

**ALMAN HUKUKU IŞIĞINDA  
PAZARDA GÖRELİ GÜÇLÜ TEŞEBBÜS KAVRAMI ve  
TEŞEBBÜSLER ARASINDA BAĞIMLILIK İLİŐKİŐİ**

Süleyman CENGİZ

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003  
Rekabet Kurumu - Ankara

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

06/07/2001 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE  
Başkanlığında, 4 No'lu Daire Başkanı Yasemin ERDEM,  
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan  
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,  
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve  
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"  
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-36-5

YAYIN NO

0099

# İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ .....	
GİRİŞ .....	

## Bölüm 1 GENEL OLARAK BAĞIMLILIK

1.1. ALMAN REKABET HUKUKUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ .....	
1.2. BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ .....	
1.3. BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN AMACI .....	
1.4. BAĞIMLILIĞIN PAZAR GÜCÜ İLE İLİŞKİSİ .....	
1.5. HAKİM DURUM ve GÖRELİ GÜÇLÜ TEŞEBBÜS KAVRAMLARI.....	
1.6. EKONOMİK GÜÇ, AYRIMCILIK ve REKABET.....	
1.7. GENEL AYRIMCILIK YASAĞI ve BAĞIMLILIK KAVRAMI İLİŞKİSİ.....	
1.7.1. Genel Olarak.....	
1.7.2. Genel Ayrımcılık Yasağını Destekleyen Hususlar .....	
1.7.3. Genel Ayrımcılık Yasağına Karşı Hususlar .....	

## Bölüm 2 BAĞIMLILIĞIN DÜZENLENMESİ

2.1. KÜÇÜK ve ORTA BÜYÜKLÜKTEKİ TEŞEBBÜSLER .....	
2.2. BAĞIMLILIĞIN TESPİTİ.....	
2.2.1. Başka Teşebbüslere Yönelmek İçin Yeterli ve Uygun Seçeneğin Olmaması .....	
2.2.1.1. Yeterli Seçeneğin Varlığı .....	
2.2.1.2. Seçeneklerin Uygunluğu .....	
2.2.2. Bağımlılık Türleri .....	
2.2.2.1. Ürün Bağımlılığı .....	
2.2.2.1.1. Markalı Mallar .....	
2.2.2.1.1.1. Tüketici Açısından Markalı Malların Tercih Edilme Sebepleri .....	
2.2.2.1.1.2. Üretici Açısından Markalı Malların Tercih Edilme Sebepleri .....	
2.2.2.1.2. Seçici Dağıtımın Ekonomisi .....	
2.2.2.1.2.1. Tüketicinin Eksik Bilgilenmesi .....	
2.2.2.1.2.2. Danışmanlık ve Destek Hizmetleri.....	

2.2.2.1.2.3.	Olumsuz Etkileri.....	
2.2.2.1.2.4.	“Free Rider” Sorunu.....	
2.2.2.1.2.5.	Prestij Malları.....	
2.2.2.1.2.6.	Yerleşik Dağıtıcıların Baskısı.....	
2.2.2.1.2.7.	Ortadan Kalkan Seçici Dağıtım Sisteminin Üreticiye Maliyeti.....	
2.2.2.1.3.	İlgili Rekabet Süreçleri.....	
2.2.2.1.3.1.	Marka İçi ve Markalar Arası Rekabet.....	
2.2.2.1.3.2.	Marka İçin Rekabet-About Brand Competition.....	
2.2.2.1.3.3.	Kararın Rekabet Süreçlerine Etkisi.....	
2.2.2.1.4.	Uygulamada Ürün Bağımlılığı.....	
2.2.2.1.4.1.	Üst Konum Bağımlılığı.....	
2.2.2.1.4.2.	Üst Grup Bağımlılığı.....	
2.2.2.1.5.	Mahkeme Kararları.....	
2.2.2.1.5.1.	Üst Konum Bağımlılığı.....	
2.2.2.1.5.1.1.	Rossignol.....	
2.2.2.1.5.1.2.	Asbach-Fachgrosshaendlervertrag.....	
2.2.2.1.5.1.3.	BMW- Direkthaendlervertrag.....	
2.2.2.1.5.1.4.	Fassbierpflegekette.....	
2.2.2.1.5.1.5.	Nordmende.....	
2.2.2.1.5.1.6.	SB-Verbrauchermarkt.....	
2.2.2.1.5.1.7.	Revell Plastics.....	
2.2.2.1.5.1.8.	Levi’s Jeans.....	
2.2.2.1.5.1.9.	Adidas.....	
2.2.2.1.5.1.10.	Technics.....	
2.2.2.1.5.2.	Üst Grup Bağımlılığı.....	
2.2.2.1.5.2.1.	Nordmende.....	
2.2.2.1.5.2.2.	Revell Plastics.....	
2.2.2.1.5.2.3.	Modellbauartikel II.....	
2.2.2.1.5.2.4.	Robbe-Modellsport.....	
2.2.2.1.5.2.5.	Plaza SB Warenhaus.....	
2.2.2.1.5.2.6.	Technics.....	
2.2.2.1.6.	Üst Konum Bağımlılığı Tespitinde Kullanılan Kriterler.....	
2.2.2.1.6.1.	Dağıtım Oranı.....	
2.2.2.1.6.2.	Ürünün Tüketici Gözündeki İmajı.....	
2.2.2.1.7.	Üst Grup Bağımlılığı Kriterleri.....	
2.2.2.1.7.1.	Olağan Ürün Yelpazesini Oluşturma Şekli.....	
2.2.2.1.7.2.	Ürünün Pazardaki Konumu.....	
2.2.2.1.8.	Avrupa Topluluk Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları.....	

2.2.2.1.9. Alman Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları .....	
2.2.2.2. İşletmesel Bağımlılık .....	
2.2.2.2.1. İşletmesel Bağımlılığın Farklı Türleri .....	
2.2.2.2.2. Batık Maliyet ve İşletmesel Bağımlılık .....	
2.2.2.3. Kısıtlıya Dayalı Bağımlılık .....	
2.2.2.3.1. Genel Olarak .....	
2.2.2.3.2. Olası Ekonomik Etkileri .....	
2.2.2.4. Talep Bağımlılığı .....	
2.2.2.4.1. Genel Olarak .....	
2.2.2.4.2. Talep Bağımlılığı Türleri .....	
2.2.2.4.3. Ticaret Kesiminin Alım Gücü .....	
2.2.2.4.4. Sanayi Kesiminin Alım Gücü .....	
2.2.2.4.5. Yargı Kararlarından Örnekler .....	
2.3. AYNİ TÜRDE TEŞEBBÜSLER .....	
2.3.1. Teşebbüslerin Genel Olarak Yerine Getirdikleri Temel Fonksiyonların Aynı Olması .....	
2.3.2. Görevlerinin ve Bu Bağlamda Yerine Getirdikleri Faaliyetin ve Ekonomik Fonksiyonlarının Aynı Olması .....	
2.3.3. Ürün Dağıtımında Ortaya Çıkan Temel Farklılıkların Bulunmaması .....	
2.4. OLAĞAN TİCARİ FAALİYET .....	
2.5. ENGELLEME ve AYRIMCILIK .....	
2.5.1. Genel Olarak .....	
2.5.2. Engelleyici ve Ayrımcı Davranış Şekilleri .....	
2.5.2.1. Sözleşme Yapılmasının Reddedilmesi ya da İcabın Kabulünden Kaçınılması .....	
2.5.2.2. Malların Sağlayıcı Fiyatlarında Ayrımcılık Yapılması .....	
2.5.2.3. Rakipleri Engelleyici Sağlayıcı Davranışları .....	
2.5.2.4. Alıcıların Davranışları .....	
2.6. TARAFLARIN ÇIKARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI .....	
2.6.1. Genel Olarak .....	
2.6.2. Tarafların Çıkarlarının Karşılaştırılması Kriterleri .....	
2.6.2.1. Satış Organizasyonu .....	
2.6.2.2. Dağıtım Sisteminde Boşluk Olmaması .....	
2.6.2.3. Niteliksel Kriterler .....	
2.6.2.4. Niceliksel Kriterler .....	
2.6.2.5. Satışların Düşmesi .....	
2.6.2.6. Özel Durumların Dikkate Alınması .....	
2.7. UYGULAMAYA GENEL BAKIŞ .....	

<b>SONUÇ</b>	.....
<b>ABSTRACT</b>	.....
<b>KAYNAKÇA</b>	.....

## SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından ne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya ıkmiş ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

**Prof. Dr. M. Tamer MüFTüOğLU**

Rekabet Kurumu Başkanı

## GİRİŞ

Türk Rekabet Hukukunun kaynağı, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukudur. Avrupa Topluluğunun supranasyonel bir örgüt olması ve birincil amaç olarak bütünleşmeyi tespit etmiş olması, bu yolda etkili bir araç olarak görülen Rekabet Hukuku uygulamalarının şeklini belirlemiştir. Türkiye uygulamalarında, yer yer Avrupa Topluluk Hukuku uygulamalarının, ülke şartlarına tam uymadığı görülmüştür.

Topluluk hukukunun zaman zaman ortaya çıkan yetersizlikleri, Almanya, Fransa ve Portekiz rekabet hukuklarında bulunduğu bilinen “Bağımlılık” ve buna bağlı olarak ortaya çıkan “görelî güçlü teşebbüs” kavramlarının da, giderilmesi gereken bir eksiklik olması ihtimalini düşündürmüştür.

Bu çalışmanın amacı, Alman Rekabet Hukuku örneğinde, bağımlılığın ve görelî güçlü teşebbüs kavramının tanımlarını yapmak, hangi ekonomik gerekçelere dayandıklarını, ne şekilde düzenlendiklerini ortaya koymak ve Türk Rekabet Hukuku açısından giderilmesi gereken bir eksiklik olup olmadıkları olup olmadıkları konusunu tartışmaktır.

Belirlenen bu amaca ulaşmak için, öncelikle “görelî güçlü teşebbüs” kavramında yer alan “güç” ifadesinden yola çıkarak, burada anılan gücün, hakim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücü ile ilgisi ortaya konacaktır.

Bu çalışma sırasında yapılan araştırmalar göstermiştir ki, “Bağımlılık” üzerine hazırlanan bir çalışmanın, ayrımcılığa<sup>1</sup> ilişkin açıklamalara yer vermeden sonuca ulaşması mümkün değildir. Bu nokta dikkate alınarak, “Bağımlılık” kavramına anlam veren ayrımcılığa ilişkin açıklamalara, konuyla ilgili oldukları ölçüde yer verilmiştir.

Çalışmanın önemli bölümü, bağımlılık hallerinin en önemli örneklerinin ortaya çıktığı ürün bağımlılığına ayrılmıştır. Nitekim, Alman uygulamasında da,

---

<sup>1</sup> Alman Rekabet Kanunu GWB'nin bu çalışmaya temel teşkil eden 20'nci maddesinin başlığı “Ayrımcılık ve Haksız Engelleme Yasağı” şeklindedir. Ancak, çoğu zaman bu iki kavramın içeriklerinin örtüşmesi nedeniyle literatürde ayrımcılık ile haksız engelleme arasında bir sınır çizilmesinden kaçınılmasına dayanarak ve anlatım kolaylığı sağlanması amacı ile bu çalışmada “ayrımcılık” terimi sıklıkla tek başına kullanılmıştır. Bu terim ile kastedilen ayrımcı ve engelleyici uygulamaların tümüdür.



bağımlılığın diğere türleri önem kazanamamıştır. Bu nedenle, bu bağımlılık türünün ortaya çıkmasının başlıca nedeni olan markalı mallara ve bu malların dağıtımında tercih edilen başlıca yöntem olarak seçici dağıtım anlaşmalarına önemli yer ayrılmıştır.

Bağımlılığın, tanımının ötesinde hukukta nasıl düzenlendiğine ve bu düzenlemelerin nasıl ve hangi ilkeler doğrultusunda uygulandığına da kapsamlı olarak yer verilmiştir. Zira, bağımlılığın sadece teorisinin değil uygulamadaki etkilerinin de anlamlı olduğu düşünülmektedir.

## BÖLÜM 1

# GENEL OLARAK BAĞIMLILIK

### 1.1 ALMAN REKABET HUKUKUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ (GWB § 20 ABS 1,2,3<sup>2</sup>)

Alman Rekabet Kanunu GWB<sup>3</sup>'nin 20'nci maddesi ayrımcılığı ve haksız engellemeyi düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında ayrımcı ve engelleyici uygulamalara hangi şartlar altında yasak getirildiği ve bu yasağın kimlere yönelik olduğu tespit edildikten sonra maddenin ikinci fıkrasında, ayrımcı ve engelleyici uygulama yasağı görelî güçlü teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmekte ve talep bağımlılığının tespitine ilişkin bir karine kabul edilmektedir. Üçüncü fıkra da teşebbüslerin pazar güçlerini kendi lehlerine ayrımcılık yapılmasını sağlamak için kullanmaları yasaklanmakta ve bu yasak bağımlılığın sağladığı pazar gücünü kapsayacak şekilde genişletilmektedir:

Hakim durumdaki teşebbüsler; bu kanunun 2 ila 8'inci maddeleri, 28'inci maddesi birinci fıkrası ve 29'uncu maddesi anlamında teşebbüs birlikleri ile bu kanunun 15 ila 28'inci maddesi ikinci fıkrası, 29'uncu maddesi ikinci fıkrası ve 30'uncu maddesi birinci fıkrası anlamında fiyat tespit eden teşebbüsler bir teşebbüsün, aynı durumdaki başka teşebbüsler için olağan olan ticari faaliyetlerde bulunmasını, haksız olarak doğrudan ya da dolaylı engelleyemez ya da nesnel geçerli sebepleri olmadan aynı durumdaki başka teşebbüslerden doğrudan ya da dolaylı olarak farklı muameleye tabi tutamaz.

Birinci paragraf hükmü, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin belli mal ya da hizmetlerin alıcısı ya da sağlayıcısı olarak, başka teşebbüslere yönelmek için yeterli ve uygun seçeneği olmayacak şekilde bağımlı oldukları teşebbüs ve teşebbüs birlikleri için de geçerlidir. Belli bir malın ya da ticari

---

<sup>2</sup> Abs.: Fıkra

<sup>3</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB): Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun. Ancak anılan kanun nitelik olarak bir kartel kanunu olduğu için, Türkiye'deki muadili ile bir paralellik kurmak ve anlatım kolaylığı sağlamak amacı ile "Alman Rekabet Kanunu" ve "Alman Rekabet Hukuku" ifadeleri benimsenmiştir.

hizmetin üreticisinin; kendisinden düzenli olarak ticaret hayatında olağan olarak yapılanların dışında aynı durumdaki alıcılara sağlanmayan indirim ve kolaylıklar elde eden alıcısına birinci cümle anlamında bağımlı olduğu karine olarak kabul edilir.

Birinci fıkra anlamında hakim durumdaki teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri, pazardaki konumlarını, diğer teşebbüslerin ticari ilişkilerinde kendilerine nesnel geçerli sebepler olmadan öncelik tanımasını sağlamak için kullanamazlar. Birinci cümle, ikinci fıkranın birinci cümlesi kapsamındaki teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin, kendilerine bağımlı olan teşebbüslerle olan ilişkileri için de geçerlidir.

Bu çalışmada izlenecek yol, bu madde tarafından çizilmektedir. Ama öncelikle konuya ilişkin düzenlemelerin bu günkü halini alışına kısaca göz atmak yerinde olacaktır.

## 1.2 BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Alman Rekabet Kanunu GWB, 1957 yılında yürürlüğe girmiş ve bu tarihten sonra ortalama her on yılda bir değiştirilerek yenilenmiştir. Anılan kanun yürürlüğe girdiğinde, bu çalışmanın konusunu oluşturan bağımlılık ve görelî güçlü teşebbüs hususlarında herhangi bir düzenleme içermemekte idi. Bu durum, 1973 yılında hazırlanan ikinci GWB metni ile yapılan düzenlemeyle ayrımcılık yasağının, görelî güçlü oldukları kabul edilen teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmesine kadar sürmüştür. Maddede yapılan bu değişiklik ile faaliyet gösterdikleri pazarda hakim durumda bulunmasalar bile, başka bir teşebbüs ile olan ilişkilerinde tedbir ve uygulamaları hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından yapıyormuş etkisi yaratacak şekilde güçlü bir konumları olan teşebbüsler de ayrımcılık yasağının kapsamına alınmıştır<sup>4</sup> (Carlhoff, 1988, 2).

Getirilen yeni düzenleme, uygulama alanında bir takım eksiklikleri ve yorum güçlüklerini içermekte idi. Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında farkedilen bu eksiklikler, yapılan değişiklikler sırasında düzeltilmiş, maddenin kapsamına ve yorum ilkelerine açıklık getirilmiştir. Bu kapsamda yapılan değişiklikler özellikle pasif ayrımcılık olarak kabul edilen, pazar gücüne sahip bir teşebbüsün sağlayıcısını alım gücünü kullanarak kendi lehine ayrımcılık yapmaya zorlaması uygulamasının kapsama alınması ve madde hükümleri ile korunan teşebbüslerin kapsamının çizilmesi olarak özetlenebilir.

Alman Rekabet Kanunu, ayrımcılık yasağı ilk kez ortaya çıktığında alım gücünün kullanılmasına ilişkin bir hüküm içermemekte idi. Bu nedenle

---

<sup>4</sup> WuW/E BGH 1391 "Rossignol"

literatürde, ayrımcılığı yasaklayan maddenin alım gücü kullanan teşebbüsleri de kapsamına alıp almadığına ilişkin tartışmalar yaşanmıştır. Talep gücünü kullanarak ayrımcılık yasağı kapsamında bir uygulamada bulunacak teşebbüs, sağlayıcısını kendisine indirimler yapmaya zorlayacak ya da rakiplerinin elde edemediği bazı çıkarlar sağlayacaktır. Ancak, kanunun ilgili maddesinin ifadesi sebepsiz ayrımcılık yapmayı ya da haksız olarak rakiplerini engellemeyi yasaklamaktaydı. Oysa alım gücünü kullanan teşebbüs başka bir teşebbüse diğerlerine davrandığından farklı davranmamakta, ancak kendisine farklı davranılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle alım gücü yönünden gerçekleştirilen ayrımcılık, “pasif ayrımcılık” olarak adlandırılmıştır. Tartışmalara yol açan bu husus 1980 yılında yürürlüğe giren 4. Rekabet Kanunu Metni ile ortadan kaldırılmıştır. Kanunda yapılan değişiklikle, bir sağlayıcının alıcısına, düzenli olarak, faaliyet gösterdikleri sektörde olağan olmayan fiyat indirimleri ve diğer indirimler uygulaması halinde, bağımlı olduğunun kabul edileceğini ifade eden ve bugün yürürlükte olan Kanunun 20’nci maddesi 2’nci fıkrasının 2’nci cümlesi olan hüküm eklenerek, alım gücü kullanan teşebbüslerin de yasak kapsamında yer almaları konusuna açıklık getirilmiştir (Hartmann 1981, 20).

Ayrımcılığa ilişkin madde, GWB’nin 1989 yılında hazırlanan beşinci değiştirilmiş metni ile bir değişiklik daha geçirerek, ayrımcı uygulamaların GWB’yi uygulamakla görevli makamlar tarafından yasaklanması, ayrımcılıktan zarar gören teşebbüsün “küçük ya da orta büyüklükte” bir teşebbüs olması şartına bağlanmıştır.

Bu değişikliklerden sonra, Alman Rekabet Kanununun bağımlılığa ilişkin maddeleri yukarıda aktarılan şeklini almıştır.

### **1.3 BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN AMACI**

Bağımlılığa ilişkin düzenlemelerin amacının anlaşılması için Alman Parlamentosu Ekonomik Komisyonunun görüşleri yol gösterici niteliktedir. Alman Parlamentosu Ekonomik Komisyonu, ayrımcılık yasağının kapsamının, görece güçlü teşebbüslerin ayrımcı uygulamalarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi ile ulaşılmak istenen etkileri şu şekilde belirtmiştir<sup>5</sup>:

1- Küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler için rekabet şartlarını hissedilir şekilde iyileştirerek, bu teşebbüslerin güçlü teşebbüsler karşısında varlıklarını koruyabilmelerini sağlamak.

2- Alım gücüne sahip teşebbüslerin rakiplerinin ve zayıf endüstriyel sağlayıcılarının lehine, hakedişe dayalı bir gelir dağılımının sağlanması için, aşırı alım gücünü sınırlandırmak.

---

<sup>5</sup> BT Drucksache VII/765

3- Pazar gücüne sahip üreticilerin seçici dağıtım sistemlerini kullanarak dikey fiyat tespit etmelerini engellemek<sup>6</sup>.

Düzenlemeler ile ulaşılması hedeflenen pratik amaçlar bu şekilde ifade edilmektedir. Buna karşılık bu amaçların genel rekabet teorisi içerisinde oturtulması, ilgili hukuk ve ekonomi literatürünün görüşleri ile olmuştur. Amaçların formülasyonu konusunda farklı tarzlar benimsenmekle birlikte, genel olarak teşebbüslerin birey olarak korunduklarının kabul edildiği, ancak bu korumanın amacının kurum olarak rekabetin korunması ile temellendirildiği vurgulanmaktadır.

Carlhoff'a göre (1988, 5) ayrımcılığı yasaklayan maddenin kapsamının görece güçlü teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin ilk amacı bütün pazar katmanlarında rekabetin işlevliliğini korumak, pazarların açık kalmalarını sağlamak, teşebbüslerin rekabet içindeki konumlarının katılmasını engellemek, pazara giriş engellerinin ortadan kaldırılmasını sağlamak ve böylece işleyebilir rekabeti kurum olarak korumaktır<sup>7</sup>. İkinci olarak, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslere bireysel bir koruma sağlanması ve böylece pazarda güçlü teşebbüslerin rakiplerinin, alıcılarının ve sağlayıcılarının ekonomik gücün kötüye kullanılmasından korunması amaçlanmıştır.

Mandel'e göre (1991, 25), ayrımcılık yasağının amacı pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin, bu güçlerini ayrımcı ve engelleyici şekilde kullanarak rekabet içinde yer alan teşebbüslerin sözleşme hürriyetlerini kısıtlamalarını engellemek ve böylece teşebbüslerin sözleşme hürriyetlerini korumaktır.

Ayrıca, ayrımcılık yasağının amacı; ayrımcılığa uğrayanların pazardaki fırsat eşitliklerini ve böylece genel olarak rekabeti korumak (v. Gamm, 1979, 253) veya bir yandan rekabet halindeki teşebbüsleri birey olarak diğer yandan, pazar ekonomisi için temel bir anlam taşıyan rekabeti bir kurum olarak korumak (Müller/Giessler/Scholz, 1974) şeklinde de ifade edilmiştir.

#### **1.4 BAĞIMLILIĞIN PAZAR GÜCÜ İLE İLİŞKİSİ**

Teoride ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında "bağımlılık" olgusunun, pazar gücü modeliyle ilişkisi açıklanmamaktadır. Konuya ilişkin tek bağlantı, Alman Federal Mahkemesinin "Rossignol" kararında; "teşebbüslerin, ayrımcı uygulamaları kendilerine bağımlı olan teşebbüsler üzerinde sanki hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılmış etkisi yaratacak kadar güçlü olabilecekleri" şeklindeki ifadesinde yer almıştır. Ancak, kararın devamından da bu durumun hakim durum modeliyle ne şekilde bağdaştığı anlaşılamamaktadır.

<sup>6</sup> 1973 tarihli yasa değişikliği ile getirilen yeniliklerden biri de dikey fiyat tespitinin yasaklanması idi.

<sup>7</sup> Yapılan değişikliğin amaçlarına ilişkin olarak ayrıca: Baur, 1974, 1589 ve Ulmer, 1975, 662

Zira, pazarda hakim durum bulunmadığı için görelî güçlü bir teşebbüsün ürünlerinin, tanım gereği, pazarda etkin rekabetle karşılaştıklarını kabul etmek gerekmektedir (Heuchert, 1987, 26).

Buna karşılık, bağımlılık kavramının içeriğinin Chamberlin'in tekeli rekabet teorisini hatırlatması, bu teorisin anılması gereğini ortaya çıkarmaktadır. Chamberlin'in teorisine göre pazara mal sunan teşebbüsler, ürün farklılaştırması yöntemlerini kullanarak ürünlerinin rakiplerinkilerle ikame edilemez görünmesini sağlayabilir ve böylece kendi ürünlerine olan talep karşısında tekeli bir konum elde edebilirler. Alman yargı organlarının ilgili ürün pazarını tanımlarken kullandıkları temel kriter, aynı pazarda yer aldığı kabul edilecek malların özelliklerinin, ekonomik kullanımlarının ve fiyatlarının makul bir tüketici gözünde birbirinin yerine geçebilir olmasıdır. Sonuç olarak görelî güçlü teşebbüs kavramının açıklaması için tekeli rekabet teorisinden yararlanılması mümkün değildir. Zira ilgili ürün pazarı, tekeli rekabet teorisinin temelinde yer alan ürün farklılaştırmasını mümkün kılmayacak kadar dar tanımlanmaktadır (Heuchert, 1987, 27).

### **1.5 HAKİM DURUM ve GÖRELİ GÜÇLÜ TEŞEBBÜS KAVRAMLARI**

Pazar gücünü açıklamak üzere geliştirilen düşüncelerin, bağımlılık kavramı için kullanılmayacağı yukarıda konmuştur. Hakim durum ile bağımlılığın karşılaştırılmasında, bu iki kavramın temelde dayandıkları gücün kaynağında ayrıldıkları görülmektedir.

Bağımlılık ilişkisine dayalı olarak görelî güçlü olduğu kabul edilen teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunması, yani pazarda faaliyet gösteren bütün teşebbüslere karşı mutlak olarak güçlü olması gerekli değildir. Buradaki pazar gücünün "görelî" olması, başka bir deyişle belirli bazı alıcılara ya da sağlayıcılara karşı ortaya çıkması yeterlidir (Ulmer BB 1975, 662).

Bağımlılık kavramı, bir teşebbüsün başka bir teşebbüsü etkileme imkanına, hakim durumda bulunmadan da sahip olabileceği kabulüne dayanmaktadır. "Görelî güçlü teşebbüs" anlayışı, ayrımcılık yapan teşebbüsün pazar gücünün, bu teşebbüsün ayrımcı uygulamadan zarar gördüğü iddia edilen teşebbüsle olan somut ilişkisi ile kısıtlı olduğunu kabul eder. Buna karşılık, hakim durumdaki bir teşebbüs ilgili ürün ve coğrafya bakımlarından uygun şekilde sınırlanan bir pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslere karşı güçlüdür (Kouker, 1984, 86).

Bir teşebbüsün, başka bir teşebbüsle somut ilişkisinde güçlü bir durumu olması durumunda "Noktasal Pazar Gücü" olarak adlandırılan bir pazar gücünden söz edilmektedir (Fischötter WuW 1974, 384, Hefermehl GRUR 1975, 277,

Axster/Reimann, WRP 1974, 470). Nitekim bu ifade de teorik olarak birbirlerine bağlanamayan pazar gücü ve bağımlılık kavramlarının benzer oldukları hissini uyandırmakta, hakim durumda bir teşebbüs ile görece güçlü bir teşebbüsün güçlerinin niteliğinin ve etkisinin benzer olduğuna dair bir sanı oluşturmaktadır. Bağımlılık testinde, iki teşebbüs arasındaki somut ilişki temel kriter olduğu için, düzenlenmesi amaçlanan pazar gücünün nesnel olarak sınırlanması<sup>8</sup> mümkün değildir, dolayısıyla araştırma olay bazında ele alınmalı, pazar gücü kullanıp kullanmadığı araştırılan teşebbüsün alıcı ve sağlayıcıları ile olan ilişkileri değerlendirilmelidir (Belke, ZHR 1974, 256, Ewald, WRP 1974, 466).

Hakim durum testinde ortalama bir tüketici açısından farklı ürünlerin birbirini ikame edebilirlikleri dikkate alınırken, bağımlılığa ilişkin test yapılırken dikkat edilen temel unsur bağımlı olup olmadığı araştırılan teşebbüs için somut bir durumda varolan seçeneklerdir (Kouker, 1988, 92). Hakim durumun bulunmadığı bir pazarda tüketicinin yeterli seçeneğinin bulunup bulunmadığına dikkat edilmelidir. Ancak aynı pazarda bazı dağıtıcıların seçeneklerinin bulunmayabileceği ve bağımlı olabilecekleri düşünülecek olursa, hakim durum ile bağımlılığın farklı çıkarları korumaya yöneldikleri sonucuna ulaşılır.

## **1.6 EKONOMİK GÜÇ, AYRIMCILIK ve REKABET**

Pazar ekonomisi, ekonomik kararların bireylere bırakılması yani herhangi bir merkezden verilmemesi ilkesine dayanır. Bunun temelinde, çıkarları doğrultusunda hareket eden bireylerin, kararlarında pazardaki değişikliklere daha hızlı uyum sağlayacakları kabulü yatmaktadır. Pazar mekanizmasının kendinden beklenen fonksiyonları yerine getirebilmesinin bir diğer şartı da rekabet özgürlüğünün sağlanmasıdır. Burada rekabet özgürlüğünden, mutlak bir özgürlük değil, pazarların talep ya da arz yönünde bulunan diğer bireylerin özgürlükleri ile çevrelenen ve kısıtlanan bir özgürlük anlaşılmaktadır. Başka özgürlüklerde olduğu gibi, bireyin rekabet özgürlüğü de başka bireylerin rekabet özgürlükleri ile çevrelenmiş ve kısıtlanmıştır. Rekabet özgürlüklerinin bu şekilde birbirlerinin alanına girmesi, birbirlerini yok etmeleri tehlikesini ortaya çıkarmakta bu da kurullarla kısıtlanmaları gereğini doğurmaktadır. Ancak bu şekilde pazarda bulunan bütün bireylerin eşit şansa rekabet edebilmesi sağlanabilir (Kouker, 1984,28).

Ekonomik güç, rekabetin gerçekleştiği asıl faaliyet alanının kapsadığı asli işlevlerin dışında uygulamaların gerçekleştirilmesi yoluyla ekonomik fayda sağlanmasını sağlayabilir. Bu uygulamalarla elde edilen faydanın, asıl faaliyet alanındaki başarı ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla, elde edilen veya elde tutulan ekonomik güç, toplumun asıl faaliyet alanında elde edilen başarıyı

---

<sup>8</sup> Hakim durumun tespitinde kullanılan pazar payı kriteri gibi.

ve verimliliği takdirinden kaynaklanmamaktadır. Bu durum, ekonomik güç sahibinin özgürlük alanının, pazarda bulunan diğer bireylerin zararına genişlemesi ve geniş kalması anlamına gelmektedir (Kouker, 1984,29).

Rekabet, gücün oluşması ve aşınması süreci olarak algılanabilir. Gerçekten de teşebbüsler ekonomik güce ulaşmak, pazarda rakiplerinden farklı bir pay edinmek için çabalarken pazarda güçlü bir pozisyon edinmiş teşebbüslerin güçlerini aşındırırlar. Bu şekilde algılanan bir rekabet içinde pazar gücü, teşebbüslerin pazarda ortaya koydukları performans dayandığı ve pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin pazar gücüne sahip olan teşebbüse yetişmesini ve geçmesini engellemek için kullanılmadığı sürece, rekabetçidir. Buna karşılık pazar gücü daha başarılı teşebbüslerin aşındırmasına ve ele geçirmesine karşı korunabiliyorsa rekabet için kısıtlayıcı bir nitelik almış demektir. Dolayısıyla pazar gücünün varlığı tek başına rekabetin kısıtlandığını göstermez, bu konuda önemli olan pazar gücünün ne şekilde kullanıldığıdır (Kouker, 1984, 31).

Ayrımcılık genel olarak aynı olgulara farklı davranılması, farklı olgulara aynı davranılması ya da farklı olgulara farklıları ile orantısız şekilde farklı davranılması durumunda vardır (Heuchert, 1987, 6).

Serbest rekabet ilkeleri, teşebbüslerin fiyat, satış şartları ve dağıtımına ilişkin kararlarında bağımsız olmalarını gerektirir. Bu noktadan hareketle, teşebbüslerin ayrımcı uygulamaları, asıl itibariyle rekabet özgürlüğüne aykırı değildir, aksine rekabet özgürlüğünün kullanılmasından ibarettir. Ancak, ayrımcı davranışların rekabeti kısıtlayıcı bir araç olarak kullanılmalrı da mümkündür. Nitekim, ekonomik gücün sahibine sağladığı ve rekabet tarafından kontrol edilemeyen hareket serbestisi, ayrımcı ya da teşebbüsün asıl faaliyet alanındaki verimliliği ile ilgisi olmayan uygulamalar aracılığı ile başkalarının rekabet özgürlüklerinin kısıtlanması için kullanılabilir. Ancak, pazar gücü kullanan bir teşebbüsün her ayrımcı uygulamasının da rekabet ilkelerine aykırı olduğunu kabul etmek doğru değildir (Kouker, 1984, 35).

Hangi ayrımcı uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarını gösteren ve her şart altında doğru çözümü sunan bir formül ya da liste yoktur. Ayrımcı uygulamaların, olay bazında değerlendirilmeleri gerekmektedir. Ayrımcı uygulamanın rekabet üzerindeki etkisi, ancak pazarda ortaya koyduğu veya ortaya koyması muhtemel etkilerin dikkate alınması ile mümkündür (Kouker, 1984, 40).

Ayrımcılık yasağı iki aşamalı bir testin verileri doğrultusunda uygulanmaktadır. İlk aşamada şikayet edilen teşebbüsün, ayrımcılık yasağının bir süjesi olup olmadığı araştırılmaktadır. Başka bir deyişle öncelikle, şikayet edilen teşebbüsün görece güçlü olup olmadığı belirlenmektedir. İkinci aşamada



ise, şikayet edilen davranışın Kanun tarafından yasaklanan türden bir davranış olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu iki unsurun tam bir şekilde birbirinden ayrılmasının ne derece mümkün olduğu ise tartışmalı bir konudur. Zira bir teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğunun<sup>9</sup> göstergelerinden birisi de, pazar gücünün kullanılması anlamına gelecek davranışlarda bulunabilmesi, başka deyişle bu teşebbüsün ayrımcılık niteliği taşıyan bir davranışı yapabilmesidir<sup>10</sup> (Kouker, 1984,18). Bu düşünceden hareketle, ayrımcılık yasağının uygulanması ve hedeflenen sonuçlara ulaşılması için ilgili tarafların önce yasak kapsamında yer aldıklarının tespit edilmesi ardından da davranışlarının etkilerinin tespit edilerek bunların değerlendirilmesi gibi iki aşamalı bir uygulamanın yerine, tüm ayrımcı uygulamaların rekabete olan etkilerini değerlendiren genel bir ayrımcılık yasağının da aynı etkiye sahip olacağı iddia edilmektedir.

## **1.7 GENEL AYRIMCILIK YASAĞI ve BAĞIMLILIK KAVRAMI İLİŞKİSİ**

### **1.7.1 Genel Olarak**

Ayrımcılık yasağının, görelî güçlü teşebbüsleri kapsayacak şekilde genişletilmesi, bu yasağın kapsamını genel bir ayrımcılık yasağına yaklaştırmış ise de genel bir ayrımcılık yasağı getirmemiştir. Burada genel ayrımcılık yasağı dendiğinde kastedilen, her şart altında, her türlü ayrımcı uygulamanın yasaklanması değildir. “Genel” ifadesi, ayrımcı uygulamayı yapan teşebbüsler arasında bir ayırım gözetilmemesini ifade etmektedir. Buna karşılık ayrımcı uygulamalar rekabeti kısıtladıkları ölçüde yasaklanmaktadır.

Görelî güçlü teşebbüslere getirilen ayrımcılık yasağının incelendiği bir çalışmada, genel ayrımcılık yasağının da ele alınmasında fayda vardır. Zira bu iki husus özü itibarıyla rekabetçi bir tavrın yansıması ve sözleşme özgürlüğünün kullanılması niteliğinde olan ayrımcılığın veya engellenmenin, aynı amaca yönelik iki farklı düzenleme şeklidir ve bu düzenlemenin hiç yapılmamasının alternatifleri konumundadırlar.

### **1.7.2 Genel Ayrımcılık Yasağı Destekleyen Hususlar**

Genel bir ayrımcılık yasağı, sadece pazar gücü kullanan teşebbüslere getirilen bir ayrımcılık yasağının karşısında çeşitli sebeplere dayanılarak savunulmaktadır. Bu şekilde tasarlanan bir ayrımcılık yasağının avantajları olarak aşağıdaki hususlara işaret edilmektedir (Kouker, 1984, 50):

---

<sup>9</sup> Pazar gücü burada “görelî pazar gücünü” de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

<sup>10</sup> Teşebbüsün irrasyonel davranmayacağı kabul edilmektedir.

**a- Oligopolistik Pazarların Önüne Geçilmesi:** Oligopolistik pazarlarda, pazara yeni girenlerin ve pazarda saldırgan fiyat politikası izleyenlerin ayrımcı uygulamaları rekabeti kısıtlayıcı olmadıkları için kolaylıkla kapsam dışı bırakılabilecektir. Buna karşılık, etkin rekabetin bulunduğu pazarlarda da ayrımcı uygulamalar sıkı olarak kontrol edilerek pazarların oligopolleşmesi engellenebilecektir. Pazar gücü kriterine bağlanan ayrımcılık yasağı uygulaması, sadece pazar gücünün belirtileri ile mücadele etmekle eleştirilmekte, buna karşılık genel bir ayrımcılık yasağının, etkinlik dışı yollardan elde edilecek ya da geliştirilecek pazar gücü ile de mücadele etmeyi sağlayacağı savunulmaktadır.

**b- Pazardaki Saydamlığın Artması:** Sağlayıcılar, alıcılarının tamamına aynı miktarlarda indirim yapmak zorunda kalacakları için pazardaki şeffaflık artacak, böylece tüketicinin etkin teşebbüsü tespit ederek etkinliğini ödüllendirmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık etkin olmayanların, sağlayıcıların ayrımcı uygulamaları nedeniyle etkinmiş gibi görünmeleri imkanı ortadan kalkacaktır.

**c- Alım Gücüne Bağlı Ayrımların Kapsama Alınması:** Bir alıcının pazar payının belirlenmesi ve dolayısıyla pazar gücünün tespit edilmesi zorluklarla karşılaşılmasına sebep olan bir konudur. Bunun için genel bir ayrımcılık yasağının daha pratik olacağı öne sürülmektedir, zira bu durumda pazar payının belirlenmesine gerek kalmayacaktır.

**d- Uygulama Makamlarının Daha Etkin Çalışmaları:** Yerine getirilmesi gereken incelemeler önemli oranda azalacağı ve hata yapma olasılığı buna bağlı olarak düşeceği için yasağın uygulanmasından sorumlu olan kamu kurumları ayrımcılık yasağını daha kolay ve etkin uygulayabilecektir.

**e- Engelleyici Etki:** Teşebbüsler yasağın kapsamına girmedikleri savunmasında bulunamayacakları için, yapacakları ayrımcılığın rekabet koşulları üzerine etkilerine ilişkin olarak daha hassas olacaklardır.

### 1.7.3 Genel Ayrımcılık Yasağına Karşı Hususlar

Genel bir ayrımcılık yasağının lehine oldukları öne sürülen bu hususlara karşılık, genel bir yasaktan kaçınılmasını haklı çıkarmak üzere aşağıdaki hususlar öne sürülmektedir (Kouker, 1984, 54):

**a- Kartellerin ve Uyumlu Eylemlerin Kolaylaştırılması:** Pazarlarda ortaya çıkacak olan aynı oranlı indirimler, benzer fiyatlar ve satış koşulları anlaşmalar aracılığı ile rekabetin kısıtlanmasını kolaylaştıracak ve hatta teşvik edecektir.

**b- Gizli Rekabetin Ortadan Kaldırılması:** Özellikle oligopolistik pazarlarda uyumlu eylemlerin ortaya çıkmasını ve devam etmesini zorlaştırması bakımından büyük önem taşıyan ve pazarda faaliyet gösteren tarafların birbirinden gizli olarak indirimlerde bulunmaları gibi rekabet tedbirlerini ifade

eden “Gizli Rekabet”, genel ayrımcılık yasağının arttırdığı şeffaflık ile ortadan kalkacaktır.

**c- Şikayetten Kaçınmaya Bir Çözüm Getirmemesi:** Ayrımcılığa uğrayan küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler bu uygulamaları şikayet etmekten kaçınmaktadırlar. Genel bir ayrımcılık yasağı, ayrımcılığa ilişkin hukuk düzenlemelerinin bu temel sorununa bir çözüm bulamamakla da eleştirilmektedir.

**d- Savunma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Zorluklar:** Maliyetleri nedeniyle farklı fiyatlar uygulamak zorunda kalan bir teşebbüs, bu durumu ilgili makamlar karşısında savunmak zorunda kaldığında delil olarak kullanmak üzere ihtiyaç duyabileceği verileri genel muhasebe sisteminin dışında ayrıca tutmak zorunda kalacaktır ki bu da teşebbüsler için yersiz bir sıkıntıya sebep olacaktır.

Ayrımcılık yasağını, hakim durumda bulunan teşebbüslerin ötesinde, görece güçlü olduğu kabul edilen teşebbüslere de genişleten Alman Rekabet Kanunu değişikliğinde, genel bir ayrımcılık yasağı getirmekten kaçınılmıştır. Çünkü, genel bir ayrımcılık yasağının pazarlardaki rekabet ilişkilerinin dondurulmasına sebep olacağı ve temel hakların kabul edilebilir bir gerekçe olmadan kısıtlanması niteliği taşıyacağı düşünülmüştür (Hartmann, 1981, 22).

Genel ayrımcılık yasağına bir örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri hukuku gösterilebilir. Fiyat ayrımcılığına ilişkin Robinson Patman Act, ayrımcı uygulamalar yapan teşebbüsler arasında herhangi bir ayırım gözetmemektedir. Başka bir deyişle, söz konusu hukuki düzenleme, bütün teşebbüsleri bağlar niteliktedir. Ayrımcılık yasağına tabi olan teşebbüsün pazar gücüne sahip olması aranmaz, bunun yerine bir teşebbüsün söz konusu davranışı yapabiliyor olması pazar gücüne sahip olduğunun göstergesi olarak kabul edilir. Robinson Patman Act, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin korunması için kabul edilmiş bir yasa olarak bilinmesine rağmen, uygulamadaki etkisi bunun tam aksi olmuştur. Nitekim Federal Trade Commission (FTC) bu kanunun getirdiği fiyat ayrımcılığı yasağını geçmişte çok kereler küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslere karşı uygulamıştır. Bu kanunun uygulamaları pazarlarda fiyat katılaşmasına sebep olmakla eleştirilmiştir. Nitekim, kanunun ticari kararlarına uygulanmasından çekinen teşebbüsler, ticari açıdan rasyonel olacak ve rekabeti olumlu etkileyecek olsa da fiyat ayrımcılığından uzak durarak FTC ile olası bir anlaşmazlıktan sakınmak istemektedirler (Kouker, 1984, 40).

## BÖLÜM 2

# BAĞIMLILIĞIN DÜZENLENMESİ

Alman Rekabet Kanununun bağımlılığa ilişkin maddesinin uygulanmasında dikkate alınan ilk kriter, ayrımcı uygulamadan zarar gördüğü iddiası ile şikayette bulunan teşebbüsün küçük veya orta büyüklükte bir teşebbüs olup olmadığıdır. Bunu bağımlılığın varlığına ilişkin bir inceleme izlemektedir. Daha sonra aralarında ayırım yapıldığı iddia edilen teşebbüslerin aynı türden olmaları gereğinden hareketle, bu teşebbüslerin aynı türden olup olmadıkları araştırılmaktadır. Ayrımcı uygulamanın, olağan ticari faaliyetler dışında kalan çok özel bir takım ticari ilişkilere ilişkin olmaması için getirilen “olağan ticari faaliyet” kavramının değerlendirilmesi yapılmakta ve son olarak ayrımcı uygulamanın taraflarının çıkarları karşılaştırılmakta, ayrımcılığa maruz kaldığını öne süren tarafın korunmaya değer üstün bir çıkarının bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır.

### 2.1 KÜÇÜK ve ORTA BÜYÜKLÜKTEKİ TEŞEBBÜSLER

Görelili güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan maddeye “küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler” ifadesi 1989 yılında hazırlanan 5’inci Kanun metni ile girmiştir. Bu tarihe kadar ayrımcılığa uğrayan teşebbüsler arasında herhangi bir büyüklük farkı gözetilmemiştir. Yapılan bu eklemenin iki temel sebebi vardır:

Birincisi, ayrımcılığa karşı korunan teşebbüslerin bir kısmının böyle bir korumaya ihtiyaçları olmadığı görülmüştür. Nitekim, bazı teşebbüsler bağımlı olsalar da kendilerine açık olan uluslararası pazarlardan mal tedarik edebilmektedirler.

İkinci sebep ise daha önce de kanunun ayrımcılık yasağının amaçları arasında sayılan ancak kanuni ifadesini bulmayan, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri daha etkili bir şekilde destekleyerek pazarlarda etkin rekabeti koruma isteğidir (Görgemanns, 1998, 70).

Ayrımcılık yasağında yer alan “Küçük ve Orta Büyüklükteki Teşebbüsler” ifadesinin içeriği satış gelirleri sermaye veya pazar payı gibi bazı mutlak kriterler dikkate alınarak belirlenmemektedir. Başka deyişle, sebepsiz ayrımcılığa uğradığını öne süren teşebbüsün rakipleri ile arasındaki yatay güç ilişkisinin bir anlamı yoktur. Bunun yerine, ayrımcılığı yapan teşebbüs ile ayrımcılığa uğrayan teşebbüs arasındaki dikey güç ilişkisi dikkate alınmaktadır. Bu bütün bağımlılık grupları için geçerlidir. Asıl belirleyici kriter, ayrımcılığa uğrayan teşebbüsün bağımlılığına rağmen maruz kaldığı uygulamanın etkilerini dengeleyebilecek güçte olup olmamasıdır.

Her ne kadar ilgili teşebbüsün rakipleri ile karşılaştırılmasının ilgisiz olduğu ifade edildi ise de, Alman Federal Mahkemesi, “VW Herstellerleasing”<sup>11</sup> kararında, ürün bağımlılığı söz konusu olduğunda, ilgili teşebbüsün rekabet halinde bulunduğu teşebbüslerle karşılaştırılmasının, ayrımcı uygulamanın etkisini karşılama yeteneğinin tespiti için yeterli olacağını kabul etmiştir. Ancak buradaki karşılaştırmanın, karşılaştırılan teşebbüsler arasındaki güç ilişkisinin tespitine yönelik olmadığına, durumu araştırılan teşebbüsün gücünün tespitine ilişkin bir karine olarak kullanılmak üzere rakiplerinin dikkate alındığına dikkat edilmelidir. Alman Federal Mahkemesi yine bu kararında, VW AG’nin dağıtıcılarından bazılarının milyarlarca Alman Markı satış geliri elde ediyor olmalarına rağmen, bu teşebbüslerin tamamını ayrımcı uygulamanın etkilerini karşılama yeteneğinden yoksun kabul etmiş ve bütün dağıtıcıların, sağlayıcılarına işletmesel olarak bağımlı oldukları sonucuna ulaşmıştır. Uygulamanın etkisini karşılama yeteneği tespit edilirken dikkate alınan başlıca kriter bağımlılığın derecesidir. İlgili teşebbüslerin mutlak büyüklükleri ve faaliyet gösterdikleri sektör gibi hususlar, belirleyici bir anlam ifade etmemekle birlikte, bağımlılığın derecesinin tespitinde rol oynamaktadır (Wiedemann içinde Lübbert, 1999, 858).

Kanuna 1989 yılında eklenen ve 1990 yılında yürürlüğe giren bu kriterin amacı ticaret kesiminde faaliyet gösteren büyük teşebbüsleri haksız ayrımcılığa karşı korumaktan vazgeçilmiş olmasıdır. Getirilen bu kriterle, ayrımcılık yasağının koruma şemsiyesi bu teşebbüsleri dışarıda bırakacak şekilde daraltılmıştır (Wiedemann içinde Kirchhoff, 1999, 324).

## 2.2 BAĞIMLILIĞIN TESPİTİ

Alman Rekabet Kanununun 20’nci maddesi birinci fıkrası birinci cümlesi lafzında da yer aldığı gibi bağımlılığın temel koşulu, bağımlı olduğu kabul edilecek küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin başka teşebbüslere yönelmek için yeterli ve uygun seçeneği olmamasıdır. Bu bölümde bu ifadeden

---

<sup>11</sup> BGH WuW/E BGH 2875 (2879)

ne anlaşılması gerektiği ve bağımlılığın hangi şartlar altında ortaya çıktığı araştırılacaktır.

### **2.2.1 Başka Teşebbüslere Yönelmek İçin Yeterli ve Uygun Seçeneğin Olmaması**

Bağımlılığın tespiti aşamasında, bağımlı olup olmadıkları araştırılan alıcı ya da sağlayıcıların yeterli ve uygun seçeneklerinin bulunup bulunmaması belirleyici rol oynar (Carlhoff, 1988, 28).

Objektif kriter olan seçeneklerin yeterliliği, ilgili pazarda varolan olanakların değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkar. Bu değerlendirme sırasında, pazardaki diğer mallara yönelinmesi durumunda uğranılacak zarar dikkate alınmaz. Burada önemli olan objektif olarak seçeneklerin varlığı ya da yokluğunun tespit edilmesidir.

Pazarda varlıkları tespit edilen yeterli seçeneğin aynı zamanda uygun olması gerekmektedir. Bu aşamada subjektif kriterler dikkate alınarak pazar olanaklarının değerlendirmesi yapılır. Yeterli olduğu kabul edilen seçeneklere, bağımlı olup olunmadığı araştırılan mallarla aynı şartlarla ya da en azından önemli rekabet dezavantajlarına uğramadan yönelmek mümkün olmalıdır. Aksi halde bu seçeneklerin teşebbüs için uygun kabul edilmesi yerinde olmayacaktır (Carlhoff, 1988, 5).

Ayrımcılığa uğrayan teşebbüs, ayrımcılık yapan teşebbüsün diğer alıcı ya da sağlayıcılarının başka seçeneklere yönelme olanaklarının olup olmadığına bakılmaksızın korunur. Zira bağımlılıkta kriter, ayrımcılığa uğrayan teşebbüsün seçeneklerinin olup olmamasıdır (Fischötter, WuW 1974, 382).

Görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan madde, bağımlı olduğu kabul edilen teşebbüsler arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla bağımlı olduğu tespit edilen teşebbüslerin aynı şekilde korunduklarını kabul etmek gerekmektedir. Madde ayrıca sadece pazarda yerleşik teşebbüsleri değil aynı zamanda pazara yeni giren ve belli malları bulundurmaya mecbur olan teşebbüsleri de korumaktadır (Carlhoff, 1988, 29).

#### **2.2.1.1 Yeterli Seçeneğin Varlığı**

Bu kriterin objektif olmasından, kritere ilişkin inceleme yapılırken asıl itibarıyla pazarda ticari ilişkiye girilmesi mümkün olan teşebbüslerin varlığının araştırıldığı anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle bu kriter pazarda ayrımcı ya da engelleyici uygulamayı yapan teşebbüsün ürününün, bu uygulamaya muhatap

olan teŖebbüs için fonksiyonunu önemli rekabet dezavantajlarını göze almaya gerek kalmadan yerine getirebilecek ürünlerin varlığını araştırır<sup>12</sup>.

Bununla birlikte Federal Mahkeme, mal tedarikini talep eden teŖebbüs, rekabet edebilir bir ürün yelpazesi oluşturabilmek için söz konusu ürüne mutlaka ihtiyaç duyuyorsa, pazarda varolan olanakların yetersiz oldukları sonucuna varmaktadır. Bir malın ticaret kesimi teŖebbüsü için böyle bir anlamı olduğu ise söz konusu malın pazar payı, dağıtım oranı, kalitesi ve tanınmışlığı dikkate alınarak tespit edilmektedir (Markert, 1979, 797).

İŖletmesel bağımlılık hallerinde, müşteri çevresinin sözkonusu mala yöneldiği, dolayısıyla, bir teŖebbüsün müşterilerini kolaylıkla başka bir ürüne yönlendiremeyeceği için, sağlayıcısına bağımlı duruma geldiği kabul edilmektedir (Loewenheim, 1982, 192).

### 2.2.1.2 Seçeneklerin Uygunluğu

Bağımlılığı araştırılan teŖebbüs için pazarda yeterli seçeneğin bulunduğu tespit edildikten sonra bu seçeneklerin teŖebbüs için uygun olup olmadıkları araştırılmalıdır. Burada seçeneğin uygunluğundan, teŖebbüs için rakipleri ile aynı şartlarda ulaşılabilir olması ve teŖebbüsün bu mala yönelmesi durumunda aşırı bir yük getirmemesi gereği anlaşılmalıdır. Bu şartların sağlanması durumunda bağımlılık ilişkisinin varlığını onaylamak doğal olarak mümkün olmayacaktır.

Kanunun hazırlanması sırasında görüş bildiren Ekonomik Kurul, yeterli bir seçeneğin hangi şartlar altında uygun olacağını Ŗu şekilde ortaya koymuŖtur<sup>13</sup>:

Başka teŖebbüslere yönelme seçeneği yeterli olsa da, eğer teŖebbüs için büyük bir yük oluşturuyorsa ya da, örneğin uzun yıllar süren ticari bir ilişki sonucunda teŖebbüsün faaliyetlerini talep ettiği mala odaklanması nedeniyle söz konusu malın üretim ya da dağıtımından vazgeçilmesi çok büyük ya da hesaplanamaz bir risk getiriyorsa, teŖebbüs için uygun değildir.

Ayrımcılığa uğrayan ya da haksız olarak engellenen teŖebbüs için yeterli seçeneklerin varlığı, sözkonusu olan malın herhangi bir rekabet dezavantajını göze almak gerekmeden ikame edilebilmesi durumunda onaylanmalıdır (Carlhoff, 1988, 115).

---

<sup>12</sup> BGH WuW/E 1392 "Rossignol", 1567 "Nordmende", 1629 "Modellbauartikel II", 1740 "Rote Liste" vb.

<sup>13</sup> BT Drucksache, V III 765, 9/10

Bağımlılığa ilişkin değerlendirmeler yapılırken, ayrımcılığa uğrayan ya da haksız engellenen teşebbüsün pazarda yerleşik olmasının ya da pazara yeni giriyor olmasının herhangi bir önemi yoktur (Bunte, 1985, 780).

### 2.2.2 Bağımlılık Türleri

Parlamento Ekonomik Kurulu, ayrımcılık yasağının kapsamını genişleten maddeye ilişkin açıklamalarında, bu madde Kanuna eklenirken hangi olasılıkların göz önüne alındığını aktarmış ve bunlara örnekler vermiştir. Teorik bir alt yapıdan yoksun olan “görelî güçlü teşebbüs” kavramının hangi durumları kapsayacağını anlaşılmaması bakımından önemli bir boşluğu dolduran bu açıklama incelenerek bazı gruplar oluşturulmuş ve yasağın uygulanmasına sistematik kazandırarak teşebbüsler için anlaşılabilirlik ve hukuki güvence kısmen de olsa sağlanmıştır.

Ekonomik kurulun açıklamalarından, herbiri farklı bir nedene dayanan üç bağımlılık türünün dikkate alındığı anlaşılmaktadır:

*Ürün Grubu Bağımlılığı:* Bağımlı olduğu kabul edilen teşebbüs, rekabet gücüne sahip olmak için, satışa sunduğu ürünler arasında belirli bir ürünün varlığına ihtiyaç duymaktadır.

*İşletmesel Bağımlılık:* Bağımlılık başka bir teşebbüsle kurulan sözleşme bağından kaynaklanmaktadır.

*Kıtlığa Dayalı Bağımlılık:* Belirli bir ekonomik basamakta faaliyet gösteren ve ileriye doğru dikey bütünleşmiş teşebbüslerden hiçbirinin, kıtlık durumunda kaynakların kendi sistemlerinde yer alan dağıtıcılara yetmeyeceği iddiası ile serbest dağıtıcılara mal vermemesi durumunda ortaya çıkan bağımlılık türüdür (Mandel, 1991, 26).

Bunların yanında “talep bağımlılığı” dördüncü bir bağımlılık grubu olarak literatür tarafından geliştirilmiştir. Bununla birlikte, bu grup ortaya çıkışının benzerliği nedeniyle “işletmesel bağımlılık” grubunun bir alt grubu olarak da kabul edilmektedir. Bu çalışmada, literatürün büyük kısmı tarafından kabul edildiği gibi, ayrı bir grup olarak ele alınacaktır.

Alım gücüne dayalı bağımlılık hali, bir sağlayıcının, sunduğu mal ya da hizmetlerin tüketiciye sunulması aşamasında belli bazı alıcılarından uygun ve yeterli seçeneği olmadığı için vazgeçmesinin mümkün olmaması durumunda ortaya çıkmaktadır (Emmerich, 1982, 206).



### **2.2.2.1 Ürün Bağımlılığı**

Ürün bağımlılığı durumunda, bağımlı olduğu kabul edilen teşebbüs, rekabet gücüne sahip olmak için, satışa sunduğu ürünler arasında belirli bir ürünün varlığına ihtiyaç duymaktadır. Bu ürünlerin, markalı mallar olarak bilinen ve bazı özellikleri ile alelade mallardan ayrılan mallar oldukları kabul edilmektedir. Bu bağımlılık türünün nasıl düzenlendiğine geçmeden önce, ortaya çıkışının nedenleri ve pazarlarda meydana getirdiği etkilerin incelenmesi yerinde olacaktır. Bunun için öncelikle markalı malları diğer mallardan ayıran özelliklerinin ortaya konulmasında yarar vardır.

#### **2.2.2.1.1 Markalı Mallar**

Bir malın, marka bir mal olarak kabul edilmesi pazarda bulunan alelade bir maldan bazı noktalarda ayrılmasını gerektirir (Dichtl/Diller, 1980, 99):

- a- Malı benzerlerinden ayıran bir işaret veya bir sembolün varlığı. “Marka” olarak adlandırılan bu ayırıcı işaret, markayı benzerlerin oluşturduğu yığının içerisinde çıkararak ona bir kişilik verir.
- b- Malın ortalamanın üzerinde bir kalite düzeyine sahip olması.
- c- Malın tüketici gözünde bir imajı olması ve pazarda tanınması başka deyişle pazarda özel bir konumunun bulunması.
- d- Her yerde bulunabilir olması.

Markalı mallar, üreticiler ve tüketiciler tarafından çeşitli sebeplerle tercih edilmektedir:

##### **2.2.2.1.1.1 Tüketici Açısından Markalı Malların Tercih Edilme Sebepleri**

Markalı malların tüketici tarafından tercih edilmesinin çeşitli sebepleri vardır. Marka bir mal alıcısına yüksek bir kalite seviyesinin ve bu seviyenin gelecekte de aynı kalacağının güvencesini verir. Marka bir malın üreticisi, teknik ilerleme için istek ve imkana sahiptir ve tüketicinin bundan yararlanma beklentisi vardır. En önemli unsurlardan birisi de pazarda uzun süre bulunan bir malın, ki bunun zaman içerisinde kendi markasını kabul ettirdiğini ve yerleştiğini kabul etmek yerindedir, tüketicinin tatminine ilişkin olarak taşıdığı risk, markasız bir mala göre daha düşüktür (Hartmann, 1981, 30).

### **2.2.2.1.1.2 Üretici Açısından Markalı Malların Tercih Edilme Sebepleri**

Ürününü markalı bir mal haline getirerek dağıtmak isteyen bir üretici, bu amacına ulaştığında, pazarda bir “niş” edinmiş olur. Bu, sözkonusu üreticinin alıcıları karşısında bir pazar gücüne sahip olmasını sağlar. Çünkü artık ürünü tüketici açısından pazardaki diğer mallarla hiçbir zorlukla karşılaşmadan ikame edilebilir bir mal değildir. Üreticinin bu yeri edinebilmesi için yukarıda yer alan, tüketicilerin markalı bir maldan bekledikleri faydaları sunması gerekir. Yani yüksek kalite, teknik olarak ileri olma ve kalitenin değişmemesi. Bu şartları yerine getiren malın tüketiciye ulaştırılmasında da farklı yollar tercih edilir. Çünkü uzun zaman ve çok miktarda kaynak harcanarak oluşturulan marka imajının tehlikeye düşmesinden kaçınılmak istenmektedir. Bunun içinde aracılığından yararlanılacak toptan ve perakende satıcıların, markanın imajını tehlikeye düşürmeyeceklerinden emin olmayı sağlayacak bazı kriterlere göre seçilmesi gerekmektedir. Bu kriterler genellikle dağıtıcıların malın niteliğine uygunluklarını, mala ilişkin danışmanlık ve servislerin tüketiciye ulaştırılacağına güvence altına almaya yönelirler. Bunların arasında müşteri hizmetlerini yerine getirebilecek eğitimli personel istihdam edilmesi ve tanıtım, satış ve depolama yeterli alana sahip olunması en önde gelen kriterlerdir. Anılan bu niteliksel kriterlerin yanında niceliksel kriterler de sıklıkla kullanılmaktadırlar. Bunların içinde en sık rastlananlar ise en düşük satış miktarı şartının getirilmesi ya da belli bir bölgedeki dağıtıcı sayısının kısıtlanmasıdır. Bu türden kriterlerin işletme açısından gerekçeleri ise daha ziyade rasyonalizasyona dayanmaktadır. Özellikle teknik açıdan karmaşık ürünlere ilişkin hizmetlerin bir dağıtıcı tarafından geniş bir alan için tatmin edici şekilde yerine getirilmesi çoğu kez mümkün olmamaktadır (Hartmann, 1981, 31).

Bu sebeplerle oluşturulan seçici dağıtım sistemleri, “ürün bağımlılığı”na ilişkin olarak yaşanan sorunların başlıca kaynağıdır. Bu dağıtım şeklinin neden ve nasıl oluştuğunun incelemesi, “ürün bağımlılığı” konusuna ilişkin hukuki değerlendirmelerin temellendirilemesi bakımından gereklidir.

### **2.2.2.1.2 Seçici Dağıtımın Ekonomisi**

Görelî güçlü teşebbüslere, ayrımcılığı yasaklayan madde, Alman Rekabet Hukukunun en tartışmalı maddelerinden birisi olmuştur. Çünkü söz konusu madde, aktif fiyat politikası uygulayan ticaret kesimi teşebbüsleri ve süpermarketler tarafından üreticileri mal vermeye zorlamak için sıklıkla kullanılmıştır (Sonnberg, 1992, 21). Ticaret kesiminde ortaya çıkardığı ifade edilen yoğunlaşma arttırıcı etkisine karşılık (Ulmer, 1987, 326), bağımlılığı düzenleyen kurallar dikey fiyat tespitine karşı etkili bir araç olarak da savunulmuşlardır. Zira, marka mal üreticilerinin mal tedarik edecekleri ticaret

kesimi teşebbüslerine ilişkin olarak tam bir serbesti içinde olmaları durumunda, bunların, özellikle aktif fiyat politikası izleyen teşebbüsleri dağıtım açısından dışlayarak ürünlerinin fiyatını kendilerince belirlenen bir düzeyin üstünde tutmalarının kolaylaşacağı öne sürülmektedir (Markert, 1985, 845).

İktisat biliminin ortaya koyduğu ilkeler dikkate alındığında, bir üreticinin mümkün olan en çok miktarda ürününü satması ve bu arada bunları alanlar konusunda seçici olmaması beklenmektedir. Hatta aktif fiyat politikası izleyen teşebbüslerin pazardaki varlıkları ve bir üreticinin malını alıcılarına sunmaya istekli olmaları, bir üretici açısından istenen bir durum gibi görünmektedir. Çünkü bu durumda, dağıtıcı teşebbüs bir bakıma kendi kazanç oranından fedakarlık ederek ürünün satışını arttırmaktadır.

Ancak, seçici dağıtım sistemlerinin hayli yaygın olmaları, bu açıklamaların üretici davranışlarını açıklamakta tam anlamıyla başarılı olmadığını ve başka unsurların da dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

#### **2.2.2.1.2.1 Tüketicinin Eksik Bilgilenmesi**

Pazarların saydamlığı ve tüketicinin bilgilenmesi teknik gelişmeler sayesinde hızla artsa da, tüketici satın alma kararını hala önemli oranda eksik olan bilgilere dayanarak vermek zorundadır. Tüketici, ne pazardaki tüm malların fiyatlarını bilebilir, ne de bir ihtiyacı karşılamak üzere pazara sunulan tüm mallardan haberdar olabilir. Tüketicinin özellikle, satın alarak tecrübe etmeden önce malların kalitelerini ve bir ihtiyacı gidermeye ne derece elverişli olduklarını bilemez. Bu eksik bilgilenme durumu, seçici dağıtımı tercih eden üreticinin bu davranışını açıklamakta kullanılan en önemli unsurlardan bir tanesidir (Sonnberg, 1993, 25).

Sıklıkla satın alınan ve giderler içinde önemli bir pay tutmayan günlük kullanım mallarında kaliteye ilişkin eksik bilgilenme sorunu önemli bir rol oynamaz; çünkü bu malların kalite düzeyleri tecrübeler yoluyla tespit edilmiştir. Buna karşılık, tüketicinin ender olarak satın aldığı ve tüketici giderleri içinde önemli bir yer tutan karmaşık mallar olarak nitelenebilecek, örneğin aralarında elektronik ev eşyalarının bulunduğu, bir grup mal için kaliteye ilişkin belirsizlik ve bunun getirdiği risk, satın alma kararının oluşmasında önemli bir rol oynar. Tüketicinin, bu grupta yer alan mallara ilişkin satın alma kararı, satıcının kişisel tavsiyeleri, ürünün sunuluşu ve ürüne bağlı olarak sunulan ek hizmetlerden etkilenmektedir. Ayrıca, istenen bir ürünün, danışmanlık hizmetleri sunan ve mallarının kalitesi ile tanınan bir teşebbüsten alınmasının tüketici için bilgi edinmek ve en doğru satın alma kararını vermek için harcanacak çabadan önemli miktarda tasarruf sağlayacağı da gözardı edilmemelidir (Sonnberg, 1993, 26).

Yine tüketicinin eksik bilgilenmesi ve bu eksikliği bazı göstergelerin taranması yoluyla giderme eğiliminde olması, bir malın fiyatının kalite göstegesini fonksiyonunu akla getirmektedir. Ancak, bu durum her ne kadar bazı akılcı olmayan tüketici davranışlarının açıklanmasında kullanılabilir bir araç ise de, seçici dağıtım sistemlerinin ve ürün bağımlılığının açıklanmasında kullanışlı bir araç değildir.

#### **2.2.2.1.2.2 Danışmanlık ve Destek Hizmetleri**

Bir dağıtıcı, tüketicinin satın alma kararını etkilemeye yönelik danışmanlık ve destek hizmetlerini ancak bunun karşılığında bir şey kazanmayı umuyorsa sunacaktır. Zira bu hizmetlerin sunulması, dağıtıcının iş yükünün ve maliyetlerinin artması anlamına gelmektedir. Tüketicinin, danışmanlık hizmeti sunan uzmanlaşmış dağıtıcıyı bilgi kaynağı olarak kullanıp, ilgilendiği malı aktif fiyat politikaları uygulayan büyük perakendecilerden satın alması, dağıtıcının bu hizmetleri sunmaya ilgisini kaybetmesine ve bundan vazgeçmesine sebep olacaktır. Nitekim böylece maliyetlerinde tasarruf sağlayan uzmanlaşmış dağıtıcı, büyük perakendecilerle rekabet etme olanağına da kavuşmuş olacaktır (Sonnberg, 1993, 27).

#### **2.2.2.1.2.3 Olumsuz Etkileri**

Seçici dağıtım sistemlerinin lehine ileri sürülen hususların temelinde, tüketicinin bu sistemlere ve bunlar aracılığı ile sunulan hizmetlere de ihtiyaç duyduğu kabulü yatmaktadır. Ancak, eğer seçici dağıtım sisteminin gerekçesini tüketicinin ihtiyaç duymadığı hizmetlerin sunulması oluşturuyorsa, bu durumda seçici bir dağıtım anlaşmasının etkisi pazardaki fiyatların suni olarak artması dolayısıyla toplam refahın düşmesi ve toplumsal kaynakların israf edilmesi olacaktır (Grossekkettler, 1978, 634).

#### **2.2.2.1.2.4 “Free Rider” Sorunu**

Seçici dağıtım sistemlerine yöneltilen, fiyatların suni olarak artırılması eleştirisine karşı bir çözüm olarak seçimin tüketiciye bırakılması ve hangi dağıtım şeklinin tercih edileceğinin pazar tarafından tespit edilmesinin beklenmesi akla gelmektedir. Ancak, bu noktada yukarıda da anılan ve “Free Rider” olarak da bilinen, hizmetleri sunmayan teşebbüslerin bu hizmetleri sunanların yatırımlarından karşılıksız yararlanmaları sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu hizmetleri sunanların yatırımlarının karşılığını tam alamaması nedeniyle, bu yatırımları yapmaya olan ilgileri kaybolmaktadır. Giderek danışmanlık ve destek hizmetlerinin tamamen pazardan çıkmasına sebep olan bu sorun, seçenekler sağlıksız bir şekilde eleneceği için tüketicinin seçme hakkını kullanamamasına

neden olmaktadır (Sonnberg, 1993, 26). Bu sebeplerle, seçimin pazara bırakılması ve seçici dağıtımın yasaklanması ile ulaşılan sonuç, tüketici tercihlerini yansıtmamaktadır.

Danışmanlık ve destek hizmetlerinin sunulması, diğer teşebbüslerin dışlanamaması durumunda, bunları sunan teşebbüslerden diğerlerine yönelik pozitif bir dışsalılık olarak görülebilir. Fiyat mekanizması tarafından değerlendirilemeyen, ancak maliyetlere yansıyan dışsalılıkların teşebbüslerin ekonomik kararlarını optimalden saptırması beklenene göre, bu durumda da optimal miktarda ve giderek hiç danışmanlık ve destek hizmeti verilmemesini beklemek gerçekçi olacaktır.

Bunun yanında, pazara yeni giren teknoloji ürünleri için telebin şekillenmesi gibi önemli bir fonksiyonu yerine getiren uzmanlaşmış dağıtıcıların ortadan kalkmaları, yeni ürünlerin pazara girerek kendilerine bir yer edinmelerini zorlaştıracığı için teşebbüslerin teknik ilerleme güdüsünü olumsuz etkileyecektir (Arndt, 1986, 139).

#### **2.2.2.1.2.5 Prestij Malları**

Günlük tüketim malları ve karmaşık mallar gruplarının içinde yer alan ve “Prestij Malları” olarak adlandırılan mallar da bu çerçevede anılmalıdır. Prestij mallarını satın alan tüketici, bu malın tüketiminden ya da kullanımından bir fiziksel ihtiyacın tatmininin ötesinde bir fayda beklemektedir. Nitekim, prestij mallarını tüketen ya da kullanan birey, çevresine bu malları alabilecek maddi imkanlara sahip olduğunu göstermek istemektedir (Ahlert, 1987,222). Bu gruba örnek olarak yüksek kaliteli alkollü içkiler ve mobilyalar sayılabilir (Sonnberg, 1993, 28).

Prestij mallarını kullanan ya da tüketen bireylerin, bu mallardan sağladıkları fayda dikkate alındığında, bu malların imajlarının ve pazardaki görünümünün büyük önem taşıdığı görülmektedir. Bu ürünlerin imajlarının korunması ve geliştirilmesi, kullanıcılarına özel bir şekilde sunulmalarına bağlıdır. Bu malların seçici dağıtım sistemleri ile dağıtılması, malların prestij amacı ile dar bir kesim tarafından talep edildiğini dikkate aldığı ve ilgili ürün pazarı, sadece bu malları kapsayacak kadar dar tanımlandığı sürece rekabet teorisi açısından sakıncasızdır (Ahlert, 1987, 223).

#### **2.2.2.1.2.6 Yerleşik Dağıtıcıların Baskısı**

Üreticilerin seçici dağıtım anlaşmalarını tercih etmelerinin sebepleri açıklanırken, daha önce kendileriyle seçici dağıtım için sözleşme yapılan dağıtıcıların baskısı da unutulmamalıdır. Bu teşebbüsler özellikle organize olduklarında üreticiler karşısında güçlü bir pazarlık konumu elde edebilirler. Üretici

her ne kadar aktif fiyat politikası izleyen teşebbüslere mal tedarikine sıcak yaklaşırsa da, yerleşik uzmanlaşmış dağıtıcılarının ürünlerini dağıtmama tehdidi karşısında seçme şansı olmayabilir. Uzmanlaşmış dağıtıcıların bu yöndeki baskılarının etkili olmasının şartı, üreticinin, ürününün dağıtımında bu dağıtıcılara ihtiyaç duyduğunu düşünmesidir. Bu türden bir ilişki, tüketici, malla birlikte sunulan hizmetlere ihtiyaç duymamaya ve bunlara değer vermemeye başlayınca üretici ve rekabet açısından sorunlu olmaya başlar. Ancak, tüketici yönünden gerekçesi kalmayan ve sadece dağıtıcıların baskısı ile ayakta duran böyle bir seçici dağıtım sisteminin varlığını uzun süre koruyabilmesinin tek yolu, üretici seviyesinde etkin rekabetin bulunmamasıdır. Nitekim bu durum dar bir oligopolistik pazarda üzerlerinde rekabet baskısı olmadan fiyatları belli bir seviyenin üstünde tutabilen üreticiler için söz konusu olabilir (Sonnberg, 1993, 29).

#### **2.2.2.1.2.7 Ortadan Kalkan Seçici Dağıtım Sisteminin Üreticiye Maliyeti**

Bir üreticinin, kurulu seçici dağıtım sistemini korumak istemesinin ve mal vermeyi reddetmesinin nedenlerinin anlaşılması için üreticinin bölge tahsis edilmiş bir dağıtıcısı ile çalışırken, dağıtıcının bölgesinde başka bir teşebbüse mal tedarik etmeye mecbur tutulması durumunda kaybedeceklerine bakılması yeterlidir (Hartmann, 1981, 68):

- a- Daha önce bölgeye tek başına mal sunan ve buna karşılık müşteri hizmetleri ve pazar geliştirme çalışmaları yapan dağıtıcı, çabalarının tam karşılığını alamayacağı için motivasyonunu kaybedecek ve bu da pazarın hacminde daralmaya sebep olarak üreticiye, satış gelirlerinde azalma olarak yansıtacaktır.
- b- Müşteri hizmetlerinin gerilemesi markanın imajını olumsuz etkileyecektir. Markanın pazarda edindiği güç ve bu gücün üreticiye sağladığı rant tehlikeye düşecektir.
- c- Aynı bölgede iki farklı dağıtıcının finanse edilmesi, üreticinin riskini arttıracaktır.
- d- İki farklı dağıtıcı ile ilişki içerisinde bulunulması yönetim giderlerini ve riskini arttıracaktır.

Seçici dağıtım anlaşmalarının rekabet teorisi içerisinde değerlendirilmeleri tek yönlü değildir. Değerlendirmeye ilişkin sorun bu anlaşmaların, dağıtımı yapılacak ürünün niteliği nedeniyle uygun bir rekabet aracı olabilmelerinin yanında ticaret kesiminde yapısal dönüşümün engellenmesi, etkin olmayan teşebbüslerin pazarda kalmalarının sağlanması ve dağıtımın konusu olan malın fiyatının suni olarak arttırılması için kullanılabilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır (Sonnberg, 1993, 30).

Seçici dağıtım sistemlerinin, ürün farklılaştırmasına olan katkıları ve böylece bir yandan tüketici tercihlerine daha iyi uyan malların üretilmesini

mümkün kılarak refahı arttıran ve diğer yandan üreticiler arasındaki rekabeti artırıcı etkileri, bu dağıtım şeklinin savunulan taraflarıdır. Tüketicinin yukarıda aktarılan sebeplerden marka mallara ilgi göstermesi ve üreticinin ve dağıtıcılarının da markalı malları seçici dağıtım sistemleri ile dağıtmak için makul güdülerinin bulunması, “ürün bağımlılığı” olarak bilinen ve uygulamada da en sık karşılaşılan bağımlılık türünün ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

### **2.2.2.1.3 İlgili Rekabet Süreçleri**

Söz konusu olan, bir tarafta üreticinin sözleşme özgürlüğü ve işletmesel bağımsızlığı diğer tarafta da mal tedariki reddedilen bir dağıtıcının rekabet özgürlüğüdür. Taraflardan hangisinin hakkının üstün tutulacağına göre pazarın sonuçları değişecektir. Pazarda hangi yönde bir değişikliğin olacağı kestirilebilmesi için varılacak kararın pazarda işleyen hangi süreçlere ne şekilde etki edeceğinin bilinmesi gerekir. Bağımlı şirketin mal talebinin karşılanması mı gereklidir, yoksa üreticinin istediği dağıtıcı ile ticari ilişki içerisine gireceğini belirleme hakkı mı tanınmalıdır?

#### **2.2.2.1.3.1 Marka İçi ve Markalar Arası Rekabet**

Ürünlerini pazara sunan bir üretici, pazarda faaliyette bulunan diğer teşebbüslerle rekabet halindedir. Markalar arası rekabet (inter-brand competition) olarak bilinen bu rekabet boyutu, teşebbüsün ürünlerinin dağıtımına ilişkin olarak verdiği karardan etkilenir. Dağıtıma ilişkin olarak verilen karar aynı zamanda aynı markadan mallar arasındaki marka içi rekabet (intra-brand competition) olarak bilinen rekabet süreci üzerinde de etkili olacaktır.

#### **2.2.2.1.3.2 Marka İçin Rekabet - About Brand Competition**

Ekonomik hayatın gelişmesine paralel olarak çok sayıda dağıtım sistemi gelişmiştir. Bu sistemler kendi aralarında, yapı ve dağıtıcının fonksiyonları yönünden yer yer ciddi şekilde farklılaşmaktadır. Çeşitli dağıtım sistemleri arasında ortaya çıkan bu farklar, dağıtım sistemlerinin üreticinin dağıtım politikası ışığında uygun ya da uygun değil olarak sınıflandırılmasını getirmiştir. Üretici, ürününü nihai kullanıcıya ulaştıracak en uygun yolu seçerken çeşitli dağıtım sistemleri içinden kendince en uygun olanına karar vermektedir. Başka bir deyişle, çeşitli dağıtım sistemleri (bu arada tabii bu sistemleri oluşturan dağıtıcı teşebbüsler) üreticilerin isteklerine cevap vermek konusunda rekabet halindedirler. Dağıtım anlaşmalarının genel ekonomik etkileri değerlendirilirken markalar arası (inter-brand) ve marka içi (intra-brand) rekabetin yanında “marka

için rekabet” (about-brand competition) olarak adlandırılan bu üçüncü rekabet boyutunun da dikkate alınması gerekmektedir.

#### **2.2.2.1.3.3 Kararın Rekabet Süreçlerine Etkisi**

Üreticiye bir mal tedariki mecburiyetinin getirilmesi, “about-brand competition”ı kaynağında kurutmak anlamına gelmektedir. Markalar arası rekabet de çarpıtılmış olacaktır zira üretici ayrımcı uygulamaları içinde barındıran ve ürün farklılaştırılması için kullanılacak etkili bir araç olan dikey kısıtlamaları artık kullanamayacaktır. Bunlara karşılık marka içi rekabet arttırılmış olacaktır, zira isteyen her teşebbüs söz konusu ürünü dağıtabilecektir.

Buna karşılık, üreticinin, dağıtıcısını kendi kriterlerine göre serbestçe seçmesine izin verilmesi halinde, “about-brand competition” bir miktar kısıtlanmış olacaktır. Çünkü rekabetin bu boyutunun etkinliği için dağıtıcı teşebbüslerinin dağıtımdaki etkinlikleri temelinde pazar şartlarında karşılaştırılmaları gerekirken, üreticinin tamamen serbest olması dağıtıcıların etkinliklerini gözardı ederek sadece kendi belirlediği kriterleri dikkate alması sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık markalar arası rekabet teşvik edilmiş olacaktır, çünkü üretici rakiplerine karşı bir rekabet aracı olarak dikey kısıtlamaları da kullanabilecektir. Böyle bir düzenlemenin marka içi rekabeti kısıtlayacağı da açıktır.

Yukarıda da görüldüğü gibi dağıtıcıların belirlenmesi konusunda üreticiye tanınacak mutlak bir serbesti veya üreticiye getirilecek genel bir mal tedariki zorunluluğu dağıtıma ilişkin üç farklı rekabet sürecinden en az birini kısıtlamaktadır. Üreticinin seçici dağıtım sistemi kurmasına ilişkin serbestisinin bu iki uç arasında bir noktada belirlenmesini beklemek yerinde olacaktır (Sonnberg, 1993, 43). Bu noktanın belirlenmesinde ise ekonomi politikası tercihleri rol oynamaktadır.

#### **2.2.2.1.4 Uygulamada Ürün Bağımlılığı**

Uygulamada karşılaşılan en önemli bağımlılık türü, ürün bağımlılığıdır. Diğer bağımlılık türlerinde olduğu gibi, bağımlılığın bu türünde de temel kriter uygun ve yeterli seçeneklerin bulunup bulunmamasıdır. Seçeneklerin varlığı ve uygunluğu ise ilgili teşebbüsün müşterilerinin davranış ve tutumlarına göre belirlenir. Tüketicilerin tutum ve davranışlarının belirlenmesinde, dolayısıyla seçeneklerin uygunluğu konusunda rol oynayan aşağıdaki unsurlar bağımlılık konusu bakımından önemlidir:

Markalı malları diğerlerinden ayıran önemli bir unsur bu ürünlerin özel bir dağıtım sistemi aracılığıyla dağıtılması ve bu arada üreticinin, yoğun reklam çalışmaları ile tüketiciye seslenilmesidir. Reklam çalışmaları sonucunda,



tüketiciye pazarlanan mal için özel bir pazar yaratılmaya çalışılır. Ancak, markaya özel bu pazar ilgili ürün pazarının içinde yer aldığı ve etkin rekabetin varlığını kabul etmek için yeterli ikame mallarla çevrili olduğu için bir hakim durumdan söz etmek mümkün değildir. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi “Jägermeister”<sup>14</sup> kararında; “bir pazarda hakim durumda olmasa bile bir teşebbüs, pazarın işleyişini kanun koyucunun ayrımcılık yasağı ile mücadele etmek istediği şekilde bozacak güce sahip olabilir... Teşebbüsün (fiyat belirleyen) pazardaki güçlü konumu özellikle ilgili pazarda faaliyet gösteren ticaret kesimi teşebbüslerinin, alıcılarının kalite garantisi ve reklam aracılığı ile etkilenen talepleri nedeniyle belli bir markalı malı ürün yelpazelerinde buldurmaya mecbur kalmalarından kaynaklanabilir... Bu gibi durumlarda alternatif mallara yönelme olanakları kısıtlıdır. Kendilerini belli markalı malları sunmaya mecbur hisseden ticaret kesimi teşebbüsleri, böylece markalı mal üreticilerine, pazarın işleyişini bozacak şekilde bağımlı hale gelmektedir...”

Yine Alman Yüksek Mahkemesinin “Rossignol”<sup>15</sup> kararında: “Bir malın anlamı, fiyatının yanında ağırlıklı olarak kalitesi ve teşebbüsün bu mal için yaptığı reklam ile belirlenmektedir. Bu unsurlar talebi etkiler. Özellikle reklam, markalı bir mala pazarda, alıcıların bu malı diğer mallarla ikame edilemez olarak değerlendirmelerine sebep olacak bir konum kazandırabilir.” denilmektedir.

Bunun yanında tüketici alışkanlıkları da markalı malların rekabet gücü üzerindeki etkisini belirler. Eğer tüketici markalı bir malın ürün yelpazesinde sunulmamasından hareketle teşebbüsün etkisiz olduğu sonucuna ulaşıyor ve diğer ihtiyaçlarını da başka teşebbüslerden karşılamaya yöneliyorsa, bu davranış markalı malın teşebbüsün rekabet gücü için önemli bir unsur olduğunu ortaya koyar<sup>16</sup>.

Mal verilmemesi durumunda, dağıtıcı için, bu malın satışından elde edilecek geliri çok aşan zararlar ortaya çıkıyorsa, söz konusu malın üreticisi, pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüs gibi keyfi olarak dağıtıcının rekabet gücüne etki edebilir. Dağıtıcının bu etkiden kurtulması, üreticinin mal vermek zorunda bırakılması ile mümkündür (Fischötter, 1974, 392).

Dağıtıcı uzmanlaştıkça, pazar payı düşük malların da ürün yelpazesinde bulunması beklentisi artar. Bu da dağıtıcıyı, pazardaki mutlak değeri düşük mallara bağımlı hale getirir (Mandel, 1991, 45).

Yerleşik bir teşebbüs gibi, pazara yeni giren bir teşebbüsün de, rekabet gücünü sağlamak için belli bir markalı mala bağımlı olması mümkündür. Bunun kabul edilmemesi halinde, ayrımcılık yasağı, yerleşik teşebbüsler için bir koruma tedbiri halini alırken, yeni ticaret ve dağıtım şekillerinin engellenmesi

---

<sup>14</sup> WuW/E BGH 886, 890 “Jägermeister”

<sup>15</sup> BGH, BB 1976, 198 “Rossignol”

<sup>16</sup> WuW/E BGH 886, 890 “Jägermeister”

sonucunu doğuracaktır. Böyle bir uygulamanın pazar ekonomisi prensiplerine aykırı olduğu açıktır (Fischötter, 1974, 394).

Ürün bağımlılığı, ticaret kesiminde faaliyet gösteren bir teşebbüsün, yeniden satış pazarında önemli rekabet dezavantajları ile karşılaşmamak için, görece güçlü olduğu kabul edilen teşebbüsün ürününü sunmak zorunda olması ile ortaya çıkar. Bir malın, bir teşebbüs için böyle bir önem kazanması malın pazardaki geçerliliğine, fiyatına, kalitesine, reklam ve diğer satış destekleme çalışmalarına bağlıdır<sup>17</sup>. Federal Mahkeme kararları doğrultusunda ürün bağımlılığının, Üst Konum Bağımlılığı ve Üst Grup Bağımlılığı olmak üzere iki alt grubu olduğu kabul edilmektedir.

#### 2.2.2.1.4.1 Üst Konum Bağımlılığı

Bu alt türlerden birincisi olan üst konum bağımlılığında, bir ürün aynı pazarda yer aldığı diğer mallara göre, daha üst bir konumda bulunmaktadır; öyle ki teşebbüsler rekabet edebilirliklerini korumak için bu malı alıcılarına sunmak zorunluluğunu duymaktadırlar. Sözkonusu malın tedariki için başka kaynakların bulunmaması, ticaret kesiminde faaliyet gösteren teşebbüsü, üreticiye bağımlı hale getirmektedir<sup>18</sup>. Burada rekabet edebilirlik ile ifade edilen en önemli unsur, teşebbüsün alıcıları gözündeki imajıdır. Bağımlılığın da kurucu unsuru, dağıtıcının imaj yıpranmasından ve buna bağlı olarak rekabet edebilirlikte ortaya çıkması muhtemel ciddi kötüleşmeden sakınma güdüsüdür.

Bir malın yokluğu durumunda, ticaret kesiminde faaliyet gösteren bir teşebbüsün, ciddi imaj kaybına uğramasına sebep olabileceğine ilişkin değerlendirmenin kriteri, incelemeye konu olan malın tüketici gözündeki görünümü ve pazardaki konumudur. Alman Federal Mahkemesi, yukarıda anılan kriterler için malın kalitesine, yapılan reklamın kapsamına ve malın tüketiciler arasında ne derece tanındığına bakmaktadır. Buna karşılık, pazarda yeterli seçeneklerin bulunup bulunmaması konusunda üretici teşebbüsün pazar payının düşüklüğü ya da pazarda benzer ürünler sunan teşebbüslerin sayısı bir rol oynamamaktadır. Nitekim, % 3-7<sup>19</sup>, % 5<sup>20</sup>, % 7<sup>21</sup>, % 8<sup>22</sup>, % 10<sup>23</sup>, % 11<sup>24</sup>, % 12<sup>25</sup>

<sup>17</sup> WuW/E BGH 1391 “Rossignol”, 1567 “Nordmende”, 1629 “Modellbauartikel”, 1635 “Plaza SB Warenhaus”, 1671 “robbe Modellsport”, 1793 “SB Verbrauchermark”, 1885 “Adidas”

<sup>18</sup> WuW/E BGH 1391 “Rossignol”, 1793 “SB Verbrauchermark”, 1885 “Adidas”, 1431 “Asbach Fachgrosshaendlervertrag”

<sup>19</sup> BGH WuW/E 2125, “Technics”

<sup>20</sup> BGH WuW/E 1671 “robbe Modellsport”, BGH WuW/E 1995 “Modellbauartikel III”

<sup>21</sup> BGH WuW/E 1629 “Modellbauartikel II”

<sup>22</sup> BGH WuW/E 1391 “Rossignol”

<sup>23</sup> BGH WuW/E 1635 “Plaza SB Warenhaus”

<sup>24</sup> BGH WuW/E 1567 “Nordmende”, BGH WuW/E 1867 “Levi’s Jeans”

<sup>25</sup> BGH WuW/E 1429 “Asbach-Fachgrosshaendlervertrag”

ve % 13-20<sup>26</sup> pazar payı olan markalı mal üreticileri için ürün bağımlılığı kabul edilirken, % 35-40<sup>27</sup> için reddedilmiştir (Carlhoff, 1988, 30).

Markalı bir mala olan bağımlılığın tespitinde, pazar gücü kullanabilecek durumda olan teşebbüsün ya da başka teşebbüslerin başka mallarının pazarda bulunması bir rol oynamaz (Carlhoff, 1988, 32).

Üst konum bağımlılığına ilişkin bütün kararlarda olmasa bile önemli bir kısmında kullanılan güvenilir bir kriter olarak “Dağıtım Oranı” ile karşılaşılmaktadır. Dağıtım oranından, ayrımcılığa uğrayan teşebbüs ile aynı durumda olup, araştırma konusu malı dağıtanların bütün dağıtıcılara oranı anlaşılmaktadır<sup>28</sup> (Carlhoff, 1988, 33).

#### 2.2.2.1.4.2 Üst Grup Bağımlılığı

İkinci alt grubu oluşturan üst grup bağımlılığında sözkonusu olan ise; ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren bir grup teşebbüsün birbirinin yerine geçebilir ürünlerine bağımlı olmaktır. Rekabet edebilirlik için dağıtıcı, bu üst grupta yer alan ürünlerin hepsini sunmaya ihtiyaç duymaz, ancak rekabet gücü olan bir ürün sunusu elde edebilmek için tüketici beklentisinin ve pazarda olağan olan sunu hazırlama alışkanlığının sayılarını belirlediği bir grup üreticinin ürünlerini buldurması kaçınılmazdır (Mandel, 1991, 52).

Ürün bağımlılığının ikinci türü olan “Üst Grup Bağımlılığı”, Alman Federal Mahkemesi tarafından ilk kez “Nordmende” kararında geliştirilmiştir. “Üst Grup Bağımlılığı” düşüncesi, ticaret kesiminde faaliyet gösteren bir teşebbüsün rekabet gücüne sahip olabilmek için belli bir ürün grubunda yer alan tanınmış markalı malların belli bir kısmını alıcılarına sunmak durumunda olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır<sup>29</sup> (Carlhoff, 1988, 33).

Bağımlılığın bu türünün örnekleri ticaret kesiminde faaliyet gösteren büyük teşebbüslerin başka üretim alanlarına da yönelmek istemeleriyle ortaya çıkmıştır. Ticaret kesiminin büyük toptancı ve perakendecilerinin talepleri, yönelindikleri yeni alanların üreticilerinin tamamı ya da tamamına yakını tarafından reddedilmiştir. Bu reddedilme olayları sonucunda ticaret kesimi teşebbüsleri için yeterli temin kaynaklarının kalmaması durumunda, bu teşebbüslerin en azından ilgili malın pazar lideri üreticilerine bağımlı oldukları kabul edilmiştir (Pfeiffer, 1982, 82).

<sup>26</sup> BGH WuW/E 1530 “Fassbierepflagekette”, BGH WuW/E 1885 “adidas”

<sup>27</sup> BGH WuW/E 1620 “Revell Plastics”

<sup>28</sup> WuW/E BGH 1391 “Rossignol”, 1793 “SB-Verbrauchermarkt”

<sup>29</sup> WuW/E BGH 1567 “Nordmende”, 1620 “Revell Plastics”, 1635 “Plaza SB Warenhaus”, 1814 “Allkauf Saba”, 2125 “Technics”

“Üst Grup Bağımlılığı”nın tespitinde ilgili ürünün pazar payı ve ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren karşılaştırılabilir diğer alıcıların ürün sunularını oluşturma şekilleri önem kazanmaktadır (Immenga/Mestmaecker içinde Markert, 1981). Üst grup bağımlılığında, üst konum bağımlılığındakinin aksine, dağıtım oranı önemli bir rol oynamaz.

Alman Yüksek Mahkemesi karşısına gelen olayların çoğunluğunda ticaret kesimi teşebbüslerinin pazar lideri üreticilere bağımlılıklarını onaylamıştır.

### **2.2.2.1.5 Mahkeme Kararları**

#### **2.2.2.1.5.1 Üst Konum Bağımlılığı**

##### **2.2.2.1.5.1.1 Rossignol<sup>30</sup>**

Almanya’da Rossignol kayaklarının tek elden dağıtıcısı olarak faaliyet gösteren şikayetçi, uzun yıllardır ticari ilişki halinde bulunduğu, Yukarı Bavyera bölgesinin önde gelen spor malzemeleri satıcılarından olan bir teşebbüsün 478 çift kayak alma isteğini reddetmiştir. Sözleşme yapmanın reddedilmesinin sebepleri arasında şikayet edilenin geçmişte, sözkonusu ürünü tavsiye edilenin çok altında fiyatlarla satması gösterilmektedir. Davacı, şikayet tarihinde ve bu tarihten sonra şikayet edilenin mal verilmesi taleplerini karşılamak ve bu sebeple tazminat ödemek zorunda olmadığı tespit edilmesi talebiyle başvuruda bulunmuştur. Şikayetçinin pazar payı % 8 olarak tespit edilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi konuya ilişkin kararında; ilgili ürün pazarını şikayet edilen teşebbüsün faaliyet gösterdiği Yukarı Bavyera bölgesi olarak belirlemiş ve bu bölgede faaliyet gösteren diğer spor malzemesi satıcılarının hemen hemen tamamında Rossignol kayaklarının tüketiciye sunulduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla, dava konusu ürün olan Rossignol kayaklarının dağıtım oranı yaklaşık olarak % 100 olarak tespit edilmiştir. Bu nokta da dikkate alınarak, Rossignol kayaklarının, dağıtıcının reklam ve pazar geliştirme çalışmaları sonucunda karşılaştırılabilir kayaklar karşısında özel bir konum edindikleri sonucuna ulaşılmıştır. Bu noktadan hareketle Alman Federal Mahkemesi, şikayet edilenin tanınmış ve başarılı bir spor malzemeleri satıcısı konumunu koruyabilmek için Rossignol kayaklarını sunmak zorunda olduğu görüşüne varmıştır. Rossignol kayaklarının bulunmaması, şikayet edilenin tüketici gözündeki seçkin yerini kaybetmesi ve ağır rekabet gücü kaybına uğramasıyla sonuçlanacaktır.

---

<sup>30</sup> BGH 20.11.1975 WuW/E 1911

### 2.2.2.1.5.1.2 Asbach-Fachgrosshaendlervertrag<sup>31</sup>

Asbach-Uralt firması ürettiği tanınmış Weinbrand'ını<sup>32</sup> 5065 toptancı aracılığı ile dağıtmaktadır. Bu dağıtıcılar, Asbach-Uralt firmasından % 5 indirim almaktadırlar. Asbach-Uralt firmasının ürününü bu dağıtıcılarının yanında 1527 uzmanlaşmış sözleşmeli toptancı sadece gastronomi işletmelerine dağıtmaktadır ve diğerlerinden % 5 fazla indirim almaktadırlar. Bundeskartellamt yaptığı çalışmalar sonucunda uzmanlaşmış toptancılara fazladan verilen indirimin diğerleri aleyhine haksız ve yasak bir ayrımcılık olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Alman Federal Mahkemesi, sözkonusu ürünün gastronomi alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin % 75'inde tüketiciye sunulduğunu dikkate almıştır. Bu kararında mahkeme, ayrıca söz konusu ürünün toptancılık kesimindeki % 12 ile % 37 arasında değişen pazar payına da atıfta bulunmuştur. Nitekim sözkonusu ürün içpazarda ikinci sıradadır ve tanınmışlığı ve tüketici gözündeki imajı seçkin mallar arasındadır ve tüketici açısından başka bir ürünle ikamesi kolay görünmemektedir. Ürünün ve üreticisi olan firmanın pazardaki bu durumları dikkate alınarak, Asbach-Uralt'ın alkollü içkilerin toptan ticareti alanında faaliyet gösteren teşebbüsler açısından vazgeçilmez ve ikame edilmez olduğu, bu ürünü alıcılarına sunmayan bir toptancının rekabet gücünü yitireceği ifade edilerek, mahkemenin Rossignol kararına atıfta bulunulmuştur. Ulaşılan bu sonuçla Alman Federal Mahkemesi, üretici firmanın, gastronomi alanında ve bu alana ürün sağlayan ticaret kesiminde faaliyet gösteren toptancılar karşısında görece olarak güçlü bir teşebbüs olduğunu ve haksız engellemeyi ve sebepsiz ayrımcılığı yasaklayan maddenin kapsamında olduğunu onaylamıştır.

### 2.2.2.1.5.1.3 BMW-Direkthaendlervertrag<sup>33</sup>

Şikayetçi, otomobil üreticisi BMW aynı zamanda tamirhane işleten bir dağıtıcısının sözleşmesini süresiz olarak fesheder ve ilgili bölgede tek elden dağıtım hakkını başka bir teşebbüse devreder. Bu işlemin sebebi, şikayet edilen dağıtıcının sağlayıcının mutabakatı olmadan Peugeot markalı otomobillerin dağıtıcılığını da üstlenmesidir. Şikayetin amacı, şikayet edilen dağıtıcının, BMW adı kullanarak otomobil dağıtımını yapmasının, tamirhane işletmesinin ve BMW amblemini kullanarak reklam yapmasının engellenmesidir.

Alman Federal Mahkemesi, dava konusunun ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınmaması nedeniyle davayı temyiz mahkemesine iade eder. Ancak, bu arada "bağımlılık" kavramının gelişmesinde rol oynayan bazı

<sup>31</sup> BGH 24.2.1976 WuW/E 1429

<sup>32</sup> Versailles Anlaşması ile Almanların Cognac ismini kullanmaları yasaklandığı için bunun yerine geçmek üzere bulunan kelime.

<sup>33</sup> BGH, 1.7.1976, WuW/E 1455

yorumlarda bulunur. Bağımlılığın oluşmasında, şikayetçinin tüketici gözündeki yeri ve üretilen otomobillerin pazardaki konumlarının önemli rol oynadığını vurgular. Buna uygun olarak BMW markalı otomobillerin tüketici gözündeki konumlarını dikkate alan Mahkeme, BMW markalı otomobillerin pazarda özel ve güçlü bir konuma sahip oldukları sonucuna ulaşır. Dolayısıyla, şikayetçi BMW ayrımcılık yasağının süjesidir, zira alıcıları (tekrar satmak amacıyla) uygun ve yeterli seçenekleri olmayacak şekilde kendisine bağımlıdır.

#### **2.2.2.1.5.1.4 Fassbierpflgekette<sup>34</sup>**

Frankfurt bölgesinde bir bira fabrikası, bir toptancı markete fiçı bira satmayı reddetmiştir. Yörede iki büyük yerli bira üreticisi bulunmaktadır ve bira satılan teşebbüslerde bu iki üreticiden en az birinin ürününün bulunması beklenmektedir. Mal tedariki reddedilen market, bira üreticisini şikayet etmekte ve mal verilmesini talep etmektedir.

Alman Federal Mahkemesi, bu kararında da “Rossignol” kararına göndermede bulunmuştur. Bira fabrikasının, faaliyette bulunduğu bölgenin en tanınmış ve sevilen iki markasından biri olması dikkate alınmıştır. Söz konusu ürünün pazar payı her ne kadar % 20 civarında ise de, ürün pazar payını aşan bir tanınmışlığa sahiptir. Bu verilerden yola çıkan Federal Mahkeme, şikayetçi gibi bir toptancının, pazarda şikayetçinin ürünü gibi bir yere sahip biraları alıcılarına sunmak zorunda olduğu sonucuna ulaşmıştır. Zira bir toptancının alıcıları, pazarda özellikle arandıkları ifade edilen iki bira markasında en az birinin bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Bu noktada başka bira markalarına yönelmenin mümkün olmadığının vurgulanması gerekmektedir.

#### **2.2.2.1.5.1.5 Nordmende<sup>35</sup>**

Şikayet edilen teşebbüs bir elektronik mallar üreticisidir ve tüketiciye herhangi bir danışmanlık hizmeti ya da teknik destek sunulmayan bir süpermarkete mal vermeyi reddetmiştir.

Alman Federal Mahkemesi ilgili ürün pazarını renkli televizyonlar olarak tespit eden temyiz mahkemesinin bu tespitini onaylar. Bu ilgili pazar kapsamında şikayet edilen teşebbüsün ürünlerinin dağıtım oranı % 60’tır. Bunun yanında şikayet edilen % 11’lik toplam pazar payı ile pazarda ikinci ya da üçüncü sıradadır. Ayrıca, markanın tüketici gözündeki imajı, rekabetin kısıtlayıcı etkisini aşacak kadar baskın değildir. Bu hususları dikkate alan Mahkeme, Nordmende markalı renkli televizyonların pazarda özel bir konumları olmadığı dolayısıyla, elektronik ev eşyaları satışı üzerinde uzmanlaşmış

---

<sup>34</sup> BGH, 18.9.1978, WuW/E 1530

<sup>35</sup> BGH 17.1.1979, WuW/E 1567

perakendecilerin bir üst konum bağımlılığı nedeniyle bu ürünü bulundurmaya zorunlu olmadıkları sonucuna varmışlardır.

#### **2.2.2.1.5.1.6 SB-Verbrauchermarkt<sup>36</sup>**

“Carrera” markalı oyuncakların üreticisi, özel bir oyuncak reyonu olan süpermarkete, ürettiği oyuncak otomobil yarışları setlerini ve bunların parçalarını tedarik etmeyi reddetmiştir. Şikayet edilenin, “otomobil yarışları yollar” olarak belirlenen ilgili ürün pazarında payı % 60’dır. Ayrıca, hemen hemen bütün oyuncak satıcıları “Carrera” markalı, oyuncak otomobillerin yarışları yolları tüketiciye sunmaktadır.

Yukarıda yer alan hususlar ve ürün için yapılan reklam, ürünün fiyatı ve kalitesi, ürünün ilgili ürün pazarında çok iyi tanınan bir mal olduğunu ortaya koymaktadır. Bu noktadan hareketle genel kabul gören bir oyuncak reyonu oluşturmak isteyen bir teşebbüsün bu ürünü bulundurması kaçınılmaz bir hal almaktadır. Başka mallara yönelmek imkanı ise, tüketicinin “Carrera” marka ürünü oyuncak satan her teşebbüste bulma beklentisi nedeniyle mümkün değildir.

#### **2.2.2.1.5.1.7 Revell Plastics<sup>37</sup>**

Bu olayda şikayet edilen taraf plastik yapı malzemeleri üreticisidir. Teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki payı % 35 ile % 40 arasındadır. Bir sonraki en büyük üreticinin ise pazardaki payı % 22 ile % 25 arasındadır. Pazarda rakip ürünler üreten ve sunan çok sayıda teşebbüs mevcuttur. Ürünün tanınırlığı, kalitesi ve ürün için yapılan reklam, ürüne rekabetçi baskıyı aşacak bir pazar konumu sağlamamaktadır.

Bu hususların dikkate alındığı kararda, Revell Plastics markalı ürünlerin özellikle yüksek bir kalite ile ilişkilendirilmediği ve bu ürünlerin bulunmamasının, benzer ürünlerin dağıtımını ile uğraşan bir teşebbüsün alıcıları gözünde kötü bir duruma düşürmeyeceği, sonucuna ulaşmıştır.

#### **2.2.2.1.5.1.8 Levi’s Jeans<sup>38</sup>**

Şikayetçi, ABD menşeli Levi Strauss & Co. ünvanlı kot ve günlük kıyafetler üreticisinin tek elden dağıtım hakkına sahiptir. İç donanımları çok basit olan kot süpermarketleri işleten, Almanya’nın en büyük kot pantolon satıcılarında biri, Levi’s markalı pantolonların tedariki için ilgili tek elden dağıtıcıya başvurmuş ve bu talebi reddedilmiştir.

---

<sup>36</sup> BGH 24.3.1981 WuW/E 1793

<sup>37</sup> BGH 26.6.1979, WuW/E 1620

<sup>38</sup> BGH 16.6.1981, WuW/E 1867

İlgili ürün pazarı olarak belirlenen, kot satan teşebbüsler ve alış veriş merkezlerinin kot ürünler için ayrılan reyonlarının oluşturduğu pazarda Levi's Jeans'in % 11 pazar payı olduğu tespit edilmiştir. Buna karşılık ilgili coğrafi pazara dahil olan şehirlerde Levi's Jeans'in dağıtım oranı % 48 ile % 83 arasında değişmektedir. Ayrıca, Levi's markası en tanınmış iki amerikan kot markasından birisidir. Alman Federal Mahkemesi, bu iki markanın tüketici gözündeki yerlerini dikkate alarak, tüketicinin kot ürünler üzerinde uzmanlaşmış bir teşebbüste en azından bu iki markanın bulunmasını beklediği sonucuna ulaşmıştır.

#### **2.2.2.1.5.1.9 Adidas<sup>39</sup>**

Şikayetçi teşebbüs "Divi" adlı marketleri işletmektedir. Sözkonusu marketler kısmen satış personelinin bulunduğu ve danışmanlık hizmetleri verilen ve kısmen de sadece ürünlerin alıcılara sunulduğu perakende satış teşebbüsleridir. Şikayetçi, "adidas" markalı spor ayakkabılarının tedariki talebiyle bu ayakkabıların üreticisini şikayet etmiştir. Ayrıca şikayetçi talebiyle birlikte, spor ayakkabılar için ayrı bir reyon açmayı ve eğitimli personel istihdam etmeyi kabul etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi bu davaya ilişkin kararında sözkonusu spor ayakkabılarının pazar payını dikkate almıştır. Buna göre adidas markalı; futbol ayakkabıları % 20, antreman, yürüyüş ve tenis ayakkabıları % 13 ve spor ayakkabıları % 17 pazar payına sahiptir. Kararda özellikle adidas markalı spor ayakkabıları için yapılan yoğun reklam çalışmaları etkili olmuş, söz konusu ayakkabıların bu reklam çalışmaları aracılığıyla çok iyi tanınmış ve tüketici gözünde rakiplerinden üstün bir yer edinmiştir. Adidas markalı spor ayakkabılarını talep eden tüketicilerin markaya olan bağımlılıklarının, rakip markalara yönlendirilmelerini tamamen imkan dışı bırakacak kadar güçlü olduğu mahkeme tarafından vurgulanmıştır.

Mahkeme, yukarıda aktarılan hususlardan hareketle, bir alış veriş merkezinin spor reyonu için adidas markalı ayakkabıların vazgeçilmez oldukları ve bu başka markalı spor ayakkabılarına yönelme imkanının bulunmadığını onaylamıştır.

#### **2.2.2.1.5.1.10 Technics<sup>40</sup>**

Bu davada, şikayetçi kendisine mal tedarikini kesen "Technics" markalı elektronik aletlerin tek elden ithalatçısının, yeniden kendisine mal tedarik etmesi talebiyle şikayette bulunmuştur.

---

<sup>39</sup> BGH 30.6.1981, WuW/E 1885

<sup>40</sup> BGH 22.1.1985, WuW/E 2125



Alman Federal Mahkemesi bu davaya ilişkin kararında ilgili ürünün pazar payının Almanya çapında düşük (şikayetçiye göre % 7, şikayet edilene göre % 3) olduğunu tespit etmiştir. Markanın özellikle yüksek kalitesi ile tanındığını ancak bu duruma rağmen rakip malların da aynı kalite seviyesini yakaladıkları ve bu yüzden “Technics” markalı malların pazarda özel bir konumları olmadığını kabul eden Mahkeme, bu sonuca varırken gerek “Technics” markalı mallar için gerekse rakipleri için yüksek kaliteye vurgu yapan yoğun reklam çalışmaları yapıldığını ve “Technics” ile rakiplerinin bu konuda da ayrılmadıklarını dikkate almıştır. Bu noktalardan hareket eden Mahkeme, “Technics” markalı elektronik ürünleri alıcılarına sunmayan bir ticaret kesimi teşebbüsünün rekabet gücünde orantısız bir kısıtlama olmayacağı, tüketicinin benzer her teşebbüste bu ürünün varlığını beklemediğini tespit etmiştir.

#### **2.2.2.1.5.2 Üst Grup Bağımlılığı**

##### **2.2.2.1.5.2.1 Nordmende**

Alman Federal Mahkemesi ilk kez bu kararında, rakipleri karşısında özel bir duruma sahip olmasa da bir ürüne bağımlı olunabileceği görüşünü kabul etmiştir. Üst grup bağımlılığı olarak anılan bu bağımlılık türünde, rekabet gücünün ciddi şekilde kısıtlanmaması için ticaret kesiminde faaliyet gösteren bir teşebbüsün, belli sayıdaki tanınmış markalı mal üreticisinin ürünlerini alıcılarına sunması zorunluluğundan hareket edilmektedir. Nitekim, “Nordmende” davasına ilişkin kararında Mahkeme, şikayet edilenin pazar payının ilgili pazar olarak kabul edilen renkli televizyon alt pazarında % 11 olduğunu ve % 14 paya sahip olan pazar liderinin ardından başka bir marka ile ikinci sırayı paylaştığını dikkate almıştır. Mahkeme ayrıca uzmanlaşmış küçük teşebbüslerin dört ila beş, büyüklerin ise dokuz ila on farklı markanın ürünlerini sunduklarını dikkate almıştır. Şikayetçiye sadece pazar lideri olan teşebbüs mal tedarik etmektedir.

Alman Federal Mahkemesi, şikayetçinin, diğer üreticiler de mal tedarik etmeyi reddettikleri için, tüketicinin renkli televizyon satan bir teşebbüsten beklediği ürün paleti genişliğine ulaşamadığını ve bu yüzden ilgili pazardaki rekabet gücünün ciddi şekilde kısıtlandığını kabul etmiştir. Bu tespitinden hareketle Mahkeme, şikayetçinin pazarda en güçlü konuma sahip teşebbüslere bağımlı olduğunu tespit etmiştir.

##### **2.2.2.1.5.2.2 Revell Plastics**

Alman Federal Mahkemesi, Revell markalı plastik yapı elemanlarının, özellikle pazar payını ve bu paya dayalı olarak pazarda sahip oldukları lider konumu dikkate alarak bunların bir üst gruba dahil olduklarını kabul etmiştir.

Ancak, pazarda faaliyet gösteren diğer üreticilerin hepsinin mal tedariki konusunda istekli olmaları, Mahkemenin bir “Üst Grup Bağımlılığı”nın varlığını kabul etmesine engel olmuştur. Nitekim, pazar lideri mal vermeyi reddetmiş bile olsa diğer üreticiler mal tedarikinde istekli oldukları sürece ve pazar lideri olan teşebbüs aynı zamanda hakim durumda değil ise, alıcının yeterli ve uygun seçeneklerinin olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Mahkemenin bu kararında kullandığı bir diğer kriter ise alıcının, rekabet gücü için gerekli olduğunu kabul ettiği ürün paleti genişliğine ulaşmak için mi çaba sarf ettiği yoksa sadece pazarda belli bir geçerliliği olan ürünleri mi bir araya toplamaya çalıştığıdır. İkinci durumda bir bağımlılığın kabul Mahkemece mümkün görülmemektedir.

#### **2.2.2.1.5.2.3 Modellbauartikel II**

Şikayetçi teşebbüs, bir perakendecidir ve posta aracılığı ile dağıtım yapmaktadır. Multiplex markalı model inşası elemanlarının tedariki talebiyle şikayette bulunmaktadır.

Şikayet edilen teşebbüs, model inşasında kullanılan elemanları, tam bir ürün grubu olarak dağıtan dört ila beş yerli teşebbüsten bir tanesidir ve ilgili ürün pazarında payı % 7 olarak tespit edilmiştir. Kararda ayrıca, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin reklam çalışmalarının yaklaşık olarak aynı olması dikkate alınmıştır. Şikayetçinin, adı geçen ürünün tedariki için yaptığı başvurular, pazarda ürünlerinin kalitesiyle iyi birer konum edinmiş iki üretici tarafından daha reddedilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, konuya ilişkin kararında, şikayetçinin posta aracılığı ile dağıtım yapan bir teşebbüs olmasına özel bir önem vermiş ve tüketicinin, benzer teşebbüslerden önde gelen markaların ürünlerini eksiksiz olarak sunmalarını beklediğini ifade etmiştir. Tüketicinin bu özel beklentisi, posta ile dağıtım yapan bir teşebbüsü, diğer üreticiler mal vermeyi kabul etmiş olsalar bile bağımlı hale getirebilecekken, bu olay da alternatif temin kaynaklarının da mal vermeyi reddetmeleri üst grup bağımlılığının kabulünü sağlamıştır.

#### **2.2.2.1.5.2.4 Robbe-Modellsport<sup>41</sup>**

Şikayet edilen bir model uçak ve gemi parçaları üreticisidir. Şikayetçi ise, model yapı elemanlarının posta aracılığı ile dağıtımını yapan bir perakendecidir ve ilgili ürünlerin tedariki talebiyle şikayette bulunmaktadır.

Şikayet edilenin pazar payının % 5 gibi oldukça düşük olduğu bu davada, şikayet edilenin reklam harcamalarının yüksekliğine özel bir önem

---

<sup>41</sup> BGH 24.9.1979, WuW/E 1671

atfedilmiştir. Ayrıca şikayet edilen model yapı elemanlarını tam bir ürün grubu olarak sunan az sayıda ki üreticiden bir tanesidir. Kararda belirleyici olan “Robbe” markalı model yapı elemanlarının tanınmışlığı olmuştur. Buna karşılık, çok düşük olan pazar payı dikkate alınmamıştır. Şikayetçinin bağımlılığında, diğer üreticilerinde mal tedarikini reddetmiş olmaları belirleyici olmuştur.

#### **2.2.2.1.5.2.5 Plaza SB Warenhaus<sup>42</sup>**

Şikayetçi, bir hipermarket işletmesidir. Şikayet edilenin, elektronik ürünlerini dağıtmayı talep etmiş ve talebi reddedilmiştir. Mal tedariki talebi ile şikayette bulunmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi bu kararında, şikayet edilenin ilgili ürün pazarı olarak tespit edilen renkli televizyon pazarında payının % 10 olmasını ve pazar payı ile pazar liderini takip eden küçük bir gruba ait olmasını dikkate almıştır. Nitekim şikayet edilen, Philipps ve Grundig markalı ürünlerden sonra pazarda üçüncü konumdadır. Ev elektroniklerinin dağıtımını üzerinde uzmanlaşmış küçük teşebbüslerin dört ila beş, daha büyük teşebbüslerin dokuz ila on farklı renkli televizyon markasını tüketiciye sundukları dikkate alınmış, üst grup olarak kabul edilebilecek markaların sayısının, rekabet gücüne sahip bir ürün paleti için ihtiyaç duyulandan daha az sayıda oldukları vurgulanmıştır. Mahkemenin bu kararında da üst gruba dahil olan diğer üreticilerin de mal vermeyi reddetmiş olmaları dikkate belirleyici olmuştur. Nitekim, bu hususu da dikkate alan mahkeme, şikayetçinin üst gruba bağımlı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Zira, mal talebi diğer üreticiler tarafından da geri çevrilen şikayetçi için rekabet gücüne sahip bir ürün paleti oluşturma imkanı ortadan kalkmıştır. Mahkeme, bu kararında konuya ilişkin bir ekleme yaparak, üst gruba bağımlı olan bir teşebbüsün, üst gruba dahil olan tüm teşebbüslerden aynı anda mal istemek ya da bu teşebbüslere belli bir sıra ile rücu etmek zorunda olmadığını ifade etmiştir.

#### **2.2.2.1.5.2.6 Technics**

Alman Federal Mahkemesi, Technics’in pazar payını ve ilgili ürün pazarında faaliyette bulunan teşebbüslerin çok sayıda olmasını dikkate alarak, bu markanın üst gruba dahil olduğunu kabul etmiştir. Ancak, şikayetçinin pek çok iyi tanınan markayı bu arada üst gruba dahil diğer markaları da tüketiciye sunuyor olmasını ve benzer nitelikteki dağıtıcıların pek çoğunun “Technics” markalı ürünleri tüketiciye sunmadıklarını dikkate alarak, şikayetçinin rekabet gücü için “Technics” markalı ürünleri de bulundurmasının vazgeçilmez olmadığı sonucuna ulaşmış, yani bağımlılığın varlığını reddetmiştir.

---

<sup>42</sup> BGH 23.10.1979, WuW/E 1635

### **2.2.2.1.6 Üst Konum Bağımlılığı Tespitinde Kullanılan Kriterler**

Federal Mahkemenin üst konum bağımlılığına ilişkin kararlarından, bir ürünün rakiplerine göre özel bir konumunun bulunduğu tespit edilirken malın kalitesi, yapılan reklamın kapsamı, malın tanınmışlığı, tüketicinin marka bilinci, dağıtım oranı ve pazar payı dikkate alınmaktadır. Bu göstergeler malın tüketici gözünde özel bir yeri ve dolayısıyla rakiplerine karşı üstün bir konumu olduğuna işaret ediyorsa, bir üst konum bağımlılığından söz etmek mümkündür.

#### **2.2.2.1.6.1 Dağıtım Oranı**

Üst konum bağımlılığının başlıca göstergesi olarak hemen hemen bütün olaylarda dikkate alınmıştır. Ancak, bu güne kadar hangi oranın bağımlılığın kabulü için yeterli ve hangi oranın yetersiz olduğuna ilişkin kesin bir ifade kullanılmamıştır. Ancak, Nordmende davasında % 60 olan dağıtım oranı üst konum bağımlılığı için yeterli bulunmamıştır. Bundan hareketle, bu oranın daha yüksek olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Carlhoff (1988, 117), bu oranın % 80 - % 90 olması gerektiğini düşünmektedir.

#### **2.2.2.1.6.2 Ürünün Tüketici Gözündeki İmajı**

Bu başlık altında, aslında bir malın imajının oluşmasında etkili olan kalite, fiyat, reklam ve tanınmışlık unsurları dikkate alınacaktır. Alman Federal Mahkemesi, “Asbach-Fachgrosshaendlervertrag”, “BMW-Direkthaendler” ve “SB-Verbrauchermarkt” davalarında kalite unsuruna; “Rossignol”, “adidas” ve “SB-Verbrauchermarkt” davalarında yoğun reklam çalışmalarına; “Rossignol”, “adidas”, “Asbach-Fachgrosshaendlervertrag”, “Fassbierpflegekette” ve “Levi’s Jeans” davalarında markanın tanınmışlığına ve “SB-Verbrauchermarkt” davasında fiyata gönderme yapmıştır (Carlhoff, 1988, 118).

#### **2.2.2.1.7 Üst Grup Bağımlılığı Kriterleri**

Gerek toptancı ve gerekse perakendeci olsun, bir teşebbüs rekabet gücüne sahip bir ürün paleti oluşturmak için belli bir markayı buldurmaya ihtiyaç duyabileceği gibi, belli sayıdaki üreticinin ürünlerini de buldurmaya zorunda olabilir. Bu ikinci durumda söz konusu olan “üst grup bağımlılığı”dır, çünkü bu durumda, bir ticaret kesimi teşebbüsünün, rakiplerine göre daha üstün bir konumda olan bir grup üreticiye aynı anda bağımlı olması durumu söz konusudur (Henseler, 1980,182).

Bu tür ürün bağımlılığının tespitinde kullanılan kriterlerin esas olarak iki grupta toplanmaları mümkündür. Birinci grupta bağımlılığı araştırılan ticaret

kesimi teşebbüsünün faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında olağan olan ürün yelpazesi oluşturma şeklindedir. İkincisi ise ilgili ürünün pazardaki konumudur.

#### **2.2.2.1.7.1 Olağan Ürün Yelpazesi Oluşturma Şekli**

Üst grup bağımlılığında, belli bir ürüne bağımlılık söz konusu değildir. Başka bir deyişle tedariki talep edilen ürün teşebbüs için vazgeçilmez ve ikame edilmez bir konuma sahip değildir, aksine pazarda bu ürünün yerine geçebilecek yeterli alternatif ürünler mevcuttur. Ancak, bu ürünlerin üreticileri de mal tedarikini reddettikleri için, mal tedarikini talep eden ticaret kesimi teşebbüsü rekabet gücüne sahip olacak genişlikte bir ürün paleti oluşturamamaktadır. Bu noktada iki husus önemlidir:

a- Benzer nitelikli teşebbüslerin ürün paleti genişlikleri, zira ilgili ürün pazarında rekabet gücüne sahip bir ürün paletinin genişliğini tespit etmenin başka bir yolu yoktur.

b- İkinci husus ise ayrımcılığa uğrayan teşebbüsün rekabet gücüne sahip bir ürün paleti oluşturmak için çabalamış olması. Başka bir deyişle diğer üreticilere de rücu etmesi ve sadece en çok satan mallardan oluşan bir ürün paleti oluşturma gayreti içinde olmaması.

Birinci koşul, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin ürün paletlerinde kaç farklı markayı alıcılarına sunduklarının tespitini gerektirir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, “Nordmende”, “Allkauf-Saba” ve “Plaza SB-Warenhaus” kararlarında benzer ayrımcılığa uğrayan teşebbüs ile benzer nitelikli küçük teşebbüslerin dört ila beş, daha büyük teşebbüslerin de dokuz ila on farklı markanın ürünlerini alıcılarına sunduklarını dikkate almıştır (Carlhoff, 1988,122).

#### **2.2.2.1.7.2 Ürünün Pazardaki Konumu**

Bu kritere ilişkin olarak dikkate alınan veri, ilgili ürünün pazar payıdır. Nitekim bir ürünün pazardaki mutlak yerinin bilinen en objektif kriteri, bu ürünün pazar payıdır.

Bağımlılığın diğer türlerinde herhangi bir anlam ifade etmeyen pazar payı, üst grup bağımlılığı söz konusu olduğunda, önem kazanmaktadır. Nitekim, Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararları dikkate alındığında, üst gruba dahil olduğu kabul edilen teşebbüslerin pazar paylarının, onları ilk beş teşebbüsüne yerleştirdiği görülmektedir. Mahkemenin “Nordmende” kararında % 11 ile ikinci, “Plaza SB-Verbruchermarkt” kararında % 10 ile üçüncü, “Modellbauartikel II” kararında % 7 ile ilk beşin içinde ve “robbe Modellsport” kararında % 5 ile yine ilk beşin içinde olduğu tespit edilen teşebbüsler, üst gruba dahil kabul edilmişlerdir (Carlhoff, 1988, 125).

Üst grup bağımlılığının tespitinde, üst konum bağımlılığının aksine markanın tanınmışlığına, tüketicideki marka bilincine ya da dağıtım oranına bir önem atfedilmemektedir (Carlhoff, 1988, 126). Belirleyici kriterler, yukarıda yer alan, ilgili ürün pazarında olağan olan ürün yelpazesi oluşturma şekli ve ürünün ilgili pazardaki konumudur.

#### **2.2.2.1.8 Avrupa Topluluk Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları**

Asıl itibariyle, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün kiminle ticari ilişki içerisine girdiği ya da girmediği, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku açısından önemsizdir. Ancak seçici dağıtım sistemlerinin, Topluluk Rekabet Hukukunun bir konusu olmasının sebebi, yeniden satıcılara müşteri kısıtlaması getirilmesidir (Korah, 2000, 239). Yeniden satıcılara müşteri kısıtlaması getirilmemesi durumunda seçici dağıtım sisteminin, dağıtıcıların arbitraj yapmaları nedeniyle çökecek olması, bu kısıtlamaları sistem için gerekli bir unsur haline getirmektedir.

Diğer taraftan, yukarıda ifade edilen müşteri kısıtlaması, dağıtım sistemine dahil olmayan teşebbüsler için arz boykotu anlamı taşımaktadır, bu durum seçici dağıtım anlaşmalarını Avrupa Topluluk Hukuku'nun yöneldiği temel amaç olan entegrasyon için şüpheli bir hale getirmektedir. Bu yüzden bu anlaşmalar Komisyon tarafından yakından takip edilmektedir (Esin, 1998, 144).

Seçici bir dağıtım sistemine ilişkin olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından ele alınan ilk dava, 1977 yılında Metro<sup>43</sup> davasıdır. Bu davadan sonra 1983 yılında karara bağlanan Metro II<sup>44</sup> davası ile, ATAD'ın seçici dağıtım anlaşmalarına ilişkin tavrı şekillenmiştir (Aslan, 1992, 116). ATAD, Metro I davasında bir seçici dağıtım sisteminin, (a) yüksek kaliteli ve teknik karakterli malların dağıtımı için oluşturulmuş olması, (b) satış ağına kabul standartları, perakendeci ve toptancının elemanları veya mağazası ile ilgili kaliteye ilişkin objektif nitelikli olması, (c) kabul standartları ayırım yapılmaksızın tüm potansiyel dağıtıcılara uygulanması ve (d) seçici dağıtım ağının düzgün çalışması için gerekli olanların dışında müşteri kısıtlaması bulundurmaması kaydı ile 81/1'inci maddeye aykırı olmayacağı kabul edilmiştir (Aslan 1992, 117).

Seçici dağıtım sistemleri Avrupa Topluluk Hukuku kapsamında değerlendirilirken bunların kurulmasında esas alınan seçim kriterleri dikkate

---

<sup>43</sup> Metro SB Grossmaekte GmbH und Co. KG v. Kommission, Case 26/76, 25.10.1977, ECR 1875

<sup>44</sup> Metro II - Case 75/84, 22.10.1986, ECR 3021

alınır. Niteliksel, niceliksel ve ek yükümlülükler getiren niceliksel şartlar olarak üç grup seçim kriteri vardır (Esin, 1998, 145):

a- Niteliksel şartlar, ürünün yapısından kaynaklanan şartlardır. Bunlar dağıtıcının teknik yeterliliği, personelin eğitimi veya satış yerinin donanımına ilişkin şartlardır. Bu şartlara dayanan bir seçici dağıtım anlaşması, pazardaki etkilerine bakılarak değerlendirilir ve olumsuz bir etkisinin saptanmaması durumunda rekabete aykırı olmayan bir anlaşma olarak kabul edilir.

Niteliksel şartları yerine getiren bütün dağıtıcılar, dağıtım ağına kabul edilmelidir, aksi takdirde ağın 81/1'inci maddeye uygunluğu tartışmalı hale gelir (Aslan, 1992, 123).

b- Ek yükümlülükler getiren niceliksel şartlar, asıl olarak reklam ve pazar geliştirme çalışmaları yapma üzerine olan şartlardır. Bu şartları içeren anlaşmalar, 81/1'inci madde yasağı kapsamında rekabete aykırı kabul edilir. Ancak rasyonel ekonomik gerekçeler sunulması halinde bireysel muafiyet alabilirler.

c- Niceliksel şartlar ise, dağıtıcı sayısını belli bir sınırın altında tutmak amacıyla getirilen kriterlerdir. Bunlar kesinlikle rekabet aykırı olarak değerlendirilmekte ve çok ender olarak 81/1'inci madde yasağından muaf tutulmaktadır.

#### **2.2.2.1.9 Alman Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları**

Alman Rekabet hukukunda seçici dağıtım anlaşmaları, esas olarak serbest bırakılmışlardır. Ancak, pazarda önemli bir rekabet kısıtlamasının ortaya çıkmasına sebep olmaları ya da haksız olmaları halinde yasaklanabilmektedirler.

Malın niteliğine ve tüketici beklentilerine uygun olan seçim kriterleri, "haksız" kabul edilmemektedirler. Malın tüketiciye en iyi durumda ulaşmasını sağlamak ya da malın niteliğinin gerektirdiği danışmanlık hizmetinin de tüketiciye ulaşmasını güvence altına almak üzere getirilen seçim kriterleri "haksız" değildir. Ayrıca malın niteliğinin gerektirdiği, satış alanı donanımına ilişkin şartlar da seçici dağıtım anlaşmalarında sorunsuz olarak yer alabilirler. Ancak, mal tedarikinin dağıtıcıların bazı reklam harcamaları yapmalarına bağlanmasının "haksız" bir şart olduğu kabul edilmektedir.

Ticaret kesimi teşebbüslerinin, malın dağıtımındaki objektif verimliliklerinin yerine ait oldukları işletme tipine göre ayrıma tabi tutulmaları "haksız" olarak görülmektedir. Burada da ticaret kesiminin yeni gelişen formlarının dışlanmasına engel olma kaygısını görmek mümkündür.

Sağlayıcı ile dağıtıcının minimum satış geliri ya da minimum satın alma miktarı tespit etmeleri, bu kriterler ölçülü oldukları sürece serbesttir (Wiedemann içinde Kirchhoff, 1999, 324).

### 2.2.2.2 İşletmesel Bağımlılık

İşletmesel bağımlılık bir alıcının uzun süren ve bir sözleşme ile güvenceye alınmış ticari ilişkisi nedeniyle rekabet gücünde ağır kayıpları göze almadan başka teşebbüslere yönelemeyecek şekilde bir üreticiye bağlanması ile ortaya çıkar (Sack, 1975, 516, Loewenheim, 1982, 192). İşletmesel bağımlılık Alman Yüksek Mahkemesi kararları arasında önemli bir yer tutmaz (Emmerich, 1982, 204).

Sözleşme ile kurulan dağıtım ağlarında bağımlılığın kaynağı, dağıtım ağına dahil teşebbüslerin girişimlerini ilgili ürüne yöneltmeleri ve işletme sermayesinin önemli bölümünü bu doğrultuda bağlamaları, dolayısıyla müşteri çevresini istediklerinde kolaylıkla değiştiremeyecek olmalarıdır (Loewenheim, 1982, 192).

İşletmesel bağımlılığın zaman içinde gücünü ve buna bağlı olarak hukuken bağlayıcı sonuçlar doğurma özelliğini kaybeder. Nitekim, bağımlı olduğu kabul edilen bir teşebbüs zaman geçtikçe müşteri çevresini, dağıtımını üstlendiği yeni ürünlere yönlendirebileceği gibi aynı zamanda başka mallar için oluşmuş müşteri çevrelerinde kendini kabul ettirerek, bağımlılıktan kurtulabilir. Bununla birlikte, bağımlılığa dayalı pazar gücü kullandığı kabul edilen teşebbüsün de mal verme zorluluğu sona erer (Loewenheim, 1982, 192).

#### 2.2.2.2.1 İşletmesel Bağımlılığın Farklı Türleri

**Ham Madde ve Yarı İşlenmiş Madde Bağımlılığı:** Bir teşebbüs, faaliyetini sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu ham ve ara maddeleri normal zamanlarda temin ettiği sağlayıcılarına, kıtlık dönemlerinde alternatif temin kaynaklarının ihtiyaç duyulan girdileri sağlama ihtimallerinin kalmaması nedeniyle, bağımlı hale gelebilir (Baur, BB 1974, 1589).

**Sağlayıcılara Olan Bağımlılık:** Örneğin; küçük, uzmanlaşmış bir teşebbüsün, endüstriyel bir alıcı için, özel bir uygulama gerektiren belli bir malın kitlesel üretimini üstlenmesi durumunda ortaya çıkan ilişki bu türden bir bağımlılık olabilir. Ancak, ilgili ürünün ve pazarın özellikleri dikkate alınarak ilgili ürün pazarında hakim durum bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir (Mandel, 1991, 35).

**Dağıtım Bağımlılığı:** Endüstriyel temin anlaşmalarında olduğu gibi, dağıtım ve münhasırlık anlaşmaları da bağımlılık ilişkisinin oluşmasına yol açabilir. Otomotiv sektöründe görüldüğü gibi, dağıtıcı, dağıtım anlaşmasının fesh edilmesi halinde ciddi ekonomik zararlarla karşı karşıya kalabilir (Baur, BB 1974, 1594). Bu da, sözleşmede yer alan hükümlerin ötesinde, dağıtıcının başka kaynaklara yönelmesini engelleyen bir unsurdur. Bunun gibi Franchise



sistemleri de, içinde yer dağıtıcıları ana şirkete bağımlı hale getirebilir (Mandel, 1991, 35).

Bu bağımlılık türünde söz konusu olan, uzun zaman süren bir sözleşme bağı nedeniyle bir teşebbüsün işletmesel faaliyetlerini başka bir teşebbüse bağlaması ve bu nedenle seçeneklerinin uygunluk sıfatlarını kaybetmesidir. Bir teşebbüsün, başka bir teşebbüse bu şekilde bağlanmasının yollarından en önemlisi özelleşmiş yatırımlar yapması ve batık maliyetleri nedeniyle başka bir teşebbüsle ticari ilişkinin mümkün olmamasıdır. Aşağıda bu durumun meydana gelişi anlatılmaktadır.

#### **2.2.2.2.2 Batık Maliyet ve İşletmesel Bağımlılık**

Batık maliyetler olarak bilinen maliyetler pazara giriş ve çıkışlarda yapılması gereken avukatlık ve noterlik giderleri, pazarda faaliyet devam ederken yapılan reklam giderleri ve her türlü pazarlama giderlerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu giderlerin konuları, teşebbüsün pazardan çıkması halinde teşebbüs için hiçbir değer ifade etmez hale gelirler. Bu grupta yer alan maliyet kaynakları içinde en önemlisi, maddi veya fikri sermayenin pazardan çıkma durumunda karşılaştığı değer kaybıdır. Sermaye mallarına yapılan yatırım, başka faaliyetlerde de kullanılacak nitelikte olduğu sürece batık yatırım sayılmaz. Ancak sadece belli bir iş için tasarlanmış sermaye malları bu işi devam ettirme imkanı ortadan kalktığında batık maliyete dönüşürler.

Sadece belli bir partnerle kurulan ticari ilişki içerisinde anlam taşıyacak kadar özelleşmiş yatırımlar<sup>45</sup> yatırım sahibini ticari partnerine bağımlı hale getirir, çünkü anılan ticari ilişkinin sona ermesi ile bu yatırımlar batık maliyet haline gelecektir. İşletmesel bağımlılık hallerine ilişkin olarak toplum kaynaklarının israfının ortaya çıkması ancak bu özelleşmiş yatırımların varlığı halinde söz konusudur. Ancak, bu bağımlılık iki taraflıdır. Nitekim karşı taraf ancak maliyet artışı ya da kazanç azalışını göze alarak özelleşmiş yatırımların sahibi ile olan ticari ilişkisini sona erdirerek, özelleşmemiş ya da daha az özelleşmiş yatırımları olan bir partner arayabilir. Bu durum da üreticide özelleşmiş yatırımları olan dağıtıcısı ile ilişkisini sürdürme güdüsü oluşturur. Buna rağmen bir üreticinin kendisine özelleşmiş yatırımlar nedeniyle bağımlı dağıtıcıları ile olan ticari ilişkisini sona erdirmek istemesinin iki farklı sebebi olabilir;

Üretici, dağıtıcılarının oluşturduğu ağı çok sıkı olduğunu sonucuna varabilir. Böyle bir durumda, dağıtıcıların atıl kapasiteleri dikkate alınarak bazı dağıtıcılar sistem dışına çıkarılabilir. Bu durumda, sistem dışına itilen dağıtıcıların yatırımları batık maliyet haline gelse dahi toplumsal kaynakların

---

<sup>45</sup> “idiosyncratic investment” karşılığı olarak kullanılmıştır.

israfı söz konusu olmayacaktır. Zira, bazı dağıtıcıların sistem dışına itilmesi ile kalanların kapasiteleri daha verimli kullanılarak eskisi kadar ürün dağıtılmaması için bir sebep yoktur. Bunun yanında sistemin toplam maliyetlerinde düşme eğilimi ortaya çıkar.

İkinci olarak, üretici bir dağıtıcı ile olan ilişkisine son verip başka bir yerde yatırımlar yapma yoluna gidebilir. Bu uygulama, bazı yatırımların tekrarlanması sonucunu doğuruyorsa toplumsal maliyete yol açar. Ancak, bu maliyetlerin ortaya çıkması için sözleşmesi sona erdirilen dağıtıcının yatırımlarının özelleşmiş olması gerekir. Bu durumda da yine rasyonel üreticinin böyle bir davranıştan kaçınacağı tekrarlanabilir.

İşletmesel bağımlılık hallerinde, üreticinin dağıtım sözleşmesini fesh etmesinin yasaklanmaması halinde, üretici ve dağıtıcı seviyelerinde pazara girişlerin kolaylaşacağı kabul edilebilir (Heuchert, 1987, 98). Çünkü bu durumda, üretici fesh ettiği sözleşmelerin yerine yenilerini yapma ve böylece ilgili pazara yeni teşebbüslerin girmesini teşvik etme imkanına sahip olur. Bunun yanında, sözleşmesi fesh edilen dağıtıcı da rakip bir üreticinin dağıtıcılığını üstlenerek markalar arası rekabetin yoğunlaşmasını sağlar.

### **2.2.2.3 Kıtılığa Dayalı Bağımlılık**

#### **2.2.2.3.1 Genel Olarak**

Bu grubunun ortaya çıkışında bağımsız faaliyet gösteren benzin istasyonlarının, petrol şirketleri ile olan ilişkileri, özellikle kıtlık dönemlerindeki ilişkileri belirleyici rol oynamıştır. Özellikle hakim durumun bulunmadığı homojen mal pazarlarında alternatif sağlayıcılara yönelme konusunda bir zorluk yaşanmamasını beklemek yerindedir. Ancak bir kıtlık döneminde, normal zamanlarda ilişki halinde bulunan sağlayıcının mal vermektan kaçınarak sadece dikey bütünlük halinde bulunduğu dağıtıcılara mal sağlama yoluna gitmesi durumunda, bağımsız dağıtıcıların daha önce ticari ilişki kurmadıkları sağlayıcılardan da mal alması mümkün değildir. Bu durumda, arz imkanlarının normal olduğu zamanlar için uygun ve yeterli kabul edilebilecek seçenekler kıtlık zamanlarında ortadan kalkmaktadır. Buna bağlı olarak, bağımsız dağıtıcının, normal zamanlarda arz fazlasını kendisine satan sağlayıcılara kıtlık zamanında bağımlı hale geldiği kabul edilmektedir (Mandel, 1991, 63).

Kıtılığa dayalı bağımlılığın temelinde, kıtlık dönemlerinde talebin arzı aşması ve bu nedenle sağlayıcıları ile dikey olarak bütünleşmemiş dağıtıcıların normal zamanlarda kullandıkları temin kanallarını kullanamamaları yatmaktadır (Baur, 1974, 1594). Bağımlılığın kabulü için bütün sağlayıcıların mal vermeyi reddetmeleri gereklidir. Sadece normal zamanlarda ticari ilişki içerisinde bulunan sağlayıcının mal vermeyi reddetmesi buna karşılık başka

sağlayıcıların daha ağır koşullarla da olsa mal vermeleri halinde bir bağımlılığın kabulü mümkün değildir (Fischötter, 1974, 388).

#### **2.2.2.3.2 Olası Ekonomik Etkileri**

Bir üreticinin dağıtım sisteminde sözleşmeli olarak yer alan bir dağıtıcı, üretici ile uzun dönemli bir tedarik sözleşmesi yaparak, kendisini güvenceye almakta, bu güvenliğe karşılık ise uzun dönemli sözleşmenin maliyetlerine katlanmaktadır. Bu maliyetlerin arasında teşebbüsün rekabet özgürlüğünden kısmen de olsa vazgeçilmesi vardır. Nitekim, vazgeçilen rekabet hakkı nedeniyle normal zamanlarda arbitraj şansları kullanılmayarak, daha ortalama bir kazançla yetinilir. Buna karşılık, uzun dönemli tedarik sözleşmesi yapmayan bir serbest dağıtıcı, normal zamanlarda dağıtım konusu ürünü en uygun şartlarla sunulduğu yerden alır. Böylece uzun dönemli sözleşmenin maliyetlerine katlanmak zorunda da kalmadan görece yüksek kazanç oranı ile çalışır. Buna karşılık kıtlık zamanı spot piyasadan çok yüksek fiyatla mal tedarik ederek rekabet gücünü kaybetme ya da geçici olarak da olsa pazardan çıkma riskini alır. Ancak kıtlık zamanında sözleşmesi olmayan serbest dağıtıcılara da mal tedarik edilmesi zorunluluğu anlamına gelecek “kıtlığa dayalı bağımlılık” kavramı, uzun dönemli sözleşmelerin çekiciliğini düşürmektedir. Bu da pazara düzenli bir şekilde mal tedarik edilmesi ve kararlı bir fiyat seviyesinin sağlanmasını zorlaştıracaktır. Söz konusu olan pazarın özellikle kara taşıtları için kullanılan sıvı yakıtların pazarı olduğuna dikkat edilmelidir (Heuchert, 1987, 117).

#### **2.2.2.4 Talep Bağımlılığı**

##### **2.2.2.4.1 Genel Olarak**

Talep bağımlılığından, bir sağlayıcının sunduğu mal ya da hizmetlerin tüketiciye sunulması sürecinde belli bazı alıcılarından (dağıtıcı), uygun ve yeterli seçeneği olmadığı için vazgeçmesinin mümkün olmaması durumu anlaşılmaktadır (Emmerich, 1982, 206).

Talep bağımlılığı halleri de uygulamada önem kazanamamıştır. Çünkü talebe dayalı bağımlılık hallerinde bağımlılığın ispatı kadar ayrımcı uygulamanın sebepsizliğinin ya da engellenmenin haksızlığının ispatlanması da zorluk çıkarmaktadır (Carlhoff, 1988, 38). Bu sebepler dikkate alınarak Alman Rekabet Kanununun ayrımcılığa ilişkin maddesinin ikinci paragrafına, bir sağlayıcının, alıcısına ticarete olağan olmayan ve diğer alıcılara vermediği

düzenli indirimler vermesi halinde, bu durumun sağlayıcının alıcısına bağımlı olduğuna dair karine oluşturacağına ilişkin hüküm eklenmiştir<sup>46</sup>.

#### **2.2.2.4.2 Talep Bağımlılığı Türleri**

Talep bağımlılığı hali de belirli bir pazar içerisinde ortaya çıkmalıdır. Ancak, söz konusu olan talep bağımlılığı olduğunda ilgili ürün pazarı, sağlayıcının sadece ürettiği mal ve hizmetleri değil aynı zamanda önemli miktarda maliyete katılmak zorunda kalmadan üretebileceği mal ve hizmetleri de kapsar. Üretimin yönlendirilebileceği bu mal ve hizmetlerin üretiminin teknik yönden mümkün ve ekonomik olarak anlamlı olması ve ilgili teşebbüsün rekabet gücünde önemli oranda azalmaya yol açmaması gereklidir. Bu şekilde sınırlanan ilgili ürün pazarında üç farklı talep bağımlılığı türü ile karşılaşılabilir (Heuchert, 1987, 41):

- a- Sağlayıcının aşırı uzmanlaşmasına dayalı tedarik ilişkisi,
- b- Alıcının özel satış fonksiyonu ve satıştaki payı nedeniyle ortaya çıkan bağımlılık; bir malın dağıtımının bir sonraki aşamasında yer alan teşebbüsün anahtar bir konumu olması ya da büyük miktarlarda alım yapması durumlarında ortaya çıktığı kabul edilmektedir.
- c- Yeniden satmak üzere mal alan alıcının sunu paletinde bulunmayan bir ürünün imaj kaybına uğramasının söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkan bağımlılık.

#### **2.2.2.4.3 Ticaret Kesiminin Alım Gücü**

Talep değişimleri karşısında ticaret kesiminin sanayi kesiminden daha esnek olmasını beklemek yerindedir. Zira, tüketicilerin yeni ve farklı bir ürüne yönelmeleri ya da varolan ürünlerin daha ekonomik bir şekilde üretilmesini mümkün kılan üretim mallarının geliştirilmesi halinde, eski üretim mallarının değerlerini yitirmesi sanayi kesiminin riskini arttırmaktadır. Buna karşılık, talep değişimlerine ilişkin olarak ticaret kesiminin dikkat etmesi gereken, malların stoklarda kalmamasıdır, ki nakit akışının optimize edilmesi kapsamında mümkün olan en düşük miktarda stok bulundurulduğu dikkate alınır, talep değişimlerinin ticaret kesimi için ciddi bir tehdit oluşturmadıkları sonucuna ulaşılacaktır. Küreselleşmeye paralel olarak yaşanan yurtdışı temin kaynaklarının ulaşılabilirliğindeki artış, ticaret kesiminin talep değişimleri karşısındaki esnekliğini de arttırmış ve ticaret kesimine sanayi kesimi karşısında daha güçlü bir pazarlık konumu sağlamıştır (Mandel, 1991, 29).

Rekabet baskısı ile pazardaki güçlü teşebbüsler lehinde ortaya çıkan ayrımcılık ve indirimler, tüketiciye satın alma şartlarında iyileşme olarak

---

<sup>46</sup> GWB § 20 Para. 2 ikinci cümle

yansydıkları ve yerleşik teşebbüslerin aşırı karlarla zenginleşerek güçlenmelerini engelledikleri ve böylece pazara girişleri kolaylaştırdıkları ölçüde olumlu değerlendirilmelidir (Mandel, 1991, 30).

#### 2.2.2.4.4 Sanayi Kesiminin Alım Gücü

Sanayi kesimi teşebbüslerinin sağlayıcılığını üstlenen görelî küçük teşebbüsler, yapısal ve teknik değişimlere daha hızlı uyum sağlama imkanına sahiptirler. Bu esneklikleri, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin alıcılarına bağımlı hale gelmelerini zorlaştırmaktadır. Buna karşılık ticari risklerin azaltılmasına yönelik olarak, belli bir alıcının talepleri doğrultusunda uzmanlaşılması, sağlayıcının alıcısından başka teşebbüslere mal sunmasını pratik olarak imkansız hale getirebilir. Alternatif alıcılara ulaşılması olanaklarının ortadan kalkması ölçüsünde, sağlayıcı alıcısına bağımlı hale gelir. Bunun sonucundadır ki, sanayi kesimi teşebbüsleri de, sağlayıcıları ile olan ilişkilerinde<sup>47</sup> alım gücü uygulayabilirler. Öte yandan, uzun süreli ticari ilişkiler sağlayıcıların uyanlaşmalarına ve üretim süreçlerini rasyonelleştirmelerine olanak sağladıkları için, endüstriyel alıcılar tarafından da arzulanırlar. Bu açıdan bakıldığında, endüstriyel temin anlaşmalarının iki taraflı bir bağımlılık oluşturduğu görülmektedir. Zira, endüstriyel alıcı, maliyetlerde ve riskte meydana gelmesi beklenen artışlar nedeniyle sağlayıcılarını istediği anda değiştiremeyecek şekilde bunlara bağımlı hale gelmektedir. Yine de, endüstriyel alıcıların, sağlayıcılarına göre daha esnek oldukları bir gerçektir. Teknolojide ya da talepte meydana gelen değişimlere paralel olarak temin kaynaklarını değiştirebilirler (Mandel, 1991, 33).

Yazarlar, talep bağımlılığını, işletmesel bağımlılığın özel bir şekli olarak kabul etmektedir. Her iki bağımlılık türü de tarafların arasında kurulan bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır ve her iki durumda da özelleşmiş yatırımlar önemli bir rol oynar. Bu yüzden her iki bağımlılık türünün ekonomik etkileri benzerdir. Yani talep bağımlılığında da, sözleşmenin fesh edilmesinden sonra özelleşmiş yatırımların tekrarı niteliğinde yeni yatırımlar yapılmıyorsa, mal almanın sona erdirilmesinin toplumsal kaynakların etkisiz dağılımına sebep olması söz konusu değildir. Buna karşılık, ilgili faaliyet alanında elde edilen rant kısmen de olsa tüketiciye aktarılıyorsa bu süreç olumlu değerlendirilebilir. Ancak bu indirimlerin ticaret kesiminde kendi kendini besleyen bir yoğunlaşma sürecini destekleyen finansal kaynaklar olarak kullanıldıklarında, rekabet açısından riskli hale gelirler.

---

<sup>47</sup> Otomotiv sanayi işletmelerinin, üretimlerini onlarca ülkede faaliyet gösteren küçük ve orta büyüklükteki teşebbüs arasında dağıttığına dikkat edilmelidir.

### 2.2.2.4.5 Yargı Kararlarından Örnekler

Alman Federal Mahkemesi, “Sehhilfen”<sup>48</sup> kararında; Şikayetçi, Herford adlı küçük şehir ve çevresi için yasal sağlık sigortasının gözlüklerini tedarik eden bir optik işletmecisidir. Toplam cirosunun yarısını sağlık sigortası tarafından karşılanan reçetelerden elde etmektedir. Sağlık sigortası yönetimi, bir grup sözleşme ihlali nedeniyle şikayetçiden mal alınmasını süresiz olarak durur.

Alman Federal Mahkemesi, bu olayda özellikle şikayet edilenin, şikayetçinin toplam satış gelirlerindeki % 50 payını ve bu ticari ilişkinin alternatif alıcılarla ikame edilmesinin mümkün olmadığını dikkate almış ve bu ticari ilişkinin sona ermesinin, şikayetçinin varoluşunun ekonomik temelini ortadan kaldıracağı sonucuna ulaşmıştır.

Bu davada bulunan talep bağımlılığı türü, yukarıda yer alanlardan (b) grubuna girmektedir.

Konuya ilişkin bir diğer örnek Düsseldorf OLG<sup>49</sup> tarafından karara bağlanan “Abschleppdienste”<sup>50</sup> kararındır. Bu kararında mahkeme, polis için otomobil çekme hizmetleri verirken sözleşmesi iptal edilen bir teşebbüsün şikayetini incelemiştir. Kararda, ilgili teşebbüsün aldığı otomobil çekme işlerinin bir bölümünün sadece Polis’in işbirliği ile alınabileceği kabul edilerek (a) maddesindeki bağımlılık türünün varlığı kabul edilmiştir. Kararın devamında ayrıca Polis ile işbirliğinin şikayetçi teşebbüsün imajı için önemine atıfta bulunularak, yukarıda yer alanlardan (c) tipi bir ilişkiye değinilmiştir (Heuchert, 1987, 45).

## 2.3 AYNI TÜRDEN TEŞEBBÜSLER

Ayrımcılık yasağına ilişkin maddede, aralarında ayrımcılık yapılan teşebbüslerin aynı türden olması koşulu vardır. Ayrımcılık olarak kabul edilen davranışlar asıl olarak aynı nitelikteki teşebbüslere farklı muamele etmektir. İlgili teşebbüslerin aynı türden olmaları şartı, farklı türden teşebbüslere haklı olarak farklı davranılması hallerini kapsam dışı bırakmak gereğinden kaynaklanmaktadır. Aşağıda bu şartın ne şekilde değerlendirildiği ve hangi durumlarda yerine getirildiğinin kabul edildiği yer almaktadır

Yargı makamları, teşebbüslerin aynı türden olmalarının tespitinde yüksek kriterler koymamaktadır. Değerlendirmenin bu aşamasında oldukça kaba kriterlerden hareket edilmekte asıl incelikli araştırma ve değerlendirmeler ayrımcılığın sebepsiz engellenen haksız olup olmadıklarının araştırıldığı üçüncü aşamaya bırakılmaktadır (Carlhoff, 1988, 38).

<sup>48</sup> WuW/E BGH 1423 (1425)

<sup>49</sup> Oberlandesgericht

<sup>50</sup> OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2495 (2486)

Karşılaştırılan iki teşebbüsün aynı türden kabul edilmesinin üç temel kriteri vardır (Schmahl, 1980, 603). Bunlar;

- 1- Teşebbüslerin genel olarak yerine getirdikleri temel fonksiyonların aynı olması,
- 2- Görevlerinin ve bu bağlamda yerine getirdikleri faaliyetin ve ekonomik fonksiyonlarının aynı olması,
- 3- Söz konusu ürünün dağıtımında ortaya çıkan temel farklılıkların bulunmaması.

### **2.3.1 Teşebbüslerin Genel Olarak Yerine Getirdikleri Temel Fonksiyonların Aynı Olması**

Uygulamada hakkında ayrıntılı araştırmalar yapılan bir kriter değildir. Perakende sektöründe teşebbüslerin temel fonksiyonlarının aynı olmasından nihai tüketiciye yönelik olarak faaliyet gösterilmesi anlaşılmaktadır. Buna uygun olarak, toptancılık sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin aynı türden olmalarından, gerek perakendecilere ve gerekse endüstriyel kullanıcılara tekrar satmak amacıyla mal talep eden teşebbüsler anlaşılmaktadır. Karşılaştırma konusu teşebbüslerin hukuki yapıları, dağıtım sistemleri veya pazar güçleri, teşebbüslerin temel fonksiyonlarının değerlendirilmesinde bir rol oynamamaktadır (Carlhoff, 1988, 150).

### **2.3.2 Görevlerinin ve Bu Bağlamda Yerine Getirdikleri Faaliyetin ve Ekonomik Fonksiyonlarının Aynı Olması**

Bir önceki kriterde çok kaba tutulan eleme aracının bir adım daha inceltmesini üstlenmiş bir kriter olarak ortaya çıkmaktadır. Esas olarak karşılaştırılan teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri branşın gereği olan personele ve donanımlara sahip olmalarıdır. Başka bir deyişle, niteliksel göstergeleri baz alan bir kriterdir. Toptancılık yapan bir teşebbüsün bulundurması gerektiği kabul edilen ürün paleti ve genişliği bu koşulun yerine getirilmesinde önemli bir gösterge olabilir.

### **2.3.3 Ürünün Dağıtımında Ortaya Çıkan Temel Farklılıkların Bulunmaması**

“Fassbierpflegkette” kararında, Alman Federal Mahkemesi alıcılara danışmanlık hizmetleri ve teknik destek sunan bir toptancı ile sadece ürünleri sunan bir toptancının aynı türden teşebbüsler olup olmadıklarını değerlendirirken bu üçüncü kriteri dikkate almıştır. Mahkeme söz konusu davada her iki teşebbüs de gastronomi teşebbüslerine içecek sundukları içi işletme faaliyetlerinde ve ekonomik fonksiyonlarında aynı olduklarını kabul

etmiştir. Mahkeme bu tespitinden sonra malların dağıtımında ortaya çıkan temel farklılıklar olup olmadığını değerlendirmiş ve bu hususta da teşebbüsler arasında fark bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Başka bir deyişle mahkeme, müşterilerine dağıtım yapılan malın yanında danışmanlık ve teknik destek sunmanın malın dağıtımına ilişkin temel bir fark olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Teşebbüslerin aynı türden olmalarına ilişkin olarak yapılan testte kullanılan ve yukarıda yer alan ilk iki kriter, perakendecilik ve toptancılık sektörlerinin içinde yer alan çok sayıda ve birbirinden farklı dağıtıcı türlerinin aralarındaki farkları dikkate alamayacak, kaba birer eleme sağlayan araçlardır. Farklı dağıtım formlarının özelliklerini dikkate almayan bu testin eksikliğini giderebileceği beklenen bu üçüncü şart, farklı ve gelişen dağıtım şekillerinin şartlarını da hesaba katarak daha hassas bir değerlendirme sağlayacak şekilde kullanılmaya uygundur. Danışmanlık ve/veya teknik destek veren perakendeci veya toptancıların farklı durumlarının dikkate alınmasını sağlayabilecek bir kriterdir. Nitekim, danışmanlık ve teknik destek de verseler tüm toptancıların aynı temel fonksiyonu yerine getirdikleri yani perakendecilere ve endüstriyel alıcılara mal tedarik ettikleri ve personel veya donanım olarak aralarında ciddi farklılıklar bulunmadığı kabul edilebilir ancak son aşamada ürünün dağıtımında temel bir farklılık olduğunu kabul etmek gerekecektir. Aynı şekilde posta aracılığı ile dağıtım yapan bir perakendeci ile yerel olarak faaliyet gösteren ve belli bir ürün grubu üzerinde uzmanlaşmış bir perakendecinin aynı türden kabul edilmesi tartışmaya açıktır. Alman Federal Mahkemesinin bu eklemesi, özellikle ticaret kesimi teşebbüslerinde yaşanan çok hızlı dönüşümü kavramaya elverişlidir. Pazara yeni giren ve farklı dağıtım stratejileri uygulayan yeni perakendeci ve toptancı formlarının tamamının kendi aralarında da olsa aynı türden olduklarının kabulü olanaksızlaşmıştır (Kilian, 1978, 474).

Ne var ki, Alman Federal Mahkemesi kararlarında, yukarıda sayılan ve halihazırda gerek toptancılık sektöründe ve gerekse perakendecilik sektöründe yeni dağıtım şekillerinin çıkmasında temel belirleyici değişken olan servis ve teknik destek unsurlarının bulunmasını ya da bulunma şekillerini ürünlerin dağıtımında ortaya çıkan temel farklılıklar olarak kabul etmemektedir (Carlhoff, 1988, 154).

Kararlarından, Alman Federal Mahkemesinin aynı pazar katmanında faaliyet gösteren ticaret kesimi teşebbüslerinin tümünü “aynı türden” kabul ettiği sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre; belli ürünler üzerinde uzmanlaşmış küçük perakendeciler ile perakende sektörünün diğer unsurları yani posta gönderileri aracılığı ile dağıtım yapan perakendeciler, süpermarketler ve alış-veriş merkezleri aynı türdendir. Buna paralel olarak, her türlü toptancılar da kendi aralarında aynı türdendirler (Carlhoff, 1988, 40).



## 2.4 OLAĞAN TİCARİ FAALİYET

Hangi ticari faaliyetlerin olağan olduğunun belirlenmesi, ekonomik yaşam içerisinde karşılaşılan genel yargılara bırakılarak, buna ilişkin tespitin değişen ekonomik kavrayışa paralel ilerlemesi istenmiştir. Bununla birlikte, teşebbüslerin kartelleştiği bir pazarın verilerinin “olağan ticari faaliyet” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Olağan ticari faaliyet anlayışının serbest rekabet içinde gelişmesi esastır (Mandel, 1991, 69).

Alman Federal Mahkemesi, olağan ticari faaliyet kavramının içeriğine ilişkin temel tavrını 1964 tarihli “Rinderbesamung”<sup>51</sup> kararında oluşturmuştur. Buna göre olağan ticari faaliyet; “ilgili çevrelerde, ekonomik gelişme içinde olağan olarak uygulanan ve uygun olarak kabul edilen” faaliyetlerdir.

Alman Federal Mahkemesi, teşebbüslerin olağan ticari faaliyetlerinde engellenip engellenmediklerini araştırırken pazarın genel durumuna ve objektif kriterlere dikkat eder. Bu kapsamda, olağan olan ticari faaliyetlerin belirlenmesinde bu faaliyetlerin ticaret kesiminde geniş kabul görmesinin<sup>52</sup>, bu faaliyetlerin yerine getirilmesinin hali hazırda mümkün bulunmasının ya da bu imkanın ortadan kalkmış olmasının<sup>53</sup>, bu faaliyetlerin yerine getirilmesinin çeşitli şartlara bağlanmış olmasının<sup>54</sup> bir önemi yoktur. Ancak bütün bu geniş yorumlamaya karşın, kısıtlı da olsa teşebbüslerin faaliyet gösterebilmeleri şartından tamamen de vazgeçilmemektedir. Nitekim, pazara girişlerin tamamen imkansız olduğu bir durumda, yasak kapsamında bir engelleme yapılmayacağını kabul etmek gereklidir (Carlhoff, 1988,158).

Bu tanımda da görüldüğü gibi, olağan ticari faaliyet nesnel olarak belirlenmiştir. Göreli güçlülüğü araştırılan teşebbüsün şahsına ilişkin bir kriter getirilmemiştir. Bu nesnellikle amaçlanan, hakkında araştırma yapılan teşebbüsünün durumuna bağlı keyfi değerlendirmelerin önüne geçmektir (Emmerich, 1982, 209).

## 2.5 ENGELLEME ve AYRIMCILIK

### 2.5.1 Genel Olarak

Rekabet, rakiplerin serbestçe gelişmelerinin hukukun izin verdiği ölçüde engellenmeye çalışılmasının asıl olduğu dinamik bir süreçtir. Nitekim, rekabetin gücü kısıtlama ve özgürlükleri destekleme etkisinin temelinde, teşebbüslerin

---

<sup>51</sup> BGH WuW/E 647

<sup>52</sup> BGH 1.7.1976, WuW/E “BMW-Direkthaendler”

<sup>53</sup> BGH 10.12.1985, WuW/E “Abwehrblatr”

<sup>54</sup> BGH 1.7.1976, WuW/E “BMW-Direkthaendler”, BGH 10.10.1978, WuW/E “Zeitschriften-Grossisten” BGH 12.2.1980, WuW/E “Ölbrenner”

kontROLSÜZCE gelişip aşırı güçlenmelerini engelleme fonksiyonu yatmaktadır. Engellemenin haksızlığı ise tarafların, engelleyen ve engellenenin, asıl itibarıyla aynı derecede korunmaya değer olan sözleşme ve rekabet haklarının, rekabet hukukunun amaçları da dikkate alınarak karşılaştırılması ile tespit edilmelidir (Mandel, 1991, 73).

Ayrımcılık, nesnel olarak haksız olması durumunda yasaklanmıştır. Ancak, tek taraflı mantıklı ticari amaçlara yönelik uygulamaların hepsinin nesnel olarak haklı olduğunun kabul edilmesi, ayrımcılık yasağının uygulamada anlamını kaybetmesine yol açacaktır. İşletme amaçları açısından yerinde olan her uygulamanın nesnel olarak haklı kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü, normal şartlar altında eşit tarafların çıkarlarının dengelenmesi sonucuna yönelmektedir. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağı, taraflardan birinin üstün bir güce sahip olması nedeniyle karşı tarafın sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı ve güçlü olan tarafın dayatması ile ikame edildiği durumlarda uygulama alanı bulacaktır (Mandel, 1991, 75).

Ayrımcılık yapılırken, hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması düşünülebilir. Haksız rekabet unsurları taşıyan ya da rekabetin kısıtlanması amacıyla güden ayrımcı ve engelleyici uygulamalar, tarafların çıkarlarının karşılaştırılmasına ve herhangi bir araştırmaya gerek kalmadan, kendiliğinden haksız olarak kabul edilmesine yol açmaktadır (Mandel, 1991, 77).

Engelleme yasağı, engellemenin ortaya çıkmasını gerektirir. Başka bir deyişle engellemeye uygunluk ya da engellemeye teşebbüs bu yasağın kapsamında yer almaz (Emmerich, 1982, 212).

## **2.5.2 Engelleyici ve Ayrımcı Davranış Şekilleri**

Engelleme ve ayrımcılığı yasaklayan maddenin kapsamında yer alan teşebbüs uygulamaları, dört grup altında incelenmektedir (Markert, 1983, 34):

- a- Sözleşme yapılmasının reddedilmesi ya da icabın kabulünden kaçınılması,
- b- Malların dağıtıcılara satıldığı fiyatlarda ayrımcılık yapılması,
- c- Rakipleri engelleyici tedarikçi davranışları
- d- Alıcıların davranışları

### **2.5.2.1 Sözleşme Yapılmasının Reddedilmesi ya da İcabın Kabulünden Kaçınılması**

Ticari ilişki kurulmasından kaçınılması şeklinde ortaya çıkan mal vermenin reddedilmesi bu başlık altında yer almaktadır. Bu grup altında incelenen ayrımcı ve engelleyici uygulamalar diğerlerine kıyasla, muhatap olan teşebbüsün rekabet özgürlüğünün daha ağır bir şekilde kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu grupta incelenen uygulamalar daha ileride

incelenecek diğer engelleyici veya ayrımcı uygulamalara göre daha hoşgörüsüz değerlendirilmektedir. Buna karşılık, görece güçlü olduğu kabul edilen teşebbüsün dağıtım organizasyonunu, işinin gerekleri doğrultusunda en uygun şekilde oluşturma özgürlüğü gözardı edilmemelidir. İncelemeye konu olacak somut uygulamanın haksız ya da sebepsizliği yukarıda anılan iki özgürlüğün karşılaştırılması ile tespit edilecektir (Carlhoff, 1988, 48). Nitekim, Alman Federal Mahkemesinin ayrımcılık ve engelleme yasağına ilişkin kararlarının önemli bölümü, bu alt grupta yer alan türden uygulamalarla ilgilidir<sup>55</sup>.

Bir tarafta rekabet etme özgürlüğü diğer tarafta sözleşme serbestisi karşılaştırılırken, değerlendirmesi yapılan uygulamanın haklı gerekçeleri olarak pazarın yapısına bağlı bazı unsurlar da dikkate alınmaktadır. Bunlar arasında dağıtımın yapısı<sup>56</sup>, pazarlama stratejileri<sup>57</sup>, pazar gücünün yoğunluğu<sup>58</sup>, karlılık, rasyonalizasyon ve pazar geliştirici çalışmalar<sup>59</sup> yer almaktadır. Bunların yanında finans sorunları<sup>60</sup>, mal vermenin kabul edilmesi halinde teşebbüsün varlığının tehlikeye düşmesi<sup>61</sup> gibi süreye bağlı kriterler de değerlendirmeye dahil edilmektedir. Mal vermenin reddedilmesinin altında yatan sebepler arasında bağımlı olduğunu öne süren teşebbüsün sözleşme şartlarını ihlal etmesinin bulunması, dağıtımını üstlendiği ürünün pazarına zarar verecek şekilde hareket etmesi ya da konusu suç veya hukuka aykırı fiil teşkil eden faaliyetlerde bulunması da dikkate alınmaktadır<sup>62</sup>.

### 2.5.2.2 Malların Sağlayıcı Fiyatlarında Ayrımcılık Yapılması

Bu grupta, miktara veya ciroya bağlı indirimler, sadakat indirimleri ve nakliyat gideri sistemleri gibi ayrımcı amaçlarla kullanılabilirleri mümkün olan indirim ve hesap sistemleri yer almaktadır (Markert, 1983, 30). Ayrımcılık yasağının kapsamının görece güçlü teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinden önce, bu grupta yer alan uygulamalara elektrik dağıtım alanındaki rastlanmakta idi. Ayrımcılık yasağının kapsamının genişletilmesinden sonra söz konusu uygulamaların hukuki durumu üç karar ile açıklık kazanmıştır. Bunlardan “Asbach-Fachgrosshaendlervertrag” fonksiyon indirimleri olarak

<sup>55</sup> BGH WuW/E 1530 “Fassbierpflegekette”, 1587 “Modellbauartikel”, 1671 “robbe-Modellsport”, 1793 “SB-Verbrauchermarkt”, 1891 “Ölbrenner II”, 1814 “Allkauf Saba”, 1885 “adidas”, 1995 “Modellbauartikel III”, 2145 “Nordmende”

<sup>56</sup> BGH WuW/E, 1891 “Ölbrenner II”,

<sup>57</sup> BGH WuW/E 1530 “Fassbierpflegekette”, 1587 “Modellbauartikel”, 1671 “robbe-Modellsport”, 1793 “SB-Verbrauchermarkt”, 1814 “Allkauf Saba”, 1885 “adidas”,

<sup>58</sup> BGH WuW/E 2145 “Nordmende”, 1793 “SB-Verbrauchermarkt”

<sup>59</sup> BGH WuW/E 1530 “Fassbierpflegekette”,

<sup>60</sup> BGH WuW/E 1805 “Privatgleisanschluss”, 1814 “Allkauf Saba”

<sup>61</sup> BGH WuW/E 1885 “adidas”

<sup>62</sup> BGH WuW/E 1624 “BMW Direkthaendler”, 1391 “Rossignol”, 1629 “Modellbauartikel II”, 1671 “robbe-Modellsport”

sınıflandırılan indirimlere ilişkindir. Bu kararında Alman Federal Mahkemesi, sözleşme ile verilen ek indirimlerin, indirimi alan tarafından sözleşme konusuna yabancı olmayan fazladan bir hakedişi ile ilintili olması ve aşırı olmaması şartlarıyla ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>63</sup>. İkinci belirleyici karar olarak “Meierei Zentrale” anılmalıdır. Bu kararında Federal Mahkeme, merkezi ödeme sistemine girmek isteyen bir süt toptancısının isteğinin kabulü için bir franchise anlaşması imzalamasını şart koşan mandıranın, toptancıyı haksız olarak engellediği sonucuna ulaşmıştır<sup>64</sup>. “Stuttgarter Wochenblatt” davasında ise Federal mahkeme bir ana şirketin kendisine bağlı bir şirkete karşılıksız olarak mal vermesinin ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığı sorusunun cevabını olumsuz olarak vermiştir<sup>65</sup>.

### **2.5.2.3 Rakipleri Engelleyici Sağlayıcı Davranışları**

Bu grupta yer alan davranışlar, bundan önceki iki gruba girmeyen fiyat düşürme, münhasırlık bağlantıları ve malların birbirine bağlanarak satılması halleridir. Uygulamada önem kazanmamıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi uygulamada ağırlık “Sözleşme yapılmasının reddedilmesi ya da icabın kabulünden kaçınılması” grubunda yer alan uygulamalara ilişkin davalardadır.

### **2.5.2.4 Alıcıların Davranışları**

Ayrımcılık ve engelleme yasağı tedarikçiler için olduğu gibi pazarda güçlü alıcılar için de geçerlidir. Dolayısıyla bu alt bölümde yer alacak ayrımcılık ve engelleme türleri aslında yukarıda ele alınanların bir alıcı tarafından uygulanmasından ibarettir. Alıcıların güçlerini kötüye kullanmalarının akla en yakın şekli olarak düşünülebilecek olan indirimler elde etme yani alış fiyatını düşürme esas itibarıyla rekabetin özüne uygun bir çabadır. Bu sebeptendir ki, bu türden kötüye kullanma Federal Mahkeme kararlarında önemli bir yer edinmemiştir (Carlhoff, 1988, 54).

## **2.6 TARAFLARIN ÇIKARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI**

### **2.6.1 Genel Olarak**

Hakkında şikayet bulunan ayrımcı ya da engelleyici bir uygulama, Alman Kartel Kanununun ilgili maddesi kapsamında değerlendirilirken, engellendiğini ya da farklı muameleye maruz kaldığını öne süren teşebbüsün, uygulamayı yapan teşebbüse “bağımlılığının” ve bu teşebbüsün uygulamayı

---

<sup>63</sup> BGH WuW/E 1429

<sup>64</sup> BGH WuW/E 1911

<sup>65</sup> BGH WuW/E 1917

yapan ile ticari ilişki içerisinde bulunan diğer teşebbüslerle “aynı türden” bir teşebbüs olmasının tespit edilmesinde ve ayrımcı uygulamanın ya da engellenmenin “olağan ticari faaliyet”lere ilişkin olarak yapılması hususunun tespitinde, ayrıntılı araştırmalar yapılmadan, bu kriterlerin sağlandığının genellikle kabul edildiği ifade edilmiştir. Ancak, ayrımcı uygulamanın sebepsiz veya engellenmenin haksız olmasının tespiti aşamasında daha titiz davranılmakta ve pazarın ve tarafların şartları kapsamlı olarak dikkate alınmaktadır.

Ayrımcılık ve engellenmenin kesin çizgilerle birbirinden ayrılması mümkün değildir (Loewenheim, 1982, 190). Nitekim Alman Federal Mahkemesi içtihatında, haksız engelleme ve sebepsiz ayrımcılık arasında bir ayırım yapma gereği duymamaktadır. Her iki uygulamanın da hukuka aykırılığının tespitinde başvuru kriteri aynıdır: kartel hukukunun, serbest rekabeti koruma amacı ışığında tarafların çıkarlarının karşılaştırılması. Bu karşılaştırma sırasında tüm ekonomiyi dikkate almak gerekli değildir. Söz konusu olan tarafların, pazar gücü kullandığı kabul edilen teşebbüs ile ayrımcılık ya da engellemeden zarar gören teşebbüsün, kişisel çıkarlarıdır (Carlhoff, 1988, 46).

Çıkarlarının karşılaştırılması işlemi üç aşamada gerçekleştirilir:

- a- Karşılaştırmaya konu olacak kişisel çıkarların tanımlanması ve belirlenmesi. Bu aşamada tarafların hukuka aykırılık taşımayan bütün çıkarları tespit edilir. Örneğin; bir tarafta üreticinin kendi dağıtım stratejisini dikkate alarak kendince en uygun dağıtım sistemini kurması, buna karşılık ticaret kesiminde faaliyet gösteren teşebbüslerin serbestçe pazara girme hakları karşı karşıya getirilir.
- b- Kişisel çıkarların karşılıklı olarak değerlendirilmesi.
- c- Kişisel çıkarların, kartel hukukunun değerler sistemi içinde değerlendirilmesi (Markert, 1983, 30).

## **2.6.2 Tarafların Çıkarlarının Karşılaştırılması Kriterleri**

Yukarıda yer alan ve ayrımcılık yasağı uygulamalarının en önemli bölümünü oluşturan üç aşamalı test sırasında Alman Federal Mahkemesinin sıklıkla atf yaptığı kriterleri gruplar halinde toplamak mümkündür. Bu durumda aşağıda yer alan ve tarafların karşılaştırılan çıkarları olarak da anlaşılacak gruplandırma ortaya çıkmaktadır.

### **2.6.2.1 Satış Organizasyonu**

Alman Federal Mahkemesi kararlarında sıklıkla ayrımcılığa ilişkin yasağın, üreticinin dağıtım ağını kendince en etkin şekilde oluşturma hakkını ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir (Kolthoff, 1985, 855). Başka bir deyişle her üretici yaptığı dağıtım anlaşmaları aracılığı ile alıcıları arasında ayrımcılık yapabilir. Temel olarak, ürününü kendi dağıtım ağı aracılığı ile dağıtan bir

üreticinin, dağıtım sistemine yabancı bir teşebbüsün mal talebini karşılama zorunluluğu yoktur (Loewenheim, 1982, 193). Ancak, ürünlerini bağımsız dağıtıcılar aracılığı ile dağıtan bir üretici, bu dağıtıcıları ancak seçici dağıtım sistemleri kapsamında, bu sistemler için geliştirilen düzenlemelere uymak kaydı ile ayrımcılığa tabi tutabilir. Bunun dışında aynı durumdaki alıcıların farklı muamele edilmesi hukuka aykırıdır (Hootz, 1984, 1648; Bunte, 1985, 781; Kolthoff, 1985, 856, Beier, 1987,133).

Bu noktadan hareketle Alman Federal Mahkemesi, bir üreticinin seçici dağıtımın niteliksel kriterlerine uyan çeşitli türlerden ticaret kesimi teşebbüslerini baştan itibaren dağıtım sisteminden dışlamaması kaydı ile bu kriterleri yerine getirmeyen dağıtıcı adaylarının dağıtım sistemine dahil edilmemesine olumlu bakmıştır. Bu çerçevede mahkeme, “Allkauf-Saba”<sup>66</sup> kararında şikayetçinin satış alanlarında, şikayet edilenin dağıtıcıları için getirdiği donanım ve teknik servis şartlarının kısmen yerine getirilmesini dikkate alarak, şikayetçinin mal tedariki talebinin karşılanmasının yerinde olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Benzer nitelikli olarak, mahkemenin “Fassbierpflegekette”<sup>67</sup> kararında alıcılarına danışmanlık ve teknik destek veren bir toptancı ile bu hizmetleri sunmayan bir diğer toptancının farklı muamele görmeleri, “Modellbauartikel”<sup>68</sup>, “Modellbauartikel II”<sup>69</sup>, “Modellbauartikel III”<sup>70</sup> ve “robbe-Modellsport”<sup>71</sup> davalarında posta aracılığı ile ürünlerin dağıtımını yapan perakendeciler ile belli bir bölgede faaliyet gösteren ve ilgili ürünler ve benzerleri üzerinde uzmanlaşan perakendecilerin farklı muamele görmelerinin ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmediği kabul edilmiştir.

Ancak, seçici dağıtımın kriterleri objektif veya haklı olmaksızın tespit edildiğinde dağıtım sisteminin kuruluşu ayrımcılık yasağı kapsamında bir uygulama halini alabilir. Dağıtıcılara getirilen satış yeri donanımı, müşteri danışma hizmetleri veya pazar geliştirme çalışmaları gibi şartların, ürünün niteliği ile uyumu gereklidir. Aksi takdirde bu şartların uygulanması sebepsiz bir ayrımcılık halini alacaktır (Kolthoff, 1985, 856).

Seçici dağıtımın kriterleri ürünün niteliğine uygun olarak belirlendiğinde ve amacına uygun olarak uygulandığında, kriterlere uyulmaması, ilgili teşebbüsün dağıtım ağında çıkarılması için yerinde bir gerekçe olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, belirlenen bu şartlar bütün dağıtıcı adaylarının değerlendirilmesinde aynı şekilde dikkate alınmalı ve şartları yerine getirenler

---

<sup>66</sup> BGH 30.6.1981, WuW/E 1814 (1819)

<sup>67</sup> BGH 19.8.1978, WuW/E 1530 (1532)

<sup>68</sup> BGH 8.5.1979, WuW/E 1587 (1590)

<sup>69</sup> BGH 24.9.1979, WuW/E 1629 (1632)

<sup>70</sup> BGH 8.3.1983, WuW/E 1995 (1997)

<sup>71</sup> BGH 24.9.1979, WuW/E 1671 (1674)

arasında ayırım yapılmadan bunların hepsine mal tedarik edilmelidir (Carlhoff, 1988, 192).

### **2.6.2.2 Dağıtım Sisteminde Boşluk Olmaması**

Üreticinin kendi dağıtım sisteminin tüm ilgili pazarı kaplamaması durumunda, başka bir deyişle dağıtım sisteminde boşluk olması durumunda, üretici, sistem dışında yer alan dağıtıcılara da mal verebilir. Bu durumda cevaplanması gereken soru, dışarıda kalan ve mal talep eden bu dağıtıcılar ile olan ilişkilerin hangi esaslara dayanacağıdır. Ayrımcılık yasağının ilkeleri ve Alman Federal Mahkemesi kararları dikkate alındığında, sistem dışında yer alan dağıtıcılar arasında bir ayırım yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Mal vermenin reddedilmesi sebebi olarak sistemde boşluk olmadığının ileri sürülmesi durumunda ise, Mahkemenin çok ayrıntılı bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Sistemin dışına çıkışlar, yani dağıtım sistemine dahil olmayan teşebbüslere mal verilmesi halleri, sistemin varlığının sorgulanmasını gerektirmeyecek kadar istisnai olduğu takdirde, Mahkeme bunları sistemde boşluk olduğu şeklinde yorumlamamaktadır. Dolayısıyla, sistemde boşluk olmaması halini mal verilmemesi için geçerli bir sebep olarak kabul etmektedir (Carlhoff, 1988, 194).

### **2.6.2.3 Niteliksel Kriterler**

Seçici dağıtım sistemlerinin kurucu unsurlarından olan niteliksel seçim kriterleri, mal verilmesinin reddedilmesinde bir gerekçe olarak sunulduklarında, tarafların hangi çıkarları ne şekilde karşılanacaktır. Özellikle markalı mal üreticileri, ürünlerinin tüketici gözünde özel bir yer edinmesi ve bu özel yeri koruyabilmek için, yüksek kaliteli ürünlerini dağıtacak teşebbüslerden bazı koşulları sağlamalarını istemektedir. Tüketiciler, ilgili ürünle karşılaştıklarında ürünün sunulmuş şekli, satış sırasında personelin verdiği danışmanlık hizmetlerinden ve satış sonrası sunulması taahhüt edilen destekten ürünün kalitesine ilişkin çıkarsamalar yapmaktadır. Bunun bilincinde olan üreticiler tüketicinin bu çıkarsamalarını ürünleri lehinde yönlendirmek için ve böylece ürünleri için daha güçlü bir pazar konumu elde etmek için dağıtım sistemlerini şekillendirmektedirler. Dağıtım sisteminin şekillendirilmesinde kullanılan ve niteliksel olarak bilinen kriterler genel olarak alıcının, malın teknik yönüne ilişkin olarak yeterliliği, ki bundan örneğin malın, teknik özelliklerinin son kullanıcı gözünde önem taşıması durumunda malı sunan dağıtıcının bu özellikleri tanıtabilecek nitelikte olması anlaşılabilir, malın bakımı ve korunması, tüketiciye danışmanlık hizmeti sunulması, ürünlerin deneme imkanı sağlanarak tüketiciye tanıtılması, bakım ve onarım hizmetlerinin sunulması ve yeterli miktarda yedek parçanın kullanıma hazır bulundurulması şeklinde ortaya çıkmaktadırlar.

Alman Federal Mahkemesi, ayrımcılık yasağına ilişkin olarak aldığı kararlarda üreticinin yukarıda anılan çıkarlarını kabul etmiş ve dikkate almıştır. Ancak, niteliksel de olsalar seçim kriterlerinin objektif olarak yerinde ve ölçülü olmaları gerekmektedir. Niteliksel kriterler, belli bir dağıtım şeklini baştan itibaren dışlayacak nitelikte olmazlar.

Alman Federal Mahkemesinin, “Plaza SB-Warenhaus”<sup>72</sup>, “SB-Verbrauchermarkt”<sup>73</sup> ve “Levi’s Jeans”<sup>74</sup> kararlarında, satışın özel olarak ayrılmış reyonlarda yapılması seçici dağıtım kriteri bulunmasına karşılık mal tedariki talebinde bulunan teşebbüslerin satış alanlarının daha ziyade depoyu andırmasını dikkate alarak mal verilmemesinin nesnel olarak geçerli sebebi bulunduğu kabul edilmiştir. Benzer şekilde, “Plaza SB-Warenhaus”, “Ölbrenner II”<sup>75</sup> ve “Allkauf-Saba”<sup>76</sup> davalarında özel eğitilmiş personel istihdamı şartını ileri süren üreticinin, bu şartı yerine getirmeyen perakendecilere mal vermeyi reddetmesi de haklı bulunmuştur.

#### 2.6.2.4 Niceliksel Kriterler

Niceliksel seçim kriterleri, niteliksel kriterleri aynı şekilde yerine getiren bir grup dağıtıcı içerisinde bir kısmını elemeye yönelik kriterlerdir. Asıl olarak üretici, dağıtıcılarını belli bir sayı ile kısıtlamak için dağıtım sistemine kabul edeceği teşebbüsleri keyfi olarak seçmektedir. Bu yüzden, niceliksel kriterleri içeren seçici dağıtım sistemleri, sadece niteliksel kriterlerle oluşturulanlara göre daha sıkı takip edilirler (Markert, 1983, 44). Alıcıların sayısının bu şekilde kısıtlanması, ayrımcılık yasağının pazarları tüm yönlerden açık tutma amacı ile çelişmektedir (Emmerich, 1982, 221).

Bununla birlikte, serbest ve adil rekabet ilkelerine uymak kaydı ile niceliksel kriterler de, mal tedarikinden kaçınmak için geçerli sebep olarak kabul edilebilmektedir. Buna göre, niceliksel kriterler üreticinin, pazarı daha iyi işleme kaygısına veya az sayıdaki dağıtıcı ile daha entegre ve etkin bir dağıtım sistemi oluşturma çabasına hizmet ettikleri ölçüde ayrımcılık yasağının kapsamı dışına çıkmaktadırlar (Loewenheim, 1982, 192). Bunun altında niceliksel kriterlerin çoğu zaman niteliksel kriterlerin yerine getirilebilmesi için ön koşul niteliğinde olmasıdır. Satış alanının uygun donanımı için öncelikle uygun büyüklükte bir satış alanının olması gerklidir.

---

<sup>72</sup> BGH 23.10.1979, WUW/E 1635 (1638)

<sup>73</sup> BGH 24.3.1981, WUW/E 1793 (1798)

<sup>74</sup> BGH 16.6.1981, WUW/E 1867 (1871)

<sup>75</sup> BGH 26.5.1981, WUW/E 1891 (1893)

<sup>76</sup> BGH 30.6.1981, WUW/E 1814 (1821)



### 2.6.2.5 Satışların Düşmesi

Üreticinin satışlarının ve bu arada karının düşecek olması, mal tedarikinden kaçınmak için tek başına yeterli bir sebep olarak kabul edilmemektedir. Ancak mal tedarikini kabul etmesi halinde, düşen satışların dolaylı etkisi olarak üreticinin pazardaki varlığının tehlikeye düşecek olması durumunda, bu gerekçe kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesinin "Nordmende" kararında bu konuya değinilmiştir<sup>77</sup>.

### 2.6.2.6 Özel Durumların Dikkate Alınması

Alman Federal Mahkemesi, mal vermenin reddedilmesini haklı kılacak şartları değerlendirirken taraflar arasındaki ilişkiyi de dikkate almaktadır. Mal verilmesini talep eden tarafın geçmişte malın pazardaki konumunu tehlikeye düşürecek şekilde ve müşteri çekmek amacıyla ucuz satış yapılması, tedarik edilmesi istenen malın dağıtımını ile uğraşan teşebbüslerin ticari itibarlarına zarar verilmesi, garanti kartlarının ortadan kaldırılması ve tüketiciye bakım, onarım veya değiştirme hizmetlerinin sunulmasından kaçınılması veya mallara kasten zarar vererek fiyatlarının düşürülmesi gibi yer yer ticari ahlak kurallarını da ihlal eden davranışlar, Mahkemenin kararlarında dikkate alınmıştır<sup>78</sup>.

Dağıtıcının sözleşme hükümlerini ihlal etmiş olması da, eğer sözleşmenin ağır bir ihlali söz konusu ise, mal tedarikinin kesilmesi için yeterli bir sebep olarak değerlendirilmektedir (Henseler, 1980, 183).

Mal tedarikinin reddedilmesini haklı çıkaracak gerekçelerin varlığı araştırılırken, toplumun çıkarları da etkilendikleri ölçüde dikkate alınır. Bunlara örnek olarak "Rote Liste"<sup>79</sup> davasında sağlık ürünlerinin fiyatlarının düşmesinin, "Anwaltsbücherdienst"<sup>80</sup> davasında kitap fiyatlarının dikey olarak belirlenmesi ile kitap arzının toplumun her kesimine ulaşmasının, "Privatgleisanschluss"<sup>81</sup> davasında demiryollarının ekonomik çalışmasının sağlanmasının dikkate alınması gösterilebilir.

## 2.7 UYGULAMAYA GENEL BAKIŞ

Bağımlılığın tespiti aşamasında gözönüne alınan kriterlerden seçeneklerin yeterliliği için objektif değerlendirme yapılırken, bu seçeneklerin uygunluğu için ayrımcılığa uğrayarak haklarının zarar gördüğüne inanan tarafın

<sup>77</sup> 23.4.1985, WuW/E 2145 (2146)

<sup>78</sup> BGH 24.9.1979, WuW/E 1629 (1633), BGH 20.11.1975, WuW/E 1391 (1396)

<sup>79</sup> BGH 7.10.1980 WuW/E 1740 (1744)

<sup>80</sup> BGH 13.3.1979, WuW/E 1584 (1589)

<sup>81</sup> BGH 26.5.1981, WuW/E 1805 (1808)

şartları, yani subjektif kriterler dikkate alınmaktadır. Değerlendirmenin bu subjektif bölümü, davaların özgünlüklerinin karara taşınmasını sağlamaktadır.

Değerlendirmede teşebbüslerin bağımlılıklarının ve aynı türden olduklarının çoğunlukla onaylandığı, asıl değerlendirmenin tarafların çıkarlarının değerlendirilmesi aşamasında yapıldığı daha önce ifade edilmişti. Federal mahkemenin bu stratejisi, uygulamada hukuki bir belirsizliği arttırmakla ve saydamlığı ortadan kaldırmakla eleştirilmektedir. Nitekim, seçici dağıtım sistemi olan teşebbüsler, mal tedarikini reddetmeden önce ayrımcılık yasağının kapsamında olup olmadıklarını düşünmek zorundadırlar. Teşebbüslerin kartel hukuku makamları ile sorunlar yaşamamak için etkin olmayan ticari ilişkilerini, hukuki belirsizlik nedeniyle sürdürmek zorunda kaldıkları düşünülebilir. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılması ve etkinliklerini kaybeden ticari ilişkilerin, üretici de yaratılan pazar dışı kaygılar nedeniyle suni olarak varlıklarını korumalarının önüne geçmek için, hukuki belirliliği arttırmaya yönelik olarak pazarda görece güçlü teşebbüslere haksız engellemeyi ve sebepsiz ayrımcılığı yasaklayan maddenin daha dar yorumlanması önerilmektedir (Benisch, 1980, 161).

Diğer yandan, daha önce de ifade edildiği gibi haksız engellemeyi ve sebepsiz ayrımcılığı yasaklayan maddenin amacı belli ürünlerin dağıtımında uzmanlaşmış küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri, ticaret kesiminin daha büyük teşebbüslerinin agresif fiyat ve indirim politikalarına karşı korumaktır. Ancak uygulamada madde, daha ziyade küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri uzmanlaşmış dağıtıcılık alanlarına büyük teşebbüslerin girmelerini sağlamakta kullanılmıştır. Maddenin amaçları arasında yer alan pazarların her yönden girişlere açık olması gerçekleştirilmiş ancak, pazar gücü ile etkin mücadele hususu gözardı edilmiştir. Uygulama şeklinde bir değişiklik yapılmadıkça pazarda zayıf olan teşebbüsler için rekabet koşullarının iyileştirilmesi hedefine ulaşılması mümkün görülmemektedir (Benisch, 1980, 160). Konuya ilişkin olarak yapılması yerinde olacak değişiklik ise yasağın yöneldiği kesimin daha net ve dar olarak tanımlanmasıdır (Carlhoff, 1988, 61).

Literatürde, teşebbüslerin aynı türden olmaları unsurunun tespitine ilişkin olarak çeşitli eleştirilere rastlanmaktadır. Bunlardan biri ve en önemlisi, teşebbüslerin türlerinin aynılığının tespiti için kullanılan “pazarda aynı fonksiyonu yerine getirme” kriterinin ticaret kesimindeki karar alma mekanizmalarının çok çeşitliliğini göz ardı ettiği ve madde yasağının kapsamının çok genişletildiği şeklindedir (Lehmpfuhl, 1978, 629). Eleştirilen bu çok geniş yoruma alternatif olarak karşılaştırılan teşebbüslerin maruz kaldıkları rekabet koşullarının temel alınması önerilmiştir (Danelzik, 1979, 655; Tessin, 1974, 688).

Buna karşılık çeşitli şekillerde eleştirilen olay bazında inceleme, kartel hukukunun gereği olarak savunulmaktadır da. Çünkü bu hukuk dalında araştırılan ve düzenlenen çok yönlü ve etkileri karmaşık ekonomik olaylardır. Asıl itibariyle rekabet hukukunun hiçbir kuralının uygulamasında tam bir hukuki

güvenlik ve şeffaflık sağlayacak, herkesçe kolaylıkla ve her olayda kullanılacak kriterler çıkarmak mümkün değildir (Loewenheim, 1982, 192).

Her olay için kullanılacak değişmez kriterlerin bulunmaması, yasağın uygulanabilmesi için ihtiyaç duyulan anlaşılabilirliğin, yasağın kapsamına giren örnek olayların sınıflandırılmasında bulunmuştur (Carlhoff, 1988, 75). Ancak bu sınıflandırmanın bile yeterli bir netlik sağladığını kabul etmek kolay değildir.

## SONUÇ

Küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri korumak amacıyla kanunlaştırılan, görece güçlü teşebbüsler için ayrımcılık yasağı, uzun zaman ticaret kesiminde faaliyet gösteren büyük teşebbüslerin, marka mal üreticilerinden mal alabilmek için kullanılmış ve başlangıçtaki amacının tam tersi bir etki yaratmıştır. Zira, bu şekilde marka malların tedarikini sağlayan büyük perakendeciler, aktif fiyat politikaları ile, uzmanlaşmış küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarlara girerek, bu teşebbüsleri zor durumda bırakmışlardır. Özellikle, büyük perakendecilerin kendi aralarında giriştikleri yıkıcı rekabet sırasında marka malların müşteri çekmek amacıyla maliyetlerinin altına varan fiyatlarla satılması, bu ürünlerin ticareti ile uğraşan küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin zaman zaman pazardan çıkmalarına yol açmıştır. Nitekim bu gelişme şekli dikkate alınarak, yasağın koruma kapsamı sadece küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri kapsayacak şekilde daraltılmıştır.

Bağımlılığın kriterinin başka teşebbüslere yönelmek için yeterli ve uygun seçeneklerin olmaması olduğu dikkate alınırca, görece güçlü olan teşebbüsün sahip olduğu güçten haberdar olmamasını beklemek mümkündür. Çünkü bağımlılığın kriteri, kendisinin dışındadır. Kriterin subjektifliğinin bir sonucu olarak, yasağa tabi olan teşebbüsün bunu bilmemesi doğal bir hal almaktadır. Yasağın kapsamında olup olmadığını bilmeyen bir markalı mal üreticisi için, mal tedariki talep eden bir teşebbüsü geri çevirmek zorlaşmaktadır. Çünkü bu durumda mahkeme kararı ile mal tedarik etmek zorunda kalabilecektir. Bunun yanında, ödenmesi gereken mahkeme giderleri de teşebbüsün hesaplamalarında yerini alacaktır. Dolayısıyla, belirsiz ve hesaplanması mümkün olmayan bir güç kavramına dayandırılan ayrımcılık yasağının, sùjeleri arasında ayırım yapmayan genel bir ayrımcılık yasağından etki olarak bir farkı kalmamaktadır. Bu durumda, genel ayrımcılık yasağının kabul edilmemesinin başlıca gereklerinden olan, sözleşme özgürlüğünün gereğinden fazla kısıtlanmaması düşüncesinden taviz verilmiş olmaktadır.

Bağımlılık kavramının, pazar gücü ve hakim durumu açıklamak için geliştirilen modellerle bir bağlantısının olmadığı ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak, gücünün kaynağını ticari partnerinin bağımlılığında bulan görece güçlü bir teşebbüsün üretim aşamasında kaynak dağılımına olumsuz etki edecek bir davranışta bulunması mümkün değildir. Hakim durumun bulunmamasından hareketle, pazarda etkin rekabetin varlığının kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, çatışma konusu malın üretiminde etkinliğin sağlandığı kabul edilebilir, durum bu değilse de, görece güçlü olduğu kabul edilen teşebbüsün sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması bu durumda bir düzelmeye yol açmayacaktır.

Seçici dağıtım anlaşmalarının rekabet açısından muhtemelen zararlı etkileri; ticaret kesiminde yapısal dönüşümü engellemeleri, etkin olmayan teşebbüslerin pazarda kalmalarına yardımcı olmaları ve dağıtımın konusu olan malın fiyatını suni olarak arttırdıkları şeklinde sıralanabilir. Bu eleştiri noktaları aynı zamanda ürün bağımlılığı grubunun varlığının ve buna dayalı olarak görece bir güç sahibi olan teşebbüsün sözleşme serbestisinin kısıtlanmasının gerekçelerini oluşturmaktadır.

Ancak seçici dağıtım anlaşmalarının ve ürün bağımlılığının ortaya çıkmasına sebep oldukları ifade edilen bu zararlı etkiler, “görece güçlü teşebbüs” kavramı olmadan da ortadan kaldırılabılır.

Ticaret kesiminde meydana gelmesinin engellendiği ifade edilen yapısal dönüşümün desteklenmesi için marka mal üreticilerinin mal vermeye zorlanması yerine, seçici dağıtım sistemlerinin adil ve malın niteliğine uygun kriterlerle kurulmasının gözetilmesi yeterli olacaktır. Böylece aynı zamanda bir ticaret kesiminin tüketici tercihlerine daha uygun bir şekilde gelişmesi sağlanabilir.

Seçici dağıtım sistemi ile dağıtım yapan marka mal üreticilerinin, pazardaki fiyatları suni olarak arttırabilecekleri ifade edilmekte mal tedarikinin belli durumlarda zorlanması ile bu ihtimalin önüne geçilmek istenmektedir. Ancak, fiyatların anıldığı gibi suni olarak yükseltilmesi ancak düşük yoğunlukta rekabetin yaşandığı dar oligopolistik bir pazarda mümkündür. Böyle bir sorunun çözümü için “bağımlılık” kavramına ihtiyaç yoktur. Seçici dağıtım sistemlerinin bu belli pazarda, paralel etkileri nedeniyle rekabetin ciddi şekilde kısıtlanması sonucunu doğurduğu kabulü yeterli olacaktır.

Etkin olmayan teşebbüslerin pazarda kalmalarına yardımcı olmaları hususuna ilişkin olarak, “bağımlılık” kavramına dayalı görece güçlü teşebbüslere yönelik ayrımcılık yasağının bu etkiye aynı şekilde sebep olabileceği söylenebilir. Zira, verimsiz olduğunu düşündüğü bayilerini dağıtım açısından çıkarmak isteyen üreticiye karşı kullanılabilir ve böylece üretici ticari ilişkiyi sürdürmeye zorlanabilir.

İşletmesel bağımlılık hallerinde, sözleşmenin fesh edilmesi ile kaynak israfının ortaya çıkması ihtimalinden söz edilmiştir. Özelleşmiş yatırımların dağıtıcıyı sağlayıcısına bağladığı konusunda şüphe yoktur. Özelleşmiş yatırımlar yapan bir dağıtıcı bundan bir kazanç beklentisi olduğu için bu yatırımları gerçekleştirmektedir. Bu uzmanlaşma ile ticari ilişki içerisine girdiği teşebbüs için en düşük maliyetli alternatif haline gelmekte ve böylece pazardaki ticari riskini azaltmaktadır. Karşı taraf için sözleşmeyi fesh etme ve mal vermeyi kesmek için rasyonel bir sebep yoktur. Dolayısı ile bu bağımlılık türünde de görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılık yapmayı yasaklamanın bir gereği olmadığı düşünülmektedir.

Kıtlığa dayalı bağımlılık nedeniyle mal vermenin zorunlu tutulması halinde, pazar risklerine karşı stratejilerini belirlemiş iki teşebbüsten, stratejisini “çok risk çok kazanç” olarak belirleyen, üstlendiği riskin sonuçlarına katlanması gereği ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum, riske karşı çekingen ve bu yüzden tedbirli davranan dikey olarak bütünleşmiş teşebbüsün, dikey bütünleşme motivasyonunu ortadan kaldırabilir. Giderek sağlayıcı dikey bütünleşmenin güvenliğini kaybeden sağlayıcı teşebbüsün riskinin artması ve bunun arz da azalma olarak tüketiciye yansması muhtemeldir.

Talep bağımlılığının, işletmesel bağımlılığın özel bir şekli olarak kabul edilebilmektedir ve ekonomik etkileri de aynıdır. Sağlayıcıyı alıcısına bağımlı hale getiren özelleşmiş yatırımlar tekrar edilmek durumunda kalmadığı sürece kıt kaynakların israf edildiğini kabul etmek yerinde olmayacaktır.

“Bağımlılık” ve “görelî güçlü teşebbüs” kavramları ve bunların ayrımcı ve engelleyici uygulamalarını yasaklayan hükümler, iktisat bilimi verileri ile desteklenmemektedir. Dolayısıyla, bu hususları düzenleyen hukuk kuralları ile ilk planda korunanın toplumun ve tüketicinin ekonomik çıkarları olduğuna dair kesin bir veri yoktur. Görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan hukuk düzenlemesi ile toplumun çıkarlarının, toplumsal refaha olumlu etkisi teorik olarak temellendirilmiş rekabetin doğrudan korunması ve geliştirilmesi yoluyla sağlanmaya çalışılmadığı anlaşılmıştır. Bunun yerine çıkarları nüfusun önemli bir bölümü ile doğrudan ilişkili olan küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler korunmaktadır.

Bu hususlar dikkate alındığında, görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan hukuk düzenlemelerinin ekonomik etkinliği temel kriter alan bir rekabet hukuku sistemi için eksiklik olamayacakları, ancak izlenen ekonomik ve sosyal politikaların tercihleri olarak rekabet hukuklarına girdikleri sonucuna ulaşılmıştır.

## ABSTRACT

In this thesis, one of the most controversial provisions, which regulates “*economic dependency*” and “*relative market power*”, in German Competition Law is discussed.

The aim of this thesis is to define the concepts of “*economic dependency*” and “*relative market power*”, to cover the economic rationale which they stand for, to discuss how they are regulated and whether it is necessary to introduce these concepts to the application of the Turkish Competition Law.

“*Selective distribution systems*” and the concept of “*branded goods*”, which have significant importance in order to understand the issue, take substantial part of this work.

The economic effects of preventing discriminatory practices made by the undertakings which have relative market power, are briefly taken into consideration. Thus, it can be said that the main purpose of the provision mentioned is to protect small or middle sized enterprises and it is not possible to achieve this purpose without conflicting the aim of competition law, which seeks efficiency.

In conclusion, it is not necessary to introduce the concepts of “*economic dependency*” and “*relative market power*” to the application of the Turkish Competition Law.

## KAYNAKÇA

- AHLERT, D., (1987), Die Bedeutung der vertraglichen Selektivvertriebs für den freien Wettbewerb und die Funktionsfähigkeit von Märkten, WRP (215)
- ARNDT, H., (1986), Hat der Leistungswettbewerb in der Bundesrepublik noch eine Chance?, WRP (137)
- ASLAN, A., (1992), Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara
- AXSTER, O. /REIMANN, T., (1974) Hersteller berühmter Markenartikel als Adressaten des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 GWB Satz 2 GWB, WRP (470)
- BAUR, J. (1974), Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, BB (1589)
- BEIER, F.-K., (1987), Der Schutz selektiver Vertriebsbindungen gegenüber aussenseitern – Die Lückenlosigkeit in Theorie und Praxis, GRUR (131)
- BELKE, R., (1974), Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellnovelle 1973, ZHR 138 (1974)
- BENISCH, W., (1980), Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79 içinde Diskriminierungsverbot – Vertriebsbindung - Leistungswettbewerb, Köln, Berlin, Bonn, München
- BUNTE (1985) Entwicklung in der Kartellrechtssprechung und –praxis seit der 4. GWB Novelle 1980, JZ (771)
- CARLHOFF, U., (1988), Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, O. Schmidt, Köln
- DANELZİK, W. (1979), Zur Belieferungspflicht von Markenartikelherstellern aufgrund des erweiterten Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, BB (651)



- DİCHTL, E. ve DİLLER, H. (1980), Handwoerterbuch des Wirtschaftswissenschaften içinde Markenartikel, Stuttgart, Tübingen, Göttingen
- EMMERICH, V., (1982) Kartellrecht, 4. Auflage, München
- ESİN, A., (1998), Rekabet Hukuku, ESC Consulting Ltd, İstanbul
- EWALD, H., (1974), Zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Taetigkeit im Jahre 1973, WRP (466)
- FİSCHÖTTER, W. (1974), Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB., WuW (379)
- GÖRGEMANNS, T., (1998), Der Begriff der kleineren und mittleren Unternehmen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaenkungen, Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien
- GROSSEKETTLER, H., (1978), Der Fall "Deutsche SB-Kauf kontra adidas", Volkswirtschaftliche Analyse einer Lieferverweigerung, WRP (619)
- HARTMANN, B., (1981), Das Diskriminierungsverbot, Freiburg i. Br., Haufe
- HEFERMEHL, W. (1975) Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf selektive Vertriebssysteme, GRUR (277)
- HENSELER, P., (1980), Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 26 Abs. 2 GWB Satz 2 GWB, WRP (181)
- HEUCHERT, K., (1987), Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB – eine ökonomische Analyse des Rechts, Decker und Müller, Heidelberg
- HOOTZ, C., (1984), Die Durchsetzung zulaessiger selektiver Vertriebssysteme nach deutschem Wettbewerbsrecht, BB (1648)
- KİLİAN, W. (1978), Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang für Markenartikelhersteller, ZHR (453)
- KİRCHHOFF, W., Wettbewerbsbeschränkung in Vertriebsverträgen und andere vertikale Beschränkungen, Wiedemann, G, (1999) Handbuch des Kartellrechts içinde, C.H. Beck'sche Verlag, München
- KOLTHOFF, S., (1985) Grenzen des selektiven Vertirebs von Markenartikeln, WuW (854)

KORAH, V., (2000), An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing, Oxford

KOUKER, L., (1984), Die Normadressaten des Diskriminierungsverbots: (§ 26 Abs. 2 und 3 GWB), Duncker und Humblot, Berlin

LEHMPFUHL, R.-S. (1978), Verträge nach § 18 GWB und Diskriminierungsverbot, GRUR (625)

LOEWENHEIM, U., (1982), Aktuelle Probleme des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, WRP (190)

LÜBBERT, H.- D. Das Diskriminierungsverbot, Wiedemann, G, (1999) Handbuch des Kartellrechts içinde, C.H. Beck'sche Verlag, München

MANDEL, S. (1991), Das Diskriminierungsverbot gemäss §26 Abs. 2 GWB Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Grenzen der Zulaessigkeit für den selektiven Vertrieb, Lang, Frankfurt am Main, New York, Paris

MARKERT, K. (1979), Anmerkung zum Urteil des BGH von 17.1.1979, BB (797)

MARKERT, K., (1981), IMMENGA ve MESTMAECKER, Kommentar zum GWB içinde, 1981).

MARKERT, K., (1985), Haben das Preisbindungsverbot und der Kontrahierungszwang für Markenartikel die Konzentration im Handel gefördert?, WuW (845)

MARKERT, K., (1983), Diskriminierung und Behinderung in der kartellrechtlichen Praxis, RWS Skript 67, 2. Baskı Köln

MÜLLER/GIESSLER/SCHOLZ (1974), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 3. Auflage, Frankfurt

PFEIFFER, G., (1982), FIW Schriftenreihe 103, , Köln, Berlin, Bonn, München içinde Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot aus richterlicher Sicht, (s. 73 v.d.)

SACK, R., (1975), ZUR Sachlichen Rechtfertigung von Preis-, Rabatt- und Konditionendiskriminierungen, WRP (385)

SCHMAHL, W., (1980), Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB, insbesondere seine Auswirkungen auf den Pressevertrieb, WRP (602)

SONNBERG, R., (1993), Belieferungszwang für Markenartikelhersteller und Seine Durchsetzung, an der Lottbek Jensen, Ammersbek bei Hamburg

TESSIN, C., (1974) Markenartikelvertrieb nach der 2. Kartellgesetznovelle, GRUR (683)

ULMER, P.(1975), Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, BB (661)

ULMER, P., (1987) Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle?, MA (326)

v. GAMM, O.F. (1979), Kartellrecht.Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln – Berlin – Bonn – München