

EKONOMİK ve HUKUKİ AÇIDAN
PİYASA KAPAMA ETKİSİ

ALPER KARAKURT

ANKARA 2005

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ
KISALTMALAR
GİRİŞ

Bölüm 1 **TEORİK AÇIDAN PİYASA KAPAMA ETKİSİ**

- 1.1. GENEL OLARAK
- 1.2. PİYASA KAPAMA TÜRLERİ
 - 1.2.1. Piyasanın Bütünü ile Rekabete Kapanması
 - 1.2.2. Piyasanın Kısmen Rekabete Kapanması
 - 1.2.2.1. Darboğaz (Bottleneck) Teorisi
 - 1.2.2.2. Gerçek Piyasa Kapama Etkisi
- 1.3. PİYASA KAPAMA ARAÇLARI
 - 1.3.1. Tek Taraflı Eylemler
 - 1.3.2. Anlaşmalar
 - 1.3.2.1. Piyasa Kapama Etkisi Doğuran Anlaşma Türleri
 - 1.3.2.2. Piyasa Kapama Etkisi Doğuran Anlaşmalara Yönelik Genel Yaklaşım
 - 1.3.3. Birleşme/Devralmalar
- 1.4. PİYASA KAPAMA ETKİSİNE DAYALI ETKİNLİK ARGÜMANLARI
 - 1.4.1. Mevcut Sözleşmelerin Problemleri
 - 1.4.2. Piyasa Kapama Etkisinin Çözdüğü Problemler
 - 1.4.2.1. Fırsatçı Davranış Problemi
 - 1.4.2.2. Eksik Taahhüt Problemi
 - 1.4.2.3. Vazgeçme Problemi
 - 1.4.2.4. İşlem Maliyeti Problemi
 - 1.4.2.4.1. Koordinasyon Maliyeti
 - 1.4.2.4.2. Motivasyon Maliyeti

Bölüm 2

HUKUKİ AÇIDAN PİYASA KAPAMA ETKİSİ

- 2.1. A.T. REKABET POLİTİKASI
 - 2.1.1. Genel Olarak
 - 2.1.2. R.A. 81(1) inci madde Bağlamında Piyasa Kapama Etkisi
 - 2.1.2.1. Dikey Anlaşmaların Piyasa Kapama Etkisi
 - 2.1.2.2. Benzer Türden Dikey Anlaşmaların Oluşturduğu Paralel Ağların Piyasa Kapama Etkisi
 - 2.1.3. R.A. 82 nci Madde Kapsamında Piyasa Kapama Etkisi
 - 2.1.4. Birleşme/Devralmalar
- 2.2. A.B.D. REKABET POLİTİKASI
 - 2.2.1. Anlaşmalar
 - 2.2.1.1 Piyasa Payı Testi
 - 2.2.1.2 “Rule of Reason” Yaklaşımı
 - 2.2.2. Birleşme/Devralmalar
- 2.3. A.T. ve ABD UYGULAMALARININ KARŞILAŞTIRMASI

Bölüm 3

TÜRKİYE UYGULAMASI

- 3.1. REKABET KURULU KARARLARINDA PİYASA KAPAMA ETKİSİ
- 3.2. 2002/2 SAYILI DİKEY ANLAŞMALARA İLİŞKİN GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ
 - 3.2.1. Genel Olarak
 - 3.2.2. 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin Piyasa Kapama Yaklaşımı

SONUÇ
ABSTRACT
KAYNAKÇA

SUNUŞ

Piyasa aksaklıklarından arındırılmış veya aksaklıkları en aza indirgenmiş bir ekonomik yapı ve etkin bir şekilde uygulanan rekabet hukuku ve politikası yalnızca gelişmiş ülkelerin ekonomileri için değil aynı zamanda, gelişmekte olan ülke ekonomileri için de hayati öneme sahip olan vazgeçilmez bir gerekliliktir. Ülkemizde de bu gereklilik Anayasa’da kabul görmüş ve devlete mal, hizmet ve sermaye piyasalarının etkin bir şekilde işleminin önündeki engelleri kaldırma görevi yüklenmiştir. Devletimiz mal ve hizmet piyasalarındaki etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması görevini 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile Rekabet Kurumu’na vermiştir.

Rekabet Kurumu, kurulduğu günden itibaren 4054 sayılı Kanun tarafından kendisine verilen görevler doğrultusunda çalışmaktadır. Bu doğrultuda, inceleme ve değerlendirmeleri yapan meslek personeli, yeterliklerini artırmak ve güncel gelişmeleri takip edebilmelerini sağlamak için sürekli bir eğitim içerisinde bulunmaktadır. Ayrıca, Kurum personeline yönelik bu meslek içi eğitimin yanı sıra, Rekabet Kurumu olarak iş dünyamıza, uygulayıcılara, akademisyenlere ve konu ile ilgilenen diğer kişilere yönelik yapılan staj, eğitim, konferans, panel ve seminer gibi aktivitelerle toplumu ve iş dünyamızı bilgilendirme çalışmalarına ilk kurulduğumuz yıldan itibaren büyük önem vermekteyiz.

Rekabet Savunuculuğu ve toplumu bilgilendirme çalışmalarımıza yardımcı olması nedeniyle meslek personelinin uzman yardımcılığından uzmanlığa geçiş aşamalarında hazırlamış oldukları uzmanlık tezlerini bir seri halinde dönem dönem yayımlamaktayız. Bundan beş altı yıl kadar önce ülkemizde rekabet hukuku ve rekabet politikası alanında çok sınırlı sayıda akademik çalışma varken bu sayı giderek yükselmektedir. Bu çalışmaların öncülerinden olan ilk dönemlere ait uzmanlık tezleri genellikle konunun ana kavramları ve genel tartışma noktaları üzerinde yoğunlaşırken, sonraki dönemlere ait tezlerde rekabet hukuku ve politikasının daha ayrıntılı ve tartışmalı konularına değinildiği görülmektedir. Bu durum ülkemizdeki tarafların ve iş dünyamızın rekabet hukuku ve politikasını benimsediğinin ve konu ile ilgili bilgi ihtiyaçlarının temel kavram ve tartışmaları aştığının bir göstergesidir.

Üç yıllık bir uygulama deneyiminin ardından titiz bir akademik araştırma sürecinden geçtikten sonra hazırlanan rekabet uzmanlığına yükselme tezleri meslek personelimizin çalışma deneyimleri ve yoğun bir eğitim sürecinin sonunda ortaya çıkan ürünleridir. Bu çalışmaların, konu hakkında yazılan yerli eserlerin halen yeterli sayıda ve yoğunlukta olmamasından kaynaklanan boşluğu dolduracağını ve tüm kesimlere faydalı olacağını ümit ediyoruz.

Mustafa PARLAK

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik devletleri
AT	: Avrupa Topluluđu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
bkz.	: Bakınız
CMLR	: Common Market Law Reports
2d	: Second Series
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Report
ECU	: European Currency Unit
F.	: Federal
F.Supp.	: Federal Reporter Supplement
FTC	: Federal Trade Commission
Ibid	: Ibidem
İlk Derece	
Mahkemesi	: Avrupa İlk Derece Mahkemesi
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Mahkeme	: Avrupa toplulukları adalet Divanı
MC	: Marginal Cost
MR	: Marginal Revenue
No.	: Numara
OJ	: Official Journal
p.	: Paragraf
RA	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
S.Ct	: Supreme Court
t.	: Tarih
OECD	: Organisation for Economic Cooperation and Development
UNICE	: Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe
US	: United States Reporter
USA	: United States of America
v.	: Versus
Vol.	: Volume
WTO	: World Trade Organization

GİRİŞ

Rakiplerin alt ya da üst piyasada faaliyet gösteren alıcı ya da sağlayıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejiler, bir taraftan piyasa kapama etkisi yaratmak suretiyle rekabet düzeyini olumsuz etkilerken, diğer taraftan piyasa başarısızlığı olarak nitelendirilebileceğimiz kimi sorunları çözerek etkinlik artışı sağlamaktadır. Piyasa kapayıcı eylemlerin bu etkilerine ilişkin farklı yaklaşımların mevcudiyeti, söz konusu ticari stratejilerin teorik olarak derinlemesine incelenmesini zorunlu kılmıştır.

Piyasa kapama etkisini rekabet politikaları açısından önemli kılan husus, söz konusu etkinin markalararası rekabetin kısıtlanması şeklinde kendini göstermesidir. Markalararası rekabet düzeyinde meydana gelen azalma, yalnızca mevcut teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlandırılmasından değil aynı zamanda piyasaya yeni girişlerin kısıtlanmasından da kaynaklanmaktadır.

Bu açıdan rekabet politikası, mevcut ve potansiyel rekabetin korunması adına piyasa kapayıcı davranışları sınırlandırma gereksinimi duymuştur. Tezin amacı da, piyasa kapama etkisini düzenlemeye yönelik bahsedilen politikanın sınırlarının ne olduğuna ilişkin sorunun cevabını tespit etmeye çalışmaktır.

Bu amaç doğrultusunda tezde, piyasa kapama etkisini düzenlemeye yönelik politikanın sınırları yalnızca teorik boyutuyla değil AT ve ABD uygulamaları açısından da ele alınacaktır. Bu bağlamda AT ve ABD Rekabet Politikalarının her birinin piyasa kapama etkisine yönelik yaklaşımlarının tarihsel süreçteki gelişiminin incelenmesi, piyasa kapayıcı davranışlara ilişkin ülke uygulamalarının pratik sonuçlarını ortaya koyacaktır.

AT ve ABD Rekabet Politikalarının piyasa kapama etkisine yönelik mevcut yaklaşımlarının ortak ve farklı yönlerinin belirlenmesi, Türk Rekabet Politikası'nın şekillenmesinde de önemli rol oynayacaktır. Aynı zamanda "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin piyasa kapama etkisini düzenlemeye yönelik hükümlerinin analiz edilmesi, uygulamada karşılaşılabilecek sorunların belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında; tezin ilk bölümünde teorik boyutuyla piyasa kapamaya yönelik ticari davranış türleri ve söz konusu davranışların rekabeti artırıcı ve azaltıcı yönleri incelenecektir. İkinci bölümde sırasıyla AT ve ABD Rekabet Politikaları ayrıntılı analiz edilerek iki politikanın farklı yönleri ve bu farklılıkların nedenleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Türkiye uygulamasının konu edinildiği üçüncü bölümde ise piyasa kapama etkisine yönelik Rekabet Kurulu kararları kısaca incelendikten sonra yine bu çerçevede “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”, “2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü” ile karşılaştırılarak analiz edilecektir. Bu analiz doğrultusunda “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin piyasa kapama etkisine ilişkin yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

BÖLÜM 1

TEORİK AÇIDAN PİYASA KAPAMA ETKİSİ

Bu bölümde sırasıyla piyasa kapama etkisinin tanımı, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri, piyasa kapama türleri ve piyasa kapama etkisi doğuran uygulamalar incelendikten sonra piyasa kapama etkisine ilişkin etkinlik tartışmalarına yer verilecektir.

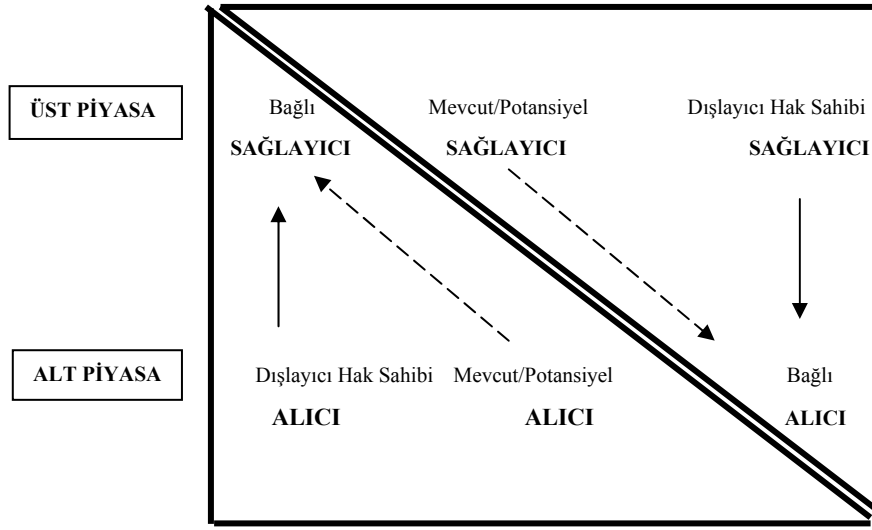
1.1. GENEL OLARAK

Endüstri iktisadında “piyasa kapama etkisi” ya da “piyasanın rekabete kapanması” (foreclosure effect) gibi oldukça farklı tartışmaların var olduğu sınırlı sayıda konu bulunmaktadır. Her ne kadar piyasa kapama etkisi, rekabet ve regülasyon konuları ile ilgilenenler arasında halen tartışılmaya devam etse de, söz konusu ticari stratejinin altında yatan sebep ve sonuçlar ekonomik açıdan tam olarak tespit edilememiştir (Tirole 1997, 193).

En geniş tanımı ile piyasa kapama etkisi; alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejileri ifade etmektedir (Kaserman ve Mayo 1995, 312). Tanımda kullanılan **sağlayıcı**, anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmetleri alıcıya satan teşebbüsü; **alıcı** ise bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüsü

ifade etmektedir¹. Bir diğer tanımda ise piyasa kapama etkisi, mevcut yada piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin rekabet etme şansı bulamadığı piyasa oranı şeklinde ifade edilmiştir (Pheasant ve Weston 1997, 324)².

Alıcının sağlayıcıya erişiminin engellenmesine **üst piyasanın rekabete kapanması**, sağlayıcının alıcıya erişiminin engellenmesi ise **alt piyasanın rekabete kapanması** olarak değerlendirilmektedir (Tirole 1997, 193).



Şekil-1

Üst ve alt piyasa rekabete kapanması Şekil 1’de gösterilmiştir. Buna göre sağlayıcıların üst piyasada faaliyet gösterdikleri, söz konusu sağlayıcılardan ürün temin eden dağıtıcı ya da doğrudan kullanıcıların ise alt piyasada faaliyet gösterdikleri kabul edilmiştir. Şekil 1’deki alttaki üçgende “dışlayıcı hak sahibi” olarak nitelendirilen alıcı, daha sonra ayrıntılı incelenecek olan çeşitli yöntemler vasıtasıyla üst piyasadaki sağlayıcıyı (bağlı sağlayıcı) yalnızca kendisi ile iş yapar konuma getirmiştir. Bu durum karşısında, alt piyasadaki mevcut ya da alt piyasaya yeni girecek olan potansiyel alıcıların söz konusu bağlı sağlayıcıya erişim imkanları ortadan kalktığından, üst piyasanın rekabete kapanması sorunu

¹ “Sağlayıcı” ve “alıcı” kavramlarında, 14 Temmuz 2002 tarihli 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 3 üncü maddesindeki tanımlar kısmı esas alınmıştır.

² Benzer bir tanım için bkz. (Waldman ve Jensen 1998, 421). Bork (1993, 232) ise piyasanın kapanmasının, dışlayıcı faaliyetlerin bir alt katagorisi olduğu ve etkinlik dışındaki vasıtalar kanalıyla rakiplerin dışlanmasını ifade ettiği görüşündedir.

gündeme gelecektir. Şekil 1’de yer alan üstteki üçgende, üst piyasada faaliyet gösteren “dışlayıcı hak sahibi” sağlayıcı, çeşitli yöntemler vasıtasıyla alt piyasadaki alıcıyı (bağlı alıcı) yalnızca kendisi ile iş yapar konuma getirmiştir. Bu durumda üst piyasadaki mevcut ya da üst piyasaya yeni girecek olan potansiyel sağlayıcıların, söz konusu bağlı alıcıya erişim imkanları ortadan kalkacak ve alt piyasa rekabete kapanacaktır.

Salop ve Riordan (1995, 513) ise piyasa kapama etkisini benzer bir ayrıma tabi tutarak iki alt gruba ayırmakta ancak bu grupları “girdi” ve “müşteri kapama etkisi” başlıkları altında değerlendirmektedirler. Girdi sağlayıcısının belirli alıcılara mal vermeyi reddetmesi “girdi kapama etkisi”, müşterilerin rakip sağlayıcıdan mal temin etmeyi reddetmesi ise “müşteri kapama etkisi” olarak adlandırılmıştır.

Şekil 1’de bahsedilen durumda, piyasa kapama etkisinin ortaya çıkmasında etkili olan unsur, erişimin engellendiği üst ya da alt piyasada yalnızca tek bir sağlayıcı ya da alıcının faaliyet göstermesidir. Teorik olarak kabul edilen söz konusu basitleştirici varsayım, gerçek hayatta oldukça nadir karşılaşılan bir durumdur. Erişimin engellendiği pazarlarda faaliyet gösteren alternatif teşebbüslerin varlığı, piyasa kapama etkisini oldukça karmaşık hale getirmektedir. Örneğin dışlayıcı hak sahibi sağlayıcının, kendisine bağladığı alıcının dışında alt piyasada faaliyet gösteren alternatif alıcılar var ise, rakip sağlayıcılar üzerinde rekabeti aşırı derecede kısıtlayabilecek piyasa kapama etkisi ortaya çıkabilecek midir? Bu sorunun cevabı piyasa kapama etkisinin boyutlarının incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Dağıtım seviyesinde ortaya çıkan kapama etkisi, ilgili piyasada bağlı satış noktası sayısının toplam dağıtım ağına oranı şeklinde ifade edilmektedir. Kapama etkisinin sayısal olarak ortaya konulmasında kullanılan bir diğer yöntem ise, ilgili piyasada bağlı satış noktaları satış hacminin, toplam satış miktarına oranının ortaya konulmasıdır. Piyasa kapama oranına ilişkin bu veriler, etkisi itibari ile rekabeti aşırı ölçüde sınırlamayan kısıtlamalar ile rekabet hukuku anlamında dikkatle incelenmesi gereken kısıtlamaların birbirinden ayrılması için kullanılan önemli bir araçtır (Pheasant ve Weston 1997, 324). Ancak piyasa kapama etkisinin değerlendirilmesinde bütünü ile piyasa kapama oranına bağlı kalınması, söz konusu etkinin boyutlarının tam olarak tespit edilmesinde yetersiz kalmaktadır (Ornstein 1989, 67). Bu açıdan yapılan analizlerde; piyasa yoğunlaşma oranı, arz ve talep esnekliği, piyasa kapama

etkisinin ortaya çıktığı pazarın özellikleri ve her olayın kendine özgü nitelikleri³ göz önünde bulundurulmaktadır (Veltrop 1994, 551).

Piyasa kapama etkisinin rekabet hukuku uygulamalarına konu olmasının nedeni, söz konusu etkinin rakip teşebbüslerin maliyetlerini artırmasıdır (Hovenkamp 1999, 320; Jacobson 2002, 352). **Rakibin maliyetini artırma** (raising rivals' cost) olarak nitelendirilen bu kavram; teşebbüsün kendi maliyeti artmaksızın ya da görece daha düşük oranda artmasına karşın, piyasada faaliyet gösteren ya da piyasaya yeni girecek olan rakiplerinin maliyetini yükseltmesidir (Carlton ve Perloff 1994, 407). Rakibin maliyetini artırmaya yönelik çok sayıda ticari strateji bulunmaktadır. Reklam harcamalarını artırmak suretiyle piyasaya yeni girecek rakibin de yüksek reklam harcaması yapmasını sağlamak, sağlayıcı değiştirme maliyetinin artırılması, girdi fiyatlarının artmasını sağlamak, hukuki prosedür ve düzenleyici kurum kararlarından kaynaklanan maliyetler, rakibin maliyetini artırmaya yönelik ticari stratejilerden birkaçıdır (Faull ve Nikipay 1999, 182). Rakibin maliyetini artıran bir diğer ticari strateji ise piyasa kapama etkisidir. Söz konusu etki, piyasa kapama oranına bağlı olarak rakibin mutlak ya da nisbi maliyet düzeyini olumsuz etkilemektedir. Nitekim piyasa kapama etkisi, hem potansiyel rakiplerin hem de piyasadaki mevcut rakiplerin her iki piyasaya birden girmesine, dikey entegrasyon gerçekleştirmesine ya da yeni bağımsız teşebbüsler aramasına neden olmaktadır (Ornstein 1989, 86)⁴. Bu sebeple piyasa kapama etkisi, rakiplerin maliyetini artırmak suretiyle mevcut rekabet düzeyini kısıtladığı gibi piyasaya giriş engeli yaratarak potansiyel rekabeti de engeller (Utton 1996, 224)⁵.

Post-Chicago Ekolü'nün literatüre kazandırdığı rakibin maliyetini artırma, piyasa kapama teorisinin anlaşılmasında önemli rol oynamıştır. Nitekim Chicago Ekolü öncesinde teşebbüslerin piyasa kapamaya yönelik eylemleri rakipleri yok etme amaçlı bir strateji olarak değerlendirilirken⁶, rakibin maliyetini artırma teorisi söz konusu stratejilere piyasadaki rekabetçi etkilerini esas alan daha geniş bir perspektiften yaklaşılmasını sağlamıştır (Hovenkamp

³ Bu nitelikler; ürünün homojen olup olmadığı, endüstri trendi (teknolojinin değişme hızı, teknoloji yapısı), maliyet avantajları, fiyat liderliği, fiyat trendleri, piyasa paylarının değişimi, tüketici tercihleri, teknolojiye erişim imkanları şeklinde sıralanabilir.

⁴ Utton (1996, 222), piyasanın rekabete kapanması suretiyle rakibin maliyetinin artırılması stratejisinin etkili olması için, rekabetin engellendiği pazara önemli giriş engellerinin olması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin alt piyasadaki dağıtıcıları kendine bağlayan sağlayıcının, bu eyleminin diğer rakip sağlayıcıların maliyetini artırması için, dağıtım piyasasına girişin zor olması gerekmektedir. Ancak dağıtım piyasasına giriş kolay ise, sağlayıcının kendisi ya da başka teşebbüsler kolaylıkla bu piyasaya girerek dağıtım fonksiyonu icra edebilecektir.

⁵ Kimi iktisatçılar, piyasa kapama etkisinin pazarda faaliyette bulunmak için gerekli sermaye gereksinimini artırarak piyasa giriş engeli yaratmadığı müddetçe aşırı ekonomik etkilerinin olmayacağı görüşünü savunmaktadırlar (Waldman ve Jensen 1998, 421). Aksi görüş için bkz. Blair ve Fesmire (1990, 31-40).

⁶ Bkz. Chen (2001, 667).

2002, 16)⁷. Nitekim rakiplerin maliyetinin artmasının, piyasadaki üretim ve fiyat düzeyine etkilerinin incelenmesi bu perspektifin bir sonucudur (Jacobson 2002, 353).

1.2. PİYASA KAPAMA TÜRLERİ

1.2.1. Piyasanın Bütünü ile Rekabete Kapanması

Piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı alt (üst) piyasadaki alıcıların (sağlayıcıların) tamamının üst (alt) piyasadaki sağlayıcılar (alıcılar) tarafından bağlanması, diğer bir ifade ile piyasa kapama oranının %100 olması durumunda, mevcut ya da potansiyel rakip sağlayıcılar (alıcılar) faaliyet gösterebilmek için alt ve üst pazarların her ikisine birden girmek zorunda kalacaklardır. Bu durum karşısında rakip teşebbüsler, oldukça yüksek bir maliyet ile karşı karşıya kalacaklardır⁸ (Waldman ve Jensen 1998, 421-422). Bu maliyetler; rakip teşebbüsün girmek zorunda kaldığı piyasada bir tecrübesinin olmaması dolayısıyla sermaye arz edenlerin talep edeceği risk primi, her iki piyasaya birden intibak etme süresinin uzun olmasından kaynaklanan zamanlama maliyeti, tecrübe kazanma sürecinin doğurduğu maliyet (learning-by-doing) gibi unsurlardır (Ornstein 1989, 87).

1.2.2. Piyasanın Kısmen Rekabete Kapanması

Piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazardaki teşebbüslerin tamamının diğer pazardaki teşebbüs/ler tarafından bağlanmaması durumunda, teorik olarak alt ve üst pazarların her ikisinde birden faaliyette bulunma zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak bu durumda da belirli koşulların varlığı halinde, piyasa kapama etkisi ve buna bağlı olarak rakibin maliyetinin artması gündeme gelebilecektir⁹.

⁷ Aynı zamanda Hovenkamp (2002, 17), rakibin maliyetini artırma teorisi ile birlikte piyasa kapama etkisinin konu olduğu davalardaki rekabetçi analizlerin oldukça geliştiği ve stratejik davranışların ekonomik alt yapısının daha iyi anlaşıldığı kanaatindedir.

⁸ Bork (1969, 148), rekabetçi düzeyin ötesinde bir karın söz konusu olması halinde potansiyel rakibin, her iki piyasaya birden girmek zorunda kalsa dahi sermaye piyasasından kaynak temin ederek bunu gerçekleştireceğini, bu yönüyle rakip teşebbüsün her iki piyasaya birden girmek zorunda olmasının piyasa kapama etkisi yaratmayacağını savunmuştur. Utton (1996, 221) ise teşebbüsün iki piyasaya birden girmek zorunda olmasının, sermaye arz edenler açısından belirsizlik yaratacağını, bu yüzden teşebbüs tarafından talep edilen sermaye miktarı artıkça söz konusu sermayenin maliyetinin de artacağını söylemiştir.

⁹ Veltrop (1994, 550) bu durumda; rekabete kapanan piyasa oranına, makul alternatiflerin varlığına ve piyasa kapama etkisinin rekabetçi etkilerine bakılması gerektiğini belirtmiştir.

1.2.2.1. Darboğaz (Bottleneck) Teorisi¹⁰

Söz konusu teoriye göre, piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazarda piyasa kapama oranı %100 olmasa dahi rakibin maliyetinin artması söz konusu olacaktır. Özellikle bu husus, piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazardaki teşebbüslerin ürünlerinin homojen olmadığı durumlarda gündeme gelecektir. Örneğin alt piyasada faaliyet gösteren alıcının, üst pazarda kendisine girdi sağlayan **düşük maliyetli/yüksek kaliteli** sağlayıcıları kendine bağlaması, üst pazarda faaliyet gösteren avantajlı konumdaki söz konusu sağlayıcıların rakip alıcılar ile iş yapmasını engelleyecektir. Maliyet avantajına sahip (ya da yüksek kaliteli ürün üreten) sağlayıcıların dışlayıcı hak sahibi alıcı tarafından kendisine bağlanması, rakip alıcıların yüksek maliyetli sağlayıcılara yönelmesi sonucunu doğuracaktır (Bishop ve Walker 2002, 187)¹¹.

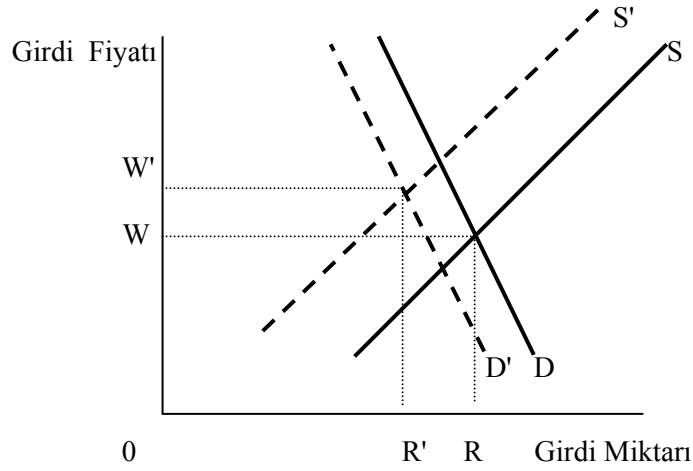
1.2.2.2. Gerçek Piyasa Kapama Etkisi

Darboğaz Teorisi'nde piyasa kapama etkisinin ortaya çıkmasının nedeni, dışlayıcı hak sahibi alıcının düşük maliyetli sağlayıcıları kendisine bağlamasıdır. Gerçek piyasa kapama etkisinde ise; dışlayıcı hak sahibi alıcının kendisine bağladığı sağlayıcıların, üst piyasada faaliyet gösteren diğer bağımsız sağlayıcılardan bir farkı yoktur. Bu yönüyle gerçek piyasa kapama etkisinde ve dolayısıyla rakibin maliyetinin artmasında etkili olan unsur alım miktarıdır.

Dışlayıcı hak sahibi alıcının, ihtiyacının ötesinde bir girdi miktarına tekabül eden girdi sağlayıcısını kendisine bağlaması, gerçek piyasa kapama etkisinin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu durumun incelendiği Şekil 2'de girdi piyasası arz eğrisi (S) ve girdi piyasası talep eğrisinin (D) kesiştiği W-R noktası piyasa denge noktasıdır.

¹⁰ Literatürde "Darboğaz" (Bottleneck) kavramı, "zorunlu unsur" yerine de kullanılmaktadır (Ölmez 2003, 11). Ancak yukarıda bahsedilen Darboğaz Teorisi, zorunlu unsur yaklaşımından oldukça farklıdır. Bkz. s.11.

¹¹ Sağlayıcının etkin dağıtıcıları kendisine bağlaması durumunda, rakip sağlayıcıların etkin olmayan, yüksek maliyetli dağıtıcıları kullanılmak zorunda kalmasının piyasa kapama etkisi yaratacağı görüşü için bkz. Salop ve Scheffman (1983, 19-34); Krattenmaker ve Salop (1986, 235).



Şekil-2

Kaynak: Krattenmaker ve Salop (1986, 237).

Dışlayıcı hak sahibi alıcının üst piyasadaki belirli sağlayıcıları kendisine bağlaması durumunda, piyasa arzı azaldığından S piyasa arz eğrisi kayarak S' konumuna gelecektir. Dışlayıcı hak sahibi alıcının, söz konusu sağlayıcıları kendisine bağladıktan sonra alım piyasasından çekilmesiyle birlikte piyasa talep eğrisi de D' konumuna gelecektir. Şekil'de D'-D aralığı dışlayıcı hak sahibi alıcının girdi talebini yansıtmaktadır. S'-S aralığı ise dışlayıcı hak sahibi alıcının kendisine bağladığı sağlayıcıların piyasaya arz ettiği girdi miktarını göstermektedir. Dışlayıcı hak sahibi alıcının ihtiyacından fazla sağlayıcıyı kendine bağladığından, S'-S mesafesi D'-D mesafesinden büyüktür. Dışlayıcı hak sahibi alıcının üst piyasadaki belirli sağlayıcıları kendisine bağlamasından sonra girdi fiyatı W' noktasına yükselecektir.

Girdi fiyatlarında ortaya çıkan bu artış yalnızca rakip alıcıların değil aynı zamanda dışlayıcı hak sahibi alıcının da maliyetini yükseltecektir¹². Ancak rakip

¹² Darboğaz teorisinde dışlayıcı hak sahibi alıcının maliyetinin yükselmemesinin nedeni, dışlayıcı hak sahibi alıcının düşük maliyetli sağlayıcıları kendisine bağlamasıdır.

alıcıların fiyatı yükselen girdiyi daha yoğun kullanmaları, dışlayıcı hak sahibi alıcının söz konusu sağlayıcıları kendisine bağlamasından doğan etkinlik kazanımları ya da büyük miktarda alımlardan kaynaklanan maliyet avantajları ile birlikte düşünüldüğünde, gerçek piyasa kapama etkisi, rakip alıcıların maliyetlerini nispeten daha fazla oranda artırıcı bir etki doğurabilecektir (Krattemaker ve Salop 1986, 238)¹³.

Dışlayıcı hak sahibi alıcının belirli girdi sağlayıcılarını kendisine bağlaması durumunda, piyasadaki bağımsız sağlayıcıların sayısı azalacaktır. Bu azalmaya paralel olarak bağımsız sağlayıcılar arasındaki işbirliği riski de yükselecektir. Söz konusu işbirliği riski, girdi fiyatlarını ve buna paralel olarak rakip alıcıların satın alma maliyetlerini yükseltebilecektir (Krattemaker ve Salop 1986, 240)¹⁴.

1.3. PİYASA KAPAMA ARAÇLARI

Piyasa kapama etkisinin ortaya çıkmasında pek çok araç kullanılabilir. Bu araçlardan “anlaşma” ve “birleşme-devralma”lar, üst ya da alt piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün diğer pazardaki bir teşebbüsü kendisine bağlamasına sebep olmaktadır. “Tek taraflı eylemler” de ise bu türden bir bağlama söz konusu olmayıp asıl olan teşebbüsün eylemidir.

1.3.1. Tek Taraflı Eylemler

Alt ya da üst piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüs, diğer bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüse mal vermeyi reddetmek suretiyle ya da daha geniş bir tanımla diğer bir piyasadaki teşebbüs ile iş yapmayı reddederek piyasa kapama etkisi yaratabilecektir.

Reddetme eylemi özellikle zorunlu unsur doktrininde önem kazanmaktadır. Zorunlu unsur; rakip teşebbüslerin diğer bir piyasada faaliyet gösterebilmek için yararlanmak zorunda oldukları ve aynısının yapılmasının ya da bulunmasının olanaksız olduğu veya ekonomik olarak rasyonel olmadığı unsur şeklinde tanımlanmaktadır (OECD 1996, 7-8).

Teşebbüs, zorunlu unsura sahip olduğu pazardaki gücünü kullanarak, diğer faaliyette bulunduğu pazardaki rekabetçi yapıyı kendi lehine bozma imkanına sahip olabilmektedir (Ölmez 2003, 12). Zorunlu unsur doktrinine göre

¹³ “Gerçek piyasa kapama etkisi” özellikle “Post-Chicago” ekolünün ortaya koyduğu bir modelidir (Hildebrand 1998, 179).

¹⁴ Bağımsız sağlayıcılar arasındaki işbirliği, söz konusu sağlayıcıların karlılık düzeyini bağlı sağlayıcıya kıyasla yükseltecektir. Hovenkamp (2002, 18) bunun bilincinde olan bağlı sağlayıcının, alıcı ile entegrasyon gerçekleştirmek için aynı oranda getiri talep edeceğini düşünmektedir. Bu sebeple entegre alıcı ile rakip alıcıların maliyetleri aynı oranda artacaktır.

rakip teşebbüslerin zorunlu unsura erişimlerinin engellenmesi, piyasanın oldukça büyük bir bölümünün rekabete kapanması sonucunu doğuracaktır¹⁵. Aynı zamanda zorunlu unsurun alternatifinin olmaması ya da rakip teşebbüsler tarafından kurulmasının rasyonel olmaması, piyasa kapama etkisini kuvvetlendiren unsurlardır¹⁶. Bu yönüyle zorunlu unsur doktrini, uygulama alanı olarak piyasa kapama etkisi ile ortak noktalara sahip olsa da uygulama kriterleri yönünden farklılıklar göstermektedir. Zorunlu unsur doktrininin sahip olduğu, piyasa kapama etkisine göre nispeten sıkı uygulama kriterleri¹⁷, söz konusu doktrinin uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

1.3.2. Anlaşmalar

1.3.2.1. Piyasa Kapama Etkisi Doğuran Anlaşma Türleri

Şekil 1’de alt ya da üst piyasada faaliyet gösteren dışlayıcı hak sahibi alıcı ya da sağlayıcının sahip olduğu söz konusu “dışlayıcı hak”, anlaşma kanalıyla elde edilebilecektir. Özellikle dikey anlaşmalar, dışlayıcı hakkın elde edilmesinde önemli rol oynamaktadır (Abbamonte ve Rabassa 2001, 214). Dikey anlaşma, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır (Hughes, Foss ve Ross 2001, 424). Söz konusu tanımda esas olan anlaşmanın taraflarının birbirlerine rakip olmamalarıdır.

Alicının belirli bir piyasadaki ihtiyaçlarının tümünü yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın alması sonucunu doğuran “**tek marka anlaşması**”nda (single branding)¹⁸ dışlayıcı hak sahibi sağlayıcı, alt piyasada faaliyet gösteren alıcıyı kendisine bağladığından, rakip sağlayıcıların alt piyasadaki alıcılara erişimini engellemektedir (Sullivan ve Harrison 1998, 248). Tek marka anlaşmaları, alıcının belirli bir pazardaki tüm ihtiyaçlarını yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın almasına sebep olan yükümlülük ve teşvik planlarının oluşturduğu “**rekabet etmeme düzenlemeleri**” (non-compete arrangement) içermektedir. Rekabet

¹⁵ ABD uygulamasında zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için teşebbüsün, zorunlu unsurun söz konusu olduğu pazarda monopol olması şartı aranırken, AB uygulamasında hakim durum kriteri yeterli görülmüştür (Ölmez 2003, 5). Bu yönüyle zorunlu unsur uygulamalarında, piyasa kapama etkisi %100 olmasa dahi önemli bir piyasa oranına tekabül edecektir.

¹⁶ Bkz. Whinston (1990, 837-859).

¹⁷ Zorunlu unsur doktrininin uygulama kriterleri için bkz. Tekdemir (2003, 10).

¹⁸ Benzer bir anlaşma türü olan ve alıcının ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin ettiği ya da sağlayıcının rakiplerinden mal temin etmeme yükümlülüğü altına girdiği “münhasır işlem anlaşması” da (exclusive dealing) piyasa kapama etkisi doğurmaktadır.

etmeme yükümlülüğü içeren “**münhasır satın alma anlaşmaları**” (exclusive purchasing) da piyasa kapama etkisi yaratmaktadır¹⁹.

Sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına girdiği “**münhasır satış anlaşması**” (exclusive supply) piyasa kapama etkisi doğuran bir diğer dikey anlaşma türüdür. Münhasır satış anlaşmasında alt piyasadaki dışlayıcı hak sahibi alıcı, üst piyasadaki sağlayıcıyı kendisine bağladığından, alt piyasadaki rakip alıcıların söz konusu sağlayıcıya erişimi ortadan kalkacaktır.

Piyasa kapama etkisi doğuran diğer bir dikey anlaşma türü **bağlayıcı anlaşmadır** (tying agreement). Bağlayıcı anlaşmalar; sağlayıcı teşebbüsün bir mal veya hizmet satımını, alıcının söz konusu maldan farklı olan bir ürünü de alması koşuluna bağladığı anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır²⁰. Bu anlaşma türünde, alıcı tarafından esas olarak talep edilen birincil ürüne “bağlayıcı ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu tutulan ikincil ürüne “bağlanan ürün” adı verilmektedir. Sağlayıcının getirdiği, bağlayıcı ürünle birlikte bağlanan ürünün de satın alınması şartı, bağlanan ürün piyasasındaki rakip sağlayıcıların müşterilere erişimini kısıtlayacak ve bu suretle bağlanan ürün piyasasında piyasa kapama etkisi doğuracaktır (Faull ve Nikpay 1999, 165). Ancak bağlayıcı ürün sağlayıcısının söz konusu pazarda sahip olduğu gücünü, bağlayıcı anlaşmalar yoluyla, bağlanan ürün piyasasındaki rekabeti kısıtlamaya yönelik olarak kullanması, “pazar gücünün başka bir pazara aktarılması teorisi” (leverage) kapsamında değerlendirilmektedir²¹. Bu yönüyle leverage teorisi, bağlayıcı anlaşmaların değerlendirilmesinde piyasa kapama etkisinden yararlanmaktadır.

1.3.2.2. Piyasa Kapama Etkisi Doğuran Anlaşmalara Yönelik Genel Yaklaşım

Üreticiler ürettikleri ürünün fiyatını artırdıklarında aynı zamanda rakip mala olan talebi de artırmış olurlar. Fiyatı artırarak kar marjını yükseltmeye

¹⁹ Münhasır satın alma anlaşmalarında alıcı, yalnızca **anlaşma konusu** mal veya hizmetleri münhasıran tek bir sağlayıcıdan almak zorundadır. Bu açıdan münhasır satın alma anlaşmalarında alıcı üzerine getirilen yükümlülük, anlaşma konusu mal ve hizmetlerle sınırlıdır. Normalde alıcı, anlaşma konusu mallarla **rakip olan malları** alabilir, üretebilir ve dağıtabilir. Bu yönüyle teorik olarak söz konusu anlaşma türü piyasa kapama etkisi doğurmamaktadır. Ancak uygulamada münhasır satın alma anlaşmalarında, rakip malların alımı ya da satımını engelleyecek hükümlere de yer verilmesi (rekabet etmeme düzenlemeleri) ya da anlaşmaya konu ürünün, marka ya da benzeri yollarla tam olarak tespit edilmemesi nedeniyle, münhasır satın alma yükümlülüğünün rakip malları da kapsayacak şekilde geniş tanımlanması piyasa kapama etkisi ortaya çıkabilmektedir.

²⁰ Bkz. Ünlüsoy (2003, 4-5).

²¹ Bkz. Bowman (1957, 19-36).

yönelik bu stratejinin yarattığı pozitif dışsallık²², nihai satış noktalarında fiyatı artan ürün yerine rakip mallara olan talebin artması ve böylece rakip firmaların pazar payını artırması ile sonuçlanır. Bu durumun farkında olan üreticiler, rekabetçi ortamda fiyatı düşük tutmaya ve daha az kar marjı elde etmeye razı olmaktadır. Üretici perspektifinden, markalararası rekabetin yoğun olduğu, ürün homojenliğinin yüksek olduğu piyasalar da bu durum oldukça önem kazanmaktadır.

Dikey anlaşmaların etkilerinin değerlendirilmesi, sanıldığı gibi aksine oldukça karmaşıktır. Tek marka anlaşmaları gibi dağıtıcıyı rakip malları dağıtmaktan alıkoyan münhasır hükümler içeren sözleşmeler ya da dolaylı yollarla (indirim sistemleri, satış taahhüdü gibi) rakip malların dağıtımını kısıtlayan dikey sınırlamalar iki farklı etki doğurmaktadır. Bu tür kısıtlamalar bir yandan -tüm toplum yararına- üreticinin satış ve promosyon faaliyetlerine optimal yatırımı yapmasını sağlarken diğer yandan -toplum zararına- piyasayı kapama etkisi yolu ile rekabeti kısıtlamakta, mevcut firmaları piyasa dışına ittiği gibi yeni girecek potansiyel rakiplere de giriş engeli yaratmaktadır. Ticari hayatta çok sık karşımıza çıkan bu tür dikey kısıtlamalar iki farklı etkiyi bünyesinde bulundurduğu için ikilem yaratmaktadır. Bu noktada rekabet otoriteleri, yaptıkları analizde her iki yönü de içeren çok yönlü bir tutum sergilemek zorunda kalmaktadırlar (Waterson ve Dobson 1996, 18).

Diğer taraftan hukukçular ve ekonomistler bu türden anlaşmalara rekabetçi açıdan çok sıcak bakmamışlardır. Genel olarak tek marka anlaşmalarının giriş engeli oluşturduğu ve rakip firmalar yönünden dağıtım kanallarında piyasa kapama etkisi yarattığı düşünülmüştür²³. Aynı zamanda piyasadaki tüm aktörlerin müşterileri ile benzer türden anlaşmalar imzalamaları durumunda, üreticiler arası gizli anlaşma riskinin artacağı beklentisi oluşmaktadır. Bu açıdan tek marka anlaşmalarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak temel etken, piyasa kapama oranıdır.

²² Dışsallık; ödenmeyen ve ödettirilemeyen, diğer bir ifade ile fiyat sistemine yansımaya fayda ve maliyetler olarak tanımlanmaktadır (Türkkan 2001, 281).

²³ Steuer (1983, 101); alt piyasadaki alıcıların “dağıtıcı” değil “nihai kullanıcı” olması durumunda, tek marka anlaşmalarının, bu anlaşmalar kanalıyla tedarikte bulunan müşterilerin tüketimi miktarınca piyasa kapama etkisi yaratacağını belirtmiştir. Alt piyasadaki aktörlerin dağıtıcı olması durumunda, piyasa kapama etkisinin gerçek bir giriş engeli yaratıp yaratmadığını ortaya koymak için alternatif dağıtım ağlarının varlığına, yeni dağıtım şirketlerini kurabilme olasılığına ve mevcut dağıtım şirketini devralabilme olasılığına bakmak gerekmektedir. Ancak münhasır anlaşma ile bağlanan alt piyasa aktörleri nihai müşteriler ise, rakip sağlayıcının -dağıtım sektöründe olduğu gibi- alternatif müşteri araması ya da kendi müşterilerini kurmasının mümkün değildir. Sonuç olarak nihai müşterilerin münhasıran anlaşmaya taraf olması durumunda, piyasa kapama etkisinin rekabeti olumsuz etkileme olasılığı artmaktadır.

Piyasa kapama oranı ne kadar fazla olursa buna bağlı rekabet ihlali olasılığı da o kadar fazla olmaktadır (Ornstein 1989, 65)²⁴.

Teşebbüslerin dikey anlaşmalar kanalıyla piyasayı rekabete kapatmak istemesinin nedeni, markalararası rekabeti kısıtlama isteğidir²⁵. Üst piyasada faaliyet gösteren sağlayıcının, alt piyasadaki alıcıları kendine bağlamak suretiyle rakip sağlayıcıların alt piyasaya erişimini engellemesi, üst piyasadaki markalararası rekabeti kısıtlayacaktır. Markalararası rekabet düzeyinde meydana gelen azalma, yalnızca üst piyasadaki mevcut sağlayıcılar arasındaki rekabetin sınırlanmasından değil aynı zamanda üst piyasaya yeni girişlerin kısıtlanmasından da kaynaklanmaktadır (Bishop ve Walker 2002, 187).

Aghion ve Bolton'un 1987 yılındaki öncü çalışmasında, sözleşmelerin giriş engeli olarak kullanıldığı stratejik davranışın piyasadaki rekabetçi etkileri analiz edilmiştir. Aghion ve Bolton modellerinde şu varsayımları kabul etmişlerdir:

- a. Piyasadaki mevcut monopol firma tek bir müşteriye mal satmaktadır.
- b. Monopol firma ile müşterileri arasında münhasır bir sözleşme olmadığı durumda, piyasaya yeni firmanın girebilmesi için, maliyetinin monopol firmadan düşük olması gerekmektedir²⁶.
- c. Monopol firma ile müşterileri arasında münhasır bir sözleşme olmadığı durumda yeni giren firma, kendi maliyeti ile monopol firmanın maliyeti arasındaki fark kadar kazanç elde etmektedir.

²⁴ Ornstein (1989, 86), piyasa kapama etkisi doğuran anlaşmaların değerlendirilmesinde üç aşamalı bir analiz benimsenmesi gerektiğini düşünmektedir. Öncelikle teşebbüsün anlaşmalarının oluşturduğu piyasa kapama oranı tespit edilmelidir. Ardından bu oranın bir giriş engeli yaratıp yaratmadığı incelenmelidir. Bu incelemede anlaşma ile bağlı olan dağıtıcıların başka teşebbüsler ile çalışabilme olasılığının var olup olmadığı, yeni dağıtım ağlarının kurulup kurulamayacağı ve başka dağıtıcıların piyasaya girip giremeyeceği değerlendirilmelidir. Şayet bu iki aşamadan sonra söz konusu anlaşmaların, piyasaya yeni girecek potansiyel rakip açısından giriş engeli oluşturduğu düşünülüyorsa, piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazardaki rekabet düzeyinin yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir.

²⁵ Sağlayıcının satışlarını belirli bir bölge ya da müşteri grubu için yalnızca tek bir dağıtıcıya gerçekleştirdiği "münhasır dağıtım" ve "münhasır müşteri tahsisi anlaşmaları" ile satış yapılacak dağıtıcılara belirli şartların zorunlu kılındığı "seçici dağıtım anlaşmaları", dağıtıcı sayısını sınırlamak suretiyle alt piyasaya girmek isteyen diğer dağıtıcılara pazarı kapatabilir. Yalnızca **marka içi rekabeti** sınırlandıran söz konusu anlaşma türleri, tez kapsamında değerlendirilmemektedir.

²⁶ Piyasaya yeni girecek rakip, mevcut monopol firmanın maliyetini tespit etmek ya da en azından kendi maliyetinden düşük olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Modele göre monopol firmanın maliyetinin düşük olup olmadığını göstergesi, münhasır sözleşmelerin süresi ve cezai şartın ağırlığıdır. Şayet monopol firma, maliyetinin yeterince düşük olmadığını düşünüyor ve piyasaya potansiyel girişlerin olacağından korkuyorsa, münhasır sözleşmenin süresini mümkün oldukça uzun tutacaktır. Bu şekilde sürenin uzun ya da kısa olması yeni girecek firma için gösterge teşkil edecektir.

Bu varsayımlar altında Aghion ve Bolton (1987, 388-401), münhasır sözleşmenin feshine dayalı cezai şartın, piyasaya yeni giren düşük maliyetli rakibi, elde edeceği karın bir kısmını monopol firmaya ödemek zorunda bırakacağını söylemiştir (Yeni firma, mevcut müşteriler ile sözleşme imzalayabilmek için, müşterilerin monopol firma ile imzaladığı münhasır satın alma anlaşmalarının feshinden doğan cezai şartı ödemek zorunda kalacaktır). Bu da kimi durumlarda piyasaya girişi engelleyecektir.

Ancak cezai şart, piyasaya yeni giren firmanın maliyet avantajından düşükse, piyasaya girişi engelleyemeyecektir.

Chicago Okulu temsilcileri rekabet hukukunda münhasır satın alma anlaşmalarının “per se” yasal değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır²⁷. Sebebini ise şu şekilde açıklamışlardır: Monopol firma, müşterilerine münhasır satın alma anlaşması imzalatabilmek için bir takım avantajlar vermek durumundadır. Diğer bir ifade ile monopol firmanın münhasır anlaşmalar kanalıyla gücünü koruyarak elde edeceği rantın farkında olan müşteriler, bu ranttan pay almadıkça münhasır anlaşma imzalamak istemeyeceklerdir. Örneğin yeni bir rakip üreticinin piyasaya girmesi ile oluşacak rekabet neticesinde alış fiyatı %10 düşecekse; müşteri, rakip üreticinin piyasaya girmesini ve bunun sonucunda fiyatların %10 gerilemesini engelleyen münhasır satın alma anlaşmasını imzalamak için cari fiyattan %10 indirim talep edecektir. Bu sebeple monopol karını müşterilerine vermek zorunda kalan monopol firma, yalnızca rekabeti kısıtlama amacıyla münhasır satın alma anlaşması imzalamayacaktır. Monopol firmanın bu sözleşmeleri kullanmasındaki temel amaç etkinlik artışıdır. Chicago Okulu'nun bu görüşüne karşılık Aghion ve Bolton; monopol firmanın, üçüncü şahıs olarak nitelendirilen “yeni müşteri” ve “yeni rakip firmadan” rant elde etmesi durumunda, münhasır sözleşme imzalamak isteyeceği sonucuna ulaşmışlardır. Monopol firma, rakibin piyasaya girmesini engellemek için gerekli tavizleri verip mevcut müşteriler ile münhasır satın alma anlaşmaları imzaladıktan sonraki dönemde, -bu dönemde potansiyel rekabet riski ortadan kalkmıştır- piyasaya yeni giren müşteriler ile -herhangi bir rekabetçi baskı altında olmadığından- monopol fiyatı üzerinden sözleşme imzalayacaktır. Yeni müşteriden elde edilen rantın yanı sıra, yeni giren rakip firmanın mevcut müşteriler ile sözleşme imzalamak için monopol firmaya ödemek zorunda kalacağı “münhasır sözleşme fesih tazminatı” da elde edilecek ikinci bir rant türüdür. Aghion-Bolton modeline göre monopol firma söz konusu iki rantı elde etmek için -rekabeti kısıtlama amacı ile- münhasır anlaşma imzalayabilecektir (Masten ve Snyder 1993, 33-70).

²⁷ Bkz. Bork (1993, 309); Posner (1976, 212).

Piyasadaki mevcut monopol firmanın alıcıları ile münhasır işlem anlaşması imzalamak suretiyle piyasaya yeni girişleri engelleyebileceği teorisini savunan diğer iktisatçılar Rasmusen, Ramseyer ve Wiley (1991, 1137-1145); yeterli sayıda alıcının, monopol sağlayıcının teklifini kabul ederek münhasır işlem anlaşması imzalamasının mutlak anlamda piyasa kapama etkisi yaratacağı sonucuna ulaşmışlardır. Tüm alıcıların, monopol firmanın kendilerine teklif ettiği tavizi kabul ederek münhasır işlem anlaşması imzalaması durumunda, piyasaya giriş engellenecek ve monopol fiyatı uygulanacaktır. Söz konusu rekabeti kısıtlayıcı sonuç alıcıların, monopol firmanın yeterli sayıda alıcı ile münhasır işlem anlaşması imzalayarak üst piyasaya yeni girişleri engelleyeceğini düşünmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan alıcılar, münhasır işlem anlaşmasını imzalama konusunda tereddüt etmeyeceklerdir. Bunun bilincinde olan monopol firma, alıcılarına minimum düzeyde taviz vererek piyasaya girişleri engelleyebilecektir.

Monopol firma, yeterli sayıda alıcıyı taviz vermek suretiyle kendine bağlayamayacak durumda ise iki olasılık gündeme gelecektir. Bu olasılıklar, her bir alıcının, diğerlerinin nasıl davranacağına ilişkin tahminine bağlıdır. Eğer alıcı, önemli derecede taviz almayan diğer alıcıların münhasır işlem anlaşmasını imzalamayacağını düşünürse piyasaya giriş gerçekleşecektir. Diğer taraftan alıcı, belirli sayıda alıcının anlaşmayı imzalayacağını düşünürse, kendisinin de imzalamaması için bir neden olmayacaktır. Ancak bu durumda alıcıların münhasır işlem anlaşması karşılığında yeterli miktarda taviz almaları gerekmektedir²⁸.

Comanor ve Frech (1985, 539-546) geliştirdikleri modelde, potansiyel rakiplerin piyasaya girişini engellemeye yönelik stratejik davranışın başarılı olması için gerekli şartları belirlemişlerdir. Modelde, piyasadaki tek firma olan mevcut sağlayıcının markasının, tüketicilerin bir kısmı tarafından diğer olası rakip markalara kıyasen tercih edildiği varsayılmıştır. Bu kalite avantajının anlamı, tüketicilerin -ürünün fiyatı rakip ürünlerin fiyatını belirli bir oranda aşmadığı sürece- mevcut firmanın mallarını rakip mallara tercih edeceğidir. Marka imajının oluşmadığı diğer tüketici grubu, tüm markaları aynı statüde değerlendirmektedir. Ayrıca, dağıtım ağını yeni kuracak olan potansiyel rakipler ile mevcut firmanın dağıtım maliyetleri de farklı olabilecektir. (Bu yönüyle

²⁸ Rasmusen, Ramseyer ve Wiley yaptıkları çalışmada, alıcıların kendi aralarında ya da piyasaya yeni giren teşebbüs tarafından organize edilemedikleri varsayımını benimsemişlerdir. Söz konusu varsayımın eleştirisi için bkz. Ergas ve Ralph (1998, 13). Bir diğer varsayım ise yeni teşebbüsün kısa dönemde maliyet dezavantajına sahip olacağıdır (1991, 1143). Uzun dönemde ise bu türden bir maliyet dezavantajı ortadan kalkacağından piyasaya giriş üzerinde belirleyici unsur, alıcıların monopol teşebbüs ile uzun süreli münhasır işlem anlaşması imzalama istekleridir.

piyasaya yeni girecek firma, yukarıda bahsedilen iki farklı dezavantaj ile karşı karşıya kalacaktır.) Aynı zamanda mevcut firma, tek marka anlaşmaları ile avantajlı perakendecileri münhasıran kendisine bağlarsa, yeni giren firma etkin olmayan dağıtım kanallarını kullanmak zorunda kalacaktır. Bu açıdan mevcut firmaya kıyasla daha yüksek bir maliyet yapısına sahip olan yeni rakip firma, satış fiyatını mevcut firmanın belirleyeceği fiyata göre tespit etmek zorunda kalacaktır. Diğer bir deyişle yeni firmanın piyasada tutunup tutunamaması, mevcut firmanın stratejisine bağlıdır. Bu noktada iki olasılık ortaya çıkmaktadır. Piyasadaki mevcut firma ürününün fiyatını düşük tespit ederse, piyasaya yeni giren firma -karşı karşıya olduğu dezavantajlar sebebiyle- ya piyasaya giremeyecek yada piyasada tutunamayacaktır. Mevcut firmanın fiyatını yüksek tutması durumunda ise, potansiyel firma piyasaya girip marka bağımlılığı olmayan tüketicilere mal satabilecektir.

Schwartz (1987, 1063-1068), Comanor ve Frech'in 1985 yılındaki bu makalesine bir çok eleştiri getirmiştir. Özellikle modelde, düşük maliyetli ya da etkin perakendecilerin tek marka anlaşmalarına taraf olmaları için onları bu davranışa itecek güdülere ilişkin hiçbir değerlendirmeye yer verilmediği savunulmuştur. Bu çerçevede Schwartz, tek marka anlaşmalarının geçerliliğini korumak için mevcut sağlayıcının, perakendecilerin rakip sağlayıcı ile çalışmasını teşvik edecek güdülerini yok etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun için sağlayıcının, tek marka anlaşmalarını teşvik edici ödül ve caydırıcı cezai yaptırımlar ile desteklemesi gerektiğini dile getirmiştir. Sonuç olarak mevcut sağlayıcının, piyasaya yeni giren rakibin kendi perakendecileri ile çalışacağı endişesine dayalı olarak, ürünün toptan fiyatını aşağı çekme davranışı optimal sonuç olarak görülmemiştir. Zira bu durumda sağlayıcının da karı düşecektir²⁹.

Bir diğer teori, tek marka anlaşmalarının pek çok faydalarına rağmen kimi durumlarda teşebbüsler tarafından uygulanmak istenmediği düşüncesini savunmaktadır. Teşebbüslerin her birinin dağıtıcılarını tek marka anlaşması ile kendine bağlaması durumunda markalararası rekabet artacaktır. Bu durum - özellikle oligopolistik pazar yapısında- sağlayıcının ürüne yönelik yatırımlarının ister istemez artmasına neden olacaktır. Rekabetten doğan maliyet artışı, karlılığı da aşağı çekecektir. Bu sebeple münhasır olmayan anlaşmaların var olduğu piyasada karlılık yüksek olmaktadır.

Besanko ve Perry (1994, 328) tarafından geliştirilen modelde oligopol piyasa üreticileri, ürettikleri ürünlerini rekabetçi piyasa yapısında dağıtmakta ve distribütörün "marjinal dağıtım maliyetini" azaltmak için yatırım yapmaktadırlar. Herhangi bir üreticinin dağıtım maliyetini düşürmek için yaptığı

²⁹ Comanor/Frech modeline ilişkin bir diğer eleştiri için bkz. Mathewson ve Winter (1987, 1057-1062).

yatırım, diğer üreticilerin dağıtım maliyetlerini de düşürüyorsa, her bir üretici için optimal strateji tek marka anlaşma imzalamaktır. Ancak yapılan yatırımın diğer üreticilere sağladığı dışsallık yoksa ya da düşükse, üreticiler münhasır olmayan anlaşmaları tercih edeceklerdir. Münhasır olmayan anlaşmaların varlığı durumunda, teşebbüslerden biri tarafından yapılan yatırım -yapılan yatırımın diğer üreticilere sağladığı dışsallığın düşük olması durumunda- pozitif dışsallık yoluyla diğer üreticilerin de dağıtım maliyetini azaltacak, bu da tüm piyasanın karlılığını bir bütün olarak artıracaktır.

Besanko ve Perry'nin analizinin aksine Linn (1991, 209-223) yaptığı çalışmada; tek marka anlaşmaları yolu ile piyasadaki mevcut rekabetin azalacağı varsayımından yola çıkarak, bu stratejinin teşebbüsler tarafından tercih edileceği sonucuna ulaşmıştır. Modelde rakip sağlayıcıların ürünlerini tek bir ortak perakendeci kanalıyla ya da münhasır perakendeciler vasıtası ile dağıtma şansına sahip oldukları kabul edilmiştir. Farklılaştırılmış ürün olsa dahi ürünlerin ortak bir dağıtıcı tarafından satılması, sağlayıcılar arasındaki fiyat rekabetini artıracaktır. Linn'e göre bu fiyat rekabeti, malların toptan fiyatını, marjinal üretim maliyetine kadar indirecektir³⁰. Neticede sağlayıcılar -bireysel ya da birlikte- ürünlerini, aşırı rekabet ortamından kaçınmak için, münhasır dağıtıcılar kullanarak dağıtmayı tercih edeceklerdir. Bunun sonucu ise ürünlerin fiyatının yükselmesidir³¹.

1.3.3. Birleşme/Devralmalar

Piyasa kapama etkisi yaratan bir diğer yöntem ise birleşme/devralmalardır. Özellikle **dikey entegrasyon** sonucunda kendisine bağladığı teşebbüse rakiplerinin erişimini engelleyen dışlayıcı hak sahibi alıcı ya da sağlayıcı, bu şekilde piyasa kapama etkisi yaratabilmektedir (Bishop ve Walker 2002, 288; Sullivan ve Harrison 1998, 341)³².

Dikey birleşmelerin ekonomik etkilerinin değerlendirilmesinde, dikey kısıtlamaların ortaya çıkardığı benzer durumlar ile karşılaşılmaktadır. Bu yönüyle dikey birleşme/devralmalar, farklı türden çok sayıda dikey anlaşmanın birarada uygulanması olarak değerlendirilebilecektir (Bishop ve Walker 2002, 288).

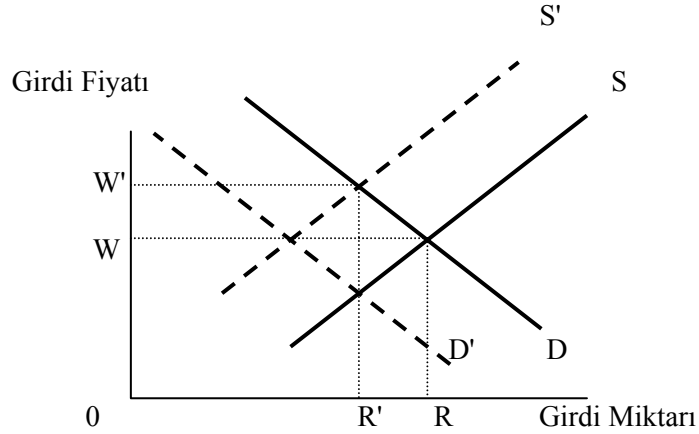
³⁰ Bunun sonucunda, üretici ancak dağıtıcıdan aldığı franchise ücreti kadar kar elde edecektir.

³¹ Benzer bir argümanı dile getiren Preston (1965, 506-529), tek marka anlaşmalarının, tüketicinin arama maliyetini artırarak rekabet üzerinde olumsuz bir etki yaratabileceğini savunmuştur. Özellikle üzerinde durduğu konu ise, anlaşma türüne bağlı olarak markalararası kıyaslama yapma imkanının azalması neticesinde "arama maliyetinin" artmasının "talep esnekliğini" azalttığı ve bunun da tüketicilerin diğer bir markaya yönelme şansını kısıtladığıdır.

³² Dikey birleşme/devralmaların piyasa kapama etkisi dışında piyasadaki rekabet düzeyi üzerinde yarattığı bir diğer olumsuz etki, bağlı olmayan piyasa bölümündeki yoğunlaşma düzeyini artırmasıdır (Kaserman ve Mayo 1995, 313).

Dikey birleşmelerin etkilerinin değerlendirildiği ilk teorik çalışmalarda, alıcının üst piyasanın belirli bir bölümünü kendisine bağlaması, üst piyasanın rekabetçi yapısının bozulması için yeterli bulunmuştur. Dışlayıcı hak sahibi alıcının üst piyasadaki sağlayıcısını devralması durumunda, bağlı olmayan piyasa arzı azaldığından fiyat düzeyi yükselecektir. Girdi fiyat düzeyinde meydana gelen bu artış, mevcut rakip alıcıların faaliyetlerini zorlaştırırken, aynı zamanda piyasaya yeni girmek isteyen potansiyel alıcılara da giriş engeli teşkil edecektir.

Oldukça basit bir yapı sergileyen teori, piyasa arzındaki azalmaya paralel olarak piyasa talebinde de ortaya çıkan azalmayı gözardı etmiştir. Nitekim dışlayıcı hak sahibi alıcı, daha önce girdi piyasasından tedarik ettiği girdi miktarını devralma neticesinde kendisine bağlı girdi sağlayıcısından temin edeceğinden, piyasa talep düzeyi de aynı oranda azalacaktır. Şekil 3'te piyasa arz ve talebinin aynı oranda azalması neticesinde S ve D eğrileri S' ve D' konumuna gelmişlerdir. Dikey birleşme neticesinde denge fiyat düzeyi, başlangıç piyasa fiyatı olan W düzeyinde sabit kalmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde piyasa kapama etkisi, piyasadaki rakip alıcıları rekabette dezavantajlı konuma getirmemektedir.

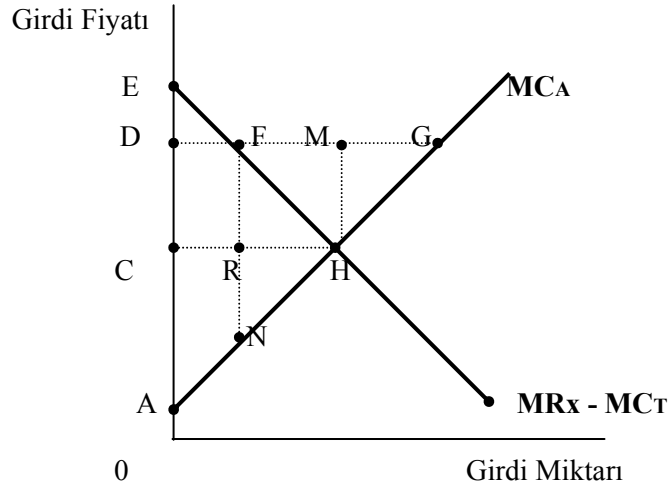


Şekil-3

Kaynak: Viscusi, Vernon ve Harrington (1995, 230).

Nitekim kar maksimizasyonu amacıyla dikey entegrasyon gerçekleştiren teşebbüs, entegrasyon sonrasında devraldığı teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasadan bütünü ile bağımsız hareket etmesi mümkün değildir. Teşebbüs kendi bünyesinde ürettiği girdinin transfer fiyatını, diğer bağımsız girdi

sağlayıcılarının faaliyet gösterdikleri rekabetçi piyasa yapısında oluşan piyasa fiyatına göre belirlemek zorundadır. Bu durum Şekil 4'te açıklanmıştır:



Şekil-4

Kaynak: Kaserman ve Mayo (1995, 314).

Şekil 4'te X nihai malını üreten alıcı, söz konusu nihai malın üretiminde ara malı olarak kullanılan A girdisini arz eden sağlayıcı teşebbüsü devralmıştır. Şekilde MCA eğrisi A girdisinin marjinal maliyetini, $MRx - MCT$ eğrisi ise X nihai malının marjinal geliri ile A girdisinin X nihai malına dönüşümünde ortaya çıkan marjinal maliyet arasındaki farkı ifade etmektedir. $MRx - MCT$ eğrisinin negatif eğimli olmasının nedeni, X malının marjinal geliri azalırken, ilave girdinin nihai mala dönüşüm maliyetinin artmasıdır.

Dikey entegre firma, kendi bünyesinde ürettiği girdinin optimum transfer fiyatını, girdi piyasasında oluşan denge fiyatına eşit olarak

belirleyecektir. Şayet piyasa fiyatı, Şekil 4'teki denge transfer düzeyinden (OC) farklı bir noktada oluşursa, piyasaya girme kararı alacaktır³³.

Piyasa fiyatının OC düzeyinde oluşması durumunda, karını maksimize etmek isteyen entegre teşebbüs, iç transfer fiyatı olarak OC noktasını belirleyecektir. Bu durumda teşebbüs girdi piyasasında hiçbir işlem yapmaksızın ihtiyacının tamamını kendi bünyesinde ürettiği girdi ile karşılayacaktır. Dikey entegre teşebbüsün alt piyasada faaliyet gösteren birimi (alt birim) CHE alanı (marjinal ürün gelir eğrisinin transfer fiyatının üstünde kalan kısmı), üst piyasada faaliyet gösteren birimi (üst birim) CHA alanı kadar (marjinal maliyet eğrisinin transfer fiyatının altında kalan kısmı) kar elde edecektir.

Piyasa fiyatı OC iken, teşebbüsün tespit edeceği diğer iç transfer fiyatları, alt ve üst birimlerin elde edeceği toplam karı (AEH alanı) azaltacaktır. Örneğin piyasa fiyatı OC iken, iç transfer fiyatının OD olarak tespit edilmesi durumunda, alt birim daha fazla almaya zorlanmadıkça DF kadar girdi alacak ve DFE alanı kadar kar elde edecektir. Üst birim ise DF kadar girdi satmak suretiyle DFNA kadar kadar elde edecektir. Bu durumda entegre teşebbüsün toplam karı önceki duruma göre NHF alanı kadar azalacaktır. Üst birim alt birime transfer edemediği FM kadar girdiyi, OC fiyatından piyasada satarak RNH kadar bir kaybı geri alsa da, RHF alanı kayıp olmaya devam edecektir.

Piyasa fiyatının OD'ye yükselmesi durumunda entegre teşebbüs de iç transfer fiyatını OD olarak tespit edecektir. OD fiyatı üzerinden alt birimin talep ettiği DF kadar girdi iç üretimde kullanıldıktan sonra üst birimin karlı olarak üretebileceği FG kadar girdi piyasaya arz edilecektir. Bu durumda alt birim DFE alanı kadar, üst birim ise AGD kadar kar elde edecektir. OD piyasa fiyatı noktasında, entegre teşebbüsün tespit edeceği diğer iç transfer fiyatlarının hiçbiri bu düzeyde bir karlılık sağlamayacaktır.

Kar maksimizasyonunu amaçlayan entegre teşebbüsün iç transfer fiyatını piyasa fiyatına eşitlemesi ve iki fiyat düzeyinin birbirinden farklılaşması durumunda piyasada işlem yapmaya devam etmesi, piyasa kapama teorisinin geçerli bir teori olmadığı sonucunu beraberinde getirmektedir (Perry 1989, 245).

Diğer yandan birleşme/devralma neticesinde rekabet ihlali niteliğinde bir piyasa kapama etkisinin ortaya çıkmayacağına ilişkin sonuçlar, dikey entegrasyon öncesinde ve sonrasında girdi piyasasının rekabetçi bir yapıya sahip olacağı varsayımına dayanmaktadır. Ancak girdi piyasasında monopol gücüne sahip bir sağlayıcının alıcısı ile dikey entegrasyon gerçekleştirmesi ya da entegrasyon neticesinde piyasanın oligopolistik yapı kazanması durumlarında

³³ Piyasa fiyatı OC düzeyini aşarsa piyasaya girdi satacak, piyasa fiyatı OC düzeyinin altına inerse girdi satın alacaktır.

gerçek anlamda piyasa kapama etkisi ortaya çıkabilecektir (Kaserman ve Mayo 1995, 315).

Dikey birleşmelerin yanı sıra piyasa kapama etkisi doğuran bir diğer birleşme türü **aykırı birleşmeler**dir (conglomerate merger). Bu tür birleşmelerde belirleyici unsur, birleşme öncesinde taraflar arasında yatay ya da dikey ilişkinin mevcut olmamasıdır. Bu açıdan birleşmeye taraf olan teşebbüslerin ürünleri aynı ilgili ürün pazarında yer almadığı gibi, aynı üretim ya da dağıtım sürecinin farklı kademelerinde de yer almaz. Aykırı birleşmeler özellikle, birbirleri ile ilişkili olan ürünlerin üreticileri arasında gerçekleşmektedir.

Aykırı birleşmelerin ekonomik etkilerini değerlendiren geleneksel teorilerden “karşılıklılık” teorisi (reciprocity theory), birleşme neticesinde tarafların ihtiyaçlarını birbirlerinden karşılamaları esasına dayanmaktadır. Birleşme neticesinde tarafların alımlarını kendi aralarında gerçekleştirmeleri, her iki tarafın rakiplerine söz konusu alım miktarınca pazarın kapanması sonucunu doğuracaktır (Sullivan ve Harrison 1998, 342). Ancak genelde bahsedilen etki, tarafların faaliyet alanlarının farklı olması nedeniyle oldukça kısıtlı düzeyde kalmaktadır.

Aykırı birleşmeler, aynı zamanda birleşen tarafların ürünlerinin birarada satılmasına da olanak tanır. Bu sayede taraflar, birleşmenin ortaya çıkardığı etkinlik kazanımlarına dayalı olarak iki ürünü bir arada, her bir ürünün ayrı ayrı satış fiyatlarının toplamından daha düşük fiyata satabilme imkanına kavuşurlar. Bu yönüyle aykırı birleşmeler, bağlama anlaşmalarına olanak tanıyarak piyasa kapama etkisi yaratabilmektedir³⁴.

Birleşme kapsamında değerlendirilen **ortak girişimler** de kimi durumlarda piyasa kapama etkisi ortaya çıkarabilmektedir. Tarafların, ihtiyaçlarının tamamını yalnızca ortak girişimden alma yükümlülüğü altına girdikleri ya da ortak girişimin, üretiminin tamamını yalnızca taraflara satacağına ilişkin yükümlülüğün söz konusu olduğu ortak girişimler, ortak girişimin rakipleri ya da ortak girişim taraflarının rakipleri açısından piyasa kapama etkisi ortaya çıkaracaktır (Bellamy ve Child 2001, 304).

1.4. PİYASA KAPAMA ETKİSİNE DAYALI ETKİNLİK ARGÜMANLARI

Tarafların tüm olasılıkları öngördükleri, muhtemel durumlar karşısında ne yapacaklarını tespit ettikleri, olası riskleri etkin bir şekilde taraflara dağıttıkları ve fırsatçı davranışların tamamını düzenledikleri sözleşmeler “tam

³⁴ Bağlama anlaşmalarında olduğu gibi aykırı birleşmeler de “pazar gücünün başka bir pazara aktarılması” (leverage theory) kapsamında değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmede leverage teorisi, piyasa kapama etkisinden yararlanmaktadır.

sözleşme” (perfect/complete contracts) olarak değerlendirilmektedir (Cooter ve Ulen 2000, 206). Tam sözleşme hiç bir boşluk ya da problem içermediğinden, hukuk sistemi tarafından düzenlenmesine de gerek yoktur.

Tam sözleşmeye ulaşmak için ilk olarak sözleşmenin uygulanması sürecinde karşılaşılabilecek ve taraflar için önem arz eden olası durumların sözleşmenin oluşturulması esnasında öngörülebilir olması gerekmektedir. Ayrıca olası durumların sözleşmede tam ve yoruma yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması, uygulama sürecinde karşılaşılan durumların sözleşmede hangi olası durum ile uyduğunun tespit edilebilmesi gerekmektedir. İkinci olarak tarafların sözleşmede, olası durumlarda ortaya çıkacak hak ve yükümlülükleri tanımlaması ve aynı zamanda söz konusu hak ve yükümlülükleri yerine getirmede istekli olmaları gerekmektedir. Son olarak taraflar sözleşmeyi imzaladıklarında, sözleşme hükümlerine bağlı kalma isteğine sahip olmalıdırlar (Milgrom ve Roberts 1992, 127).

1.4.1. Mevcut Sözleşmelerin Problemleri

Gerçek hayatta tam bir sözleşmenin oluşturulması ve uygulanması safhalarında bir takım problemler ile karşılaşılır. Bu problemlerden **sınırlı rasyonalite** kapsamında değerlendirilen; tarafların gerekli tüm bilgilere sahip olmaması, tüm olasılıkların sözleşmenin yapılması aşamasında öngörülememesi, öngörülebilir olsa dahi sözleşmede hepsinin değerlendirilmesine gerek duyulmaması -gerçekleşme ihtimalinin düşük olması sebebiyle- sözleşmelerin optimal yapıdan uzaklaşmasında önemli rol oynar.

Sınırlı rasyonaliteye dayalı problemlerin var olduğu sözleşmelerde taraflar, önceden öngörülemeyen bir olasılıkla karşılaşılınca, kendi çıkarları doğrultusunda bir çözüm arayacaklardır. **Fırsatçı davranış** olarak nitelendirilen bu tür eylemlerde genellikle tarafların çıkarlarının çatıştığı görülmektedir (Besanko, Dranove ve Shanley 2000, 145).

Fırsatçı davranış olasılığı, tarafların birbirlerine olan güvenlerini zedeleyerek etkin olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin çiftlik sahibi, hasat dönemlerinde işçi sendikasının grev ihtimali karşısında daha etkin bir sonuç olmasına rağmen işgücü piyasasından işgücü talep etmek yerine, kendi akrabalarını kullanmayı tercih eder. Bu yönüyle tam ve her durumda uygulanabilir olmayan sözleşmelerin varlığı **eksik taahhüt** (imperfect commitment) problemini de beraberinde getirir.

Taraflar olası tüm durumları tam olarak öngörseler ve tüm bu olasılıklar doğrultusunda sözleşmeyi düzenleseler dahi bir tarafın sözleşmenin

oluşturulmasından önce sahip olduğu **içsel bilgi**, sözleşmenin o tarafın çıkarına hizmet eder doğrultuda oluşmasına sebep olur (Cooter ve Ulen 2000, 209).

1.4.2. Piyasa Kapama Etkisinin Çözdüğü Problemler

1.4.2.1. Fırsatçı Davranış Problemi

Sözleşmeler, tarafların güdülerine ilişkin düzenlemeler getirerek koruma sağlarlar. Sözleşme tam ve uygun düzenlenmemişse, tarafların sözleşmede yer alan taahhütlere bağlı kalmaları da garanti altına alınamaz. Diğer tarafın taahhüdüne bağlı kalıp kalmayacağına ilişkin beklenti oldukça önemlidir. Nitekim beklenti içinde olan taraf, kendi davranışını da bu beklentiye uygun olarak gerçekleştirir (Evans ve Quigley 2000, 80-81)³⁵.

Fırsatçı davranış olarak nitelendirilen, sözleşmenin tamamlanmasından sonra sözleşme hükümlerine uymamanın kendi lehine olacağı düşüncesi ile taraflardan birinin edimlerini yerine getirmek istememesi önemli bir problemdir. Dağıtıcının, sağlayıcının ürünlerini gerektiği gibi dağıtmaması ya da dağıtım için gerekli yatırımları gerçekleştirmemesinin nedeni, sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin faydasının beklenenden daha fazla olmasıdır (Ornstein 1989, 70). Sözleşmede gerekli düzenlemelerin yapılamaması, sözleşmede yer alan teşvik/yaptırım sistemlerinin özendirici/caydırıcı olmaması bu problemin çıkmasında etkilidir. Bu durum karşısında sözleşmenin zarar gören tarafı, diğer tarafı kendine bağlamak suretiyle piyasa kapama etkisi yaratmak isteyecektir.

1.4.2.2. Eksik Taahhüt Problemi

Hart ve Tirole (1990, 205-285) tarafından kaleme alınan öncü niteliğindeki makaleden yola çıkarak yapılan çalışmalar, monopol firmanın dikey anlaşma ya da entegrasyon yolu ile piyasayı rekabete kapatmasını iki farklı nedene bağlamışlardır. Bunlardan ilki, Rey ve Tirole (2003, 17) tarafından yapılan çalışmada dile getirilen **eksik taahhüt** probleminin varlığıdır. Monopol teşebbüsün fiyat farklılaştırması yoluyla alıcılarına farklı fiyatlar uygulaması monopol karını artıracaktır. Ancak monopol firmanın alıcılarından her biri ile gizli anlaşma imzalaması ya da her biri ile ayrı ayrı müzakere gerçekleştirmesi, karını maksimize eden bir fiyat stratejisi takip etmesini engelleyecektir. İlk alıcı ile belirli bir fiyat düzeyinden anlaşma imzalandıktan sonra daha düşük fiyat düzeyi öneren diğer alıcıyla da anlaşma imzalamak suretiyle üretim düzeyinin

³⁵ 1066 yılında Kral William'ın fethettiği yerlerdeki geriye dönüş için kullanılan köprüleri yakması, askerlerin savaşa taahhütlerini yerine getirmeleri için alınan bir önlemdir.

artırılması, monopol teşebbüsün karlılığını da artıracaktır. Ancak bu durumda, daha yüksek fiyat düzeyi üzerinden anlaşma akteden ilk alıcı, mutlak bir maliyet dezavantajına maruz kalacaktır. Bahsedilen durum ile karşı karşıya kalmak istemeyen ilk alıcı, teklif edilen fiyat düzeyinden anlaşma akdetmek istemeyecektir. Bu durumda monopol firma, alıcılarını kendisinden mal almaya ikna edebilmek için müzakere fiyatından daha düşük bir fiyat önermek zorunda kalacaktır.

Karlılığı olumsuz yönde etkileyen bu durum, monopol teşebbüsün eksik taahhütünden kaynaklanmaktadır. Alıcıya kendisinden sonraki alıcılara daha düşük satış fiyatı uygulanmayacağına garantisini vermek isteyen monopol sağlayıcı, ya yalnızca tek bir alıcı ile münhasır satış anlaşması imzalayacak ya da söz konusu alıcı ile entegrasyon gerçekleştirecektir³⁶. Her iki durum da eksik taahhütten kaynaklanan problemi çözerken aynı zamanda piyasa kapama etkisi yaratacaktır.

1.4.2.3. Vazgeçme Problemi

Ticari hayatta karşılaşılan temel problemlerden bir diğeri, **sözleşmeye özgü ya da ilişkiye özgü yatırımlarda** ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeye ya da ilişkiye özgü yatırımların özelliği; sağlayıcı (alıcı) tarafından yapılması durumunda, anlaşma sona erdikten sonra diğer alıcıların (sağlayıcıların) siparişlerini karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybetmesidir³⁷. Bu türden yatırımları konu alan sözleşmelerde; taraflardan birinin, sözleşme yapıldıktan sonra kendi menfaati doğrultusunda diğer tarafa dezavantajlı yeni hükümleri kabul ettirmeye çalışması ya da edimlerini yerine getirmek istememesi **vazgeçme problemi (hold-up problem)** olarak nitelendirilmektedir. Vazgeçme probleminin ortaya çıkması durumunda, sözleşmeye özgü yatırım yapan taraf, yatırımını amorti edemeyecektir. Bu problem karşısında sözleşmeye özgü yatırım yapan teşebbüs, dikey entegrasyon ya da dikey anlaşma ile diğer tarafı kendine bağlamak ve bu suretle piyasayı kapamak isteyecektir (Milgrom ve Roberts 1992, 136-137)³⁸.

³⁶ Analizde monopol teşebbüsün, alıcılarından her biri ile diğerinin haberi olmaksızın anlaşma imzaladığı ya da her biri ile ayrı ayrı müzakere gerçekleştirdiği kabul edilmiştir. Nitekim alıcının, kendisinden başka bir alıcı ile anlaşma imzalanmayacağını bilmesi ya da tüm alıcılar ile aynı anda ve aynı şartlarla anlaşma imzalanması durumlarında eksik taahhüt sorunu ortaya çıkmayacaktır.

³⁷ Diğer bir ifade ile sözleşmeye/ilişkiye özgü yatırım **batık maliyet** özelliği göstermektedir. Batık maliyet için bkz. Türkkân (2001, 276).

³⁸ Vazgeçme probleminin ilişkin maliyetin, daha sonra incelenecek olan işlem maliyeti kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Bkz. Williamson (1992, 147).

Joskow (1985, 32-80), kömür madenleri ile termik santraller arasındaki ticari ilişkinin yapısını incelediği makalesinde; termik santrale ait kaynakçıların kömürün kalitesine duyarlı olduğu, santral ile maden arasındaki ray sistemi ve taşıma kapasitesinin büyük miktarda yatırım gerektirdiği ve kömür üretimine ilişkin kapasite yatırımlarının santralin ihtiyacına bağlı olarak gerçekleştirildiği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu yatırımların sözleşmenin taraflarına özgü yatırım niteliği göstermesi nedeniyle tarafların, ticari yaşamda dikey entegrasyon ya da uzun dönemli münhasır satın alma anlaşması imzalamak istediklerini belirlemiştir. Benzer şekilde uzay havacılığı sektöründeki, kullanım amacına bağlı olarak yüksek derecede dizayn farklılıkları gösteren elektrik devresi santralleri ve boksit cevherinin derecesine göre kurulan, derecede farklılıklarının işletme maliyetlerini aşırı derecede artırdığı alüminyum işleme tesisleri de ilişkiye özgü yatırımlardır (Besanko, Dranove ve Shanley 2000, 149 ve 175).

Sözleşmeye özgü yatırım yapan sağlayıcı şayet sözleşme süresinin, batık maliyetini karşılaması için gereken sürenin altında olacağına inancı varsa, yatırım yapmaktan ve dolayısıyla anlaşma akdetmekten kaçınacaktır. Bu sonuç ancak iki durumda ortaya çıkacaktır: alıcının sözleşme imzaladıktan sonra sözleşmeden vazgeçmesi ya da rekabet otoritesinin piyasa kapama etkisi yaratan sözleşmenin süresini uzun bulmasıdır³⁹ (Evans ve Quigley 2000, 81-82). Diğer taraftan; alıcının aynı anda ikinci bir sağlayıcı ile çalışmaya başlaması da, sözleşme süresini kısaltmasa dahi bu süre zarfında beklenen getirinin sağlanamaması yönüyle sözleşme süresinin kısa olması ile aynı sonucu doğuracaktır. Cezaî şart ile kuvvetlendirilmiş tek marka anlaşması piyasa kapama etkisi yaratmak suretiyle, alıcının sözleşme sonrası dönemdeki fırsatçı davranışlarının önüne geçerek vazgeçme problemini ortadan kaldıracaktır (Ornstein 1989, 77).

1.4.2.4. İşlem Maliyeti Problemi

Piyasanın tamamen etkin çalıştığı, tüm işlemlere optimal şekilde aracılık ettiği varsayımı karşısında şirket birleşmelerinin ve teşebbüsün kendi bünyesinde gerçekleştirdiği işlemlerin sebeplerini araştıran işlem maliyeti analizi (transaction cost), her işlemin bir maliyetinin var olduğu ve bu işlem maliyetinin işlemin niteliği ve yapılış yöntemine göre farklılık gösterdiği esasına

³⁹ Bu noktada rekabet otoritesinin piyasada rekabetin tesis edilmesi adına, tek marka anlaşmalarına ilişkin tutumu önem kazanmaktadır. Piyasa mekanizmasının işlemesi (sözleşmenin yapılması) ve rekabetin tesis edilmesi arasındaki bu ikilem, ortaya konulacak ılımlı bir politika ile çözüme kavuşturulabilecektir. Teorik olarak, dikey anlaşmalarda yer alan ve piyasa kapama etkisi yaratan hükümlere yönelik genel bir süre sınırı gereklidir. Aynı zamanda sözleşmeye özgü yatırım yapacak olan sağlayıcının, bu yükümlük altına girmek için söz konusu genel süreden daha uzun sözleşme dönemine ihtiyacı olması durumunda, esnek bir yapı benimseyen rekabet politikası zorunludur.

dayanmaktadır. Coase'ye göre (1937, 389) söz konusu işlem maliyetinin üç temel kaynağı vardır. Birincisi; alıcı ve satıcının en uygun şartları aramalarından doğan bir arama maliyeti vardır. İkinci maliyet, tarafların işleme temel teşkil eden sözleşmenin oluşturulmasında harcadıkları kaynaklardır (bir araya gelme, müzakere, tam sözleşmenin oluşturulması için gereken maliyetler). Sonuncusu da, sözleşme sonrası dönemde meydana gelen değişimler karşısında sözleşmenin esnek olmayan yapısıdır. Maliyetin kaynaklarını bu şekilde ortaya koyan Coase (1937, 397), işlem maliyetini minimuma indirmek için teşebbüslerin, piyasa mekanizmasına alternatif içsel yöntemler aradıklarını; dikey entegrasyonun da bu arayışın bir sonucu olduğunu belirtmiştir.

Coase'nin 1937'deki çalışması, 30 yıllık bir gecikmenin ardından Oliver Williamson'un bir dizi makalesi ile yeniden canlanmış, konu derinlemesine incelenmiştir⁴⁰. Williamson (1975, 8) işlem maliyetinin sebeplerini 4 başlık altında toplamıştır. Bunlardan iki tanesi bireyin kendisinden kaynaklanırken diğer ikisi piyasa kökenlidir.

İnsan karakterinin **fırsatçı** ve **sınırlı rasyonalite** özelliği ilk gruba oluşturmaktadır. Bunların ilki bireyin yalan, hırsızlık, hile ile de olsa kendi çıkarları doğrultusunda hareket ettiğini ifade ederken, sınırlı rasyonalite ilkesi bilgi edinme, işleme ve depolama kabiliyetinin hem kendisinden hem de dışsal etkenlerden dolayı kısıtlı olduğu anlamına gelmektedir. Piyasadan kaynaklanan diğer iki özellik **belirsizlik** ve **kısıtlı pazarlık** (small numbers bargaining problems) imkanındır. Belirsizlik kavramı yaşamın dinamik yapısından kaynaklanırken özellikle uzun süreli sözleşmelere egemen olmaktadır. Kısıtlı pazarlık problemi ise, az sayıda ticari aktörün olmasından kaynaklanmaktadır. Bu dört temel başlık çerçevesinde Williamson (1975, 8-10);

- a. Sınırlı rasyonalite ile birlikte belirsizliğin uzun süreli sözleşmelerde işlem maliyetini ortaya çıkardığını,
- b. Fırsatçılık ile birlikte kısıtlı pazarlığın kısa süreli sözleşmelerde işlem maliyetini ortaya çıkardığını ifade etmektedir. Bu açıdan; piyasa mekanizmasının temel taşlarından olan sözleşmelerin işlem maliyetini doğurduğunu, neticede geleneksel mikroekonomik analiz penceresinden açıklanamayan ya da monopolcü güdüler gibi yanlış açıklanan firma davranışlarının arkasındaki mantığın sözleşme yapmaktan kaçınmak olduğunu belirtmiştir⁴¹.

Buraya kadar yapılan açıklamalar bize, etkinlik prensibi gereği işlemlerin en iyi yapılacağı zemine kayacağını ifade etmektedir. Bunun için

⁴⁰ Bkz. Williamson, (1967, 123-138); (1979, 953-993).

⁴¹ Ayrıca bkz. Carlton ve Perloff (1994, 5).

işlemler piyasada daha etkin yapılacaksa piyasada; maliyet, şirket organizasyonu içerisinde minimize edilebilecekse teşebbüsün kendi bünyesinde yapılmasına karar verilecektir.

İşlem maliyetinin sebepleri üzerine yapılan çalışmalar, sistemin işleme için gerekli olan maliyeti ifade eden işlem maliyetinin genel hatlarıyla koordinasyon ve motivasyon olarak ifade edilen iki farklı kaynağının bulunduğu sonucuna ulaşmıştır (Milgrom ve Roberts 1992, 29).

1.4.2.4.1. Koordinasyon Maliyeti

Piyasa mekanizmasında ortaya çıkan koordinasyon sorununa dayalı maliyetlerin temelinde; işlem fiyatının ve diğer özelliklerinin belirlenmesi, alıcı ve satıcıların her birinin diğerinin konumu hakkında bilgi sahibi olması, işlem için alıcı ve satıcıların bir araya getirilmesi yatmaktadır (Sullivan ve Harrison 1998, 346).

Bolton ve Whinston (1993, 121-148) yaptıkları çalışmada, üst piyasadaki sağlayıcı teşebbüsün dikey anlaşma ya da entegrasyon yolu ile piyasayı rekabete kapatmasının bir diğer nedeni olarak, pazarlık sürecinden kaynaklanan koordinasyon maliyetini göstermişlerdir. Kapasite fazlasının bulunduğu üst piyasada faaliyet gösteren entegre olmamış sağlayıcı, üretiminin tamamını satamama riski ile karşı karşıyadır. Söz konusu aşırı kapasitenin farkında olan alıcılar da aynı zamanda önemli bir pazarlık gücüne sahip olacaklardır. Bu durum karşısında sağlayıcı teşebbüs, alt piyasadaki alıcısı ile entegrasyon gerçekleştirerek işlem maliyetini azaltmak ve bu suretle karlılık düzeyini artırmak isteyecektir.

1.4.2.4.2. Motivasyon Maliyeti

Motivasyon kaynaklı işlem maliyeti özellikle **bilgi asimetrisinin**⁴² -sözleşmenin gerekli tüm hükümleri içerip içermediği, hükümlerin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin bilginin taraflar arasında eşit dağılmaması-varolduğu sözleşme yapılarında ortaya çıkmaktadır (Milgrom ve Roberts 1992, 29).

Sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki bilgi asimetrisi özellikle dağıtıcı ile sağlayıcının menfaatlerinin farklılaştığı noktada gündeme gelmektedir. Sağlayıcının, dağıtıcının faaliyetlerini denetleme maliyetinin (monitoring cost) yüksek olduğu durumlarda dikey entegrasyon ön plana çıkacaktır (Williamson 1992, 148). Dikey entegrasyon seviyesinde olmasa da dağıtıcının yalnızca tek bir sağlayıcı ile iş yapmasına neden olan tek marka anlaşmaları da denetleme maliyetini azaltmaktadır (Ornstein 1989, 76).

⁴² Bilgi asimetrisi için bkz. Türkkan (2001, 394).

BÖLÜM 2

HUKUKİ AÇIDAN PİYASA KAPAMA ETKİSİ

2.1. A.T. REKABET POLİTİKASI

2.1.1. Genel Olarak

Topluluk Rekabet Politikası'nın "rekabet dışı" üç farklı amacı; tek pazarın temini, küçük ve orta ölçekli rakiplerin korunması ve tüketicilerin korunmasıdır (Veltrop 1994, 552).⁴³ Bu amaçlar, piyasa kapama etkisi doğuran anlaşmaların ve birleşmelerin düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. İşleyen bir piyasa mekanizması, rakiplere ve müşterilere zarar verecek türden sonuçların doğmasının önündeki en büyük engeldir. Ancak bu durumun bir istisnası piyasaya erişimin engellendiği, bu şekilde potansiyel rakiplerin dışlandığı durumdur. Piyasadaki çok sayıda firma arasında rekabetin olması ilk bakışta yeterli görülse de uzun vadede rekabetin devamı, piyasaya yeni giren yada piyasadaki küçük firmaların varlığına bağlıdır. Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin arasındaki uzun dönem rekabette kaybedenlerin yerini yeni firmalar doldurmazsa, hali hazırda oldukça yoğun rekabetin yaşandığı

⁴³ Ayrıca bkz. Case C-234 /89 Delimitis v. Henninger Brau AG (1991) ECR I-935, s.964; Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, s.539-540.

piyasalarda uzun dönemde olumsuz sonuçlar doğabilecektir. Söz konusu mantık, Topluluk Rekabet Politikası'nın piyasanın kapanması sorunu üzerinde önemle durmasının nedenini açıklamaktadır.

2.1.2. R.A. 81(1) inci madde Bağlamında Piyasa Kapama Etkisi

Komisyon'un bugüne kadar olan uygulamalarında, dikey kısıtlamaları 81(1) inci madde kapsamında analiz ederken göz önünde bulundurduğu hususlardan bir tanesi de piyasa kapama etkisidir⁴⁴. Özellikle bu etki, ilgili ürün pazarındaki markalararası rekabeti kısıtlaması ve piyasaya olası girişleri engellemesi yönüyle önem kazanmıştır (Bellamy ve Child 2001, 516). Aynı zamanda bağlı teşebbüslerin, dışlayıcı hak sahibi teşebbüsün rakipleri ile çalışmasının engellenmesi, Topluluk Rekabet Politikası'nın temelinde yer alan piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının korunması fikrine de ters düşmektedir.

Piyasa kapama etkisi, alt veya üst piyasada faaliyet gösteren sağlayıcı ya da alıcıların rakip teşebbüsler ile iş yapmasının engellenmesine yönelik dikey anlaşmalarının bir sonucudur. Tek bir sağlayıcı ya da alıcının bu tür dikey anlaşmalarının rakip teşebbüslerin müşteri bulmasını engellemesi için, piyasayı kapatan söz konusu teşebbüsün pazar payının oldukça yüksek olması gerekmektedir. Ancak piyasada faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün benzer türden dikey kısıtlamalarının toplam etkisinin de piyasanın rekabete kapanmasına neden olması mümkündür.

2.1.2.1. Dikey Anlaşmaların Piyasa Kapama Etkisi

Komisyon ve ATAD'ın tek marka anlaşmaları, münhasır satın alma anlaşmaları ve münhasır satış anlaşmalarını 81(1) inci madde kapsamında değerlendirmesinin nedeni, söz konusu anlaşma türlerinin ortaya çıkardığı piyasa kapama etkisidir. Yürütülen soruşturma ve cezalar, yüksek piyasa kapama oranı içeren anlaşmalara yöneliktir (Veltrop 1994, 550).

Münhasır satın alma anlaşmaları ve tek marka anlaşmaları pek çok olumlu özelliğinin yanında bir takım rekabetçi riskleri de beraberinde getirmektedir. İki farklı gruba ayrılan bu risklerin ilki; minimum ya da spesifik bir miktarın tüketimini öngören anlaşmaların, alıcının ihtiyacının önemli bir

⁴⁴ A.T. Rekabet Hukuku'nda dikey kısıtlamaların değerlendirilmesine ışık tutan "Dikey Anlaşmalara İlişkin Komisyon Bildirimi"nde; dikey anlaşmaların, rakiplerin maliyetini artırma ya da piyasa kapama etkisi ile piyasadaki rekabet düzeyini olumsuz etkileme potansiyeline sahip olduğu belirtilmiştir (Hughes, Foss ve Ross 2001, 429). Bkz Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints (Commission Notice), OJ (2000) C 291/1, p.147-149.

bölümünü oluşturması durumunda ortaya çıkan piyasa kapama etkisidir. Yüksek oranlı münhasırlık içeren anlaşmalara kıyasla müşterinin ihtiyacının çok düşük bir oranını kapsayan anlaşmalar, diğer sağlayıcılara piyasaya girme imkanı tanıdığından daha az öneme sahiptir. İkinci risk ise rekabet etmeme yükümlülüğü içermemesine rağmen finansal olanakların yardımı ile (sadakat indirimi, miktar indirimi v.b.⁴⁵) tesis edilen fiili piyasa kapama etkisidir. Pek çok kararda indirimler ile münhasırlık yaratılabileceği dile getirilmişse de münhasırlık doğuran indirim oranının tespitine yönelik net bir ayırım bulunmamaktadır. Çok farklı olan bu indirimler için önemli olan faktör, fiili piyasa kapama etkisi yaratmaya uygun olup olmadığıdır (Veltrop, 1994, 558).

Spices kararında, Belçika baharat üretiminin %39'unu gerçekleştiren Liebig firmasının üç büyük süpermarket zinciri ile imzaladığı anlaşmaların (üç süpermarket zincirinin toplam baharat dağıtımındaki payı %30 civarındadır) piyasa kapama etkisi doğurması sebebiyle muafiyet reddedilmiştir. Bu anlaşmalarda market zincirler, kendi sahip oldukları markalar hariç diğer rakip markaları dağıtmama yükümlülüğü altına girmişlerdir. Ayrıca anlaşmalar miktar indirimi gibi çeşitli finansal yöntemler ile desteklenmiştir. Komisyon muafiyeti reddederken rakip üreticilerin küçük dağıtıcıları kullanmak zorunda kalması ve büyük süpermarketlerin ürünün pazarlanması ve piyasa payının artırılması açısından kaçınılmaz olması argümanlarını kullanmıştır.⁴⁶

Komisyon özellikle girdi olarak kullanılan ürünlerin satımına ilişkin “endüstriyel tedarik sözleşmeleri” konusunda daha sıkı standartlar benimsemiştir. Uzun süreli tedarik anlaşmaları yoluyla piyasanın önemli bir bölümünün tek bir sağlayıcıya bağlanması, ciddi anlamda bir giriş engeli olarak değerlendirilmektedir. Kısa dönemli, müşterinin tüketiminin küçük bir yüzdesini oluşturan ya da az sayıda müşteriyi kapsayan sözleşmelerin 81(1) inci madde bağlamında değerlendirilmesi daha düşük bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır (Veltrop 1994, 559).

Komisyon, pazarın gerçek ya da potansiyel rakiplere kapanmasına yol açan münhasır tedarik sözleşmelerini, bazı durumlarda resmi olarak herhangi bir soruşturma yürütmeksizin, rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren ve sonuçta rakiplerin pazara girmesini zorlaştıran hükümleri kaldırtmak suretiyle müdahale etmiştir. 1986 yılında, Nutrasweet adlı teşebbüsün aspartame (suni tatlandırıcı) pazarındaki büyük müşterileriyle (Coca-Cola ve Pepsi-Cola) yaptığı münhasır sözleşmelerin, 81(1) inci maddeyi ihlal ettiğine ilişkin olarak şikayet, iki rakip tarafından Komisyon'a bildirilmiştir. Nutrasweet firmasının her iki büyük müşteri ile yaptığı anlaşma, beş yıllık süre zarfında, alıcıların ihtiyaç duydukları

⁴⁵ İndirim sistemleri için bkz. Görgülü (2003, 15-21).

⁴⁶ O.J. (1978) L 53/20, p.21.

sunu tatlandırıcının tamamını Nutrasweet'ten almasını öngörmektedir. Komisyon'un, söz konusu anlaşmaların ilgili ürün pazarını rekabete önemli ölçüde kapatma potansiyeli nedeniyle başlattığı incelemeden hemen sonra anlaşmanın tarafları, Komisyon ile gerekli değişiklikleri yapmak üzere görüşme yapmak istediklerini bildirmişlerdir. Yapılan görüşmeler sonucunda anlaşma hükümlerinin, Coca-Cola/Pepsi-Cola'nın aspartame ihtiyaçlarının yalnızca Nutrasweet firmasından değil, aynı zamanda diğer sağlayıcılardan da tedarik etmelerine imkan tanıyacak şekilde düzenlenmesi hususunda mutabık kalmışlardır. Ayrıca sözleşme süreleri 2 yıla sınırlandırılmıştır⁴⁷.

A.B. Komisyonu 1989 yılında gönderdiği İtiraz Bildirimi (statement of objection) ile Topluluk sınırlarında endüstriyel gaz üretimi yapan L'Air Liquide SA, AGA AB, Union Carbide, Boc plc., Air Products Europe Inc, Linde AG ve Messer Griesheim GmbH adlı teşebbüslerden, alıcıları ile yapmış oldukları anlaşmalarda, piyasa kapama etkisinin rekabeti olumsuz etkileyen sonuçlarını gidermek için gerekli bir takım değişiklikler yapmalarını istemiştir⁴⁸.

Öngörülen düzenlemelerden ilki, dökme (bulk) gaz satışına ilişkin sözleşmelerde yer alan, satın alınacak gaz miktarını belirleyen hükümlerin, sabit bir maksimum rakam⁴⁹ olması şartını getirmektedir. Ayrıca, müşterinin ihtiyaç duyduğu gazın tamamını ya da belirli bir oranını tek bir sağlayıcıdan almasını öngören tedarik hükümleri geçersiz kabul edilmiştir. Ancak üreticiler tarafından ileri sürülen gaz güvenliği gerekçeleriyle, sağlayıcı teşebbüs, alıcının tesisine gaz tankı kurma ve bu tanka münhasıran gaz tedarik etme hakkına sahip olacaktır. Buna karşın, bu münhasırlık sadece tank ile sınırlı olup, tüm tesis bakımından geçerli olmayacaktır. Bu düzenlemenin arkasında yatan asıl gerekçe, müşterinin tesisinde isterse birden fazla sağlayıcıya ait gaz tedarik tankı bulundurma imkanına sahip olmasının sağlanmasıdır. Dökme gaz tedarikine ilişkin anlaşmaların süreleri 5 yıldan 3 yıla indirilmiştir. Ancak "tonaj sözleşmesi" olarak bilinen ve sağlayıcının müşteri tesisine büyük yatırımlar yapmak zorunda olduğu sözleşmeler için 15 yıla kadar izin verilmiştir. Bu tür anlaşmalarda sağlayıcı, müşteri tesisine çok büyük miktarlarda yatırım

⁴⁷ Press Release (1988), IP/88/87.

⁴⁸ Press Release (1989), IP/89/426.

⁴⁹ "Sabit bir maksimum rakam ifadesi"ndeki **sabit rakam**; satın alınacak gaz miktarının, müşterinin ihtiyacının belirli bir yüzdesi şeklinde değil de 50 ton gibi sayısal bir veri şeklinde ifade edilmesini öngörmektedir. **Maksimum** ifadesi ise, sözleşmede yer alan 50 ton gibi bir rakamın azami sınırı oluşturmasını, "en az 50 ton" veya "50 tondan az olmamak üzere" şeklindeki ifadelerin sözleşmede yer almamasını temin etmektedir. Söz konusu iki düzenleme ile birlikte müşteri, yıl içindeki talebinin beklenmedik şekilde artması durumunda, sözleşmede belirtilen sabit rakamı aşan talep kısmının başka bir sağlayıcıdan tedarik edilebilme imkanına kavuşacaktır.

yapmaktadır. Bu yatırımların karşılanması için belirli bir süre ticari ilişkinin sürmesi ticari ve ekonomik bir zorunluluk olarak değerlendirilmiştir⁵⁰.

Komisyon, münhasır satın alma anlaşmalarının değerlendirmesinde, haklı gerekçelerin varlığı halinde muafiyet rejimini uygulamakla birlikte, özellikle piyasa kapama etkisinin boyutları üzerinde durmaktadır. Anlaşmaların ilgili pazardaki müşterilerin önemli bir kısmını uzun bir süre tek bir sağlayıcıya bağlı kılması, piyasadaki mevcut markalararası rekabet düzeyini azalttığı gibi potansiyel rakiplerin piyasaya girişine de engel teşkil etmektedir⁵¹. *Schlegel/CPIO*⁵² kararında 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmaları, ilgili piyasanın %12'sini kapsıyor olmaları ve aynı zamanda otomobil piyasasındaki uzun dönemli planlama gereksinimi nedeniyle muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir.

*Danish Fur Traders*⁵³ davasında kürk üreticileri, %75 piyasa payına sahip bir kooperatifle, ürettikleri kürkleri satmak üzere uzun süreli münhasır satış anlaşması imzalamışlardır. İlk Derece Mahkemesi; münhasırlığın tek başına 81(1) inci maddenin ihlali anlamına gelmediğini belirttikten sonra, münhasır anlaşmaların rekabeti artırıcı yönleri ile beraber rekabeti kısıtlayıcı yanlarının da olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda, *Delimitis* kararında belirtildiği üzere⁵⁴, anlaşmanın rekabetçi etkilerine ilişkin spesifik analizlerin yapılması gerektiğini söylemiştir. Sonuç olarak bu dava için İlk Derece Mahkemesi, münhasır satış anlaşmalarının makul bir sebebinin olmaması ve söz konusu anlaşmaların Danimarka kürk piyasasını rekabete kapaması nedeniyle 81(1) inci maddenin ihlal edildiği yönündeki Komisyon kararını kabul etmiştir.

Reklam verenler ve reklam acentaları dernekleri ile resmi ve özel televizyon kanalları tarafından kurulan İtalyan Auditel firması, izleyici ölçüm sistemini yönetmek ve reyting rakamlarını tespit etmek amacıyla kurulmuştur. Komisyon'a bildirilen Auditel ile ortakları arasındaki anlaşmanın onbirinci maddesi, kurucuların yalnızca Auditel'in reyting ölçüm rakamlarını kullanması şartını getirdikten sonra söz konusu yükümlülüğün tek amacının, kamuoyuna duyurulan reyting verileri arasındaki tutarsızlığın ortadan kaldırılması ve buna bağlı olarak izleyicinin yanlış yönlendirilmesinin önüne geçmek olduğu belirtilmiştir. Bahsedilen maddenin pratikteki yararı ise, İtalyan televizyonları

⁵⁰ European Commission XIX th Report on Competition Policy (1989), p.62.

⁵¹ *BP Kemi* davasında Komisyon, rekabet etmeme yükümlülüğünün 81(1) inci maddeyi ihlal edip etmediğinin değerlendirirken; anlaşmanın süresi ve ekonomik yapısının, tarafların pazar paylarının, alıcı ve satıcının pazardaki konumunun göz önünde bulundurulmasının gerektiğini belirtmiştir. Bkz. OJ (1979) L 286/32, p.59.

⁵² OJ (1983) L 351/20, p.15-16.

⁵³ Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening & Ors v. Commission (1992) ECR II-1931, p.99.

⁵⁴ Söz konusu davanın geniş analizi için bkz. s.41.

arasındaki reyting savaşına son vermesidir. Komisyon yaptığı değerlendirmede, Auditel'in üyelerinin diğer kaynaklardan reyting rakamı almasını engelleyen ve bu suretle izleyici reyting ölçümü pazarındaki rekabeti bütünüyle ortadan kaldıran anlaşmanın onbirinci maddesini, rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlaması nedeniyle muafiyet kapsamında değerlendirmemiştir⁵⁵.

Peynir üretiminde kullanılan rennet maddesinin üretimi ile uğraşan ve üyelerinin toplam peynir üretimindeki pazar payı %90 olan peynir üreticileri kooperatifinin, üyelerini rennet ihtiyacının tamamını yalnızca kendisinden temin etmesini sağlayan münhasır satınalma yükümlülüğü ile bağlaması, kooperatifin ortaya çıkaracağı faydalar ile kıyaslandığında zorunlu olanın ötesinde bir sınırlama olarak değerlendirilmiştir⁵⁶. *National Sulphuric Acid Association* kararında; söz konusu derneğe üye olan 19 adet sülfürik asit üreticisi, asit üretiminde kullanılan en önemli madde olan ve üretim maliyetinin %80'ini oluşturan likit sülfür girdisini, dernek üyeleri adına almak üzere bir birlik kurmuşlardır. Sülfür alımını gerçekleştiren birlik ile üyeleri arasında akdedilen anlaşma gereği üyeler, sülfür ihtiyaçlarının tamamını birlikten alma yükümlülüğü altına girmişlerdir. İngiltere sülfürik asit pazarının %80'ini üreten üyelerin sülfür ihtiyaçlarının tamamını tek bir birlikten satın alma yükümlülüğü altına girmelerinin, sülfür piyasasını rekabete kapatacak olması nedeniyle Komisyon, söz konusu yükümlülüğü üyelerinin ihtiyaçlarının en az %25'ini birlikten sağlaması şekline dönüştürmüştür⁵⁷.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün ortaya çıkardığı piyasa kapama etkisinin analizine ilişkin esasları ortaya koyan diğer önemli davalar "paketlenmiş dondurma" piyasasına ilişkindir. Bu kararlarda, yalnızca yukarıda bahsedilen davalarda gündeme gelen "satış noktası münhasırlığı" değil dondurmayı muhafaza amaçlı kullanılan "soğutucu kabin münhasırlığı" da tartışılmıştır.

Soğutucu kabin münhasırlığı, satış noktası münhasırlığından farklı olarak fiili piyasa kapama etkisi yaratan bir uygulamadır. Nitekim kabinin perakendeciye kullanandırılmasına ilişkin şartları düzenleyen anlaşmada, söz konusu kabin içerisinde yalnızca kabinin sahibi olan dondurma üreticisinin dondurmalarının muhafaza edilmesi, rakip dondurma ürünlerinin saklanmaması

⁵⁵ Press Release (1993) IP/93/1042.

⁵⁶ Case 61/80 Cooperatieve Stremmel en Kleurselfabriek v. Commission (1981) ECR 851, (1982) I CMLR 240, p.18.

⁵⁷ OJ (1980) L 260/24, p.51. Komisyon'un kısmi münhasırlığa muafiyet vermesinin bir takım nedenleri bulunmaktadır. Talebin arzdan daha fazla olduğu bir sülfür piyasasında, her bir birlik üyesinin alımlarını ayrı ayrı yapması, birlik üyesi 14 küçük üreticinin sülfür ihtiyacını karşılayamamasına neden olabilecektir. Kısmi münhasırlık hükmü, bir taraftan küçük üreticilerin girdi ihtiyaçlarını kısmen de olsa garanti altına alırken aynı zamanda, birliğin satın alması gereken sülfür miktarını önceden tespit etmesine yardımcı olacaktır.

şartı bulunmaktadır. Perakendecinin ikinci bir kabin bulundurmasının mümkün olmadığı durumlarda, soğutucu kabin münhasırlığı, fiili münhasırlığa dönüşmektedir (Jones ve Sufrin 2001, 375).

Uygulamada ortaya çıkan sonuçlar, perakendecilerin pek çoğunun ikinci bir soğutucu kabin bulundurmamak istemediklerini ortaya koymaktadır⁵⁸. Bunun iki farklı nedeni bulunmaktadır:

- İkinci bir soğutucu kabin bulundurmamak için perakendecilerin yeterli yere sahip olmaması.
- İkinci bir soğutucu kabin bulundurmaya yönelik perakendecinin isteğinin olmaması. Zira ikinci münhasır kabin bulundurmanın bir başka deyişle markalararası rekabetin perakendeciye faydası bulunmamaktadır (Sibree 1995, 57).

İrlanda paketlenmiş dondurma piyasasındaki soğutucu kabin münhasırlığına ilişkin şikayet üzerine Komisyon; İrlanda pazarında %70 pazar payına sahip olan Unilever'e 1993 yılında gönderdiği itiraz bildirimini ile, söz konusu teşebbüsün piyasanın önemli bir kısmını rekabete kapatan münhasır soğutucu kabin anlaşmalarına müdahale etmiştir. Bu doğrultuda taraf ile yapılan görüşmeler neticesinde Unilever, sahip olduğu soğutucu kabinlerin %15'ini perakendecilere satmayı kabul etmiştir⁵⁹. Sayısal olarak tespit edilen %15 nispetindeki soğutucu kabinin perakendecilere satılmasından sonra münhasır soğutucu kabin anlaşması ile bağlı perakendeci sayısı, pazarın %50'sinin altına inmiştir.

1996 yılında Komisyon tarafından yaptırılan pazar araştırmaları, 1993 yılında alınan tedbirlere rağmen İrlanda paketlenmiş dondurma piyasasının istenilen boyutta rekabete açılmadığını ortaya koymuştur⁶⁰. Bu sebeple Unilever'in münhasır soğutucu kabin anlaşmalarına ilişkin yeni bir soruşturma başlatan Komisyon, Unilever'in söz konusu anlaşmalarını 81(1) inci maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İlk Derece Mahkemesi tarafından da onaylanan kararda, satış noktalarının %40'ının münhasır soğutucu kabin anlaşması ile bağlanması neticesinde ortaya çıkan piyasa kapama etkisi, ihlal için yeterli bulunmuştur⁶¹.

Soğutucu kabin münhasırlığına ilişkin yapılan analizlerin önemi, analizin tüm dondurulmuş ürün sağlayıcılarını kapsayacak şekilde genişletilebilmesinden kaynaklanmaktadır (Jones ve Sufrin 2001, 375). Bu

⁵⁸ Bkz. Robertson ve Williams (1995, 20).

⁵⁹ Press Release (1995) IP/95/229.

⁶⁰ Press Release (1998) IP/98/242.

⁶¹ Case T-65/98 Van den Berg Foods v. Commission (2003), p.77.

açıdan bakıldığında başta paketlenmiş dondurma olmak üzere soğutucu kabin içerisinde muhafaza edilmesi gereken dondurulmuş ürünlerin tamamı için soğutucu kabin münhasırlığı, yeni giren firma için stratejik giriş engeli oluşturmakta⁶² ve aynı zamanda piyasadaki mevcut firmalar arasındaki rekabeti de azaltıcı etki doğurabilmektedir.

2.1.2.2. Benzer Türden Dikey Anlaşmaların Oluşturduğu Paralel Ağların Piyasa Kapama Etkisi

Delimitis kararında ATAD, Alman Mahkemesi'nin kendisine ön karar prosedürü çerçevesinde yönelttiği soruya verdiği cevapta, benzer türden dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların piyasa kapayıcı etkilerine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. ATAD ilgili pazarı, perakende bira satımı şeklinde değilde lisanslı satış noktalarında yapılan satışları baz alarak tespit ettikten sonra, yapılan bira arz anlaşmalarının amacının rekabeti kısıtlamak olmadığını belirtmiştir⁶³. Bu sonuca ulaşırken iki basamaklı bir yol takip etmiştir. İlk basamakta piyasaya erişimin engellenip engellenmediği tespit edilmiştir. Örneğin rakip firma, mevcut bir bira üreticisini satın alarak ya da yeni satış noktaları kurarak piyasaya girme şansına sahip midir?⁶⁴ Eğer cevap piyasaya erişimin engellendiği yönünde ise ikinci basamakta, teşebbüsün anlaşmalarının süre ve oran olarak piyasa kapama etkisine hissedilir derecede katkıda bulunup bulunmadığı incelenmiştir⁶⁵. Bu aşamanın da cevabının evet olması durumunda anlaşmanın 81(1) inci maddeyi ihlal ettiğinin kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Delimitis kararı başta münhasır satın alma anlaşmaları olmak üzere pek çok dikey anlaşma türünün değerlendirmesinde yeni bir yaklaşımın başlangıcıdır (Korah 1994, 171). ATAD bu kararında; 81 inci maddenin uygulanması için gerekli piyasa kapama oranının sınırlarını kesin bir şekilde tespit etmemişse de, maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan şartların tespitine yönelik -anlaşma türü ayırımına gitmeksizin- analiz basamaklarını ortaya koymuştur (Pheasant ve Weston 1997, 325). Davada yer alan Savcı Van Gerven'in görüşü şu şekildedir:

Anlaşmanın benzer türden anlaşmaların oluşturduğu ağın bir parçası olması, 81(1) inci maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlardan biridir. Bunun dışında %60 ya da benzeri bir oran belirtilemez. Zira hukuk kuralının yorumlanmasında spesifik kuralların ortaya konulması Mahkeme'nin yetkisi dahilinde değildir. Nicel, kümülatif ve istatistiksel datalar tek başına 81(1) inci maddenin uygulanma alanını tespit

⁶² Bishop ve Walker (2002, 188), ekonomik açıdan dikey anlaşmaların ancak piyasaya yeni girecek teşebbüsler için stratejik giriş engeli yaratması durumunda müdahale edilmesi gerektiğini, bunu dışındaki durumlarda dikey anlaşmaların serbest bırakılması gerektiğini savunmuşlardır.

⁶³ Case C-234 /89 *Delimitis v. Henninger Brau AG* (1991) ECR I-935, p.13.

⁶⁴ *Ibid*, p.19-23.

⁶⁵ *Ibid*, p.24-27.

edemeyebilir. Bu konuda tek söylenebilecek, piyasanın yüksek bir oranının bağlı olması -örneğin %40-%60 arası- piyasadaki rekabeti ciddi şekilde etkileyebileceğidir.⁶⁶

Kararın 19 ile 26 ncı paragrafları arasında ATAD, dikey kısıtlamaların oluşturduğu bir ağın varolduğu piyasada 81(1) inci maddenin uygulanması için gerekli şartların tespitine yönelik ikili basamaklı sistemin, her bir basamağında göz önünde bulundurulacak kriterleri tespit etmiştir.

a. Birinci Basamak

Rakip bira üreticilerinin piyasaya girmeleri ya da piyasa payını artırmaları, bira dağıtım ağının yapısı nedeni ile zor mu? Bu sorunun cevabına ulaşmada kullanılacak faktörler şu şekilde sıralanmıştır:

- Bağlı satış noktası sayısı ve satış hacmi olarak piyasadaki benzer anlaşmalardan doğan piyasa kapama oranı,
- Anlaşmaların süresi,
- Kurulu rakip teşebbüslerden birini devralma olasılığı,
- Ürünün satımı için kendi dağıtım ağını kurma olasılığı,
- Piyasa yapısı,
- Markanın önemi ve firma sadakati.

ATAD bu faktörlerden özellikle piyasa kapama oranı ve anlaşmaların süresinin önemli olduğunu dile getirmiştir:

Söz konusu anlaşmalar ağının piyasaya giriş üzerindeki etkisi özellikle; bağlı nihai satıcıların oranının tüm dağıtıcılara oranı, anlaşmaların süresi, bu anlaşmalara bağlı olarak satılan bira miktarı ve bu miktarın diğer bağlı olmayan nihai satıcıların satışlarına oranına bağlıdır.⁶⁷

b. İkinci Basamak

ATAD herhangi bir sağlayıcının anlaşmalarının 81(1) nci madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, söz konusu sağlayıcının anlaşmaların, piyasadaki benzer türden anlaşmaların oluşturduğu toplu etkiye önemli ölçüde katkıda bulunması gerektiğini belirtmiştir. Esaslı etki unsurunun değerlendirmesinde göz önünde bulundurulacak faktörler şu şekilde sayılmıştır:

- Sağlayıcının pazar payı -aynı grupta yer alan teşebbüsler dahil-,
- Sağlayıcının anlaşmalarının piyasanın bütünündeki kapanma oranına katkısı,

⁶⁶ Ibid, s.967.

⁶⁷ Ibid, p.19.

- Sağlayıcının anlaşmalarının süresi (Pazar payı düşük çok sayıda sağlayıcının satış noktalarını uzunca bir süre bağlaması, piyasanın kapanmasına önemli oranda katkıda bulunurken, yüksek pazar payına sahip sağlayıcının kısa dönemli sözleşmeleri aynı etkiyi doğurmayabilecektir)⁶⁸.

1985’de Almanya’nın iki büyük dondurma üreticisinden biri olan Schöller hakkında yapılan incelemede Komisyon, bu iki teşebbüsün ilk iki yılın sonunda altı ay önceden ihbar etmek şartıyla fesh edilebilen üç yıllık anlaşmalarının pazarın %30’unu rekabete kapatıyor olmasının, 81(1) inci maddenin ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁹. 1990 yılında Mars piyasaya girdikten sonra Schöller ve Langnese-Iglo’nun sözleşmelerinin piyasayı kapadığı iddiası ile açılan davada Komisyon, söz konusu grup muafiyetini geri almış⁷⁰, bireysel muafiyeti reddederek beş yıllık münhasır satın alma sözleşmelerini yasaklamıştır⁷¹.

Kararda dikkati çeken bir diğer önemli nokta Komisyon’un, ATAD’ın Delimitis kararında kullandığı iki aşamalı testi kullanmamış olmasıdır (Korah 1994, 173). Söz konusu test yerine, anlaşmalara 81(1) inci maddenin uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmek için üç sorunun cevabına bakmayı tercih etmiştir⁷².

- Anlaşma tek başına Ortak Pazar ya da Üye Ülkeler arası rekabette esaslı etkiye sahip mi?
- Bahsedilen türden bir etkiye sahip değilse, teşebbüsün benzer kısıtlamalar içeren anlaşmalarının tamamı bu etkiyi doğuruyor mu?
- Bu türden de bir etki doğurmuyorsa, piyasadaki diğer teşebbüslerin benzer türde kısıtlamalar içeren anlaşmaları ile birlikte bu etki doğuyor mu?

Komisyon bu sorulardan herhangi birinin cevabının evet olması durumunda, 81(1) inci maddenin uygulanabilmesi için gerekli şartın sağlanmış olduğunu belirtmiştir. Kararda Schöller firmasının münhasır anlaşmalarının hem adet bazında hem de satış hacmi olarak piyasa kapama oranının %10’dan fazla olduğu⁷³, Langnese-Iglo davasında ise bu oranının %15’den fazla olduğu tespit edilmiştir.⁷⁴ Komisyon her iki kararında da Schöller ve Langnese-Iglo

⁶⁸ Ibid, p.25-26.

⁶⁹ Bkz. European Commission XV th Report on Competition Policy (1985), p.19.

⁷⁰ Komisyon 1985 yılındaki kararında yer alan, diğer rakip teşebbüslerin dondurma perakendecilerine erişiminin garanti altına alındığına yönelik tespitinin yanlış olduğunu itiraf etmiştir. Bkz. O.J. (1993) L 183/1, p.4.

⁷¹ OJ (1993) L183/1, p.146; OJ (1993) L183/19, p.154.

⁷² Bkz. European Commission XXII nd Report on Competition Policy (1992), p.195.

⁷³ OJ (1993) L183/1, p.101-102.

⁷⁴ OJ (1993) L183/19, p.100-101.

firmalarının piyasadaki satış noktaları ile yaptığı münhasır anlaşmalarının 81(1) inci maddeyi ihlal ettiği, bu sebeple piyasadaki diğer teşebbüslerin anlaşmalarını incelemeye gerek olmadığını belirtmiştir⁷⁵ (Komisyon'un benimsediği yaklaşımın ikinci sorusu karşılanmıştır.).

Her ne kadar ATAD, Komisyon'un kararını reddetmemişse de Komisyon'un üç aşamalı yaklaşımı yerine kendi iki basamaklı testini kullanmıştır. İlk olarak diğer faktörler ile beraber piyasadaki benzer türden anlaşmaların, kümülatif olarak potansiyel rakiplere karşı piyasa kapama etkisi yaratıp yaratmadığını sormuştur.⁷⁶ Schöller ve Langnese-Iglo anlaşmalarının adet ve satış miktarı olarak toplam piyasa kapama oranının %30'dan fazla olduğunu tespit etmiştir⁷⁷. ATAD'ın kararında etkisi olan diğer faktörler:

- Soğutucu münhasırlığı,
- Soğutucu münhasırlığını kuvvetlendiren indirim sistemi,
- Bağımsız perakendecilerin sayısının az olması ve aynı zamanda bu perakendecilerin düşük cirolu olmaları,
- Marka gücü,
- Anlaşma süreleri (genelde 2.5 yıl ve üzeri),
- Langnese-Iglo ve Schöller firmalarının pazar payları ve konumlarıdır.

Tüm bu veriler ışığında Mahkeme, piyasadaki benzer türden anlaşmaların kümülatif olarak potansiyel rakiplere karşı piyasa kapama etkisi yarattığı sonucuna ulaştıktan sonra, ikinci basamakta Langnese-Iglo ve Schöller firmalarının her birinin sözleşmelerinin oluşturduğu bireysel ağların kümülatif piyasa kapama etkisine esaslı oranda etki ettiğine karar vermiştir⁷⁸.

Whitbread kararında ise Komisyon, Birleşik Krallık'taki barlar ile aktedilen münhasır satın alma anlaşmalarına, piyasa kapama etkisi yaratmasına rağmen muafiyet tanımıştır. Farklı sağlayıcılara ait münhasır satın alma anlaşmalarının oluşturduğu paralel ağlar, Birleşik Krallık bira pazarının %58'ini kapatmasına rağmen Komisyon; *Whitbread*'in %13'lük piyasa kapama oranı ile söz konusu toplam etkiye hissedilir derecede katkıda bulunmadığına karar vermiştir⁷⁹. Muafiyette etkili olan diğer unsurlar ise bira pazarındaki mevcut markalararası rekabet düzeyinin yeterli olması⁸⁰ ve pazara girmek isteyen

⁷⁵ Schöller ve Langnese-Iglo firmalarının pazar payları sırasıyla %20 ve %45'den fazladır (Korah 1994, 73).

⁷⁶ Case T-7/93 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, p.99.

⁷⁷ Komisyon ilgili ürün pazarını dışarıda yenen, paketlenmiş ve bireysel tüketilen dondurmalar şeklinde dar tanımlamıştır.

⁷⁸ Case T-7/93 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533, p.111-112.

⁷⁹ OJ (1999) L88/26, p.177.

⁸⁰ Ibid, p.19.

yabancı bira üreticilerinin lisans yoluyla kendi dağıtım sistemini oluşturabilmeleridir⁸¹.

2.1.3. R.A. 82 nci madde Kapsamında Piyasa Kapama Etkisi

82 nci madde hakim durumdaki teşebbüse, rakiplerinden bağımsız hareket edebildiği ve ilgi piyasadaki rekabet düzeyini hissedilir derecede etkileyebildiği için daha sıkı şartlar yüklemektedir⁸². Bu açıdan hakim durumdaki teşebbüsün münhasır satın alma anlaşmaları, kimi durumlarda dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

Komisyon bugüne kadar olan uygulamalarında hakim durumdaki teşebbüsün kısa süreli münhasır satın alma anlaşmalarına fazla müdahale etmek istememekte, sorunlu gördüğü anlaşmalarda ise taraf ile uzlaşma yoluna gitmektedir. İtalya’da tüberküloz ilacının hammaddesi olarak kullanılan aminobutanol pazarında birlikte hakim durumda bulunan iki Amerikan firması olan *International Minerals and Chemicals Corporation (IMC)* ile *ANGUS Chemical Company*’nin müşterileri ile imzaladığı 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmalarının piyasayı kapadığı iddiası doğrultusunda yürütülen soruşturmada Komisyon, taraflara gönderdiği iddianame ile sözleşme sürelerinin iki yıla indirilmesini sağlamıştır. Ayrıca anlaşmaların sabit bir tüketim taahhüdü içeren, altı ay önce ihbar etmek kaydıyla fesh edilebilen ve bir yıllık otomatik uzayan nitelikte olması sağlanmıştır⁸³. Anlaşmalarda yapılan değişikliklerden sonra ANGUS’un pazar payında gözle görülür düşüş meydana gelmiştir⁸⁴.

Nükleer tıpta kullanılan Molybdenum 99 hammaddesinin dünya çapında üretim ve dağıtımını yapan Nordiron isimli Kanada firmasının, alıcılarını münhasır temelli ve uzun süreli arz anlaşmaları ile bağladığı yönündeki şikayeti değerlendiren Komisyon, ilgili teşebbüse gönderdiği itiraz bildirimini (statement of objections) ile söz konusu münhasırlık hükmünü sözleşmelerden çıkartmıştır⁸⁵. *Frankfurt Airport* kararında, Frankfurt Hava Limanı ile hava yolu şirketleri arasındaki, rampa idaresi (ramp-handling) hizmetlerinin üç ile on yıl arasında değişen süre zarfında münhasıran söz konusu hava limanından alınmasına ilişkin hükmün süresi, altı ay öncesinden fesih ihbarında bulunulmaması durumunda kendiliğinden yenilenebilen bir yıllık münhasır anlaşmalara dönüştürülmüştür⁸⁶.

⁸¹ Ibid, p.116.

⁸² Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.123.

⁸³ European Commission XVI th Report on Competition Policy (1986), p.76.

⁸⁴ Press Release (1986), IP/86/104.

⁸⁵ European Commission XXVIII th Report on Competition Policy (1998), p.74.

⁸⁶ Press Release (1998), IP/98/794.

İtalya'da alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunan *Coca-Cola Export Corporation*'ın (Filiale Italiana) perakende dağıtıcılarına sağladığı sadakat indirimi niteliği taşıyan⁸⁷ indirim sisteminin, fiili piyasa kapama etkisi yarattığı tespit edilmiştir. Komisyon söz konusu indirim, tüm perakendeciler için aynı oranda değil de satış hacmine bağlı olarak değişen oranlarda uygulanmasını istemişse de, *Coca-Cola Export Corporation*, sözleşmelerindeki indirimi tamamen kaldırmıştır.⁸⁸

*Hoffmann-La Roche*⁸⁹ davasında, hakim durumdaki teşebbüsün 7 adet müşterisiyle yaptığı anlaşmalarda yer verdiği ve söz konusu alıcıların ihtiyaçlarının tamamını kendisinden temin etmesini sağlayan açık yükümlülükler ile 4 adet müşterisi ile yaptığı ve söz konusu alıcıların ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü kendisinden temin etmesini sağlayan yükümlülükler, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilirken, piyasa kapanma etkisine ilişkin analizlere yer verilmemiştir (Veltrop, 1994, 570). Ancak ATAD'ın karardaki;

İlgili ürün pazarında hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarını -kendi istekleriyle dahi olsa- ihtiyaçlarının tamamını ya da önemli bir kısmını münhasıran kendisinden almak üzere bir yükümlülük veya vaatle kendine bağlarsa, Antlaşma'nın 82 nci maddesi bağlamında hakim durumunu kötüye kullanmış olur.⁹⁰

ifadesi, hakim durumdaki teşebbüsün münhasır satın alma anlaşmalarını per se bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak nitelendirmektedir. İlk Derece Mahkemesi ise bugüne kadar olan uygulamalarında, hakim durumdaki teşebbüsün münhasır satın alma anlaşmalarını ATAD kadar olmasa da oldukça sıkı şartlara tabi tutmuştur (Whish 2001, 603).

Soda Ash Davalarında, ICI ve Solvay firmalarının ayrı ilgili coğrafi pazarlarda müşterileriyle yapmış oldukları tek marka anlaşmaları yoluyla pazarı rekabete kapatarak hakim durumlarını kötüye kullanmaları yönündeki iddialar incelenmiştir. Bu incelemeler neticesinde; her bir teşebbüsün hakim durumda olduğu kendi coğrafi bölgelerinde bu konularını, müşterileriyle yaptıkları tek marka anlaşmaları aracılığıyla alıcıların alternatif arz kaynaklarından yararlanma tercihlerini sınırlandırarak ve bunun sonucu olarak rakiplerin pazara girişini engelleyerek, kötüye kullandıkları sonucuna varılmıştır⁹¹.

⁸⁷ Söz konusu indirim sistemi, satın alınan mal miktarına bağlı olmaksızın her perakendeciye aynı oranda indirim uygulanması esasını benimsemiştir.

⁸⁸ Press Release (1988), IP/88/615.

⁸⁹ Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, p.109.

⁹⁰ Ibid, p.89.

⁹¹ 20 ve 10 milyon ECU'lük cezalarda, ICI ve Solvay firmalarının alıcılarına, ihtiyaçlarının tamamına yakını kendilerinden temin etmeleri karşılığında %1-%20 arasında değişen oranlarda

Ancak Komisyon bu davaları ilgili teşebbüslere açmadan önce, 1982 yılında gönderdiği bir itiraz bildirimini ile teşebbüslerin sözleşmelerinde değişiklik yapmalarını istemiştir. Komisyon 1979-1980 yıllarında cam üretimine ilişkin yaptığı genel bir inceleme sırasında, cam yapımında kullanılan önemli bir girdi olan soda-külü pazarının oldukça yoğunlaşmış olduğunun farkına varmıştır. Bu pazar içerisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin esas olarak cam sektöründeki doğrudan alıcı konumundaki büyük müşterilerinin alternatif sağlayıcılardan mal tedarik etmesini engelleyecek şekilde tek marka anlaşmaları yaptığını ve bu anlaşmaların sürelerinin 5 yıl ya da daha fazla olduğunu belirlemiştir. Komisyon, ICI ve Solvay firmalarının bu sözleşmeler yoluyla pazarı önemli ölçüde rekabete kapattıkları gerekçesiyle, sözleşmelerini kendilerine verilen sürede değiştirmelerini ve Komisyon'un bilgilendirilmesini istemiştir⁹². Söz konusu değişiklik anlaşmaların; münhasır olmayan temelde, belirli ve sabit satılma miktarı içeren ve 2 yıllı sınırlı olmasını öngörmektedir⁹³. Komisyon'un bu düzenlemelerine rağmen her iki teşebbüs uygulamalarını sürdürürce, teşebbüsler hakkında soruşturma açılmış ve rakipleri dışlayıcı münhasır tedarik sözleşmeleri ile benzer türden etkiler doğuran sözleşme ve uygulamaları gerçekleştiren teşebbüslerin 82 nci madde çerçevesinde hakim durumlarını kötüye kullandıklarına karar verilmiştir.

British Gypsum davasında Komisyon, BPB Industries PLC ve bağlı şirketlerinden British Gypsum Ltd.'nin 1985-86 döneminde Britanya ve Kuzey İrlanda sıva pazarında hakim durumda bulunduğunu tespit etmiştir. BPB grubu dünyadaki ikinci en büyük sıva üreticisi olup Avrupa'nın pek çok noktasında üretim tesisi bulunmaktadır. İspanyol sıva ithalatçısı olan Iberian Trading Ltd. şirketinin şikayeti üzerine incelemeye başlayan Komisyon, British Gypsum'un Britanya pazarında başlıca büyük inşaat firmalarına, sıva ihtiyaçlarını münhasıran kendilerinden temin etmeleri karşılığında indirim uyguladığını tespit etmiştir. Ayrıca söz konusu teşebbüsün sıva pazarında geçici arz kıtlığının yaşandığı dönemlerde, münhasıran kendisinden ürün temin eden alıcılarına daha uygun koşullar altında ürün temin ettiği saptanmıştır. İrlanda ve Britanya pazarının tek üreticisi olan ve %90 pazar payına sahip BPB Industries PLC'nin British Gypsum kanalı ile İrlanda dışından sıva ithal eden inşaat firmalarına, ithalata son vererek sıva ihtiyacını münhasıran British Gypsum'dan temin etmeleri karşılığında indirim uyguladığı tespit edilen bir diğer uygulamadır⁹⁴.

indirim uygulamaları etkili olmuştur. Bkz. European Commission XI th Report on Competition Policy (1981), p.73-76.

⁹² OJ (1991) L152/21, p.70; OJ (1991) L 152/40, p.69.

⁹³ Komisyon, anlaşmaları belirli ve sabit bir tüketim taahhüdünü içerecek ve süresini de 2 yılı aşmayacak şekilde düzenleyerek, alıcının arz güvenliği ile alıcının rakip sağlayıcılar ile çalışma özgürlüğünü dengeleyen bir politika benimsemiştir (Faull ve Nikpay 1999, 163).

⁹⁴ Press Release (1988), IP/88/777.

Söz konusu uygulamalar fiili piyasa kapama etkisi yaratması nedeniyle 82 nci maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

2.1.4. Birleşme/Devralmalar

Komisyon, dikey birleşmelerin ortaya çıkaracağı rekabeti kısıtlayıcı en temel etkinin piyasa kapama etkisi olduğu görüşündedir (Cook ve Kerse 2000, 166). *Vivendi/Seagram*⁹⁵ kararında Komisyon, söz konusu dikey birleşmenin pay-TV piyasasına etkilerini incelemiştir. Fransız şirketi olan Vivendi, pay-TV piyasasında %60-85 arasında payı olan Canal+'nın tamamına, yine pay-TV piyasasında faaliyet gösteren BSKyB'nin ise %25 hissesine sahiptir. Seagram grubu ise film ve müzik sektöründe faaliyet gösteren Universal'ın sahibidir. Canal+ ile Universal'ın birleşmesi neticesinde sinema, müzik, pay-TV ve internet alanlarında faaliyet gösterecek olan Vivendi Universal isimli şirket kurulacaktır. Komisyon söz konusu birleşmenin değerlendirmesinde, spor müsabakaları dışında pay-TV'yi cazip kılan unsurun genellikle Amerikan şirketlerine ait kaliteli filmler olduğu ve bu açıdan söz konusu filmlere erişimin zorunlu olduğu düşüncesini benimsemiştir. Birleşme neticesinde Canal+'nın, Universal tarafından üretilen ya da üreticileri arasında yer aldığı filmlere erişebilecek tek teşebbüs olması, rakip pay-TV teşebbüslerinin Universal ile iş yapma olanağını ortadan kaldıracaktır. Komisyon'a göre birleşmenin ortaya çıkaracağı piyasa kapama etkisinin boyutları yalnızca bununla sınırlı değildir. Birleşme neticesinde Canal+, diğer film şirketlerinin ürettiği ancak aynı zamanda Universal'in finansör ortağı olduğu filmlere de kolaylıkla erişecektir. Nitekim Universal yalnızca film üretimi alanında faaliyet göstermeyip, film üreten teşebbüslere finansman desteği de sağlamaktadır. Söz konusu ticari ilişki Universal'in ve dolayısı ile Canal+'nın filmin ilk gösterim hakkını elde etmesini kolaylaştırıcı bir etken olabilecektir. Zira ilk gösterim hakkının, toplam film cirosunun %10'una varan bir getirisinin olduğu düşünüldüğünde, Universal'den finansal destek alan film üreticileri, Universal ile aralarındaki finansman ilişkisini zedelemek istemeyeceklerdir. Universal'in Paramount ile ortaklaşa sahip olduğu UIP dağıtım şirketinden kaynaklanan ticari ilişki, Canal+'nın Paramount tarafından üretilen filmlerin ilk gösterim hakkını almasını kolaylaştıracaktır. Vivendi'nin %25 hissesine sahip olduğu BSKyB'nin diğer ortağı olan Newscorps'un Fox film üretim şirketini kontrol etmesi, dolaylı olarak Canal+'nın diğer bir film üreticisi Fox ile bağlantı kurmasını kolaylaştıracaktır. Sonuç olarak Komisyon, Universal ile Canal+ arasındaki birleşmenin, pay-TV piyasasında Canal+'nın sahip olduğu pazar gücünü artıracığı ve önemli bir girdi olan film yayını piyasasına erişimin kısıtlanması neticesinde Canal+'nın sahip

⁹⁵ Case No: IV/M.2050.

olduğu pazar payı nispetince pay-TV piyasasını rekabete kapatacağı sonucuna ulaşmıştır (Abbamonte ve Rabassa 2001, 218-220).

Komisyon, özellikle yeni ortaya çıkan ve gelişmekte olan piyasaların birleşmeler yoluyla rekabete kapanmaması hususunda oldukça dikkatlidir. Bu duyarlılığın nedeni ise, söz konusu piyasaların ancak rekabetçi bir ortamda kendinden beklenen potansiyel büyümeyi gerçekleştirebileceği ve tüketici tercihlerini karşılayabileceğidir. 1998 yılı itibari ile yeni bir piyasa olmasına rağmen oldukça hızlı gelişen “pay-TV ve onunla bağlantılı servis ve hizmet” pazarlarını rekabete kapatma potansiyeline sahip olan *Bertelsmann/Kirch/Premiere* ve *Deutsche Telekom/Betaresearch*⁹⁶ birleşmelerinde; “dijital televizyon hizmetleri” için gerekli mal ve hizmet piyasalarında önemli pazar gücüne sahip olan tarafların, her ne kadar yatay pazar gücünde bir artış olmasa da, birleşme sonrasında pazarı rekabete kapatabilecekleri belirlenmiştir⁹⁷.

TPS kararında Komisyon; Fransa’da yayın yapan 6 kanalın, pay-TV piyasasında faaliyet gösterecek olan TPS dijital uydu televizyonu platformunu kurmaya yönelik anlaşmalarında yer alan 10 yıllık münhasırlığa ilişkin hükmü incelemiştir. Kurucu 6 kanaldan 4 tanesinin dijital yayın hakkını (TF1, France 2, France 3, M6) münhasıran TPS platformuna veren bu hüküm, Canal+, CanalSatellite gibi büyük dijital kanalların faaliyet gösterdiği pay-TV piyasasındaki rekabeti artıracığı gerekçesi ile 3 yıla sınırlı kalmak kaydıyla 81(3) üncü madde kapsamında değerlendirilmiştir⁹⁸. Münhasıran TPS’nin yayın hakkına sahip olduğu kanalları yayınlamamasına rağmen AB Sat gibi yeni dijital platformların piyasaya girebilmesi argümanını kullanan TPS’nin bu argümanını reddeden İlk Derece Mahkemesi kararında şu ifadeye yer vermiştir:

Genel amaçlı kanalların yayın hakkının münhasıran TPS’de olması, TPS’nin rakiplerinin, pekçok Fransız televizyon izleyicisini ekran başına çeken programlara erişimini engelleyecektirBahsedilen sebepler ışığında davacı, Komisyon’un 81(1) inci madde bağlamında rekabeti sınırlayan münhasırlık hükmünü yanlış değerlendirdiğini ortaya koyamamıştır⁹⁹.

Komisyon ortak girişimlerin yarattığı kapama etkisini incelerken temel olarak ortak girişimin taraflarının pazar güçlerine ve ortak girişim sonrasında pazarda ortaya çıkacak rekabet düzeyine önem vermektedir. *Eurosport* kararında; Avrupa Yayın Birliği’nin (AYB) üyeleri ile News International arasında Eurosport ortak girişim şirketinin kurulmasına, spor programları uydu yayını ve kablolu yayını pazarını rekabete kapatması nedeniyle izin

⁹⁶ Case No: IV/M.993; IV/M.1027.

⁹⁷ European Commission XXVIII th Report on Competition Policy (1998), p.141.

⁹⁸ Press Release (1999), IP/99/161.

⁹⁹ Case T-112/99 TPS, (2001) ECR II-2459, p.64,66.

verilmemiştir¹⁰⁰. *Elopak/Metal Box* kararında ise, ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarda yeterli büyüklükte ve ortak girişim ile aynı know-how/teknoloji düzeyinde teşebbüslerin yer alması nedeniyle piyasa kapama etkisinin önemli boyutta olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır¹⁰¹.

2.2. ABD REKABET POLİTİKASI

2.2.1 Anlaşmalar

Clayton Antitrust Kanunu'nun 3 üncü bölümü münhasır satın alma anlaşmalarını, rekabeti esaslı ölçüde azaltması ya da monopol yaratması durumunda hukuk dışı kabul etmektedir. Mahkeme uygulamalarında münhasır satın alma anlaşmaları, "rule of reason" analizi çerçevesinde değerlendirilmektedir (Lynk 1999, 349)¹⁰². Kanun'un 3 üncü bölümü yasalaşmadan önce Kongre, münhasır satın alma anlaşmalarının rakipleri piyasa dışına itmesi ve monopolleşmede kullanılmasından endişe etmiştir. Bu endişe pek çok davada da açıkça ifade edilmiştir¹⁰³. Clayton Antitrust Kanunu hakkında Temsilciler Meclisi Raporunda yer alan;

Münhasır satın alma anlaşmaları ve bağlayıcı anlaşmalar, bölgesel dağıtıcılarla yapılan, yaratılan monopollerin devamı için kullanılan birer araçtır. Bu araçların piyasaların ve ticaretin gelişmesine sekte vuracağı kesindir¹⁰⁴.

ifadesi de bu endişenin bir yansımasıdır.

Yargı içtihatlarına göre münhasır satın alma anlaşmalarının oluşturduğu rekabetçi tehdit, rakiplerin piyasa dışına itilmesidir¹⁰⁵. Teori, münhasır anlaşmaların yeni firmanın giriş maliyetini artırdığı ve mevcut dağıtıcıların kullanımını engellediği, bu suretle giriş engeli yarattığını varsaymaktadır. Ancak münhasır satın alma anlaşmalarının rekabeti engellediği, bu sebeple piyasaya

¹⁰⁰ Case No: IV/32.524, p.76.

¹⁰¹ Case No: IV/32.009, p.27.

¹⁰² Bkz. Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949), s.305-306.

¹⁰³ Bkz. United States v. United Shoe Machinery Co., 247 U.S. 32 (1918); United States v. Motion Picture Patents Co., 225 F. 800 (1915).

¹⁰⁴ H.R. Report No:63-627, 63d Congress, 2d Session (1914), s.12-13.

¹⁰⁵ Bkz. Pittman (1985, 279-298).

yeni girişlerin gerçekleşmediği yönünde somut bir iddia olmadığı sürece, piyasaya giriş olmaması tek başına rekabet ihlali kabul edilmemektedir (Ornstein 1989, 80).

Amerikan Rekabet Otoriteleri, her ne kadar son dönemde tek marka anlaşmalarının ya da münhasır satın alma anlaşmalarının ekonomik değerlendirmesinde haklı sebeplerin varlığına daha çok yer verse de, halen değerlendirmede belirleyici olan unsur piyasa kapama oranıdır (Ornstein 1989, 65).

2.2.1.1. Piyasa Payı Testi

Clayton Kanunu'nun 3 üncü bölümü altında düzenlenen münhasır satın alma yükümlülüğü, piyasa payı testini esas almaktadır. 1922 yılındaki *Standard Fashion* kararında *Jefferson Parish* (1984) kararına kadar bu test uygulama alanı bulmuştur. Jefferson kararında hakim O'Conner konuya ilişkin olarak; "Münhasır satın alma anlaşmaları, alıcı ve satıcının önemli bir bölümünü piyasada rakiplerle iş yapamaz duruma getirdiği anda makul olmaktan çıkan bir sınırlamadır."¹⁰⁶ ifadesini kullanmıştır.

Tampa Electric kararında Yüksek Mahkeme (Supreme Court) münhasır anlaşmaların, ilgili piyasanın esaslı bir bölümünü rekabete kapatması durumunda hukuk dışı kabul edilebileceğini belirtmiştir¹⁰⁷. Prensipte olarak, bağlı piyasa payı artıktıkça münhasır satın alma anlaşmasının hukuk dışı bulunma olasılığı artmaktadır. Her ne kadar kararların pek çoğu, teşebbüsün münhasır sözleşmeler yolu ile kendisine bağladığı piyasa payını esas alsada mahkeme kararları, anlaşmanın kanunu ihlal ettiğini kabul etmek için gerekli asgari piyasa kapama oranını net bir şekilde ortaya koymamıştır. Nitekim kimi kararlarda %40 oranı kanunun ihlali olarak kabul edilirken¹⁰⁸ kimi kararlarda %8 oranı¹⁰⁹ ihlal için yeterli bulunmamıştır.

Tarihsel olarak incelendiğinde, uygulamada ihlal olarak kabul edilen piyasa kapama oranının gittikçe yükseldiği görülmektedir. Mahkemelerin son yirmi yılda münhasır satın alma anlaşmalarını tüketiciye zarar verme potansiyellerine göre değerlendirmeye başlaması, piyasa kapama oranının alt sınırının da yükselmesine neden olmuştur (Jacobson 2002, 311).

¹⁰⁶ Jefferson Parish, 104 S. Ct. 1551, s. 1576.

¹⁰⁷ Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company, 365 U.S. 320 (1961), s.328. *Tampa Electric* kararında Yüksek Mahkeme "niteliksel çoğunluk" (qualitative substantiality) esasını benimsemiştir. Buna göre değerlendirmede piyasa kapama oranı, alıcıların niteliği, alternatif kanalların varlığı, arama maliyeti, anlaşmanın süresi, giriş engelleri, paralel davranışlar ve rekabeti artırıcı unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır.

¹⁰⁸ Standard Fashion, 258 U.S. 346, s.357.

¹⁰⁹ Satellite Television ve Associated Resources Inc. v. Continental Cablevision of Virginia, Inc., 714 F. 2d 351 (1983), s.357. (Jefferson Parish kararında %30, Beltona kararında %16 ihlal için yeterli bulunmamıştır. Bkz. Jefferson Parish, 104 S. Ct. s.1566; Beltone (1982), 100 FTC s.185)

Ancak piyasa payı testi analizinin tek başına piyasa kapama oranını esas alması, diğer kriterlerden yoksun sonuç elde etmeye çalışması, bu yaklaşımın zayıf yanını oluşturmaktadır¹¹⁰.

Aynı zamanda piyasa payına bağlı olarak rekabetin esaslı ölçüde azalacağını destekleyen oldukça az sayıda teorik ve pratik çalışma bulunmaktadır. Konuya ilişkin çalışmaların pek çoğu, oldukça sınırlı varsayımlar altında dahi (tam giriş engeli, homojen ürün gibi) rekabetin, piyasa payından öte bir takım değişkenlerin etkisi altında olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹¹.

Yaklaşımın bu eksik yönünü gören mahkemeler, pek çok davada yalnızca piyasa kapama oranına bakmanın yetersiz olacağı kanaatine varmışlardır. 9 uncu Mahkeme konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır: *“Ticari gerçeklerden sapıp gözü kapalı bir şekilde piyasa payına bağlanmak, teşebbüsün fiyatları kontrol ve rekabeti engelleme gücü hakkında yanıltıcı bir resim ortaya koyar.”*¹¹²

Münhasır satın alma davalarında, rekabetin engellenmesi ya da rakiplerin piyasa dışına itilmesi olasılığı, teşebbüsün pazar payından daha fazla kritere bağlı olarak ortaya konulmaktadır. Münhasır anlaşmalar kanalı ile gerçekleştirdiği satışların toplam satışlardaki payı %50 olan bir sağlayıcı bu satışlarını, piyasadaki dağıtıcıların %50’sinde daha az ya da daha fazlasını kendine bağlamak sureti ile gerçekleştirebilir. Daha da önemlisi, satış oranının yüksek olması, alt piyasa olarak nitelendirilen dağıtım piyasasında giriş engeli olduğunun net bir göstergesi değildir. Piyasaya yeni girecek olan rakip teşebbüs 3 farklı kanaldan dağıtıcı bulma şansına sahiptir: piyasadaki mevcut dağıtıcılar, diğer piyasadaki dağıtıcılar ve yeni kurulacak dağıtıcılar. Mevcut dağıtıcıların önemli bir bölümü münhasır olmayabileceği gibi münhasır olan dağıtıcılar da kolaylıkla diğer üreticiler ile çalışma kararı alabilirler. Diğer taraftan münhasır dağıtıcılar, diğer sağlayıcılar için yeni satış noktaları kurabilirler. Yüksek kar marjının varlığına bağlı olarak diğer piyasa dağıtıcıları, sorunlu piyasaya girme kararı alabilirler. Ayrıca piyasa kapama etkisinin boyutları, dağıtıcının arz elastikiyetine ve mevcut dağıtıcıların genişleme yeteneğine bağlı olarak da değişmektedir (Ornstein 1989, 84).

¹¹⁰ Piyasa kapama etkisinin yalnızca piyasa kapama oranına bağlı olarak değerlendirilmesinin eleştirisi için bkz. Steuer (1983, 101-134).

¹¹¹ Bkz. Landes ve Posner (1981, 937-996); Herck (1982, 115-124).

¹¹² Hunt-Wesson Foods, Inc. v. Ragu Foods, Inc., 627 F.2d 919, s.924. (9th. Cir. 1980)

2.2.1.2. “Rule of Reason” Yaklaşımı

Amerika uygulamalarında münhasır satın alma anlaşmalarının, alıcıların satın alma opsiyonunu kısıtlayarak potansiyel rakiplerin piyasaya girmelerini engellemekle birlikte, rekabeti artırıcı yönlerinin de olduğu yaklaşımı benimsenmiştir. *Standard Oil* davasında Yüksek Mahkeme, münhasır satın alma anlaşmalarının rekabeti artırıcı yönlerini şu şekilde belirtmiştir:

Alıcı yönünden; arz garantisi sağlar, fiyat artışlarına karşı koruma sağlar, uzun dönemli planlamayı kolaylaştırır, dalgalanan talebin yaratacağı depolama maliyetini azaltır ve aynı zamanda satıcı perspektifinden, öngörülebilir bir piyasa yapısını temin eder¹¹³.

Çeşitli davalarda da belirtilen olumlu yanlarının varlığı, münhasır satın alma anlaşmalarının meşruluğunun “rule of reason” standartı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur¹¹⁴.

1922 tarihli *Standard Fashion*¹¹⁵ davasında, Standard Fashion Co. firması kadın ve çocuk kıyafetleri üretip dağıtmaktadır. Magrane-Houston ise geniş bir ürün çeşidinin dağıtımını ile uğraşmaktadır. Bu iki teşebbüsün taraf olduğu münhasır satın alma anlaşması, Magrane’ye yalnızca Standard Fashion’ın ürünlerini, üretici tarafından belirlenen liste fiyatından satma yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşme 2 yıllık bir dönemi kapsamaktadır Magrane’nin sözleşme dönemi sona ermeden Standard ile çalışmaktan vazgeçip McCall’ın tasarımlarını dağıtmaya başlaması üzerine Standard, sözleşmenin uygulanması için mahkemeye başvurmuştur (Kaserman ve Mayo 1995, 375).

Yüksek Mahkeme anlaşmanın açık bir münhasır satın alma anlaşması olduğunu belirttiikten sonra asıl önemli sorunun münhasırlık hükmünün rekabeti esaslı ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığının ve monopol yaratmak için uygun olup olmadığının tespiti olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ülke genelinde toplam 52.000 adet satış noktasının %40’ını Standard ve diğer iki tasarım şirketi elinde bulundurmaktadır. Bu durum Mahkeme’yi şu sonuçlara ulaştırmıştır: Küçük kasaba ve şehirlerde kıyafet tasarım ve satışı monopolleşme eğilimi göstermektedir. Büyük şehirlerde ise, etkin dağıtıcılar ile yapılan münhasır anlaşmalar monopol oluşturmak için uygun bir zemin teşkil etmektedir. Bu sebeplerle Mahkeme, söz konusu münhasır satın alma anlaşmalarının Clayton Kanunu’nun 3 üncü bölümünü ihlal ettiğine karar vermiştir (Kaserman ve Mayo 1995, 376).

Yüksek Mahkeme *Standard Fashion* kararından itibaren yaklaşık yirmi yıllık bir dönem boyunca münhasır satın alma anlaşmalarını gerçek anlamda bir

¹¹³ Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949), s.306.

¹¹⁴ Bkz. Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961).

¹¹⁵ 258 U.S. 346 (1922).

analize tabi tutmamıştır. Alt mahkemeler ise anlaşmaların değerlendirilmesinde piyasa kapama etkisini esas almışlardır (Jacobson 2002, 320).

Münhasır satın alma anlaşmasının konu olduğu ikinci önemli dava olan *Standard Oil Co. v. United States* davasında¹¹⁶ Standard Oil'in; Arizona, California, Idaho, Nevada, Oregon, Utah ve Washington'u içine alan Doğu Bölgesinde benzin satışının %23'ünü gerçekleştirdiği tespit edilmiştir. Perakende düzeyde Standard Oil tek başına %13.5, en büyük altı rakibi ile birlikte %42.5 pazar payına sahip durumdadır. Standard Oil'in münhasır satın alma anlaşması ile kendisine bağladığı 5.937 petrol istasyonu sayısal olarak toplam perakendeci sayısının %16'sını oluşturmaktadır (Areeda ve Kaplow 1997, 773)¹¹⁷.

Hakim durumda bulunmayan bir teşebbüsün münhasır satın alma anlaşmalarının konu olduğu ilk dava olması açısından önem arz eden bu davada Federal Bölge Mahkemesi (District Court), rekabetin esaslı oranda azalıp azalmadığının göstergesinin, ticaretin önemli bir kısmının etkilenip etkilenmediği olduğunu varsaymıştır (Handler 1957, 34). Yüksek Mahkeme ise münhasır satın alma anlaşmalarının alıcı ve satıcı açısından pek çok avantajlı yönünün bulunduğunu kabul etmekle beraber aşağıdaki soruların cevabının, anlaşmaların etkisinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynadığını belirtmiştir:

- a. Sözleşmelerin varlığına rağmen piyasada rekabetin devam ettiğine ilişkin delillerin varlığı,
- b. sözleşmelerin gereksinimi karşılayacak makul düzeyden daha uzun süreli olup olmadığı,
- c. davalının piyasa gücü (Kaserman ve Mayo 1995, 377).

Yüksek Mahkeme 1949 tarihli *Standard Oil (Standard Stations)* kararında "nicel (kantitatif) çoğunluk testi"ni benimsemiştir (Jacobson 2002, 320). Her ne kadar yukarıda belirtilen sorulara verilecek cevapların münhasır anlaşmaların değerlendirilmesinde önemli olduğunu belirtse de davada, bu test ile ilgili piyasanın kapanma oranına bakmış, bunun dışında sözleşmelerin mevcut yada potansiyel ekonomik etkilerine değinmemiştir¹¹⁸.

Reklam filmi çekimi ve bunların sinemalara dağıtımı ile uğraşan *Motion Picture Advertising Service Co. (MPAS)*, çektiği reklam filmlerini sinemalara yalnızca kendi reklam filmlerini göstermek kaydıyla vermektedir. Sektörde oldukça yaygın olan münhasır satın alma anlaşmalarını kullanan MPAS, sinema

¹¹⁶ Standard Oil, 337 U.S. 293 (1949).

¹¹⁷ Bağlı petrol istasyonlarının toplam benzin satışlarındaki payı %6.7'dir.

¹¹⁸ Bkz. Standard Oil, 337 U.S. 293 (1949), s.313-314.

salonlarının %40'ını kendine bağlamıştır¹¹⁹. Federal Ticaret Komisyonu, anlaşmaların rekabeti esaslı ölçüde kısıtladığına ve bu sebeple Federal Trade Commission Act'ın 5 inci Bölümü'nü ihlal ettiğine karar vermiştir. Neticede Komisyon, MPAS anlaşmalarının sürelerinin 1 yılla sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Sullivan ve Harrison 1998, 252).

Jefferson Parish kararında¹²⁰, East Jefferson hastahanesi ile Roux anestezi merkezi arasındaki, anestezi hizmetlerinin yalnızca Roux'dan alınmasına ilişkin 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmalarının makul olup olmadığına tespitinde; öncelikle ürün ya da hizmet piyasasının yapısı, piyasadaki hastahane ve anestezi merkezi sayısı, teşebbüsün satış hacmi, anestezi merkezlerinin başka bir hastahane ile çalışma opsiyonları irdelendikten sonra sonuç bölümünde, %30'luk bir piyasa kapama oranının, rakip anestezi merkezlerini ya da yeni giren anestezi merkezlerini piyasa dışına ittiğine ilişkin bir delil olamayacağına hükmedilmiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 536-538).

Mahkemenin münhasır anlaşmalara karşı olan sert tutumu *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*¹²¹ kararında bir nebze yumuşamıştır (Sullivan ve Harrison 1998, 253). 1955'te Tampa Electric, altı jeneratör içeren ilave bir üretim tesisi ile kapasitesini artırmaya karar vermiştir. İlk iki jeneratör yakıt olarak kömür kullanacaktır. Üretim tesisinin teknik ömrü süresince kömür tedariğini garanti altına almak isteyen Tampa Electric, Nashville ile 20 yıllık bir dönemi kapsayan, yıllık minimum tüketim taahhüdünün 225.000 ton olduğu münhasır sözleşme imzalamıştır. İşgücü maliyetleri ve diğer faktörlere bağlı eskalasyon yöntemine göre ayarlanacak fiyat 6.4\$ olarak tespit edilmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından kısa bir süre sonra kömür fiyatlarında ortaya çıkan ani artış piyasa fiyatını 8.8\$'a yükseltmiştir. Oldukça uygun fiyattan kömür arz etmek zorunda kalan Nashville ürettiği kömürü daha yüksek fiyat öneren başka bir müşterisine satınca, Tampa alternatif temin kaynağı aramak zorunda kalmış, bulduğu yeni kaynaktan da bu fiyattan kömür temin etmesi mümkün olmamıştır. Bu durum karşısında Tampa, sözleşmenin ihlali nedeniyle mahkemeye başvururken, Nashville sözleşmenin rekabet kurallarını ihlal ettiğini savunmuştur (Kaserman ve Mayo 1995, 378).

Yüksek Mahkeme sektörde yaptığı incelemede, Florida bölgesinde Tampa dışındaki müşterilerin toplam yıllık kömür tüketiminin 700.000 ton olduğunu, bölgede 700 kömür üreticisinin faaliyette bulunduğunu, Tampa Electric'in yıllık 2.25 milyon tonluk ihtiyacının bölgedeki toplam üretimin %1'ine tekabül ettiğini tespit etmiştir. Sonuç olarak; *Tampa Electric*'in

¹¹⁹ 344 U.S. 392 (1953), s.393-394. Amerika genelinde münhasır satın alma anlaşmaları ile bağlı sinema salonu oranı tüm piyasanın %75'ine karşılık gelmektedir.

¹²⁰ *Jefferson Parish*, 104 S. Ct. 1551.

¹²¹ 365 U.S. 320 (1961).

tüketiminin piyasanın yalnızca %1'ine tekabül etmesi, Tampa-Nashville münhasır sözleşmesinin Tampa'nın kömür tedarikini garanti altına almak için zorunlu olması ve piyasa kapama etkisi yaratmaması sebepleriyle ihlal olmadığına karar verilmiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 509-511).

Tampa Electric kararında Mahkeme, yalnızca piyasa kapama oranının değil aynı zamanda ilgili pazarda rekabet üzerinde olası etki doğurabilecek diğer unsurlarında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. Bu kararla birlikte Yüksek Mahkeme “nicel (kantitatif) çoğunluk testi”nden vazgeçerek “nitel (kalitatif) çoğunluk testi”ni benimsemiştir. Ancak söz konusu çoğunluk testine geçişte ilk karar olması nedeniyle, Tampa Electric kararında piyasa kapama oranı baskın unsur olmaya devam etmiştir. “Rule of Reason” yaklaşımı çerçevesinde “nitel (kalitatif) çoğunluk testi”, anlaşmanın olası etkilerinin rekabeti esaslı ölçüde azaltması durumunda ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır (Jacobson 2002, 322).

Yüksek Mahkeme, Federal Ticaret Komisyonu'nun 1982 yılındaki *Beltona*¹²² kararına kadar, *Tampa Electric* kararında benimsediği münhasır satın alma anlaşmalarına yönelik tutumunu gözden geçirmemiştir. Rule of Reason doktrinine yönelik ilk önemli adım niteliğindeki Beltona kararında, işitme cihazları pazarının %16'sının rekabete kapatılmasını değerlendiren Ticaret Komisyonu; dikey kısıtlamanın teşebbüsün pazara intibak edebilmesi için gerekli olması, bedavacı problemini ortadan kaldırması, rakip teşebbüslerin söz konusu anlaşmaya rağmen pazar paylarını artırabilmeleri, pazara yeni girişlerin gerçekleşmesi ve pazardaki yoğun markalararası rekabet nedeniyle söz konusu dikey kısıtlamanın makul olduğunu kabul etmiştir.

Tarihsel süreçte Amerikan rekabet uygulamaları incelendiğinde, piyasada %10'luk piyasa kapama etkisi yaratan anlaşmaların güvenli bölge sınırları içinde değerlendirildiği görülmektedir. %30'un üzerinde piyasa kapama oranı makul olmayan bir sınırlama kabul edilmekte, %10-30 arası ise diğer faktörlere bağlı olarak değişmektedir¹²³. *Satellite Television*¹²⁴ davasında %8'lik piyasa kapama oranı ihlal için yeterli bulunmamıştır. *Twin City Sportservice*¹²⁵

¹²² Beltona Elecs. Corp., 100 F.T.C. 68 (1982).

¹²³ Ancak Beltona kararı sonrasında nicel (kantitatif) çoğunluk testine olan ilgi azaldıkça, %30-40 arasındaki oranların da makul olarak değerlendirilmeye başlandığı görülmektedir. *Omega Environmental, Kuck* ve *Gonzalez* davalarında sırasıyla %38, %37 ve %40'lık piyasa kapama oranları ihlal olarak değerlendirilmemiştir (Jacobson 2002, 324). Bkz. *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 119 S. Ct. 46 (1998); *Kuck v. Bensen*, 647 F. Supp. 743 (1986); *Gonzalez v. Insignares*, 1985-2 Trade Cas. (CCH).

¹²⁴ *Satellite Television & Associated Resources, Inc. v. Contractual Cablevision, Inc.*, 714 F.2d 351 (4th Cir. 1983)

¹²⁵ *Compare Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finley & Co.*, 459 U.S. 1009 (1982).

davasında %24'lük uzun dönemli piyasa kapama oranı rekabeti engelleyici olarak değerlendirilirken, *American Motors*¹²⁶ kararında %14.7'lik oran, diğer faktörler markalararası rekabetin hissedilir derecede etkilenmediğine işaret ettiğinden rekabeti engelleyici olarak değerlendirilmemiştir (Cantor 1999, 52).

Anlaşmaların varlığına rağmen piyasaya girişlerin olması, tek marka anlaşmalarının önemli bir giriş engeli olmadığını göstermektedir. Ancak mahkemeler rakip firmanın piyasada faaliyette bulunmasını yeterli bulmamakta, aynı zamanda yeni firmanın piyasaya girişinin rekabetçi bir giriş olması gerektiğini vurgulamaktadırlar¹²⁷.

Piyasa kapama etkisinin süresi ne kadar kısa olursa, rekabetin gerektiğinden fazla kısıtlanmış olma olasılığı da o kadar düşük olacaktır. Son dönemde hakim durumdaki firmanın 3-5 yıl arasındaki sözleşme sürelerinin rekabeti kısıtlayıcı olduğu görüşü ağır basmaya başlamıştır¹²⁸.

Münhasır anlaşmaya konu ürün pahalı, dayanıklı ve kullanıcının satın alma kararı öncesinde marka ve fiyat karşılaştırması yaptığı bir ürün ise, perakende düzeyde rekabetin kısıtlanma olasılığı düşüktür¹²⁹.

Piyasa kapama etkisinin boyutlarını belirleyen bir diğer unsur da piyasanın yapısıdır. Özellikle şebeke dışsallıklarının egemen olduğu pazar yapılarında, tek marka anlaşmalarının yarattığı piyasa kapama etkisi daha büyük önem arz etmektedir. Nitekim diğer alıcıların münhasır anlaşma nedeniyle rakip şebeke ile çalışmayacağını ya da bu konuda isteksiz olacağını düşünen her bir alıcının kendisi de söz konusu şebeke dışsallığı nedeniyle rakip şebekeye dahil olmak istemeyecektir. Bu açıdan şebeke dışsallıklarının piyasa kapama etkisini kuvvetlendirdiği kabul edilebilecektir (Yenişen 2003, 49). Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, "Elektronik Ödeme Sistemi"ne ilişkin olarak yürüttüğü soruşturmada; Visa ve MasterCard'ın, sistemine üye olan bankaların American Express gibi diğer sistemlerle çalışmaya yönelik olarak kart çıkarmasını yasaklayan hükümleri hukuk dışı olarak değerlendirmiştir (Shapiro 1999, 5). Visa ve MasterCard'a kıyasla daha uygun finansal avantajlar sağlayan ve aynı zamanda daha üstün sistemlere sahip olan American Express ve Discover'ın dışlanmasının; fiyat rekabeti, üretim düzeyi ve tüketici refahının azalmasına yol açacağı sonucuna varılmıştır (Jacobson 2002, 343)¹³⁰.

¹²⁶ *American Motors Inns, Inc. v. Holidays Inns, Inc.*, 521 F.2d 1230 (3d Cir. 1975).

¹²⁷ Bkz. *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 119 S. Ct. 46 (1998).

¹²⁸ Bkz. *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 21 F.2d 923 (1998).

¹²⁹ Bkz. *United States v. J.I. Case Co.*, 101 F. Supp. 856 (1951).

¹³⁰ Visa International'ın sistemine üye olan bankaların Avrupa'da rakip kartları basmalarını yasaklayan hükümler içeren ticari planı inceleyen Avrupa Komisyonu, söz konusu planı, tüketicilere etkisi açısından değerlendirmeksizin, kredi kartı sistemleri arasındaki rekabeti

Alternatif dağıtım kanallarının mevcudiyeti, münhasır satın alma anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı olma olasılığını da azaltmaktadır. *Omega Environmental* kararında¹³¹, ülkenin en büyük petrol dağıtım ekipmanı üreticisi olan Omega Environmental'ın piyasanın %50'sine sahip olduğunu, bu miktarın 1/3'ünü doğrudan kullanıcılara, kalanını ise piyasadaki 500 dağıtıcıdan 120'si ile yaptığı münhasır temelli anlaşmalar yoluyla dağıttığı tespit edilmiştir. İstinaf Mahkemesi (The Court of Appeals), Bölge Mahkemesince tespit edilen %38'lik piyasa kapama oranının, rakamsal olarak rekabeti kısıtlayıcı etkiyi abarttığını belirtmiştir. Mahkeme; alternatif dağıtım kanallarının varlığına dikkat çekerken -müşterilere direkt satış imkanı ve bağlı olmayan dağıtıcıların mevcudiyeti-sözleşmelerin 1 yıllık olması ve kolaylıkla fesh edilebilmesi¹³² sebepleriyle, davacının mevcut distribütörler ile çalışmada serbest olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca piyasaya girişin olması ve diğer üreticilerin piyasa paylarını artırabilmeleri de davalının münhasır anlaşma politikasının giriş engeli oluşturmadığının önemli bir göstergesi olduğunu söylemiştir (Jacobson 2002, 328-330).

CDC kararında; önemli derecede pazar gücüne sahip olan sağlayıcının dağıtıcıları ile imzaladığı münhasır satın alma anlaşmalarının, dağıtımın etkin satıştaki rolünün düşük olması durumunda makul kabul edilebileceği belirtilmiştir. Mahkeme, giriş engelini olmadığı bir dağıtım piyasasında, kolaylıkla fesh edilebilen ve CDC'nin satış stratejisinde önemli bir rol oynamayan dağıtım anlaşmalarının hukuki olduğuna karar vermiştir¹³³.

Amerikan Adalet Bakanlığı ise piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin, ılımlı da olsa münhasır nitelikteki sözleşmelerinin piyasa kapama etkisi yarattığını düşünmektedir (Cantor 1999, 57).

Bakanlık *Microsoft* davasında¹³⁴, Microsoft'un monopol gücüne sahip olduğuna ve bilgisayar üreticileri ile yaptığı anlaşmalar kanalıyla hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Microsoft'un bilgisayar üreticileri ile yaptığı 3 yıllık lisans sözleşmelerinde yer alan hüküm, bilgisayar üreticisinin Microsoft işletim sistemi kullansın yada kullanmasın, sattığı her bilgisayar için telif ücreti ödemesini şart koşmaktadır. "Minimum taahhüt" hükmü ise üreticilerin, büyük miktarlarda işletim sistemi almasını garanti altına alınmaktadır (Yıllık taahhüdün yerine getirilmeyen kısmı gelecek seneye

bozması nedeniyle uygun bulmamıştır. Bkz. European Commission XXVI th Report on Competition Policy (1996), p.63.

¹³¹ *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157 (1998).

¹³² *Appleton* kararında; anlaşmanın kolaylıkla fesh edilebilmesinin, anlaşma hükümlerinden ziyade ekonomik uygulanabilirliğe bağlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. *Minnesota Mining & Mfg. Co. v. Appleton Papers, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 1138 (1999), s.1144.

¹³³ *CDC Techs., Inc. v. IDEXX Labs., Inc.*, 186 F.3d 74 (2d Cir. 1999), s.80-81.

¹³⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, No. 94-1564, 1995 WL 505998.

aktarılmaktadır.). Adalet Bakanlığı aldığı kararlar (consent degree) sözleşme süresini 1 yıla sınırlarken, münhasırlık doğuran “telif ücreti sistemi”ni ve “minimum taahhüt” hükmünü yasaklamıştır. *Browning-Ferris Industries*¹³⁵ davasında ise, alıcının en son ay tüketiminin 6 katı tutarında fesih tazminatının münhasırlık yarattığına ve sözleşmenin ilk 3 yıl fesh edilememesi hükmünün de -teşebbüs %60’dan fazla pazar payına sahip konumdadır- 2 yıl ya da daha kısa süreli olması gerektiğine hükmetmiştir (Cantor 1999, 58-60).

2.2.2. Birleşme/Devralmalar

1950 yılından itibaren Yüksek Mahkeme, piyasa kapama teorisini dikey birleşmelerin değerlendirmesinde oldukça sık kullanmaya başlamıştır (Hovenkamp 1999, 382). 1970’li yılların sonuna kadar devam eden dönemde, düşük seviyedeki piyasa kapama oranları ihlal için yeterli bulunmuştur (Hobbs ve Schlossberg 2000, 3-2). 1957 tarihli *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*¹³⁶ kararında Mahkeme, birleşmenin Clayton Kanunu’na aykırı olabilmesi için ilgili pazarın önemli bir bölümünün rekabete kapanması gerektiğini belirtmiştir. Davada otomobil pazarında %50 pazar payına sahip olan General Motors’un girdi olarak kullandığı sabit aksamın %67’sini Du Pont’tan karşılaması neticesinde sabit aksam pazarının %33’ünün rekabete kapanması hukuk dışı kabul edilmiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 787).

Piyasa kapama teorisinin kullanıldığı en ünlü davalardan biri 1962 tarihli *Brown Shoe*¹³⁷ davasıdır. 1955 yılında yaklaşık %4 pazar payı ile ülkenin dördüncü büyük ayakkabı üreticisi olan Brown Shoe, ayakkabı perakendecisi Kinney’i devralmıştır. Brown Shoe perakende pazarında 1230 satış noktasına sahipken, Kinney’in sahip olduğu 400 mağazanın toplam perakende satışlar içerisindeki payı %1,2’dir. Ayakkabı pazarı rekabetçi bir pazar olmasına ve bu pazarda hiçbir üretici teşebbüs önemli bir pazar gücüne sahip olmamasına rağmen Mahkeme, pazardaki diğer firmaların da dikey birleşme eğiliminde olmaları¹³⁸, perakende mağazalarını devralan üreticilerin, devraldıkları perakendecilerin toplam gereksinimlerinin giderek artan kısmını kendilerinin karşılamaları nedeniyle söz konusu birleşmeye izin vermemiştir (Areeda ve Kaplow 1997, 809-810)¹³⁹.

¹³⁵ *Browning-Ferris Industries of Iowa, Inc.*, No.96-0297, (1996) WL 426829.

¹³⁶ 353 U.S. 586, 77 S.Ct. 872 (1957).

¹³⁷ 370 U.S. 294 (1962).

¹³⁸ 1962 yılında en büyük 13 ayakkabı üreticisi, perakende satış noktalarının %21’ine sahip konumdadırlar.

¹³⁹ Yüksek Mahkemenin söz konusu kararının, rakiplere kapatılan pazarın boyutunun oldukça küçük (%1-2) olması ve perakende pazarına giriş engelini olmaması nedeniyle iktisadi temellere dayanmadığı yönünde eleştiriler dile getirilmektedir. Bkz. Kaserman ve Mayo (1995, 322); Utton (1995, 225).

*Ford Motor Co. v. United States*¹⁴⁰ kararında otomobil üreticisi Ford'un, otomobil üretiminde girdi olarak kullanılan buji üretimi pazarında faaliyet gösteren Autolite'yi devralması incelenmiştir. Devralma öncesinde Ford ihtiyaç duyduğu bujileri Autolite ve Champion firmalarından temin etmektedir. Devirle birlikte Ford tüm ihtiyacını Autolite'den karşılayınca, buji pazarında Champion, Ford firmasına mal verememiş, Autolite'de otomobil üreticisi Chrysler'e buji satamamıştır. Bu durum karşısında Champion, Chrysler ile iş yapmaya başlamış, ancak Chrysler'in pazar payı Ford'un gerisinde olduğundan Champion'un buji pazarında sahip olduğu pay %50'den %33'e gerilemiştir. Bölge Mahkemesi yaptığı değerlendirmede; Ford firmasının alımları nispetince buji pazarının bağımsız buji üreticilerine kapanması, buji pazarındaki bağımsız üretici sayısının azalması ve Ford'un kendi ürettiği bujileri araçlarında kullanarak yedek buji pazarında önemli bir güç elde etmesi nedeniyle söz konusu devralmayı hukuki bulmamıştır (Breit ve Elzinga 2001, 216)¹⁴¹.

Amerikan Rekabet Otoriteleri'nin bu döneme ilişkin kararları ile iktisatçıların piyasa kapama teorisine yaklaşımları önemli farklılıklara sahiptir. Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi ekonomi direktörü George Hay'ın (1973, 188); "*Dikey entegrasyon ve özellikle dikey birleşmeler konusunda hukukçular ve ekonomistler arasındaki fikir ayrılığı, diğer uygulama alanlarına kıyasla çok daha fazladır.*" ifadesi bu farklılığı açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim iktisatçıların arasında piyasa kapama teorisi oldukça çok eleştirilen bir konu olup genel kanı, söz konusu teoriye ilişkin Mahkeme uygulamalarının ekonomik temellerinin olmadığı yönündedir (Kaserman ve Mayo 1995, 324). Piyasa kapama etkisi nedeniyle müdahale edilen birleşmelerin çok düşük oranlarda piyasa kapama etkisi yarattığı ve piyasa kapama etkisinin tüketiciye etkisinin değerlendirilmediği dile getirilen diğer hususlardır (Hovenkamp 2002, 18).

1970 yılından itibaren 1980'li yılların sonuna kadar dikey birleşmeler, rekabeti olumsuz etkilemeyen hatta piyasadaki rekabet düzeyini artıran işlemler olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple rekabet otoritelerinin müdahalesi en düşük seviyede gerçekleşmiştir. 1990'lı yıllarda da bu görüş ağırlığını korusa da

¹⁴⁰ 405 U.S. 562 (1972).

¹⁴¹ Ford kararı Brown Shoe kararı gibi oldukça eleştirilen bir karardır. Özellikle piyasa kapama oranının rekabetçi etkilerinin incelenmemiş olması, Autolite firmasının sahiplerinin yeni bir fabrika kurarak buji üretmeye devam etmeleri neticesinde buji pazarında yoğunlaşmanın gerçekleşmemiş olması öne sürülen önemli argümanlardır. Ayrıca devralma neticesinde Ford marka araç satın alan tüketicilerin, yedek buji olarak Ford'un kendi ürettiği bujileri satın almak zorunda kalmaları da değerlendirmeyi etkileyecek bir unsur olarak görülmemektedir. Nitekim devir öncesinde de Ford marka araba satın alan tüketiciler, yedek buji olarak (kullanılan bujiye göre) Champion ya da Autolite marka buji kullanmak zorundaydılar. Bu yönüyle devir sonrasında tüketici açısından hiçbir farklılık söz konusu değildir (Kaserman ve Mayo 1995, 323-324).

tarafların pazar gücü ve söz konusu işlemin tüketiciye etkileri ön plana çıkmıştır (Hobbs ve Schlossberg 2000, 3-1). Pazar gücü ve tüketici etkisi kriterleri, Amerikan Rekabet Otoriteleri'nin hukuk dışı olarak nitelendirdikleri birleşmelerin sayısını oldukça azaltmıştır (Jones ve Sufrin 2001, 705).

Günümüzde Amerikan Mahkemeleri dikey birleşmelerin değerlendirilmesinde sırasıyla; rakip sağlayıcı ya da alıcılara piyasanın kapanıp kapanmadığına, piyasadaki diğer teşebbüslerin dikey entegrasyon eğilimlerine, birleşmenin rakiplere piyasayı kapatmak amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ve piyasa giriş engellerine bakmaktadırlar (Sullivan ve Harrison 1998, 359).

2.3. A.T. ve A.B.D. UYGULAMALARININ KARŞILAŞTIRMASI

Rekabetçi müdahalenin kapsamının belirleyicisi olarak kullanılan “tüketici refahının ya da toplam refahın azalması” prensibi, Amerikan uygulamasında oldukça sık kullanılan bir mikroekonomik modeldir. Bu açıdan piyasa kapama etkisinin analizinde de odak noktası tüketici etkisidir. Ancak analizde tüketici etkisinin esas alınması, eylemin rakiplere yönelik sonuçlarının gözardı edileceği anlamına gelmemektedir. Aksine rakiplerin rekabet gücünün azalması, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünü tüketici aleyhine kullanmasını kolaylaştırdığından, piyasanın rekabete kapanmasının rakipler üzerindeki dışlayıcı etkisi kritik bir noktadır (Jacobson 2002, 348-349). Bu açıdan Amerikan uygulamasında egemen olan modelde ihlalin varlığı için, “dışlayıcı etki”yle birlikte “sömürücü etki”nin de bulunması şartı aranmaktadır¹⁴². Davacının, piyasadaki üretim düzeyinin azaldığını ve tüketiciye olumsuz etkilerinin olduğunu ispat etmeksizin yalnızca rakip teşebbüslerin makul olmayan yöntemlerle piyasa dışına itildiğini ispat etmesi yeterli değildir (Fox 1997, 22).

Amerikan Mahkemeleri'nin 80'li yılların başlarına kadar piyasa kapama etkisine yönelik değerlendirmelerinde; piyasanın açık, serbest ve rekabetçi yapısının korunması, pazar gücünün sınırlandırılması, rekabet politikasının ana amaçlarını teşkil etmiştir. Ancak özellikle 1980-81 yıllarından itibaren söz konusu amaçların; etkin teşebbüslerin ortaya çıkmasını engellediği, Amerikan tüketicisine zarar verdiği ve Amerikan firmalarının küresel ekonomik yarışta

¹⁴² Son dönemde “tüketici etkisi” prensibinin Amerikan uygulamasına egemen olmasında en önemli pay Chicago Okulu'na aittir. Chicago Okulu'na göre dışlayıcı davranışlar ya da piyasa kapama etkisi rekabet hukuku bakımından uygun enstrümanlar değildir. Nitekim etkin teşebbüs, dışlayıcı davranışları engellemeye yönelik hukuk kurallarını aşmanın yollarını bulacaktır. Aynı zamanda, rakiplerin piyasa dışına itilmesi sonucunu doğuran eylemler dahi etkinlik doğuracaktır ve bu tür eylemlerin piyasa üretim düzeyini kısıtlama olasılığı oldukça düşüktür. Bu açıdan Chicago Okulu piyasa kapama etkisini, rekabet otoritesinin kendini rekabetten korumasını isteyen rakiplerin ağlamasına benzetmektedir. (Fox 2002, 378).

geride kalmalarına neden olduğu düşüncesi egemen olmuştur (Fox 2002, 377). Bu sebeple, piyasa kapama etkisi doğuran ticari stratejilerin rule of reason doktrinine dayalı olarak değerlendirilmesi ön plana çıkmıştır. Rule of reason doktrini ise değerlendirmede, rakip teşebbüslerin piyasa dışına itilmesi (piyasa üretim düzeyini azaltıcı etki) ile etkinlik artışlarını (piyasa üretim düzeyini artırıcı etki) göz önünde bulundurmaktadır (Marsden 2000, 127).

Avrupa Rekabet Politikası ise rekabetçi yapının korunmasına yönelik piyasa kapayıcı davranışların rakipler üzerindeki etkisini esas almaktadır (Amato 1997, 70). Topluluk Rekabet Politikası piyasa dinamiklerini, piyasa erişimini ve piyasa aktörlerinin haklarını korumaktadır (Hildebrand 2002, 7)¹⁴³. Nitekim rekabetçi sürecin korunmasının, teşebbüsleri rekabet etmeye sevk edeceği ve bu şekilde hem tüketicilere hem de piyasa aktörlerine hizmet edeceği kabul edilmiştir (Monti 2000, 2).

Avrupa yaklaşımında da münhasır satın alma anlaşmalarının tüketiciye etkisi gözardı edilmemektedir. Ancak bu yaklaşım Amerika'dan farklı olarak "tüketicinin zarar görme şartı" şeklinde değil "tüketicinin seçim özgürlüğünün sınırlandırılması" şeklinde algılanmaktadır. Bu husus Yedinci Rekabet Raporu'nda Komisyon tarafından;

Münhasır satın alma anlaşmaları rekabeti tehlikeye sokabilir. Çünkü bu anlaşmalar, alıcının seçim özgürlüğünü ve bu şekilde en azından satış noktalarının diğer sağlayıcılara açılmasını potansiyel olarak sınırlandırır¹⁴⁴.

şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı zamanda Komisyon ve ATAD rekabet politikasını, R.A.'nın 2 nci maddesinde Topluluğun görevleri arasında sayılan "tek pazarın" teminine yönelik bir araç olarak kullanmaktadır. Nitekim "2790/1999 (AT) Sayılı Komisyon Tüzüğü"nin¹⁴⁵ uygulama esaslarını açıklamak üzere yayınlanan "Dikey Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi"nde, dikey anlaşmaların olumsuz yönlerine yer verilmiştir¹⁴⁶. Bu olumsuz yönlerden ikisi; giriş engeli yaratarak pazara potansiyel rakiplerin girmesinin engellenmesi ve tüketicilerin diğer bir üye devletten mal veya hizmet satın alma özgürlüklerini kısıtlamak

¹⁴³ Tetra Pak davasında İlk Derece Mahkemesi, ".....söz konusu yükümlülük, müşterilerin alternatif arz kaynaklarını seçme özgürlüklerini ortadan kaldırdığı gibi rakip sağlayıcıların piyasaya erişimini de engeller" ifadesini kullanmıştır. Bkz. Case T-83/91 Tetra-Pak, (1994) ECR II-755, p.137.

¹⁴⁴ European Commission VII th Report on Competition Policy (1977), p.9.

¹⁴⁵ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ (1999) L 336/21.

¹⁴⁶ Commission Notice, p.103.

suretiyle pazar entegrasyonunu engellemektir. Potansiyel rakiplerin piyasaya erişim imkanını kısıtlayan ticari stratejiler, tek pazar hedefinin önünde bir engel olarak değerlendirildiğinden, Amerikan uygulamasından farklı olarak, tüketiciye etkileri incelenmeksizin ihlal olarak kabul edilebilmektedir (Marsden 2000, 122-123)¹⁴⁷. Bu açıdan Topluluk Rekabet Politikasının, 1960-1970'li yıllarda Amerikan Yargısı'nda geçerli olan yaklaşımı halen benimsediği söylenebilecektir (Fox 2002, 392).

Avrupa ve Amerika uygulamaları genel hatları itibari ile paralel özellikler gösterse de önemli derecede farklılıklara da sahiptir (Marsden 2000, 118). İki politika arasında yukarıda bahsedilen farklılıklar aynı konuya ilişkin iki farklı kararın çıkmasına neden olabilmektedir. *Boeing/McDonnell Douglas* devralmasında, Boeing ve McDonnell Douglas Corporation (MDC) firmaları uzun mesafeli ve yüksek yolcu kapasiteli ticari ve askeri uçakların araştırma, geliştirme, üretim ve modifikasyonu pazarlarında faaliyet göstermektedirler¹⁴⁸. Devralma başvurusundan bir ay önce Boeing üç hava yolu şirketi ile (American Airlines, Delta Airlines, Continental Airlines), söz konusu hava yolu şirketlerinin uçak gereksinimlerinin tamamını yirmi yıl boyunca yalnızca Boeing'den karşılama yükümlülüğü altına girdikleri münhasır satın alma anlaşması imzalamıştır. Komisyon, 1997-2016 yılları arasında satışının gerçekleşeceğini tahmin ettiği yaklaşık 12.000 yeni uçağın %13'ünün söz konusu üç hava yolu şirketi tarafından talep edileceği sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁹. Aynı zamanda Komisyon Boeing'in, devraldığı MDC'nin müşterileri olan diğer hava yolu şirketlerini de, MDC'nin ticari ilişkilerini kullanarak münhasır anlaşma imzalamaya ikna edebileceği ve bu şekilde piyasanın daha fazla bir kısmını rekabete kapatabileceği öngörüsünde bulunmuştur¹⁵⁰. Devralma sonrasında Boeing'in finansal gücünde ve kapasitesinde meydana gelecek olan artışın, hava yolu şirketlerinin ihtiyaçlarını daha kısa sürede ve tam olarak karşılama imkanı sağlayacağını ve bunun da Boeing'in diğer hava yol şirketleri ile münhasır satın alma anlaşması imzalamaya gücünü artıracaklarını belirtmiştir. Diğer taraftan yeni model uçakların ekonomik ömrünün 28-31 yıl arasında değiştiği de göz önünde bulundurulduğunda, Boeing'in münhasır anlaşma imzaladığı hava yolu şirketlerinin bu süre zarfında ortaya çıkacak yedek parça ve teknik hizmetleri de münhasıran karşılayacağı sonucuna ulaşılmıştır¹⁵¹. Bu sebeplerden dolayı Komisyon, devralmanın geçerlilik kazanabilmesi için verdiği

¹⁴⁷ Amerikan uygulamasında ise ticari özgürlüğü ya da ticari fırsatları sınırlayan tüm eylemlerin tüketici refahında azalmaya yol açmayacağı prensibi hakimdir (Marsden 2000, 128).

¹⁴⁸ Case No: IV/M.877, p.3-4.

¹⁴⁹ Ibid, p.46. Söz konusu şirketler, Dünya'nın en büyük üç hava yolu şirketi olup, yeni model uçakları satın alabilecek finansal güce sahip olan sınırlı sayıdaki teşebbüs arasında yer almaktadırlar. Ibid, p.68.

¹⁵⁰ Ibid, p.54.

¹⁵¹ Ibid, p.70-71.

izinde, 2007 yılına kadar diğer hava yolu şirketleri ile münhasır anlaşma imzalamama ve bahsedilen üç hava yolu şirketi ile imzaladığı anlaşmalarda yer alan “münhasır satın alma” şartını uygulamama şartı getirmiştir¹⁵². FTC ise herhangi bir şart getirmeksizin işlemin geçerlilik kazanmasına karar vermiştir. Bu açıdan piyasa kapama etkisine yönelik Amerikan yaklaşımının -Avrupa’ya kıyasla- esnek ve ılımlı yapısı, kimi durumlarda potansiyel rakipler açısından piyasa giriş engeli yaratabilmektedir (Zampetti ve Sauve 1995, 254).

Amerika ve Avrupa uygulamalarında gözlemlenen bu farklılıklar, küreselleşen dünyada Atlantik’in iki yakasındaki iki önemli pazarın hem kendi aralarındaki hem de diğer ülkelerle olan ticarete etki etmektedir. Dikey anlaşmalar ve birleşmeler, uluslararası düzeyde ancak potansiyel rakipler açısından piyasa kapama etkisi yaratması durumunda sorunlu olarak görülmektedir. Ulusal piyasayı rekabete kapayan ticari stratejilerin aynı zamanda diğer bir ülkedeki teşebbüsün uluslararası rekabet şansını engellemesi, uluslararası ticaret koşullarının güvenliğini ve tahmin edilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır¹⁵³. Ülke uygulamalarının piyasa kapama etkisine yönelik yaklaşımlarının farklılık göstermesi, rekabet otoriteleri arasındaki işbirliğini ve aynı zamanda değerlendirmede kullanılan kriterlerin uyumlaştırılmasını zorunlu kılmaktadır (European Community 1998, 12)¹⁵⁴. Nitekim uluslararası ticaret açısından piyasa kapama etkisinin önemini fark etmiş olan UNICE (1999, 2), çok taraflı rekabet kurallarının, piyasa kapayıcı ticari stratejileri engellemeye yönelik düzenlemelerle doğrudan ilgili olması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁵² Ibid, p.116.

¹⁵³ Bkz. Karakoç (2003, 52).

¹⁵⁴ Piyasa kapayıcı stratejilerin uluslararası ticaret düzeyinde meydana getirdiği olumsuz etkiler, Dünya Ticaret Örgütü’nün rekabetçi fırsat eşitliğinin temini ve ticaret sapmasının (trade disruption) engellenmesi ilkeleri ile çatışmaktadır (European Community 1998, 11-12).

BÖLÜM 3

TÜRKİYE UYGULAMASI

Bu bölümde öncelikle, piyasa kapama etkisine yönelik oldukça sınırlı sayıda olan Türk Rekabet Kurulu kararları incelendikten sonra, “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin piyasa kapama etkisine yönelik yaklaşımı değerlendirilecektir.

3.1. REKABET KURULU KARARLARINDA PİYASA KAPAMA ETKİSİ

Hakim durumdaki teşebbüsün piyasa kapayıcı davranışlarının 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında değerlendirildiği en önemli kararlardan biri Biryay¹⁵⁵ kararıdır. Rekabet Kurulu 17.07.2000 tarihli söz konusu kararında; gazete ve dergi dağıtım pazarında monopol konumunda bulunan Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD), Biryay Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY) ve Yaysat Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT)'yi, Dost Basın Dağıtım A.Ş. ile son satıcılara ulaştırılan Akşam Gazetesi'nin teşhir ve satışının engellemek ve bu yolla Akşam Gazetesi'nin gazete yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerini ve Dost Basın Dağıtım'ın da gazete ve dergi dağıtım piyasasına girmesini engellemek suretiyle birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları gerekçesiyle cezalandırmıştır. Bayilerle yapılan sözleşmelerde yer verilen, anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme, dağıtmama veya satmamaya ilişkin münhasırlık hükümlerinin, rakip gazete sağlayıcılarının dağıtımın farklı aşamalarına girişini önemli ölçüde zorlaştırdığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki bu tür anlaşmaların "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, Rekabet Kurulu Tebliğ'leri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına ve söz konusu maddelerin sözleşmelerden çıkartılmasına ve bu şekildeki uygulamalara derhal son verilmesine hükmedilmiştir. Aynı teşebbüslere ilişkin yürütülen 14.12.2000 tarihli bir diğer kararda¹⁵⁶; Ulusal Basın Gazetecilik A.Ş.'nin dağıttığı ürünleri teşhir edip satan nihai satıcıların bayiliklerinin iptal edilmesi, bu noktalara mal tedarikinin kesilmesi veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulunulması ve bu suretle piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin faaliyetlerinin zorlaştırılması, Kanun'un 6 ncı maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Turkcell kararında¹⁵⁷; GSM hizmetleri piyasasında %70 pazar payı ile hakim durumda bulunan Turkcell, GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışmak veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmek suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle kampanya yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellemiştir. Aynı zamanda distribütörlerin bayileri olan aktivasyon merkezleri ile de münhasır temelde iş yapılması, rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıran unsurlar olarak değerlendirilmiştir. Bunun dışında yalnızca hat

¹⁵⁵ RG 26.04.2001 t., 24384 S.

¹⁵⁶ RG 16.04.2001 t., 24375 S.

¹⁵⁷ RG 22.07.2003 t., 25176 S.

aktivasyonu yapan bayileri Turkcell'in kendine bağlaması ihlal olarak değerlendirilmemiştir.

30.05.2000 tarihli Telsim kararında da¹⁵⁸; abonelik işlemleri yapan Telsim Shop'larla Telsim arasındaki münhasır ilişki rekabeti artırdığı gerekçesi ile makul kabul edilirken, grup muafiyeti ya da bireysel muafiyete ilişkin hiçbir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

26.12.2002 tarihli kararında¹⁵⁹ Rekabet Kurulu, endüstriyel dondurma pazarında hakim durumda olan Unilever'in, bu yönde herhangi bir bulguya rastlanılmaması nedeniyle hakim durumunu kötüye kullanmadığına karar vermiştir. Kararda Unilever'in nihai satış noktalarında, rakip dondurma üreticilerinin soğutucu kabinlerinin bulunmasını engellemediği vurgulanmıştır. Ancak münhasıran Unilever ürünlerinin satışa sunulduğu soğutucu kabinlerin fiili münhasırlık yaratıp yaratmadığına değinilmemiştir¹⁶⁰.

Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. ile Fiba Bank A.Ş. arasında kurulan ortak girişim şirketine ilişkin 18.09.2001 tarihli kararda¹⁶¹; Advantage kart sözleşmesinde yer alan ve nihai satış noktasının rakip mağaza kartı ile çalışmasını engelleyen münhasırlık hükmünün piyasaya girişi zorlaştırıcı etki yarattığı kabul edilmiş, söz konusu sözleşmeye 28.04.1999 tarihinde verilen menfi tespit geri alınarak münhasırlık hükümlerinin sözleşmeden çıkarılmasına karar verilmiştir. Ortak girişimin taraflarından, "taksitli alışveriş imkanı sağlayan kartlar" pazarında hakim durumda bulunan Benkar'ın söz konusu münhasırlık hükümleri yoluyla pazarı rekabete kapatmasında, "şebeke dışsallıkları"nın önemli rol oynadığı tespit edilmiştir¹⁶².

Rekabet Kurulu Bimaş kararında¹⁶³ ise, hakim durumda olmayan iki teşebbüsün birlikte hareket etmek suretiyle en yakın rakiplerine karşı piyasayı kapatmaya yönelik uygulamalarını 4'üncü madde kapsamında bir ihlal olarak kabul etmiştir. Söz konusu kararda "ulusal yayın yapan televizyon kanallarının reklam yeri pazarı"nda faaliyet gösteren Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş (Satel) ile DTV Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş'nin (DTV), Show TV

¹⁵⁸ RG 02.02.2003 t., 25012 S.

¹⁵⁹ RG 22.07.2003 t., 25176 S.

¹⁶⁰ Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi *Van Den Berg Foods* kararında, Unilever'in İrlanda pazarındaki münhasır soğutucu kabin anlaşmalarının 81(1) inci maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Davada; davacı, davalı ve Komisyon tarafından ayrı ayrı yaptırılan üç pazar araştırmasına dayalı bilgi ve istatistiksel veriler, piyasa kapama etkisinin boyutlarını ortaya koymak suretiyle davanın çözümlenmesinde büyük rol oynamıştır. Bkz. Case T-65/98 Van den Berg Foods v. Commission (2003), p.81. Soğutucu kabin münhasırlığına ilişkin diğer tartışmalar için bkz. s.39-40.

¹⁶¹ RG 02.02.2002 t., 24659 S.

¹⁶² Piyasa kapama etkisi açısından şebeke dışsallıkları için bkz. s.61.

¹⁶³ RG 13.11.2001 t., 24582 S.

adıyla yayın yapan AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik San. ve Tic. A.Ş.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdıkları tespit edilmiş ve söz konusu eylemler 4054 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Satel ve DTV, BİMAŞ indirim adı altında, reklam bütçesinin tamamının ATV ve KANAL D'de kullanması halinde reklam verenlere %25 oranında indirim vermektedir. Ancak uygulamada reklam verenlerin reklam bütçelerini diğer kanallarda da kullanmalarına rağmen bu indirimden yararlandırıldıkları, buna karşılık Show TV'de kullanılması halinde bu indirimin verilmediği, verilse de geri alındığı tespit edilmiştir. Taraflar savunmalarında, BİMAŞ indiriminin, reklam verenleri reklam bütçelerinin tamamını KANAL D ve ATV kanallarında kullanmaya teşvik etmek amacıyla uygulandığını ve reklam bütçesinin tamamının aynı yayın kuruluşunda kullanılması halinde ek bir indirim verilmesinin reklam yeri pazarlama ve satışında yaygın bir uygulama olduğunu ifade etmişlerse de Kurul söz konusu uygulamanın, belirli bir sağlayıcının rakiplerine tercih edilmesini sağlama amacını aştığını, izlenme payı ve reklam gelirleri açısından en yakın rakip olan SHOW TV'nin faaliyetlerini güçleştirmeye yönelik bir eyleme dönüştüğünü belirtmiştir.

Piyasa kapayıcı davranışların incelendiği Rekabet Kurulu kararlarının sayısının oldukça az olması, piyasa kapama etkisini düzenlemeye yönelik Türk Rekabet Politikasının genel hatlarının ortaya konulmasına imkan tanımamaktadır. Aynı zamanda mevcut kararlarda, teorik ve pratik boyutuyla piyasa kapama etkisinin derinlemesine incelenmemesi, ulusal politikanın sınırlarının ve uygulama esaslarının tespitinde kısıtlayıcı rol oynamaktadır.

3.2. 2002/2 SAYILI DİKEY ANLAŞMALARA İLİŞKİN GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ

3.2.1. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinde Rekabet Kurulu'na, belirli koşulları sağlayan anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve söz konusu koşulları belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi tanınmıştır. Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"¹⁶⁴, eski Tebliğ'lere¹⁶⁵ kıyasla daha geniş kapsamlı, teşebbüsler açısından hukuki belirliliği daha yüksek ve şekilcilikten uzak bir Tebliğ'dir. Aynı zamanda Tebliğ'in, "anlaşmaları grup

¹⁶⁴ RG, 14.7.2002 t., 24815 S.

¹⁶⁵ Söz konusu Tebliğler; "1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği", "1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" ve "1998/7 Sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"dir.

muafiyeti kapsamı dışına çıkararak sınırlamalar” ile “grup muafiyeti dışında kalan sınırlamalar” haricindeki dikey kısıtlamaları grup muafiyetinin kapsamında kabul ederek, teşebbüslere oldukça geniş bir hareket alanı tanınması da esnek bir yapıya sahip olduğunun göstergesidir.

3.2.2. 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin Piyasa Kapama Yaklaşımı

Genel esaslar yönünden 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile paralel hükümler içermesine rağmen 2002/2 sayılı Tebliğ'i, Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan mehzaz 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nden farklı kılan husus, söz konusu Tebliğ'in pazar payı eşliğine sahip olmamasıdır (Gürzumar 2003, 102). 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 3 üncü maddesine göre anlaşma ya da uyumlu eylemin grup muafiyeti hükümlerine tabi olması için, sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerin satışına ilişkin pazardaki pazar payının %30'u aşmaması gerekmektedir. 2002/2 Sayılı Tebliğ ise grup muafiyetinden yararlanma açısından, teşebbüsler arasında pazar payına dayalı bir ayrıma gitmemiştir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in bünyesinde pazar payı eşliği bulundurmaması, Tebliğ'in piyasa kapama etkisine olan yaklaşımını derinden etkilemektedir. Önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüs ile piyasaya yeni girmiş teşebbüs arasında bir ayırım gözetmeyen Tebliğ, söz konusu iki farklı pazar gücüne sahip teşebbüsün yarattığı farklı düzeylerdeki piyasa kapama etkisini de aynı hükümler ile düzenlemektedir (Gürzumar 2003, 102). Piyasa kapama etkisini düzenleyen en önemli hüküm; Tebliğ'in 3 üncü maddesinde tanımlanan “rekabet etmeme yükümlülüğünün” süresini sınırlayan 5 inci maddedir. Tebliğ'in 3 üncü maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü şu şekilde tanımlanmıştır:

Rekabet Etmeme Yükümlülüğü : Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir.

Tebliğ'in 5(a) maddesinde ise “**alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü**”nün grup muafiyetinden yararlanamayacağı hükme bağlanarak, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi 5 yılla sınırlandırılmıştır. Tebliğ'in 5(a) maddesi her ne kadar 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 5 inci maddesi ile paralel olsa da, piyasaya etkileri itibari

ile Tüzük'ten farklılaşmaktadır. Nitekim 2790/1999 Sayılı Tüzük kural olarak %30 pazar payının altındaki teşebbüslerin 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüklerine muafiyet tanımaktadır¹⁶⁶. Bildiri'de, bu eşğin üstündeki teşebbüsler, iki gruba ayrılarak incelenmiştir. Buna göre hakim durumda bulunmayan ancak %30 pazar payı eşğinin üstünde olan teşebbüslerin rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarının değerlendirilmesinde daha sıkı kıstaslar kabul edilmiştir. Bu açıdan bir ile beş yıl arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü, piyasadaki rekabet düzeyinde yarattığı olumsuz etkileri dengeleyecek olumlu etkilerin varlığı durumunda makul kabul edilecektir. Bu değerlendirmede; ticaretin seviyesi, giriş engelleri, sağlayıcının pazardaki konumu, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ve kapsamı esas alınmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüs ise objektif olarak haklı gerekçelerin varlığı halinde, anlaşmalarında rekabet etmeme yükümlülüğüne yer verebilecektir¹⁶⁷. Aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüsün pazarın çok da fazla olmayan bir kısmını dahi kendine bağlaması, rekabeti bozucu etkilere sahip olabilecektir¹⁶⁸.

Önemli derecede pazar gücüne sahip olan ya da hakim durumda bulunan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının daha sıkı hükümlere tabi tutulması, Tüzüğün genel mantığı ile uyumaktadır. Nitekim Tüzüğün, dikey anlaşmaları ekonomik yönden değerlendirirken esas aldığı yaklaşım; dikey kısıtlamaya bağlı rekabet sorunlarının, markalararası rekabetin yetersiz olduğu yani sağlayıcı ya da alıcı düzeyinde belirli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu durumda ortaya çıkabileceği yönündedir (Goyder 2000, 65-66)¹⁶⁹.

Komisyon ve ATAD, 2790/1999 Sayılı Tüzük öncesindeki uygulamalarında da önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin münhasır satın alma anlaşmalarını genel olarak beş yıldan daha düşük sürelerle indirmiştir. Hakim durumdaki teşebbüsün ise doğrudan ya da dolaylı olarak münhasırlık içeren hükümleri anlaşmadan çıkarılmış ya da bir yıla (oldukça sınırlı sayıda) davada iki yıl) sınırlandırılmıştır.

¹⁶⁶ Fox (2002, 404), 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nde yer alan %30 pazar payı eşğinin, piyasa kapama etkisini engellemeye yönelik bir önlem olduğu görüşündedir.

¹⁶⁷ Commission Notice, p.141. Objektif haklı sebep olarak iki ayrı örnek verilmiştir. Bunlar; ilişkiye özgü yatırımın korunması ve belirli bir mal veya hizmetin sağlanmasına ya da satın alınmasına ilişkin işlemin gerçekleşmesinin esaslı know-how devrinin bağlı olduğu durumda, söz konusu know-how'ın korunmasıdır.

¹⁶⁸ Commission Notice, p.148. Whish (2001, 603), hakim durumdaki teşebbüsün tek marka anlaşmalarının 82 nci madde kapsamında değerlendirileceğine ilişkin bir teamül olmamasına rağmen, hakim durumdaki teşebbüsün söz konusu anlaşmalarının 82 nci maddeye aykırı bulunma olasılığının oldukça yüksek olduğunu belirtmiştir.

¹⁶⁹ Bkz. Commission Notice, p.119(1).

Amerikan uygulamasının vardığı noktada %40'ın üzerindeki piyasa kapama oranları makul olmayan bir sınırlama olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda hakim durumdaki firmanın piyasa kapama etkisi yaratan 3-5 yıl süreli sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı olduğu görüşü de ağır basmaya başlamıştır.

Türkiye uygulamasında ise, piyasada faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülükleri (Tebliğ'in öngördüğü diğer şartları da taşımak kaydıyla) grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu durumda örneğin %50 pazar payına sahip olan ancak hakim durum kriterlerini taşımayan sağlayıcı, alıcılarının tamamı ile beş yıllık tek marka anlaşması imzalayarak ilgili pazarın %50'sini rekabete kapatabilecektir. Söz konusu teşebbüsün piyasanın %50'sinin rekabete kapanması sonucunu doğuran anlaşmaları grup muafiyetinden yararlandığından, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında yalnızca grup muafiyeti geri alınarak piyasa rekabete açılacaktır¹⁷⁰. Bunun dışında söz konusu teşebbüsün, piyasanın önemli bir bölümünü rekabete kapattığı dönem için herhangi sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁷¹. Bu durum teşebbüs etkinlik argümanları dışında bütünüyle mevcut ya da potansiyel rakipleri dışlama amacına yönelik davranışlara sevk edebilecektir.

Yukarıda bahsedilen problem, grup muafiyeti kapsamındaki rekabet etmeme yükümlülüklerine, belirli bir pazar payının üstündeki teşebbüsler açısından 5 yıldan daha kısa bir süre öngörülmesi suretiyle aşılacaktır. Bu sayede grup muafiyeti Tebliği'nin kapsamına yönelik olarak genel bir pazar payı eşiği getirilmeksizin, yalnızca Tebliğ'in 5(a) maddesindeki 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin pazar payı eşiğine bağlı olarak azalan bir yapıya kavuşturulması, piyasa kapama etkisini sınırlandıracaktır. Örneğin Tebliğ'in 5(a) maddesinin; %30 pazar payının altındaki teşebbüsler için 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğüne, bu oranın üstündeki teşebbüsler açısından ise yalnızca 2 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğüne izin verecek şekilde düzenlenmesi, pazar payı eşiğine bağlı kademeli sistemi hayata geçirebilecektir.

Mevcut sistem, hakim durumda olan teşebbüsün alıcıları ile imzalayacağı 5 yıllık tek marka anlaşmalarının da 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinden muaf olmasına imkan tanımaktadır. Ancak bu noktada teşebbüs hakim durumda bulunduğundan 4054 Sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi devreye

¹⁷⁰ Bkz. Gürzumar (2003, 105). Uygulama Kılavuzu'nun 42 nci paragrafındaki "*Muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır*" ifadesi, pazar payı yüksek teşebbüsleri grup muafiyetinin geri alınması konusunda uyarsa da, özellikle piyasa kapama etkisini düzenleyici hükümlerin Uygulama Kılavuzu'nda ya da Kurul kararlarında ortaya konulması, Tebliğ'in hukuki belirlilik yönünü kuvvetlendirecektir.

¹⁷¹ Bkz. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu, p.41.

girecektir. Tebliğ'in 8 inci maddesinde yer verilen "Bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyet, Kanun'un 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemez" hükmü; hakim durumda olduğu kabul edilen bir teşebbüsün grup muafiyeti kapsamındaki rekabet etmeme yükümlülüğünün, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinden muaf olsa da aynı kanunun 6 nci maddesi bağlamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymaktadır. Diğer taraftan bu durumda, hakim durumdaki teşebbüsün piyasa kapama etkisi yaratan ancak grup muafiyetine tabi anlaşmaları, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında "rekabeti sınırlayıcı anlaşma" olarak nitelendirilmezken, aynı Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi ikilem yaratacaktır¹⁷². Özellikle 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin oldukça geniş kapsamlı olması ve buna bağlı olarak pek çok anlaşma türünün grup muafiyetinden yararlanabilecek olması, bu ikilemin çok sık gündeme gelmesine neden olacaktır.

Uygulamada karşılaşılabilecek söz konusu problem, Tebliğ ile teşebbüslere tanınan oldukça geniş hareket alanının, Tebliğ'e ilişkin Uygulama Kılavuzu'nda hakim durumdaki teşebbüs açısından sınırlandırılması ile giderilebilecektir. Uygulama Kılavuzu'nun hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında yapılan açıklama ise; grup muafiyeti kapsamına giren bir dikey anlaşmanın hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespitinde, ilgili pazarın ve dikey anlaşmanın niteliğinin göz önünde bulundurulacağından ibarettir. Bu açıdan Uygulama Kılavuzu'nun hakim durumdaki teşebbüsün objektif sorumluluğu gereği tabi olması gereken daha sıkı koşulları tespit etme imkanına sahipken, yalnızca genel kıstasları ifade etmekle yetindiği görülmektedir.

Tebliğ'in 5(a) maddesindeki 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin pazar payı eşiğine bağlı olarak azalan bir yapıya kavuşturulması, otomatik olarak hakim durumdaki teşebbüsün piyasa kapama etkisi yaratan anlaşmalarını da 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında sınırlandıracaktır. Bu sayede Tebliğ ile teşebbüslere tanınan oldukça geniş hareket alanı, hakim durumdaki teşebbüs açısından sınırlandırıldığından, bahsedilen ikilem kısmen de olsa azalacaktır.

¹⁷² 2790/1999 Sayılı Tüzük öncesinde, hakim durumdaki teşebbüsün dikey anlaşmalarının otomatik olarak grup muafiyetinden yararlanmasına imkan tanıyan grup muafiyeti sistemi oldukça sık eleştirilmiştir (Bellamy ve Child 2001, 502).

SONUÇ

Alıcının sağlayıcıya ya da sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejilerin bir neticesi olan piyasa kapama etkisi, mevcut ya da piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin rekabet etme şansı bulamadığı piyasa oranına işaret etmektedir.

Piyasa kapama etkisinin rekabet hukuku uygulamalarına konu olmasının nedeni, söz konusu etkinin rakip teşebbüslerin maliyetlerini artırmasıdır. Post-Chicago Ekolü'nün literatüre kazandırdığı rakibin maliyetini artırma teorisi, piyasa kapama etkisinin anlaşılmasında önemli rol oynamıştır. Nitekim Chicago

Ekolü öncesinde teşebbüslerin piyasa kapamaya yönelik eylemleri rakipleri yok etmeye yönelik bir strateji olarak değerlendirilirken; rakibin maliyetini artırma teorisi, söz konusu stratejilere, piyasadaki rekabetçi etkilerini esas alan daha geniş bir perspektiften yaklaşılmasını sağlamıştır. Bu açıdan yapılan analizlerde; piyasa kapama oranı, piyasa yoğunlaşma oranı, arz ve talep esnekliği, piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazarın özellikleri ve her olayın kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurulmaktadır.

Piyasayı rekabete kapatmada pek çok araç kullanılabilir. Bu araçlardan “anlaşma” ve “birleşme-devralma”lar, üst ya da alt piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün diğer pazardaki bir teşebbüsü kendisine bağlamasına sebep olabilmektedir. “Tek taraflı eylemler” de ise alt ya da üst piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüs, diğer bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüs ile iş yapmayı reddederek piyasa kapama etkisi yaratabilecektir.

Bahsedilen piyasa kapayıcı davranışların aynı zamanda sınırlı rasyonaliteden kaynaklanan fırsatçı davranış, içsel bilgi, eksik taahhüt gibi problemleri ortadan kaldırması, piyasa kapama etkisini düzenlemeye yönelik rekabet politikasının sınırlarının teorik olarak, söz konusu davranışların etkinlik doğurucu ve rekabeti kısıtlayıcı yönlerini dengeye getirecek şekilde tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır.

R.A. 81(1) inci madde kapsamında dikey kısıtlamaların analizinde, Avrupa Komisyonu tarafından göz önünde bulundurulmuş hususlardan bir tanesi de piyasa kapama etkisidir. Özellikle bu etki, ilgili ürün pazarındaki markalararası rekabeti kısıtlaması ve aynı zamanda piyasaya olası girişleri engellemesi yönüyle önem kazanmıştır. Diğer taraftan piyasanın bağlı kısmının rakip teşebbüsler ile çalışmasının engellenmesi, Topluluk Rekabet Politikası'nın temelinde yer alan piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının korunması fikrine de ters düşmektedir.

Komisyon, 81 inci madde kapsamındaki analizlerinde; haklı gerekçelerin varlığı halinde muafiyet rejimini uygulamakla birlikte, özellikle piyasa kapama etkisinin boyutları üzerinde durmaktadır. Yürütülen soruşturma ve cezalarda da, yüksek piyasa kapama oranı içeren anlaşmalar ön plana çıkmaktadır.

Topluluk uygulamasında hakim durumdaki teşebbüsün piyasa kapayıcı davranışları ise; söz konusu teşebbüsün, rakiplerinden bağımsız hareket edebildiği ve ilgili piyasadaki rekabet düzeyini hissedilir derecede etkileyebildiği için daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu çerçevede hakim durumdaki teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak münhasırlık içeren

hükümleri anlaşmadan çıkarılmış ya da bir yılla (oldukça sınırlı sayıdaki davada iki yıl) sınırlandırılmıştır.

Komisyon, dikey birleşmelerin ortaya çıkaracağı rekabeti kısıtlayıcı en temel etkinin, piyasa kapama etkisi olduğu görüşündedir. Bu bağlamda Komisyon, özellikle yeni ortaya çıkan ve gelişmekte olan piyasaların birleşmeler yoluyla rekabete kapanmaması hususunda oldukça dikkatli davranmaktadır. Bu duyarlılığın nedeni ise, söz konusu piyasaların ancak rekabetçi bir ortamda kendinden beklenen potansiyel büyümeyi gerçekleştirebileceği ve tüketici tercihlerini karşılayabileceğidir.

Amerikan Rekabet Otoriteleri de, her ne kadar son dönemde piyasa kapayıcı davranışların ekonomik değerlendirmesinde haklı sebeplerin varlığına daha çok yer verseler de, halen değerlendirmede belirleyici olan unsur piyasa kapama oranıdır. Ancak tarihsel olarak incelendiğinde, uygulamada ihlal olarak kabul edilen piyasa kapama oranının gittikçe yükseldiği ve son yirmi yılda %40'ın üzerindeki oranların makul olmayan bir sınırlama olarak kabul edildiği görülmektedir. Uygulamada ihlal olarak kabul edilen piyasa kapama oranının gittikçe yükselmesindeki en büyük etken, "rule of reason" yaklaşımı çerçevesinde benimsenen "nitel (kalitatif) çoğunluk testi"nin anlaşmanın olası etkilerini bir bütün olarak değerlendirmesidir.

Amerikan uygulamasının vardığı noktada %10'luk piyasa kapama etkisi yaratan anlaşmalar güvenli bölge sınırları içinde kabul edilmekte, % 10-% 40 arası ise diğer faktörlere bağlı olarak değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmede giriş engelleri, ürün ve piyasa yapısı, alternatif dağıtım kanalları ve özellikle sözleşme süreleri önem kazanmaktadır. Son dönemde, hakim durumdaki firmanın piyasa kapama etkisi yaratan 3-5 yıl süreli sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı olduğu görüşü ağır basmaya başlamıştır.

Piyasa kapama etkisine yönelik Amerika ve Avrupa uygulamaları genel hatları itibari ile paralel özellikler gösterse de farklı yönlerde de sahiptir. Amerikan Mahkemeleri'nin 80'li yılların başlarına kadar piyasa kapama etkisine yönelik değerlendirmelerinde; piyasanın açık, serbest ve rekabetçi yapısının korunması ana unsur iken, 1980-81 yıllarından itibaren söz konusu unsurların etkin teşebbüslerin ortaya çıkmasını engellediği, Amerikan tüketicisine zarar verdiği ve Amerikan firmalarının küresel ekonomik yarışta geride kalmalarına neden olduğu düşüncesi egemen olmuştur. Bu sebeple, piyasa kapama etkisi doğuran ticari stratejilerin rule of reason doktrinine dayalı olarak değerlendirilmesi ön plana çıkmıştır. Avrupa Rekabet Politikası ise rekabetçi yapının korunmasına yönelik piyasa kapayıcı davranışların rakiplerin üzerindeki etkisini esas almaktadır. Topluluk Rekabet Politikası; piyasa dinamiklerini, piyasa erişimini ve piyasa aktörlerinin haklarını korumaktadır.

Türk Rekabet Politikası'nın piyasa kapama etkisine yönelik yaklaşımını ortaya koyan en önemli unsurlardan bir tanesi Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"dir. Söz konusu Tebliğ, eski tebliğlere kıyasla hukuki belirliliği daha yüksek, şekilcilikten uzak ve geniş kapsamlıdır. Genel esaslar yönünden 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile paralel hükümler içermesine rağmen piyasa kapama etkisi yönünden Tebliğ'i, Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nden farklı kılan en önemli nokta, 2002/2 Sayılı Tebliğ'in pazar payı eşğine sahip olmamasıdır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in bünyesinde pazar payı eşği bulundurmaması, Tebliğ'in piyasa kapama etkisine olan yaklaşımını derinden etkilemektedir. Nitekim dikey anlaşma kanalıyla piyasanın önemli bir bölümünü rekabete kapatan teşebbüs, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki koşulları karşılamak kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu şekilde teşebbüslerin pazar payına bağlı olmaksızın grup muafiyetinden yararlanabilmesi, önemli derecede pazar gücüne sahip olan ya da hakim durumda bulunan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında daha sıkı hükümlere tabi tutulmasını mümkün kılmamaktadır.

2002/2 Sayılı Tebliğ'in 8 inci maddesinde yer verilen "*Bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyet, Kanun'un 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemez*" hükmü ise; hakim durumda olduğu kabul edilen bir teşebbüsün grup muafiyeti kapsamındaki rekabet etmeme yükümlülüğünün, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinden muaf olsa da aynı kanunun 6 ncı maddesi bağlamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymaktadır. Diğer taraftan bu durumda da, hakim durumdaki teşebbüsün piyasa kapama etkisi yaratan anlaşmaları, 4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi bağlamında "rekabeti sınırlayıcı anlaşma" olarak nitelendirilmezken, aynı Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi çelişki yaratacaktır.

Piyasa kapama etkisine ilişkin uygulamalarda ortaya çıkan söz konusu problemler, piyasa kapayıcı davranışları sınırlamaya yönelik Türk Rekabet Hukuku düzenlemelerini gerekli kılmaktadır.

ABSTRACT

Commercial strategies which block arrival of rivals to upper or lower markets foreclose market to competing and potential firms and so restrict inter-brand competition. Nevertheless this strategies by means of removing the market failures provide efficiency. These pro-competitive and anti-competitive effects necessitate determining the threshold of foreclosure effect which to be permissive.

In line with this purpose, kinds of commercial strategies and their effects are examined theoretically in the first part of our thesis. In succeeding sections two and three, approaches to foreclosure effect are evaluated according to legislations and decisions of US, EC and Turkish Competition Authorities.

As a result, in practice foreclosure effect has been accepted an essential element when evaluating vertical restraints and vertical mergers. Dominant firm which behaves independently and affects competition substantially is subject to more strict rules. So exclusive agreements of dominant firm should be regulated in respect of duration and extent of agreements.

KAYNAKÇA

ABBAMONTE, G.B. ve V. RABASSA (2001), "Foreclosure and Vertical Mergers-The Commission's Review of Vertical Effects in the Last Wave of Media and Internet Mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI Worldcom/Sprint ", *ECLR* 22, Issue 6, s.214-226.

- AGHION, P. ve P. BOLTON (1987), "Contract as a Barrier to Entry", *American Economic Review*, 77(3), s.388-401.
- AMATO, G. (1997), *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford.
- AREEDA, P., L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases*, Third Edition, Aspen Law & Business, U.S.A.
- BESANKO, D., D. DRANOVE ve M. SHANLEY (2000), *Economics of Strategy*, Second Edition, John Wiley & Sons, Inc., New York.
- BESANKO, D. ve M.K. PERRY (1994), "Exclusive Dealing in a Spatial Model of Retail Competition", *International Journal of Industrial Organization*, Vol.12, s.297-329.
- BLAIR, D. ve J.M. FESMIRE (1990), "A Note on Vertical Market Foreclosure", *Review of Industrial Organization*, Vol.5, No:2, s.31-40.
- BOLTON, P. ve M.D. WHINSTON (1993), "Incomplete Contracts, Vertical Integration and Supply Assurance", *Review of Economic Studies* 60, s.121-148.
- BORK, R. (1969), "Vertical Integration and Competitive Processes", J. F. Weston ve S. Peltzman (der), *Public Policy Towards Mergers* içinde, Goodyear Publishing, California, s.139-149.
- BORK, R. (1993), *The Antitrust Paradox - A Policy at War With Itself*, Free Press, New York.
- BOWMAN, W.S. (1957), "Tying Arrangements and the Leverage Problem", *Yale Law Journal* 67, November, s.19-36.
- BREIT, W. ve K.G. ELZINGA (2001), *The Antitrust Casebook*, South-Western College Publishing, U.S.A.
- CANTOR, A. I. (1999), "Tying, Exclusive Dealing and Franchising Issues" (henüz yayınlanmamış makale).
- CARLTON, D. ve J. PERLOFF (1994), *Modern Industrial Organization*, Second Edition, Harper Collins College Publishers, New York.
- CHEN, Y. (2001), "On Vertical Mergers and Their Competitive Effects", *Rand Journal of Economics*, Vol.32, No.4, s.667-685.
- COASE, R. (1937), "The Nature of the Firm," *Economica* 4, s.386-405.
- COMANOR, W.S. ve H.E. FRECH (1985), "The Competitive Effects of Vertical Agreements", *American Economic Review*, Vol.75, s.539-546.

COOK, C.J. ve C.S. KERSE (2000), *E.C. Merger Control*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London.

COOTER, R. ve T. ULEN (2000), *Law and Economics*, Third Edition, Addison Wesley Longman, USA.

ERGAS, H. ve E. RALPH (1998), "New Models of Foreclosure: Should Antitrust Authorities be Concerned?". <http://www.necg.com.au/pappub/papers-ralph-foreclosure.pdf>

EUROPEAN COMMUNITY (1998), *Impact of Anti-Competitive Practices on Trade*, Communication by the European Community and Its Member States, WT/WGTCP/W/62.

EVANS, L. T. ve N.C. QUIGLEY (2000), "Contracting, Incentives for Breach, and the Impact of Competition Law", *Journal of World Competition* 23(2),s.79-94.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York.

FOX, E.M. (1997), "Toward World Antitrust and Market Access", *American Journal of International* 93, s.1-25.

FOX, E.M. (2002), "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect", *Antitrust Law Journal*, Vol.70, s.373-411.

GOYDER, J. (2000), *EU Distribution Law*, Third Edition, Palladian Law Publishing Ltd, Great Britain.

GÖRGÜLÜ, Ü. (2003), *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:32, Ankara.

GÜRZUMAR, O.B. (2003), "2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I* içinde, Rekabet Kurumu Yayınları No:137, Ankara, s.79-150.

HANDLER, M. (1957), *Antitrust in Perspective*, Columbia University Press, USA.

HART, O. ve J. TIROLE (1990), "Vertical Integration and Market Foreclosure," *Brookings Papers on Economic Activity*, Microeconomics, s.205-285.

HAY, G.A. (1973), "An Economic Analysis of Vertical Integration", *Industrial Organization Review* 1, s.188-198.

HERCK, G.V. (1982), "Corporate Monopoly Power and Risk", *European Economic Review* 17, January, s.115-124.

- HILDEBRAND, D. (1998), *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, Netherlands.
- HILDEBRAND, D. (2002), "The European School in EC Competition Law", *World Competition* 25, s.3-25.
- HOBBS, C.O. ve R.S. SCHLOSSBERG (2000), *Antitrust Strategies for Mergers, Acquisitions, Joint Ventures, and Strategic Alliances*, Lexis Publishing, Washington.
- HOVENKAMP, J. (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Group, U.S.A.
- HOVENKAMP, H. (2002), "The Reckoning of Post-Chicago Antitrust", A. Cucinotto, R. Pardolesi ve R. Van den Bergh (der.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* içinde, Edward Elgar, U.K., s.1-33.
- HUGHES, M., C. FOSS ve K. ROSS (2001), "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law", *ECLR* 10, s. 424-433.
- JACOBSON, J.M. (2002), "Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm", *Antitrust Law Journal*, Vol.70, s.311-369.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2001), *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford Press, United States.
- JOSKOW, P. (1985), "Vertical Integration and Long-Term Contracts: The Case of Coal-Burning Electric Generating Plants", *Journal of Law, Economics and Organization* 33, s.32-80.
- KARAKOÇ, K.O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:41, Ankara.
- KASERMAN, D.L., J.W. MAYO (1995), *Government and Business*, Dryden Press, USA.
- KORAH, V. (1994), "Exclusive Purchasing Obligations: Mars v. Langnese and Schöller", *ECLR* 3, s.171-175.
- KRATTENMAKER, T.G., ve S.C. SALOP (1986), "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost To Achieve Power over Price", *The Yale Law Journal*, Vol.96, s.209-293.
- LANDES, W. ve R. POSNER (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review* 94, March, s.937-996.

- LIN, Y.J. (1991), "The Dampening-of-Competition Effect of Exclusive Dealing", *Journal of Industrial Economics*, Vol.39, s.209-223.
- LYNK, W.J. (1999), "Tying and Exclusive Dealing: Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)", J.E. Kwoka ve L.J. White (der.), *The Antitrust Revolution, Economics, Competition and Policy* içinde, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, s.342-364.
- MARSDEN, P. (2000), "The Divide on Verticals", S.J. Evenett, A. Lehman ve B. Steil (der.), *Antitrust Goes Global* içinde, The Brookings Institution, Washington, s.117-136.
- MASTEN, S.E. ve E.A. SNYDER (1993), "United States versus United Shoe Machinery Corporation: on the Merits", *Journal of Law and Economics* (36)1, s.33-70.
- MATHEWSON, G.F. ve R.A. WINTER (1987), "The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment", *American Economic Review*, Vol.77, s.1057-1062.
- MONTI, M. (2000), *European Competition Policy for 21 st Century*, Fordham Corp. Law Institute, Twenty-eight Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York.
- OECD (1996), *Essential Facilities Concept*, Competition Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113.<http://www1.oecd.org/daf/clp/Roundtables/ess12.htm>
- ORNSTEIN, S.I. (1989), "Exclusive Dealing and Antitrust", *Antitrust Bulletin* 34(1), Spring, s.65-98.
- ÖLMEZ, S. H. (2003), *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:33, Ankara.
- PERRY, M.K. (1989), "Vertical Integration: Determinants and Effects", R. Schmalensee ve R.D. Willig (der), *Handbook of Industrial Organization* içinde, Vol.1, North Holland, Amsterdam, s.103-255.
- PITTMAN, R. (1985), "Tying Without Exclusive Dealing", *Antitrust Bulletin* 30, s.279-298.
- POSNER, R.A. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago.
- PRESTON, L.E. (1965), "Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards", *Law and Contemporary Problems* 30, s.506-529.
- RASMUSEN, E.B., J.M. RAMSEYER ve J.S. WILEY (1991), "Naked Exclusion", *American Economic Review* 81, s.1137-1145.

- REY, P. ve J. TIROLE (2003), *A Primer on Foreclosure*.
<http://www.idei.asso.fr/Commun/WorkingPapers/2003/Primer.pdf>
- ROBERTSON, A. ve M. WILLIAMS (1995), "The Law and Economics of Freezer Exclusivity", *ECLR* 1, s.7-20.
- SALOP, S. ve M. RIORDAN (1995), "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach", *63 Antitrust L.J.*, s.513-568.
- SALOP, S. ve D. SCHEFFMAN (1983), "Cost-Raising Strategies", *Journal of Industrial Economics* 36, s.19-34.
- SCHWARTZ, M. (1987), "The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment", *American Economic Review*, Vol.77, Issue 5, s.1063-1068.
- SHAPIRO, C. (1999), "Exclusivity in Network Industries", *George Mason Law Review*, Vol.7:3, s.1-11.
- SIBREE, W. (1995), "Ice Cream War: In Defence of MMC", *ECLR* 3, s. 203-204.
- STEUER, R.M. (1983), "Exclusive Dealing in Distribution", *Cornell Law Review*, 69(1), s.101-134.
- SULLIVAN, E.T. ve J.L. HARRISON (1998), *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Third Edition, Matthew Bender & Co. Inc., USA.
- SULLIVAN, E.T. ve H. HOVENKAMP (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Fourth Edition, Lexis Law Publishing, Virginia.
- TEKDEMİR, Y. (2003), *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:2, Ankara.
- TÜRKKAN, E. (2001), *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- TIROLE, J (1997), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, London.
- UNICE (1999), *Trade and Competition: WTO Framework on Competition Rules*, Commission Discussion Paper 6/30/1.
http://trade-info.cec.eu.int/civil_soc/documents/meeting/me-12-compet_c01.pdf
- UTTON, M.A. (1996), *Market Dominance and Antitrust Policy*, Second Edition, Edward Elgar, Great Britain.
- ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:39, Ankara.

- VELTROP, J.D. (1994), "Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law", *Common Market Law Review* 31, s.549-573.
- VISCUSI, W.K., J.M. VERNON ve J.E. HARRINGTON (1995), *Economics of Regulation and Antitrust*, Second Edition, , MIT Press, London.
- WALDMAN, D.E. ve E.J. JENSEN (1998), *Industrial Organization- Theory and Practice*, Addison-Wesley, U.S.A.
- WATERSON, D. ve P.W. DOBSON (1996), *Vertical Restraints and Competition Policy*, Office of Fair Trading Research Paper 12.
- WHISH, R. (2001), *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, United Kingdom.
- WILLIAMSON, O. (1967), "Hierarchical Control and Optimum Firm Size", *Journal of Political Economy* 75, s.123-138.
- WILLIAMSON, O. (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, New York.
- WILLIAMSON, O. (1979), "Assessing Vertical Market Restrictions", *University of Pennsylvania Law Review* 127, s.953-993.
- WILLIAMSON, O. (1992), "Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning", T.M. JORDE ve D.J. TEECE (der.), *Antitrust, Innovation and Competitiveness* içinde, Oxford University Press, Oxford, s.137-164.
- WHINSTON, M.D. (1990), "Tying, Foreclosure and Exclusion", *American Economic Review* 80(4), s.837-859.
- YENİŞEN, D. (2003), *Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:35, Ankara.
- ZAMPETTI, A. ve P. SAUVE (1995), *Summary of Discussions, New Dimensions of Market Access in a Globalising World Economy*, OECD.

Mevzuat

- Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ (1999) L 336/21.
- Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints (Commission Notice), OJ (2000) C 291/1.
- Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No:2002/2, RG 14.07.2002 t. ve 24815 S.

- 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu, RG. 09.08.2003 t. ve 25194 S.
- H.R. Report No:63-627, 63d Congress, 2d Session (1914).

Avrupa Komisyonu Kararları

- Bertelsmann/Kirch/Premiere, Case No: IV/M.993.
- Boeing/McDonnell Douglas, Case No: IV/M.877.
- BP Kemi, OJ (1979) L 286/32.
- Elopak/Metal Box, Case No: IV/32.009.
- Eurosport, Case No: IV/32.524.
- Langnese-Iglo GmbH, OJ (1993) L 183/19.
- National Sulphuric Acid Association, OJ (1980) L 260/24.
- Schlegel/CPIO, OJ (1983) L 351/20.
- Schöller Lebensmittel GmbH, OJ (1993) L 183/1.
- Soda-ash-ICI, OJ (1991) L 152/40.
- Soda-ash-Solvay, OJ (1991) L 152/21.
- Spices, O.J. (1978) L 53/20.
- Telekom/Betaresearch, Case No: IV/M.1027.
- Vivendi/Seagram, Case No: IV/M.2050.
- Whitbread, OJ (1999) L 88/26.

Avrupa Komisyonu Kararlarına İlişkin Belgeler

- Press Release (1986), Commission Opens Italian Market for Aminobutanol, IP/86/104.
- Press Release (1988), The Commission Steps in to Safeguard Competition in the EEC Market for Aspartame, IP/88/87.
- Press Release (1988), The Commission Intervenes to Restore Competition in the Italian Cola-Drinks Market, IP/88/615.
- Press Release (1988), The Commission Imposes Fines under EEC Competition Rules for Exclusionary Practices in the UK Plasterboard Market, IP/88/777.
- Press Release (1989), European Gas Producers Amend Contract Clauses Following Commission Investigation, IP/89/426.
- Press Release (1993), Commission Refuses Exemption for Clauses in Italian Audience Ratings Agreement, IP/93/1042.
- Press Release (1995), Commission Reorients Its Proceedings Against Unilever, IP/95/229.

- Press Release (1998), Frankfurt Airport Changes Policy on Long-Term Ground Handling Contracts, IP/98/794.
- Press Release (1998), The Commission Adopts a Decision Against Unilever Concerning Freezer Cabinet Exclusivity, IP/98/242.
- Press Release (1999), Commission Clears the Creation of the Digital Satellite Television Platform TPS, IP/99/161.
- European Commission VII th Report on Competition Policy (1977).
- European Commission XI th Report on Competition Policy (1981).
- European Commission XV th Report on Competition Policy (1985).
- European Commission XVI th Report on Competition Policy (1986).
- European Commission XIX th Report on Competition Policy (1989).
- European Commission XXII nd Report on Competition Policy (1992).
- European Commission XXVI th Report on Competition Policy (1996).
- European Commission XXVIII th Report on Competition Policy (1998).

Avrupa İlk Derece Mahkemesi Kararları

- Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening & Ors v. Commission, (1992) ECR II-1931.
- Case T-83/91 Tetra-Pak, (1994) ECR II-755.
- Case T-7/93 Langnese-Iglo v. Commission, (1995) ECR II-1533.
- Case T-112/99 TPS, (2001) ECR II-2459.
- Case T-65/98 Van den Berg Foods v. Commission (2003).

ATAD Kararları

- Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211.
- Case 61/80 Cooperatieve Stremsel en Kleurselvbriek v. Commission (1981) ECR 851, (1982) 1 CMLR 240.
- Case C-234 /89 Delimitis v. Henninger Brau AG (1991) ECR I-935

Rekabet Kurulu Kararları

- Biryay (2000), RG 16.04.2001 t., 24375 S.
- Biryay (2000), RG 26.04.2001 t., 24384 S.

- Bimaf (2000), RG 13.11.2001 t., 24582 S.
- Turkcell (2001), RG 22.07.2003 t., 25176 S.
- Benkar (2001), RG 02.02.2002 t., 24659 S.
- Unilever (2002), RG 22.07.2003 t., 25176 S.

ABD Mahkemeleri Kararları

- United States v. Motion Picture Patents Co., 225 F. 800 (1915).
- United States v. United Shoe Machinery Co., 247 U.S. 32 (1918).
- Standard Fashion, 258 U.S. 346 (1922).
- Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949).
- United States v. J.I. Case Co., 101 F. Supp. 856 (1951).
- Motion Picture Advertising Service Co.(MPAS), 344 U.S. 392 (1953).
- United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586, 77 S.Ct. 872 (1957).
- Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company, 365 U.S. 320 (1961).
- Brown Shoe, 370 U.S. 294 (1962).
- Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562 (1972).
- Hunt-Wesson Foods, Inc. v. Ragu Foods, Inc., 627 F.2d 919 (9th. Cir. 1980).
- Beltone, 100 FTC 68 (1982).
- Compare Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finley & Co., 459 U.S. 1009 (1982).
- Satellite Television and Associated Resources Inc. v. Continental Cablevision of Virginia, Inc. , 714 F. 2d 351 (4th Cir. 1983).
- Jefferson Parish, 104 S. Ct. 1551 (1984).
- Gonzalez v. Insignares, 1985-2 Trade Cas. (CCH).
- Kuck v. Bensen, 647 F. Supp. 743 (1986).
- Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc., 119 S. Ct. 46 (1998).
- Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 21 F.2d 923 (1998).
- Minnesota Mining & Mfg. Co. v. Appleton Papers, Inc., 35 F. Supp. 2d 1138 (1999).
- CDC Techs., Inc. v. IDEXX Labs., Inc., 186 F.3d 74 (2d Cir. 1999).

Adalet Bakanlığı Kararları

- United States v. Microsoft Corp., No. 94-1564, (1995) WL 505998.
- Browning-Ferris Industries of Iowa, Inc., No.96-0297, (1996) WL 426829.