

**REKABET HUKUKUNDA
BAĞLAMA ANLAŞMALARI**

Kürşat ÜNLÜSOY

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Temmuz 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

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

25/12/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI,
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 10/01/2002 tarih ve
02-1/16 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-64-0

YAYIN NO

0125

Eşim ve Aileme...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1

BAĞLAMA ANLAŞMALARINA GENEL BİR BAKIŞ

1.1 GENEL OLARAK	
1.2 TANIM	
1.3 BİÇİMLERİ	

Bölüm 2

ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA BAĞLAMA ANLAŞMALARI

2.1 GENEL OLARAK	
2.2 İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER	
2.2.1 Sherman Yasası	
2.2.2 Clayton Yasası	
2.2.3 Federal Ticaret Komisyonu Yasası	
2.3 <i>PER SE</i> ve <i>RULE OF REASON</i> YARGISAL DOKTRİNLERİ	
2.4 YARGISAL UYGULAMALAR: DAVA TEMELİNDE GELİŞİM	
2.4.1 İlk Dava Değerlendirmeleri	
2.4.2 Yakın Geçmişteki Önemli Davalar	
2.4.2.1 Jefferson Parish Davası	
2.4.2.2 Kodak Davası	
2.4.2.3 Microsoft Davası	
2.5 BAĞLAMA İHLALİNİN UNSURLARI	
2.5.1 İki Ayrı Ürünün Varlığı	
2.5.2 Ürünlerin Bağlanması	
2.5.3 Yeterli Ekonomik Güç	
2.5.4 Federe Devletler Arası Ticaret	
2.5.5 Diğer Unsurlar	
2.6 BAĞLAMANIN GEREKÇE ve OLUMLU ETKİLERİ	
2.6.1 Ticari İtibarın Korunması	
2.6.2 Kullanım Ölçümü	
2.6.3 Etkinlik	

2.6.4	Gizli Fiyat İndirimleri	
2.6.5	Fiyat Kontrollerinden Kurtulma	
2.7	BAĞLAMANIN OLUMSUZ ETKİLERİ ve YARGISAL KARARLARA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER	
2.7.1	Ekonomik Gücün Genişletilmesi	
2.7.2	Pazarın Kapatılması ve Giriş Engelleri	
2.7.3	Fiyat Ayrımcılığı	
2.7.4	Yıkıcı Fiyat Uygulaması	
2.8	BAĞLAMANIN HUKUKSAL ve EKONOMİK BİR SENTEZİ	

Bölüm 3
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
BAĞLAMA ANLAŞMALARI

3.1	GENEL OLARAK	
3.2	RKHK’NİN 4’ÜNCÜ MADDESİ AÇISINDAN BAĞLAMA ANLAŞMALARI	
3.3	RKHK’NİN 6’NCİ MADDESİ AÇISINDAN BAĞLAMA UYGULAMALARI	

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	
EK 1: PAZAR PAYLARI AÇISINDAN DAVALAR	
EK 2: TİCARİ HACİM AÇISINDAN DAVALAR	

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 yayımlar, 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 öne çıkan sektörlerle 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 çıkmış 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 MÜFTÜOĐLU

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

ABA	: American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.k.	: Adı geçen karar
AT	: Avrupa Topluluğu
Bkz.	: Bakınız
Co.	: Company
Corp.	: Corporation
CMLR	: Common Market Law Review
IBM	: International Business Machines
FTK (FTC) Commission)	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
No.	: Numara
NBER	: National Bureau of Economic Research
Örn.	: Örneğin
Par	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
US	: United States
USC	: United States Code
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire

GİRİŞ

18'inci yüzyılın ortalarında ortaya çıkan endüstri devrimi ile birlikte üretim teknolojilerinde yaşanan hızlı değişim ve buna paralel olarak gelişen liberal düşünce akımı piyasa ekonomisini doğurmuştur. Piyasa ekonomisi, önemini zaman zaman göreceli olarak yitirse de değişen koşullar karşısında yeniden biçimlenmek suretiyle günümüzün egemen ekonomik sistemi olarak kabul gören bir konuma yükselmiştir. Bu sistemin olmazsa olmaz işlerlik koşullarından birini ise rekabet olgusu oluşturmaktadır. Sistemin işleyişinde yadsınamayacak bir öneme sahip olan rekabetin piyasalarda tesis edilmesi, korunması ve teşvik edilmesi hukuksal altyapıyı oluşturan rekabet kurallarının varlığına ve bu kuralların etkin bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. İşte piyasadaki rekabetin varlığı ve korunmasının temel güvencesi sayılabilecek bu kurallar bir bütün olarak Rekabet ya da Antitröst Hukuku adı altında anılırlar.

Rekabet Hukuku alanında modern anlamda ilk yasal düzenleme, ABD Antitröst Hukukunun temelini oluşturan ve bu özelliğini günümüzde de büyük ölçüde koruyan 1890 tarihli Sherman Yasası'dır. Bu yasa, ABD'de 19'uncu yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkan kartel ve tröst biçimindeki oluşumların rekabet düzenini ciddi bir biçimde tehdit etmesi, hatta zaman zaman piyasalardaki rekabeti ortadan kaldırması sonucunda çıkarılmıştır. Sherman Yasası temelinde gelişen ABD Antitröst Hukuku, AT'nin ve birçok ülkenin rekabet kurallarına kaynaklık etmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Rekabet kuralları ülkeden ülkeye değişik özellikler göstermekle birlikte bu kuralların hemen hepsinde teşebbüslerin birlikte ya da tek taraflı davranışları ile rekabeti sınırlamaları yasaklanmaktadır. Anılan davranışların başlıca örnekleri teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve hakim durumdaki bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmasıdır.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, ekonomik faaliyet sürecinin aynı ya da farklı seviyesinde bulunan teşebbüslerce yapılmalarına göre yatay ve dikey sınırlama olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Bu ayrımın temelinde ise, dikey sınırlamaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin yatay sınırlamalar kadar ağır olmaması yatmaktadır. Bunun başlıca nedenlerinden biri; genel olarak dikey

sınırlamaların ekonomiye ve toplam refaha katkılarının, yasaklanmalarında gözetilen yararlardan daha fazla olduğunun kabul edilmesidir.

Dikey sınırlamalar arasında yer alan, bir ürünün satımının başka bir ürünün alımına bağlanmasına yönelik olarak yapılan anlaşmalar şeklinde tanımlanan bağlama anlaşmaları ise ABD Antitröst Hukukunda uzun yıllar ağır bir ihlal olarak değerlendirilmiş ve mahkemelerce öncelikli bir konu olarak ele alınmışlardır. Bağlama anlaşmalarına karşı sergilenen bu sert tutum zamanla ılımlı olma yönünde bir değişim gösterse de, bu anlaşmalar hala *per se* ya da niteliği gereği ihlal olarak değerlendirilmektedirler.

Bağlama anlaşmalarının, ABD hukuk ve ekonomi çevrelerinde öncelikli olarak tartışılan konulardan biri olmasına karşın, AT uygulamasında konunun bu derecede ele alınmayışı merak konusu olmuştur. Bu nedenle, AT Rekabet Hukukunda bağlama anlaşmalarına ilişkin zengin bir içtihadın bulunduğunu söylemek güçtür. Bu durum ise, konunun ABD uygulamaları ışığında açıklığa kavuşturulmasını gerektirmiştir.

Türkiye’de bağlama anlaşmalarının yasaklanması 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile mümkün olmuştur. Büyük ölçüde AT Antlaşması’nın 81 (*eski 85*)’inci ve 82 (*eski 86*)’nci maddeleri kaynak alınarak hazırlanan RKHK’nin 4’üncü ve 6’ncı maddelerinde, özellikle yasaklanan haller arasında bağlama anlaşmaları ve bu yöndeki uygulamalara da yer verilmiştir. Bu durum, RKHK açısından konuya verilen önemin de bir göstergesidir. Ancak, bağlama anlaşmaların yasaklanmasının gerek AT Rekabet Hukuku’nda gerekse Türk Rekabet Hukuku’nda “anlaşmanın konusu” ya da “anlaşmanın niteliği” ve “ticari teamül” gibi oldukça soyut ve geniş kriterlere bağlanması, uygulamada ortaya çıkabilecek bir takım belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Bu durum hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6’ncı madde açısından da büyük önem taşımaktadır.

Bu tezin amacı, bağlama anlaşmalarının rekabet kuralları açısından hangi esaslara göre değerlendirilmeleri gerektiği konusuna ilişkin hukuksal ve ekonomik yaklaşımların ABD Antitröst Hukuku bağlamında ortaya konulmasıdır. Bunun nedeni ise, bağlama anlaşmalarına ilişkin söz konusu yaklaşımların temelde bu ülke uygulamaları ekseninde şekillenmiş olmasıdır. Bu tezde bağlama anlaşmalarının değerlendirilmesi bir ürünün satımının başka bir ürünün alımına bağlandığı anlaşmalarla sınırlı tutulmuştur. Buna ek olarak bağlama anlaşmalarının farklı dikey sınırlamalar açısından ayrı ayrı ele alınması bu tezin kapsamını aşacağından, söz konusu anlaşmalara ilişkin genel ilkelerin sunulması esas alınmıştır.

Bu ilkelerin ortaya konulmasının, RKHK'nin ilgili hükümlerinin bağlama anlaşmalarına uygulanmasında hangi esasların gözetilmesi gerektiği konusunda yararlı olacağı düşünülmektedir. Ancak, ABD hukuk sisteminin ülkemize kıyasla önemli farklılıklar göstermesi nedeniyle, konunun RKHK açısından ele alınmasında doğrudan karşılaştırılmalı bir yaklaşım benimsenmemiştir. Bunun yerine zaman zaman AT Rekabet Hukuku uygulamaları referans gösterilerek konu Türk Rekabet Hukuku açısından açıklanmaya çalışılmıştır.

Tez dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, bağlama anlaşmalarının tanımı verilerek genel bazı açıklamalarda bulunulmuştur. İkinci bölümde; bağlama anlaşmalarıyla ilgili yargısal gelişim ve yaklaşımlar, ekonomik etki ve gerekçeler, eleştirel görüşler incelenerek bu konuya ilişkin genel esaslar ABD Antitröst Hukuku bağlamında ortaya konmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde, bağlama anlaşmalarına ilişkin Türk Rekabet Hukuku temelinde açıklamalarda bulunulmuştur. Sonuç bölümünde ise, yapılan çalışma ile ulaşılan sonuç ve önerilere yer verilmiştir.

BÖLÜM 1

BAĞLAMA ANLAŞMALARINA GENEL BİR BAKIŞ

1.1. GENEL OLARAK

Teşebbüslerin ticaret hayatında varlıklarını sürdürebilmeleri için kar maksimizasyonu amacını esas almalarının rasyonel bir davranış olduğu kabul edilmektedir. Bu amacın doğal bir sonucu olarak teşebbüsler ürün gamında bulunan her bir üründen daha fazla satmak suretiyle en çok karı elde etmeye çalışırlar. Ancak, teşebbüslerin her bir ürününe ilişkin talebin aynı oranda yüksek olması olasılığı oldukça azdır. Bu nedenle teşebbüsler, talebi yüksek olan belli ürünleri olabildiği ölçüde fazla sayıda satmanın yanında, genellikle bu ürünlere olan talebin avantajını kullanarak diğer ürünlerin satışını da gerçekleştirme ya da artırma eğilimindedirler (Banks 2000, 7-3).

Bununla birlikte, talebi oldukça yüksek olan bir ürün doğal olarak diğer ürünlerin de yararına olacak şekilde teşebbüsün ticari itibarını artırabilmektedir. Bu bakımdan, bazen satıcı bir teşebbüs yoğun bir şekilde talep edilen bir ürünün satımını doğrudan başka bir ürünün alımı koşuluna bağlayabilmektedir. Hukuk ve iktisat literatüründe bu yönde yapılan anlaşmalar “bağlama anlaşmaları (*tying agreements*)” olarak anılmakta ve bağlama anlaşmasının söz konusu olduğu bir durum ya da uygulamayı karşılamak amacıyla da “bağlama (*tying*)” terimi kullanılmaktadır.

1.2. TANIM

Bağlama anlaşmaları, en genel tanımıyla satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlı olarak yaptığı anlaşmalardır¹. Bu tür anlaşmalarda alıcı tarafından esas olarak

¹ Bu tanımda yer verilen ürün terimi, mal ve hizmetleri; satım ve alım terimleri ise, kiralama gibi benzer nitelikteki ticari işlemleri de kapsamaktadır.

talep edilen birinci ürüne “bağlayıcı ya da bağlayan ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne “bağlanan ya da bağlı ürün” adı verilmektedir. Örneğin, bir telefonun faks cihazı ile birlikte satın alınmasının şart koşulması biçimindeki bir bağlama anlaşmasında telefon, bağlayıcı; faks cihazı ise bağlanan üründür. Bağlayıcı ya da bağlanan ürünün mal, hizmet, arsa ve patent gibi maddi ya da maddi olmayan bir ekonomik varlık olması mümkündür.

1.3. BİÇİMLERİ

Bağlama anlaşmalarının klasik biçiminde iki ürünün bağlanması söz konusudur. Halbuki bağlama anlaşmaları her zaman bu kadar belirgin olmamakta, hemen göze çarpmayan ya da bağlama açısından tartışmalı olan birçok karmaşık biçimde olabilmektedirler (Areeda ve Turner 1978, 257).

Bunların başında ise satıcının tüm ürün çeşidinin alıcı tarafından satın alınmasına yönelik olarak yapılan “full line forcing” uygulaması gelmektedir. Bu uygulamalar bağlama anlaşmalarının olduğu kadar tekelden satın alma anlaşmalarının ya da fiyat dışı rekabet sınırlamalarının bir biçimi olarak da görülebilmektedir. Bununla birlikte bağlama anlaşmalarının klasik biçiminden farklı olarak olumlu etkileri nedeniyle rekabet kuralları açısından temelde daha olumlu karşılanmaktadır.

Bağlama anlaşmalarının bir başka biçimi ise paket ya da takım olarak yapılan satışlardır. Paket satışın anlamı, birden fazla ürünün birleştirilerek tek bir fiyattan satılmasıdır. Bu duruma daha çok üzerinde fikri mülkiyet hakkına sahip olunan ürünlerde rastlanılmaktadır. Bu tipteki bağlama anlaşmalarının rekabet kuralları karşısındaki konumu klasik biçimde olanlarla aynıdır. Ancak ürünlerin birleştirilerek satılması nedeniyle bu ürünlerin ayrı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu sık sık tartışmalara neden olmakta ve söz konusu satışın bağlama anlaşması olarak ele alınması zorlaşabilmektedir.

Diğer yandan bağlama anlaşmaları ekonomik açıdan kullanım amaçlarına göre de değişik biçimlerde olabilmektedirler. Bunlardan başlıcaları; ekonomik gücün genişletilmesi (*leveraging/extension of monopoly*), fiyat ayrımcılığı, yıkıcı fiyat uygulaması, gizli fiyat indirimleri, fiyat kontrollerinden kurtulma biçimleri olarak sayılabilir.

Bağlama anlaşmalarının çok çeşitlilik göstermesi durumu söz konusu anlaşmaların ortaya çıkış gerekçeleri, biçimleri ve ekonomik etkileri açısından yapılacak sınıflandırmaları ve bu anlaşmalara ilişkin genel bir yasal ve ekonomik çerçeve oluşturulmasını zorlaştırmakta; konunun ülke ve olaylar temelinde ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Bu bakımdan, ilgili doktriner ve yargısal yaklaşımların ağırlıklı olarak ABD uygulamaları ekseninde gelişerek şekillenmesi de dikkate alınarak;

bağlama anlaşmalarının hangi gerekçelerle ortaya çıktığı, ekonomik etkilerinin neler olduğu ve hangi ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konuları bu aşamada ayrıntılı olarak ele alınmayarak bu konular ABD Antitröst Hukuku bağlamında incelenmeye çalışılacaktır.

BÖLÜM 2

ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA BAĞLAMA ANLAŞMALARI

2.1. GENEL OLARAK

Bağlama anlaşmalarının rekabet kuralları karşısındaki konumunun belirlenmesi açısından katkı sağlayıcı nitelikteki ilk örnekler yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde ABD’de görülmüştür. Bu anlamda, bağlama anlaşmalarının mahkemelerce ele alınışının geçmişi hemen hemen antitröst hukukunun ortaya çıkış yıllarına kadar uzanmaktadır.

Bağlama anlaşmaları bağlanan ürün pazarındaki rekabeti olumsuz yönde etkilediği ya da tehdit ettiği ölçüde ABD’de yürürlükte olan antitröst yasaları uyarınca ihlal olarak değerlendirilmektedir². Öyle ki; bağlama anlaşmaları karşısında mahkemelerin geçmişte oldukça sert bir tutum sergilemesi, söz konusu anlaşmaların zamanla *per se* ihlal düzeyine yükselmesine neden olmuştur³. Yüksek Mahkeme’nin bir kararında bağlama anlaşmalarının “rekabetin bastırılması dışında hemen hemen başkaca bir amaca hizmet etmediğini” açıklaması, sözü edilen tutumun en belirgin örneklerinden biridir⁴.

2.2. İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

Bağlama anlaşmaları genel olarak üç temel federal yasanın ilgili hükümleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu hükümler; Sherman Yasası’nın 1’inci maddesi, Clayton Yasası’nın 3’üncü maddesi ve Federal Ticaret Komisyonu Yasası’nın 5’inci maddesidir. Bunun yanında söz konusu anlaşmalar çeşitli eyalet yasaları kapsamında da değerlendirilebilmektedir.

² *Times-Picayune Publishing Co. United States*, 345 U. S. 594, 606 (1953).

³ *Per se* ihlal, bazı türden sınırlamaların rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasına gerek kalmaksızın niteliği gereği rekabete aykırı olma durumudur. Geniş bilgi için bkz. Akıncı 2001, 221.

⁴ *Standard Oil Co. of California v United States*, 337 U. S. 293, 305-306 (1949).

2.2.1. Sherman Yasası

1890 tarihli Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, birleşme ve gizli işbirliğini yasaklamaktadır⁵. Bir bağlama anlaşması belli unsurları taşıyorsa ve bu unsurlar davacı tarafından kanıtlanabiliyorsa Sherman Yasası kapsamında *per se* ihlal olarak nitelendirilmektedir. Bu unsurlar; (a) bir ürünün alımını başka bir ürünün alımına bağlayan satış ya da anlaşmanın varlığı; (b) iki ayrı ürünün varlığı; (c) bağlanan ürün pazarındaki rekabeti önemli (hissedilir) derecede sınırlayacak ölçüde bağlayıcı ürün pazarında yeterli ekonomik güce sahip olunması ve (d) bağlanan ürün pazarına ilişkin federe devletler arası ticaret hacminin önemli bir miktarının etkilenmiş olması şeklinde sıralanabilir (Hovenkamp 1999, 392)⁶.

Diğer yandan, bir anlaşma bu unsurları taşıyıyor olsa dahi, sözleşmenin doğasına ve karakterine bağlı olarak ya da tarafların ticareti sınırlama ve fiyatları yükseltme niyetinde olduklarına ilişkin çıkarılabilecek sonuçlara dayanılarak *rule of reason* analizine⁷ tabi tutulmak suretiyle yasaklanabilmektedir⁸ (Banks 2000, 7-6).

2.2.2. Clayton Yasası

1914 tarihli Clayton Yasası'nın 3'üncü maddesi⁹ bağlama anlaşmalarına karşı başvuru ve sıklıkla işletilen temel yasal hükümlerden biridir. Bu hükümde; satıcı ya da kiralayan tarafından bir malın satımı ya da kiralanmasının ve bununla ilgili olarak belli bir fiyat ya da indirim uygulanmasının, alıcı ya da kiracının rakip malları kullanmama ya da satmama koşuluna bağlı olarak yapılan ve rekabeti önemli derecede azaltabilecek ya da ticaretin herhangi bir alanında tekel yaratılmasına yol açabilecek bir sözleşme, anlaşma, uzlaşma ya da benzer bir durumun hukuka aykırı olduğu öngörülmüştür.

İlgili madde, rekabete aykırı uygulamaların bazılarının Sherman Yasası kapsamında değerlendirilememesi gerekçesiyle bu yasada görülen boşlukları gidermek amacıyla düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle rekabet sınırlamalarına başlangıç aşamasında başka bir deyişle zararları ortaya çıkmadan müdahale

⁵ 15 U. S. C. 1 (1976). Söz konusu hüküm; "Federe devletler arası veya yabancı ülkeler ile yapılan ticareti veya alışverişi kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst ya da başka biçimdeki birleşme veya gizli işbirliği hukuka aykırıdır..." şeklindedir.

⁶ Bu unsurlara ek olarak bazı mahkemeler başka unsurlar da arayabilmektedirler. Ancak söz konusu unsurların zorunluluğuna ilişkin mahkemeler arasında görüş birliği bulunmamaktadır.

⁷ Bu analiz bir rekabet sınırlamasının hukuka aykırılığının belirlenmesinde olumlu ve olumsuz ekonomik etkilerinin değerlendirilmesine dayanan bir testtir. Geniş bilgi için bkz. Akıncı 2001, 217.

⁸ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U. S. 679, 690 (1978).

⁹ 15 U. S. C. 14 (1976).

edilebilmesi mümkün kılınmıştır (Banks 2000, 7-9). Diğer yandan; madde incelendiğinde, ihlal olarak yalnızca mallara ilişkin bağlamanın hükme bağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla, mal dışındaki ürünlere ilişkin bağlama anlaşmaları ancak Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi ve Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın 5'inci maddesi kapsamında ele alınabilmektedir.

2.2.3. Federal Ticaret Komisyonu Yasası

Federal Ticaret Komisyonu Yasası, teşebbüslerin ticari sorunları için çok fazla başvurdukları bir düzenleme olmasa da potansiyel olarak bağlama anlaşmalarına karşı kullanılabilir daha genel bir yasal araç niteliğindedir (Banks 2000, 7-11). Yasanın 5'inci maddesi ile "ticaret içi ya da ticareti etkileyen adil olmayan rekabet uygulamaları ve haksız ya da aldatıcı eylem veya uygulamalar" yasaya aykırı ilan edilmekte ve bununla ilgili olarak Federal Ticaret Komisyonu'na yetki verilmektedir¹⁰.

2.3. *PER SE* ve *RULE OF REASON* YARGISAL DOKTRİNLERİ

Sherman Yasası'nda öngörülen "ticaretin sınırlanması"nın yasaklanması, kavramın oldukça genel bir kavram oluşu nedeniyle birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda Kintner (1973, 16), ekonomik hayattaki her anlaşmanın ticareti sınırladığının söylenebileceğini belirtmiştir. Kavramın açıklığa kavuşturulması çabaları yasaların uygulanmasında önemli bir yeri olan "per se" ve "rule of reason" (makul neden kuralı) doktrinlerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Sherman Yasası'nın ilk uygulamalarında iki uça toplanabilecek görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki; rekabeti sınırlayıcı her anlaşmanın hukuka aykırı olduğu ve yasa koyucunun mahkemelere bu konuda takdir hakkı vermediği görüşündedir. Bunun aksini savunan ikinci görüş ise; rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin sosyal yararının, rekabetin sınırlanması ile ortaya çıkan zarardan daha fazla olabileceğini ve bu gibi anlaşmaların, rekabeti sınırlamalarına rağmen Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi kapsamı dışında kalması gerektiği yönündedir (Akıncı 2001, 214). Mahkemeler ilk yıllarda Sherman Yasası'nın 1'inci maddesini ilk görüşe uygun olarak katı bir şekilde yorumlamışlar, ancak daha sonraki yıllarda yalnızca rekabeti "makul ölçüler" dışında sınırlayan anlaşmaların ihlal oluşturabileceğini benimseyerek davalarda ikinci görüşe yakın bir tutum sergilemişlerdir¹¹.

¹⁰ 15 U. S. C. 45 (a) (1) (1976).

¹¹ *Trans Missouri Freight Association v. United States*, 166 U. S. 290 (1897)

İkinci görüşün benimsenmesine paralel olarak yargısal uygulamalarda yer edinen *rule of reason* doktrini, genel olarak rekabet sınırlamalarının rekabet kurallarına aykırılığının ancak piyasa üzerindeki ekonomik etki ve sonuçlarının değerlendirilmesi ile belirlenebileceğini esas alan bir doktrin olarak tanımlanabilir. Bu yaklaşımın temelinde ise, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların piyasalar üzerinde olumlu yönlerinin bulunabileceği düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda yapılan *rule of reason* analizlerinde ise, rekabet sınırlamaları ile ortaya çıkan ekonomik etki ve sonuçlar ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmaktadır.

Per se doktrini ise, bazı türden rekabet sınırlamalarının piyasa üzerindeki etki ve sonuçlarının araştırılmasına gerek kalmaksızın niteliği gereği rekabete aykırı olduklarının kabul edilmesi gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Bu görüşün doktriner bir yapı kazanması ise, anılan türdeki rekabet sınırlamalarına ilişkin yargısal deneyimin kazanılması ile mümkün olabilmiştir (Kintner 1973, 21). Sonuçta, *per se* ihlal olarak belirlenen rekabet sınırlamalarının haklı bir nedeninin olmayacağı ve bu sınırlamaların kendiliğinden aykırılık oluşturduğu varsayımına dayanan bir ön kabul benimsenmiştir.

ABD’de *per se* doktrininin uygulanması; fiyat belirleme, arzın kontrolü ve piyasa paylaşmaya yönelik yatay anlaşmaların ekonomik açıdan incelenmesine gerek kalmaksızın niteliği gereği doğrudan yasaklanması sonucunu doğurmuştur. Doktrinin benimsenmesinde ise teorik düşüncelerin yanı sıra usul ekonomisi, kesinlik ve hukuk güvenliğinin sağlanması gibi, pratik bir takım nedenler de etkili olmuştur (Sanlı 2000, 97).

Diğer yandan, *per se* ve *rule of reason* doktrinleri her ne kadar birbirini reddeder gözüke de aslında her iki doktrin uygulamada birbirini tamamlayıcı niteliktedir (Aslan 2001, 120). Ayrıca, rekabet sınırlamalarının hangi türlerinin *per se* ihlal kategorisi içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği için yapılacak teorik bir ayrıştırmanın bir ölçüde *rule of reason* analizini de içerdiği söylenebilir.

Nitekim bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olarak değerlendirilmelerinde de buna benzer bir durum söz konusudur. Bağlama anlaşmaları ilk yıllarda mahkemelerce *per se* ihlal olarak kabul edilerek katı bir yargılamaya tabi tutulmuşlardır. Ancak, yasal olarak halen *per se* ihlal kategorisinde yer alan bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında mahkemelerce belli koşulların aranması nedeniyle uygulamada üstü örtülü bir *rule of reason* analizinin de söz konusu olduğunu söylemek gerekir.

Bu bakımdan, yargısal doktrinin bağlama anlaşmalarına uygulanma esaslarının daha iyi anlaşılması bakımından doktrinin dava uygulamaları bağlamında ortaya konulması yararlı olacaktır.

2.4. YARGISAL UYGULAMALAR: DAVA TEMELİNDE GELİŞİM

ABD Mahkemeleri bağlama anlaşmalarını rekabet ihlallerinden birçoğuna göre daha öncelikli olarak ele almışlardır. Ancak, bağlama anlaşmalarının çok çeşitlilik arz etmesi, konuyla ilgili tutarlı bir yargısal yaklaşım sergilenmesini güçleştirmiştir. Mahkemelerin bağlama anlaşmaları karşısındaki bugünkü tutumunda, Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*)'nin söz konusu anlaşmalara ilişkin geçmişteki dava değerlendirmeleri ve yargısal uygulamaları belirleyici olmuştur.

2.4.1. İlk Dava Değerlendirmeleri

Yüksek Mahkeme'nin bağlama anlaşmalarıyla ilgili yaklaşımı *Motion Picture Patents v. Universal Film Co.* davası¹² ile bir gelişim sürecine girmiştir (Gellhorn ve Kovacic 1994, 326). Bu davada; film projeksiyon ekipmanının patentine sahip olan bir firma, lisans alanların kendi ürettiği filmler dışında film kullanmalarını engellemeye çalışmıştır. Söz konusu firma, lisans alanların rakip filmleri kullanmaları halinde projeksiyon ekipmanına ilişkin patenti ihlal ederek suçlu olacaklarını ileri sürmüştür. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin olayla ilgili değerlendirmesi herhangi bir ihlalin olmadığı yönünde olmuştur. Mahkeme'nin en önemli yaklaşımı ise, böyle bir sınırlamaya izin verilmesinin davacının film pazarında tekel durumuna gelmesine yol açacağına belirtilmesidir. Bu bakımdan, Mahkeme bir pazarda sahip olunan tekel gücünün başka bir pazara genişletilmesine dayanan kaldıraç teorisini (*leverage theory*)¹³ kabul ederek bağlama anlaşmalarına karşı sergileyeceği tutumun ilk işaretlerini vermiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 519).

1920 yılında, Yüksek Mahkeme önüne gelen bağlama anlaşmalarıyla ilgili *FTC v. Gratz* davası¹⁴ öncesinde FTK, Gratz adlı firmanın müşterilerine pamuklu kravat alımı için pamuklu çanta materyallerinin de alımını zorunlu tutmasını haksız bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Konunun Yüksek Mahkeme tarafından da ele alınması sonucunda; Mahkemece herhangi bir ürün alanında bir tekel konumunun ya da bu konumu elde etmeye yönelik bir niyetin olmadığı, ayrıca kamu zararının olduğuna ilişkin bir kanıtın bulunmadığı belirtilerek söz konusu uygulamanın FTK Yasası kapsamında bir ihlal olmadığına hükmedilmiştir (Banks 2000, 7-12).

¹² 243 U. S. 502 (1917).

¹³ Bkz. s.26.

¹⁴ 253 U. S. 421 (1920).

1922 yılındaki *United Shoe Machinery Corp. v. United States* davasında¹⁵ ise; Yüksek Mahkeme, ayakkabı makinesi imalatı alanında hakim durumda bulunan bir satıcının başka tip makine ve malzemelerin alınması koşuluna bağlı olarak ayakkabı makinelerini kiralaması şeklindeki uygulamasını ele almıştır. Mahkeme bu durumun Clayton Yasası'nın 3'üncü maddesi uyarınca ihlal oluşturduğunu karara bağlamıştır. Ayrıca, aynı kararda potansiyel rekabetin azalmasının satıcının pazardaki hakim durumunun varlığının bir göstergesi olduğunun belirtilmesi kayda değer bir gelişmedir (Banks 2000, 7-13).

Öte yandan, 1923 yılındaki *FTC v. Sinclair Refining Co.* davasında¹⁶ Yüksek Mahkeme, benzin satışlarının benzin pompalarının kiralanmasına bağlı olarak yapılması şeklindeki uygulamayı değerlendirmiştir. Dava konusu uygulama ile ilgili olarak somut olayda rekabet açısından tekeli bir amacın ya da potansiyel bir zararın söz konusu olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, davada alıcıların benzin pompalarından ayrı olarak benzin alımında bulunabilmeleri nedeniyle zorlayıcı bir bağlamanın olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

1936 yılına gelindiğinde, Yüksek Mahkeme, *International Business Machines Corp. v. United States* davasında¹⁷; IBM firmasının kart-delgi sisteminde kullanılan makinelerini (*tabulating machines*) müşterilerine aynı zamanda kendisi tarafından üretilen veri işleme kartları (*tabulating cards*) kullanmaları koşuluyla kiralamasının rekabeti önemli ölçüde azaltması nedeniyle Clayton Yasası'nın 3'üncü maddesi uyarınca ihlal olduğu sonucuna ulaşmıştır. Anılan davada Mahkeme, tekeli bağlama hallerinin tehlikelerine dikkat çekmekle birlikte bağlayıcı ürün pazarında tekel gücünün olmaması halinde bu tür tehlikelerin olmayacağını belirtmiştir (Sullivan ve Harrison 1998, 261). Bu davada Mahkeme'nin öncelikle IBM'in bağlayıcı ürün pazarında tekel gücüne sahip olup olmadığını araştırması, ikinci aşamada ise bağlama anlaşmasının bağlanan ürün pazarındaki niceliksel etkilerini araştırması Mahkeme'nin *rule of reason* yaklaşımını benimsemiye eğiliminde olduğu kanısını uyandırmıştır (Gellhorn ve Kovacic 1994, 329).

1947 yılındaki *International Salt Co. v. United States*¹⁸ davasında Yüksek Mahkeme, International Salt firmasının müşterilerine konserve yapımında kullanılan patentli makinelerini, makinelerde kullanılacak tuzun tamamını kendisinden almaları kaydıyla kiralamasını Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi ve Clayton Yasası'nın 3'üncü maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, anılan kararda ilgili firmanın sahip olduğu patent haklarının kendisine tekel gücü sağladığını kaydederek bağlama anlaşmasının "makul olmayan", "*per se*" ve

¹⁵ 258 U. S. 451 (1922).

¹⁶ 261 U. S. 463 (1923).

¹⁷ 298 U. S. 131 (1936).

¹⁸ 332 U. S. 12 (1947).

önemli bir ticaret hacmine sahip bir pazarın rakiplere kapatılmasına¹⁹ yönelik bir anlaşma niteliğinde olduğunu açıklamıştır (Gellhorn ve Kovacic 1994, 329). Ancak kararda, bağlama anlaşmalarının Sherman ya da Clayton Yasaları'na *per se* aykırı olup olmadığına ilişkin yapılan testler açısından tekel gücü ölçütünün ortak bir unsur olduğuna ilişkin açık bir ifadede bulunulmamaktadır (Banks 2000, 7-14).

Yüksek Mahkeme, 1953 yılındaki *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*²⁰ davasında; New Orleans kentinde gazete yayımlayan bir firmanın, reklam verenlerin ilan verebilmelerini kendisine ait olan gazetelerin hem sabah hem de akşam baskılarında ilan yeri almaları koşula bağlamasını ihlal olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme uygulamayı Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi bağlamında ele alarak, yapılan bağlama testlerinin Sherman Yasası açısından Clayton Yasası'na göre farklı olduğunu belirten bir yorumda bulunmuştur. Bu yoruma göre, bir bağlama anlaşması eğer ilgili firma bağlayıcı ürün pazarında tekel gücüne sahipse ya da bağlanan ürün pazarındaki ticareti önemli ölçüde kısıtlıyorsa Clayton Yasası uyarınca ihlal oluşturmaktadır (Sullivan ve Hovenkamp 1999). Sherman Yasası'na göre ise, *International Salt* davasında olduğu gibi her iki durumun birlikte olması halinde rekabet ihlalden söz edilebilecektir. Ayrıca söz konusu davada Mahkeme, Times-Picayune firmasının % 40 oranındaki pazar payının hakim durum yaratılması için yeterli olmadığını, gazetelerin sabah ya da akşam baskılarındaki reklamların ayrı birer pazar oluşturmadığını, bu nedenle bağlama anlaşması ya da tekel gücünün başka bir pazara genişletilmesinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir (Sullivan ve Harrison 1998, 262).

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bağlama anlaşmalarıyla ilgili önemli davalardan biri de 1958 tarihli *Northern Pacific Railway Co. v. United States* davasıdır²¹. Bu davada; Northern Pacific firmasının çok çeşitli amaçlar için kullanılabilen arazilerini kiraya verirken, kiracıların söz konusu araziler üzerinde üretecekleri tüm malların taşınmasında -taşıma fiyatlarının rakiplerin fiyatlarıyla aynı olduğu sürece- kendi firmasını kullanmaları koşulunu getirmesi ele alınmıştır. Mahkeme, Sherman Yasası açısından yapılan değerlendirme sonucunda *Times-Picayune* davasında sergilenen ikili yaklaşımın sentezi olan bir kural ortaya koymuştur²²:

(bağlama anlaşmaları) taraflardan birinin bağlanan ürün pazarındaki serbest rekabeti önemli ölçüde azaltma konusunda bağlayıcı ürün alanında yeterli ekonomik güce sahip olması ve federe devletler arasındaki ticaret hacminin önemli bir miktarının etkilenmesi durumlarında makul karşılanmayacaktır.

¹⁹ Rakiplere kapatılan pazarın ticaret hacmi 500,000 ABD Doları tutarındadır.

²⁰ 345 U. S. 594 (1953).

²¹ 356 U. S. 1 (1958).

²² A.g.k. s. 6.

Mahkeme bu kural ile hem bağlayıcı ürün pazarında hakim durumda olma şartını hem de bağlanan ürün pazarında federe devletler arası ticaret hacminin önemli bir miktarda etkilenmesi şartını getirmiştir. Bu yaklaşım *Times-Picayune* kararında yapılan *International Salt* davasına ilişkin yorumla da tutarlıdır (Sullivan ve Hovenkamp 1999). Ayrıca davada; hakim durumda olmayan bir satıcının ticaret üzerinde önemli etkiler yaratamayacağı, ticaret hacminin önemli miktarda etkilenmesi durumunda ise bunun davalının gerekli pazar hakimiyetine sahip olduğunun bir göstergesi olduğu belirtilmiştir. Buna paralel olarak ise, bağlayıcı ürün pazarındaki hakim durum ya da tekel gücü şartının “hissedilebilir (önemli) derecede bir sınırlamayı dayatabilecek yeterli güç” anlamında kullanıldığının da altı çizilmiştir (Sullivan ve Harrison 1998, 262).

Özetle, yukarıda sunulan davalarda bağlama anlaşmalarının Sherman ve Clayton Yasaları kapsamında katı bir şekilde *per se* ihlal olarak değerlendirilmelerinin gerektiği ve bağlayıcı ürün pazarındaki gücün bağımsız olarak dikkate alınmasının yeterli olmadığı yönündeki görüşlerle büyük ölçüde örtüşen bir yaklaşım sergilenmiştir. Ancak bu yaklaşım ilerleyen yıllardaki dava yargılamaları ve çeşitli görüşlerin katkılarıyla değişime uğramıştır.

Yargısal yaklaşımdaki değişimin ilk önemli belirtileri 1969 tarihli *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner-I)* davası²³ ile birlikte kendini göstermeye başlamıştır (Sullivan ve Harrison 1998). Bu davada Yüksek Mahkeme, U. S. Steel firmasının kendi kredi yan kuruluşu tarafından verilen kredi kapsamının genişletilmesini²⁴, ana firmadan prefabrik evlerin alınması koşuluna bağlamasını Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi açısından ihlal olarak değerlendirmemiştir.

Mahkeme öncelikle davalı U. S. Steel firmasının bağlanan ürüne ilişkin satışlarının önemli bir miktarda olduğunu²⁵ ancak söz konusu firmanın bağlayıcı ürün pazarında ekonomik güce sahip olup olmadığını araştırılması gerektiğini belirtmiştir (Sullivan ve Harrison 1998). Mahkeme, ekonomik gücün her zaman geleneksel olarak anlaşılan hakim pazar gücü ya da tekel gücü şeklinde olmayacağını, sahip olunan gücün pazar ya da alıcıların ne kadarlık bir kısmına uygulandığına bağlı olarak yeterli ekonomik güçten söz edilebileceğini ifade etmiştir (Gellhorn ve Kovacic 1994).

Öte yandan, davada gücün, tüketicilerin bağlayıcı ürüne olan güçlü talebinden ya da ürünün nitelik olarak benzersiz olmasından ortaya çıkabileceğine dikkat çekilmiştir. Bu bakımdan, bağlama anlaşmalarının ihlal oluşturup oluşturmadıklarının belirlenmesinde ekonomik gücün bağımsız bir

²³ 394 U. S. 495 (1969).

²⁴ U. S. Steel tarafından finansman ihtiyacının tamamının karşılanacağını önerilmesi verilecek krediyi müşteriler açısından oldukça cazip kılmaktadır.

²⁵ Bu miktar yaklaşık olarak 190,000 ABD Doları tutarındadır.

unsur olarak ele alınması açısından önemli bir aşama kaydedilmiştir (Sullivan ve Harrison 1998, 264).

Konunun yaklaşık sekiz yıl sonra tekrar Mahkeme'nin önüne geldiği *Fortner II* davasında²⁶ ise; U. S. Steel firmasının kredi pazarındaki gücü ayrıntılı olarak tekrar ele alınmıştır. Söz konusu davada Mahkeme, bağlayıcı ürüne göre bağlanan ürünün satışının orantılı olmayan bir şekilde fazla olmasının ekonomik gücün başka bir pazarda kullanılmasının göstergesi olabileceğini, ancak dava konusu olaydaki ilişkinin doğru orantılı olduğunu belirtmiştir (Sullivan ve Harrison 1998, 264).

Ayrıca, Mahkeme ekonomik gücü çok çeşitli açılardan değerlendirerek U. S. Steel'in yeterli ekonomik güce sahip olduğuna ilişkin iddianın bulgularla desteklenmediği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla, pazar gücü analizi bağlama değerlendirmelerine vurgulu bir şekilde dahil edilmiştir.

2.4.2. Yakın Geçmişteki Önemli Davalar

2.4.2.1. Jefferson Parish Davası

Bağlama anlaşmalarına ilişkin değerlendirmelerde 1984 tarihli *Jefferson Parish Hospital v. Hyde* davasının²⁷ oldukça önemli bir yeri vardır. Bu davada; davalı Doğu Jefferson Hastanesi ile anestezi doktorlarına ait bir firma arasında hastanenin tüm anestezi hizmetlerinin bu firma tarafından karşılanmasına yönelik olarak imzalanan bir sözleşme ele alınmıştır.

Davanın en önemli yönlerinden birisi, Yüksek Mahkeme'nin dokuz üyesinden dördünün bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal kategorisinden çıkarılması gerektiğini ileri sürmesi olmuştur²⁸. Ancak Mahkeme'nin çoğunluğu bu görüşü kabul etmemiştir. Bu tespitten sonra Mahkeme, bağlama analizinin amacı açısından hastane ve anestezi hizmetlerinin iki ayrı ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve davalı hastanenin bağlayıcı ürün pazarında yeterli ekonomik gücünün olup olmadığı üzerinde odaklanmıştır (Sullivan ve Hovenkamp 1999).

Mahkeme hastane hizmetlerinin anestezi hizmetlerinden ayrılıp ayrılamayacağına ilişkin ilk olarak; hizmetlerin işlevsel açıdan birbirinden ayrılmaz olmaları durumunda bağlamanın yasaklanması suretiyle önlenmeye çalışılan bir zararın ve tüketicilerin bu uygulama olmasaydı almayacakları bir ürünü almaya zorlanmasının söz konusu olmayacağına dikkat çekmiştir. Davalı olan hastane ise "işlevsel olarak bütünleştirilmiş bir hizmet paketi" sunduğunu,

²⁶ *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U. S. 610 (1977).

²⁷ 466 U. S. 2 (1984).

²⁸ A. g. k. s. 32-47.

dolayısıyla tek bir üründen söz edilebileceğini ileri sürmüştür²⁹. Ancak Mahkeme, hastane ve anestezi hizmetlerinin hastalar tarafından ayrı ayrı talep edilebilmesi gerçeğinden hareketle bu hizmetlerin ayrı birer ürün oldukları sonucuna ulaşmıştır.

Pazar gücü konusu ile ilgili olarak ise; Mahkeme öncelikle *Fortner-II* davasındaki görüşüne paralel olarak pazar gücünün firmaların fiyatlarını rekabetçi seviyelerin üzerine çıkarmak için genellikle kullandıkları tipte bir güç olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davalının bu yeterlilikte bir güce sahip olup olmadığı ve bunu başka bir durumda alınmayacak olan bağlanan ürünün alımını zorlama amacıyla kullanıp kullanmadığı sorusuna verilecek yanıtın önemli olduğunu ifade etmiştir³⁰ (Sullivan ve Harrison 1998).

Bu konu *Jefferson Parish* davasını *Fortner-II* davasından önemli ölçüde ayırmaktadır. *Fortner-II* davasında ağırlıklı olarak pazar gücüne sahip olunması ile ilgilenilirken *Jefferson Parish* davasında ise bu gücün zorlayıcı amaçlar için kullanılıp kullanılmadığına bakılmıştır. Bununla ilgili olarak, hastaların kendilerinin bedel ödememesi, buna bağlı olarak ilgisiz oluşları ve hizmetin kalitesine ilişkin yeterli bilgilerinin olmayışı gibi tıbbi tedavi hizmetleri pazarındaki aksaklıkların hastanenin tüketicilerin kararlarını etkilemedeki gücünü artırdığını belirtilmiştir. Ancak; tüketicilerin ilgisizliği ya da aldırmağından kaynaklanan gücün, tüketicileri kararlarından vazgeçirmeye zorlamak için kullanılmasının oldukça güç olduğuna karar verilmiştir (Kwoka ve White 1999).

Buna karşın Mahkeme'nin bağlayıcı ürün pazarındaki hangi unsurların yeterli gücü oluşturduğu konusundaki görüşü çok açık değildir. Mahkeme, vermiş olduğu kararlar % 30 oranında pazar payına sahip olan Doğu Jefferson Hastanesi'nin bağlayıcı ürün pazarında yeterli ekonomik gücü oluşturmadığını dolaylı olarak belirtir gibidir (Gellhorn ve Kovacic 1994). Ancak bu durumda Mahkeme davalının yeterli ekonomik güce sahip olduğuna hükmettiği hemen hemen önceki tüm davalarda uygulanan standart ile tutarlı ya da uyumlu olmayan bir standart ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Mahkeme önceki davaları kaynak göstererek bu davaların yapılan analizle bağdaştığını da ileri sürmüştür (Sullivan ve Harrison 1998, 267).

Özetle, bu dava karara muhalif olan üyelerin ve özellikle Yargıç O'Connor'un bağlama anlaşmalarının etkilerinin ölçülmesinde *rule of reason* yaklaşımının esas alınarak *per se* yaklaşımın terk edilmesi yönündeki görüşleri ile bağlama konusunda ilgili modern ekonomik düşüncenin uygulanması

²⁹ A. g. k. s.18-19.

³⁰ A. g. k. s. 26.

yönünde bir girişimi yansıtması açısından kayda değer bir gelişmeyi temsil etmektedir.

2.4.2.2. Kodak Davası

Bağlama anlaşmalarında pazar gücü konusu 1992 tarihli *Eastman Kodak Co. v Image Technical Services Co.* davasında³¹ ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu davada; Kodak firmasının ürettiği fotokopi makineleri ve mikrografik ekipmanları için sunulan parçaların yalnızca kendi ürünlerini tamir eden ya da kendi servis hizmetini kullanan alıcılara satımı şeklindeki uygulaması ele alınmıştır. Bu uygulamaya ilişkin suçlama ise, Kodak firmasının söz konusu parçaları servis hizmetine bağlayarak bağımsız servis işletmelerine karşı pazarı kapatmaya yönelik hareket etmesidir (Blair ve Herndon 1999). Önemli bir nokta da, Kodak firmasının ekipmanlarında yalnızca kendi yedek parçalarının kullanılabilmesi nedeniyle alıcıların bir kez Kodak ekipmanı almaları durumunda satış sonrası pazar açısından “captive market” olarak adlandırılan tutsak pazarın içine düştükleri ileri sürülmüştür (Areeda ve Kaplow 1992).

Kodak, yapılan suçlamalara yanıt olarak orijinal ekipman piyasasında pazar gücüne sahip olmadığını, bu nedenle satış sonrası piyasada da böyle bir gücünün olamayacağını belirtmiştir. Bu argümanın gerekçesi olarak da parça satışının servis hizmeti koşuluna bağlanmasının orijinal ürünün fiyatının artırılması ile aynı sonuçları doğuracağını, dolayısıyla servis hizmetini kullanmak istemeyen alıcıların rakip ürünlere yöneleceklerini öne sürmüştür³². Ancak Yüksek Mahkeme Kodak’ın bu argümanını kabul etmemiştir.

Mahkeme ilk olarak bağlamanın orijinal ekipman fiyatlarındaki artışla aynı sonuçları doğursa dahi bunun Kodak’ın satış sonrası piyasada pazar gücüne sahip olmadığı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Diğer yandan, Mahkeme Kodak’ın ekipman satışlarında herhangi bir azalma olmaksızın servis hizmetinin fiyatını artırdığını dolayısıyla ileri sürülen argümanın uygulama ile tutarlı olmadığına dikkat çekmiştir³³.

Mahkeme’nin bu yaklaşımı karşısında Kodak, satmakta olduğu ekipmanın kullanım ömrü boyunca katlanılacak maliyetinin alıcılar tarafından değerlendirildiğini, bu nedenle ürünlerin paket olarak sunulmasında servis hizmeti bedelinin yüksek olmasının daha düşük orijinal ekipman fiyatlarıyla dengelendiğini ve toplam bedelin rekabetçi bir şekilde belirlenebildiğini belirtmiştir.

³¹ 504 U. S. 451 (1992).

³² A. g. k. s. 473-479.

³³ A. g. k. s. 472.

Mahkeme bu iddiaya pazar gücünün belirlenmesinde bilgi ve yeni ürüne geçiş maliyetlerinin önemine işaret ederek karşılık vermiştir. Mahkeme bilgi maliyetleri ile ilgili olarak, ürünlerin kullanım ömrü boyunca uygulanan fiyatlandırmaya³⁴ (*lifecycling pricing*) ilişkin bilgilerin elde edilmesi için alıcıların önemli bir maliyete katlanmaları gerektiğini ve bu maliyetin yeterince yüksek olması durumunda ise ürün paketinin fiyatlarının rekabetçi düzeyi aşacağını ifade etmiştir. Yeni ürüne geçiş maliyetleri (*switching costs*) ilgili olarak ise, alıcıların rakip bir ürüne yönelmelerinin maliyetinin bağlama nedeniyle katlanmak zorunda oldukları maliyet kadar yüksek olabildiğini söylemiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999).

Özetle; pazar koşulları ya da aksaklıklarının bağlamanın *per se* ihlal koşullarından biri olan bağlayıcı ürün pazarı alanında yeterli ekonomik gücün varlığını doğurabileceği sonucuna ulaşılarak söz konusu davada bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal kategorisi içinde değerlendirilmesi yaklaşımı korunmuştur.

2.4.2.3. Microsoft Davası

Bağlama anlaşmalarına ilişkin en güncel davalardan biri olan *United States v. Microsoft* davası³⁵, yargılama süreci henüz kesin bir kararla sonuçlanmasa da Federal Mahkeme'nin önemli değerlendirmelerini içermektedir³⁶. Bu davada Microsoft'a karşı ileri sürülen en önemli suçlamalardan biri Windows işletim sistemi ile internet tarayıcısı Internet Explorer'ı birbirine bağlama uygulamasıdır.

Mahkeme, *Jefferson Parish* ve *Kodak* davalarına atıfta bulunarak Microsoft'un bağlama anlaşması yaptığını ve söz konusu anlaşmanın Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi kapsamında ihlal oluşturduğunu belirtmiştir. Ancak Microsoft, anlaşmanın ihlal sayılması için gerekli koşullardan biri olan iki ayrı ürünün varlığının söz konusu olmadığını, işletim sistemi ile tarayıcının bütünleştirilmiş tek bir ürün olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ürünlere ilişkin talebi, tüketici tercihlerini ve Microsoft ile diğer yazılım firmalarının davranışları açısından inceleyerek söz konusu iddiayı reddetmiş ve elde edilen bulguların iki ayrı ürünün varlığını gösterdiğini belirtmiştir³⁷.

Mahkeme'nin bağlama anlaşmalarına ilişkin ortaya koymuş olduğu yaklaşım genel olarak *Jefferson Parish* ve *Kodak* davalarına paralel bir şekilde söz konusu anlaşmaların *per se* ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde

³⁴ Ürünlerin kullanım süresi boyunca katlanılan onarım maliyetleri, bozulma sıklığı ve bozulma süresince uğranılan kayıp ya da zararları kapsayan bedeller kastedilmektedir.

³⁵ *United States v. Microsoft*, Civil Case No: 98-1232 (1998).

³⁶ *Final Judgement*, Civil Action No. 98-1232, 1233.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demiröz ve Senyücel 2000, s. 58-62.

olmuştur. Ancak Mahkeme'nin konuya ilişkin kararının Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) tarafından reddedilmesi ve davanın yeniden görülmesine karar verilmesi³⁸ ile yeni bir hukuki süreç başlamıştır. Kararın bozulmasında Mahkeme'nin en önemli gerekçelerinden biri bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olarak değerlendirmesi yaklaşımının bu dava için uygun olmadığı ve yüksek teknoloji içeren *software* ürünlerle ilgili olarak ihlalin tespitinde *rule of reason* analizinin kullanılmasının uygun olacağı sonucuna ulaşılması olmuştur. Çok yakın zamanda Adalet Bakanlığı'nın bağlama iddialarından vazgeçeceğini açıklaması³⁹ ise yargısal yaklaşımdaki dönüşümü göstermesi açısından oldukça önemlidir. Diğer yandan, hukuki sürecin henüz tamamlanmamış olması nedeniyle *Microsoft* davasının bağlama anlaşmalarıyla ilgili yargısal yaklaşımın son durumunu yansıtan bir dava olarak ele alınmasının erken olacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak; yukarıda sunulan yakın zamandaki davalar (*Microsoft* davası dışında) incelendiğinde; bir bağlama anlaşmasıyla ilgili olarak iki ayrı ürünün olduğu, bu ürünlerden birinin satımının diğerinin alımı koşuluna bağlandığı, satıcının bağlanan ürün pazarındaki rekabeti sınırlamak için bağlayıcı ürün pazarında yeterli ekonomik güce sahip olduğu ve federe devletler arası ticaret hacminin önemli bir miktarda etkilendiği kanıtlanabiliyorsa, bu koşulları taşıyan bir anlaşmanın Yüksek Mahkeme tarafından *per se* ihlal olarak değerlendirildiği görülmektedir. Geçerliliğini günümüzde de koruyan bu yaklaşım, aslında bağlama anlaşmalarının yatay anlaşmalarla aynı derecede bir *per se* ihlal oluşturmadığını ve ihlalin tespitinde yukarıdaki koşulların ayrıntılı olarak incelenmesi gerekeceğinden üstü örtülü kısmi bir *rule of reason* analizinin kabul edildiğini yansıtmaktadır.

2.5. BAĞLAMA İHLALİNİN UNSURLARI

Bağlama anlaşmaları mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulan belli unsurları taşımaları halinde Sherman Yasası'nın 1'inci ve Clayton Yasası'nın 3'üncü maddesi uyarınca *per se* ihlal olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu türden bir ihlalin unsurlarının her iki yasa bakımından farklı olup olmadığı açık değildir.

Yüksek Mahkeme *Times-Picayune* davasında⁴⁰, *per se* ihlalin oluşmasında yeterli ekonomik güç ve ticaret hacminin önemli bir miktarının etkilenmesi unsurlarından birinin gösterilmesinin Clayton Yasası'na göre yeterli olduğunu belirterek, söz konusu yasa ile Sherman Yasası arasında ihlalin

³⁸ U. S. Court of Appeals, 28.06.2001, No: 00-5212

³⁹ Konuyla ilgili açıklama için bkz.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8981.htm

⁴⁰ 345 U. S. 594 (1953).

unsurları açısından farklılık olduğunu belirtmiştir. Buna karşın, bazı davalarda alınan kararlar⁴¹ iki yasa arasında herhangi bir ayırım gözetmezken, bazıları⁴² *Times-Picayune* davasındaki yaklaşımı esas almışlardır (ABA 1982, 14).

Diğer yandan, *per se* ihlalin gerekli unsurları davacı tarafından kanıtlanamayan bir bağlama anlaşmasının, anlaşmanın doğasına ve karakterine bağlı olarak ya da tarafların ticareti sınırlama ve fiyatları yükseltme niyetinde olduklarına ilişkin çıkarılabilecek sonuçlara dayanılarak *rule of reason* analizine tabi tutulmak suretiyle yasaklanabilme imkanı bulunmaktadır⁴³.

Bunun için ise, davacının esaslı bir amaç ve etki araştırması ile ihlali kanıtlaması gerekmektedir⁴⁴. Bu ispat yükü, bağlama anlaşmasının hem bağlayıcı hem de bağlanan ürün pazarlarındaki rekabetin fiili olarak nasıl etkilendiğinin araştırılmasını içermektedir (Young 1990, 1360).

Yüksek Mahkeme'nin kararları doğrultusunda şekillenen bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal unsurları başlıca iki ayrı ürünün varlığı, ürünlerin bağlanması, yeterli ekonomik güç, federe devletler arası ticaret başlıkları altında incelenebilir.

2.5.1. İki Ayrı Ürünün Varlığı

Bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal sayılması için gerekli koşullardan ilki iki ayrı ürünün varlığının söz konusu olmasıdır. İlk bakışta ayrı olarak görünen ürünler birleştirilmiş tek bir ürün olabilirken bunun tam tersi de mümkündür. Bu konuda mahkemelerce çok çeşitli standartlar uygulanmıştır. Satıcının ürünlerini ayrı olarak da sunabilme olasılığı, pazardaki diğer firmaların uygulamaları, ürünlerin ayrı olarak fiyatlandırılması, bağlanan ürünün bir bütünün ayrılmaz bir parçası oluşu, ürünün parçalarının bir arada satımının birleştirilmiş ürünün kalitesini ve etkinliğini artırması bu standartlar arasında sayılabilir (ABA 1982).

Örneğin paket satışı olarak adlandırılabilir tek bir ürün gibi görünen ancak iki ürünün birleştirilerek paket halinde tek bir fiyattan satılması şeklindeki bir uygulamanın daha farklı nedenleri olabilmektedir. Ayrıca bu tür satışların bağlama anlaşması olarak kabul edilebilmesi için en önemli unsurlardan birisi

⁴¹ Örnek olarak bkz. *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U. S. 495, 521 (1969).

⁴² Örnek olarak bkz. *Sergeant-Welch Scientific Co. v. Venton Corp.*, 567 F.2d 701 (7th Cir. 1977), *cert. denied*, 439 U. S. 822 (1978).

⁴³ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U. S. 679, 690 (1978).

⁴⁴ *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U. S. 495, 29 (1969); *Jefferson Parish Hospital v. Hyde* 466 U. S. 2, 29 (1984).

iki ayrı ürünün söz konusu olduğunun kanıtlanmasıdır. Bu konu, Microsoft davasının en can alıcı noktalarından biri olarak güncelliğini korumaktadır.

Mahkemeler tarafından bu standartlar ürün ve pazara özgü koşullara göre uygulanarak iki ayrı ürünün ya da tek bir ürünün varlığına karar verilmektedir. Yüksek Mahkemece ürünlerin işlevsel olarak nasıl ilintili ya da bağlantılı olmasından çok genellikle alıcıların ürüne ilişkin talebinin karakterine bakıldığı söylenilebilir. Nitekim, *Jefferson Parish* ve *Times-Picayune* kararlarındaki pazarın belirlenmesine ilişkin yapılan değerlendirmeler de bunu göstermektedir.

2.5.2. Ürünlerin Bağlanması

Bağlama anlaşmasından söz edilebilmesi için doğal olarak ayrı ürünlerin bağlı satışının kanıtlanması gereklidir. Aslında burada kanıtlanması gereken ürünlerin paket olarak satışından çok alıcının istenmeyen bir ürünü almaya zorlanıp zorlanmadığıdır. Bu konu *Jefferson Parish* kararı ile açıklığa kavuşmuştur. Bu kararda, bir bağlama anlaşmasının ihlal sayılabilmesi için bağlanan ürünün alımının zorlanması durumunun ve satıcının istenmeyen ürünün alınmasını zorlamada ekonomik güce sahip olduğunun kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan iki ürünün gönüllü olarak birlikte alınması ihlal olarak kabul edilmemektedir⁴⁵.

2.5.3. Yeterli Ekonomik Güç

Bağlama anlaşmalarının yasaklanmasının başlıca nedenlerinden biri satıcının bir ürüne ilişkin ekonomik gücünü⁴⁶ diğer ürüne aktarma girişimidir. *Fortner-II* kararında⁴⁷ ekonomik gücün, genel olarak satıcının bir başka ürünün de alınmasını şart koşarak fiyatları yükseltme ve kazancını artırma yeteneğini yansıttığı, ancak bu tip bir gücün tekel gücü olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir.

Bu bakımdan satıcının bağlayıcı ürüne ilişkin gücünün, alıcıyı istenmeyen bir alımda bulunmasına zorlama yoluyla bağlanan ürün pazarında bir sınırlama yaratabilmesine yetecek bir güç olması gerekmektedir. Bağlanan ürünün talep edilmemesi çok yüksek bir fiyatla sunulmasından ya da alıcının ilk tercihi olmayan bir markanın seçilmesi gibi nedenlerden kaynaklanabilir (Banks 2000, 7-33).

⁴⁵ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U. S. 1 (1958).

⁴⁶ Ekonomik güç konusu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Su, 2001.

⁴⁷ 429 U. S. 610, 866 (1977).

Mahkemelerde görülen birçok davada bağlama ihlalinin gösterilmesinde hangi seviyedeki bir pazar gücünün yeterli olacağı uzun uzadıya tartışılmıştır⁴⁸. Bazı davalarda bağlayıcı ürüne ilişkin bir patent hakkının bulunması, ürünün başka herhangi bir satıcı tarafından sağlanamaması sonucunu doğurduğundan ekonomik gücün göstergesi sayılmıştır. Buna ek olarak, eğer alıcı patentli ürünü alabilmek için istenmeyen bir ürünü almaya zorlanıyorsa, patent hakkından kaynaklanan ekonomik gücün uygun olmayan bir şekilde kullanıldığı kabul edilmektedir⁴⁹. Ayrıca bazı mahkemeler ekonomik gücün göstergesi olarak bağlayıcı ürüne ilişkin alıcının güçlü talebini ya da söz konusu ürünün benzersiz oluşunu dikkate almışlardır⁵⁰. Bazı kararlarda ise belli bir ticari markanın rakiplerin ulaşamayacağı derecede benzersiz bir ekonomik avantaj sağlaması halinde yeterli ekonomik güçten söz edilebileceği belirtilmiştir⁵¹.

2.5.4. Federe Devletler Arası Ticaret

Bağlama anlaşmalarının ihlal oluşturabilmesi için federe devletler arası ticaret hacminin önemli bir miktarının etkilenmesi gerekmektedir. Bunun belirlenmesinde ise ABD Doları bazındaki ticaret hacmi dikkate alınmaktadır. *Northern Pacific* ve *Times-Picayune* kararlarında, bağlanan ürün alanındaki ticaret hacminin önemli bir miktarda kısıtlanmasının yeterli sayılacağı öngörülmüştür.

Bazı kararlarda ise, gerekli olan bu koşulun kanıtlanamaması durumunun davanın reddedilmesine yol açacağı, yalnızca önceki satışların dikkate alınması yerine gelecekte rakiplere pazarın kapatılacağına ilişkin kanıtların ortaya konulması ile davanın reddedilmesinin önüne geçilebileceği belirtilmiştir (Banks 2000 7-56).

Rakiplerin pazardan dışlanmalarının gerekliliğine dikkat çekilen *Fortner-I* kararında⁵² ise gerekli koşulun yalnızca bir *de minimis*⁵³ kuralından ibaret olmayıp pazardan dışlanma etkisinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. *Jefferson Parish* kararında⁵⁴ da bağlama anlaşmasının yasaklanmasında pazarın önemli bir kısmının rekabete ya da rakiplere

⁴⁸ Bu konuyla ilgili örnek kararların listesi için bkz. Ek:1

⁴⁹ *International Salt Co. v. United States*, 332 U. S. 392 (1947).

⁵⁰ Örnek olarak bkz. *United States v. Loew's Inc.*, 371 U. S. 38 (1962).

⁵¹ Örnek olarak bkz. *Fortner II*, 429 U. S. 610 (1977).

⁵² 394 U. S. 495 (1969).

⁵³ Rekabete hissedilir derecede etkisi olmayan sınırlamaların yasaklanmasına gerek olmadığına dayanan doktriner bir kural.

⁵⁴ 466 U. S. 2 (1984).

kapatılmasının (*foreclosure*) önemli olduğu vurgulanmıştır. Kısacası, konuyla ilgili standart bir uygulamanın olduğunu söylemek güçtür⁵⁵.

2.5.5. Diğer Unsurlar

Bazı alt mahkemeler kararlarında bağlama anlaşmalarının bağlanan ürün pazarında rekabetçi olmayan etkiler doğurmadıkça bağlama ihlali oluşturmayacaklarını öngörmüşlerdir⁵⁶. Bazı mahkemeler ise satıcının bağlanan ürün pazarında kar amaçlı olarak faaliyet göstermemesi ya da ekonomik çıkarının olmaması durumunda herhangi bir ihlalden söz edilemeyeceğini karara bağlamışlardır⁵⁷(Young 1990).

Sonuç olarak, bağlama anlaşmalarının diğer koşulları ya da unsurlarının *per se* ihlal olarak değerlendirilmesi konusunda mahkemeler arası tam bir görüş birliğinin olmamasına karşın Yüksek Mahkeme tarafından aranılan ilk dört koşulun *per se* ihlalin tespitinde belirleyici olduğu söylenebilir.

2.6. BAĞLAMININ GEREKÇE ve OLUMLU ETKİLERİ

Bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olmaları durumunda bu anlaşmalara ilişkin herhangi bir haklı gerekçe ileri sürülemeyeceği kural olarak korunsu da görülen davalarda ileri sürülen haklı gerekçeler zaman zaman mahkemelerce kabul görmektedir. Öte yandan *per se* ihlalin unsurlarını taşımayan bir bağlama anlaşmasının *rule of reason* analizine tabi tutulabileceği dikkate alınır, bağlamaya ilişkin tüm ekonomik gerekçeler savunma olarak ileri sürülebilecektir. Bu noktada, bağlama anlaşmalarının kullanım amaçları ve bu amaçlarla bir kısmı örtüşen haklılık gerekçelerinden (ilk dört başlıkta toplananlar) başlıcalarının birlikte sunulması yararlı olacaktır.

2.6.1. Ticari İtibarın Korunması

Bağlama anlaşmaları satışı yapılan ürünlerin kalite standardını belli bir düzeyde tutmak ve ticari itibarın korunması gerekçesiyle kullanılabilirler. Örneğin, yeni tipte bir fotokopi makinesinin üreticisi alıcılardan makinenin çalışmasında gerekli olan ve yeni bir formül içeren mürekkebin de alınmasını şart koşması durumunda kalitenin korunması amaçlanmış olabilir. Ayrıca uygun bir mürekkep kullanılmaması halinde ortaya çıkacak arızalardan üreticinin ticari itibarının ya da markasının zarar göreceği düşünülerek bu tür bir bağlama anlaşması ile bu durumun önüne geçilmesi de amaçlanabilmektedir.

⁵⁵ Bu konuyla ilgili örnek kararların listesi için bkz. Ek: 2

⁵⁶ Örnek olarak bkz. *Yentsh v. Texaco, Inc.*, 630 F. 2d 46 (2d Cir. 1980).

⁵⁷ Örnek olarak bkz. *Keener v. Sizzler Family Steak Houses*, 597 F. 2d. 453 (5th Cir. 1979).

Bazı mahkemeler ticari itibarın korunması gerekçesiyle yapılan savunmaları, dava konusu bağlama anlaşmasının en az sınırlayıcı bir alternatif olması durumunda kabul etmektedirler⁵⁸. Bu kural *IBM* davasında⁵⁹ da esas alınarak *IBM*'in makinelerinin alımını kart-delgi sisteminde kullanılan kartların da alımına bağlamasında kartların makinelerin zarar görmemesi için gerekli olduğu gerekçesiyle yaptığı savunma Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, ticari itibarın tekel yaratılmasına yol açmayan ya da ihlal olmayan yöntemlerle korunmasının mümkün olduğu kanaatine vararak yapılan savunmayı haklı bir gerekçe olarak kabul etmemiştir. Posner (1977, 12)'e göre satıcının rekabet sınırlamasını markalar arası rekabeti artırmaya yönelik kullanması durumundaki en az sınırlayıcı bir alternatif olması kuralı Yüksek Mahkeme nezdindeki itibarını yitirmeye başlamıştır.

2.6.2. Kullanım Ölçümü

Bağlama anlaşmaları, satılan ürüne ilişkin bazı girdilerin kullanımının ölçülmesi amacıyla kullanılabilir. Bu durum, özellikle lisanslı ürünlerin kullanım sıklığına bağlı olarak lisans alandan talep edilen *royalty*⁶⁰ benzeri ücretlerin hesaplanması gereğinden kaynaklanmaktadır. Kullanım ölçümü bir bakıma lisans alanın aldatıcı davranışlarının önüne geçilmesinin bir aracı olarak görülmektedir. İşte bu nedenle, satıcı ya da sağlayıcı kullanım ölçümü amacıyla alıcıdan bazı girdilerin ya da tüketim malzemelerinin yalnızca belirli bir kaynaktan almasını isteyebilmektedir.

Kullanım ölçümü, yüksek maliyeti nedeniyle bedeli oldukça pahalı olan patentli bir ürünün düşük bir maliyetle satılarak bu ürüne ilişkin malzemelerin ileriye dönük satışlarından kar edilmesinin amaçlandığı uygulamalarda da yararlı olabilmektedir. Bu tip uygulamaların etkisi yüksek hacimli kullanıcıların az kullananlara göre daha fazla bedel ödemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır (Posner 1974, 510). Kullanım ölçümü amacının haklı bir gerekçe olabileceğine *Siegel* kararında⁶¹ değinilmiştir.

2.6.3. Etkinlik

Bağlama anlaşmaları birçok durumda ürünlerin birlikte satımından kaynaklanan bir etkinlik sağlamak amacıyla kullanılabilirler. Örneğin bir arabanın motor, akü, lastik gibi parçalarıyla birlikte satılması durumunda olduğu

⁵⁸ Örnek olarak bkz. *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F. 2d 43 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U. S. 955 (1972).

⁵⁹ *International Business Machines Corp. v United States*, 298 U. S. 131 (1936).

⁶⁰ *Royalty* yıllık brüt cironun belli bir oranı ya da maktu olarak yapılan sürekli ve dönemsel bir ödemedir.

⁶¹ 448 F. 2d 43 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U. S. 955 (1972).

gibi müşterilerin ürün paketinin bütününe ilgi göstermelerinin bir sonucu olarak, teşebbüslerin ürünleri birbirine bağlama uygulamasıyla üretim maliyetleri düşürülebilmektedir (Viscusi, Vernon ve Harrington 1995, 255). Bu örnek teorik bir varsayımın bir bağlama uygulaması olarak sunulmuş olmasına karşın ürünün yapısındaki tüm parçaların işlevsel gerekliliği ve bütünlüğü, bu tip uygulamaları bağlama anlaşmalarının dışında tutmaktadır (Turner 1958).

Diğer yandan birçok ürünün birlikte üretiminin belirli bir plan ve program dahilinde yapılmasının beraberinde getirdiği maliyet avantajları, teşebbüsleri ayrı parçalar yerine bu parçaların monte edilmesi ile oluşturulan tek bir ürünün üretilmesine yönlendirmektedir. Ayrıca, üretim ve dağıtım gibi ekonomik faaliyetlerde ölçek ekonomilerine ulaşılması, teşebbüslerin üretimde etkinliği sağlayarak karlarını yükseltmelerine imkan tanımaktadır (Bowman 1957, 29). Hatta, Bowman (1957)'a göre; iki ürünün birleştirilerek üretilmesinin ve satılmasının maliyeti ayrı olarak üretilmeleri ve satılmasındaki maliyetlerden düşük ise, bağlama anlaşmasının varlığından söz edilemeyecektir.

Etkinlik gerekçesi *Times-Picayune* davasında⁶² ileri sürülmüştür. Yüksek Mahkeme bu davadaki kararında bir gazetenin yayımcısı olan davalının reklamlarının hem sabah hem de akşam baskılarında verilmesi koşuluyla reklam almasının önemli bir maliyet tasarrufu sağladığını belirterek ileri sürülen gerekçeyi haklı bulmuştur.

2.6.4. Gizli Fiyat İndirimleri

Bağlama anlaşmaları teşebbüslerin gizli fiyat indiriminde bulunmalarının bir aracı olarak kullanılabilirler. Başka bir deyişle, herhangi bir teşebbüs bir pazardaki oligopolcü bir fiyat yapısını bozmak amacıyla fiyatını değiştirmede alternatif bir yol olarak bağlama anlaşmalarında bulunabilir (Burstein 1960, 67). Örneğin mevcut bir oligopolün üyelerinden biri rakiplerinden gizli olarak herhangi bir ürüne ilişkin fiyat indiriminde bulunmak istediğinde, bunu oligopol fiyatından sattığı söz konusu ürünün satışını oldukça düşük bir fiyattan başka bir ürünün alınmasına bağlayarak gerçekleştirebilir.

2.6.5. Fiyat Kontrollerinden Kurtulma

Bağlama anlaşmaları bazı ürünlere ilişkin devlet ya da düzenleyici kurumlarca uygulanan fiyat kontrollerine uymama gerekçesiyle kullanılabilirler. Özellikle teşebbüslerin karlarını maksimize edecek fiyatları uygulamalarına engel oluşturan tavan fiyat belirlemeleri anılan fiyat kontrollerinin en yaygın örneklerindedir.

⁶² 345 U. S. 594 (1953).

Bu durumda, teşebbüsler, alıcılara fiyatı kontrol edilmeyen ikinci bir ürünün de alınmasını zorlayarak tavan fiyat uygulaması nedeniyle eksik elde edilen karın bağlanan ürün üzerinden kazanılması yoluna gidebilirler. Örneğin, yasal bir düzenlemeyle bir gecelik otel fiyatının 100 milyon TL'yi geçemeyeceğinin öngörülmesi durumunda, coğrafi konumu açısından pazar gücüne sahip olduğunu düşünen bir otel işletmesi söz konusu düzenlemeye uymamak için oda fiyatına kahvaltıyı da ekleyerek 100 milyon TL'den daha fazla bir fiyat isteme yoluna gidebilir (Sullivan ve Harrison 1998, 258).

2.7. BAĞLAMIN OLUMSUZ ETKİLERİ ve YARGISAL KARARLARA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz ekonomik etkileri, ABD'de uzun yıllar boyunca araştırma ve inceleme konusu olmuş ve bu süreç içerisinde de bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında başat bir rol oynamışlardır. Diğer yandan, bağlama anlaşmaları meydana getirdikleri olumsuz etkiler nedeniyle mahkemelerce çok katı yaptırımlara tabi tutulmuş ve bu tutum birçok eleştiriye hedef olmuştur.

2.7.1. Ekonomik Gücün Genişletilmesi

Tekel gücüne sahip olan bir firmanın bağlama anlaşmaları ile bu gücünü başka bir pazarda tekel gücüne sahip olmaya yönelik olarak kullanabileceği uzun yıllardır tartışılan bir konudur. Bağlama ile ilgili kaygıların temelinde de böyle bir kullanım olasılığı yatmaktadır (Sullivan ve Harrison 1998, 256).

Bu konuyla ilgili en eski teorilerden biri "kaldıraç teorisi (*leverage theory*)"dir. Bu teoriye göre bağlama, bir pazarda tekel gücünü elinde bulunduran bir firmanın bu gücünü diğer bir pazara genişletmesi ve o pazardaki satışları rekabete kapatmasını sağlayan bir mekanizmadır. Mahkemelerce bağlama anlaşmalarının ciddi bir rekabet ihlali olarak ele alınması, kaldıraç teorisinin geçerliliğine duyulan güveni yansıtmaktadır (Whinston 1990, 837).

Teori, birçok yazarın Chicago Okulu yaklaşımının izlerini taşıyan şiddetli eleştirilerine hedef olmuştur⁶³. Bu eleştirilerin ortak noktası tekellerin bir firmanın yalnızca bağlayıcı ürüne ilişkin bir tekel karı elde edebileceği, bu nedenle de bağlama anlaşmalarının firmalar açısından rasyonel bir hareket olmadığıdır. Bir başka deyişle, satıcının tekel gücünü bir pazardan diğerine genişletmesi mümkün değildir. Çünkü, satıcı tek bir tekel konumundan iki tekel karı elde edemez. Bu nedenle, kaldıraç teorisi bu durumu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda Posner (1976, 173)'in değerlendirmesi şu şekildedir:

⁶³ Chicago Okulu'nun görüşleri için bkz. Bowman, 1957; Posner, 1976; Bork, 1978.

Kaldıraç teorisinin en zayıf yönü, bir ürüne ilişkin tekel durumunda olan bir firmanın neden tamamlayıcı ürünlerde tekelleşmek isteyeceğini açıklamadaki yetersizliğidir....Bağlanan ürünün fiyatı alıcının serbest piyasa koşullarında ödemesi gereken fiyattan yüksekse bu farklılık nihai ürünün fiyatının kendisi açısından yükselmesine yol açacak ve söz konusu üründen daha az talep edecek, dolayısıyla bağlayıcı üründen daha az alacaktır.

Bu durumun bir örnekle açıklanması daha yararlı olacaktır. Bilgisayar ve yazıcı üreten bir firmanın bilgisayar pazarında hakim durumda olduğu varsayılırsa; firmanın bilgisayar için maksimum karı sağlayan birim fiyatı 500 milyon TL olarak belirlediğini varsayalım. Yazıcıların ise rekabet koşullarına bağlı olarak pazarda birim fiyat olarak 100 milyon TL'den satıldığını düşünelim. Firma eğer her iki ürünü birleştirerek paket olarak satacak olursa toplam fiyat 600 milyon TL olacaktır. Yazıcının 100 milyon TL'den alınmasının mümkün olduğu bir durumda firmanın her iki ürün için toplam olarak 600 milyon TL'den daha fazla bir fiyat belirlemesi, her yazıcı için 100 milyon TL'den daha fazla fiyat talep etmesi anlamına gelmektedir (Bowman 1957, 21-23). Bu durumda alıcılar ürünü başka kaynaklardan almaya yönelecek ve firma karını maksimize edemeyecektir.

Bu nedenle Chicago Okulu taraftarları ve aynı görüşü paylaşan daha sonraki yazarlar, bağlama uygulamasında bulunan tekelci bir firmanın elinde bulundurduğu pazar gücünü -kaldıraç etkisiyle- başka bir pazara genişletmesinin mümkün olmadığını vurgulayarak konuyla ilgili farklı açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu açıklamalar bağlamanın fiyat ayrımcılığı, ortak satış ekonomileri, risk paylaşımı gibi konular açısından ele alınması nedeniyle çeşitlilik arz etmektedir.

Bağlama anlaşmalarına ilişkin değerlendirmelerde bağlamanın ortaya çıkışındaki gerekçeler açısından fiyat ayrımcılığı üzerinde özel olarak odaklanılması, istemeden de olsa hemen hemen aynı görüşün desteklenmesi sonucunu doğurmuştur⁶⁴. Nitekim Posner (1976), bağlamanın açıklanmasında kaldıraç teorisinin yerini fiyat ayrımcılığının almasının yaklaşık yirmi yıldır ekonomik literatürün bir parçası haline geldiğine dikkat çekmiştir. Bork (1978) ise; bağlama anlaşmalarına ilişkin teorisinin, güç teorisinin itibarını yitiren örneklerinden yalnızca biri olduğu ve belki de yasal ve ekonomik literatürde söz konusu teorisinin başka hiçbir çeşidinin esaslı bir şekilde tekrar tekrar yıkılmasına gerek kalmadığını vurgulamıştır. Bu görüşlerin hukuk ve ekonomi çevrelerinde oldukça önemli etki ve yansımaları olmuştur⁶⁵.

⁶⁴ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Burstein, 1960; Blair ve Kaserman, 1978.

⁶⁵ Örneğin, Adalet Bakanlığı'nın 1985 tarihli Dikey Sınırlamalar Rehberi'nde "Bağlama anlaşmaları çoğu zaman rekabet lehine ya da rekabetçi bir şekilde nötr amaçlara hizmet edebilir....(Bu anlaşmalar) genel olarak önemli rekabetçi olmayan bir potansiyele sahip değildir" denilmektedir. Bu rehber 1993 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu görüşleri eleştirenlerin başında gelen yazarlardan Whinston (1990, 838); var olan literatürün gerçekte kaldıraç teorisinin özündeki ana kaygıya değinmediğini ileri sürmüştür. Şöyle ki; tekelci bir firmanın, bağlanan ürünün rakipleri için karlı olmaması yönünde ürün pazarının yapısını etkilemesi durumunda bağlama etkili ve karlı bir yöntem olabilecektir. Bu durumun gözden kaçması bağlanan ürün pazarının rekabetçi ve sabit bir yapıda olduğu varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayım doğrultusunda kuşkusuz bağlanan ürün pazarının yapısının fiilen etkilenmesi olası gözükmemektedir. Bu bakımdan, kaldıraç teorisine yönelik eleştirilerin bağlanan ürünün rakiplerinin uyguladığı fiyatları veri alarak, bir firmanın bağlama yoluyla müşterilerinden yüksek kar elde etmesi düşüncesine dayanan kaldıraç teorisinin talep yönüne yoğunlaşarak bağlamanın pazar yapısı üzerindeki etkilerini göz ardı ettiği söylenebilir.

Whinston'ın görüşlerini büyük ölçüde paylaşan Carlton ve Waldman (1998, 5) ise, bağlama anlaşmalarının yeni teknolojilerin yoğun olduğu gelişmekte olan endüstrilerde stratejik bir amaçla kullanılabileceğini belirtmişlerdir.

Klasik kaldıraç teorisinin birçok durumda geçersiz olduğu genel kabul görmekle birlikte bazı durumlar açısından geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Nitekim Howenkamp (1999), kaldıraç teorisinin satıcının bağlama anlaşması ile tekel karını artırmasını açıklamada yetersiz kaldığını ancak satıcının bağlanan ürünlerin oranlarını belirlediği durumlarda teorisinin bazı ürünlere ilişkin bağlama anlaşmalarını açıklamada başarılı olabileceğini belirtmiştir.

Ekonomik gücün bir başka pazara genişletilmesi konusu *Times-Picayune* davasında⁶⁶ ele alınarak bağlama anlaşmalarının aykırılığının esas unsurunun satıcının bir pazardaki hakim durumunu bir başka pazara genişleterek kötüye kullanması olduğu belirtilmiştir. Bu görüş mahkemelerin bağlama anlaşmalarına bakışında belirleyici olmuştur.

2.7.2. Pazarın Kapatılması ve Giriş Engelleri

Bağlama anlaşmaları bağlanan ürünün alıcılarına satış yapan firmaların pazardan dışlanmasına başka bir deyişle pazarın rakiplere kapatılmasına yol açabilirler. Pazarın kapatılması (*foreclosure*) alıcıların alternatif ürün tercihlerinin kısıtlanmasının doğal bir sonucudur. Diğer yandan bağlama anlaşmaları bağlayıcı ürün alanında da pazarın kapatılması etkisi yaratabilirler (Slawson 1980, 676).

⁶⁶ 345 U. S. 594 (1953).

Bağlama anlaşmalarının pazarı kapatma etkisi yaratması bağlayıcı ya da bağlanan ürün pazarlarında giriş engelleri⁶⁷ oluşturmaları ile de yakından ilgilidir (Hovenkamp 1999, 418). Ancak, bu etki hem pazarda halihazırda faaliyet gösteren hem de pazara giriş potansiyeli olan firmalar için geçerli olması bakımından giriş engeli oluşturulması durumundan ayrılmaktadır.

Belirli bir ürünün üretim ve satışında pazar gücüne sahip olan firma pazara giriş engellerini yükselterek bu gücünü artırmayı amaçlayabilir. Firma bunu gerçekleştirmek için öncelikle birinci ürünün kullanımını açısından oldukça önemli olan ikinci bir ürün seçer. İşte bu aşamada firma bu ürünün satışını ilk ürüne bağlayarak pazarda yer alan ikinci ürünün bağımsız üreticilerini kolaylıkla dışlayabilir. Bunun sonucunda ilk ürüne ilişkin pazara girmek isteyen bir firmanın aynı zamanda ikinci ürün pazarına da girmesi gerekeceğinden bağlayıcı ürüne ilişkin önemli bir giriş engeli oluşturulmuş olur. Bu durum özellikle alıcıların ürünleri tek bir alıcıdan almaya devam etmek istemelerinden kaynaklanabilmektedir.

Diğer yandan, bağlama yoluyla tekeli bir firmanın bağlanan ürün pazarındaki rakibinin satışlarını düşürmesi ve sürdürülen işlemi makul gösterecek ölçüde karını belli bir düzeyin altına indirmesi ile ortaya çıkan dışlayıcı etkiler, ilgili pazarın rekabete ya da rakiplere kapatılmasını da beraberinde getirebilecektir (Whinston 1990, 839). Bu da bağlanan ürünlere ilişkin diğer firmalar üzerinde olumsuz bir etki yaratacaktır.

Konuya ışık tutması açısından somut bir örnek verilecek olursa; bilgisayarda tekel olan firma tarafından her bilgisayarın satışında yazıcı da satılması durumunda, yalnızca yazıcı üreten bir firma bu pazarda oldukça sınırlı bir yer edinebilecektir. Bu nedenle de halihazırda yazıcı pazarında faaliyet gösteren firmaların ayakta kalması ve pazara yeni üreticilerin girişi oldukça zorlaşmaktadır.

Bu görüşe karşı olarak ise yeni bir firmanın bağlanan ürünü aynı kalitede daha düşük bir fiyatla üretmesi durumunda bağlama anlaşması yapan firmanın bağlanan ürünü yeni üreticiden alarak ürünlerini paket olarak satmaması için mantıklı bir neden olmadığı, giriş engelini aşmanın en iyi yolunun etkinlik olduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda daha düşük fiyatla üretip satamayan firmalara pazarın kapatılmasının doğal olduğu da belirtilmiştir. (Blair ve Kaserman 1985, 403). Ayrıca, tekelinin daha düşük fiyatla bağlanan ürünü almasının ürün paketine ilişkin üretim maliyetinin azalmasını ve kar maksimizasyonunu sağlayan fiyatın düşüşünü beraberinde getireceği, bu nedenle de tüketicilerin bundan yarar sağlayacağı öne sürülmüştür. (Blair ve Kaserman

⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. Gellhorn ve Kovacic 1994, 118-119.

1985). Pazarın kapatılması etkisine karşı ileri sürülen bu görüşün bilgi ve kaynak akışını ideal durumda varsayması, pratikte geçerliliğini kuşkulu kılmaktadır.

Konuya ilişkin yargısal uygulamalara da bakılacak olursa; *Fortner-I* kararında⁶⁸ pazarın kapatılmasının ihlal için gerekli olduğuna dikkat çekilmiş, *Jefferson Parish* kararında⁶⁹ ise bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında pazarın önemli bir kısmının rekabete ya da rakiplere kapatılmasının önemli olduğu vurgulanmıştır.

2.7.3. Fiyat Ayrımcılığı

Bağlama anlaşmaları fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak amacıyla kullanılabilirler. Fiyat ayrımcılığı, en genel tanımıyla alıcılara aynı ürün ya da ürünler için haklı bir gerekçe olmaksızın (örn. maliyet dışındaki nedenlerle) ayrı fiyatların uygulanmasıdır.

Başarılı bir fiyat ayrımcılığı uygulamasının başlıca koşulları alıcılardan farklı fiyattan ödeme yapacakların belirlenmesi ve düşük fiyattan ödeme yapanın diğerine satmaması için bu grupların ayrılmasıdır. Bunun gerçekleştirilmesinde bağlama anlaşmaları bir yöntem olarak tercih edilebilir (Hovenkamp 1999, 423).

Scherer ve Ross (1990, 565) bu durumu bir örnekle açıklamaktadır:

Bir fotokopi makinesi kullanıcısının her ay 3,000 değerinin ayda 20,000 kopya çektiğini varsayalım. Yalnızca fotokopi makinesi satan bir firmanın makineyi daha yoğun kullanan müşteriden daha fazla gelir elde edebilmek için makineleri fiyatlandırması zor olacaktır. Ancak eğer makine üreticisi makinenin alımını özel olarak sağlanan diğer malzemelerin alınmasına bağlarsa ve bunlara ilişkin eğer normalin üzerinde bir kar marjı gerçekleştirebilme yönünde mürekkep ya da toner gibi malzemelerin fiyatlandırmasını yapabilirse, yüksek hacimli kullanıcılardan ek karlar elde edebilecektir.

Bağlama anlaşmalarının kullanım ölçümü nedeniyle yapılmaları durumunda haklı gerekçeler ileri sürülebilirken, fiyat ayrımcılığı uygulamaları olumsuz etkileri nedeniyle Clayton Yasası'nın Robinson-Patman Yasası⁷⁰ ile değişik 2'nci maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmektedirler.

2.7.4. Yıkıcı Fiyat Uygulaması

Bağlama anlaşmaları yıkıcı fiyat uygulamak amacıyla kullanılabilirler. Yıkıcı fiyat uygulaması maliyetin altında bir fiyatla satış yapmak suretiyle rakiplerin piyasa dışına çıkarılması ya da yok edilmesi yönünde bir güç

⁶⁸ 394 U. S. 495 (1969).

⁶⁹ 466 U. S. 2 (1984).

⁷⁰ 15 U. S.C.A. 13 (a).

kullanımıdır⁷¹. Yıkıcı fiyat, fiyatın kısa dönem kar maksimizasyonu düzeyinden daha düşük bir fiyat olarak da tanımlanabilir.

Bağlama anlaşmaları satıcının yıkıcı fiyatla ulaşmak istediği sonuca ulaşmasında ve fiyatlar üzerindeki etkileri saklamak istemesi durumunda tercih edilen bir yöntem olabilir (Hovenkamp 1999, 423). Bu nedenle, satıcı tek bir ürünün fiyatını düşürmek yerine, bu ürünü başka bir ürünle birlikte paket olarak her iki ürünün satış fiyatı toplamından çok daha az bir fiyatla sunabilir. Bir bilgisayar üreticisinin *software* ürünlerini bilgisayar satışlarına bağlayarak ve bu ürünler için herhangi bir ücret talep etmeyerek rakipleri piyasa dışına çıkarma çabası bu duruma örnek gösterilebilir.

2.8. BAĞLAMININ HUKUKSAL ve EKONOMİK BİR SENTEZİ

Gerek yargısal uygulamalar gerekse ekonomik görüşler incelendiğinde; bağlama anlaşmalarının yasaklanmasının başlıca nedeninin kaldıraç (*leverage*) kullanımı ya da ekonomik gücün genişletilmesi olarak bilinen bir ürüne ilişkin pazar gücünün alıcıyı başka bir ürünü de almaya zorlaması yönünde kullanılması olduğu görülmektedir. Bu yönde bir kullanımın rasyonel olmadığına ilişkin görüşler ileri sürülse de bazı durumlarda bağlama anlaşmalarının firmalar açısından karlı bir strateji ya da önemli bir rekabet aracı olduğunu kabul etmek gerekir.

Daha önce yer verilen *Northern Pacific* ve *Times-Picayune* davalarında Yüksek Mahkeme'nin yapmış olduğu değerlendirmeler de bu görüşü desteklemektedir. Bu değerlendirmelere göre; teşebbüslerin bir pazardaki gücünü başka bir pazara genişletmesi (kaldıraç kullanımı) alıcıların ticaret özgürlüğünü sınırlandırması ve bağlanan ürün pazarını rakip satıcılara kapatması nedeniyle hukuka aykırı bulunmaktadır. Bu bağlamda, pazar gücüne sahip bir teşebbüsün ikinci ürünün fiyat ya da kalitesi dışındaki nedenlerle bu ürüne ilişkin pazardaki konumunu güçlendirmesinin normal karşılanmadığı söylenebilir. *IBM* kararının temelinde de, ekonomik gücün bir başka pazara genişletilmesinin rekabet üzerindeki olumsuz etkiler yarattığı düşüncesi yatmaktadır.

Diğer yandan, kaldıraç teorisinin ana argümanlarından olan bağlanan ürün alanında da tekel karının elde edilebileceğine karşı Chicago Okulu ve bu çizgide olan yazarlarca yapılan eleştiriler, birçok yazarca bağlama uygulamasının çoğu durumda firmalar açısından rasyonel bir politika olmadığına benimsenmesine neden olmuştur. Değişik çevrelerce benimsenen bu görüş; Whinston, Carlton ve Waldman gibi yazarlarca da kabul edilmekle

⁷¹ Geniş bilgi için bkz. Kara, 2001.

birlikte, kaldıraç teorisinin bazı durumlar için geçerli olduğunun ileri sürülmesi bu teorisinin yakın zamanlarda yeniden canlanmasına neden olmuştur.

Nitekim Choi ve Stefanadis (2001, 54) de tek el konumunda bulunan bir firmanın tamamlayıcı nitelikteki ürünlerine⁷² ilişkin pazarlara yeni giriş yapan firmalarla yüzleşmesi durumunda, bağlamayı söz konusu pazarlara girişi caydırmak amacıyla kullanabileceğine dikkat çekmişlerdir. Buna örnek olarak da Microsoft firmasının uygulamalarını göstermişlerdir. Bu tür uygulamaların ise tüketici refahına dolayısıyla toplam refaha olumsuz etkileri olduğunu vurgulamışlardır.

Öte yandan, kaldıraç teorisinin bağlama anlaşmalarını açıklamakta yetersiz kaldığı tezi, ekonomi çevrelerinde hakim bir görüş olma durumunu korumasına karşın; bu yaklaşımın ABD mahkemelerinin kararlarına yansıdığını söylemek güçtür. Bağlamanın ABD Antitröst Hukuku'nda halen *per se* ihlal kategorisi içinde yer alması bunun bir göstergesidir.

Yüksek Mahkeme'nin bağlama anlaşmalarının rekabetçi olmayan etkilerine ilişkin *Jefferson Parish* kararındaki değerlendirmeleri kayda değerdir. Bu kararda, bağlama anlaşması yapan bir satıcının bağlanan ürün pazarında tek el gücü elde etmeye yönelik bir çabası olmasa dahi, bağlamanın varlığının serbest rekabetle bağdaştırılamayacağı belirtilmiştir⁷³ (Young 1990, 1358). Bu görüşü destekleyen Slawson (1980); gerçek hayatta tüm eylemlerin sayısız etkileri olmasından hareketle bağlama anlaşmalarının alıcıların ticaret özgürlüğünü sınırlamasının az da olsa her zaman rekabeti azalttığını ileri sürmüştür. Bu etkilerin başında ise bağlanan ürün pazarının rekabete kapatılmasının geldiğini vurgulamıştır.

Bağlama anlaşmalarına ilişkin yargısal yaklaşımın en çarpıcı örneklerinden biri ise; *Fortner* kararında, ekonomik gücün ticari açıdan çok ciddi sınırlamalar doğurabileceği, bu nedenle bu tür uygulamaların piyasada giderilemeyecek bir gücün ortaya çıkmasına öncülük edebileceğinin vurgulanmış olmasıdır⁷⁴ (Nelson 1970). Bu yaklaşımda; bağlama anlaşmalarının zararlı etkilerinin, satıcının bu tür bir anlaşma ile ek karlar elde etmeyi amaçlamasından çok, anlaşmanın doğasından kaynaklandığı düşüncesinin etkili olduğu söylenebilir (Young 1990, 1359).

Bağlama anlaşmalarının rekabet açısından olumsuz etkileri, mahkemelerin bugünkü tutumunda da belirleyici olmuştur. Bu nedenle de söz konusu anlaşmalar geçmişten günümüze *per se* ihlal olarak

⁷² Tamamlayıcı ürünler, belirli bir gereksinimin karşılanmasında birlikte kullanılan ürünlerdir. Araba ile benzin, bilgisayar ile yazıcı vb. gibi.

⁷³ 466 U. S. 2, 13 (1984).

⁷⁴ 429 U. S. 610, 617 (1977).

değerlendirilmişlerdir. Başka bir deyişle bir bağlama anlaşmasının yasallığı *per se* analizine tabidir. Bu analizin diğer rekabet sınırlamalarına uygulanan *per se* analizinden farklı olarak bazı koşullara bağlı oluşu, bağlama anlaşmalarına karşı daha esnek bir değerlendirme yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Davacının bağlamanın unsurlarını kanıtlaması durumunda *per se* ihlal olarak ele alınan bağlama anlaşmaları, davalının haklı gerekçeler göstermesi halinde ise makul karşılanabilmektedir. Buna ek olarak, davalının bağlama anlaşmasının amaca ulaşmada en az sınırlayıcı yol olduğunu kanıtlaması da gereklidir (Young 1990). Eğer ortaya konulan kanıtlar yeterli ise bağlama anlaşması yasal kabul edilebilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin bağlama anlaşmalarını *per se* ihlal olarak değerlendirmesi ise tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar güncelliğini korumakla birlikte yeni ortaya çıkmamıştır. *Jefferson Parish* davasının ünlü hakimlerinden Yargıç O'Connor; yapılacak değerlendirmelerde bağlamanın olumsuz etkilerinin ve potansiyel ekonomik yararlarına odaklanan araştırmaların yapılması gerektiğini ve bağlama anlaşmalarının üzerindeki "*per se*" etiketinin kaldırılması zamanının geldiğini belirtmiştir⁷⁵.

Yakın zamandaki davalara bakıldığında, aslında bağlama anlaşmalarının değerlendirilmesinde eskisi kadar katı tutum sergilenmediği görülmektedir. Bu davalardan *Jefferson Parish* kararı, bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında pazar gücünün ve *rule of reason* analizine benzer bir incelemenin gerekli olduğunu ortaya koyması açısından önemlidir. Bununla birlikte, Banks (2000)'e göre; Yüksek Mahkeme'nin Kodak davasında ileri sürülen ticari gerekçelerle ilgili kuşkuculuğunun ve ilgili pazarın belirlenmesindeki tavrının, ekonomi temeline dayanan rekabetçi etki analizlerinden uzaklaşmış olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Bu durum ise, bağlama anlaşmalarının hukuka aykırılıklarının önceden tahmin edilmesini zorlaştırmaktadır.

Geçmişteki anılan katı tutumun yumuşamasından öte, bağlama anlaşmalarına oldukça olumlu yaklaşılan 1985 tarihli Adalet Bakanlığı'nın Dikey Sınırlamalar Rehberi⁷⁶ her ne kadar 1993 yılında yürürlükten kaldırılrsa da bağlama konusunda gelinen noktayı yansıtmaya açısından önemlidir.

Rehber'de bağlama anlaşmalarının genellikle rekabetçi ya da rekabet açısından belirsiz etkiler doğurduğu belirtilmiştir. Bunlardan rekabetçi etkiler olarak; ürünün bütünlüğünün ve ticari itibarının korunması ve risk azaltımına (yeni bir ürünün piyasaya sürülmesinde üreticinin dağıtıcıyı teşvik etmek amacıyla düşük fiyattan satması sonucunda riskin paylaşılarak azaltılması); belirsiz bir etki olarak ise fiyat ayrımcılığına yer vermiştir.

⁷⁵ 466 U. S. 2, 35 (1984).

⁷⁶ US Department of Justice: Vertical Restraints Guidelines 50 Fed. Reg. 6263 (Feb. 14, 1985).

Rehber’de yer alan en çarpıcı ifade ise, bağlama anlaşmalarının genel olarak önemli rekabetçi olmayan bir potansiyelinin bulunmadığının belirtilmesidir. En önemlisi, Rehber ile bağlayıcı ürün pazarında % 30 ya da daha aşağısında bir payı olan bağlama uygulamasında bulunan bir teşebbüsün suçlanmayacağı öngörülmesidir. Bu kuralın tek istisnası olarak da bağlama anlaşmasının makul ölçüler dışında bağlanan ürün pazarındaki rekabeti sınırladığının gösterilmesi verilmektedir.

Rehberle iki aşamalı bir analiz getirilmesi önemli bir yenilik olmuştur. Somut olayda öncelikle % 30 eşiği gözetilmiş ve bu eşiği aşmayan anlaşmalara genellikle *rule of reason* analizi uygulanmıştır. Ancak getirilen kuralların tartışmalara neden olması sonucu 1993 yılında yürürlükten kaldırılmıştır (Viscusi, Vernon ve Harrington 1995, 259).

Sonuç olarak; bağlama anlaşmaları ABD’de *per se* ihlal olma statüsünü halen sürdürseler de bu anlaşmalar karşısında sergilenen tutum ilk yıllardaki dava yargılamalarında öngörülenden çok uzaktır. Bu anlaşmalara ilişkin ilk yıllardan bu yana ortaya konan yargısal ve doktriner görüşler, genel esaslar ve somut uygulamaların bu konuda birçok ülke için açıklayıcı ve yol gösterici olduğu düşünülmektedir.

BÖLÜM 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA ANLAŞMALARI

İkinci bölümde bağlama anlaşmalarının rekabet kuralları açısından hangi esaslara göre değerlendirilmeleri gerektiği konusuna ilişkin hukuksal ve ekonomik yaklaşımlar, ABD Antitröst Hukuku bağlamında ortaya konulmaya çalışılmıştır. Türk Rekabet Hukukunun ABD hukuk sistemine kıyasla önemli farklılıklar göstermesi nedeniyle bağlama anlaşmalarına ilişkin bu bölümde yapılacak açıklama ve değerlendirmelerde doğrudan karşılaştırılmalı bir yaklaşım benimsenmemiştir. Bu bakımdan konu zaman zaman AT Rekabet Hukuku uygulamaları referans gösterilerek Türk Rekabet Hukuku açısından açıklanmaya çalışılacaktır. Diğer yandan Rekabet Kurulu kararları ile bağlama anlaşmalarına ilişkin henüz bir içtihadın gelişmemiş olması, konunun genel olarak açıklanmasını gerektirmiştir.

3.1. GENEL OLARAK

Türkiye’de rekabet kurallarının yasal bir düzenlemeye kavuşması oldukça yenidir. 1970’li yılların sonlarından itibaren hazırlanmaya başlanan ve tasarı düzeyinde kalan çalışmalar⁷⁷, ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7.12.1994 tarihinde kabul edilmesiyle birlikte başarılı bir sonuca ulaşabilmiştir⁷⁸. 4054 sayılı RKHK’de yer alan rekabet kuralları büyük ölçüde AT Rekabet Hukuku kurallarına benzer bir şekilde düzenlenmiştir.

Bağlama anlaşmaları RKHK’nin 4’üncü maddesi uyarınca; hakim durumda olan bir teşebbüsün bu yöndeki uygulamaları ise aynı Kanun’un 6’ncı maddesi uyarınca yasaklanan ve hukuka aykırı bulunan haller arasında sayılmıştır⁷⁹. Bağlama anlaşmalarının ihlal olarak değerlendirilmelerinin esaslarının belirlenebilmesi için konunun ilgili yasal hükümler temelinde açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

3.2. RKHK’NİN 4’ÜNCÜ MADDESİ AÇISINDAN BAĞLAMA ANLAŞMALARI

RKHK’nin 4’üncü maddesi uyarınca; mal ya da hizmet piyasalarında rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür

⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. Aslan (2001), s. 23 vd.

⁷⁸ RKHK, 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁹ Tüketicilere yönelik bağlama kayıtları 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı R.G.’de yayımlanan 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı TKHK’de düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun’un “satıştan kaçınma” başlığı altındaki 5’inci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre; “Satıcı, bir mal veya hizmetin satışını, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat veya süresi kadar satın alınması ya da başka bir malın veya hizmetin satın alınması koşuluna bağlı kılamaz”.

karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bağlama anlaşmaları RKHK'nin 4'üncü maddesinin (f) bendinde hükme bağlanmıştır. Bu hükümde;

Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

hukuka aykırı hallerden sayılmıştır. Her ne kadar bendin başarılı bir şekilde kaleme alınmadığı ve ifadesinin karmaşık olduğu söylenebilirse de; hükmün asıl amacı, bir anlaşmanın yapılmasının anlaşma ile ticari teamül ve nitelik bakımından ilgisi bulunmayan yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlanmasını engellemektir (Aslan 2001, 131). Nitekim, söz konusu hükme kaynaklık eden AT Antlaşması'nın 81/1-e maddesi de yalnızca bu durumu ifade eden bir lafza sahiptir.

AT Antlaşması'nın 81 (*eski* 85)'inci maddesi, ABD Antitröst Hukukundaki paraleli olan Sherman Yasası'nın 1'inci maddesine benzer bir şekilde, rekabetin sınırlandırılması etkisini doğuran ya da bu amacı taşıyan anlaşmaları yasaklayan bir düzenlemedir⁸⁰. Söz konusu düzenleme ile rekabet sınırlamalarına genel bir yasaklama koşulu getirilerek tüketici nitelikte olmamakla birlikte bir takım sınırlamalara yer verilmiştir. Bu örneklerden bağlama anlaşmalarıyla ilgili olanı anılan maddenin (e) bendinde hükme bağlanmıştır. İlgili hüküm uyarınca; "sözleşmenin yapılmasının, bir tarafın sözleşmenin konusu ile ne nitelik ne de ticari teamül bakımından ilgisi olmayan ek yükümlülükleri kabul etmesine bağlanması" hukuka aykırı ve yasak hallerden sayılmıştır.

RKHK'nin 4'üncü maddesinde de aynı sistematik benimsenerek bağlama anlaşmaları yasaklanmasına karşın, (f) bendi incelendiğinde farklı durumların da hükme bağlandığı görülmektedir. Bunlardan ilki bağlanan ürünün alımı yerine teşhir edilmesi bir başka deyişle tanıtımının yapılması koşuluyla yapılan satışlardır. Aslında bu satışlar da etkileri açısından bağlama anlaşmalarının bir biçimi olarak ele alınabilir. Diğerleri ise ürünlerin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesidir. Bu ifade ise bağlama anlaşmalarını da kapsayan tüm dikey ilişkilere uygulanabilme lafzını taşımaktadır (Sanlı 2000).

Aslan (2001, 131)'a göre (f) bendinde yalnızca başka bir malın satın alınması, teşhiri ya da tekrar arzına ilişkin durumların düzenlenmiş olması farklı ek yükümlülükleri kapsam dışı bırakmaktadır. Örneğin, bir firmanın buzdolabı

⁸⁰ Bu düzenleme uyarınca; "Amacı ya da etkisi Ortak Pazar'da rekabetin bozulması, sınırlandırılması veya kısıtlanması olan ve üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek teşebbüsler arasındaki her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları Ortak Pazar ile bağdaşamaz ve yasaktır".

satışını kendi ürettiği diğer ürünlere bakım ve onarım hizmetleri verilmesi koşuluna bağlaması durumu bu bent kapsamına girmemektedir (Aslan 2001).

AT Antlaşması'nın benzer hükmüne göre farklı durumların düzenlenmesi aslında iki farklı yoruma da uygundur. İlgili hükmün bazı ek yükümlülükleri kapsam dışında bıraktığına ilişkin yorum, yapılan düzenleme ile AT Antlaşması'ndaki paralel hükme göre söz konusu hükmün kapsamını daralttığı yönündedir. Diğer bir yorum ise, söz konusu hükümde anlaşmanın niteliğine ve ticari teamüle aykırı olarak ürünlerin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, hükmün kapsamını tüm dikey ilişkilere uygulanabilecek ölçüde genişletmektedir (Sanlı 2000).

Hükmün asıl amacının, bir anlaşmanın yapılmasının anlaşma ile ticari teamül ve nitelik bakımından ilgisi bulunmayan yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlanmasını engellemek olduğu dikkate alınırca, bu durumun ilgili hükmün özensiz kaleme alınmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Ayrıca, 4'üncü maddenin gerekçesinde⁸¹ de belirtildiği üzere, maddenin bentlerinde tüketici nitelikte olmayan, en sık rastlanan rekabet sınırlamaları örnek olarak sayılmıştır. Bu örneklerde yer almayan bir rekabet sınırlamasının 4'üncü maddenin kapsamı dışında kaldığını söylemenin doğru olmayacağı düşünülmektedir.

İlgili hüküm uyarınca bağlama anlaşmalarının ihlal olarak değerlendirilmeleri için iki ayrı ürünün olması ve bu ürünlerin bağlı satışının ticari teamüllere veya anlaşmanın niteliğine aykırı olması gerekir. Burada ortaya çıkan sorun ticari teamül kavramından ne anlaşılması gerekeceği ve ticari teamüllerin nasıl tespit edileceğine ilgili mevzuatta yer verilmemiş olmasıdır. AT ve Türk Rekabet Hukukunun ABD Antitröst Hukukundan ayıran en önemli konulardan birini bağlama anlaşmalarının ihlalinin ticari teamüllere aykırı olması koşuluna bağlanması oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, bu koşul ile 4'üncü maddenin bağlama anlaşmalarına uygulanmasına bir istisna getirilmektedir.

Ticari teamül kavramı ile ne kastedildiği açık olmasa da bu kavramdan Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen ticari teamül kavramının anlaşılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, Sanlı (2001, 221)'nin görüşü de bu yöndedir:

Her şeyden evvel, burada kastedilen, MK.'nin 1. maddesi anlamında hukukun kaynağı olan örf-adet hukukundan daha farklı ve geniş bir kavramdır. Kanun, teamülün ticari olması gerektiğinden bahsettiğine göre, burada referans alınması gereken mevzuat TTK olmalıdır.

⁸¹ TBBM Tutanak Dergisi, 19. Dönem, Cilt: 73, S. Sayısı: 599, s.5.

TTK’de örf ve adet ile teamül arasında ayırım yapılarak teamülün kanun tarafından aksi öngörülmedikçe tarafların iradesinin yorumlanmasında kullanılan hukuki bir kaynak olduğu öngörülmüştür. Sanlı (2000, 221)’ya göre RKHK’de ise ticari teamülün bir hukuk kuralı kimliğine bürünerek hükme esas olması söz konusudur⁸².

Böyle bir durumda ise, ticari teamüle aykırı olmayan ancak rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan bağlama anlaşmalarının RKHK’ye göre nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Ülkemiz açısından ticari teamüle uygun ancak RKHK açısından rekabet ihlali oluşturabilecek anlaşmalarla karşılaşılması olasılığının olmadığını söylemek oldukça iyimser bir yaklaşım olacaktır.

Bu konuda AT uygulaması yol gösterici olabilir. Bu uygulama ticari teamüle uygun olan bir bağlamanın AT Antlaşması’nın 81’inci maddesinin uygulanmasını engellemeyeceği yönündedir (Ritter, Braun ve Rawlinson 2000, 209). Bu sorunun Rekabet Kurulu’nun böyle bir durumda alacağı bir karar sonucunda açıklığa kavuşacağı düşünülmekle birlikte; bu konuyla ilgili olarak ticari teamülün öznel ve soyut bir kavram olması nedeniyle ihlalinin tespitinde önceliğin bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerine verilmesi gerektiği söylenebilir. Aksi takdirde, rekabete olumsuz etkisi olan ancak teşebbüsler açısından karlı bir uygulama olması nedeniyle ticari teamül haline gelmiş bazı anlaşmaların yasaklanamaması gibi bir sonuç doğacaktır ki, bu durum RKHK’nin amacıyla da çelişebilecektir.

Bir bağlama anlaşmasından söz edebilmek için öncelikle ürünlerin farklı piyasalara ait olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle ABD uygulamalarında da ihlalin gerekli unsurlarından biri olarak görülen iki ayrı ürünün varlığı söz konusu olmalıdır. Bunun belirlenmesi ise bir önceki bölümde açıklandığı üzere genellikle kolay bir inceleme olmamaktadır. Bu konuda ilgili pazarın⁸³ tespitinde dikkate alınan ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği⁸⁴ açısından yapılacak bir değerlendirme yararlı olacaktır.

⁸² Buna ek olarak Sanlı (2000) şunları belirtmiştir: “Ticari teamülün belirlenmesinde ise, Ticaret Hukuku uygulamasında olduğu gibi, 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanun’un odalara verdiği görev çerçevesinde (madde 5), somut olayla ilgili bir teamülün bulunup bulunmadığı, bölgedeki odaların yol gösterici nitelikteki açıklamaları ile belirlenebilir”. Geniş bilgi için bkz. Poroy ve Yasaman 1995, 75.

⁸³ İlgili pazara ilişkin geniş bilgi için bkz. Çetinkaya, 2001.

⁸⁴ Rekabet Kurulu’nun 12.08.1997 tarih ve 23078 tarihli R.G.’de yayımlanan 1997/1 sayılı Tebliği’nin 4’üncü maddesinin son fıkrasında; “... ilgili ürün pazarının tespitinde, ..., tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir”denilmektedir.

AT uygulamalarında ayrı kabul edilen ürünler genellikle birbirinden ilk bakışta ayrılabilen ürünlerdir (Veltrop 1994, 555). Bu ürünlere; motorlu taşıt ve motor yağı, dondurma ile soğutucu cihazlar, servis hizmeti ve yedek parça, paketleme makineleri ve paketlemede kullanılacak ürünler, kendi içinde vitaminler, çivi ve çivi tabancaları, içki satışı ve birahane kiralması örnek gösterilebilir.

ABD Hukukundaki bağlama anlaşmasının haklı bir gerekçesinin olması halinde yasaklanmamasında olduğu gibi, RKHK açısından bu amaca ulaşmada kullanılacak yasal araç Kanun'un 5'inci maddesinde öngörülen muafiyet hükmüdür⁸⁵. Eğer bağlama anlaşması bu hükümdeki koşulları karşılıyorsa 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilecektir.

Ayrıca, RKHK'nin 4'üncü maddesinden anlaşmaların yasaklanmasında rekabeti sınırlama amacı taşımalarının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bu ise, anlaşmanın ekonomik etkilerinin araştırılmaksızın hukuka aykırı ilan edilebileceği anlamına gelmektedir. Bu durum ABD uygulamasındaki *per se* ihlali anımsatmakla birlikte bir bağlama anlaşmasının rekabet piyasası üzerindeki etkilerinin ortaya konulmaksızın yasaklanması olası gözükmemektedir. Ancak, AT ve Türk Rekabet Hukukunda muafiyet sisteminin benimsenmesi temelde rekabet ihlali olabilen anlaşmaların RKHK'ye aykırılık oluştursalar dahi olumlu etkileri söz konusu ise bireysel ya da grup muafiyetinden yararlanması yolu açık tutulmuştur.

İkincil Mevzuat

İkincil mevzuatta bazı türden dikey anlaşmalara ilişkin tebliğlerde bir anlaşmanın bağlama kaydı içerse dahi ilgili grup muafiyetinden yararlanmasını engellemeyeceği öngörülmüştür⁸⁶. Örneğin, 1997/3 sayılı "Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 3'üncü maddesinde tek elden dağıtıcıya malların tüm çeşitlerini veya en az belli miktarını satın alma yükümlülüğünün yüklenmesi halinde de muafiyet hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Malların tüm çeşidinin alımına izin verilmesi aslında bağlamanın bir biçimi olan *ve full-line forcing* olarak bilinen bir uygulamadır. Bu uygulama ABD'de klasik biçimdeki bağlamaya kıyasla daha olumlu değerlendirilmekle birlikte haklı gerekçeler sunulmaması halinde yasaklanan uygulamalardandır.

⁸⁵ Bu hüküm uyarınca şu şartların tamamının varlığı halinde muafiyet kararı verilmektedir: "a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) tüketicinin bundan yarar sağlanması c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması".

⁸⁶ 1997/3 sayılı Tebliğ'in 3/c-1, 1998/3 sayılı Tebliğ'in 7/h, 1998/7 sayılı Tebliğ'in 4/e, 5/b maddeleri.

Buna karşın, 1997/4 sayılı “Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin 4’üncü maddesinin (c) bendinde “tek elden satın alma yükümlülüğünün, nitelikleri ve ticari teamül gereğince aralarında bir bağlantı olmayan, iki veya daha fazlası mallar için getirilmiş olması” durumunu grup muafiyeti kapsamı dışında kalan yükümlülükler arasında sayılmıştır.

Anılan tebliğlerin büyük ölçüde AT grup muafiyeti tüzüklerini kaynak aldıkları düşünülürse bağlama anlaşmalarına ilişkin AT’nin ikincil mevzuatının gözden geçirilmesi yararlı olacaktır.

Bağlama anlaşmalarına AT’nin ikincil mevzuatında da yer verilerek 81’inci maddenin farklı dikey ilişkilere uygulanma koşullarına açıklık kazandırılmıştır. AT Komisyonu’nun yayımlanmış olduğu bir takım grup muafiyeti tüzüklerinde, bağlama kaydı içeren anlaşmaların ilgili grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür⁸⁷. Ancak, AT Rekabet Hukuku’nda dikey anlaşmalarla ilgili yaşanan tartışma süreci, ikincil mevzuatın yeni yaklaşımlar çerçevesinde şekillenmesiyle sonuçlanmıştır. Bu bağlamda, yakın zamana kadar geçerliliğini koruyan tekelden dağıtım, tekelden satın alma ve franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tüzüklerini yürürlükten kaldıran 22.12.1999 tarih ve 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü⁸⁸ çıkarılmıştır.

Bağlama anlaşmaları, Tüzük’te hükme bağlanmamakla birlikte anılan Tüzük’ün uygulanma esaslarının açıklandığı 13.10.2000 tarihli “Dikey Sınırlamalar Hakkında Rehber” başlıklı Komisyon Duyurusu’nda ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁸⁹. Bu bakımdan uygulamada bağlama düzenlemeleri karşısında sergilenen tutumun belirlenmesinde Duyuru’nun önemli bir rolü bulunmaktadır.

Duyuru’da bağlama düzenlemesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır:

Sağlayıcının bir ürünün satışını başka ayrı bir ürünün de kendisinden ya da kendi belirlediği başka bir sağlayıcıdan satın alması koşuluna bağladığı durumda bağlama düzenlemesi söz konusudur.

Ürünlerin ayrı birer ürün oluşturup oluşturmadıklarının belirlenmesinde ise; alıcının talebinin dikkate alınması gerektiği belirtilerek, bağlama düzenlemesinin olmaması halinde ürünler alıcının gözünde iki ayrı pazardan

⁸⁷ 22.06.1983 tarih ve 1984/83 sayılı Tekelden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Tüzüğü’nün 3 (c), 8 (2) (b), 12 (1) (b) ve 28.06.1995 tarih ve 1475/95 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Tüzüğü’nün 5 (1) (2)’nci maddeleri bu yöndedir. Diğer yandan 31.01.1996 tarih ve 240/96 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Tüzüğü’nün 7’nci maddesi uyarınca bağlayıcı kayıt içeren anlaşmalara tanınan muafiyet Komisyon tarafından geri alınabilmektedir.

⁸⁸ OJ L 336/21-25, 1999.

⁸⁹ OJ C 291, 2000, par. 215-228.

satın alınacak durumda ise iki ayrı ürünün varlığının söz konusu olduğu ifade edilmiştir.

Duyuru'da bağlama düzenlemelerinin rekabet üzerindeki ana olumsuz etkisinin bağlanan ürün pazarının kapatılması (*foreclosure*) olasılığı olduğu, bunun yanında rekabetçi düzeyin üzerinde fiyatların oluşması ve pazara giriş engellerinin yükselmesi gibi etkilerin de olabileceğine dikkat çekilmiştir.

Duyuru ile getirilen en önemli değişikliklerden biri ise, sağlayıcının pazar payının hem bağlanan hem de bağlayıcı ürün alanında % 30'u geçmemesi durumunda bağlama düzenlemesinin grup muafiyeti kapsamında değerlendirileceğinin öngörülmesidir. Bu eşiğin aşılması durumunda ise, olaya göre yapılacak değerlendirmelerde sağlayıcının bağlayıcı ürün pazarındaki pazar gücünün, rakiplerinin durumunun ve pazardaki giriş engellerinin göz önünde bulundurulmasının önemli olduğu vurgulanmıştır.

Öte yandan, Duyuru'da hissedilebilir derecede rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkması halinde bağlama düzenlemesi ile ortaya çıkan etkinliğin ve bunun sonucunda sağlanan maliyet tasarrufunun kısmen de olsa tüketiciye yansıtıldığı gösterilmesine bağlı olarak bireysel muafiyetin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, alıcının bağlanan ürünleri ya da benzerlerini aynı veya daha iyi koşullarla düzenli olarak elde edebildikleri hallerde bağlama düzenlemesinin muafiyetten yararlanamayacağı öngörülmüştür. Bunlara ek olarak, tanınan grup muafiyetinden etkinlik doğmamışsa ya da doğan etkinlikler tüketiciye yansıtılmamışsa muafiyetin geri alınabileceği belirtilmiştir.

Duyuru incelendiğinde 1985 tarihli ABD Adalet Bakanlığı'nın Dikey Sınırlamalar Rehberi'nin etkileri görülmektedir. Özetle; Duyuru'nun ülkemizde bağlama anlaşmalarına uygulanacak kurallar açısından yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir. Duyuru ile getirilen % 30 oranındaki eşiğin ülkemizdeki farklı sektör ya da pazarlara uygulanması halinde bazı sorunlara yol açabileceği söylenebilirse de, yasal belirlilik ve uygulamada pratik kolaylıklar sağlaması açısından Rekabet Kurulu tarafından bu yönde çıkarılacak bir tebliğin gerekli olduğu düşünülmektedir.

4'üncü ve 6'ncı Madde İlişkisi

Diğer yandan, 4'üncü madde anlamında bir bağlama anlaşması için en az iki teşebbüsün olmasının gerekli olup olmadığı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. İlk bakışta, bağlama anlaşmasının 4'üncü madde kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmesinin, ancak buna temel teşkil eden bir "danışıklılık" ilişkisinin varlığına bağlı olduğu söylenebilir (Sanlı 2000). Başka bir deyişle, bir teşebbüsün tek yanlı olarak bağlama uygulamasında bulunmasının 4'üncü madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülebilir (Topçuoğlu 2001, 242). Bu görüşün kabul edilmesi

durumunda 6'ncı madde anlamında hakim durumda olmayan ancak bağlama uygulaması ile rekabeti sınırlayan bir teşebbüse uygulanacak yaptırım açısından yasal bir boşluk olduğundan söz edilebilecektir. Bu durum alternatif temin kaynakları bulunduğu ve ilgili teşebbüs yeterince pazar gücüne sahip olmadığı sürece herhangi bir sakınca doğurmayacaktır. Ancak yapılan yorumlar, yeterli ekonomik bir güce sahip bir teşebbüsün söz konusu olduğu durumlar için oldukça sakıncalıdır.

Bu noktada, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan hükümler dikkate alındığında, 4. maddenin, tek yanlı uygulanan bağlama anlaşmalarına da uygulanabileceği söylenebilir (Sanlı 2000). Bu Tebliğ'e göre bağlama anlaşmaları, tek yanlı da olsalar, 4'üncü madde kapsamında kabul edilmektedir.

Her ne kadar bu durumun Kanun'un getirdiği sisteme ters düştüğü söylenebilirse de, hakim durumda olmamakla birlikte alıcılara bağlama anlaşmaları dayatabilecek ölçüde yeterli ekonomik güce sahip olan teşebbüslerin tek yanlı uygulamalarının yasaklanması için başka bir seçenek yok gibidir. Bazı durumlarda, teşebbüs hakim konumda olmasa dahi, fiili ekonomik durum, alıcılara bağlama anlaşmasını dayatabilme gücünü verebilir (Sanlı 2000). Özellikle, ekonomik, hukuki ve fiili nedenlerle alıcıların satıcı karşısında pazarlık gücüne sahip olmadığı hallerde, bir başka deyişle sağlayıcı teşebbüsün, müşterileri karşısında görece bir ekonomik gücünün⁹⁰ ya da hakim durumunun olduğu durumlar dikkate alınırsa tek yanlı bağlama anlaşmalarına 4'üncü maddenin uygulanmasının gerektiği söylenebilir.

Yine de bu gibi durumlar dışında, tek yanlı bağlama uygulamaları için 6'ncı maddenin uygulanmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir. ABD ve Avrupa uygulamalarında tek yanlı uygulamalar için ilke olarak hakim durum koşulu aranırken, önceki bölümde yer verilen bu koşulun aranmadığı *Fortner-II* gibi kararlara da rastlamak mümkündür.

3.3. RKHK'NİN 6'NCİ MADDESİ AÇISINDAN BAĞLAMA UYGULAMALARI

RKHK'de hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. RKHK'nin 6'ncı maddesi özellikle kötüye kullanma sayılacak halleri -tüketici olmayan bir şekilde- örnek olarak saymıştır. Bu maddenin (c) bendi uyarınca;

Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir

⁹⁰ Görece güçlü teşebbüs kavramı için bkz. Cengiz, 2001.

malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi, tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi

kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir.

Bu hükümde, başka durumlar da düzenlemesine karşın, hakim durumdaki bir teşebbüsün bağlama uygulamasında bulunması ya da herhangi bir bağlama kaydı dayatmasının 6'ncı madde anlamında ihlal oluşturacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu maddenin bağlama uygulamaları açısından AT Rekabet Hukuku'ndaki mehz düzenlemesi olan 82 (*eski 86*)'nci maddeden önemli bir farkı "ticari teamül" ve "anlaşmanın niteliği" ölçütlerine yer verilmemiş olmasıdır.

4'üncü maddenin (f) bendinin özensiz kaleme alınışına yönelik eleştiriler bu hüküm için de geçerlidir. Hükümün bazı durumları kapsam dışı bıraktığına yönelik görüşler (Aslan 2001) 4'üncü maddenin (f) bendi için ileri sürülenlerle örtüşmektedir. Ancak, ilgili hükümün tüketici nitelikte olmayan bir örnek olduğu düşünüldüğünde, uygulamada herhangi bir sorun çıkmayacağı düşünülmektedir.

ABD ve AT'de rastlanılan bağlama uygulamaları, bir teşebbüsün bir pazarda sahip olduğu hakim durumunu bir başka pazarda kötüye kullanması ya da bu konumunu diğer bir pazara genişletmesinin başlıca araçlarından biri olabilmektedirler. Bu uygulamanın en klasik biçimiyle müşterilerin ikinci bir ürünü almaya zorlanması olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Ancak bu durum hem bir kötüye kullanma hem de bağlanan ürün pazarında faaliyet gösteren rakipleri saf dışı bırakan dışlayıcı bir uygulama olarak değerlendirilebilmektedir. ABD uygulamasında görüldüğü üzere, hakim durumda olan bir teşebbüsün bağlanan ürün pazarında yaratacağı olumsuz etkilerin boyutu büyük olabilmektedir. Bu bakımdan 6'ncı maddenin bağlama uygulamaları ya da kayıtlarına tatbik edilmesi oldukça önemlidir.

Sonuç olarak, 4'üncü maddeye konu olan bağlama anlaşmalarının neler olduğu, bir anlaşmanın hangi hallerde bağlama anlaşması sayılacağına açıklığa kavuşturulmasının 6'ncı madde açısından da önemli olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ

Bağlama anlaşmaları, ABD Antitröst Hukuku'nda yaygın olarak ele alınan konulardan birini oluşturur. Yüksek Mahkeme ve bazı alt mahkemelerin bağlama anlaşmalarının rekabet ihlali oluşturduklarına ilişkin sayısız kararı ve açıklaması bulunmasına karşın, bu anlaşmaların doğasından kaynaklanan hukuksal bir belirsizlik söz konusudur. Her ne kadar bağlama anlaşmalarının *per se* yasaklanmasında ortaya konan unsurlarla, bu belirsizliği olabildiğince önlemek amaçlansa da bu konuda yeterli derecede başarılı olunduğunu söylemek zordur. Kuşkusuz bu unsurların rekabet uygulamalarında önemli bir rolü olduğunu da göz ardı etmemek gerekir.

Sözü edilen belirsizliğin genel olarak, öngörülemez yapıdaki çok çeşitli ya da karmaşık bağlama biçimlerinden kaynaklandığı söylenebilir. Bu durum bağlama anlaşmalarına ilişkin genel bir ekonomik ve hukuksal çerçeve oluşturulmasını zorlaştırırken, konunun rekabet kuralları açısından ele alınmasında genel esasların belirlenmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu anlaşmalar, teşebbüslerin ticari hayatta izledikleri stratejinin bir parçası olarak rekabet düzeni açısından kimi zaman olumlu ya da belirsiz etkiler gösterebilirken kimi zaman da yasaklanmalarının gerekçesini oluşturan olumsuz etkiler doğurabilmektedirler.

Bağlama anlaşmalarının özellikle geçmiş yıllarda ABD mahkemeleri tarafından öncelikli ele alınması ve katı yaptırımlara tabi tutulmasının altında yatan en önemli nedenlerden birisi kaldıraç teorisinin (*leverage theory*) geçerliliğine duyulan güven yatmaktadır. Bu teoriye göre bağlama, bir pazarda tekel gücünü elinde bulunduran bir firmanın bu gücünü diğer bir pazara genişletmesi (*extension of monopoly/leverage*) ve o pazardaki satışları rekabete kapatmasını (*foreclosure*) sağlayan bir mekanizmadır. Bu konu *Times-Picayune* davasında ele alınarak bağlama anlaşmalarının aykırılığının esas unsurunun satıcının bir pazardaki hakim durumunu bir başka pazara genişleterek kötüye kullanması olduğu belirtilmiştir. Bu görüş mahkemelerin bağlama anlaşmalarına bakışında belirleyici olmuştur.

Kaldıraç teorisi uzun yıllar değişik çevrelerce tartışılmıştır. Günümüzde kaldıraç teorisinin birçok durum için geçerliliğini yitirdiğine ilişkin akademik çevrelerde genel bir uzlaşım söz konusu ise de Carlton, Waldman ve Choi gibi bazı yazarlar teoriyi geliştirerek bazı durumlarda geçerli olduğunu ileri

sürmüşlerdir. Şunu da söylemek gerekir ki teoriye yöneltilen özellikle Chicago Okulu kaynaklı eleştiriler yargısal kararlarda yeterince yansıma bulmamıştır.

Ancak bu noktada, yargısal makamların bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında; bağlanan ürün pazarının kapatılması, giriş engellerinin yükselmesi, rekabetçi düzeyin üstünde fiyat oluşumu vb. gibi söz konusu anlaşmaların piyasalar üzerindeki olumsuz etkilerini de dikkate aldıklarını unutmamak gerekir.

Geçmişte bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerinin olumsuz olduğuna ilişkin yargı çevrelerindeki tartışmasız kabul, bu anlaşmaları zamanla *per se* ihlal düzeyine yükselterek antitröst hukukunun öncelikli konularından biri haline gelmiştir. Ancak, fiyat belirleme ve arzın kontrolü gibi yatay anlaşmalar da *per se* ihlal kategorisinde yer almalarının bir gereği olarak ekonomik açıdan incelenmeksizin niteliği gereği doğrudan yasaklanırken burada daha farklı bir durum söz konusudur. Çünkü *per se* kategorisine sokulacak bağlama anlaşmalarının belli unsurları taşımaları başka bir deyişle bir takım koşulları karşılamaları öngörülmüştür.

Yargısal değerlendirmelerde bu unsurların hemen hepsi üzerinde bir görüş birliği olduğunu ileri sürmek pek mümkün gözükmemekle birlikte, özellikle *Jefferson Parish* kararından sonra açıklık kazanan dört unsur üzerinde mahkemelerin genelde uzlaştıkları söylenilebilir. Bu bakımdan; bir bağlama anlaşmasıyla ilgili olarak iki ayrı ürünün olduğu, bu ürünlerden birinin satımının diğerinin alımı koşuluna bağlandığı, satıcının bağlanan ürün pazarındaki rekabeti sınırlamak için bağlayıcı ürün pazarında yeterli ekonomik güce sahip olduğu ve federe devletler arası ticaret hacminin önemli bir miktarının etkilendiği kanıtlanabiliyorsa, bu unsurları taşıyan bir anlaşma mahkemelerce *per se* ihlal olarak değerlendirilmektedir.

Bu unsurların kanıtlanması ise her zaman kolay olmamaktadır. Özellikle hangi ölçekte bir pazar payının ya da ekonomik gücün ele alınması gerektiği ve bağlanan ürün pazarındaki ticaret hacminin önemli bir miktarının neyi ifade ettiği konusunda mahkemelerin tutarlı bir yaklaşım sergilemedikleri görülmektedir. Anılan unsurların kanıtlanamaması durumunda ise, davaya konu olan bağlama anlaşması *rule of reason* analizine tabi tutularak yasaklanabilmektedir. Ayrıca, bu anlaşmaların *per se* ihlal kategorisinde yer alması, anılan anlaşmalara ilişkin davalı tarafından haklı gerekçeler ileri sürülemeyeceğini çağırırsa da, tam tersine bu gerekçeler mahkemelerce davalının savunması olarak ele alınıp anlaşmalar yasal meşruluğa kavuşturulabilmektedir. Görüldüğü üzere “sözde” *per se* ihlal olarak anılabilecek bu durum, yukarıda sıralanan unsurlar ve gerekçelerin ayrıntılı olarak incelenmesini de gerektirdiğinden aslında üstü örtülü ve kısmi bir *rule of reason* analizini de içermektedir.

Per se doktrininin bağlama anlaşmalarına uygulanmasının bu derece farklı olması kuşkusuz bu anlaşmaların olumlu etkilerinden kaynaklanmaktadır. Yine de *per se* doktrininin bu biçimi yerine tüm bağlama anlaşmaları için *rule of reason* analizini savunan yazarların sayısı az değildir. Bu yöndeki görüşler, bağlamanın *per se* statüsünü değiştirmemekle birlikte önemli yansımalara neden olmuşlardır.

Bu yansımaların başında ise 1985 tarihli Adalet Bakanlığı'nın Dikey Sınırlamalar Rehberi gelmektedir. Bu rehberin bağlama anlaşmalarına yaklaşımı kendinden örnek verilerek tek cümle ile özetlenebilir: "Bağlama anlaşmaları genel olarak önemli anti-rekabetçi bir potansiyele sahip değillerdir" Her ne kadar bu düzenleme 1993 yılında çeşitli tartışmalar nedeniyle yürürlükten kaldırılrsa da çok yakın bir tarihte AT'de yayımlanan "Dikey Sınırlamalar Hakkında Rehber" başlıklı Komisyon Duyurusu'nda etkilerini hissettirdiği söylenebilir. Her iki düzenlemede bağlayıcı ürün pazarı için % 30'luk bir eşik getirilmiştir. Söz konusu eşğin yasal belirlilik ve uygulamada pratik kolaylıklar sağlaması nedeniyle Rekabet Kurulu tarafından bu yönde bir tebliğ çıkartılmasının Türk Rekabet Hukuku'na önemli bir katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Diğer bir yansıma ise *Microsoft* davası ile ilgili olarak; Microsoft firmasını suçlu bulan Federal Mahkeme kararının Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) tarafından bozulma gerekçelerinden birinin bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olarak değerlendirmesi yaklaşımının söz konusu dava için uygun olmadığı ve yüksek teknoloji içeren *software* ürünlerle ilgili olarak ihlalin tespitinde *rule of reason* analizinin kullanılmasının uygun olacağı sonucuna ulaşılması olmuştur. Çok yakın zamanda Adalet Bakanlığı'nın bağlama iddialarından vazgeçtiğini açıklaması ise yargısal yaklaşımdaki dönüşümü göstermesi açısından oldukça önemlidir. Ancak, hukuki sürecin tamamlanmamış olması nedeniyle bağlama anlaşmalarının hukuksal statüsünün değiştiğini söylemek erken olacaktır.

Yine de yargısal uygulamalar ve *per se* doktrini ışığında; bağlama anlaşmalarının *per se* ihlal olarak değerlendirilmelerinde aranan ve genel kabul gören *per se* ihlalin dört unsurunun; oldukça karmaşık nitelikte olan ve uzun zaman alan ekonomik değerlendirmelerin olumsuzluklarının aşılması, bununla birlikte öngörülebilir ve işlerliği olan bir analizi mümkün kılması açısından kullanışlı olduğu söylenebilir. Özetle; bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde yasaklanması gereken bir bağlama anlaşması olup olmadığı belirlenebilmesi açısından, bu unsurların Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında kullanılacak işlevsel bir şablon olabileceği düşünülmektedir.

ABSTRACT

This thesis focuses on the importance of tying arrangements in judicial terms in USA. Also it includes a discussion about tying arrangements in the light of the legislation in force in Turkey.

A tying arrangement is an agreement by a party to sell one product but only on the condition that the buyer also purchases a different product. The product that the buyer is required to purchase in order to get the product the buyer actually wants is called the tied product. The product that the buyer wants to purchase is called the tying product.

Tying arrangements are often considered *per se* illegal. The basic requirements that must be met for tying to be *per se* illegal are: There must be two separate products or services, a sale or an agreement to sell one product (or service) on the condition that the buyer purchase another product or service, the seller must have sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product and the tying arrangement must affect a “not insubstantial” amount of commerce. Thus, even though courts call tying arrangements *per se* violations, they typically look at the market and balance the pro-competitive and anticompetitive effects of the arrangement before determining whether it violates the antitrust laws or not.

Although the requirements necessary to meet the *per se* illegality test are stringent, a tying arrangement may still be considered unreasonably restrictive of competition under the *rule of reason* test. The courts will examine both the positive and negative effects of the arrangement to see if one outweighs the other. Finally, any such determination concerning tying arrangements requires a careful review of both the products involved and the law.

KAYNAKÇA

ABA, (1982), *Vertical Restrictions upon Buyers Limiting Purchases of Goods from Others*, ABA Antitrust Section, Monograph No: 8.

AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Birinci Baskı, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

AREEDA, P. ve D. F. TURNER (1978), *Antitrust Law*, Vol. III, Fourth Edition, Little Brown and Company, Boston.

AREEDA , P. ve L. KAPLOW (1992), *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases (1992 Supplement)*, Fourth Edition, Little Brown and Company, Boston.

ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, İkinci Basım, Ekin Kitabevi, Bursa.

AVRUPA KOMİSYONU, “22.12.1999 tarih ve 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü”OJ L 336/21-25, 1999

AVRUPA KOMİSYONU, “13.10.2000 tarihli “Dikey Sınırlamalar Hakkında Rehber” başlıklı Komisyon Duyurusu”OJ C 291, 2000

BOWMAN, W. S. (1957), “Tying Arrangements and the Leverage Problem” *Yale Law Journal*, Vol. 67, 19-36.

BLAIR, R. D. ve J. B. HERNDON (1999), “The Misapplication of Kodak in Franchise Suits”, *Journal of Business Venturing* 14, 397-415.

BLAIR, R.D. ve D: L: KASERMAN (1985), *Antitrust Economics* Homewood, IL: Richard D. Irwin.

BANKS, T. L: (2000), *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, Second Edition, Aspen Law and Business, New York.

BORK, R.H. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, Free Press, New York.

BURSTEIN, M. L. (1960), "The Economics of Tie-in Sales", *Review of Economics and Statistics*, Vol.42, 68-73.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN (1998), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries" *NBER Working Paper Series*, No. 6831.

CHOI, J. P. ve C. STEFENADIS (2001), "Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory", *RAND Journal of Economics*, 52-71.

ÇETİNKAYA, M. (2001), "İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler" (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara

DEMİRÖZ, A. ve SENYÜCEL O. (2000); "Microsoft Davasına Genel Bir Bakış", *Rekabet Dergisi*, Rekabet Kurumu, Ankara.

GELLHORN, E. ve W. E. KOVACIC (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Fourth Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn.

HOVENKAMP, H. (1999), *Federal Antitrust Policy*, Second Edition, West Group Publishing Co., St. Paul.

KARA, A. F. (2001), "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması" (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.

KINTNER, E. W. (1973), *An Antitrust Primer*, Second Edition, The Macmillan Company, New York.

KWOKA, J.E. ve J.W. WHITE (1999), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

NELSON, L. (1970), "Tying Arrangements Reconsidered: A Review of Fortner Enterprises, Inc. v. U. S. Steel Corp., et al." *Antitrust Bulletin*, Vol.15, 7-32.

POROY, R. ve H. YASAMAN (1995), *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.

POSNER, R. (1974), "Exclusionary Practices and the Antitrust Laws", 41 *University of Chicago Law Review* 506.

POSNER, R. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago.

POSNER, R. (1977), "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision", 45 *University of Chicago Law Review* 1.

RITTER, L. ve W.D. BRAUN, F. RAWLINSON (2000), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Second Edition, Kluwer Law International, London.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği* Birinci Baskı, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

SCHERER, F. M. ve D. ROSS (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Third Edition, Houghton Mifflin Company, Boston.

SLAWSON, D. (1980), "A Stronger, Simpler Tie-in Doctrine", *Antitrust Bulletin*, 671-699.

SU, K. T. (2001), "Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi", (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara

SULLIVAN, E. T. ve J. L. HARRISON (1998), *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Third Edition, Matthew Bender & Co., Inc., New York.

SULLIVAN, E. T. ve H. HOVENKAMP (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Fourth Edition, Lexis Law Publishing, Virginia.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Birinci Baskı, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

TURNER, D. (1958), "The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws" *Harvard Law Review*, Vol. 82, 50-75.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE: "Vertical Restraints Guidelines", 50 Fed. Reg. 6263 (Feb. 14, 1985).

VELTROP, J.D. (1994), "Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law" *CMLR.*, Vol.31, 549-573.

VISCUSI, W. K. ve J. M. VERNON, J. E. HARRINGTON (1995), *Economics of Regulation and Antitrust*, Second Edition, The MIT Press, London.

WHINSTON, M. (1990), "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *The American Economic Review*, Vol. 80, No. 4, 837-859.

YOUNG, E. D. (1990), "The Economic Interest Requirement in the Per se Analysis of Tying Arrangements: A Worthless Inquiry" *Fordham Law Review*, Vol. 58, 1353-1368.

ABD MAHKEME KARARLARI

Trans Missouri Freight Association v. United States., 166 U. S. 290 (1897)

Motion Picture Patents v. Universal Film Co., 243 U. S. 502 (1917).

FTC v. Gratz, 253 U. S. 421 (1920).

United Shoe Machinery Corp. v. United States, 258 U. S. 451 (1922).

FTC v. Sinclair Refining Co., 261 U. S. 463 (1923).

International Business Machines Corp. v United States, 298 U. S. 131 (1936).

International Salt Co., Inc. v. United States, 332 U. S. 392 (1947).

Standard Oil Co. of California v United States, 337 U. S. 293, 305-306 (1949).

Times-Picayune Publishing Co. United States, 345 U. S. 594, 606 (1953).

Northern Pacific Rly Co. v United States, 356 U. S. 1, 5 (1958).

United States v. Loew's Inc., 371 U. S. 38 (1962).

Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel, 394 U. S. 495 (1969).

Siegel v. Chicken Delight, Inc., 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U. S. 955 (1972).

United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 429 U. S. 610 (1977).

Sergeant-Welch Scientific Co. v. Venton Corp., 567 F.2d 701 (7th Cir.1977), *cert. denied*, 439 U. S. 822 (1978).

National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U. S. 679, 690 (1978).

Keener v. Sizzler Family Steak Houses, 597 F.2d. 453 (5th Cir. 1979).

Yentsh v. Texaco, Inc., 630 F. 2d 46 (2d Cir. 1980).

Jefferson Parish Hospital v. Hyde, 466 U. S. 2 (1984).

Eastman Kodak Co. v Image Technical Services Co., 504 U. S. 451 (1992).

United States v. Microsoft, Civil Case No: 98-1232 (1998).

EK 1: PAZAR PAYLARI AÇISINDAN DAVALAR

PAZAR PAYI	DAVA ADI	GEREKÇE
% 0.1	Parts and Electric Motors, Inc. v. Sterling Electric, Inc.	Benzersizliğe dayalı pazar gücü vardır.
% 0.7	Vetter Corp. v. American Honda Motor Co.	Pazar gücü mevcut değildir.
< % 1	Grappone v. Subaru of New England Inc.	Pazar gücü mevcut değildir.
< % 1	3 P.M., Inc. v Basic Four Corp.	Pazar gücü mevcut değildir.
> % 1	Wilson v. Mobil Oil Corp. (1998)	Pazar gücü mevcut değildir.
% 2-4	A.I. Root Co. v. Computer/ Dynamics, Inc.	Pazar gücü mevcut değildir.
% 3	McCormic v. Bradley	Pazar gücü mevcut değildir.
< % 5	Seaward Yacht Sales, Ltd. v. Murray Chris-Craft Cruisers, Inc.	Pazar gücü mevcut değildir.
% 5	R.D. Imports Ryno Industries, Inc. v. Mazda Distributors, Inc.	Pazar gücü mevcut değildir.
% 6	Blackwell v. Power Test Corp.	Pazar gücü mevcut değildir.
< % 10	Continental Trend Resources, Inc. v. OXY USA, Inc.	İlgili pazar içinde yetersiz güç
< % 10	Exxon Corp. v. Koutney	Pazar gücü mevcut değildir.
% 10-12	Town Sound and Custom Tops Inc. v. Chrysler Motors Corp.	Per se ihlal için yetersiz pazar gücü
% 17.5	Breaux Brothers Farms, Inc. v. Teche Sugar Co., Inc.	Per se ihlal için yetersiz pazar gücü
% 18	Marts v. Xerox, Inc.	Yetersiz pazar gücü
% 23	Image Technical Service, Inc. v. Eastman Kodak Co.	Tartışmalı pazar gücü
< %25	Wilson v. Mobil Oil Corp.	İddianın kendiliğinden çürütülememesi
% 25	Brokerage Concepts, Inc. v. U. S. Healthcare, Inc.	Per se ihlal için yetersiz pazar gücü
% 27.3	Step v. Ford Motor Credit Co.	Pazar gücü mevcut değildir.
% 30	Leff Radio Parts, Inc. v. Mattel, Inc.	Pazar gücü mevcut değildir.

PAZAR PAYI	DAVA ADI	GEREKÇE
% 30	Jefferson Parish	Pazar gücü

		oluşturulamamıştır.
> % 30	Smith Machinery Corp. v. Hesston, Inc.	Bir ürüne ilişkin yeterli ekonomik güç
% 30-50	Early Ford Tractor v. Hesston Corp.	Etkiye dayalı olarak ihtarda bulunulmuştur.
% 31	Western Power Sports, Inc. v. Polaris Industries Partners L.P.	Olayın gerçekliği sorgulanmıştır.
% 33-40	Times-Picayune Publishing Co. v. United States	Per se ihlali için yetersiz pazar gücü
% 50	Ceiling&Interior Systems Supply, Inc. v. USG Interiors, Inc.	Önemli derecede pazar payına rağmen güce ilişkin delil yetersizliği
% 60	McComb&Sons, Inc. v. Memory Gardens Management Corp., Inc.	Pazar gücü
% 70-75	Monument Builders of Greater Kansas City, Inc. v. American Cemetary Association of Kansas	Pazar gücü
% 67-90	Ortho Diagnostics Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc.	Her bir ürün üzerinde tek el gücünün varlığı

(Kaynak: Banks 2000)

EK 2: TİCARİ HACİM AÇISINDAN DAVALAR

MİKTAR (USD)	DAVA ADI	SONUÇ
10.091	Tie-X-Press, Inc. v. Omni Promotions Co. of Georgia	Yeterli
12.000	Leff Radio Parts, Inc. v. Mattel, Inc.	Pazarın kapatılması için yetersiz
27.000	Microbyte Corp. v. New Jersey State Golf Association	Pazar kapatılması için yeterli
50.000	AAMCO Automatic Transmissions, Inc. v. Tyloe	Pazar kapatılması için yeterli
60.800	United States v. Loew's, Inc.	Yeterli
100.000	Genna v. Lady Foot International, Inc.	Yeterli
190.000	Fortner I	Yeterli

(Kaynak: Banks 2000)