II</i> Kararı.....	46
3.4.2.2. <i>Turkcell II</i> Kararı.....	47
3.4.2.3. Türk Telekom Kararı.....	47
3.4.3. Kanun'un 4. ve 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar.....	48

3.4.3.1. <i>Biryay I</i> Kararı.....	48
3.4.3.2. <i>Frito Lay I</i> Kararı.....	49
3.4.3.3. <i>İzocam</i> Kararı.....	50
3.5. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER.....	51
SONUÇ.....	55
ABSTRACT.....	58
KAYNAKÇA.....	59

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı (European Union Court of Justice)
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
A. g.	: Adı geçen
Bkz.	: Bakınız
Dikey Kılavuz	: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz
dn.	: Dipnot
DOJ	: ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice)
E.	: Esas
FTC	: ABD Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
ICN	: Uluslararası Rekabet Ağı (International Competition Network)
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
GVER	: AB Dikey Kılavuzu (Guidelines on Vertical Restraints)
HDKK Kılavuzu	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz
Kanun	: 4504 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
K.	: Karar
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
p.	: paragraf
Rehber	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Davranışlarına Karşı 102. Maddenin Uygulanmasındaki Önceliklere Dair Rehber
s.	: sayfa
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Ekonomik açıdan çok çeşitli yararları bulunan dikey kısıtlamaların her zaman aynı sonucu doğurduğu söylenemez. Nitekim teşebbüsler ve piyasadaki rekabet bakımından etkinlik kazanımları sağlayan dikey kısıtlamalar, rakip teşebbüslerin önemli dağıtım kanallarına ulaşmalarını engelleyerek piyasadaki rekabeti bozabilmektedirler.

Taraflara çeşitli konularda münhasır haklar sağlayan ve tarafların iktisadi özgürlüklerini kısıtlayan koşulların bulunduğu dikey anlaşmalar, rekabet hukuku açısından çeşitli riskler taşımaktadır. Aralarında yatay bir rekabet ilişkisi bulunmayan, mal ve hizmetlerin mübadelesi bakımından zorunluluk teşkil eden bu tür dikey anlaşmaların, rekabet hukuku açısından nasıl ele alınacağı konusunda kesin kurallar bulunmamaktadır.

Taraflara münhasır haklar sağlayan dikey anlaşmaların karmaşık bir yapıda olması, etkinlik sağlamak amacıyla yapılabileceği gibi rakipleri dışlamak amacıyla da yapılabilmesi ve farklı hükümler altında değerlendirilebilmesi, rekabet otoritelerinin bu anlaşmaları ele alırken standart bir yaklaşım sergileyememesine neden olmuştur.

Türk Rekabet Hukuku düzenlemelerine bakıldığında, bu tür anlaşmalar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'un hem 4. maddesi hem de 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Münhasır anlaşmaların hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiği durumlarda 4. madde ve 6. maddenin uygulama alanı kesişmektedir. Söz konusu durumda, her iki madde bakımından değerlendirme yapmak da mümkündür.

Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarına bakıldığında hangi maddenin ne zaman uygulanacağı konusunda farklılıklar görülmektedir. 2007 yılında 4. madde bakımından

değerlendirilen *Turkcell*'in¹ münhasırlık uygulamalarının, iki yıl sonra 6. madde kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması² olarak değerlendirilmesi bu durumun en çarpıcı örneklerindedir. Kurulun münhasır dikey anlaşmalara karşı bu yaklaşımı teşebbüsleri zor durumda bıraktığı gibi hukuki belirlilik açısından da uygun düşmemektedir.

Hâkim durumdaki teşebbüsler açısından düşünüldüğünde, etkinlik sağladığı gerekçesiyle muafiyete konu olabilen bu uygulamaların, kimi zaman doğrudan kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi bir belirsizlik oluşturmakta, kanımızca üzerinde çalışmaya değer bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu amaçla çalışmanın ilk bölümünde genel olarak dikey anlaşmalardan bahsedilecek, daha sonra münhasır dikey anlaşma kavramına değinilerek marka içi ve markalararası rekabete etkilerinden söz edilecektir. Devamında münhasır dikey anlaşmalara karşı farklı kanuni hükümlerin uygulanmasında karşılaşılan sorunlar anlatılacaktır. İkinci bölümde ise ABD ve AB rekabet hukuku uygulamaları bakımından anlaşma kapsamında yapılan değerlendirmeler ile tek taraflı davranış kapsamında yapılan değerlendirmeler karşılaştırılarak farklılık bulunup bulunmadığı ele alınacaktır. Son olarak üçüncü bölümde Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bakımından yapılacak değerlendirmelerde farklılık olup olmadığı incelenecek ve konuyla ilgili kararlar ışığında Kurul'un yaklaşımı ele alınacaktır.

¹ 27.12.2007 tarih ve 07-92-1191-461 sayılı Kurul kararı

² 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı Kurul kararı

BÖLÜM 1

DİKEY ANLAŞMALAR, MÜNHASİR DİKEY ANLAŞMALAR VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Üç kısımdan oluşan bu bölümde ilk olarak, dikey anlaşmalar ve bu anlaşmaların rekabet hukuku ile ilişkisi incelenecektir. İkinci kısımda, münhasır dikey anlaşma kavramı, marka içi ve markalar arası rekabete etkileri anlatılacaktır. Üçüncü kısımda ise münhasır anlaşmalara Kanun'un uygulanmasında karşılaşılan sorunlar açıklanacaktır.

1.1. DİKEY ANLAŞMA TANIMI VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Dikey anlaşma; üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren lisans alan ve veren, üretici ve toptancı, sağlayıcı ve alıcı gibi teşebbüsler arasındaki anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır (Hildebrand 2009, 257-258). Ayrıca bir ürünü üreten teşebbüs ile aynı ürünü girdi olarak kullanan başka bir teşebbüs arasında yapılan anlaşmalar da dikey anlaşma olarak bilinmektedir.

Teşebbüsler ürünlerini dağıtmak ve nihai müşterilere ulaştırabilmek için kendi dağıtım ağlarını kurabildikleri gibi acenteler ya da bağımsız dağıtıcılar ile anlaşmak suretiyle de ürünlerini nihai müşterilere ulaştırma yolunu tercih edebilmektedir. Dikey anlaşmalar fırsatçı davranışları engellemek, dağıtım anlaşmasını ticari olarak uygulanabilir ve kabul edilebilir kılmak için taraflara çeşitli görev ve yükümlülükler ile kısıtlamalar getirmektedir. Bu anlaşmalarla taraflardan biri ya da her ikisi üzerine getirilen kısıtlamalar, niteliklerine ve etkilerine göre rekabet hukukunun kapsamına girmektedir.

Yapılan bazı ampirik çalışmalarda bu anlaşmaların tüketiciye yüksek kaliteli ürünler ve daha iyi hizmet imkanları ile yarar sağladığı sonucuna ulaşılırken (Lafontane ve Slade 2005, 409) bazılarında bu anlaşmaların etkinlik sağlamaktan ziyade rakiplerin piyasaya girişini engelleme aracı olabileceği (Ekdi 2009, 13) neticesi ortaya çıkmıştır.

Dikey sınırlamaları konu alan rekabet politikaları üzerinde etkili olan farklı akımlar, bugün dahi rekabet politikasının tartışmalı alanı olmaya devam eden dikey sınırlamaları³ net bir şekilde değerlendirememektedir. Rekabet otoritelerinin genel olarak dikey sınırlamalara karşı etkili bir rekabet politikası oluşturabilmek adına sık sık zorluklarla karşı karşıya kalmasının temelinde iki nedenin yattığı söylenebilir. İlki dikey anlaşmaların doğası gereği, rekabet karşıtı etkilerinin yanında önemli etkinlikler de oluşturabilen muğlak bir yapıda olmasıdır. İkincisi ise rekabet karşıtı etkilerin yeniden satış fiyatının tespiti, münhasırlık koşulu, sadakat indirimleri gibi çok çeşitli şekillerde meydana gelebilmesidir (Silveira vd. 2013, 6).

Teşebbüslerin bağımsız dağıtıcılar aracılığıyla ürünlerini müşterilere ulaştırmak için yapmış oldukları dikey anlaşmalar hukuken (*de jure*) ya da fiilen (*de facto*) münhasırlık içerebilmektedirler. Münhasırlık içeren bu anlaşmaların rekabetçi etkileri olabildiği gibi rekabet karşıtı etkileri de olabilmektedir. Ayrıca münhasır anlaşma taraflarının pazardaki konumuna göre bu anlaşmalar farklı kanuni hükümler altında da değerlendirilebilmektedir. Bu bağlamda piyasadaki rekabet üzerinde çok yönlü etkilerinin bulunması ve uygulamadaki karışıklığı nedeniyle münhasır dikey anlaşmalar çalışma kapsamında incelenecektir⁴.

1.2. MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALAR

Birbirleri ile dikey ilişkili firmalar arasında yapılan anlaşmalardaki dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkilerinin ortaya konulabilmesi için oldukça ayrıntılı ve dikkatli bir analiz yapılması gerekmektedir.

³ Çalışma kapsamında dikey sınırlama/dikey kısıtlama kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

⁴ Bazı kaynaklarda bu anlaşmalar münhasırlık indirimleri ya da sadakat indirimleri şeklinde ifade edilmektedir. Münhasırlık içeren indirim sistemleri de çalışma kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. Whish R. (2015): “Intel v Commission: Keep Calm and Carry on” *Journal of European Competition Law&Practice*, Geradin D. (2015): “Loyalty Rebates After Intel: Time For The European Court Of Justice To Overrule Hoffman La-Roche” *Journal of European Competition Law&Economics* Vol.11 Issue 3 579-615.

Nitekim dikey sınırlamalar rekabet hukuku bakımından değerlendirilirken sınırlamanın olumlu etkilerinin yanında olumsuz etkileri de dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak münhasır dikey anlaşma kavramına yer verilecek ve ardından bu anlaşmaların marka içi ve markalar arası rekabet bakımından olumlu ve olumsuz etkilerine kısaca değinilecektir⁵.

1.2.1. Münhasır Dikey Anlaşma Kavramı

Üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında belirli bir mal veya hizmetin alım, satım ya da yeniden satımı için sadece anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma yükümlülüğünün bulunduğu anlaşmalara münhasır dikey anlaşmalar denilmektedir (Karakurt 2005, 33). Münhasır anlaşma⁶ terimi genel olarak, üst pazardaki bir sağlayıcının ürünlerinin bir dağıtıcı ya da perakendeciye, benzer rakip ürünleri satmaması koşuluna bağlanarak satılmasını ifade eden düzenleme için kullanılır (ICN 2013, 4).

Münhasır anlaşmalar çeşitli şekillerde meydana gelebilmektedir. Nitekim münhasırlık, sağlayıcı ile alıcı arasında yapılan anlaşmalarda yer alan bir hükümlerle ortaya çıkabileceği gibi, anlaşmalarda yazılı olarak yer almayıp taraflara herhangi bir yükümlülük getirmemesine rağmen indirim, promosyon vb. teşvik sistemlerinin uygulanması ile “fiili münhasırlık” şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁷.

1.2.2. Münhasır Dikey Anlaşmaların Marka İçi Rekabete Etkileri

Marka içi rekabet, aynı markanın üretimi, dağıtımı veya satışı gibi farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti ifade eder (Sanlı 2000,

⁵ Tez konusu gereği münhasır anlaşmaların markalar arası rekabet etkileri üzerinde daha çok durulacaktır.

⁶ Çalışma kapsamında “münhasır anlaşma”, “münhasırlık uygulamaları/düzenlemeleri”, “münhasır dikey anlaşma” kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

⁷ Çeşitli kaynaklarda, “münhasır alım anlaşmaları”, “tek marka anlaşmaları”, “gereklilik sözleşmeleri (*requirements contracts*)”, “rekabet etmeme yükümlülüğü” gibi farklı türde ifadeler kullanılmaktadır. Ancak anılan terimlerin hepsi özünde alıcının, sağlayıcının ürünleri ile rekabet eden mal veya hizmetleri, rakip sağlayıcılardan almasının engellenmesini ifade etmektedir (Whish ve Bailey 2012, 683). Yükümlülüğün sağlayıcıda olması durumunda ise münhasır dağıtım anlaşmaları, münhasır arz anlaşmaları gibi farklı isimler alabilmektedir (Galarza vd. 2012,3-4).

Çalışmanın konusunu taraflardan birinin hâkim durumda olması halinde münhasırlık içeren dikey anlaşmaların hangi madde kapsamında incelenmesi gerektiği oluşturduğundan, etkileri itibarıyla genel olarak benzer olan ve münhasırlık içeren bu anlaşmaların ayrımı üzerinde durulmayacak, münhasır anlaşmalar olarak incelenecek ve söz konusu ifadeler birbirinin yerine geçer şekilde kullanılacaktır.

93). Marka içi rekabet üst pazardan aşağı seviyeye doğru yönelen pazar gücüne karşı alt pazardan gelen bir tepki olarak nitelendirilmektedir⁸. Marka içi rekabet, dağıtımda etkinlik ve yeniliğin korunması, sağlayıcının diğer sağlayıcılarla koordinasyon içerisine girmesinin önlenmesi gibi çeşitli yollarla rekabetçi sürecin gelişimine katkı sağlamaktadır⁹.

Bir münhasır dağıtım anlaşmasında sağlayıcı belirli bir bölge için ürünlerini tek bir alıcıya/dağıtıcıya satmayı kabul eder. Aynı zamanda dağıtıcının diğer bölgelere aktif satışı kısıtlanır. Bu durumda marka içi rekabetin azalması ve pazarın bölünmesi riski ortaya çıkabilmektedir. Pazarda faaliyet gösteren sağlayıcıların tamamının ya da çoğunun münhasır dağıtım tercih etmeleri, hem sağlayıcı hem de dağıtıcı seviyesinde rekabetin zayıflamasına ve işbirlikçi sonuca neden olabilir. Ayrıca münhasır dağıtım, diğer dağıtıcılara pazarın kapanmasına neden olarak bu seviyede rekabetin kısıtlanmasına yol açabilmektedir¹⁰.

1.2.3. Münhasır Dikey Anlaşmaların Markalar Arası Rekabete Etkileri

Markalar arası rekabet, aynı piyasada satılan mallardan ayrıştırılmak amacıyla, ürünleri için marka veya etiket geliştiren teşebbüsler arasındaki rekabettir (OECD 1990, 17).

Markalar arası rekabetin yoğun olduğu durumlarda marka içi rekabetin azalmasının tüketiciler üzerinde negatif etki ortaya çıkarması olası değildir (GVER 2010, 22). Marka içi rekabette meydana gelecek azalma, ancak markalar arası rekabetin sınırlandığı durumlarda problemlili olabilmektedir (GVER 2010, 32).

Münhasırlık anlaşmaları, alıcının tek bir ürünün satışına yoğunlaşmasını sağladığından ilgili ürün için daha etkili bir promosyon yapabilmesine olanak tanımaktadır. Bu da ürün ve hizmet kalitesinin artmasını sağladığından daha güçlü markalar arası rekabet ortamı oluşturarak tüketici refahını artırabilmektedir. Öte yandan bu tür anlaşmaların, teşebbüslerin gizli ya da açık bir uyuşma içine girmelerini kolaylaştırması bakımından olumsuz etkileri de ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda

⁸ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz (Dikey Kılavuz) p. 73

⁹ A.g. Kılavuz p. 75-76

¹⁰ European Commission Guidelines on Vertical Restraints 2010/C 130/01 (GVER) p. 151

markalar arası rekabetin sınırlandırıldığı durumlar hakkındaki tartışmalara rakibin maliyetini artırma, giriş engelleri oluşturma, piyasa kapama ve koordinasyon etkisi başlıkları altında yer verilecektir.

1.2.3.1. Rakibin Maliyetini Artırma

Rakibin maliyetini artırma, bir teşebbüsün kendi maliyetlerini yükseltmeksizin ya da görece daha az yükselterek mevcut ya da potansiyel rakiplerinin maliyetini artırma stratejisi olarak tanımlanabilmektedir.

İktisat literatüründe son zamanlarda, hangi koşullarda dikey kısıtlamaların pazara girişleri kapamak için kullanılabileceği ve potansiyel olarak daha etkin rakiplerin girişini engelleyebileceği belirlenmiştir. Olası stratejilerden biri, mevcut tüm dağıtıcılarla münhasır dağıtım anlaşmaları imzalamak suretiyle potansiyel yeni dağıtıcıları kendi dağıtım sistemlerini oluşturmaya zorlamaktır. Dağıtım sektöründe geniş kapsam ya da ölçek ekonomilerinin olduğu durumlarda bu tür münhasır düzenlemeler potansiyel rakiplerin giriş maliyetlerini yükseltmektedir¹¹. Benzer şekilde, alt pazarlara girişlerin zor ve maliyetli olduğu, örneğin sınırlı sayıda dağıtıcı ya da perakendecinin bulunduğu, görece iyi lokasyonların az olduğu durumlarda da giriş engeli oluşturulabilmektedir. En iyi lokasyonları ve dağıtıcıları uzun dönemli münhasırlık hükümleri ile bağlamak, pazara yeni girenlerin maliyetini artırmakta ya da potansiyel rakiplerin önünde engel oluşturmaktadır¹².

1.2.3.2. Giriş Engelleri Oluşturma

Münhasır anlaşmalar rakiplerin maliyetini artırabildiği gibi pazara giriş engelleri de oluşturabilmektedir. Teşebbüslerin bir pazarda rekabet edebilmesi için öncelikle pazara girebilmeleri gerekmektedir.

Üretici ve dağıtıcı arasındaki münhasır sözleşmeler pazara yeni girenleri kendi dağıtım ağını kurmaya zorlamaktadır. Tüketiciler için dağıtıcının önemli olduğu durumda münhasır anlaşmalar potansiyel rakipler için giriş engeli olarak ortaya çıkabilmektedir

¹¹ Fehr, N. ve Harbord, D. (2014) “*The Law and Economics of Vertical Restraints An Overview*” http://www.market-analysis.co.uk/PDF/Reports/Vertical%20Restraints_%2010%20Novemberr%2014.pdf, Erişim tarihi 03.02.2016.

¹² A.g. kaynak

(Nurski ve Verboven 2015, 40). Münhasır anlaşmaların alt pazarda nihai müşterilerle imzalanması durumunda, ara dağıtıcılar ile imzalanmasına göre rekabetin kısıtlanması ya da giriş engeli oluşturulması daha olasıdır¹³.

1.2.3.3. Piyasa Kapama

Münhasır anlaşmaların markalar arası rekabete etkilerinden biri de ilgili pazarın tamamının ya da önemli bir kısmının rakiplere kapanması ve rakiplerin ilgili pazarın önemli bir bölümünden dışlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Piyasa kapama¹⁴ genel anlamda alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini engelleyen ticari stratejiler olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Münhasır anlaşmalar, sağlayıcı ile alıcıya rakipler ile iş yapmama yükümlülüğü getirdiğinden mevcut ya da potansiyel rakiplere pazarın kapanmasına neden olmaktadır. Münhasır anlaşmaların kapama etkisi meydana getirebilmesi için belirli koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşullardan ilki pazarın önemli bir bölümünün rakiplere kapanmış olmasıdır (Areeda vd. 1997, 769). İlgili pazarın ne kadarlık bir kısmını kapsadığı bu anlaşmaların rekabet karşıtı etkilerinin ortaya çıkması bakımından önemlidir. Örneğın pazarın büyük bir bölümünü kapsayan münhasır anlaşmaların, rekabet karşıtı etkilerinin olması daha muhtemeldir. Tersine bir durumda da müşterilerin ya da arz kaynaklarının rakiplere kapanma ihtimali düşük olacaktır. Ancak rekabet karşıtı olarak nitelendirilebilecek belirli bir kapama oranı bulunmamaktadır (ICN 2013, 17).

Münhasır anlaşmaların süresi, pazar kapama etkisi değerlendirilirken dikkate alınan diğer bir husustur. Münhasır anlaşmanın süresi ne kadar uzun olursa pazardaki rekabet de o nispette olumsuz etkilenecektir. Pazarın büyük bir bölümünü kapsamasına rağmen kısa süreli anlaşmalar önemli kapama etkisi oluşturmayabilir. Rekabet yasalarının süresi tarafların ekonomik ve hukuki menfaatlerini korumak ve rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkileri sınırlandırmak bakımından makul kabul edilebiliyorsa önemli bir kapama etkisinin ortaya çıkmadığı kabul edilmektedir (Van Bael ve Bellis 2010, 292).

¹³ A.g. kaynak, dn. 12

¹⁴ Piyasa kapama ve pazar kapama terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

¹⁵ Dikey Kılavuz p. 79

Kapama etkisinin diğerk bir koşulu olarak da giriş engellerinin varlığı gösterilebilecektir (Jones ve Sufrin, 2014, 477). Giriş engelleri potansiyel rakiplerin etkin birer rakip olarak ortaya çıkmasını zorlaştırması ve yüksek pazar payına sahip teşebbüslerin pazar gücünü tekeli karlara dönüştürmek istemesi bakımından önemlidir. Pazara girişlerin kolay olması durumunda bu tür istekler kolayca elimine edilebilecektir (Faull ve Nikpay 2014, 18).

Münhasır anlaşma yapılan ticaretin seviyesi de piyasa kapama etkisi bakımından önemli bir unsurdur. Alıcının toptan seviyede faaliyet gösteriyor olması perakende seviyeye göre piyasa kapama etkisinin daha az olmasını sağlayacaktır. Örneğin pazardaki toptancılarn bir teşebbüs tarafından münhasırlık uygulamaları ile bağlanmış olması durumunda rakip sağlayıcılar doğrudan perakendecilerle anlaşma yaparak faaliyetlerine devam edebilecektir.

1.2.3.4. Koordinasyon Etkisi

Münhasırlık düzenlemeleri ile ilgili diğerk bir endişe ise koordinasyon etkisine yol açmasıdır. Alt pazardaki dağıtıcıların ya da perakendecilerin münhasırlık düzenlemeleri aracılığıyla sadece bir şirkete bağlanmış olması, st pazarda bir kartel oluşturulmasını kolaylaştırabilir. Böyle bir durumda sağlayıcılar münhasırlık düzenlemeleri ile zaten bağlanmış olan en iyi dağıtıcılar ya da perakendeciler için aralarında rekabet etmeyeceklerdir¹⁶.

Allain vd. (2008, 10) yaptıkları çalışmada markalar arası rekabetin zayıf olduğu durumlarda münhasır anlaşmaların işbirliğini sürdürmeyi kolaylaştırdığını iddia etmişlerdir. Tom vd. (2000, s. 617-618) ise satıcıların çoğunun indirim verme güdüsünü ortadan kaldırması nedeniyle münhasır anlaşmaların kısa süreli olsa dahi işbirlikçi etkilerinin ortaya çıkabileceğini ve sağlayıcılar tarafından paralel olarak kullanılmaları durumunda fiyatların ve indirimlerin takip edilmesini kolaylaştırarak fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde tutulmasına yardımcı olacağını iddia etmektedir.

¹⁶ Reis, A. (2009), “*Decision Making By Competition Authorities In The Analysis Of Exclusive Dealing Arrangements*” George Washington University, Minerva Program <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2009/FinalPaper-Alessandra.pdf> (Erişim tarihi 20.02.2016)

Münhasır anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı özelliklerinin yanı sıra, bedavacılık probleminin çözülmesi, etkinlik artışı sağlama, müşteriye özgü yatırımların korunması gibi olumlu yanları da bulunmaktadır. Ancak üretici bakımından karlı olan ve etkinlik sağlayan bir dikey kısıtlama piyasadaki rekabet açısından her zaman etkinlik doğurmayabilir. Söz konusu anlaşmalar teşebbüsler için karlı bir yöntem olarak görünse de piyasadaki rekabet ve tüketici refahı açısından her zaman olumlu sonuçlar ortaya çıkarmayabilir. Hatta sadece marka içi rekabeti sınırlandırsa bile bu tür kısıtlamaların gerekliliği ve yasallığı tüm dikey kısıtlama vakalarında şüphelere neden olmaktadır (Jones ve Sufrin 2014, 782).

Rekabet hukuku bakımından bu tür anlaşmalar değerlendirilirken yapılacak eksik inceleme rekabetçi olmayan davranışlara müdahale edilmemesi ya da rekabetçi olan davranışlara müdahale edilmesi gibi hatalara neden olabilecektir. Sonuç olarak münhasırlık içeren anlaşmaların rekabet karşıtı etkilerinin yanı sıra rekabetçi etkiler de meydana getiren muğlak bir yapıda olması söz konusu anlaşmaların rekabet hukuku bakımından dikkatlice incelenmesini gerekli kılmaktadır.

1.3. MÜNHASIR ANLAŞMALARA REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Münhasır anlaşmalar dağıtımda etkinlik sağlamak, ölçek ekonomileri, bedavacılığın önlenmesi vb. nedenlerle piyasadaki rekabette öne geçmek için yapılabildiği gibi bazen de rakip teşebbüslerin dağıtım kanallarına ulaşmalarını zorlaştırarak maliyetlerini artırmak, rakiplerini dışlamak ya da piyasaya yeni girecek potansiyel rakipleri engellemek için de yapılabilmektedir. Bu bağlamda bu tür anlaşmaların hangi saikle yapıldığının rekabet otoritelerince doğru bir şekilde tespit edilmesi elzemdir.

Münhasır anlaşmalar, rekabet otoriteleri tarafından genellikle iki yaklaşımdan biri ya da iki yaklaşımı da içeren birleşim ile ele alınmaktadır. Bunlardan ilkinde münhasır anlaşmalar tek taraflı davranış hükümleri altında değerlendirilmektedir. Bu hükümler sözleşme taraflarından birinin önemli pazar gücünün olmasını ya da hâkim durumda bulunmasını gerektirmektedir. Söz konusu hükümler rekabet karşıtı münhasır

anlaşmaların nasıl oluştuğunu içermemekte, genel olarak dışlayıcı davranışa ilişkin hususları ihtiva etmektedir (ICN 2013, 8).

Diğer yaklaşıma göre ise genel olarak rekabet karşıtı anlaşmaları, daha özel olarak dikey anlaşmaları konu alan kurallar kapsamında değerlendirilmektedir. İlgili mevzuat farklı unsurlar gerektirse de münhasır anlaşmaların analizinde kullanılan faktörler genellikle aynıdır (ICN 2013, 9). Bununla birlikte az da olsa bazı rekabet otoriteleri münhasır anlaşmalarla ilgili söz konusu yaklaşımlara ek olarak ya da bunlardan bağımsız olarak özel hükümler getirmektedir¹⁷ (ICN Report 2008, 4).

1.3.1. Farklı Hükümlerin Uygulanması ve Hukuki Belirsizlik

Münhasır anlaşmaların piyasadaki rekabet açısından aynı anda farklı etkileri olabilmektedir. Yapılan dikey anlaşmalarda münhasırlık hükümlerine diğer teşebbüslerin yanı sıra hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından da başvurulması rekabet hukuku uygulamalarında farklılıkların oluşmasına yol açmıştır.

Münhasır anlaşmalar daha önce belirtildiği üzere, ya hâkim durumdaki teşebbüsün kötüye kullanma davranışı olarak değerlendirilmekte ya da rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümleri altında değerlendirilmektedir. Ancak hâkim durumdaki teşebbüslerin dikey anlaşmalar yapması ve münhasırlık düzenlemelerine başvurmaları durumunda her iki hükmün uygulama alanı kesişmektedir. Kimi zaman bu hükümlerden sadece biri uygulanırken kimi zaman da her ikisi aynı anda uygulanmaktadır.

Münhasır anlaşmalar rekabet otoritelerince kimi zaman teşebbüsler arasındaki bir *anlaşma* olarak kimi zaman da *tek taraflı davranış* olarak kabul edilmektedir. Neticede uygulamanın anlaşma ya da tek taraflı davranış olarak nitelendirilmesi aynı davranışa farklı hükümlerin uygulanmasına yol açmaktadır.

Her ne kadar bazı mahkemeler farklı kanuni hükümlerin farklı kanuni standartlar oluşturacağını ifade etse de¹⁸ söz konusu hükümlerin benzer olması¹⁹, aynı davranışlara

¹⁷ Avusturalya, Kanada, Jamaika, Japonya, ABD gibi ülkelerin mevzuatında, sadece münhasır anlaşmalara ilişkin hükümler yer almaktadır

¹⁸ United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181, 197 (3d Cir. 2005)

¹⁹ Bona, J. (2014), "Does an Exclusive Dealing Agreement Violate the Antitrust Laws?" Antitrust Attorney Blog <http://www.theantitrustattorney.com/2014/12/28/exclusive-dealing-agreement-violate-antitrust-laws/> Erişim tarihi: 13.12.2015

farklı hükümlerin uygulanmasına yol açmıştır (Paschal 2011, 253). Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalarının hangi madde kapsamında değerlendirileceğinin açıklığa kavuşturulması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından önem kazanmaktadır. Bu bağlamda benimsenen rekabet kuralları arasında tutarlılığın olması gerekmektedir (Petit 2013, 409).

1.3.2. Ne Bis In Idem İlkesinin İhlal Edilebilmesi

Münhasır anlaşmalara aynı anda birden fazla Kanun hükmünün uygulanabilmesi, değerlendirme sonucunda olası ihlal tespitlerinde *Ne Bis In Idem* ilkesini karşımıza çıkarmaktadır. *Ne Bis In Idem*, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama yapılmasına ve ceza uygulanmasına izin verilmemesini ifade eden bir ceza hukuku ilkesidir. Başka bir deyişle ilke, belli bir konuda kesinleşmiş bir hüküm bulunmaması; bir kimseye bir eyleminden dolayı tek bir ceza verilebilmesi, aynı eylemden ötürü birden fazla ceza verilememesi anlamlarına gelmektedir (Karabel 2013, 3).

Bahse konu ilkenin fiilin aynılığı ve kişinin aynılığı olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır (Özen 2010, 391). Bu durum hâkim durumdaki teşebbüslerin bayileri ile yaptıkları münhasırlık içeren anlaşmalarda karşımıza çıkabilmektedir. Aynı teşebbüsün aynı davranışı farklı hükümleri ihlal edebilmektedir.

Ülkemizde *Ne Bis In Idem* ilkesinin idari para cezaları bakımından yasal dayanağını Kabahatler Kanunu oluşturmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesi bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi durumunu düzenlemektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsler münhasır anlaşmalar yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ederek birden fazla kabahat oluşturabilmektedir.

Bu noktada aynı fiilin, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümleri ile tek taraflı davranış hükümlerini birlikte ihlal etmesi durumunda, aynı teşebbüse birden fazla ceza verilip verilemeyeceği hususu sorun teşkil etmektedir.

1.3.3. Etkinlik Değerlendirmeleri İle İlgili Sorun

Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık uygulamalarına karşı rekabet otoritelerince, diğer teşebbüslerinkine nispeten, daha katı yaklaşım sergilenmektedir.

Bu noktada en önemli hususlardan birisi münhasırlık uygulamaları neticesinde ortaya çıkan etkinliklerin değerlendirilmesidir.

Hâkim durumda olsun ya da olmasın teşebbüsler tarafından münhasır anlaşmaların etkinlik doğurduğu iddiaları her zaman gündeme getirilmektedir. Ancak bu anlaşmaların hangi hüküm kapsamında değerlendirildiğine bağlı olarak, teşebbüslerin etkinlik iddialarına karşı otoritelerin yaklaşımı farklılık göstermektedir.

Bununla birlikte anlaşma hükümleri altında yer alan düzenlemeler ile tek taraflı davranış hükümleri altında yer alan düzenlemelerdeki ayrımlar da etkinlik iddialarının değerlendirilmesinde farklılık oluşmasına neden olabilmektedir. Örneğin, AB rekabet hukukunda bir tek marka sözleşmesi, olumlu etkileri nedeniyle Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)'nın 101(3). maddesi kapsamında muafiyetten yararlanabilirken, aynı sözleşme ABİDA 102. madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmektedir (Rousseva 2006, 32).

Benzer bir durum Türk rekabet hukuku bakımından da geçerlidir. Münhasır anlaşmalar Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilirken söz konusu anlaşma Kanun'un 5. maddesinde belirtilen etkinlik kazanımlarını sağlaması halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Buna karşın aynı anlaşma Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmektedir.

Aynı münhasır anlaşma neticesinde ortaya çıkan etkinlikler değerlendirilirken, Kanun'un 4. maddesi kapsamında ya da 6. maddesi kapsamında ele alınması durumlarında farklı neticelerin meydana gelmesi bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.4. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Dikey anlaşmalar doğası gereği rekabet hukukunun tartışmalı alanlarından biridir. Bu anlaşmalar sağlayıcı ve alıcıya çeşitli yükümlülükler getirmekte, getirilen bu yükümlülükler niteliklerine ve etkilerine göre rekabet hukuku alanına girmektedir.

Münhasır anlaşmalar tarafların kendi yatırımlarından rakiplerin bedel ödemeksizin faydalanmasının önüne geçerek bedavacılık problemini önleyebilmekte, müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınmasını ve dağıtımda etkinlik sağlayabilmektedir. Bununla birlikte bu tür anlaşmalar rakiplerin maliyetlerini yükseltebilmekte, alternatif

dağıtım kanallarına ulaşmalarını engelleyebilmekte ve pazarın kapanmasına neden olabilmektedir.

Her bir olayın kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmesi, rekabet otoritelerinin vereceği kararların teşebbüsler tarafından önceden kestirilememesine yol açmakta ve rekabeti kısıtlama amacı taşımayan anlaşmalar dahi ihlal gibi görünme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Öncelikle söz konusu anlaşmaların taraflarından birinin hâkim durumda olması, bu anlaşmaların kimi zaman rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümleri, kimi zaman tek taraflı davranış hükümleri, kimi zaman da her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Anılan anlaşmaların hangi durumlarda hangi hüküm kapsamında değerlendirileceğinin net olarak belirlenmemesi farklı uygulamalara neden olmaktadır. Öte yandan anlaşma ve tek taraflı davranış hükümlerinin aynı anda uygulanması tek fiile birden fazla ceza verilme olasılığı nedeniyle *Ne Bis In Idem* ilkesini gündeme getirmektedir. Ayrıca bu uygulamalar, anlaşma hükümleri kapsamında, etkinlik sağladığı gerekçesiyle muafiyete konu olabilirken, aynı uygulama tek taraflı davranış hükümleri altında kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmektedir.

Münhasır anlaşmalarla ilgili rekabet hukuku bakımından ortaya çıkan sorunların azaltılabilmesi, uygulamada standardın oluşturulabilmesi ve belirliliğin sağlanabilmesi için hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık içeren anlaşmalarının hangi hüküm altında değerlendirileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu nedenle bir sonraki bölümde rekabet hukuku uygulamalarında *anlaşma* hükümleri altında ve *tek taraflı davranış* hükümleri altında yapılan değerlendirmelere yer verilecek olup, bu iki durumda hangi kıstasların göz önünde bulundurulduğu incelenecektir²⁰.

²⁰ Hangi uygulamaların münhasırlık meydana getirdiği tezin kapsamı dışında tutulacak, genel olarak hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalarının Kanun'un hangi maddesi bakımından değerlendirilmesi gerektiği sorusuna cevap aranacaktır.

BÖLÜM 2

MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN LİTERATÜR VE UYGULAMALAR

Münhasır dikey anlaşmaların karmaşık bir yapıda olduğu, piyasadaki rekabet ve tüketici refahı bakımından olumlu etkilerinin yanı sıra olumsuz etkilerinin de olabileceği ve rekabet hukuku bakımından uygulamada karşılaşılan sorunlar bir önceki bölümde ortaya konulmuştur.

Bu bölümde ise münhasır dikey anlaşmaların anlaşma ve tek taraflı davranış hükümleri altında ne şekilde değerlendirildiği, hangi unsurların göz önünde bulundurulduğu incelenecektir. Söz konusu hükümler altında yapılan değerlendirmelerde ABD ve AB literatürü ile mahkeme kararları anlatılacaktır.

2.1. “ANLAŞMA” HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER

Dikey kısıtlamalar bazı durumlarda rekabet hukuku bakımından oldukça karmaşık bir hal alabilmektedir. Kimi zaman taraflar arasında bir işbirliğinin sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi kimi zaman da pazar gücü olan teşebbüsler tarafından rakiplerini dışlamak amacıyla sağlayıcı tarafından alıcıya dayatılan uygulamalar olarak da ortaya çıkabilmektedir.

Münhasırlık düzenlemelerini anlaşma hükümleri kapsamında değerlendirirken, bu anlaşmalar için ayrıca bir düzenlemenin bulunduğu ABD uygulamalarını ele almak yararlı olacaktır.

ABD antitröst hukukunda münhasır anlaşmalar dört farklı hüküm altında değerlendirilebilmektedir. Bunlar Sherman Yasası'nın 1. ve 2. bölümü, Clayton Yasası'nın 3. bölümü ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) Yasası'nın 5. bölümüdür²¹. Sherman Yasası'nın 1. bölümü makul olmayan ticari kısıtlamaları içeren anlaşmalara uygun düşmektedir (Spark 2009, 189).

Mahkemeler münhasır anlaşmaların anılan yasanın birinci bölümü altında makul olup olmadığını belirleyebilmek için iki model geliştirmişlerdir. Birincisi rekabeti kısıtlaması her zaman ya da hemen hemen her zaman muhtemel davranışların ve ekonomik etkinliği azaltan davranışların engellendiği *per se* yasak kuralıdır. İkincisi ise birçok faktörün göz önünde bulundurulduğu *rule of reason* (etki temelli yaklaşım) standardıdır (Paschal 2011, 259).

Münhasır anlaşmalara karşı Yüksek Mahkemenin (*Supreme Court*) *Standard Fashion Co. v. Magrane Houston Co.*²² kararına kadar FTC tarafından *per se* yasak kuralı uygulanmıştır (Steuer 1983, 105). Anılan kararda ise Yüksek Mahkeme *rekabetin önemli ölçüde azaldığını* vurgulayarak daha sonraki kararlarda ihlal değerlendirmesinde ana unsur haline gelecek olan pazar kapama oranına işaret etmiştir. Bu kararda perakendecilerin %40'ının dikey kalıplarını münhasıran Standart Fashion'dan almasına yönelik düzenlemelerin rekabeti azalttığına ve Clayton Yasasının 3. bölümünü ihlal ettiğine hükmedilmiştir (Steuer 1983, 105).

Yüksek Mahkeme *Standard Oil Co. v. United States*²³ kararında münhasır sözleşmelerle ilgili yapılan değerlendirmede bu sözleşmelerin etkilerinin *rakiplere pazarın önemli bir bölümünü kapattığı* doğrudan dile getirilmiştir. Kararda, münhasırlık düzenlemelerinin rekabetçi etkilerinin olabileceğinin kabul edilmesi ayrıntılı analizin gerekliliğinin temelini atmıştır.

²¹ Anılan hükümlerden Sherman Yasası 1. bölümü ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst veya benzeri işbirliğini, Sherman Yasası 2. bölümü tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü, Clayton Yasası 3. bölümü münhasırlık düzenlemeleri ile ticari malların rakiplere satışı, kiralanmasını engelleyen her türlü sözleşmeyi, FTC Yasası 5. bölümü ise genel olarak dürüst olmayan, aldatıcı davranışları (*unfair or deceptive acts*) yasaklamaktadır. Bu kısımda münhasır anlaşmalarla ilgili olarak daha çok Sherman Yasası 1. Bölümü ve Clayton Yasası 3. bölümü kapsamında yapılan değerlendirmelere yer verilecektir.

²² 258 U.S. 346 (1922).

²³ 337 U.S. 293 (1949).

Etki analizinin genişletildiği ve ilerde tek taraflı davranışlar kapsamında uygulanacak yöntemin *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*²⁴ kararıyla benimsenmeye başladığını söyleyebiliriz. Kararda değerlendirme tarafların pazar gücü de dikkate alınarak üç aşamalı olarak yapılmıştır. İlk aşama ürün ve hizmetlerin türünün uygun olarak belirlenmesidir. İkinci aşamayı ilgili coğrafi pazar ve o pazarı etkileyen kapama oranının tespit edilmesi oluşturmaktadır. Son aşamada da ilgili pazarda münhasır anlaşmaların önemli bir payı kapsayıp kapsamadığı, süresi, amacı ve etkileri değerlendirilmektedir.

Yüksek Mahkeme öncekilerden farklı olarak *FTC V. Brown Shoe Co.*²⁵ kararında, ayakkabı dağıtıcılarının sadece %1'inin münhasır anlaşmalarla kapanmış olmasını göz ardı ederek FTC Yasası 5. maddesi bakımından ihlal kararı vermiştir. Anılan kararda Yüksek Mahkeme, münhasır anlaşmaların serbest piyasada alıcıların seçim özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle Sherman Yasası 1. bölümü ve Clayton Yasası 3. bölümünün temel prensipleri ile açık bir şekilde çeliştiğini belirtmiştir²⁶.

*Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*²⁷ kararıyla Yüksek Mahkeme bu düşüncesinden vazgeçmiştir. Söz konusu karar münhasır anlaşmaların, hangi hüküm altında değerlendirilmesinin uygun olacağı yönünde önemli ipuçları vermektedir. Mahkeme, pazar gücü olduğu zaman diğer durumlara nispeten daha katı bir yaklaşım sergilenebileceğini ifade etmiştir²⁸. Analizde münhasırlık uygulamalarının gerçek etkilerine bakılmış, etkilenen pazarda pazarın büyük bir bölümünün rakiplerin girişine kapandığı durumlarda ihlal oluşturabileceği söylenmiştir²⁹. Kanaatimizce bu ifade, pazar gücü yüksek teşebbüslerce münhasırlık içeren anlaşmalar yapılması durumunda da aynı analizin yapılacağını fakat daha yüksek standartların uygulanabileceğini ima etmektedir.

Omega Envtl. Inc. v Gilbarco Inc. kararında pazarın yaklaşık %38'inin kapatan münhasır anlaşmaların, sözleşmelerin süresinin kısa olması ve kolayca sonlandırılabilir

²⁴ 365 U.S. 320 (1961)

²⁵ 384 U.S. 316 (1966).

²⁶ A.g. karar 321

²⁷ 466 U.S. 2, (1984).

²⁸ A.g. karar 17

²⁹ A.g. karar 30, n. 51

olması nedeniyle potansiyel olarak rekabetin kısıtlanmasını etkisiz hale getirdiği belirtilmiştir³⁰. *United States v. Microsoft Corp.*³¹ kararında mahkeme tarafından Sherman Yasası 1. bölümü kapsamında yapılan değerlendirmede, münhasır anlaşmaların, ilgili pazarda rakiplerin perakende satış yerlerine erişimini önemli ölçüde kısıtladığı ve büyük oranda pazarı kapattığı durumlarda cezalandırıldığı dile getirilmiştir. Bununla birlikte yapılacak incelemede; münhasırlığın derecesinin ve sözleşmelerle kapanan pazar oranının rakipleri dışlamak için yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiği dile getirilmiştir. Ayrıca anlaşmaların gerçek rekabet karşıtı etkileri, rekabetçi gerekçelerinin varlığı, süresi ve değişmezliği, aynı yararları elde edebilmek için daha az kısıtlayıcı araçların varlığının da önemli olduğu ifade edilmiştir.

Görülen o ki münhasırlık düzenlemelerinin değerlendirilmesi ile ilgili olarak mahkemeler, ihlalin varlığını değerlendirirken daha çok pazarın ne kadarının kapandığı ve tarafların pazar gücü üzerine yoğunlaşmaktadır. Bununla birlikte taraflar arasında yapılan sözleşmelerin süresinin uzunluğu ve anlaşmanın kolay sonlandırılabilir olması da rekabetçi ve rekabet karşıtı etkilerinin yanında değerlendirmede öne çıkan unsurlar olmaktadır.

Rogers (1996, 1029)'a göre ABD mahkemeleri etki temelli yaklaşımda diğer faktörlerin yanı sıra tanımlanan pazardaki kapanma oranı, giriş engellerinin varlığı, sözleşmelerin süresi ve sonlandırılabilirliği olmak üzere üç ana unsura odaklanmaktadır.

Bununla birlikte ABD mahkemeleri münhasır anlaşmalara karşı genel geçer bir yaklaşım sergilememektedir. Rekabeti kısıtlayıcı pazar kapama kavramının net olarak yorumlanamaması nedeniyle, benzer durumun AB uygulamaları için de geçerli olduğu söylenebilecektir.

ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri üye devletler arasındaki rekabeti düzenlemektedir. ABİDA'nın 101 (1). maddesi amacı veya etkisi bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yasaklamaktadır. 101 (3). maddesinde ise malların üretim veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik ya da ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunan anlaşmalara 101 (1). maddenin uygulanmayabileceği belirtilmektedir.

³⁰ Omega Envtl., Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F.3d 1157, 1161-63 (9th Cir. 1997)

³¹ United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)

AB ve üye ülkelerin rekabet hukuku sistemlerinde münhasırlıklar, sözleşmenin taraflarına ve münhasırlığın doğasına bağlı olarak farklı şekillerde ele alınmaktadır. Avrupa Birliği rekabet hukuku, bir anlaşmanın ABİDA'nın 101. maddesinin amacına uygun şekilde rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı ile ilgili olarak gerçekçi bir görüş oluşturamadığından dolayı eleştirilmektedir. Bununla birlikte, hem AB Komisyonu (Komisyon) hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) yıllarca münhasır anlaşmalardan kaynaklanan etkinlikleri kabul etmekte gönülsüz davranmışlardır (Galarza vd. 2012, 3).

Önceleri Komisyon neyin rekabeti kısıtladığı ile ilgili olarak geniş bir görüş ele alırken hemen hemen tüm münhasır anlaşmaları, ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında yasak olarak değerlendirmiştir. Bunun yanı sıra ABİDA'nın 101 (3). maddesi uygulanırken, özellikle “mutlak bölgesel koruma” içeren anlaşmalar bakımından katı ve şekilci bir yaklaşım sergilenmiştir (Galarza vd. 2012, 3).

Komisyonun yaklaşımına getirilen eleştiriler uygulamada değişikliğe gidilmesine neden olmuş ve 330/2010³² sayılı düzenleme ile 101. madde kapsamındaki dikey kısıtlamalarla ilgili bazı değişiklikler benimsenmiştir. 330/2010 sayılı düzenlemeye göre sağlayıcı ya da alıcının pazar payının %30'un altında olması durumunda dikey kısıtlamalara anılan düzenlemenin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

GVER'de 101. madde kapsamında yapılacak analiz için dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilmektedir. Anlaşmanın yapısı, analiz edilirken dikkat edilmesi gereken ilk husus olarak sayılmıştır. Buna göre anlaşmaların içerdiği kısıtlamalar, bu kısıtlamaların süresi ve etkilenen pazarda toplam satışların ne kadarını oluşturduğu önem kazanmaktadır (GVER 2010, 25). Daha sonra tarafların ve rakiplerin pazardaki pozisyonları ile alıcı gücü gelmektedir. Burada pazar payları, pazar gücü için bir gösterge teşkil etmektedir (GVER 2010, 25-26).

Analizde ele alınacak unsurlardan biri de giriş engelleri olarak ifade edilmektedir. Giriş engellerinin var olması durumunda, teşebbüsler fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilecektir. 101. madde bakımından yapılacak analizde pazarın olgunluğu,

³² 330/2010 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 L 102, 23.4.2010, p. 1-7 (330/2010 sayılı düzenleme).

ticaretin seviyesi, ürünün yapısı ve diğer faktörler de değerlendirilmesi gereken unsurlar olarak belirtilmiştir (GVER 2010, 26).

Münhasırlık uygulamalarının konu olduğu vakalardan *Delimitis v Henninger Brau*³³ kararında mahkeme 101. madde kapsamında ayrıntılı bir analiz yapmıştır. Bu kapsamda bira sağlayıcısı ile yeniden dağıtıcı arasında yapılan ve her yıl belirli miktar bira alınmasını gerektiren anlaşma incelenmiştir. Kararda, sözleşme taraflarının pazardaki pozisyonlarının göz önüne alınması gerektiği, pazar paylarının tek başına yeterli olmayacağı ifade edilmiştir. Mahkeme sonuca ulaşabilmek için, bazı etkinlik gerekçelerini de göz önünde bulundurarak rakiplerin müşterilere ulaşabilmesi için benzer türdeki diğer sözleşmelerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Böyle bir değerlendirmede, münhasır alım anlaşmalarının doğasının ve kapsamının, bağlanan satış yerlerinin sayısının, sözleşmelerin süresinin, yeniden satıcıların almayı üstlendiği ürünün miktarının, bağımsız dağıtıcılar tarafından satılan miktarın ve rakipler tarafından pazara giriş için karşı stratejiler geliştirilebilmesi imkânının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir³⁴.

Van den Bergh Foods kararında Komisyon, hâkim durumda bulunan dondurma sağlayıcısının uygulamalarını hem 101. hem de 102. madde bakımından değerlendirmiştir. Hâkim durumda bulunan bir firmanın fiili olarak perakendecilerin %40'ını kendisine bağlamasının 101. maddeye aykırı şekilde pazarı rakiplere kapayacağını ifade etmiştir. Münhasırlığın pazara giriş engeli oluşturacağı ve ilgili firmanın pazardaki gücünü artıracığı dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasına neden olacağı belirtilmiştir.

Genel olarak bakıldığında münhasırlık düzenlemelerinin anlaşma hükümleri kapsamında yapılan değerlendirmelerinde belirli bazı hususlar öne çıkmaktadır. Gerek ABD gerek AB uygulamalarında, pazarın kapanma oranı, sözleşmelerin süresi, giriş engellerinin varlığı, ticaretin seviyesi değerlendirilmektedir. Anlaşma kapsamında öne çıkan hususların tek taraflı davranış değerlendirmelerinden farklı olup olmadığının değerlendirilebilmesi amacıyla bir sonraki kısımda tek taraflı davranış kapsamında yapılan değerlendirmeler yine ABD ve AB uygulamaları çerçevesinde incelenecek, daha sonra yapılan değerlendirmeler karşılaştırılacaktır.

³³ Stergios Delimitis v Henninger Bräu C-234/89 1991

³⁴ A.g. karar p. 10-21

2.2. “TEK TARAFLI DAVRANIŞ” HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER

Diğer teşebbüsler gibi hâkim durumdaki teşebbüsler de ürünlerinin dağıtımını için münhasırlık içeren dikey anlaşmalar yapabilmektedir. Anlaşmaların taraflarından birinin hâkim durumda olması rekabet hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümlerinin yanı sıra tek taraflı davranış hükümlerinin uygulanması için de yeterli görülmektedir.

ABD mahkemelerince münhasırlık düzenlemeleri ve diğer dikey kısıtlamalar, Sherman Yasası 1. bölümü ve Clayton Yasası 3. bölümü kapsamında herhangi bir yükümlülük getirmemesine rağmen, Sherman Yasası 2. bölümü kapsamında da değerlendirilmektedir (Rosch 2007, 2).

*United States v. Microsoft Corp.*³⁵ kararında münhasır anlaşmaların Microsoft'un, rakiplerinin maliyet bakımından etkinliğe ulaşmasını sağlayacak dağıtım kanallarına erişimini engellediği gerekçesiyle Sherman Yasası'nın 2. bölümünü ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Mahkeme kararda Sherman Yasası 1. bölümünün ihlali iddiası için gerekli olan yaklaşık %40-50 oranındaki kapama oranının yasanın 2. bölümünün ihlali için daha düşük oranda gerçekleşebileceğini belirtmiştir³⁶. Bu karar hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalar yoluyla düşük oranlarda pazarı kapamasının dahi ihlal oluşturabileceğini anlatmaktadır. Dolayısıyla söz konusu karardan Sherman Yasası 2. bölümünün uygulanmasının daha olası olduğu sonucu çıkmaktadır.

İkna edici sebeplerin varlığı halinde düşük kapama oranları da her zaman ihlal olarak nitelendirilmeyecektir. *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp.* kararı bu duruma örnek olarak verilebilir. Kararda, sözleşmelerin süresinin kısa olması ve dağıtıcıların avantajlı bir fiyat seviyesinde sabit arza ihtiyacı, üreticinin ise planlı üretim aracılığıyla daha düşük maliyetlere ihtiyacı gibi haklı bulunan gerekçeler nedeniyle münhasır anlaşmalar yasaya uygun bulunmuştur³⁷.

³⁵ *United States v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34, 64 (D.C. Cir. 2001)

³⁶ A.g. karar s. 32

³⁷ *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp.* 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983).

Benzer şekilde *U.S. Healthcare Inc. v. Healthsource Inc.*³⁸ kararında da münhasır anlaşmaların Sherman Yasası 2. bölümü kapsamında ihlal oluşturmadığına hükmedilmiştir. Yapılan değerlendirmede mahkeme tarafından münhasırlık düzenlemelerinin arz güvenliği sağlaması, planlamayı geliştirmesi, işlem maliyetlerini azaltması gibi yararlı yönleri ele alınarak anlaşma hukuka uygun bulunmuştur³⁹.

*McWane Inc. v. FTC*⁴⁰ kararında münhasırlık içeren tam destek programları incelenmiştir. Mahkeme, McWane tarafından uygulanan tam destek programlarının, rakip firma için tesisat pazarının önemli bir bölümünü kapadığı, dağıtıcılara erişimini engellediği dolayısıyla McWane'nin tekelci gücünü hukuksuz bir şekilde devam ettirdiği bulgusunu onaylamıştır⁴¹.

Mahkemeler münhasır anlaşmaları Sherman Yasası 2. bölümü bakımından değerlendirirken genel olarak belirli adımları izlemektedir. İlk olarak uygulamanın rekabete ve tüketicilere zarar verme potansiyelini belirlemekte, uygulamanın rekabet karşıtı ve rekabetçi etkilerini değerlendirmektedirler. Münhasır anlaşmaların süresi rekabete zarar verme olasılığı bakımından dikkate alınan bir diğer unsur olmaktadır. Kısa süreli ve istenildiği zaman sonlandırılabilen anlaşmaların uzun dönemli anlaşmalara nispeten rekabete zarar verme olasılığının daha az olduğu kabul edilmektedir⁴². Son olarak ise tekelci güce sahip firmanın pazarı kapama oranı incelenmektedir.

Pazar kapama ile ilgili olarak genellikle %30'un altındaki oranın ihlal oluşturmayacağı belirtilmektedir⁴³. Bununla birlikte rakiplere kapanan oranın % 30'un altında veya üstünde olması doğrudan yasal ya da doğrudan ihlal olarak kabul edildiği anlamına da gelmemektedir (DOJ Report 2008, 140-141).

Paschal (2007, 254)'a göre münhasır anlaşmaların, Sherman Yasası 2. bölümü altında hukuka aykırılığını tespit edebilmek için yeknesak bir uygulama olmasa da tüm mahkemeler, teşebbüsün rakiplerine kapanan dağıtım kanallarının oranını

³⁸ *U.S. Healthcare Inc. v. Healthsource Inc.* 986 F.2d 589, 591 (1st Cir. 1993).

³⁹ A.g. karar 595

⁴⁰ *McWane Inc. v. Federal Trade Commission*, Case 14-11363 (11. Cir. 2015)

⁴¹ Karar Sherman Yasası 2. bölümü bakımından değerlendirilmiş ancak 2. bölümü ihlal eden davranışın aynı zamanda FTC yasasının 5. bölümünü de ihlal edeceği belirtilerek bu hükmün ihlal edildiğine karar verilmiştir (A.g. karar s. 20).

⁴² Bkz. dn. 18, 193

⁴³ *Stop & Shop Supermarket Co. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 373 F.3d 57, 68 (1st Cir. 2004)

değerlendirmektedirler. Ayrıca, Sherman Yasası 2. bölümü altında yapılan analizlerde, tarafların yaptıkları anlaşmaların ihlal oluşturup oluşturmayacağını öngöremediklerini, bu belirsizliğin giderilebilmesi için güvenli bir oran saptamanın yararlı olacağını da savunmaktadır.

Tek taraflı davranış kapsamında yapılan değerlendirmeler bakımından AB uygulamalarına bakıldığında, hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmaları ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında 101. maddeye nispeten daha katı uygulamalara konu olmuştur. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Davranışlarına Karşı 102. Maddenin Uygulanmasındaki Önceliklere Dair Rehber (Rehber)'de⁴⁴ münhasır anlaşmaların 102. madde bakımından yapılacak değerlendirmesinde 101. maddeye benzer bir politika göze çarpmaktadır. Tüketici zararına neden olan rekabet karşıtı kapama kavramı altında münhasır anlaşmalar incelenirken göz önünde bulundurulması gereken hususlar belirtilmiştir.

İlk olarak hâkim durum ne kadar güçlü olursa rekabet karşıtı pazar kapama ihtimalinin o kadar yüksek olacağı belirtilerek hâkim durumdaki teşebbüsün pozisyonunun değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Daha sonra giriş ve genişleme imkânları, ölçek ya da kapsam ekonomilerinin varlığı ve ağ etkileri ile birlikte ilgili pazarın analiz edilmesi gerekmektedir. Ardından etkin rekabetin devam etmesi için önem ifade eden hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri ve müşteriler ile girdi sağlayıcılarının konumlarının analiz edilmesi gerekmektedir. Değerlendirilmesi gereken bir diğer unsur da dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın kapsamıdır; örneğin satışların büyük bir bölümünü oluşturması, süresinin uzunluğu pazar kapama etkisini artıracaktır. Bir rakibi dışlamaya yönelik ya da pazara girişini önlemek için hazırlanan detaylı planlar gibi dışlayıcı stratejilere doğrudan işaret eden belgelerin de incelenmesi gerekmektedir⁴⁵.

Komisyon tarafından Rehber'de rekabet karşıtı kapama kavramı ile bir yandan pazar kapamaya dikkat çekilirken diğer yandan da tüketici zararına atf yapılmaktadır. Yapılacak bir incelemede Komisyon'un sadece pazar kapamaya odaklanmayacağı,

⁴⁴ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 (102) of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2009/C 45/02)

⁴⁵ A.g. kaynak p. 20,35-36

tüketiciye etkisinin de dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Ancak etkin rekabetin sürdürülmesi ile tüketici menfaatlerinin korunması düşüncesi yeni bir durum değildir (Baur 2012, 423-424). Rehber, Komisyon'un odak noktasının tüketiciye yararı olmayan davalar olacağını belirtmekte, bu da 101. maddedekine benzer şekilde etki temelli yaklaşım sergileneceğini teyit etmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 432). Komisyonun yaklaşımındaki bu değişim münhasır anlaşmaların ele alındığı davalarda da görülmektedir.

Önceki davalara bakıldığında hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalarına karşı katı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. *Suiker Unie* kararında Komisyon, müşterilerin yıllık ihtiyaçlarını hâkim durumdaki teşebbüsten alması koşuluna bağlı indirimlerin, kötüye kullanma olacağını ifade etmiş ve karar mahkeme tarafından da onaylanmıştır⁴⁶. Benzer bir yaklaşım *Hoffman-La Roche* kararında sergilenmiştir. Kararda Roche'nin aynı ürünün belirli miktarları için rakiplerinden ürün alımlarını sınırlandırıp sınırlandırmamalarına göre farklı müşterilere farklı oranlarda indirim vermesi değerlendirilmiştir⁴⁷. Mahkeme Roche tarafından alıcılara sunulan özel fiyatların, alıcıların ihtiyacı olan ürünlerin büyük bir bölümünü Roche'un rakiplerinden elde etme fırsatından vazgeçmesi anlamına geldiğini değerlendirmiştir⁴⁸. Pazarda hâkim durumun varlığında rekabetin zaten kısıtlandığı, normal rekabetin dışındaki metotların pazarda var olan rekabeti ya da onun gelişmesini engelleyeceği belirtilmiştir.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalarına karşı katı yaklaşım *BPB Industries* kararı ile devam etmiştir. Kararda mahkeme, münhasır anlaşmaların ilke olarak yasaklanmadığını, pazarın özelliklerine bağlı olarak pazarın işleyişine verdiği etkilere bakılması gerektiğini ifade etmiş fakat hâkim durumdaki bir teşebbüsün varlığı nedeniyle kısıtlı rekabetin olduğu bir pazarda bunların kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır⁴⁹.

Münhasır anlaşmalara yönelik katı yaklaşımın *Van den Bergh Foods*⁵⁰ kararı ile birlikte son bulduğu söylenebilir. Söz konusu karar Komisyon ve AB mahkemeleri

⁴⁶ Cases C 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Suiker Unie and Others v Commission*

⁴⁷ C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* 1979 ECR 461

⁴⁸ A.g. karar s. 468

⁴⁹ Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* 1993 ECR II-389 p. 65-67

⁵⁰ *Van den Bergh Foods Ltd.* OJ 1998 L 246/1

tarafından münhasır anlaşmalara 101. ve 102. madde kapsamında tutarlı bir yaklaşım sergileme isteğinin açıkça gösterildiği ilk karardır (O'Donoghue ve Padilla 2013, 431). Anılan kararda Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüsün münhasırlık uygulamalarını hem 101. hem de 102. madde bakımından değerlendirmiştir. Dondurucu kabinlerinin münhasırlık koşuluyla verilmesinin, pazarda var olan müşterilerin büyümesini engellediği, potansiyel rakipler için giriş engeli oluşturduğu ve yerleşik teşebbüsün pazardaki konumunu güçlendirdiği ifade edilmiştir. Mahkeme aynı olayı 102. madde kapsamında değerlendirirken, Komisyon'un "*102. maddenin amacı doğrultusunda kötüye kullanma davranışının varlığı incelenirken anlaşmanın koşulları ve özellikle ilgili pazardaki rekabetçi yapıya etkisinin hesaba katılması gerektiği*"⁵¹ görüşünü destekler nitelikte, 101. maddedeki bulgularını özetlemiştir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 431).

Komisyon'un 102. madde bakımından benzer inceleme yaptığı başka bir karar da *Tomra*⁵² kararıdır. Komisyon Tomra'nın müşterilerle akdetmiş olduğu münhasırlık içeren anlaşmaların dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Sonuca ulaşırken Tomra'nın strateji ve uygulamalarının pazara girişi önleme, rakiplerin büyüme imkânlarını sınırlandırarak onları küçük tutma, daha ciddi rakip olma potansiyeline sahip olanları elimine etme ve rakipleri zayıflatma temeline dayandığı ifade edilmiştir⁵³. Yapılan analizlerde Tomra'nın sözleşmelerinin, pazarın ne kadarını kapadığı, süresi ve pazar koşulları değerlendirilmiştir. Buna karşın ilgili tarafın etkinlik savunmaları incelenmiş fakat ikna edici bulunmamıştır.

Tek taraflı davranışlar kapsamında yapılan değerlendirmelerde de AB ve ABD uygulamalarının birbirleriyle aynı doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık uygulamaları da diğer teşebbüslerde olduğu gibi nihai etkileri göz önüne alınarak değerlendirilmektedir. Tek taraflı davranış kapsamında uygulamanın kötüye kullanma olup olmadığı değerlendirilirken odaklanılan unsur pazarın kapanması olmaktadır.

⁵¹ A.g. karar p. 268

⁵² Tomra/Prokent COMP/E-1/38.113, 29.03.2006

⁵³ A.g. karar p. 97

2.3. ANLAŞMA VE TEK TARAFLI DAVRANIŞ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN DEĞERLENDİRMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Münhasır anlaşmaların konu olduğu davaların gerek rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümleri altında değerlendirilmesi gerek tek taraflı davranış hükümleri altında değerlendirilmesi hem ABD hem de AB rekabet otoriteleri tarafından göz önünde bulundurulmuş unsurlar ve analizler bakımından benzer nitelikler taşımaktadır.

Her iki hüküm altında yapılan analizlerde de genel olarak pazar kapama oranı, pazar gücü, giriş engelleri, rekabetin zarar görmesi, münhasır anlaşmaların rekabet karşıtı ve rekabet yanlı etkileri, anlaşmanın süresi ve sonlandırılabilirliği değerlendirilen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yapılan değerlendirmelerde temel olarak piyasanın rakiplere kapanıp kapanmadığı ele alınmaktadır. Piyasanın kapanmasının ölçüsü olarak ise sözleşmelerin süresi, sonlandırılabilirliği, bağlanan müşterilerin oranı, rakipler bakımından giriş engeli oluşturup oluşturmadığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte anlaşma hükümleri kapsamında yapılan incelemelerde ihlalin varlığı için daha yüksek kapama oranı aranırken, tek taraflı davranış kapsamında daha düşük oranlar ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.

Anlaşma ve tek taraflı davranış hükümleri altında yapılan değerlendirmelerin birbirine göre farklılık göstermemesi, bu hükümlerin birbiriyle ilişkisinin, hangi durumlarda anlaşma ve hangi durumlarda tek taraflı davranış kabul edildiğinin ve uygulanan ceza yöntemi bakımından farklılık olup olmadığının, daha detaylı incelenmesini gerektirmektedir.

Bu noktada Türk rekabet hukukunun yapı ve içerik olarak AB mevzuatıyla büyük oranda benzerlik göstermesi⁵⁴ nedeniyle anlaşma ve tek taraflı davranışların karşılaştırılmasında, AB uygulamalarının daha detaylı olarak incelenmesi uygun olacaktır.

⁵⁴ Kanun'un 4. maddesi rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklaması bakımından ABİDA 101. maddeyle, 6. maddesi ise bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklaması bakımından da ABİDA 102. maddeyle benzerlik göstermektedir.

2.3.1. ABİDA 101. ve 102. Madde İlişkisi

Temel olarak, 101. ve 102. maddeler lafzen farklı olsa da söz konusu maddelerin aynı amaca odaklandığı kabul edilebilir⁵⁵. Hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 102. maddenin ortaya çıkmasındaki temel düşünce hâkim durumdaki firmanın tek taraflı davranışlarıdır.

Uzun yıllardır süregelen uygulamalar ve mahkeme kararları 102. maddenin anlaşmalar için de geçerli olduğunu ortaya koymuştur. Bununla birlikte her iki maddenin de uygulama alanı kesin çizgilerle belirlenmemiştir. *Hoffman-La Roche*⁵⁶ kararında mahkeme 101. ve 102. maddelerin aynı sözleşmesel düzenlemelere uygulanabileceğini onaylamıştır. Bu kararda mahkeme:

...temel sorunun söz konusu davranışın 101. madde kapsamında olup olmadığı ve bundan dolayı aynı maddenin 3. paragrafı kapsamında yer alıp almadığıdır. Bununla birlikte anlaşmaların 101. madde kapsamında ve özellikle 3. paragraf altında yer alması 102. maddenin uygulanmasını engellemez.

ifadelerini kullanarak hâkim durumdaki teşebbüslerle yapılan münhasır sözleşmelerin 101. ve/veya 102. madde kapsamında değerlendirmesindeki serbestiyetin temellerini atmıştır. *Maritime Belge* kararında da Komisyon tarafından her iki maddenin de aynı anda uygulanabileceği mahkeme tarafından onaylanmıştır⁵⁷.

*Tetra Pak I*⁵⁸ kararında mahkeme anlaşmadan kaynaklı olmayan ve teşebbüse atfedilebilir tamamlayıcı bir ögenin olmadığı durumlarda hâkim durumdaki bir teşebbüsün anlaşmanın tarafı olmasının 102. maddeyi ihlal etmeyeceği savunmasını reddetmiştir. ABAD tarafından *Continental Can*⁵⁹ ve *Tetra Pak I*⁶⁰ kararlarında, her iki maddenin ortak amacının etkin rekabeti sürdürmek olduğu ifade edilmiştir.

Esasen 101. ve 102. maddeyi oluşturan metinlere bakıldığında her iki maddenin farklı türdeki davranışları yasaklamak için yapıldığı açıktır. Bununla birlikte söz konusu

⁵⁵ Case 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v Commission 1973 ECR 215 p. 25, Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v Commission 1990 ECR II-309, p. 15

⁵⁶ Bkz. dn. 47

⁵⁷ Case C-395, 396/96 P ECR-I 01365, 2000 Compagnie Maritime Belge v. Commission

⁵⁸ Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v Commission 1990 ECR II-309.

⁵⁹ Bkz. dn. 55

⁶⁰ Bkz. dn. 55

maddelerin her birinin uygulanabilmesi için farklı gereklilikleri olduğu gibi benzer durumları da söz konusu olmaktadır. Örneğin 101. maddenin uygulanabilmesi için en az iki teşebbüs olması gerekirken, 102. madde için bir teşebbüsün tek taraflı davranışı yeterli olmaktadır. Öte yandan hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışları hem 101. hem de 102. maddeyi ihlal edebilmektedir.

İki madde arasındaki tutarlılığı sağlamak ve bütünlüğü korumak adına Komisyon ve mahkeme uygulamaları neticesinde birtakım temel ilkeler oluşmuştur. Buna göre her iki hükmün koşullarının sağlandığı varsayılarak 101. ve 102. madde birbirine paralel olarak uygulanabilecektir. Bir başka ilke ise 101. madde altında değerlendirilen bir davranışın 102. madde bakımından da değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamasıdır. Son olarak 101. madde anlamında rekabetin kısıtlandığı gerçeğinin ortaya çıkması aynı zamanda kötüye kullanmanın oluşacağı anlamına gelmemektedir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 34-36).

2.3.2. Anlaşma veya Tek Taraflı Davranış Bulgusu

ABİDA'nın 101. maddesi anlamında anlaşma kavramı, tarafların ortak niyetlerinin pazardaki davranışları bakımından dürüstçe ifade edilmesi olarak tanımlanmıştır⁶¹. Daha sonra anlaşma kavramı AB mahkemelerince birçok davada sürekli geliştirilmiş ve yeniden yorumlanmıştır.

PVC kararında mahkeme bir davranışın anlaşma olarak değerlendirilebilmesi için teşebbüslerin ortak niyetlerinin ifade edilmiş olmasının yeterli olacağını kabul etmiştir⁶². Bununla birlikte anlaşmanın varlığından bahsedebilmek için, mahkemelerin farklı yorumlar yaptığı da olmuştur.

Tarafların pazardaki davranışlarından imtina etmek ya da karşılıklı olarak davranışlarının çerçevesini belirlemek suretiyle bireysel ticari davranışlarını sınırlandırdıkları ya da sınırlandırma olasılıklarının bulunduğu, ortak bir ticari plana bağlı kaldıkları durumlarda da anlaşmadan söz edilebileceği *Vitamins*⁶³ kararında ifade edilmiştir.

⁶¹ Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v Commission 1970 ECR 661 para. 112

⁶² Case C-238, 244, 245, 247, 250, 251,252, 254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij v Commission 2002, ECR I 08375 p. 516

⁶³ Case COMP/E-1/37.512 Vitamins p. 554

Sağlayıcı ile alıcı arasındaki sözleşmesel ilişki ise *Ford* kararında anlaşmanın bir parçası olarak kabul edilmiştir. Kararda, Ford'un tek taraflı davranış iddiaları reddedilmiştir. Mahkeme anlaşmanın varlığını ifade ederken, alıcıların Ford tarafından takip edilen politikaları kabul ettiğini ve taraflar arasında süreklilik arz eden bir ticari ilişki olduğunu belirtmiştir⁶⁴.

Anlaşma kavramı *Volkswagen I*⁶⁵ kararında ise daha geniş yorumlanmıştır. Kararda, belirli bir bölgenin dışına satışın önlenmesi için Volkswagen tarafından uygulanan indirim sistemi incelenmiştir. Sağlayıcı tarafından dikte edilen teşvikler, davranışın anlaşma olarak kabul edilmesini engellememiştir.

Tek taraflı davranış olarak kabul edilen kararlarda ise anlaşma kavramının geniş yorumlanmadığı görülmektedir. Komisyonun anlaşma bulgusu *Bayer* kararında mahkeme tarafından reddedilmiştir. Karara göre, tarafların davranışları bir anlaşmanın varlığına işaret etse dahi, sözleşme taraflarından birinin tek taraflı olarak davranabilmesi durumunda anlaşmadan söz edilemeyecektir⁶⁶.

*Volkswagen II*⁶⁷ kararında da, bir sağlayıcının davranışlarının var olan bir anlaşma ile çizilmediği durumlarda tek taraflı davranıştan bahsedilebileceği fakat kararın olay bazında verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Komisyonun anlaşma bulgusunun reddedildiği bir başka karar ise *JCB*⁶⁸ kararıdır. Kararda, indirim oranları ve yeniden satış fiyatını sabitlemek için dağıtıcılar ile anlaşma yapıldığı ve çeşitli şekillerde 101. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle ceza verilmesine hükmedilmiştir. Mahkeme ise JCB'nin dağıtıcılarına fiyat tavsiyesinde bulunduğunu ve bu fiyatların dağıtıcıların yeniden satış fiyatını etkilediğini kabul ederken, aralarında anlaşma olduğunu göstermek için bunun yeterli olmadığını ifade etmiştir⁶⁹.

Opel Nederland BV kararında Komisyon, Opel'in ihracatı önlemek için Hollandalı dağıtıcılarına satılan araç miktarını sınırlandırma politikasını incelemiş ve bu politikanın

⁶⁴ Cases 25, 26/84 *Ford v. Commission*, 1985 ECR 2725

⁶⁵ Case T-62/98 *Volkswagen AG v Commission*, 2000 ECR II-2707

⁶⁶ Case C-2/01 P ve C-3/01 *BAI v. Commission Bayer AG*, 2004 p. 101

⁶⁷ Case C-74/04 *Commission v. Volkswagen*, 2006

⁶⁸ *JCB Service OJ* [2002] L 69/1, [2002] 4 CMLR 148, p. 138–149.

⁶⁹ Case T-67/01 *JCB Service v. Commission* [2004] ECR II- 49, 4 CMLR 1346, p. 121–133.

dağıtıcılara iletildiğini ve onlarla anlaşıldığı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁷⁰. Buna karşın genel mahkeme Opel tarafından alınan söz konusu önlemlerin bayilerle irtibatlı bir şekilde olduğuna yönelik doğrudan bir kanıtın olmadığını ifade etmiştir⁷¹.

Öte yandan 102. maddenin tek taraflı davranışlara uygulandığı bilirse de bu hüküm çeşitli sözleşmesel ilişkilere de uygulanmaktadır. Sağlayıcı ve bayileri arasında dikey ilişkilerin söz konusu olduğu Michelin I⁷², Michelin II⁷³, British Airways⁷⁴, Tomra⁷⁵ davaları bu duruma örnek gösterilebilir.

Anlaşmanın varlığının ortaya konulabilmesi için tarafların isteklerinin uyuşması bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Rouseva (2010, 438)'ya göre bir uygulamayı anlaşma olarak değerlendirmek için isteklerin uyuşmasına gerek yoktur. Çünkü tipik olarak tarafların sözleşmesel ilişkilerinden farklı yararlar sağladığı düşünülürse, dikey anlaşmalar için buna ihtiyaç olmayacaktır⁷⁶.

İçtihat, anlaşmanın niteliğinin ve tek taraflı davranışın niteliğinin ne şekilde olacağına ilişkin net bir yol çizmemektedir. Anlaşma olarak değerlendirilen uygulamalarda tarafların ortak amaçlarının ve güdülerinin varlığının aranmadığı görülmektedir. Bununla birlikte iki tarafında çıkar elde etmediği durumlarda ve taraflardan birinin baskısının olduğu durumlarda da anlaşmanın varlığı kabul edilebilmektedir. Bir başka ifade ile 102. madde kapsamında ele alınan bir anlaşma 101. maddeden farklı olarak özel bir nitelik taşımamaktadır (Rouseva 2010, 439-442).

2.3.3. Yasal Sonuç Bakımından

İncelenen davranışın rekabet kurallarını ihlal etmesi durumunda cezai koşullar Komisyon'un 1/2003 sayılı düzenlemesi ile belirlenmiştir. Düzenlemeye göre 101. madde kapsamında anlaşmanın, tarafların her ikisinin de cezalandırılmasını gerektirdiği

⁷⁰ Opel Nederlan BV v. Commission OJ [2001] L 59/1, 4 CMLR 1441.

⁷¹ Case T-368/00 [2003] ECR II-4491, p. 78-82

⁷² Case 322/81 Michelin NV v. Commission 1983 ECR 3461

⁷³ Case T-203/01 Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission, 2003 ECR II 4071

⁷⁴ Case C-95/04 P British Airways v. Commission 2007 ECR I-2331

⁷⁵ Case C-549/10 P Tomra Systems v. Commission 2012

⁷⁶ Rouseva isteklerin uyuşması (concurrence of wills) bakımından yatay ve dikey anlaşmaları ayırmaktadır. Anlaşmanın unsurları tarafların isteklerinin uyuşmasının sağlanmasını gerekli kıldığından yatay anlaşmaların özel bir durum olduğu ifade edilmektedir.

düşünülebilir. Diğer taraftan 102. madde ise sadece hâkim durumdaki teşebbüsün cezalandırılmasını gerektirmektedir.

Komisyon uygulamalarına bakıldığında anlaşmanın 101. madde kapsamında ihlali durumunda her iki taraf cezalandırılmayabilir. Dağıtıcılar tarafından kısmen, isteksizce ve baskı altında kabul edilen bir sözleşme neticesinde 101. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiş ancak bu dağıtıcılar cezalandırılmamıştır⁷⁷.

Rekabet karşıtı koşul yalnızca sağlayıcının yararına olduğu ve dağıtıcının çıkarlarına uymadığı zaman, anlaşmaların ticari baskı ile kabul ettirilmesi durumunda Komisyon dağıtıcıları cezalandırmamaktadır. Ayrıca dağıtıcıların ekonomik olarak zayıf olduğu hallerde de aynı durum geçerlidir (Monti 2002, 293).

Bu bağlamda 101. madde bakımından ihlal olarak kabul edilen bir anlaşma ile 102. madde bakımından kötüye kullanma olarak nitelendirilen bir anlaşmanın yaptırımları da aynı olabilmekte, 101. ve 102. maddeler bakımından benzer cezalandırma politikası uygulanabilmektedir (Rousseva 2010, 443).

2.4. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Münhasır anlaşmalara karşı ilk zamanlardaki katı yaklaşımın yerini daha çok etki temelli yaklaşımların alması iki hüküm altında yapılan değerlendirmelerin birbirine yaklaşmasını sağlamıştır. Her ne kadar davranışın ihlal teşkil edip etmediği olay bazında değerlendirmeye tabi tutulsa da, tek taraflı davranış hükümleri ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşma hükümleri altında yapılan değerlendirmelerin benzer olduğu hem ABD⁷⁸ hem AB⁷⁹ rekabet hukukunda kabul görmektedir.

Öte yandan ABD mahkemelerinin son dönemde münhasır anlaşmaları Sherman Yasası 2. bölümü altında değerlendirme eğiliminde olduğu söylenebilecektir. Nitekim

⁷⁷ Tipp-Ex IV-31.192, 1987 OJ. L222 p. 76-79

⁷⁸ Bkz. dn. 35, Ayrıca; Abbot ve Wright, (2009) “Antitrust Analysis Of Tying Arrangements And Exclusive Dealing” George Mason University Law and Economics Research Paper Series 08-37 s. 20

⁷⁹ ICN Unilateral Conduct Working Group: “Unilateral Conduct Workbook Chapter 5: Exclusive Dealing” 12. Annual ICN Conference Warsaw, Poland 2013, (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf>); ROKITA, K. (2015) Abuse Of Dominance By Granting Rebates In Eu Competition Law (http://ascola-tokyo-conference.2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzy-sztof%20Rokita_ABUSE%20OF%20OMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.pdf) Erişim tarihi: 10 Ocak 2016

Paschal (2011, 265)'a göre de münhasır anlaşmaların Sherman Yasası 2. bölümü altında değerlendirilmesi daha uygundur.

AB uygulamalarında da taraflardan birinin hâkim durumda olduğu münhasır anlaşmalar önceki davalarda 101. ve 102. madde bakımından aynı anda değerlendirilse de sonraları bu anlaşmaların daha çok 102. madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁸⁰.

Komisyon, 101. ve 102. maddelerin uygulama alanı kesiştiğinde daha çok 102. maddeyi uygulamayı tercih etmektedir (Akman 2010, 606). Bu durumun altında çeşitli nedenler olabilir. Hâkim durumdaki teşebbüsün sadece kendisine çıkar sağlayacak anlaşmayı dayatabileceği dolayısıyla anlaşmadan ziyade tek taraflı davranışa uygun olacağı düşüncesi kanaatimizce en önemli unsurdur. Bunun yanı sıra 101. maddenin genel bir hüküm olmasına karşın 102. maddenin özel bir hüküm olmasından kaynaklanabilir. Ayrıca şikâyetlerin her iki hükmü de içeriyor olması durumunda tek taraflı davranışları ve anlaşmaları ayrı ayrı analiz etmek yerine hepsini 102. madde kapsamında değerlendirmenin daha uygun olduğu ileri sürülebilir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 37).

ABD ve AB uygulamaları, bu anlaşmaların her iki hüküm altında da değerlendirilmesinin önünde bir engel olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte hem ABD hem de AB otoriteleri, her iki hüküm altında yapılan değerlendirmelerin benzer olduğunu kabul ederek anlaşma veya tek taraflı davranış ayırımı yapmaya çalışmaksızın hâkim durumdaki teşebbüslerin bu uygulamalarını daha çok tek taraflı davranış olarak değerlendirmektedir.

Bir sonraki bölümde Türk rekabet hukukunda münhasırlık düzenlemeleri hakkında anlaşma kapsamında yapılan değerlendirmeler ile tek taraflı davranış kapsamında yapılan değerlendirmeler karşılaştırılacaktır.

⁸⁰ Bkz. dn. 52, COMP/37.990 Intel (2009),

BÖLÜM 3

MÜNHASIR DİKEY ANLAŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE KANUN’UN 4. VE 6. MADDELERİ İLE UYGULAMALARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Münhasırlık düzenlemelerinin değerlendirilmesinde ABD ve AB uygulamalarında anlaşma hükümleri ya da tek taraflı davranış hükümleri altında yapılan analizlerinin birbirine benzerlik gösterdiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte taraflardan birinin hâkim durumda olması uygulamanın daha çok tek taraflı davranışlar kapsamında değerlendirilmesi ile sonuçlanmaktadır.

Kanun’un 6. maddesiyle hâkim durumdaki teşebbüsün başkaları ile yapacağı anlaşmalar yoluyla bu durumunu kötüye kullanmasının yasaklanmış olması, aynı davranışın 4. madde ile yasaklanan anlaşmalar kapsamında da değerlendirilebilmesinin önünü açmaktadır. Çalışmanın bu kısmında 4. ve 6. maddenin uygulanması, hâkim durumdaki teşebbüslerin etkinlik savunmaları ve ceza yönetmeliği bakımından karşılaştırılacaktır.

3.1. 4. VE 6. MADDE UYGULAMASI

Kanun’un 4. maddesi belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklarken, 6. maddesi bir

veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yoluyla kötüye kullanmasını yasaklamaktadır.

Her ne kadar iki hükmün farklı gereklilikleri olsa da ortak amaçlarının etkin rekabetin korunmasını sağlamak olduğu söylenebilir⁸¹. Nitekim rekabeti kısıtlayıcı bir uygulamanın aynı anda 4. ve 6. madde kapsamına girmesi halinde tartışmalar, bu durumun sonucu olarak, değerlendirmenin hangi madde kapsamında yapılacağından ziyade sonuç odaklıdır. Bu da ilgili davranışa yönelik değerlendirmelerin birbiri ile benzeşmesine ve her iki hükmün alanının genişlemesine neden olmuştur.

Kanun'un 4. maddesinin uygulanması iki aşamadan meydana gelmektedir. İlk olarak bir anlaşma neticesinde maddenin ihlal edildiğinin tespit edilmesi, ikinci aşamada ise söz konusu anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinde belirtilen muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun'da yatay ya da dikey ayrımı yapılmaksızın rekabeti kısıtlayıcı her türlü anlaşma yasaklanmış ancak anlaşma kavramı tanımlanmamıştır. Anlaşma, iki veya daha fazla tarafın belirli bir konu veya konular üzerindeki her türlü irade uyuşması olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla yazılı, sözlü veya sadece fiili yollarla varılan mutabakatlar hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelmesin bir anlaşma olarak değerlendirilebilirler. Önemli olan, taraflar arasında açık veya gizli bir irade uyuşmasının varlığıdır (Karakılıç 2013, 16). Kurul *Unilever* kararında anlaşma ile ilgili olarak yazılı veya sözlü olmasının hatta geçerli olmasının bir önemi olmadığını tarafların kendilerini bağlı hissetmelerinin önemli olduğunu ifade etmiştir⁸².

Dikey anlaşmaların 4. madde kapsamında olduğu tartışılmazdır. Teşebbüslerin üretim ve dağıtım ağlarını en iyi şekilde oluşturmaları ve bunun sonucu olarak piyasadaki rekabet bakımından çeşitli avantajlar sağlayan dikey kısıtlamaların belirli koşulları sağlaması halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmesine ilişkin düzenlemeler Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ)'nde belirlenmiş ve bu düzenlemeler Dikey Kılavuz'da ayrıntılıca açıklanmıştır. Tebliğ'de grup olarak muafiyetten yararlanabilmek için sağlayıcının pazar payının %40'ın altında

⁸¹ Kanun'un genel gerekçesi

⁸² 18.02.2009 tarih ve 09-07/129-40 sayılı Kurul Kararı

olması gerektiği belirtilmiştir. Belirtilen pazar payı eşiğini aşan dikey anlaşmalar ise bireysel olarak değerlendirilmekte ve koşulları sağlaması halinde muafiyetten yararlanabilmektedirler. Pazar payı yüksek teşebbüsler için yapılacak değerlendirme de hâkim durumdaki teşebbüsler için yapılan değerlendirmeyi anımsatmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışları 6. maddede yasaklanmaktadır. Hâkim durum, teşebbüslerin, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmaktadır⁸³.

Hâkim durumun tespit edilebilmesi için en önemli göstergelerden biri teşebbüslerin sahip olduğu pazar payıdır. Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu işaret eden belirli bir pazar payı eşiği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (HDKK Kılavuzu) da belirtildiği üzere % 40'ın altında pazar payına sahip teşebbüslerin hâkim durumda bulunma olasılığının düşük olduğu, bu oranın üzerinde pazar payı olan teşebbüsler için ise daha detaylı inceleme yapmak gerektiği kabul edilmektedir.

Kurul kararları da HDKK Kılavuzu'nda belirtilen söz konusu eşikleri teyit eder niteliktedir. Örneğin, *Mediamarkt*⁸⁴, *Egetek*⁸⁵ kararlarında Kurul, % 40'ın altındaki pazar paylarının çoğu durumda hâkim durum tespiti için yeterli olmayacağını belirtmiştir. Bir başka kararda ise Kurul, % 70 ve üzeri pazar payının teşebbüsün hâkim durumda olduğuna yönelik önemli bir işaret olduğunu, % 50-70 arası pazar payının daha düşük bir olasılığa işaret ettiği, % 40 ve altı pazar payının ise nadir durumlar haricinde hâkim durumun bulunmadığına işaret ettiğini ifade etmiştir⁸⁶. Ancak incelenen pazarın özellikleri dikkate alınarak % 40'ın altında pazar payına sahip teşebbüslerin de hâkim durumda bulunabileceği kabul edilmektedir⁸⁷.

⁸³ Kanun'un 3. maddesi

⁸⁴ 12.05.2010 tarih ve 10-36/575-205 sayılı karar

⁸⁵ 30.09.2010 tarih ve 10-62/1286-487 sayılı karar

⁸⁶ 05.08.2010 tarih ve 10-52/956-335 sayılı karar

⁸⁷ 16.12.2010 tarih ve 10-78/1645-609 sayılı karar

Öte yandan, Dikey Kılavuz'a göre % 40 oranının altında kalan dikey anlaşmaların grup olarak 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulacağı kabul edilmektedir. Yapılacak analizlerde iki kılavuzda da % 40'ın üzerinde pazar payına sahip teşebbüsler önem kazanmakta bir başka ifade ile ciddi pazar gücü olan teşebbüslere odaklanılmaktadır⁸⁸. Her iki kılavuzda da teşebbüslerin pazar gücünün yüksekliğine önem verilmesi, rekabetçi endişe olarak piyasa kapamanın değerlendirilmesini ortak nokta yapmaktadır. Piyasa kapamanın varlığı değerlendirilirken dikkate alınan, sağlayıcının pazardaki konumu, münhasır olarak bağlanan müşterilerin oranı, anlaşmaların süresi vb. hususlarda her iki madde bakımından yapılan değerlendirmelerde karşımıza çıkmaktadır.

3.2. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN ETKİNLİK SAVUNMASI VE MUAFİYET İLKELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Bahsedildiği üzere Kanun'un 4. maddesi amacı veya etkisi bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yasaklamaktadır. Ancak 5. maddede belirtilen koşulların sağlanması durumunda teşebbüsler 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. 4. maddenin aksine 6. madde için teşebbüslerin etkinlik doğurucu davranışlarına karşı muafiyet tanınmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak AB mahkemeleri ve Komisyon içtihadıyla geliştirilen haklı gerekçe ilkesi (Faull ve Nikpay 2014, 333) ile etkinlik savunmaları 5. maddedekilere benzer şekilde fiili olarak 6. maddeye dâhil edilmiştir.

Tarihsel olarak AB mahkemeleri ve Komisyon tarafından etkinlik savunmalarının bugüne kadar hemen hemen hiç kabul görmediği, literatürde yaygın bir şekilde eleştirilmektedir⁸⁹. Türk rekabet hukukuna bakıldığında da 6. madde kapsamında etkinlik kavramının yer aldığı görülmektedir. 6. maddenin gerekçesinde bir teşebbüsün

⁸⁸ Dikey Kılavuz'un 72. paragrafında bir teşebbüsün ciddi pazar gücüne sahip olması durumunda marka içi ve markalar arası rekabetin korunmasının önem kazanacağı belirtilerek Kanun'un 4. maddesi bakımından yapılacak değerlendirmelerin pazar gücüne sahip olan teşebbüsler üzerinde yoğunlaşacağı ifade edilmektedir.

⁸⁹ O'Donoghue R. ve Padilla J. (2013) "*The Law and Economics of Article 102 TFEU*", 2. Baskı, Hart Publishing, İngiltere, s. 82; Bellis J. F. ve Kasten T. (2010), "*Will Efficiencies Play an Increasingly Important Role in the Assessment of Conduct Under Article 102?*", Etro F. ve Kokkoris I. (eds.), *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, The Modern Law Review Vol. 74 No: 4 s. 651-655; Motta M. (2009), "*The European Commission's Guidance Communication on Article 82*", *European Competition Law Review*, Vol. 30 No: 12, s. 598

kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek hâkim duruma gelmesinin sakıncalı bir durum olmadığı, hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını rekabeti kısıtlayıcı, engelleyici ya da bozucu şekilde kötüye kullanmalarının yasaklandığı belirtilmiştir.

Kurul tarafından “kendi iç dinamikleri” kavramı birçok kararda tekrarlanmış ve bu ibare, “kendi iç etkinliği” ibaresinin alternatifi olarak kullanılmıştır⁹⁰. Teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri ile rakiplerinin önüne geçmesinin yasaklanmadığı belirtilebilir. Etkinlik kavramı, 6. madde kararlarında kendine yer bulmakla birlikte, ihlal oluşturabilecek bir davranışın, etkinlik kazanımı gerekçesiyle yasaklanmadığı bir karara rastlanılmamıştır. Bu durum, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının da etkinlik doğurabileceğinin kabul edildiğine, ancak Kurul’un bu konuda ikna edilmesinin zor olduğuna işaret etmektedir.

Kurul kararlarında açıkça yer bulan etkinlik değerlendirmeleri, tek taraflı davranışlar alanında hazırlanan ilk ikincil düzenleme niteliğindeki HDKK Kılavuzu’nda da yer almıştır. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından öne sürülecek olan etkinlik savunmasında teşebbüs tarafından sağlanması beklenen dört koşul bulunmaktadır. Kurul’un 6. madde uygulamalarına temel teşkil eden etkinlik değerlendirmeleri ile ilgili koşulların 5. maddede yer alan koşullara benzerliği dikkat çekicidir.

İlk koşula göre *etkinlikler davranışın sonucu olarak gerçekleşmeli ya da gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır*. Bu koşula göre öncelikle etkinlik kavramı ile ne kastedildiğinin bilinmesi gerekir. Etkinlik, kaynakların uzun dönemde dağılımı ile ilgili olarak maliyetleri düşüren, kaliteyi artıran ve piyasaya yeni tür mal ve hizmetlerin sunumunu sağlayan yeniliklerin gerçekleşebilmesi olarak tanımlanmaktadır (Çınaroğlu 2003, 5). Kanun’un 5. maddesinin ilk koşulu *malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması* da *etkinlik* koşulu olarak kabul edilmektedir. Bu etkinlik kazanımlarının, tarafların sahip olduğu pazar gücünün kullanımı ile ortaya çıkması değil objektif olması

⁹⁰ 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı **Karbogaz** kararı, s.55 (“...4054 sayılı *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yasakladığı bir hâkim duruma sahip olmak değil, ancak bu hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu ayırımın temel amacı, teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri sonucu başarılı bir şekilde pazar paylarını artırmalarına imkân tanınması ihtiyacıdır.*”); 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı, s.53 (“*Rekabet teşebbüsler arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkânlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkânı tanınmalıdır.*”)

beklenmektedir⁹¹. Dolayısıyla HDKK Kılavuzu'nda davranış neticesinde gerçekleşmesi beklenen etkinlik kazanımlarının 4. madde kapsamında bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için beklenen koşulla benzer anlamı ifade ettiği söylenebilir.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin ispat etmesi gereken bir diğer koşul ise davranışın *söz konusu etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olmasıdır*. Bu koşulla beklenenin, muhtemel etkinlik kazanımlarının başka bir alternatif yolla sağlanamıyor olması gerektiği anlaşılmaktadır. Söz konusu hükmün 5. maddede belirtilen *rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması* ile benzer nitelikte olduğu söylenebilecektir. Nitekim rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması ile belirtilmek istenen, anlaşmanın iddia edilen etkinlik kazanımları için gerekli olup olmadığıdır. Eğer etkinlik kazanımları rekabeti daha az sınırlayacak bir yolla elde edilebiliyorsa bu şartın sağlanamayacağı kabul edilmektedir⁹². Bu bağlamda söz konusu koşulların aynı doğrultuda olduğu ileri sürülebilecektir.

Diğer taraftan 6. madde için bu hükmün nasıl uygulanacağı şüphelidir. 5. madde kapsamında muafiyet başvurusu yapacak teşebbüsler çoklu olarak hareket edeceklerdir. Bu bağlamda anlaşmanın hangi koşullarının belirtilen kriteri sağlayacağını, hangilerinin ise rekabet karşıtı olarak nitelendirileceğine ilişkin rakiplerinden bilgi elde etme avantajına sahiptirler. Bu durum 5. maddedeki koşulun gerçekten karşılanmasını olası yapmaktadır. Buna karşın 5. madde kapsamında hareket eden teşebbüslerin aksine, hâkim durumdaki teşebbüsler fiyat, maliyet ve rakiplerin stratejileri ile ilgili bilgilere genelde sahip olmazlar (Waelbroeck 2009, 14). Dolayısıyla tek başlarına hareket eden bu teşebbüsler için belirli bir davranış vazgeçilmez ya da gerekli olarak tanımlamak oldukça zordur (Baur 2012, 434).

Üçüncü koşul olarak *ortaya çıkması muhtemel etkinlikler; davranışın etkilenen pazarlarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerini telafi etmelidir*. Aslına bakılırsa bu koşul 5. maddede yer alan *tüketicinin yarar sağlanması* şartına yakın bir anlam taşımaktadır. Bu koşulla rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için anlaşmanın rekabet veya tüketiciler üzerinde gerçekleşen ya da potansiyel negatif etkilerinin telafi edilmesi, en azından net etkinin nötr olması

⁹¹ Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz

⁹² A.g. Kılavuz para. 65-67

beklenmektedir⁹³. Dolayısıyla sadece hâkim durumdaki teşebbüslerin yararına etkinlik sağlayan münhasır anlaşmalar ilgili koşulu sağlamayacak, tüketiciler üzerindeki nihai etkisi bakımından incelenecektir.

Son olarak hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı *fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmamalıdır*. Bu hükümlerle, etkinlik savunması kapsamında, davranış neticesinde ilgili pazardaki rekabetçi sürecin devam etmesinin beklendiğini ifade etmek zor değildir. Bu bağlamda hükmün kaynağının 5. maddedeki *ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması* koşulu olduğu söylenebilecektir. Ancak 6. maddenin hedeflediği teşebbüsler ve sahip oldukları özel sorumluluk⁹⁴ göz önüne alınırsa 5. maddeye göre karşılanması zor bir kriterdir.

Kanun'da hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı nitelikteki davranışlarına karşı muafiyet uygulaması öngörülmemiş olmakla birlikte Kurul'un etkinlik iddialarına önem verdiği görülmektedir. Nitekim HDKK Kılavuzu'nda hâkim durumdaki teşebbüslerin karşılanması beklenen etkinlik kazanımları da bu durumu desteklemektedir. Kurul, söz konusu kılavuzla birlikte teşebbüslerin aynı anda rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri olan münhasırlık gibi kısıtlamalar içeren anlaşmalarına karşı 4. maddedekine benzer bir değerlendirme yapacağını göstermektedir. Ancak ilgili pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüslerin söz konusu hükümleri etkinlik savunması kapsamında nasıl kullanacağını ve Kurul'un bu savunmaları nasıl değerlendireceğini ilerleyen dönemlerdeki olay bazında uygulamalar gösterecektir.

3.3. CEZA YÖNETMELİĞİ⁹⁵ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Münhasır dikey anlaşmalar, gerek rekabeti kısıtlayıcı gerekse rekabetçi yanlarının olması nedeniyle muğlak bir yapıdan oluşmaktadırlar. Teşebbüsler yaptıkları bu tür anlaşmalar neticesinde, rekabet otoritelerince yapılan değerlendirmelerde her an ihlal oluşturma tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta ve yüklü miktarda ceza

⁹³ A.g. Kılavuz para. 44

⁹⁴ Hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu olduğuna dair: Danıştay 10. Daire 2001/355 E., 2003/4245 K., 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı Kurul kararı

⁹⁵ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik

ödeyebilmektedirler. Rekabet hukuku bakımından farklı hükümler kapsamında ele alınabilen bu anlaşmalara karşı ihlal sonucuna ulaşılması durumunda değerlendirmeye tabi tutulduğu hükme göre belirlenecek ceza miktarı da değişebilecektir.

Kanun'da 4. ve 6. maddenin ihlal edilmesi durumunda teşebbüslerin gayri safi gelirlerinin %10'una kadar ceza verilebileceği belirtilmiştir⁹⁶. Cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığın sağlanabilmesi amacıyla Kanun'da belirtilen para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esaslar ise Ceza Yönetmeliği'yle düzenlenmektedir. Yönetmeliğe göre para cezalarının tespitinde öncelikle temel para cezası belirlenmekte, ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulmakta ve son olarak Pişmanlık Yönetmeliği⁹⁷ dikkate alınmaktadır.

Ceza Yönetmeliği'nde temel para cezasının belirlenmesinde 4. ve 6. maddelerin ihlal edilmesi bakımından sadece karteller ve diğer ihlaller olarak ayırım yapılmaktadır. İhlali oluşturan davranışın kartel olarak nitelendirilmesi durumunda temel para cezası %2-4 arasında tespit edilirken diğer ihlallerde %0,5 ila %3 arasında bir oran esas alınmaktadır.

Münhasır anlaşmalar üretim zincirinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasında ortaya çıkan dikey anlaşmalar olması nedeniyle kartel tanımı⁹⁸ kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu bağlamda kartel olarak nitelendirilmeyen bir anlaşmada cezanın tespit edilmesi için Kanun'un 4. veya 6. maddesi bakımından incelemiş olmasının temel para cezasının belirleneceği aralık bakımından bir önemi olmayacaktır. En nihayetinde hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalar yoluyla Kanun'u ihlal etmiş olması durumunda ne 4. madde ne de 6. madde kapsamında değerlendirilmiş olması ceza miktarını etkilemeyecektir.

Kanun'da ve ikincil düzenlemelerde yer alan kıstaslar birbirine benzemekte ve tespit edilecek ceza miktarı bakımından sonuç değişmemektedir. Buna karşın Kurulun münhasır anlaşmaları hangi kapsamda değerlendirileceği hususunda belirli bir içtihat

⁹⁶ Kanun; m.16

⁹⁷ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik

⁹⁸ Yönetmelikte kartel, fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler olarak tanımlanmaktadır.

oluşmamıştır. Aşağıda yer verilen kararlar da bu durumu açıkça göstermektedir. Bu bağlamda diğer bölümde Kurul'un 4. ve/veya 6. madde kapsamında ele aldığı kararlar incelenecektir.

3.4. İLGİLİ KURUL KARARLARI

Kurul kararlarına bakıldığında ne zaman hangi madde kapsamında bir değerlendirme yapılacağı açıkça görülememektedir. Münhasır anlaşmaların hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesine rağmen 4. maddeden değerlendirilen kararların yanında 6. maddeden değerlendirilen kararlarda bulunmakta, bunun yanı sıra aynı anda hem 4. madde hem de 6. madde bakımından değerlendirilen kararlarda yer almaktadır. Bu yaklaşımın nedeninin Kurul kararlarında açıkça ifade edilmemesi, bu noktada bir belirsizlik oluşturmaktadır.

Bu bölümde Kurul tarafından Kanun'un 4. ve/veya 6. maddesi kapsamında değerlendirilen münhasır anlaşmalar ile ilgili örnek kararlara yer verilecek, Kurul'un değerlendirmeye esas aldığı noktalar üzerinde durulup hangi kıstaslardan dolayı Kanun'un ilgili maddesi çerçevesinde ele alındığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra belirlilik oluşturması bakımından her iki madde altında ele alınan kıstaslar karşılaştırılacak ve münhasır anlaşmalara rekabeti kısıtlayıcı etkileri bakımından Kurul'un yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

3.4.1. Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar

Daha önce bahsedildiği üzere uygulanacak Kanun hükmü bakımından Kurulun münhasır anlaşmalara yaklaşımı farklılık arz etmektedir. Nitekim aşağıda yer verilen kararlardan bazılarının Kurul önüne ikinci kez geldiği ve 6. maddenin uygulandığı görülmektedir.

3.4.1.1. Biletix Kararı⁹⁹

Kararın çerçevesini Biletix'in, etkinlik biletlerinin elektronik satışına bir platform üzerinden aracılık hizmeti pazarında, etkinlik sahipleri ve organizatörler ile yapmış olduğu münhasır anlaşmalar oluşturmaktadır.

⁹⁹ 05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı Kurul kararı.

Biletix kararında, münhasır anlaşmaların Kanun'un 4. ve 6. maddesi kapsamında ele alınabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanun'un 4. maddesinin "hâkim durumda bulunmayan teşebbüslere de belirli durumlarda bir takım sorumluluklar yükleyebileceği..." dikkate alınmış ancak dosya kapsamında yapılan incelemelerde pazar gücü değerlendirmesi de yapılmıştır. Yapılan pazar gücü değerlendirmesinde pazar payı, etkinlik ve tüketici portföyü, yoğunlaşma oranları, marka bilinirliği, organizatörlerle olan ilişki ve pazar tecrübesi gibi hususlar değerlendirilerek Biletix'in ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olduğu kanaatine varılmıştır. Daha sonraki aşamalarda pazara giriş engelleri, münhasırlık sürelerinin uzunluğu, pazar kapama değerlendirmeleri yapılmıştır. Bununla beraber kararda rekabetçi çalışan sektörde belirli bir süre geçerli olan münhasır anlaşmaların gerekli ve faydalı olacağı belirtilmiş fakat muafiyet değerlendirmesi yapılmamıştır.

Kararda herhangi bir şekilde hâkim durum değerlendirmesi yapılmayıp bunun yerine Biletix'in ilgili pazarda pazar gücüne sahip olup olmadığının incelendiği görülmektedir. Karar tümüyle 4. madde kapsamında ele alınsa da, hâkim durum değerlendirmeleriyle aynı doğrultuda inceleme yapıldığı ifade edilebilecektir.

3.4.1.2. Doluca-Kavmar Kararı¹⁰⁰

Dosya konusunu, Kavmar ve Doluca ünvanlı teşebbüsler ile üçüncü taraflar arasında imzalanan münhasırlık anlaşmaları oluşturmaktadır. Kararda Doluca ve Kavmar'ın birlikte hareket ettiği tespit edilmiş ve bu teşebbüsler tarafından yapılan münhasır sözleşmelerin nihai satış noktalarına birlikte girecek şekilde düzenlendiği değerlendirilmiştir.

Kararda teşebbüslerin uygulamış oldukları münhasır anlaşmalarla ilgili olarak, tarafların işbirliği içinde hareket ettikleri tespiti yapılmıştır. Doluca ve Kavmar'ın tek bir firmaymış gibi hareket ederek % 80'den daha fazla pazar payı ile yerinde tüketim noktalarına münhasırlık içeren hükümler getirmelerinin, rakipler üzerinde dışlayıcı etki yaratabilecek ve pazarı kapatabilecek nitelikte olduğu değerlendirilmiştir. Bu durumun özellikle tarafların söz konusu işbirliklerini yeterince yaygınlaştırmış olmaları halinde geçerli olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁰⁰ 11.01. 2007 tarih ve 07-02/28-8 sayılı Kurul kararı

Kararda, münhasırlık uygulamalarının soruşturma konusu teşebbüslerin noktalara birlikte girmelerini sağlayacak şekilde koordinasyonlu olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Dolayısıyla bu karar, münhasırlık uygulamalarının rakipler arasında koordinasyon ya da işbirliği oluşturacak şekilde düzenlendiği durumlarda 4. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

3.4.1.3. Turkcell I Kararı¹⁰¹

Kararın konusunu Turkcell'in çeşitli kısa mesaj kampanyaları kapsamında mobil pazarlama hizmetleri pazarında yapmış olduğu münhasır anlaşmalar oluşturmaktadır.

Kararda Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında önemli bir pazar gücüne sahip olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır. Münhasırlık hükümlerinin grup muafiyetinden yararlanamayacağı tespit edilerek bireysel muafiyet değerlendirmesine geçilmiştir. Muafiyet değerlendirmesinde "*münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğu*" sonucuna varılmaktadır.

Kararda bu uygulamaların hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde bir ihlal değerlendirilmesi yapılmazken aynı uygulamalar 2009 yılındaki kararda 6. madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir¹⁰².

3.4.1.4. Frito Lay II Kararı¹⁰³

Kararda Frito Lay'in nihai satış noktalarında ürünlerinin tek satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediği incelenmiştir. Yapılan değerlendirmede Frito Lay'in satış noktalarından rakibi çıkartmayı ve rakibin girmesini engellemeyi amaçlayan çok sayıda belge bulunduğu değerlendirilmiştir.

Kararda hâkim durumda olduğu kabul edilen Frito Lay'in uygulamaları Kurul tarafından doğrudan 4. madde kapsamında ele alınmakta ve 6. madde kapsamında ihlal değerlendirilmesi yapılmamaktadır. Kararda yer alan "*... Frito Lay'in amacının satış noktalarından rakibi çıkartmak ve noktaları kampanyaya sadık kalmaya teşvik etmek*

¹⁰¹ 27.12.2007 tarih ve 07-92-1191-461 sayılı Kurul kararı. Bu karar Danıştay tarafından 6. madde kapsamında değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. 2008/4519 E., 2011/1655 K.

¹⁰² 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı Kurul kararı

¹⁰³ 29.08.2013 tarih ve 13-49/711-300 sayılı Kurul kararı

olduğu anlaşılmaktadır.” ifadesi 6. madde kapsamında yapılan incelemelere işaret etmektedir. Frito Lay’in fiili münhasırlık uygulamaları yoluyla Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmakta bununla birlikte neden 6. madde kapsamında ayrı bir değerlendirme yapılmadığına ilişkin net bir bilgi bulunmamaktadır.

3.4.1.5. Coca Cola Kararı¹⁰⁴

Kararın konusunu, Coca Cola’nın dağıtım ve satış kanalları ile yapmış olduğu münhasırlık içeren sözleşmelere ilişkin grup muafiyetinin geri alınması oluşturmaktadır¹⁰⁵.

Kararda, Coca Cola’nın içecek pazarında yapmış olduğu sözleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı ve bireysel muafiyet değerlendirmesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Öncelikle Coca Cola’nın ilgili pazarlarda hâkim durumda bulunduğu tespit edilmiştir. Daha sonra bağlanan müşterilerin oranları, rakiplerin pazardaki konumu, ilgili pazarlarda yer alan diğer münhasır sözleşmeler, pazara giriş engelleri, sözleşmelerin süresi vb. hususlar incelenmiştir.

Söz konusu uygulamaların 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı olduğu tespit edilmiş ve bireysel muafiyet değerlendirmesine geçilmiştir. Yapılan incelemede bireysel muafiyet koşullarının da sağlanmadığına hükmedilmiştir.

Kararda dikkat çekici olan nokta Coca Cola’nın hâkim durumda bulunduğu vurgulanmasıdır. Uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirilmesinde bu durumun önemli olduğu görülmektedir. Nitekim kararda Coca Cola’nın hâkim durumda olması, teşebbüsün sözleşme ve uygulamalarının muafiyetten yararlanamamasının temel dayanağını teşkil ettiği ifade edilmektedir.

3.4.1.6. Mey İçki I¹⁰⁶ Kararı

Dosya konusu, Mey İçki’nin nihai satış noktaları ile yaptığı münhasırlık içeren anlaşmalarına tanınan muafiyetin geri alınmasından oluşmaktadır.

¹⁰⁴ 10.9.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Kurul kararı

¹⁰⁵ Kararda, Tebliğ’e pazar payı eşiği getirilmeden önce akdedilmiş olan ve grup muafiyetinden yararlanan sözleşmelerin, Tebliğ’e getirilen pazar payı eşiği ile birlikte muafiyetin geri alınması gerektiği değerlendirilmiştir.

¹⁰⁶ 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Kurul kararı

Kararın önemli bir bölümünü Mey İçki'nin ilgili pazarda hâkim durumda bulunduğunun tespiti oluşturmaktadır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde Mey İçki'nin hâkim durumda olduğu belirlenmiş ve hâkim durumun tespitinin yanlış olduğuna ilişkin savunmalardan sonra bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır. Nihayetinde bireysel muafiyet koşullarını sağlamadığına hükmedilmiştir.

Kurul tarafından yapılan incelemenin, teşebbüsün hâkim durumda bulunduğunun tespiti ile bireysel muafiyet koşullarının değerlendirilmesinden oluşması önemli bir husustur. Şöyle ki, teşebbüsün hâkim durumda olduğu tespit edilmiş, ancak anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı incelenmemiştir. Bu noktadan hareketle, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının, bu teşebbüsün münhasırlık içeren sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğu çıkarımı yapılabilir. Neticede teşebbüsün hâkim durumda olması nedeniyle muafiyetten yararlanmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.4.1.7. Trakya Cam¹⁰⁷ Kararı

Kararın konusunu Trakya Cam ile Anadolu Cam ve diğer 18 bayi arasında imzalanması öngörülen münhasır yetkili bayilik sözleşmesine muafiyet verilmesi talebi oluşturmaktadır.

Kararda, bahse konu sözleşmelerin sağlayıcı ile bayiler arasında imzalanması öngörüldüğünden hareketle dikey bir anlaşma olduğu dolayısıyla Kanun'un 4. maddesi kapsamına girdiği belirtilmiştir. Yapılan incelemede Trakya Cam'ın pazar payının ilgili Tebliğ'de belirtilen eşikleri aşması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı ifade edilerek bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır.

Bireysel muafiyet değerlendirmesinde 6. madde kararlarında da yer alan, sağlayıcının pazardaki konumu, rakip teşebbüslerin pazardaki konumu, giriş engelleri, pazarın olgunluk seviyesi, sözleşme sürelerinin kısa olması vb. hususlar incelenmiştir. Bununla birlikte, sağlayıcı ile ilgili olarak hâkim durum değerlendirmesi yapılmazken Trakya Cam'ın pazarda lider konumda olması ve pazar gücünün bulunması muafiyet verilmemesinin nedenleri arasında görülmüştür.

¹⁰⁷02.12.2015 tarih ve 15-42/704-258 sayılı Kurul kararı

3.4.2. Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar

Bu kısımda yer alan kararlar, Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiş olmakla birlikte, kararlardan bazıları daha önce Kurul tarafından 4. madde kapsamında değerlendirilmiş ve bu kararlara yukarıda ilgili başlık altında da yer verilmiştir.

3.4.2.1. Mey İçki II Kararı¹⁰⁸

Mey İçki'nin satış noktaları üzerinde baskı oluşturarak rakip ürünlerin satışına engel olmak, kendi ürünleri lehine münhasırlık uygulamak ve rakiplerin faaliyetini zorlaştırmak suretiyle Kanun'u ihlal edip etmediği incelenmiştir. Karar'da Mey İçki'nin, satış noktalarına "indirim" ve "bedelsiz ürün" sağlamak suretiyle rakiplerin nihai satış noktasında yer almasını önleme uygulamaları ve satış noktalarının alımlarının tamamını kendisinden temin etmesini sağlayan hedef indirimleri değerlendirilmiştir.

Kararda, bu gibi uygulamalarla ilgili olarak temel rekabetçi endişenin rakiplerin pazarın önemli bir kısmına erişiminin kısıtlanması ve rekabet açısından dezavantajlı konuma getirilmesi olduğunu belirtmektedir. Dosyanın Kanun'un 4. maddesi kapsamında mı yoksa 6. maddesi kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili olarak her iki madde kapsamında da incelenebileceği, değerlendirme bakımından herhangi bir farklılık bulunmadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte 6. madde kapsamında ele alınmasının nedeni olarak söz konusu uygulamaların hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştiriliyor olması, teşebbüsün tek taraflı uygulamaları neticesinde ortaya çıkması, ABAD ve Komisyon kararları gösterilmektedir.

Hâkim durumdaki teşebbüs davranışlarının pazar kapama etkileri değerlendirilirken, müşterilerin konumuna dikkat çekilerek rakipler için önemli noktalara uygulandığı, potansiyel rakiplerin minimum etkin ölçüğe erişmesini engelleyecek seviyede satış noktasına uygulandığı, rakiplerin pazara erişimde alternatif kanallarının olup olmadığı ve davranışın uygulanma süresinin uzunluğu değerlendirilmektedir.

¹⁰⁸ 12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı Kurul kararı

3.4.2.2. *Turkcell II Kararı*¹⁰⁹

Turkcell'in çeşitli uygulamalar yoluyla fiili münhasırlık meydana getirerek rakiplerinin pazara girişini doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyip engellemediği değerlendirilmiştir.

Kararda hâkim durumda olduğu tespit edilen Turkcell'in uygulamalarının 6. madde kapsamında olup olmadığı belirlenirken, Turkcell'in kendi hedef ve istekleri doğrultusunda kampanya kurgularına müdahale etmesinin ticari teamüllere uymayan sıra dışı, haksız ve rakipleri pazar dışına iten bir uygulama olduğu, caydırıcı fiyatlandırma stratejileri¹¹⁰ ve münhasırlık karşılığı indirimler uyguladığı, dolayısıyla Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Turkcell'in söz konusu uygulamalarının Turkcell I kararında 4. madde kapsamında olduğu kabul edilmesine rağmen¹¹¹ bu kararda doğrudan 6. madde kapsamında değerlendirilmesi Kurul'un münhasırlık anlaşmalarına karşı standart bir yaklaşımının olmadığını açıkça göstermektedir.

3.4.2.3. *Türk Telekom Kararı*¹¹²

Kararın konusunu Türk Telekom'un bina sahibi firmalarla imzaladığı münhasırlık anlaşmaları yoluyla rakip operatörlerin piyasaya girişlerini engellediği iddiası oluşturmaktadır.

Karardatek elden satın alma yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerde bu yükümlülük altına giren işletmenin başka işletmelerden de mal satın alabilme özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla pazardaki rekabetin ortadan kalktığı ya da önemli derecede azaldığı durumlarda kötüye kullanmadan bahsedilebileceği belirtilmiştir.

Yapılan değerlendirmede hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu vurgulanarak hareket alanlarının daraltılmış olduğu fakat bunun hiçbir şekilde münhasır anlaşma yapamayacakları anlamına gelmediği vurgulanmıştır. Son olarak Türk

¹⁰⁹ Danıştay'ın bozma kararı üzerine alınan 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁰ Kararda caydırıcı fiyatlandırma stratejisi, Turkcell tarafından şirketlere sağlanan barem ve mecaz indirimlerinin münhasıran Turkcell'e çalışma şartına bağlanması diğer operatörlerin de kampanyalara katılması halinde indirim sağlanmaması olarak ifade edilmektedir.

¹¹¹ Bknz: dip. 92

¹¹² 14.10.2009 tarih ve 09-47/1160-294 sayılı Kurul kararı

Telekom'un müşterilerle imzalamış olduğu protokollerin birinde münhasırlık hükmü bulunduğu ve bu hükmün tek başına pazar kapama etkisi oluşturmayacağı ifade edilerek, bir protokolün rekabet üzerindeki etkilerinin marjinal seviyede kalacağı, bu etkilerin rakiplerin pazar dışına çıkarılması ya da rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması olarak yorumlanmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

3.4.3. Kanun'un 4. ve 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Kararlar

Kurul uygulamalarına bakıldığında her zaman 4. ya da 6. maddeden birinin tercih edilmediği anlaşılmaktadır. Aşağıda yer verilen kararlarda olduğu gibi kimi zaman Kanun'un her iki maddesinin birlikte uygulandığı da görülmektedir.

3.4.3.1. *Biryay I*¹¹³ Kararı

Biryay I kararında, BBD ve YAYSAT ile bu teşebbüsler tarafından kurulan ortak girişim şirketi BİRYAY'ın gazete ve dergi dağıtım pazarında satış noktaları ile yapmış olduğu münhasırlık anlaşmaları ile birlikte hâkim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıkları incelenmiştir.

BBD ve YAYSAT tarafından yapılan tali bayilik sözleşmelerinin, taraflardan birine münhasır bir bölge tanıdığı, BİRYAY vasıtasıyla pazar ve müşteri paylaşımının söz konusu olduğu değerlendirilmiş ve Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.

Yapılan muafiyet değerlendirmesinde ise tali bayilik sözleşmelerinin, rakiplerin piyasaya girişini oldukça zorlaştırdığı ve rakip malları satmama ve dağıtmama gibi münhasırlık sağlayan hükümler içermesi durumunda muafiyet alamayacağı belirlenmiş ve Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği değerlendirilmiştir.

Kararda, 6. madde kapsamında yapılan ihlaller değerlendirilirken BİRYAY'ın kurulmasından sonra birbirine rakip olan iki teşebbüsün fiyat ve komisyon oranlarını ortak mutabakat sonucunda belirlediği ve birçok konuda ortak hareket ettiği tespit edilerek birlikte hâkim durumda olduklarına karar verilmiştir. Kurul, BBD ve YAYSAT'ın rakip bayilikleri kendi bayiliklerine çevirmeye çalışmasını ve mevcut gazete ve dergi satış noktalarından yararlanmasını engellemeye çalışmasını 6. madde kapsamında "rakiplerin

¹¹³ 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kurul kararı

piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” olarak değerlendirmiş ve ihlal sonucuna ulaşmıştır.

3.4.3.2. *Frito Lay I Kararı*¹¹⁴

Frito Lay’in paketlenmiş cips pazarında nihai satış noktalarında ürünlerinin münhasır satılmasına yönelik kurmuş olduğu sistem yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı değerlendirilmiştir.

Kurul bu kararda Frito Lay’in eylemlerinin aynı anda hem 4. madde kapsamına girdiğini hem de 6. madde kapsamına girdiğini belirtmiştir. Frito Lay’in nihai satış noktaları ile yapmış olduğu anlaşmaların, Frito Lay’in rakiplerinin belirli bir nokta ile ticari ilişkiler kurmasını engellediği için 4. madde kapsamında olduğu kabul edilmiştir.

Yapılan değerlendirmede satış noktalarının ikna edilmesi münhasırlık öngören sözlü anlaşma olarak kabul edilmiş ve rekabet etmeme yükümlülüğü öngören bu anlaşmalar 4. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirilmiştir.

Tebliğ kapsamında yapılan değerlendirmede, münhasır tedarik anlaşmalarının Kanun’un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf olduğu¹¹⁵, ancak söz konusu münhasırlık anlaşmalarının rakiplerin o müşterilerle iş yapmasını engellediği için Kanun’un 6. maddesi bakımından kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün özel sorumluluk bağlamında pazardaki rekabeti önemli ölçüde sınırlandıracak münhasır ilişkilere girmemesi gerektiği belirtilmektedir. En azından hâkim durumdaki teşebbüslerin girdiği münhasır ilişkilerin pazardaki gerçek veya potansiyel rakipler açısından zorlaştırıcı boyutlara geldiği veya pazarın önemli bir bölümünü kapadığı anda münhasırlık kurulmasına yönelik eylemlerine son vermesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Frito Lay’in hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin objektif bir haklı gerekçeye dayanmaması ve etkinlik doğurmaması durumunda kötüye kullanma olarak

¹¹⁴ 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Kurul kararı

¹¹⁵ 2002/2 sayılı Tebliğ’de kararın alındığı tarih itibarıyla pazar payı eşiği öngörülmediğinden belirli koşulları sağlayan anlaşmaların, teşebbüslerin pazardaki konumuna bakılmaksızın grup muafiyetinden yararlanacağı belirtilmiştir.

ele alınabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte Kanun'un 6. maddesi kapsamında yapılan;

...hâkim durumdaki teşebbüslere yüklenen özel sorumluluk bağlamında, bu teşebbüslerin rakipleri zora sokan pek çok davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilme riskinin bulunması, gösterilmesi gereken dikkatin derecesini ortaya koymaktadır.

değerlendirmesi önemlidir.

Kararda, anlaşmaların süresi ve müşterinin anlaşmaya sadık kalması için uygulanan teşvik ve yaptırımların olması münhasır anlaşmaların rakibi dışlayıcı etki göstermesinin koşulu olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte özel sorumluluğa vurgu yapılması da diğer teşebbüsler için ihlal teşkil etmeyecek davranışların söz konusu teşebbüsler için ihlal kabul edilebileceğini ortaya koymaktadır.

3.4.3.3. İzocam Kararı¹¹⁶

Kararın konusunu, İzocam'ın dışlayıcı fiyat politikaları ve münhasır bayilik sistemi aracılığıyla Kanun'u ihlal ettiği iddiaları oluşturmaktadır.

İzocam'ın bayiler ile arasındaki ticari ilişkide tedarikçi konumunda olduğu dolayısıyla İzocam ve bayileri arasında imzalanan münhasır bayilik anlaşmalarının dikey bir anlaşma olduğu ve bu nedenle 4. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yapılan değerlendirmede İzocam ile bayiler arasındaki anlaşmaların Tebliğ'den yararlanamayacağı ifade edilerek bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır. Sağlayıcı teşebbüsün pazardaki konumu, pazara giriş engelleri, ticaretin seviyesi, alıcıların pazardaki konumu gibi hususlar incelenerek bireysel muafiyet alamayacağı bu nedenle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

6. madde kapsamında yapılan değerlendirmenin gerekçesi olarak, İzocam'ın pazar gücünü kullanarak bayilerini münhasır anlaşma yapmaya teşvik ettiği, bunun için de prim sistemini kullandığı belirtilmektedir. Söz konusu eylemlerin rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında kabul edildiği ifade edilmektedir.

¹¹⁶ 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Kurul kararı

Kararda yer alan bir karşı görüşte 4. ve 6. maddeler bakımından yapılacak değerlendirmelerde uygulanması gereken yöntem olarak yer verilen şu ifadeler önemlidir;

...hâkim durumdaki bir teşebbüsün uygulamaları ve anlaşmaları öncelikle Kanunun 6. maddesi çerçevesinde bir karara bağlanmalıdır. Ardından da şayet 6. madde çerçevesinde bir ihlal tespit edilmez ise ve/veya 4. madde kapsamına giren uygulamalar ve anlaşmalar var ise, bu takdirde 5. madde değerlendirmesi yapılmalı ve bu eylemlerin muafiyet alamayacağı kanaatine ulaşırsa 4. madde ve ceza maddelerinin ilgili hükümleri uygulanmalıdır.

Kurul tarafından İzocam'ın uygulamaları, sağlayıcı ile bayiler arasında gerçekleşen dikey anlaşma olduğu gerekçesiyle 4. madde kapsamında kabul edilirken, pazar gücünü kullanarak bu anlaşmaları yapmaya teşvik etmesi 6. madde kapsamında ele alınmasına gerekçe gösterilmiştir.

Karar, Kanun'un her iki maddesi bakımından da değerlendirmeye alınmış fakat tek bir davranış olduğu gerekçesiyle tek cezaya hükmedilmiştir. Her iki madde bakımından ayrı ayrı incelenmesi esasen aynı unsurların kararda iki kez değerlendirilmesi anlamına gelmektedir ki bu durumun doğru olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim kararda 4. madde bakımından ayrıntılı bir analiz yapılırken 6. madde bakımından yapılan değerlendirmede "4. maddeye ilişkin yukarıda yapılan değerlendirmeler göz önüne alındığında piyasadaki rekabet açısından kaygı verici bir tablonun ortaya çıkacağı"nın ifade edilmesi görüşümüzü desteklemektedir.

Karşı görüşte ifade edilen husus da iki farklı değerlendirmenin yapılması gerektiği yönündedir. Gerek 6. ve 4. madde bakımından yapılan değerlendirmeler gerek muafiyet değerlendirmesi ile HDKK Kılavuzu'ndaki etkinlik savunmalarının benzer olması ve cezanın tespiti bakımından fark olmaması dikkate alındığında tarafımızca bu görüşe katılmak uygun düşmemektedir.

3.5. BÖLÜME İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Kurul tarafından münhasır anlaşmaları 4. ve/veya 6. madde bakımından değerlendirme hususunda kesin bir çizgi ortaya konulmamıştır. Bu noktada mevzuatta yer alan düzenlemeler değerlendirme açısından farklılık olmadığına işaret etmektedir.

4. madde altında yapılan analizlerde ilk olarak bu anlaşmaların ihlal oluşturup oluşturmadığı incelenmekte, ardından muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadığı kontrol edilmektedir. Dikey Kılavuz'da bu anlaşmaların pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiği durumda piyasa kapamaya yol açabileceğine vurgu yapılmakta ve odak noktasının bu teşebbüsler üzerinde olacağı ifade edilmektedir.

Dikey Kılavuz'da, yapılacak analizde dikkat edilmesi gereken hususlar olarak sağlayıcının, alıcının ve rakiplerinin pazardaki konumu, pazara giriş engelleri, incelenen davranışın kapsam ve süresi vb. unsurlar sayılmaktadır. HDKK Kılavuzu'nda da söz konusu unsurların tekrar edildiği görülmektedir. Nitekim hâkim durumdaki teşebbüslerin pazar gücünün yüksek olduğu gerçeğinden hareketle, benzer hususların her iki kılavuzda da dile getirilmesi şaşılacak bir durum değildir.

Diğer taraftan 4. madde kapsamında ihlal sonucuna varılması durumunda yapılacak muafiyet değerlendirmesi ile HDKK Kılavuzu'nda yer alan etkinlik kriterlerinin benzerliği kıyaslanabilir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin bu kriterleri nasıl karşılayacağı bir yana, söz konusu kriterlerin birbirinden çok da farklı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nihayet ihlal sonucunda tespit edilecek temel para cezası oranı da 4. veya 6. maddeye göre farklılık göstermeyecektir.

Uygulamalara bakıldığında ise, hangi madde kapsamında ne şekilde bir değerlendirme yapılacağı bariz bir şekilde ifade edilememektedir. Ne var ki *Biletix* kararında yapılan değerlendirmelerin 6. madde uygulamaları ile aynı yönde olması, *Turkcell I* kararında 4. madde bakımından değerlendirilen hususların *Turkcell II* kararında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak ele alınması, *Frito Lay II* kararının yine 6. madde unsurlarını andırması her iki madde uygulamasının da benzer olduğunu göstermektedir. Nitekim *Mey İçki II* kararında da bu açıdan herhangi bir farklılık bulunmadığı açık bir şekilde dile getirilmiştir.

Bu bağlamda, söz konusu iki maddenin birlikte uygulanması durumunda aynı değerlendirmenin iki kez yapılmış olacağı söylenebilir. Nitekim Kurul bir kararında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşırken, her iki madde için ayrı ayrı değerlendirme yapmamıştır¹¹⁷.

¹¹⁷ 05.03.2015 tarih ve 15-10/148-65 sayılı Kurul kararı

Bununla birlikte 4. madde kapsamında yapılan değerlendirmelerin genelinde de hâkim durumun ve pazar gücünün odak noktası olduğu, 6. madde değerlendirmeleri ile aynı yönde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim diğer teşebbüslere nispeten hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının rekabeti ihlal edebilme olasılığının fazla olması, değerlendirmelerin 6. madde temelinde olmasını makul kılmaktadır.

Öte yandan teşebbüslerin yararlandığı muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararlar da 6. madde yönünden değerlendirme yapılmasının uygun olacağına işaret etmektedir. Gerçekten de *Coca Cola* kararında muafiyetin geri alınmasının temel dayanağının hâkim durumda olması gösterilmektedir. Diğer taraftan *Mey İçki I* kararında da hâkim durum tespitinden sonra, anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı incelenmemektedir. Söz konusu durum da hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır anlaşmalarının esasen rekabeti kısıtlayıcı olduğu, dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olup olmadığının değil, kötüye kullanma olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Mey İçki I ve *Coca Cola* kararları dışında da teşebbüsün hâkim durumda olması nedeniyle Kurul tarafından muafiyetin geri alındığı karar bulunmaktadır¹¹⁸. Özetle muafiyetin geri alınması kararlarına bakıldığında, muafiyetten yararlanma hakkı geri alınan teşebbüslerin genelde hâkim durumda olduğu, kapama oranının önemi olmaksızın, hâkim durumdaki teşebbüsün kurduğu münhasırlık sisteminin rekabeti kısıtlayıcı olduğu görülmektedir (Aslan 2011, 99).

Burada Tebliğ ile teşebbüslere tanınan muafiyetin sadece 4. maddenin uygulanmasından koruma sağladığı belirtilmelidir. Tebliğ ile tanınan muafiyet 6. maddenin uygulanmasını engellememektedir. Dolayısıyla teşebbüsler bakımından yapılacak nihai değerlendirme 6. madde çerçevesinde alınacak karara bağlı olmaktadır.

Birden fazla teşebbüsün olduğu kararlarda 4. madde yönüyle yapılan değerlendirmelerin de önemli olduğu düşünülmektedir. *Doluca-Kavmar* kararında münhasır anlaşmaların rakip teşebbüsler tarafından koordinasyon halinde yapıldığı ve rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşılmıştır. *Biryay I* kararında da yine rakip teşebbüslerin birlikte hareket ederek pazar paylaşımı ve fiyat tespiti yaptıkları belirlenmiştir.

¹¹⁸ 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kurul kararı

Bu kararlar, münhasır anlaşmaların rakip teşebbüsler arasında işbirliğine yol açabileceği ve kartel oluşturulmasını kolaylaştırabileceği noktasına dikkat çekerek 4. madde bağlamında değerlendirmenin yapılacağına işaret etmektedir. Esasen iki veya daha fazla teşebbüsün koordinasyonlu olarak münhasırlık uygulamalarına girişmesi ve bu uygulamaların yaygın olması durumunda, anılan teşebbüsler arasında gizli bir anlaşmanın varlığı ileri sürülebilir. Söz konusu durumda münhasır anlaşmalar, bu teşebbüsler tarafından pazar paylaşımı, müşteri paylaşımı gibi hususların gizlenmesi amacıyla uygulanmış olabilir. Dolayısıyla birden fazla rakip teşebbüsün taraf olduğu durumlarda 4. madde bakımından değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

Öte yandan bu uygulamaların hangi durumlarda anlaşma olarak kabul edileceği hangi durumlarda tek taraflı davranış olarak kabul edileceği Kurul uygulamalarından anlaşılammaktadır. Zira rekabet hukukunda anlaşma kavramının geniş yorumlanması, tek taraflı gibi görünen davranışların da anlaşma olarak ele alınmasına neden olabilmektedir.

Düşüncemize göre bu şekilde bir ayırım yapmaya çalışmak karışıklığa yol açacaktır. Zira Kanun'un 6. maddesinin anlaşmalar yoluyla kötüye kullanmayı da yasaklaması bu ayırma ihtiyacı bırakmamaktadır. Her iki durumda da 6. madde kapsamında değerlendirmenin önünde bir engel yoktur.

SONUÇ

Rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birisi olan dikey anlaşmaların hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ne şekilde değerlendirileceği hususu halen açıklığa kavuşmuş değildir. Bu anlaşmalar piyasadaki rekabet ve tüketici refahı bakımından olumlu sonuçlar doğurabildiği gibi olumsuz sonuçlar da doğurabilmektedir.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık içeren dikey anlaşmalarının doğrudan ihlal teşkil edeceği şeklinde uygulanan katı yaklaşım, piyasadaki rekabetin korunmasının yanı sıra tüketici refahının da korunması gerektiği düşüncesiyle yerini etki temelli yaklaşıma bırakmıştır.

Rekabet politikalarındaki bu değişim münhasırlık içeren dikey anlaşmaların anlaşma hükümleri altında yapılan değerlendirmeleri ile tek taraflı davranış hükümleri altında yapılan değerlendirmelerinin birbirine yaklaşmasına neden olmuştur. Bu durumun sonucu olarak hâkim durumdaki teşebbüslerin bu tür anlaşmalarına hangi hükmün uygulanması gerektiği hususu önem kazanmıştır.

ABD ve AB uygulamalarında her iki hüküm altında da yapılan değerlendirmelerin benzer olduğu kabul edilmektedir. Türk rekabet hukuku açısından da değerlendirme unsurları, etkinlik kriterleri, cezai yaptırım ve Kurul uygulamaları göz önüne alındığında aynı hususun geçerli olduğu görülmektedir. Bu bağlamda 4. ve/veya 6. madde kapsamında değerlendirme açısından bir farklılık olmadığı ileri sürülebilecek olmakla beraber, aşağıda sayılan nedenlerle 6. maddenin uygulanması doğru olacaktır.

İlk olarak hâkim durumdaki teşebbüslerin, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız olarak davranabilme ve fiyat belirleyebilme yetisi olduğu açıktır. Bu teşebbüslerin sahip

olduğu pazar gücü dağıtıcılar ile yapacakları anlaşmalara kendi koşullarını dayatabilme imkânı sağlamaktadır.

Bir başka husus olarak ise sağlayıcının güçlü olduğu dikey anlaşmalara getirilen kısıtlamalara karşı dağıtıcılar, her halükarda sağlayıcı tarafından dikte edilen kısıtlamalara boyun eğecektir (Burns 1990, 14). Bu açıdan sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki dikey kısıtlamalarda nihai kararı her zaman sağlayıcının verdiği söylenebilir.

Bununla birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde özel sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu sorumluluk, diğer teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde ihlal oluşturmayacak davranışların, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde ihlal oluşturabileceği anlamına gelmektedir.

Ayrıca, 6. madde özel olarak hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarını düzenlemekte, Tebliğ ile tanınan muafiyet 6. maddenin uygulanmasını engellemekte ve nihai olarak 6. maddeden değerlendirme yapılmakta, 4. madde kapsamında yapılan değerlendirmeler de 6. maddedeki ile aynı olmaktadır.

Öte yandan söz konusu uygulamaların yaygın olarak kullanılması durumunda rakipler arası işbirliğini ve karteli kolaylaştırabileceği bir gerçektir. Birden fazla teşebbüsün koordinasyon halinde bu uygulamaları gerçekleştirmesi pazar ve müşteri paylaşımına işaret edebilmektedir. Böyle durumlarda istisna olarak, *Doluca-Kavmar* kararında olduğu gibi, 4. madde kapsamında değerlendirme yapılması doğru olacaktır.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık içeren anlaşmalarının 6. madde kapsamında değerlendirilmesi neticesinde uygulamalarda yeknesaklık olacak ve *hukuki açıdan belirlilik* sağlanmış olacaktır. Bununla birlikte istisnai olarak 4. madde kapsamında yapılan değerlendirmede tarafların hem yatay olarak hem de dikey olarak 4. maddeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi durumunda da her iki ihlal için ayrı ayrı ceza verilmesi de *Ne Bis In Idem*¹¹⁹ ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹²⁰.

¹¹⁹ Ülkemizde *Ne Bis In Idem* ilkesinin idari para cezaları bakımından yasal dayanağını Kabahatler Kanunu oluşturmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesi bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi durumunu düzenlemektedir.

¹²⁰ Kurulun çimento sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere, 4. maddeyi yatay ve dikey olarak ihlal ettiği gerekçesiyle birden fazla ceza uyguladığı 24.04.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayılı kararı, Danıştay İDDK tarafından 04.02.2013 tarih ve 2008/3076 E., 2013/345 K., sayılı karar ile hukuka uygun bulunmuştur.

Son olarak HDKK kılavuzunda yer alan etkinlik kriterlerinin 5. maddedeki koşullardan çok farklı olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu kriterler uygulanırken, hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlık uygulamalarının, diğer teşebbüslere nispeten rekabetçi yapıya zarar verme olasılığının fazla olduğu dikkate alınarak daha ikna edici sebeplerin varlığı aranmalıdır.

Bu bağlamda hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasır dikey anlaşmaları AB, ABD uygulamaları ve anılan nedenlerle tek taraflı davranış kapsamında 6. maddeden değerlendirilmelidir.

ABSTRACT

From an economics standpoint, the pros and cons of exclusive agreements are well known. Such agreements can raise issues under the antitrust laws, by denying competitors access to the goods or services, they can exclude competitors from market. It is widely accepted that exclusive agreements also have several positive effects in the market, such as promoting more effective distribution, minimizing free riding, improving product quality.

Because the exclusive agreements may have anticompetitive and procompetitive effects on the relevant market, it has been a messy area of the law. As a result competition authorities have failed to identify a single rule or standart to analyze these agreements.

Dominant companies may also enter into exclusive agreements. In such circumstances, these agreements fall within the scope of either unilateral conduct provisions or rules relating to anticompetitive agreements. Despite the existence of a considerable theoretical literature, there is still much disagreement about the key question of which provision should be applied.

For this purpose, exclusive agreements and problems encountered in practices are expressed in first section. Then, by taking the general principles of EU and US law into consideration, assessments under the unilateral conduct provisions and anticompetitive agreements provisions are compared. Lastly, Turkish Competition Law literature and practices are evaluated.

KAYNAKÇA

ABBOT, F. A. ve D. J. WRIGHT (2009) “Antitrust Analysis Of Tying Arrangements And Exclusive Dealing”, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* s. 08-37.

ASLAN, İ. Y., ve H. E. ÖNAL (2011), “*Türk Akaryakıt Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar Ve Çözüm Önerileri*” Ekin Yayınevi, Bursa.

ALLAIN M.-L., C. CHAMBOLLE ve C. CHRISTIN (2009), “Downstream Competition, Exclusive Dealing and Upstream Collusion”, Workshop on Market Power in Vertically Related Markets, Toulouse, France, <https://www.tse-fr.eu/research/publications/articles> Erişim Tarihi: 24.12.2015.

AKMAN, P. (2010), “The European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?”, *The Modern Law Review*, Vol: 73, No: 4, s. 605-630.

AREEDA, P., L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases* Fifth Edition New York, Aspen Law & Business.

BAUR, L.-A. (2012), “Analysing The Commission’s Guidance On Enforcement Priorities In Applying Article 102 TFEU - An Efficiency Defence For Abusive Behaviour Of Dominant Undertakings?”, *Maastricht Journal of European and Comperative Law*, Sayı 3, s. 423-442.

BELLİS, J.-F. ve T. KASTEN (2010), “Will Efficiencies Play an Increasingly Important Role in the Assessment of Conduct Under Article 102?”, *The Antitrust Bulletin* Vol: 55, No: 4, s. 915-927.

BURNS J. W. (1990), “Rethinking the ‘Agreement’ Element in Vertical Antitrust Restraints”, *Ohio State Law Journal* Vol: 51, No: 1, s.1-40.

CHIRITA, A. D. (2011), *The German And Romanian Abuse Of Market Dominance In The Light Of Article 102 TFEU*, Nomos, Baden-Baden.

COMANOR, W. S. (1984-1985), “Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, And The New Antitrust Policy”, *Harvard Law Review* Vol: 98, No: 5, s. 983-1002.

- ÇINAROĞLU, S. (2003), “Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 25, Ankara.
- EKDİ, B. (2009), “Hakim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması”, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 16, Ankara.
- ETRO, F. ve KOKKORİS, I. (2011), “Competition Law and the Enforcement of Article 102”, *The Modern Law Review*, Vol: 74, No: 4, s.651-655.
- FAULL, J. ve A. NIKPAY (2014), *The EU Law Of Competition*, Oxford University Press.
- FEHR, H. N. ve D. HARBORD (2014), “The Law and Economics of Vertical Restraints An Overview”, http://www.market-analysis.co.uk/PDF/Reports/Vertical%20Restraints_%2010%20November%2014.pdf, Erişim tarihi: 03.02.2016.
- GERADIN, D. (2015), “Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol: 11, No: 3, s.579-615.
- HİLDEBRAND, D. (2009), *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, Netherlands.
- HOVENKAMP, H. (1999) *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. St. Paul, Minnesota: West Group, s. 431.
- ICN (2013), “Unilateral Conduct Workbook Chapter 5: Exclusive Dealing” 12. Annual ICN Conference Warsaw, Poland.
- ICN (2008), “Report on Single Branding/Exclusive Dealing”, 7. Annual ICN Conference, Kyoto, Japan.
- JONES A. ve B. SUFRİN (2014), *EU Competition Law: Text Cases And Materials* Fifth Edition, Oxford University Press.
- KARABEL G. (2015), “Rekabet Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi” Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 141, Ankara.
- KARAKILIÇ H. (2013), “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hâkim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamaları”, *Rekabet Dergisi* Vol: 14, No: 4 s.3-48.
- KARAKURT, A. (2005): “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar”, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 11, Ankara.
- KRATTENMAKER, T. G. ve S. C. SALOP (1986), “Anti-competitive Exclusion: Raising Rivals’ Cost to Achieve Power over Price”, *Yale Law Journal*, Vol: 96, No: 2, s.209-293.

LAFONTAINE, F. ve M. SLADE (2005), “Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy”, B. Paolo (der.), *Handbook of Antitrust Economics* içinde, Washington, s.391-414.

MONTI, G. (2002), “Anticompetitive Agreements: The Innocent Parties’ Right To Damages” *European Law Review*, Vol: 27, No: 3, s. 282-302.

MOTTA, M. (2009), “The European Commission’s Guidance Communication on Article 82”, *European Competition Law Review*, Vol: 30 No: 12, s. 598.

O’DONOGHUE, R. ve J. PADİLLA (2013), *The Law And Economics of Article 102 TFEU*, Second Edition, Oregon.

OECD (1990), “Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law”, <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Erişim Tarihi: 01.02.2016.

ÖZEN, M. (2010), “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, s. 389-417.

ÖZKAN, F. A. (2014), “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kılavuzu’nun Kapsamlı Bir İncelemesi”, *Rekabet Forumu*, Sayı 85, s.10-42.

ÖZKAN, F. A. (2013), “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı’nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 4 Sayı 1, s.311-350.

PASCHAL (2011), “Market Realities Do Not Embody Necessary Economic Theory: Why Defendants Deserve A Safe Harbor Under Section 2 Of The Sherman Act For Exclusive Dealing”, *Georgia Law Review*, Vol: 46, s.249-266.

PETIT, N. (2013), “The Future of the Court of Justice in EU Competition Law – New Role and Responsibilities”, A. Rosas, Levits E. ve Bot Y. (der.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law* içinde, Hague, s. 397-424.

REIS, A. (2009), “Decision Making By Competition Authorities In The Analysis Of Exclusive Dealing Arrangements” George Washington University, Minerva Program <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2009/FinalPaper-Alessandra.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2016.

ROGERS (1996), “Beyond Economic Theory: A Model for Analyzing the Antitrust Implications of Exclusive Dealing Arrangements”, *Duke Law Journal* Vol: 45, No: 5, s. 1009-1048.

ROSCH T. J., “Vertical Restraints&Sherman Act 2” Commissioner, Federal Trade Commission at the Conference on Current Topics in Antitrust Economics and Competition Policy Sponsored by CRA İntl. Four Seasons Hotel, Washington, D.C. June 13, 2007 s. 2.

ROUSSEVA, E. (2010), *Rethinking Exclusionary Abuses In EU Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon.

ROUSSEVA, E (2006), “The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis Under Article 82 EC?”, *The Competition Law Review*, Vol:2 No: 2 s. 27-72.

SANLI, K.C. (2000), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, Ankara.

SILVEIRA, P., M. V. CARVALHO ve P. M. VERISSIMO (2013), “Vertical Restraints: A Look Ahead”, *CPI Journal*, Vol: 9, No: 1, s.1-7.

SOUBRIER, S. L. (2007), “The Concept of an Agreement and Beyond: How to Block Parallel Imports of Pharmaceuticals to Protect the Heart of Competition”, G. Amato ve C.-D. Ehlerman (der.), *EC Competition Law: A Critical Assesment* içinde, Oxford, Portland, s.81-142.

SPARK, K. L. (2009), “Format War, Antitrust Casualties: The Sherman act and the Blu-Ray-HD DVD format war”. *Southern California Law Review*, Vol: 83, s. 173.

STEUER, R. M. (1983), “Exclusive Dealing In Distribution”, *Cornell Law Review* Vol: 69 No: 1 s.101-134.

TOM, W. K., A. D. BALTO ve W. N. AVERITT (2000), “Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing” *Antitrust Law Journal* Vol: 67 No: 3 s.615-639.

VAN BAEL, I. ve J. F. BELLIS (2010), *Competition Law Of The European Community*, Fifth Edition, Kluwer Law International.

WHISH, R. (2015), “Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 6, No: 1, s.1-2.

WHISH R. ve D. BAİLEY (2012), *Competition Law*, Oxford Universty Press Seventh Edition, Oxford University Press.

ABD Yüksek Mahkemesi ve Bölge Mahkemeleri Kararları

- Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp. 724 F.2d 227, (1st Cir. 1983).
FTC V. Brown Shoe Co. 384 U.S. 316, (1966).
Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde 466 U.S. 2, (1984).
McWane Inc. v. Federal Trade Commission, Case 14-11363 (11. Cir. 2015).
Omega Envtl., Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F.3d 1157, (9th Cir. 1997).
Standard Fashion Co. v. Magrane Houston Co. 258 U.S. 346, (1922).
Standard Oil Co. v. United States 337 U.S. 293, (1949).
Stop & Shop Supermarket Co. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I., 373 F.3d 57, 68 (1st Cir. 2004).
Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320 (1961).
United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181, 197 (3d Cir. 2005).
United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).
United States v. Microsoft Corp. 253 F.3d 34, 64 (D.C. Cir. 2001).
U.S. Healthcare Inc. v. Healthsource Inc. 986 F.2d 589, 591 (1st Cir. 1993).

Komisyon Kararları

- Intel COMP/37.990, 2009.
JCB Service OJ, L 69/1, 2002.
Opel Nederlan BV OJ, L 59/1 2001.
Tipp-Ex IV-31.192, 1987, OJ. L222.
Tomra/Prokent, COMP/E-1/38.113, 2006.
Van den Bergh Foods Ltd. OJ 1998 L 246/1
Vitamins, COMP/E-1/37.512.

Genel Mahkeme ve ABAD Kararları

- ACF Chemiefarma NV v Commission Case 41/69, 1970 ECR 661.
BAI and Commission Bayer AG, Case C-2/01 P ve C-3/01, 2004.
BPB Industries and British Gypsum v Commission Case T-65/89, 1993 ECR II-389.
Commission v Volkswagen Case C-74/04, 2006.

- Compagnie Maritime Belge v. Commission Case C-395, 396/96 P ECR-I 01365, 2000.
Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v Commission Case 6/72, 1973 ECR 215.
Ford v. Commission Cases 25, 26/84, 1985 ECR 2725.
Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission C-85/76, 1979 ECR 461.
JCB Service v Commission Case T-67/01, 2004 ECR II- 49
Limburgse Vinyl Maatschappij v Commission Case C-238, 244, 245, 247, 250, 251, 252, 254/99 P, 2002 ECR I 08375.
Opel Nederland BV v. Commission Case T-368/00, ECR II-4491, 2003.
Compagnie Maritime Belge v. Commission Case C-395, 396/96 P ECR-I 01365, 2000.
Stergios Delimitis v. Henninger Bräu C-234/89, 1991.
Suiker Unie and Others v Commission Cases C 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73.
Tetra Pak Rausing SA v Commission Case T-51/89, 1990 ECR II-309.
Van den Bergh Foods Case T-65/98, 2003.
Volkswagen AG v Commission Case T-62/98, 2000 ECR II-2707.

Rekabet Kurulu Kararları

- 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı karar.
04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı karar.
01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı karar.
06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı karar.
24.04.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayılı karar.
11.01. 2007 tarih ve 07-02/28-8 sayılı karar.
27.12.2007 tarih ve 07-92-1191-461 sayılı karar.
18.02.2009 tarih ve 09-07/129-40 sayılı karar.
14.10.2009 tarih ve 09-47/1160-294 sayılı karar.
23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı karar.
08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı karar.
12.05.2010 tarih ve 10-36/575-205 sayılı karar.

05.08.2010 tarih ve 10-52/956-335 sayılı karar.
30.09.2010 tarih ve 10-62/1286-487 sayılı karar.
16.12.2010 tarih ve 10-78/1645-609 sayılı karar.
29.08.2013 tarih ve 13-49/711-300 sayılı karar.
05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı karar.
12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı karar.
05.03.2015 tarih ve 15-10/148-65 sayılı karar.
02.12.2015 tarih ve 15-42/704-258 sayılı karar.

Danıştay Kararları

10. Daire 2001/355 E., 2003/4245 K.
13. Daire 2008/4519 E., 2011/1655 K.
İDDK 2008/3076 E., 2013/345 K.

Diğer Kaynaklar

BONA, J. (2014), “Does an Exclusive Dealing Agreement Violate the Antitrust Laws?” Antitrust Attorney Blog <http://www.theantitrustattorney.com/2014/12/28/exclusive-dealing-agreement-violate-antitrust-laws/>, Erişim Tarihi, 13.12.2015.

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, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>. Erişim Tarihi, 12.10.2015.

European Commission Guidelines on Vertical Restraints 2010/C 130/01, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>. Erişim Tarihi, 28.09.2015

GALARZA, F. A., E. L. DZIADYKIEWICZ ve P. FIGUEROA (2012), “Exclusive distribution: An Overview of EU and National Case Law”, <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/GalarzaDziadykiewicz-ExclusiveDistribution.pdf>, Erişim Tarihi: 3.3.2016.

Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2009), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN). Erişim Tarihi, 15.01.2016

NURSKÍ, L. ve VERBOVEN, L. (2015), “ Exclusive Dealing As A Barrier To Entry? Evidence From Automobiles” s. 40.

ROKITA, K. (2015), Abuse Of Dominance By Granting Rebates In Eu Competition Law (http://ascola-tokyo-conference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzysztof%20rokita_ABUSE%20OF%20OMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.df) Erişim Tarihi: 10.01.2016.

WAELBROECK, D. (2009), “The Assessment of Efficiencies Under Article 82 EC and The Commission’s Guidance Paper” <http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/Waelbroeck.pdf/download.html> Erişim Tarihi: 22.02.2016.



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