

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

**REKABET HUKUKU
VE
DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ**

DOKTORA TEZİ

MELTEM KÜÇÜKAYHAN AŞCIOĞLU

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. H. ERCÜMENT ERDEM

EYLÜL 2010

ÖNSÖZ

Dağıtım sözleşmeleri ve rekabet hukuku, hem araştırırken hem de yazarken beni heyecanlandıran ve öğrenme isteğimi daha da artıran bir konu idi. Yaklaşık 4 yıl süren araştırma ve yazım aşamasının her günü, her anı yeni bir şeyler öğrenmenin keyfini yaşadım. Bu süre zarfında, beni bilgi ve anlayışının ışığıyla aydınlatan, yüreklendiren, Sayın Hocam Prof. Dr. H. Ercüment Erdem'e teşekkür ediyorum.

Bu tez çalışması sırasında ve her zaman yanımda olan ve beni sonsuz sevgileri kucaklayan ve koruyan Aileme ve Eşime şükranlarımı sunuyorum.

İstanbul, Eylül 2010

Meltem Küçükayhan Aşcıoğlu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	xi
RÉSUMÉ	xii
ABSTRACT	xvii
ÖZET	xxii
GİRİŞ	1
i. Dağıtımın Önemi	1
ii. Genel Olarak Dağıtım Anlaşmaları	4
iii. Dikey Anlaşma	8
iv. Dağıtım Anlaşmalarının Ekonomik Etkileri	10
v. Ekonomik Bağımlılık Anlaşması	11
vii. Organize Perakende Sektörü Dağıtım Anlaşmaları	12
viii. Türk Rekabet Hukukunda Dağıtım Anlaşmaları	14
ix. Plan ve Sınırlamalar	17
BİRİNCİ BÖLÜM	19
KLASİK DAĞITIM VE REKABET HUKUKU	19
1.1 Dağıtım Anlaşmalarının Çeşitleri	19
1.1.1 İnhisar Hakkının Kapsamına Göre Dağıtım Anlaşmaları	19
1.1.1.1 Basit Dağıtım Anlaşmaları	20
1.1.1.2 Bölgesel Koruma İçeren Dağıtım Anlaşmaları	20
1.1.2 Tarafların Yükümlülüklerinin Kapsamına Göre Dağıtım Anlaşmaları	22
1.1.2.1 Seçici Dağıtım Anlaşmaları	22
1.1.2.2 Franchise Anlaşmaları	26
1.2 Dağıtım Anlaşmalarının Rekabet Üzerindeki Etkileri	28
1.2.1 Dağıtım Anlaşmalarının Rekabeti Kısıtlayıcı Etkileri	30
1.2.1.1 Marka İçi Rekabetin Azalması	30
1.2.1.2 Markalar Arası Rekabetin Azalması	32
1.2.1.3 Pazar Kapama ve Faaliyet Zorlaştırma	33
1.2.1.4 Tüketici Tercihlerinin Kısıtlanması	34
1.2.2 Dağıtım Anlaşmalarının Olumlu Etkileri	35
1.2.2.1 Bedavacılık Sorununun Çözümü	36
1.2.2.2 Yeni Pazarlara Giriş	37
1.2.2.3 Vazgeçme Probleminin Çözümü ve Know-how'ın Korunması	38

1.2.2.4	Diğer Olumlu Etkileri	39
1.3	Dağıtım Anlaşmalarının Türk Rekabet Hukukunda Tabi Olduğu Hukuki Rejim	40
1.3.1	Genel Olarak	40
1.3.2	Dağıtım Anlaşmalarının Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Yasağı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	44
1.3.2.1	Yasal Düzenleme	44
1.3.2.2	Anlaşma	47
1.3.2.2.1	Tanım	47
1.3.2.2.2	Tek Yanlı Davranışlar	57
1.3.2.2.3	Dikey Anlaşmalar ve Yatay Anlaşmalar	63
1.3.2.2.4	Per Se ve Rule of Reason Teorileri	66
1.3.2.2.5	Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve/veya Etki	69
1.3.2.2.6	Potansiyel Rekabetin Sınırlanması	73
1.3.2.2.7	Rekabetin Önlenmesi, Sınırlandırılması ya da Bozulması	75
1.3.2.2.8	Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması	76
1.3.2.2.8.1	Kavram	76
1.3.2.2.8.2	Düzenleme	77
1.3.2.2.8.3	Türk Hukukundaki Uygulaması	80
1.4	Rekabete Aykırı Anlaşma Örnekleri ve Yaptırım	81
1.4.1	Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti	82
1.4.1.1	Yeniden Satış Fiyatı Tespiti	82
1.4.1.2	Diğer Ticari Koşulların Tespiti	87
1.4.1.3	Yasağın Doğuşu ve Ekonomi Teorisindeki Yorumlar	88
1.4.2	Üretimin Sınırlandırılması	90
1.4.3	Pazar Paylaşma	92
1.4.4	Pazara Girişlerin Engellenmesi	93
1.4.5	Ayrımcılık	96
1.4.6	Ek Yükümlülük Yüklemek	102
1.4.7	Rekabete Aykırı Anlaşmaların Yaptırımı	108
1.4.7.1	Genel Olarak	108
1.4.7.2	Geçersizlik Yaptırımının Hukuki Niteliği	111
1.5	Bireysel Muafiyet ve Menfi Tespit	115
1.5.1	Genel Olarak	115
1.5.2	Kapsamı	119
1.5.3	Muafiyetin Şartları	120
1.5.3.1	Yararlı Olma	121
1.5.3.2	Tüketicinin Yararı	124
1.5.3.3	Sınırlamanın Zorunlu Olması	128

1.5.3.4	İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması	129
1.5.4	Bireysel Muafiyet Şartlarının Değerlendirilmesi ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	131
1.5.5	Muafiyet Süresi	133
1.5.6	Muafiyetin Şart, Yükümlülüklerle Bağlanması ve Alternatifli Muafiyet	136
1.5.7	Muafiyet İncelemesinin Süresi	138
1.5.8	Muafiyetin Geri Alınması	139
1.5.9	Menfi Tespit Kararı ve Geri Alınması	140
1.6	Grup Muafiyeti	142
1.6.1	Genel Olarak	142
1.6.2	Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği No. 2002/2	144
1.6.2.1	Genel Olarak	144
1.6.2.2	Dikey Anlaşma Tanımı	147
1.6.2.2.1	Teşebbüsler Arasında Anlaşma	147
1.6.2.2.2	Üretim veya Dağıtım Sektörünün Farklı Seviyelerindeki Teşebbüsler Arası Anlaşma	147
1.6.2.2.3	Mal veya Hizmetlerin Alımı, Satımı veya Yeniden Satımı Amaçlı Anlaşma	148
1.6.2.3	İşletme Birlikleri - Perakendeci Birlikleri	149
1.6.2.4	Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar	151
1.6.2.5	Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmalar	153
1.6.2.6	Pazar Payı Eşiği	155
1.6.2.7	Pazar Analizinde Dikkate Alınacak Kıstaslar	156
1.6.2.7.1	Sağlayıcının Pazar Gücü	157
1.6.2.7.2	Rakiplerin Pazar Gücü	158
1.6.2.7.3	Alıcının Pazardaki Konumu	160
1.6.2.7.4	Pazara Giriş Engelleri	161
1.6.2.7.5	İlgili Pazarın Doygunluk Düzeyi	164
1.6.2.7.6	Ticaretin Seviyesi ve Ürünün Niteliği	165
1.6.2.7.7	Diğer Faktörler	166
1.6.2.8	Diğer Tebliğler Kapsamına Giren Anlaşmalara Uygulanmaması	166
1.6.2.9	Dikey Sınırlamaların Değerlendirilmesine Yönelik Genel Kurallar	167
1.6.2.9.1	Markalar Arası ve Marka İçi Rekabetin Kısıtlanması	168
1.6.2.9.2	Pazarın Yüksek Derecede Yoğunlaşmış Olması	170
1.6.2.9.3	Münhasırlık İçeren Anlaşmalar	170
1.6.2.9.4	Markalı Ürünler veya Son Ürünlere İlişkin Anlaşmalar	171
1.6.2.9.5	Birikimli Etkinin Varlığı	172
1.6.2.9.6	Know-how Devri ve Özel Yatırımlar	173
1.6.2.9.7	Pazara Yeni Giren Ürünler	173

1.6.2.10	Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar	174
1.6.2.10.1	Fiyata İlişkin Sınırlamalar	174
1.6.2.10.2	Pazar Paylaşmaya İlişkin Sınırlamalar	179
1.6.2.10.2.1	Yalnızca Aktif Satışların Kısıtlanması	181
1.6.2.10.2.2	Pasif Satışların Yasaklanmaması	184
1.6.2.10.2.3	Paralel Ticaretin Yasaklanmaması	187
1.6.2.10.2.4	Nihai Tüketiciye Satışların Yasaklanması	188
1.6.2.10.2.5	Seçici Dağıtım Ağı Harici Dağıtıcılara Satışların Yasaklanması	188
1.6.2.10.2.6	Sağlayıcının Rakiplerine Yapılan Satışların Yasaklanması	192
1.6.2.10.2.7	Seçici Dağıtımda Nihai Tüketicilere Satışın Yasaklanmaması	192
1.6.2.10.2.8	Diğer Sınırlamalar	193
1.6.2.10.3	Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	195
1.6.2.10.3.1	Sözleşme Sırasındaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	197
1.6.2.10.3.2	Sözleşme Sonrasındaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	204
1.6.2.10.3.3	Belirli Bir Rakip Markaya Yönelik Rekabet Yasağı	205
1.6.2.11	Muafiyetin Sona Ermesi	206
1.6.2.11.1	Bireysel Geri Alma	206
1.6.2.11.2	Birikimli Etki	209
1.6.2.11.3	Tebliğ ile Geri Alma	211
1.7	Çeşitli Dikey Sınırlamaların Analizi	214
1.7.1	Tek Marka Sınırlaması	214
1.7.2	Münhasır Dağıtım	219
1.7.3	Münhasır Müşteri Tahsisi	221
1.7.4	Seçici Dağıtım	222
1.7.5	Franchise Anlaşmaları	224
1.7.6	Tek Alıcıya Sağlama	225
1.7.7	Bağlama	227
1.7.8	Tavsiye Fiyatlar ve Maksimum Satış Fiyatının Belirlenmesi	230

İKİNCİ BÖLÜM	231
ORGANİZE PERAKENDE DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ	231
2.1. Perakende Pazarı ve Özellikle Organize Perakende	232
2.1.1 Genel Olarak	232
2.1.1.1 Klasik süpermarketler	235
2.1.1.2 Big Box Gıda Perakendecileri	236
2.1.1.3 Kolaylık Mağazaları	237
2.1.1.4 İndirim Mağazaları	238
2.1.2 Perakendenin Türkiye’deki Gelişimi	240
2.1.2.1 Birinci Dönem	241
2.1.2.2 İkinci Dönem	241
2.1.2.3 Üçüncü Dönem	242
2.1.2.4 Dördüncü Dönem	243
2.1.2.5 Beşinci Dönem	244
2.1.3 Rakamlarla Günümüz Türkiye Perakendeciliği ve Gelecekteki Yeri	245
2.1.4 Satın Alma Grupları ve Birlikte Alım Anlaşmaları	249
2.1.4.1 Genel Olarak	249
2.1.4.2 Rekabet Hukukunda Birlikte Alım	251
2.1.5 İlgili Pazar Analizi	255
2.1.5.1 İlgili Ürün Pazarı	256
2.1.5.2 İlgili Coğrafi Pazar	260
2.2 Alım Gücü ve Perakendeci Markaları	263
2.2.1 Alım Gücü	263
2.2.1.1 Ekonomi Teorisinde Alım Gücü ve Monopson	263
2.2.1.2 Monopsonun Rekabet Üzerinden Etkileri ve Perakende Pazarına Uygulanması	267
2.2.1.3 Alım Gücünün Spiral Etkisi	269
2.2.1.4 Alım Gücü Karşısında Bulundurulması Zorunlu Ürünler ve Portföy Gücü	272
2.2.1.5 Alman Rekabet Hukukunda Göreli Güçlü Teşebbüs ve Ekonomik Bağımlılık	275
2.2.1.5.1 Ekonomik Bağımlılık ve Pasif Ayrımcılık	277
2.2.1.5.2 Ekonomik Bağımlılığın Türleri	280
2.2.1.5.2.1 Ürün veya Ürün Grubu Bağımlılığı	280
2.2.1.5.2.2 İşletmesel Bağımlılık	281
2.2.1.5.2.3 Kıtlığa Dayalı Bağımlılık	282
2.2.1.5.2.4 Talep Bağımlılığı	282
2.2.1.5.3 Alman Hukukuna İlişkin Sonuç	283

2.2.1.6	Fransız Hukukunda Ekonomik Bağımlılık ve Ekonomik Gücün Kötüye Kullanılması	284
2.2.1.6.1	Unsurları	287
2.2.1.6.1.1	Sağlayıcının ve Dağıtıcının Pazar Payının Önemi	288
2.2.1.6.1.2	Ürünün Tanınmışlığı	288
2.2.1.6.1.3	Sağlayıcının veya Dağıtıcının Diğerinin Ciroyu İçindeki Önemi	290
2.2.1.6.1.4	Alternatif Bir Çözümün Mevcut Olmaması	291
2.2.1.6.2	Fransız Rekabet Hukuku Açısından Sonuç	294
2.2.1.7	AT Rekabet Hukuku Uygulamasında Alım Gücü	295
2.2.1.7.1	Kesko/Tuko Kararı	295
2.2.1.7.2	Rewe/Meinl Kararı	296
2.2.1.7.3	AT Hukukuna İlişkin Sonuç	298
2.2.2	Perakendeci Markaları	299
2.2.2.1	Tanımı ve Gelişimi	299
2.2.2.2	Rekabet Üzerindeki Etkileri	300
2.2.2.3	Fason Anlaşmaları	301
2.2.2.3.1	Fason Anlaşmalarında Öngörülebilir Kısıtlamalar	303
2.2.2.3.1.1	Gizli Bilgileri İfşa Etmeme Yükümlülüğü	304
2.2.2.3.1.2	Teknik İyileştirmeleri İş Sahibine Bildirme Yükümlülüğü	305
2.2.2.3.2	Dikey Fason Anlaşmaları ve Muafiyet	306
2.3	Organize Perakende ve Türk Rekabet Hukuku	307
2.3.1	Rekabete Aykırı Anlaşma Yasağı ve Muafiyet Düzenlemeleri	309
2.3.1.1	Rekabete Aykırı Anlaşma Yasağı	310
2.3.1.1.1	Fiyatların ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti	310
2.3.1.1.2	Üretimin Sınırlandırılması	316
2.3.1.1.3	Pazar Paylaşma	317
2.3.1.1.4	Pazara Girişlerin Engellenmesi	318
2.3.1.1.5	Ayrımcılık	319
2.3.1.1.6	Ek Yükümlülük Yükleme	321
2.3.1.2	Genel Değerlendirme	322
2.3.2	Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	325
2.3.2.1	Tek Başına Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	325
2.3.2.2	Birden Fazla Teşebbüsün Hâkim Durumda Olması ve Bu Durumun Kötüye Kullanılması	331
2.3.3	Zorunlu Unsur Doktrini Çerçevesinde Değerlendirme	336
2.3.3.1	Kıstasları	340
2.3.3.1.1	Hâkim Durumda Bulunma Kriteri	341
2.3.3.1.2	Zorunluluk	342
2.3.3.1.3	Alternatif Unsurun Kurulmasının İmkânsızlığı veya Rasyonel Olmaması	343
2.3.3.1.4	Reddetme Eyleminin Varlığı	344
2.3.3.1.5	Objektif Gerekçelerin Olmaması İlkesi	345

2.4	Yabancı Hukuklarda Doğrudan Organize Perakendeye İlişkin Düzenlemeler	346
2.4.1	Fransız Hukukundaki Düzenlemeler	347
2.4.1.1	Satış Yapmayı Reddetme Yasağının Kaldırılması	347
2.4.1.2	Zararına Satış Yasağı	349
2.4.1.3	Sipariş ve Ödeme Şartlarına İlişkin Düzenlemeler	354
2.4.1.4	Ayrımcı Hareketler Yasağı ve Ticari İşbirliği Anlaşmaları	356
2.4.1.5	Fransız Hukukuna İlişkin Sonuç	358
2.4.2	İngiliz Hukuku	360
2.4.2.1	Süpermarket Davranış Kodu	360
2.4.2.1.1	İş Şartlarının Yazılı Olması ve Değişiklikleri Bildirilmesi	361
2.4.2.1.2	Fiyatlar ve Ödemeler	361
2.4.2.1.3	Tüketici Şikâyetleri	363
2.4.2.1.4	Diğer Düzenleme Konuları	364
2.4.2.1.5	Uygulama ve Yeni Mevzuat Çalışmaları	365
2.4.2.2	Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu	366
2.4.2.2.1	Tedarik Şartının Esasları	367
2.4.2.2.2	Belirlenmiş Perakendeci	367
2.4.2.2.3	Tedarik Sözleşmelerinin Uygunluğunun Sağlanması	367
2.4.2.2.4	Sağlayıcılara Bilgi Sağlanması Görevi	368
2.4.2.2.5	OFT'ye Bilgi Sağlanması Görevi	368
2.4.2.2.6	Uyum Yükümlülükleri	368
2.4.2.2.7	Uyuşmazlıkların Çözümü	369
2.4.2.3	Tedarik Kodunun Esasları	370
2.4.2.4	İngiliz Hukukuna İlişkin Sonuç	371
2.5	Organize Perakende Sektörüne Yönelik Düzenleme Çalışmaları	372
2.5.1	Genel Olarak	372
2.5.2	Düzenlemenin Gerekçeleri	374
2.5.3	Düzenlemelerin Temel Esasları	376
2.5.3.1	Kapsam ve Amaç	377
2.5.3.2	Büyük Mağaza ve Zincir Mağaza Tanımları	379
2.5.3.3	Büyük Mağazaların Açılışının İzne Tabi Kılınması	381
2.5.3.4	Büyük Mağazaların Yükümlülükleri	385
2.5.3.4.1	Otopark Yükümlülüğü	385
2.5.3.4.2	Yasaklar	386
2.5.3.4.2.1	Perakendeci Markalarına İlişkin Sınırlama	386
2.5.3.4.2.2	Hizmetlerin Bedelsizliği	388
2.5.3.4.2.3	Çalışma Gün ve Saatleri	389
2.5.3.4.2.4	Satın Alma ve Ödeme Kuralları	390
2.5.3.5	Cezai Müeyyideler	392
2.5.3.6	Denetim	393

2.5.4	Türk Hukukuna İlişkin Sonuç	394
2.5.5	Görüş ve Önerilerimiz	397
SONUÇ		405
BİBLİYOGRAFYA		409
KARARLAR DİZİNİ		421
ÖZGEÇMİŞ		429
TEZ ONAY SAYFASI		430

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AMPD	: Alışveriş Merkezleri ve Perakendeciler Derneği
AT	: Avrupa Topluluğu veya Avrupa Toplulukları
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATIDM	: Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
Bkz.	: bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
BOCCRF	: Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
C.	: Cilt
c.	: cümle
Cah. Dr. Entr.	: Cahiers de Droit de l'entreprise
CML	: Common Market Law Review
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Commission Report
ed.	: editör
FRG	: Fransız Resmi Gazetesi (JORF)
GBW	: Alman Rekabet Kanunu (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)
HTM	: Hızlı Tüketim Malları
ICC	: International Chamber of Commerce
JCP	: Juris-Classeur Périodique
JCP E	: Juris-Classeur Périodique (semaine juridique) édition Entreprises
K.	: Karar
k.	: karşı
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
No., no.	: Numara, numara
OFT	: Office of Fair Trading (Adil Ticaret Ofisi)
p.	: Paragraf
Rec.	: Recueil des arrêts de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance de Communautés Européennes
Rev. Conc. Consom.	: Revue de la Concurrence et de la Consommation

RG	: Resmî Gazete
RJDA	: Revue de jurisprudence de droit des affaires
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U.S.C.	: United States Code
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire

RESUME

La distribution est une activité commerciale qui suit celle de la production et qui permet de proposer les produits aux utilisateurs. Les entreprises productrices optent pour l'un des deux modèles de distribution des produits. Alors que le premier de ces deux modèles est le réseau de distribution composé par les marchands dépendants tels les marchands itinérants et les représentants commerciaux, le second modèle est celui composé par les distributeurs indépendants.

Lors du choix entre les deux modèles, les entreprises prennent en compte les caractéristiques des produits qui représentent l'objet de la distribution ainsi que les habitudes communes relatives à ces produits sur le marché pertinent. Quand bien même les conséquences des activités commerciales exercées dans les deux modèles de distribution se ressemblent, ces modèles se distinguent spécialement en ce qui concernent les dispositions relatives aux prix de revente, aux conditions de vente, à la détermination d'autres conditions commerciales ou encore à la résiliation du contrat.

Au cas où le fournisseur, en adoptant le premier modèle de distribution, établirait une relation de vente directe avec le consommateur final en intégrant directement les activités de distribution, une relation de distribution ne sera pas établie entre le fournisseur et le consommateur final. Dans ce cas, la relation entre le fournisseur et le consommateur final serait nommée contrat de vente.

Mais contrairement à ceci, au cas où le producteur ou le fournisseur, en adoptant le second modèle de distribution, réaliserait personnellement la distribution de ses produits ou ferait distribuer ses produits par le biais d'un commerçant au gros ou d'un détaillant, il sera alors question d'une relation de distribution.

La relation de distribution en cause ici est une relation établie entre le producteur ou le fournisseur et le commerçant au gros ou le détaillant. Le producteur ou le fournisseur n'a aucune relation directe avec le consommateur final. Dans ce cas, des contrats de distribution sont signés entre le fournisseur et les distributeurs ainsi que les distributeurs se trouvant à différents niveaux. Face à ces relations qui s'enchaînent, apparaissent les systèmes de distributions et les canaux de distributions.

Le sujet que nous allons analyser à travers cette étude est la relation de distribution qui inclut les systèmes de distribution ainsi que les canaux de distribution et qui correspond au second type de distribution réalisé par des distributeurs indépendants. Dans ce sens, les termes «distribution», «relation de

distribution» ainsi que «contrat de distribution» dorénavant utilisés dans notre étude indiqueront ce second type de distribution.

De nos jours, la distribution, outre le fait que les produits et services sont soumis aux consommateurs, indique aussi le fait que les consommateurs peuvent directement toucher le produit, le voir sur les places de vente ou même l'essayer, choses qui ne font pas parties des activités de distribution au sens propre. De plus, la distribution intègre aussi les activités de commercialisation telles la publicité ou encore la présentation. La distribution représente donc aujourd'hui la phase la plus importante et effective de la commercialisation des produits et services avec toutes ses nouvelles fonctions.

Parmi les entreprises qui opèrent à différents niveaux d'un marché de produits, similairement à tous contrats réglementant l'achat et la vente ou la revente, les contrats de distribution influencent aussi en petit ou en grand nombre les paramètres d'offre et de demande, la structure, le développement, les entrées et sorties du marché pertinent. Ils influencent donc les caractéristiques du produit et du marché.

Ces contrats peuvent avoir dans la distributions et commercialisation des produit non seulement des effets positifs telles la rationalisation de la commercialisation et de la distribution des produits, l'augmentation de la concurrence inter-marque ou encore la création d'activités dans le marché pertinent, mais aussi des effets négatifs tels les restrictions intra-marques, la répartition des marchés ou encore le renforcement des barrières. Le besoin de mise en équilibre des deux effets de ces contrats est réalisé en droit de la concurrence par les dispositions détaillées relatives aux contrats verticaux et notamment aux contrats de distribution.

Dans notre droit de la concurrence, outre l'article 4 de la Loi relative à la protection de la concurrence relatif aux contrats contraires à la concurrence, de nombreux communiqués ainsi que guides préparés sur les contrats verticaux ont aussi trait à cet objectif. Toutes ces dispositions partent du principe que, dans les contrats de distribution, le fournisseur (ou le producteur) qui détient en main le pouvoir économique, impose ses propres principes commerciales aux distributeurs.

Les effets des contrats de distribution sur la concurrence est un sujet débattu depuis environ 30 ans dans le cadre de la théorie de la concurrence. Ces contrats ont non seulement des effets positifs telles la rationalisation de la commercialisation et de la distribution des produits, l'augmentation de la concurrence inter-marque ou encore la prévention de l'acquisition à titre gratuit, mais aussi des effets négatifs tels les restrictions intra-marques, la répartition des marchés ou encore le renforcement des barrières d'entrée résultant généralement des dispositions relatives à la protection du territoire et des clients.

Les contrats de distribution, en raison de leur double effet sur la concurrence, sont sujets à différentes réglementations dans les droits de la concurrence et suivis de

très près par les autorités de la concurrence. Les dispositions relatives aux exemptions individuelles et notamment par catégorie qui s'appliquent aussi aux contrats de distribution reposent sur l'analyse du double effet de ces contrats sur la concurrence. Le contrat bénéficiera de l'exemption s'il dispose de toutes les conditions, en d'autres termes, si ses effets positifs sont supérieurs à ces effets négatifs.

En vertu de la définition générale, le réseau de distribution est formé par l'entreprise productrice ou prestataire et systématisé selon les priorités et demandes de l'entreprise fondatrice. Dans la relation classique de distribution, la partie disposant du pouvoir économique est le producteur ou le fournisseur qui détient le produit en main. Cependant, depuis les 10-15 dernières années, un nouveau modèle de distribution intitulé «distribution moderne», «grande distribution» ou encore «biens de grande consommation» est apparu.

Dans ce nouveau modèle, le rôle de fondateur appartient aux distributeurs ou aux groupes de distribution qui mettent en vente dans leurs magasins les produits qu'ils acquièrent des producteurs ou fournisseurs sous différents concepts et formes.

Différemment de la distribution classique, dans la vente des biens de grande consommation, les distributeurs acquièrent des fournisseurs différentes sortes de produits de consommation (comme la nourriture, les vêtements, les produits d'hygiène, etc.) dans les conditions commerciales les plus favorables et les proposent aux consommateurs aux prix les plus bas et aux meilleures qualités (publicité et commercialisation, distribution d'échantillons à l'intérieur ou en-dehors des magasins, services de dégustation, espaces de shopping, réseau de distribution expansif, places de parking, services clientèles, etc.).

Le pouvoir d'achat des groupe des vendeurs des biens de grande consommation continue à augmenter *via* les centres d'achat qu'il ont établis dans le but d'atteindre des conditions d'achat plus avantageux ainsi que les fusions et acquisitions qu'ils réalisent dans le marché pertinent. Cette situation, du fait qu'elle augmente la force des vendeurs des biens de grande consommation face à leurs concurrents ou encore aux vendeurs classiques, continue à faire augmenter leur force du marché ainsi que leur pouvoir d'achat qui se trouve dans une interaction spirale. En conséquence, le déséquilibre parmi les deux parties continue à devenir plus grand.

Entre les deux parties qui se trouvent dans la relation de distribution, le déséquilibre de pouvoir ainsi que le la dépendance économique qui augmente sans cesse ont été rattachés à des règles spéciales dans le cadre des théories discutés dans la doctrine et dans la jurisprudence dans les droits allemand et français. De la même façon, dans le droit de la concurrence anglais aussi des règles ont été prévues.

Dans ce nouveau type de distribution, ce ne sont pas les fournisseurs, mais les distributeurs ou groupes de distribution qui détiennent le pouvoir économique et qui

imposent aux producteurs ainsi qu'aux fournisseurs leur propres conditions commerciales. Ce modèle de distribution est de plus en plus utilisé sur le marché de la distribution alimentaire du fait de l'urbanisation ainsi que des changements des habitudes alimentaires de notre pays.

Outre les vendeurs au détail classiques, le renforcement de la vente de biens de grande consommation a aussi des conséquences anticoncurrentielles sur les producteurs et fournisseurs. Ces problèmes ont tenté d'être résolus dans les droits de la concurrence français et allemand par des théories comme «l'entreprise relativement forte», «l'abus du pouvoir d'achat» ou «l'interdiction de la vente à perte».

Les groupes de vendeurs réclament, en se basant sur leur pouvoir d'achat, des réductions, primes ou paiements de différentes sortes. Quant aux fournisseurs, face à la crainte que la relation de distribution ne s'éteigne au cas où ils ne rempliraient pas les conditions des distributeurs, se trouvent obligé d'accepter les obligations imposées par les distributeurs. Cette pratique qui s'est étendue sur toutes les ventes des biens de grande consommation, devient de plus en plus forte par l'augmentation de la dépendance économique.

Tous ces développements, similairement aux droits allemand, français et anglais, nécessitent aussi en droit turc une réglementation spéciale. Dans notre pays, les Travaux de loi concernant la grande Distribution ont commencé vers le début des années 2000 et ont été finalisés pour la première fois avec le Project de loi sur les Grandes Surfaces, préparé par le Ministère de Industrie et du Commerce.

Après ce Project qui n'a jamais été adopté, Le Ministère a préparé à plusieurs reprises des projets sous différent noms. Le dernier est le Project de Loi concernant les Shopping Malls, Grandes Surfaces et Distribution en Chaîne ("Project de Loi"). Le Project de Loi a été présenté au Premier Ministre en Janvier 2010 et pourrait être présenté à l'Assemblée Nationale le mois suivant, pour être adopté.

Le Project de Loi est un travail approprié du fait de toutes les raisons citées ci-dessus. Les dispositions sur le système de l'autorisation pour l'ouverture des grandes surfaces et des marchés en chaînes, de la prohibition et restriction pour les prix des services demandés aux fournisseurs, des règles d'achat et de paiement pour les grands groupes sont tous appropriés. Mais malgré ces côtés positifs, le Project de Loi n'était pas suffisant parce qu'il ne prévoyait aucune disposition sur certains problèmes importants de grande distribution.

Notre proposition sur le marché Turc des biens de grande consommation est l'adoption d'une loi complète telle que le Code de Fournisseurs dans le droit anglais de la concurrence.

Cette nouvelle loi devrait contenir des dispositions relatives à quatre sujets: imposition d'un système d'autorisation pour la création des grandes surfaces (1), réglementation des prix de services demandés par le grand groupe de fournisseurs, (2), restrictions concernant les règles d'achat et de paiement (3), restriction sur les discounts et prohibition de la revente à perte (4).

Dans notre étude, nous avons examiné différentes législations et littératures telles que la France, les Etats-Unis d'Amérique, l'Allemagne et fait une comparaison de ces systèmes. Le côté transnational des doctrines de concurrence et des contrats de distribution nécessite un travail comparatif. En plus, le fait que le droit Turc de la concurrence a ses bases dans les règles communautaires, donne raison à notre approche comparative.

Comme nous l'avons expliqué avant, de nos jours, les contrats de distribution pourraient être examinés sous deux modèles, l'un dans lequel le fournisseur réunirait ses distributeurs dans un système de distribution exclusif, sélectif ou simple avec des classique de distributions, et l'autre dans lequel le distributeur créerait un système de distribution, dit nouvelle distribution.

Dans la première partie de notre étude, nous examinerons les contrats de distribution classique dans leur démarche historique et leurs situations devant les règles de droit de la concurrence. Ce travail sera limité à la prohibition des contrats, décisions et pratiques concertées de l'article 4 du Code de Concurrence Turc, les conditions d'exemption individuelles et le règlement d'exemption par catégorie pour les contrats verticaux. Notre étude ne contiendra pas les règlements d'exemption que ne sont plus en vigueur.

Dans la deuxième partie de notre étude, nous analyserons les contrats de distribution de la grande distribution. Dans cette partie, nous allons examiner si le droit turc de la concurrence pourrait être appliqué à ce nouveau type de distribution et aussi aux règles spéciales adoptées dans différents systèmes de loi. Dans ce contexte, nous verrons les règles allemande et française basées sur la notion de "pouvoir d'achat" ou "pouvoir d'acheteur" engendrée dans le droit allemand, dans leur démarche historique

Notre étude comprendra aussi le Projet de Loi du Ministère de l'industrie et du Commerce concernant les Shopping Malls, Grandes Surfaces et Distribution en Chaîne.

Cette partie de notre étude contiendra aussi nos propositions concernant les règles qui devraient être adoptées en vue de la grande distribution. Nos explications concernant cette deuxième partie comprendra la distribution des produits de consommation et non pas d'autres chaînes de distribution telles que les fournitures, les biens de constructions etc.

ABSTRACT

The production is followed by the distribution activity, which aims penetration of the products to the relevant market and the meeting with the resellers of different steps and the consumers. The producer will choose, depending to its necessities, the character of the product and the specialties of the relevant product market, from two different distribution models. The first model will be the distribution conducted by the dependant dealers such as bagmen and commercial agents. The second model concerns a distribution channel composed of independent distributors. This second model may be organized in different forms. It may be systematized as exclusive, selective or simple channel, in conformity with the commercial concerns of the producer or the provider.

In case the producer or the provider chooses the first distribution model and directly enters into the distribution activity, it will have direct relations with the final consumers. In such case, the relation between the producer or provider and the final consumer will not be distribution, but sale. In addition, the relation between the producer or provider and the final consumer shall only be named as sales agreement.

However the producer or provider may also decide on the second distribution model and do not enters into the distribution of its products. It will name wholesalers or retailers for the distribution of its products. In this model, we may talk about a distribution agreement.

The said distribution relation is the relation between the producer or provider and its wholesalers or the retailers. The producer or provider has no direct relations with the final consumer. The relation between the retailer and the final consumer shall be named as sales agreement. In resume, there may be several distribution agreements signed between the provider or producer and the distributors and distributors of different degrees and such successive (chain) relations together may form the distribution systems and distribution channels.

The distribution relation that we will examine in our thesis is the second type which is composed of independent distributors, named as distribution system or distribution channel.

Nowadays, the distribution gain a role which is much more than meeting the products or services with the consumers. The distribution actually makes consumers directly taste or touch the products in the sales points. It contains many activities that are not really in the essence of the distribution activity, such as promotion and advertisement. With all these new activities, the distribution becomes the most attractive and the most important one among the commercial activities.

As an agreement regulating the sale and resale activities between undertakings of different levels, the distribution has also effects on the demand and the offer side of the market. It determines the parameters of the relevant market, such as the structure, development and the market entrance. The characteristics of the relevant market also, in its term, affect the distribution.

These agreements positively affect the rationalization of the distribution and the marketing of the products. They favor inter-brand competition and create effectively in the relevant market. However, it should also be noted that, the distribution agreements may also have negative effects. For example, they restrict the intra brand competition, contain market partitioning effects, and restrict the market entrance of third and potential undertakings. This two sided effects results in detailed regulation of these agreements in the competition law.

In Turkish competition law, article 4 of the Code of Competition on the anti-competitive agreements and numerous regulations prepared on the vertical agreements, all takes into account this two sided effects. All these regulations, has been settled on the logic that, in a distribution agreement, the producer is the powerful party and imposes on the distributor its commercial terms, as being the holder of the economic power.

The effects of distribution agreements on competition are under examination for the last 30 years. These agreements contain positive effects, such as rationalization on distribution and marketing of the products, rise of inter-brand competition, and prevention of free-riding. However, due to the territorial and clientele restrictions they usually contain, distribution agreements they also cause negative effects on competition, such as restriction of intra-brand competition, market repartition, strengthening of barrier to entry.

The distribution agreements, due to their bilateral character, are subject to detailed regulations and watched very closely by the competitions authorities. In fact the individual and block exemption applied to the distribution agreements stands on the analyze of the bilateral character of the said agreements on the competition. The agreement will benefit from exemption, if its positive effects overbalance its negative effects.

According to a general definition, distribution channels are established by the producer or provider undertaking and systematized in accordance with their priorities and demands.

In classic distribution relation, the producer or the provider who owns the product was the party holding economic power. However, a new distribution model has been showed up for the last 10-15 years, namely “modern distribution”, “grand distribution” or “fast moving consumer goods” (FMCG).

In this new model, the role of foundation has been played by the distributors or a distribution group who offers the products for sale in their shops of different concepts and types.

Different from classic distribution, in grand distribution the distributors buys different sorts of consumer products (such as food, clothing, cleaning ie.) from the providers under the most favorable conditions they can, and provide to the consumers the best price and best service quality (publicity and promotion, inside or outside sample product distribution, tasting possibilities, comfortable and wide shopping space, expansive distribution channel, parking, transfer services).

The grand distributors, based on their buyer power, continue to benefit from advantageous commercial terms from their producers or providers. They aim to benefit from more and more advantageous terms by increasing their buyer power by way of “buying centers” or mergers and acquisitions between distributors in the relevant market.

This development increase the market powers of the grand distributors against their competitors, the classic retailers and in the same time increases their buyer power against their producers or providers, in a spiral effect. This situation of inequality becomes higher and higher.

Between two parts of the distribution relation, there is an inequality and an economical dependency which increases every day. This inequality is responded by new theories developed in the German and French laws. In British law also, we remark the creation of some rules on the relation between grand distributors and their producers or providers.

In this new type of distribution, instead of the producer or provider, the distributor or distributor groups hold economic power and impose to the producers or providers their commercial terms and conditions. This new model continues its expansion in food retailing market, due to the rise of urbanization and change in consumer habits.

The rise of FMCG market causes anti-competitive effects for the traditional retailers and also for the producer and providers. These problems have been tried to be resolved in French and German competition law with “relatively powerful undertaking” “abuse of buyer power” and “prohibition of loss selling” theories.

The grand distributors, by their buyer power, impose some discounts or payments from the providers or producers. These payments may be called as placement payment, good placement payment, gondola payment, bank commission part, new place opening payment etc. The producers or providers are obliged to accept all demands of the grand distributors. Day by day, in FMCG market, these unlawful demands become more common.

This development requires a new regulation in the Turkish competition law such as in British, French or in German law. The legislation works starts by the beginning of 2000s. The Ministry of Industry and Commerce has prepared some law projects. Actually, three projects are presented to the National Assembly.

The last draft code prepared by the Ministry contains useful rules, such as limitation of corporation of grand distributors and restriction of their anti-competitive practices. However, the draft code also dismisses some important problems of the FMCG markets.

In our opinion, the solution of the problems generating from the buyer power in the FMCG market is the adoption of a systematized and detailed code such as in Britain. This code shall contain rules on four points: System of approval in creation of grand distributors (1), control and limitation of the demands of grand distributors from the producers or providers (2), restriction of the provision and payment terms of the grand distributors (3) and regulation on discounts (4).

Our proposal is based on a combination of US, British and French regulations on this subject. We are in the opinion that this approach may help our thesis become more complete and useful with a point of view passing through continents and different law systems.

In the first part our project, we examined classic distribution model, from the article 4 of the Competition Code on prohibition of anti-competitive agreements, and the article 5 of the same code regarding the individual exemption and block exemption.

In the second part our Project, we will deal with the Grand distribution and the problems of it, resulting from the high buyer power and market power of the grand distributors. In this context, we will also examine the draft code and try to propose our solution proposals in relation with the problems caused by the grand distribution.

The second part of our Project will only deal with FMCG market. We will mean, FMCG market, each time we refer to market, retail market in our Project.

ÖZET

Dağıtım, üretimi takip eden ve ürünlerin ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını sağlayan bir ticari faaliyettir. Üretici teşebbüsler, ürünlerinin dağıtımını için iki farklı modelden birini kullanırlar. Bu modellerden biri, seyyar tüccar memurlar ve ticari mümessiller gibi bağlı yardımcılarından oluşan bir dağıtım iken, diğeri bağımsız dağıtıcılardan oluşan münhasır, seçici veya basit bir dağıtım ağıdır.

Teşebbüsler bu iki dağıtım modeli arasında seçim yaparken, dağıtım konusu ürünün nitelikleri ve ilgili pazarda bu ürüne ilişkin yaygın uygulamaları dikkate alırlar. Her ne kadar iki dağıtım modelinde de gerçekleştirilen ticari faaliyetin sonuçları birbirine benzemekte ise de, bu modeller, içerdikleri yükümlülüklerle, özellikle yeniden satış fiyatı veya satım şartları veya diğeri bazı ticari şartların tespitine, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler bakımından farklılıklar taşımaktadır.

Üretici veya sağlayıcının ilk dağıtım modelini benimseyerek dağıtım faaliyetlerine doğrudan katılması ve nihai tüketici ile doğrudan bir satış ilişkisi kurması halinde, üretici veya sağlayıcı ile nihai tüketici arasında bir dağıtım ilişkisi kurulmaz. Nitekim bu durumda sağlayıcı ile nihai tüketici arasında kurulan ilişki, satım sözleşmesidir.

Buna karşın, üretici veya sağlayıcının ikinci dağıtım modelini seçerek, ürünlerinin dağıtımını bizzat yapmamaları, toptancı veya perakendeciler vasıtasıyla yaptırılmaları halinde ise, bir dağıtım ilişkisinden bahsedilir. Burada söz konusu olan dağıtım ilişkisi, üretici veya sağlayıcı ile toptancı veya perakendeci arasında kurulan ilişkidir. Üretici veya sağlayıcının, nihai tüketici ile doğrudan bir ilişkisi bulunmaz. Perakendeci ile nihai tüketici arasındaki ilişki ise satım ilişkisi olacaktır.

Bu ikinci tip dağıtımda, sağlayıcı ile dağıtıcılar ve değişik aşamalardaki dağıtıcılar kendi aralarında dağıtım anlaşmaları imzalarlar. Bu zincirleme dağıtım ilişkilerinin birleşimi olarak, dağıtım sistemleri ve dağıtım kanalları oluşur.

İşte biz bu çalışmamızda, dağıtım sistemleri ve dağıtım kanallarından oluşan, bağımsız dağıtıcılar tarafından gerçekleştirilen ikinci tip dağıtımını ele alı inceleyeceğiz. Bu itibarla, çalışmamızda geçen “dağıtım”, “dağıtım ilişkisi”, “dağıtım anlaşması” terimleri, bu ikinci tip dağıtım ilişkisini ifade edecektir.

Günümüzde dağıtım, ürün ve hizmetlerin tüketiciler ile buluşturulması yanında, tüketicilerin ürünler ile doğrudan temas kurmaları, satış noktalarında ürünleri görmeleri, bazen denemelerini dahi içeren, özü bakımından dağıtım faaliyetlerine dâhil olmayan, tanıtım ve reklâm gibi pazarlama faaliyetlerini de kapsayabilmektedir. İşte tüm bu yeni fonksiyonları ile dağıtım, artık mal veya hizmetlerin pazarlanması sürecinin en etkili ve önemli aşaması haline gelmiştir.

Bir ürün pazarının farklı kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında alım-satım veya yeniden satımı düzenleyen her anlaşma gibi, dağıtım anlaşmaları da, ilgili pazarın arz, talep, fiyat vb. parametrelerini, yapısını, gelişimini, bu pazara giriş veya çıkışları az veya çok etkilemekte, ürün ile pazar özelliklerinden etkilenmektedir.

Bu anlaşmalar, ürün dağıtım ve pazarlamasında rasyonalizasyon sağlayıcı, markalar arası rekabeti artırıcı ve ilgili pazarda etkinlik yaratıcı olumlu etkileri yanında, marka içi rekabeti kısıtlayıcı, pazar paylaşıcı, pazara girişleri güçleştirici olumsuz etkiler de doğurabilmektedir. İşte, bu iki yönlü etkilerinin dengelenmesi ihtiyacı, rekabet hukukunda dikey anlaşmalar ve özellikle dağıtım anlaşmalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ile karşılanmaktadır.

Rekabet hukukumuzda, RKHK'un rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin 4. maddesi yanında, dikey anlaşmalara ilişkin olarak hazırlanan pek çok tebliğ ve kılavuz da, hep bu ihtiyacın karşılamak amacına yönelmiştir. Tüm bu düzenlemeler, dağıtım sözleşmelerinde ekonomik gücü elinde tutan sağlayıcı (veya üreticinin), kendi ticari şartlarını dağıtıcılarına dayattığı düşüncesinden hareket etmektedir.

Dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri, rekabet teorisinde yaklaşık son 30 yıldır tartışılan bir konudur. Bu anlaşmalar, ürünlerin dağıtım ve pazarlamasında rasyonalizasyon, markalar arası rekabette artış, bedavacılığın önlenmesi gibi olumlu etkiler yarattıkları gibi, genellikle ihtiva ettikleri toprak ve müşteri koruma gibi hükümler nedeniyle, marka içi rekabeti kısıtlayıcı, pazar paylaşımı yaratıcı, pazara girişleri güçleştirici rekabete aykırı etkiler de doğurmaktadır.

Dağıtım anlaşmaları, rekabet üzerindeki çift yönlü etkileri nedeniyle, rekabet hukukları tarafından ayrıntılı düzenlenmeler konu edilen ve rekabet otoriteleri tarafından dikkatle izlenen anlaşmalardır.

Dağıtım anlaşmalarına da uygulanan bireysel muafiyet ve özellikle grup muafiyeti düzenlemeleri, anlaşmaların rekabet üzerindeki çift yönlü etkisinin analizine dayanmaktadır. Anlaşma, şartlarını taşıyor, diğer bir ifadeyle, olumlu etkileri olumsuz etkilerine nazaran ağır basıyor ise, muafiyetten faydalanmaktadır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, dağıtım ağı, genel tanımı itibariyle, üretici veya sağlayıcı teşebbüs tarafından kurulmakta ve kurucu teşebbüsün öncelik ve talepleri uyarınca sistemleştirilmektedir. Klasik dağıtım ilişkisinde ekonomik bakımdan güçlü olan taraf, ürünü elinde tutan üretici veya sağlayıcıdır. Oysaki son 10–15 yıldır ortaya çıkan ve “modern dağıtım” veya “büyük dağıtım” veya “organize perakendecilik” olarak adlandırılan yeni bir model dağıtım bulunmaktadır.

Bu yeni modelde, kurucu rolünü dağıtıcılar veya dağıtım grupları üstlenmekte, üretici veya sağlayıcılardan tedarik ettikleri ürünleri değişik konsept ve büyüklükteki mağazalarında satışa sunmaktadır. Klâsik dağıtımdan farklı olarak, organize perakendecilikte dağıtıcılar, çok çeşitli tüketim ürünlerini (gıda, giyim, temizlik malzemeleri vs.) sağlayıcılardan kendileri için en uygun ticari koşullarla tedarik etmekte ve tüketicilere en düşük fiyat ve en yüksek hizmet kalitesi (reklâm ve tanıtım, mağaza içi veya mağaza önu eşantiyon dağıtım, tadım hizmetleri, geniş alışveriş alanları, yaygın dağıtım ağı, otopark, müşteri servisi vb.) ile ulaştırmaktadır.

Organize perakendeci grupların alım gücü, daha avantajlı alım koşullarına ulaşmak için kurdukları alım merkezleri ve ilgili pazarda gerçekleştirdikleri birleşme veya devralma işlemleri ile, katlanarak artmaktadır. Bu durum, perakendecilerin gerekse rakipleri geleneksel perakendeciler karşısındaki pazar güçlerini artırdığı için, pazar güçleri ile spiral bir etkileşim içinde bulunan alım güçleri katlanarak artmaya devam etmektedir. Böylece, iki taraf arasındaki güç dengesizliği sağlayıcı aleyhine ilerlemeye devam etmektedir.

Dağıtım ilişkisinin iki tarafı arasında sürekli artan güç dengesizliği ve ekonomik bağımlılık, özellikle Alman ve Fransız hukuklarında tartışılmış, doktrin ve içtihatlar yoluyla geliştirilen teoriler çerçevesinde özel kurallara bağlanmıştır. Aynı şekilde, İngiliz rekabet hukukunda da, organize perakendeci grupların sağlayıcıları ile ilişkilerini düzenleyen kurallar hazırlanmıştır.

Bu yeni tip dağıtımda sağlayıcı değil, dağıtıcı veya dağıtım grupları ekonomik gücü ellerinde bulundurmakta üretici veya sağlayıcılara kendi ticari koşullarını kabul ettirmektedirler. Anılan dağıtım modeli, Ülkemizde şehirleşmenin ve tüketim alışkanlıklarının değişimine bağlı olarak, gıda perakendeciliği pazarında yaygınlaşmaktadır.

Organize perakendenin güçlenmesi, geleneksel perakendeciler yanında, üretici veya sağlayıcılar için de rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara neden olmaktadır. Bu sorunlar, Fransız ve Alman rekabet hukuklarında “görelî güçlü teşebbüs”, “alım gücünün kötüye kullanılması”, “zararına satış yasağı” gibi teoriler ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

Perakendeci gruplar, alım güçlerine dayanarak sağlayıcılarına karşı, indirimler, primler, çeşitli isimler altındaki ödemeler (raf bedeli, iyi yer bedeli, gondola bedeli,

yardım bedeli, yeni açılış ücreti, mağaza açılış ücreti, banka komisyonu katılım ücreti vs.) talep etmektedir. Sağlayıcılar ise, perakendeci grupların bu haksız taleplerini, ticari ilişkilerin kesileceği, mal tedarikinin durdurulacağı tehdidi karşısında, kabul etmek zorunda kalmaktadır.

HTM perakendeciliği pazarını geneline yayılan bu uygulamalar, sağlayıcıların organize perakendecilere olan ekonomik bağımlılığının artması ile daha da şiddetlenmektedir.

Tüm bu gelişmeler, Türk rekabet hukukunda da, Alman, Fransız ve İngiliz hukuklarında gibi, özel bir düzenleme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Ülkemizde, organize perakende sektörüne ilişkin düzenleme çalışmaları 2000’li yılların başında başlamış ve ilk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın “Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı” ile somutlaşmıştır. Kanunlaşamayan bu taslaktan sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından farklı isimlerde ve çok sayıda mevzuat çalışması yapılmıştır. Bakanlık tarafından hazırlanan son düzenleme olan “Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarısı Taslağı” (“Taslak Kanun”) Ocak 2010’da Başbakanlığa iletilmiş olup, önümüzde ay içerisinde Başbakanlık tarafından TBMM’ye sunulması beklenmektedir

Taslak Kanun, organize perakendeci grupların yukarıda değindiğimiz pek çok haksız uygulamasını yasaklayan veya sınırlandıran hükümleri itibariyle, gerekli ve isabetli bir çalışmadır.

Taslak Kanun’da, büyük ve zincir mağazaların kuruluşlarının izne bağlanması, sağlayıcılardan istenebilecek ücretlere yasak ve sınır öngörülmesi, perakendeci gruplarının satın alma ve ödemelerine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler yerindedir. Bununla beraber, çalışma, HTM perakende pazarındaki önemli bazı sorunlara ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemesi bakımından yetersizdir.

Türk HTM perakendeciliği pazarında perakendeci grupların alım ve pazar güçlerinden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin olarak bizim önerimiz, İngiliz rekabet hukukundaki Perakendeciler Tedarik Kodu benzeri kapsamlı bir düzenlemenin yapılmasıdır.

Bu düzenleme asıl olarak dört konuya ilişkin kurallar içermelidir. Bunlar: perakende gruplarının kurulmalarının izin usulüne bağlanması (1), perakendeci grupları tarafından sağlayıcılardan talep edilen hizmet bedellerinin düzenlenmesi (2), satın alma ve ödeme şartlarının sıkılaştırılması (3), indirimli satışların kısıtlanması ile zararına satışların yasaklanmasıdır (4).

Çalışmamızda, Avrupa Topluluğu, Fransa, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, çeşitli hukuk sistemlerinden ve bunlarla ilgili literatürden faydalanılmıştır.

Rekabet doktrinlerinin ve çalışmamıza konu dağıtım anlaşmalarının ülke, hatta kıta sınırlarını aşan nitelikleri de, bu çalışmamızın mukayeseli hukuka yönelik açıklamalar içermesini gerekli kılmıştır. Nitekim Türk rekabet hukukunun mehzasını Topluluk rekabet hukuku kaynaklarının (mevzuat, uygulama ve doktrin açılarından) oluşturması da, bahsettiğimiz mukayeseli yaklaşmamızı pekiştirmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, günümüzde dağıtım anlaşmaları, üretici veya sağlayıcının dağıtıcılarını münhasır, seçici veya alelade bir dağıtım sistemi içerisinde birleştirdiği klasik dağıtım sözleşmeleri ile dağıtıcının bizzat veya kurmuş olduğu satın alma sistemi aracılığı ile sağlayıcılar arasındaki ilişkileri içeren yeni tip dağıtım sistemi olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir.

Bu çalışmamızın birinci bölümünde, klâsik dağıtım anlaşmalarını tarihi gelişimleri ve rekabet kuralları karşısındaki durumları açısından inceleyeceğiz. Bu incelememizi RKHK'un 4. maddesinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin yasağı ile 5. maddesindeki bireysel muafiyet koşulları ve dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet tebliği, uygulanma şart ve hükümleri ile sınırlı tutacağız. Çalışmamızda yürürlükten kaldırılan dikey muafiyet tebliğlerine yer verilmeyecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde organize perakende sektörü dağıtım sözleşmeleri analiz edilecek olup, bu bölümde, Türk rekabet hukuku düzenlemelerinin, bu yeni tip dağıtım sözleşmelerine uygulanması ile beraber, çeşitli yabancı hukuk sistemlerinde organize perakende dağıtım için öngörülen özel rekabet kurallarını inceleyeceğiz.

Bu kapsamda, öncelikle "alım gücü" doktrininin doğduğu Alman rekabet hukuku ile bu doktrini temel alarak önemli hukuk kaynakları yaratan Fransız ve İngiliz mevzuat ve uygulamaları tarihi gelişimleri içinde incelenecektir.

Çalışmamızda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve sektör ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri doğrultusunda 2003 yılından bu yana yenilenen, ancak henüz kanunlaşmamış olan Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarısı Taslağı'na da yer verilecektir.

Çalışmamızın bu bölümü, organize perakende dağıtım sözleşmelerine Türk rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebilmesi için gerekli düzenlemelere ilişkin önerilerimiz ile tamamlanacaktır.

Bu ikinci bölüme ilişkin açıklamalarımız yalnızca HTM perakendeciliği ilişkin olup, çalışmamızda diğer organize perakende (mobilya, inşaat vd.) kanalları ve özellikleri işlenmeyecektir.

GİRİŞ

i. Dağıtımın Önemi

Dağıtım, üretimi takip eden ve ürünlerin ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını sağlayan bir ticari faaliyettir. Üretici teşebbüsler, ürünlerinin dağıtımını için iki farklı modelden birini kullanırlar. Bu modellerden biri, seyyar tüccar memurlar ve ticari mümessiller gibi bağlı yardımcılarından oluşan bir dağıtım iken, diğeri bağımsız dağıtıcılardan oluşan münhasır, seçici veya basit bir dağıtım ağıdır¹. Teşebbüsler, bu iki dağıtım modeli arasında seçim yaparken, dağıtım konusu ürünün nitelikleri ve ilgili pazarda bu ürüne ilişkin yaygın uygulamaları dikkate alırlar². Her ne kadar iki

¹ Bkz. Richard Whish, **Competition Law**, Oxford 2009, s. 605. Hukuk sistemimizde tacir yardımcıları üç gruba ayrılmaktadır. Bunlardan bağlı tacir yardımcıları, ticari mümessil (BK m.449–452), ticari vekil (BK m.453) ve seyyar tüccar memur (BK m.454) iken, özel durumda olan tacir yardımcıları acenta (TTK m.116–134) ve tek yetkili satıcı, bağımsız tacir yardımcıları ise komisyoncu (BK m.416–430), taşıma işleri komisyoncusu (TTK m.808–815), gümrük komisyoncusu (Gümrük Kanunu m.133–142), tellâl (BK m.404–409) ve ticaret işleri tellâlidir (TTK m.100, 115). Tacir yardımcılarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 9. Bası, İstanbul 2007; Fahiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1997; N. Füsün, Nomer/Aslan Kaya/Hüseyin Ülgen/Abuzer Kendigelen/Ömer Teoman/Mehmet Helvacı, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2008.

² Üretici veya sağlayıcının dağıtım modelini belirlerken dikkate alacağı unsurlar doktrinde Gilliéron tarafından şöyle sıralanmaktadır:

- Ürünün özellikleri: Endüstriyel, hizmet veya HTM perakendeciliği,
- Teşebbüsün niteliği: İktisadi, ticari, teknik ve insan kaynakları,
- Tüketici tipi: İktisadi çevresi, teknik bilgileri, bekledikleri hizmetler,
- Mevcut dağıtım aracının nitelikleri,
- Politik, hukuki, teknik sosyal veya kültürel diğer çevresel değişkenler,
- Teşebbüsün fiyatlama, koşullama, indirim, iletişim ve hizmet politikaları da yer almaktadır.

dağıtım modelinde de gerçekleştirilen ticari faaliyetin sonuçları birbirine benzemekte ise de, bu modeller içerdikleri yükümlülükler, özellikle yeniden satış fiyatı veya satım şartları veya diğer bazı ticari şartların tespiti, sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından farklılıklar içermektedir.

Sağlayıcının ilk dağıtım modelini benimseyerek dağıtım faaliyetlerine doğrudan katılması ve nihai tüketici ile doğrudan bir satış ilişkisi kurması halinde, sağlayıcı ile nihai tüketici arasında gerçek bir dağıtım ilişkisi bulunmaz. Bu durumda sağlayıcı ile nihai tüketici arasındaki ilişki satım sözleşmesi olarak adlandırılır³. Buna karşın, üretici veya sağlayıcının ikinci dağıtım modelini seçerek, ürünlerinin dağıtımını bizzat yapmamaları, toptancı veya perakendeciler vasıtasıyla yaptırması halinde bir dağıtım ilişkisinden bahsedilecektir. Burada söz konusu olan dağıtım ilişkisi, üretici veya sağlayıcı ile toptancı veya perakendeci arasında kurulan bir ilişkidir. Üretici veya sağlayıcının nihai tüketici ile doğrudan bir ilişkisi bulunmaz. Perakendeci ile nihai tüketici arasındaki ilişki ise satım ilişkisidir. Bu durumda sağlayıcı ile dağıtıcılar ve değişik aşamalarda dağıtıcıların aralarında dağıtım anlaşmaları imzalanmakta ve bu zincirleme dağıtım ilişkilerinin birleşimi olan dağıtım sistemleri ve dağıtım kanalları karşımıza çıkmaktadır⁴.

İşte bizim bu çalışmamızda inceleyeceğimiz dağıtım ilişkisi, dağıtım sistemleri ve dağıtım kanallarını içeren, bağımsız dağıtıcılar tarafından gerçekleştirilen ikinci tip dağıtımdır. Bu itibarla çalışmamızın bundan sonrasında “dağıtım”, “dağıtım

Bkz. Hubert Orso Gilliéron, **Les Contrats Verticaux en Droit Communautaire et Suisse de la Concurrence**, Friburg 2004, s. 9.

³ Bu tür bir anlaşma, anlaşmanın tarafları olan üretici ve tüketicinin, üretim veya dağıtım zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteriyor olmaları şartıyla dikey anlaşma kabul edilmesine rağmen, yeniden dağıtım söz konusu olmadığından dağıtım anlaşması olarak nitelendirilemeyecektir. Bkz. Alper Karakurt, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi no:11, Ankara 2004, s. 8 (Anılış: Karakurt, **Münhasır Dikey Anlaşmalar**).

⁴ Burada dağıtım terimi, sadece üretilen malların yeniden satım amaçlı satımı anlamında kullanılmaktadır.

ilişkisi”, “dağıtım anlaşması” terimleri, bu ikinci tip dağıtım ilişkisini ifade etmek üzere kullanılacaktır⁵.

Günümüzde dağıtım, ürün ve hizmetlerin tüketiciler ile buluşturulması yanında, tüketicilerin ürünler ile doğrudan temas kurmaları, satış noktalarında ürünleri görmeleri, bazen denemelerini dahi içeren, özü bakımından dağıtım faaliyetlerine dâhil olmayan, tanıtım ve reklâm gibi pazarlama faaliyetlerini de kapsayabilmektedir⁶. İşte tüm bu yeni fonksiyonları ile beraber dağıtım, artık mal veya hizmetlerin pazarlanması sürecinin en etkili ve önemli aşaması haline gelmiştir⁷.

Dağıtım faaliyetinin önemi, Komisyon’un Avrupa’daki Rekabet Politikası, Üretim ve Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanacak Rekabet Kuralları adlı çalışmasında

⁵ Üreticilerin farklı dağıtım biçimi seçimlerine ve dikey bütünlüğe ilişkin açıklamalar için bkz. Simon Bishop/Mike Walker: **The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement**, Sweet & Maxwell, Londra 2006 ve Türk hukukunda Ali Fuat Koç, **AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 68, Ankara 2005 s. 6.

⁶ Tanıtım faaliyetleri, tüketicilerin mal ile doğrudan temasını sağlayan ve bu teması artıran, eşantıyon dağıtımı, malın satış noktalarında kurulan standlarda tüketicilere denetlenmesi faaliyetlerini içermekte ise de, malın tüketici ile doğrudan ve en önemli teması, dağıtım aşaması neticesinde malın nihai tüketiciye satılması ile gerçekleşir. Keza tanıtım ve reklam faaliyetlerinin asıl amacı da budur.

Doktrinde Gilliéron’a göre, üretici veya sağlayıcının tüketicilerin beklentilerine cevap verebilmeleri için aşağıdaki dört unsur tamam olmalıdır:

- Ürün: İyi satılabilmesi, diğer bir ifadeyle tüketicilerin gereksinimlerine uyabilmesi için iyi bir ürün olmalıdır.
- Fiyat: Ürünün fiyatı gerek somut gerekse psikolojik olarak ana limitler çerçevesinde ve tüketicinin ödemeye razı olduğu fiyata eşit belirlenmelidir.
- Dağıtım: Burada söz konusu olan malların taraflarca üzerinde uzlaşılan yer ve zamanda tüketicilere iletilmesidir.
- Promosyon ve İletişim: Ürüne olumlu bir imaj çizilmesi ve böylece ürünün tanınması ve talep edilebilir olmasını öngörmektedir.

Bkz. Gilliéron, **Les Contrats Verticaux**, s. 6-7.

⁷ Dağıtım faaliyetinin önemi Komisyon’un Yeşil Kitabında, tüm ürünler ve pek çok hizmetin üreticiden tüketiciye ticaret ve/veya dağıtım vasıtasıyla geçtiği, dağıtımın yalnızca bir sektör olarak değil, aynı zamanda ekonomi içinde yer alan bir usul veya fonksiyon olarak da kabul edilmesi gerektiği şeklinde belirtilmiştir.

Dağıtım genellikle kendi içinde bir değer artışı sağlama fonksiyonuna sahiptir. Bkz. Avrupa Rekabet Politikasında Dikey Kısıtlamalara İlişkin Yeşil Kitap, (Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy), Yeşil Kitabın tam metni için bkz.

http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf, s. 4, p. 15.

yer alan Avrupa Komisyonu üyesi Sayın Mario Monti'nin önyazısında şöyle ifade edilmektedir⁸:

“Dağıtım, Avrupa ekonomisi için sadece boyutları ve iş sağladığı insan sayısı nedeniyle değil, diğer sektörler için taşıdığı önem (neredeyse tüm ürünler son tüketicilerine ulaşmak için bir dağıtım kanalından geçmektedir) nedeniyle de hayati bir değere sahiptir. İşte bu nedenle, Avrupa'nın refahı için dağıtım pazarının açılması ve rekabetçi bir yapıya kavuşması asıldır.”

Dağıtım, üretim ile tüketim, diğer bir ifadeyle arz ile talep arasındaki ilişki arasındaki önemli görevi nedeniyle, gerek milli rekabet otoriteleri gerekse Komisyon'un özgür rekabetin korunması, pazara serbest giriş, ticari faaliyetin serbestçe yürütülmesi ve fiyat serbestisini amaçlayan müdahalelerine konu edilmektedir⁹.

ii. Genel Olarak Dağıtım Anlaşmaları

Dağıtımın Konusu

Dağıtım anlaşmaları üretici veya sağlayıcı tarafından sağlanan bir, birkaç veya belli bir grup ürünü konu alırlar. Bu anlaşmalarda, dağıtım konusu ürünün miktarı ve fiyatı tespit edilebileceği gibi, en az dağıtım miktarı hükmü (clause de minima) veya toplam üretim veya dağıtımın belirli bir yüzdesinin belirli bir ürün veya ürün grubuna ait olması hükmü (hedef tespiti) de öngörülebilir. Nitekim bu anlaşmalarda, ürün veya ürünler karşılığında ödenecek bedel belirlenmiş olabileceği gibi, üretici veya sağlayıcının teslim tarihindeki tarifesine veya başka bir tespit metoduna atıfla yetinilmiş de olabilir.

⁸ Avrupa Komisyonu'nun Rekabet Politikası ile görevli üyesi Bay Mario Monti'nin Ön Yazısı, Komisyon'un Avrupa'daki Rekabet Politikası, Üretim ve Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanacak Rekabet Kuralları adlı çalışması, s. 2.

⁹ Bkz. Didier Ferrier, **Droit de la Distribution**, Paris 2002, s. 29.

Çerçeve Anlaşma

Dağıtım anlaşmaları, sağlayıcı veya bir üst dağıtıcı ile bir alt pazarda faaliyet gösteren dağıtıcısı arasındaki hukuki ilişkiyi ana hatları ile düzenler. Bu ilişkinin ayrıntıları, taraflarca yapılacak her bir münferit satım ilişkisine bırakılır. Dağıtım anlaşmaları, bu nitelikleri itibariyle çerçeve anlaşmalar arasında sınıflandırılmaktadır¹⁰. Nitekim teşebbüsler, aralarındaki ticari ilişkilerin uzun bir dönem devam etmesini öngörüyorlarsa, bu ilişkinin ana hatlarını çizen ve ilişkinin devam kurallarını içeren bir çerçeve anlaşma imzalarlar. Böylece, bir çerçeve anlaşmaya dayanan her bir münferit satım ilişkisi, söz konusu anlaşmada belirlenen sipariş usulüne ve teslim şartlarına uygun olarak gerçekleştirilir¹¹.

Çerçeve anlaşmalar, katılım sözleşmeleri veya bağımlılık sözleşmeleri olarak da karşımıza çıkarlar. Özellikle tarım endüstrisine veya endüstriyel mallara ilişkin kullanımları yaygındır¹². Çerçeve anlaşmalara, bilgi-işlem, reklâm, sigorta veya bankacılık sektöründe de sıklıkla başvurulmaktadır.

Çerçeve anlaşmaların dağıtım faaliyetlerinde kullanılmaya başlaması, ticari alım-satım ilişkilerindeki uzun süreli fiyat tespiti gücüne dayanır. Nitekim dağıtım ilişkilerinin bu özelliği, çerçeve anlaşmaların doğumuna imkân vermiştir. Örneğin, Avrupa da, özellikle Fransız hukukunda çerçeve anlaşmalar (*contrats cadre* veya *convention cadre*), bira dağıtım veya pompacı tedarik ilişkilerinde doğmuştur.

¹⁰ Çerçeve anlaşma kavramı hakkında bkz. Nami Barlas, **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri**, Makalelerim C. I, İstanbul 2008 (Anılış: Barlas, **Çerçeve Sözleşme**). Ayrıca J. Ghestin, **La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent**, JCP éd. E 1997. Ek No. 3/4, s. 7. Doktrinde Gatsi, çerçeve anlaşmaların kendi kategorilerinde tam bir birlik gösterdikleri, bu birliğin iki unsur vasıtasıyla görülebildiğini belirtmektedir. Bu unsurlar, iki taraflı irade uyuşması (nécessité d'un double consentement) ve sözleşmenin kategorik sebebidir (affectio modulus). Çerçeve anlaşmalardaki affectio modulus, sözleşmenlerin gelecekteki ilişkilerini düzenlemek amacıyla tek bir hamur (moule) yaratmak konusundaki başlangıçtaki iradeleridir. Bkz. Jean, Gatsi, **Les Contrats Spéciaux**, Paris 1998, s. 78.

¹¹ Bkz. Gatsi, **Les Contrats Spéciaux**, s. 77-85.

¹² Çerçeve anlaşmalar için manto sözleşme (Mantelvertrag) ismi de kullanılmaktadır. Bkz. Barlas, **Çerçeve Sözleşme**, s. 90, dn. 1'deki yazarlar.

Bu ilişkilerde sıklıkla yer verilen sürekli sağlama yükümlülükleri ve buna bağlı ceza hükümleri, tarafları, fiyat ve diğer değişken unsurlardan bir veya bir kısmının daha sonra belirlenmesine imkân verecek çerçeve ilişkiler kurmaya mecbur bırakmıştır.

Süreklilik

Günümüzde pek çok dağıtım anlaşmasında dağıtıcı, anlaşmaya konu ürünlerin dağıtımını ile beraber, satışlarının ve sürümlerinin artırılmasına ilişkin tanıtım ve reklâm faaliyetlerini de yerine getirmektedir¹³. Dağıtıcı, anlaşmaya konu ürünlerin satış ve sürümlerinin artırılması için anlaşma süresince belli bir yatırım da yapmaktadır. Dolayısıyla, dağıtıcının hem yatırımlarının tamamlaması hem de bu yatırımlarının ticari sonuçlarını alması için, anlaşmaya konu ürünlerin niteliği ve yatırım tutarına uygun olarak belirlenecek bir süreye ihtiyacı vardır. Dağıtım anlaşmalarının bu özelliği doktrinde süreklilik niteliği olarak adlandırılmaktadır¹⁴.

Bölge veya Müşteri Tahsisi

Bazı dağıtım anlaşmalarında, dağıtım sisteminde yer alan çeşitli seviyelerdeki dağıtıcılara belirli bir bölge veya müşteri grubunun tahsis edilmesine yönelik hükümlere yer verilmekte ve böylece dağıtıcıların ürünlerin dağıtımını yapabilecekleri bölge veya müşteri grupları tespit edilmektedir. Hemen belirtelim ki, tek satıcılık harici dağıtım anlaşmalarında bölge veya müşteri tahsisi anlaşmanın aslı unsurlarından değildir. Bir üretici veya sağlayıcının kuracağı dağıtım sistemi içerisindeki dağıtıcılara bölgesel koruma sağlamaması, bir dağıtıcının dağıtım yaptığı

¹³ Sağlayıcılar, müşterileri yeniden satıcılar ile genellikle düzenli bir tedarige dayanan ve pazarda daha etkin bir yayılma sağlayan uzun süreli ilişkiler kurmak isterler. Sağlayıcılar ile yeniden satıcılar arasındaki dağıtım anlaşmaları, sağlayıcıların dağıtıcıların faaliyetlerini kontrol etmesine imkân sağlar. Doktrinde Malaurie, Aynès, Ferrier, Béhar-Touchais ve Virassamy gibi yazarların bu sözleşmesel ilişkilerden bahsetmek için kullandığı “kontrol edilen dağıtım” (distribution contrôlée) terimi de buradan gelmektedir. Bkz. **Lamy Droit Economique**, Paris 2002, s. 1369, p. 4047. Bu yazarlar Ph. Malaurie/L. Aynès, **Droit Civil, Les Contrats Spéciaux**, Paris 1997; D. Ferrier, **Droit de la Distribution**, Paris 2000 ve M. Béhar-Touchais/G. Virassamy, **Les Contrats de Distribution: Traité des Contrats**, Paris 2001.

¹⁴ Bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2006, s. 239.

bölgeye diğer dağıtıcıların ve hatta sağlayıcının kendisinin dahi doğrudan dağıtım yapması mümkün olabilir.

Dağıtıcının Kendi Adına ve Hesabına Hareket Etmesi

Yukarıda açıkladığımız üzere, dağıtım sisteminde yer alan çeşitli seviyelerdeki dağıtıcılar, üretici veya sağlayıcıdan hukuki ve ekonomik bakımdan bağımsızdırlar. Dağıtıcılar, anlaşma ile kendilerine yüklenen faaliyetleri yerine getirirken, kendi ad ve hesaplarına hareket ederler. Örneğin, bir tek satıcılık sözleşmesinde tek yetkili satıcı, sözleşme konusu ürün veya ürünlerin tanıtımını yapmak, sürümünü artırmak, servis istasyonu açarak satış sonrası hizmetleri vermek gibi faaliyetleri, bu faaliyetlerin ticari risklerini de yüklenerek yürütür¹⁵. Çünkü dağıtıcı, anlaşma konusu ürün veya ürünleri, üretici veya sağlayıcıdan satın almakta ve daha sonra kendi ad ve hesabına yeniden satışa sunmaktadır¹⁶. Üretici veya sağlayıcının bağımsız dağıtım sistemi kurup, ürünlerinin dağıtımını bağımsız dağıtıcılar ile yürütülmesini sağlarken ki amacı da, dağıtım faaliyetinin risklerine katlanmamaktır. Üretici veya sağlayıcı, zaten üretim veya tedarik risklerine katlandığı için, tüm enerjisini üretime, üretimin iyileştirilmesi ve yeni ürünler geliştirilmesi veya tedariki için kullanmak istemektedir.

Satış Sonrası Hizmetler ve Stoklar

Dağıtım anlaşmalarında, anlaşma konusu ürünlerin niteliğine göre, çeşitli satış sonrası hizmetlerin verilmesi veya stoklara ilişkin hükümler öngörülebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu hükümler dağıtım anlaşmalarının zorunlu unsurlarından olmayıp, özellikle otomotiv sektörü dağıtım anlaşmaları bakımından önem taşırlar.

¹⁵ Ayrıca bkz. Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme**, s. 238.

¹⁶ Bu özellik, dağıtım anlaşmalarını acente ilişkisinden ayıran en önemli farktır.

iii. Dikey Anlaşma

Dikey anlaşmalar doktrinde, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren kişiler arasındaki anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Örneğin, üretici ve toptancı, üretici ve perakendeci arasındaki anlaşmalar dikey anlaşmalardır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, dikey anlaşmalar, hammadde temin anlaşmaları ile başlayan ve ürünlerin nihai tüketiciye ulaşmasına kadar ve bu amaçla teşebbüsler arasında yapılan her nevi yarı mamul temini, toptan veya perakende dağıtım anlaşmaları gibi anlaşmalardır¹⁸.

¹⁷ Gilliéron'a göre, dağıtım ve dikey anlaşma kavramlarının 9 fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar:

- Yerel Dönüşüm: Bu fonksiyon, X yerindeki bir ürünün Y yerine teklif edilmesine imkân verir.
- Zamansal Dönüşüm: Bu fonksiyon, ürünün mümkün olan en kısa süre içerisinde tüketiciye iletilmesine ilişkindir.
- Stoklama: Bu fonksiyon, tüketicinin istediği zaman ve istediği yerde uygun ürün bulundurmaya sağlar. Buradaki asıl amaç, stok kesintisinin - para veya gereksiz yere stokları harcanmadan - engellenmesidir.
- Koşul: Buradaki hedef, ürünlerin tüketicinin istediği sayı ve şekilde sunulmasıdır.
- Çeşitleme: Bu fonksiyon, aynı satış noktasında tüketicilerin ihtiyaçları için değişik segment ve çeşitlerde malların birleştirilmesidir.
- İktisadi Fonksiyon: Stoklamaya yakındır, burada amaç stokların üreticinin üretimi kadar hızlı rotasyonunun sağlanmasıdır.
- Ürünlerin Sunumu: Ürünlerin tamamının, satış noktasında tüketicilerin bilgilenebilmesi, tahrik edilmesi, karar vermeleri ve alımlarını kolaylaştıracak şekilde sunumlarıdır.
- Konseptleştirme ve Pazarlama: Dağıtıcı tarafından yerine getirilmektedir.
- Bilgilendirme: Satın almada satışlar ve tüketici davranışları konusunda bilgilendirme faaliyetidir. Gilliéron, **Les Contrats Verticaux**, s. 8.

Bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Ankara 2006, s. 87 vd. (Anılış: Topçuoğlu, **Acentelik**); Emel Badur, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi Serisi No: 6, s. 61; Aslan, İ. Yılmaz: **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 4.Baskı, Bursa 2008, s. 85 (Anılış: Aslan, **Rekabet Hukuku**); Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Ankara 2008, s. 114 vd.; Ergun Özsunay, **Kartel Hukuku**, İstanbul 1985 s. 56; Whish, s. 109 vd.

¹⁸ Dikey anlaşma kavramı, dağıtım anlaşmaları kavramından daha geniştir. Dağıtım anlaşmalarından bahsedilirken, yalnızca yeniden satım amaçlı mal ticareti kastedilmektedir. Dikey anlaşmalar ise, yeniden satım yanında, hammadde veya ara madde satın alımı gibi, yeniden satım amacı içermeyen alım ve satımı da kapsayan daha geniş anlaşmalardır. Benzer bir değerlendirme için, Bkz. Karakurt, **Münhasır Dikey Anlaşmalar**, s. 8. Nitekim doktrinde dikey anlaşmaların dağıtım anlaşmaları ve satın alma anlaşmaları olarak ikiye ayrıldığını benimseyen yazarlar da mevcuttur. Bkz. Koç, **Şeçici Dağıtım**, s. 3.

Nitekim dikey anlaşma kavramı İsviçre Rekabet Komisyonu'nun 18 Şubat 2002 tarihli "Dikey Anlaşmaların Değerlendirilmesine İlişkin Duyuru"sunda (Communication concernant l'appréciation des accords verticaux), "*pazarın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün ürün veya hizmet alım, satım veya yeniden satım şartlarına ilişkin*

Dağıtım anlaşmaları, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde bulunan ve bu nedenle birbirlerinin rakibi olmayan teşebbüsler arasındaki yapılmaları nedeniyle dikey anlaşmalardır. Örneğin, üreticiler ile perakendeciler arasındaki anlaşmalar tipik dikey anlaşmalardandır. Bir bileşik üreticisi ile ürün üreticisi arasında yapılan endüstriyel mal sağlama anlaşması da dikey anlaşmadır¹⁹. Bu anlaşmalar ekonomik sürecin birbirini takip eden zincirlerini oluşturmaktadır²⁰.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, dikey anlaşmalar ve özellikle dağıtım anlaşmaları, içerdikleri dikey kısıtlamalar nedeniyle rekabet karşıtı amaçlara hizmet edebildikleri gibi, bedavacılığın önlenmesi, satış sonrası hizmetlerin sağlanması, düzenli ürün tedarigi, dağıtım süresinin kısaltılması, daha uygun garanti şartlarının sunulması veya pazarlama maliyetlerinin düşürülmesi gibi, hem ilgili pazarda etkinliği artıran hem de tüketicilere fayda sağlayan etkiler de yaratabilmektedir²¹. İşte bu nedenledir ki,

*uyulması zorunlu olan veya olmayan (avec ou sans force obligatoire) anlaşmalar veya uyumlu eylemleri” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım İsviçre doktrininde dağıtım anlaşmalarından daha geniş bir alanı, hatta salt tedarik sözleşmelerini de kapsamına alacak ve sadece ürün değil, hizmet tedarigini de içerecek şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Lionel Aeschlimann/Andras Palasthy, **Contrats de distribution et droit de la concurrence (L’Cart)**, Etude Schellenberg-Wittmer, Bulletin d’Information n. 35- Mayıs 2002, s. 2, p. 7.*

¹⁹ Rekabet Kurumu’nun resmi internet sitesinde dikey anlaşmalara ilişkin olarak yer verilen açıklamalarda, üretim veya hizmet zincirinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüsler arasında, malların alım-satımı ya da yeniden satımı amacıyla akdedilen dikey anlaşmaların, tarafların birbirlerine getirdikleri bazı yükümlülükler nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı etki taşıyabildikleri belirtilmiştir. Bu yükümlülüklerden biri, dağıtım anlaşmalarında sağlayıcı konumundaki teşebbüs tarafından malların dağıtımını gerçekleştiren alıcıya yönelik olarak getirilen rakip mal satmama yükümlülüğüdür. Bu ve benzeri yükümlülükler, anlaşma taraflarına pazar gücü sağlama ve üçüncü teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma gibi olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir. Dikey anlaşmaların ilgili pazarda etkinlik doğurucu özellikleri de mevcuttur. Nitekim işte bu nedenle, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilen dağıtım anlaşmalarının bir kısmı m. 5 uyarınca bireysel veya grup muafiyetine konu olabilmektedir.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=57&ustId=53>

²⁰ Bkz. Güven, s. 114.

²¹ Dikey anlaşmalar genellikle anlaşma taraflarının pazar payını artırmayan ancak, pazar gücünü artırıp, potansiyel rakiplerin pazara girişlerini güçleştiren etkiler doğurabilmektedir. Bkz. Güven, s. 115 vd. Ayrıca bkz. Şahin Yavuz, **Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule of Reason”**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 7, Ankara 2003, s. 23 ve Roman Inderst, “Models of Vertical Market Relations”, http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/vertical_models_2009.pdf, 2009.

rekabet otoriteleri dikey anlaşmalar ve ilgili pazarlardaki etkilerine ilişkin düzenlemeler yaparken, bu anlaşmaların olumlu etkilerini göz ardı etmeyerek, sağladıkları etkinlik ve faydalar ile olumsuz etkileri arasında bir denge kurmaya çalışmaktadırlar.

iv. Dağıtım Anlaşmalarının Ekonomik Etkileri

Dağıtım anlaşmaları, bir taraftan ürünlerin dağıtım ve pazarlanmasında rasyonelleşme sağlarken, diğer taraftan da anlaşma tarafları veya üçüncü kişiler için olumsuz etkileri ile rekabet hukukuna konu olmaktadır²².

Dağıtım anlaşmalarının genellikle yatay sınırlamalar içeren anlaşmalardan daha az zararlı oldukları kabul edilir. Burada özellikle, marka içi rekabet ve markalar arası rekabet ayırımına dikkat edilmelidir. Şöyle ki, dikey kısıtlamalar genelde, marka içi rekabeti sınırlamakla birlikte, markalar arası rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratabilmektedir²³. Nitekim markalar arası rekabet güçlü olduğu sürece, marka içi rekabetin sınırlanması ilgili pazarda rekabeti önemli seviyede kısıtlamayacaktır²⁴. Bu nedenle, rekabet hukukunda dağıtım anlaşmalarına genellikle daha toleranslı yaklaşılmaktadır. Dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerinin tespiti, her bir anlaşmanın, kendi uygulanma şartları içerisinde ve tarafları da dikkate alınarak analiz edilmesini gerektirmektedir.

Komisyon'un Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuzunda, rekabeti sınırlayıcı etkiler içeren anlaşmalar sayılmıştır²⁵. Bunlar, tek marka grubu (single branding

²² Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 149–150.

²³ Bkz. L. Ritter/W.D. Braun/F. Rawlinson, **EC Competition Law-A Practitioner's Guide**, **Kluwer Law International**, Lahey-Londra-Boston 2000, s. 215.

²⁴ Bkz. A. Jones/B. Sufirin, **EC Competition Law Text, Cases and Materials**, New York 2001, s. 155

²⁵ Bkz. Komisyon'un 2000/C sayılı Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuzu, (Guidelines on Vertical Restraints, Commission Notice), ATRG, C 291/1, 13 Ekim 2000, s. 28-44, p. 137-229.

group), sınırlı dağıtım grubu (limited distribution group), yeniden satış fiyatı tespiti grubu (resale price maintenance group) ve pazar paylaşımı gruplarına (market partitioning group) giren anlaşmalardır.

v. Ekonomik Bağımlılık Anlaşması

Doktrinde Virassamy, dağıtım anlaşmalarını ekonomik bağımlılık anlaşmaları arasında tasnif etmektedir. Yazar, “Ekonomik Bağımlılık Anlaşmaları, Ekonomik Bağımlılık İçinde Yürütülen Ticari Faaliyetler Üzerine Deneme” isimli doktora tezinde, taraflarından birinin sözleşmesel hükümler vasıtasıyla diğer tarafı kendisine adeta tâbi hale getirdiği sözleşmeleri incelemiştir²⁶.

Yazara göre, ekonomik bağımlılık anlaşmaları, “sözleşenlerinden birinin yani, tâbi olanın varlık ve varlığının devamının, diğer sözleşen olan imtiyazlı iş ortağı (*partenaire privilegie*) ile arasındaki düzenli, imtiyazlı veya münhasır ilişkiye bağlı olduğu ticari faaliyetleri düzenleyen anlaşmalardır. Bu anlaşmalarda, tâbi olan ekonomik bağımlık ve hâkimiyet altına alınmaktadır²⁷. Virassamy, dağıtım anlaşmalarında aynı niteliğin bulunduğunu, sağlayıcı ile dağıtıcı arasında iki taraflı bir bağımlılık ilişkisinin kurulduğunu ileri sürmektedir.

Aynı yaklaşım, katılım sözleşmeleri için de kabul edilmektedir. Nitekim bu sözleşmeler “bir girişimcinin, teşebbüsünü veya faaliyetinin bir kısmını belirli bir süre için münhasıran diğer bir teşebbüsle ilişkide tuttuğu anlaşmalar”dır²⁸. Münhasırlık ilişkisi, sözleşen taraflardan birinin diğerine olan bağımlılığı şeklinde ortaya çıkmaktadır.

²⁶ Bkz. G. Virassamy, **Les contrats de dépendance économique, Essai sur les activités professionnelles dans une dépendance économique**, Paris 1986, s. 11.

²⁷ Laurence Amiel-Cosme, **Les Réseaux de Distribution**, Paris 1995, s. 4.

²⁸ Virassamy, s. 12.

Bizce Virassamy'nin dağıtım anlaşmalarını “ekonomik bağımlılık anlaşması” olarak niteleyen yaklaşımı yerindedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız üzere, klasik dağıtım ilişkilerinde dağıtıcı gerçekten de kendisine ürün sağlayacak olan üretici veya sağlayıcı ile bir ekonomik bağımlılık ilişkisi içindedir. Dağıtıcıdan ekonomik bakımdan daha güçlü olan üretici veya sağlayıcı, dağıtıcıyı diledikleri anlaşma şartlarına – tedarigi kesme tehdidi ile – zorlayabilmektedir. Bununla beraber, örneğin hızlı tüketim malları dağıtımında güçlü ve kurumsallaşmış olan dağıtıcının, üretici veya sağlayıcılar karşısında ekonomik bakımdan daha etkin olduğu şüphesizdir. Bu dağıtım modelinde, klasik dağıtımın tam aksi bir bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. Demek ki, her ne kadar ekonomik bağımlılığın yönü farklı ise de, Virassamy'nin nitelendirmesi farklı dağıtım ilişkileri bakımından da yerindedir.

vii. Organize Perakende Sektörü Dağıtım Anlaşmaları

Klâsik dağıtım sistemleri, sağlayıcının ürünlerini tüketicilerine ulaştırmak için kurduğu, aslî unsuru dağıtımı yapılacak ürün ve bu ürünün düzenli tedariginin sağlanması olan anlaşmalardan oluşmaktadır. Anılan sistemde sağlayıcı, dağıtıcılar karşısında ekonomik olarak daha güçlü bir durumda olup, sistemi kendi tercih ettiği yöneme ve kurallara göre kurmakta, dağıtıcılara yeniden satım fiyatı, satım şartları vs. kurallarını kabul ettirmektedir. Nitekim dikey anlaşmalara ilişkin rekabet hukuku kuralları, dağıtım anlaşmalarının tarafları arasındaki güç dengesizliğinin ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etkilerini ortadan kaldırmayı ve etkin rekabeti korumayı hedeflemektedir. Sağlayıcının dağıtıcılarına getirdiği dikey kısıtlamaların amaçları ve ilgili pazardaki etkileri (muhtemel etkileri) de bu çerçevede, olumlu ve olumsuz yönleri ile ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir.

Dağıtım anlaşmaları, bir ürünün dağıtım ve pazarlamasında rasyonalizasyon ve farklı markalardan ürünler arasında, yani markalar arası rekabette artış sağlamakta ise de, içerdikleri toprak ve müşteri koruma gibi hükümler nedeniyle aynı marka

içinde yani, marka içi rekabeti kısıtlayıcı, pazar bölünmesi, pazara girişlerin güçleştirilmesi veya engellenmesi gibi rekabete aykırı etkileri doğurabilmektedir. İşte dağıtım anlaşmalarının bu nitelikleri, onların, markalar arası rekabeti ve etkin dağıtımı güçlendirmek veya teşebbüslerin dikey entegrasyonlarını sağlamak için kullanılmalarına imkân vermektedir.

Dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri rekabet hukukları tarafından her yönüyle düzenlenmekte ve rekabet otoriteleri tarafından dikkatle izlenmektedir.

Ürün dağıtım faaliyetinin ön planda olduğu klâsik dağıtımdan farklı olarak, organize perakendeci dağıtıcılar, kurdukları yaygın dağıtım ağları vasıtasıyla çok çeşitli tüketim ürünlerini (gıda, giyim, temizlik malzemeleri vs.) sağlayıcılardan kendileri için en uygun ticari koşullarla sağlamakta ve tüketicilere en düşük fiyat ve en yüksek hizmet kalitesi (her türlü reklâm ve tanıtım, mağaza içi veya mağaza öne eşantyon dağıtımı, geniş alışveriş alanları, yaygın dağıtım ağı, otopark, müşteri servisi sağlanması vb.) ile ulaştırmaktadırlar²⁹. Avrupa doktrininde “büyük dağıtım” (grande distribution) olarak da adlandırılan bu modern dağıtım modeli, satış alanının genişlemesi ile ortaya çıkan büyük mağazalardan (grandes surfaces) faydalanmaktadır³⁰. Bu yeni tip dağıtımda sağlayıcı değil, dağıtıcı veya dağıtım veya satın alma grupları ekonomik gücü ellerinde bulundurmakta ve sağlayıcılara kendi ticari koşullarını kabul ettirmektedir. Öyle ki, organize perakende ile ilişkileri açısından sağlayıcı, artık dağıtım modelini, yeniden satış fiyatını, diğer satış şartlarını, dağıtıcılar arasındaki ilişkileri düzenleyen, dayatan rolünü terk etmiştir. Dağıtım ilişkisinin kurulması artık dağıtıcının inisiyatifinde gerçekleşmekte, bu ilişkinin şartları, ürünün fiyatı, uygulanacak indirimler, indirim zamanları vb.

²⁹ Bu yeni tip dağıtımın Avrupa’daki doğuşu ve gelişimi için bkz. Andrew Seth/Geoffrey Randall/**The Grocers: The Rise and the Rise of Supermarket Chains**, Londra 2001, s. 19 vd.; Thomas Reardon/Ashok Gulati, **The Rise of Supermarkets and Their Development Implications**, Londra 2008, s. 2–7.

³⁰ Marie-Elisabeth André, **Les Contrats de la Grande Distribution**, Paris 1991, s. 5, p 3. Yazar, büyük mağazaları satış alanlarının genişliğine göre şöyle sıralamaktadır: marketler (supérette) (120m²-400m²), süpermarketler (400m²-1500m²), hipermarketler (1500m²-7000m²).

hususların tamamı da dağıtıcı tarafından belirlenmektedir. Sağlayıcı, ürünlerinin dağıtımını sağlayabilmek için dağıtıcı tarafından kendisine dayattığı şartları kabul etmek zorundadır.

Görüldüğü üzere, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında, klâsik dağıtıma nazaran taraflar arasındaki güç dengesi tersine dönmüştür. Oysaki dikey anlaşmalara ve aynı şekilde dağıtım anlaşmalarına ilişkin rekabet hukuku kuralları, dağıtım anlaşmalarında sağlayıcı tarafından öngörülen ve genellikle dağıtıcının aleyhine olan hükümlerin değerlendirilmesi esası üzerine kurulmuştur.

Organize perakende dağıtım açısından tersine dönen güç ilişkisi, ne yazık ki rekabet hukuklarında rekabete aykırı anlaşmalar için öngörülen kuralları, organize dağıtım anlaşmalarına uygulanmaz kılmaktadır.

viii. Türk Rekabet Hukukunda Dağıtım Anlaşmaları

Türk rekabet hukukunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yer alan pazarlarda etkin bir rekabetin kurulması ve korunmasıdır³¹. Etkin rekabet, arz-talep ilkesi ile işleyen pazar ekonomilerinin kurucu ve işletici mekanizmasıdır.

Sağlayıcılar, talebe yani aracı müşteriler ve son tüketicilerin taleplerine cevap vermek üzere ürün ve hizmetlerini pazara sunarlar. Talep açısından bakıldığında ise, gerek aracı müşteriler, gerekse tüketiciler ihtiyaçları olan ürünler için en iyi kalite-fiyat ilişkisini ararlar. Nitekim sağlayıcılar arasındaki rekabet de, arzın talebe en iyi şekilde uydurulmasından başka bir çaba değildir.

³¹ Rekabet hukuku ve amaçlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ercüment Erdem, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, Prof Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002 (Anılış: Erdem, “Haksız Rekabet”), **Ömer Teoman’a Armağan**, İstanbul 2002, s. 377-399, Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, Güven, s. 26 vd., Wolfgang Kerber, “Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law”, **Economic Theory and Competition Law**, Cornwall 2009, s. 93–120.

Rekabet, piyasada iki yönlü bir etki yaratmaktadır; bir yandan tüketicilere gerek kalite gerekse fiyat açısından en iyi seçimi sağlarken, diğer yandan üretici ve sağlayıcıları ekonomik rekabet ve etkinliğe itmektir. İşte bu iki etki arasında dengenin sağlanması için, rekabet hukukları tarafından dağıtım anlaşmalarını düzenleyen kurallar öngörülmüş ve bu anlaşmaların pazar ve rekabet üzerindeki etkileri denetlenmeye çalışılmıştır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere dağıtım anlaşmalarında genellikle, dağıtıcıya satış ve sürüm artırma faaliyetlerinde bulunacağı bir bölge tahsis edilmekte ve bu bölge dışında aktif olarak faaliyet göstermesi yasaklanmaktadır. Bunun sonucunda, toplam dağıtım alanı, dağıtıcılara tahsis edilen bölgelerle paralel bölgelere ayrılmakta ve her bir bölge içerisinde bir dağıtıcıya inhisar hakkı verilmektedir. Ayrıca, diğer satıcıların başka bir dağıtıcının bölgesine aktif satış yapmaları da yasaklanarak, inhisar hakkı kuvvetlendirilmektedir.

Dağıtım anlaşmaları, tekelden dağıtım, coğrafi pazar ve müşteri paylaşma, yeniden satış fiyatlarının tespiti gibi dikey rekabet sınırlamaları içerebilirler. Dağıtım sistemlerinin, içerdikleri bu dikey kısıtlamalar nedeniyle pazara giriş engelleri yarattıkları ve pazar paylaşımına neden oldukları ve bunun sonucunda da ilgili pazardaki önemli bir pazar gücü sisteme dâhil dağıtıcıların elinde toplanmasına yol açtıkları görülmektedir.

Dağıtım anlaşmalarının ürünlerin dağıtımında iyileştirme, satış sonrası hizmetlerin yaygınlaşması, tüketicinin ürüne ulaşımının sağlanması gibi olumlu etkileri de bulunmaktadır. İşte bu nedenle dikey anlaşmalara ve en tipik türü olan dağıtım anlaşmalarına rekabet kurallarının ne şekilde uygulanacağı çeşitli sorunlar yaratmaktadır.

Biz bu çalışmamızda dağıtım sözleşmelerine uygulanacak rekabet hukuku kurallarını, bu kuralların farklı konu ve hükümler içeren dağıtım sözleşmelerine uygulanma biçimi ve bu uygulamaya ilişkin çeşitli önerilerimizi ortaya koyacağız.

Dağıtım anlaşmaları, iktisadi rekabet üzerinde birbirinden farklı etkiler doğururlar ve bu nedenle bunlara farklı davranılır. Nitekim Avrupa Birliği rekabet hukukunda tekelden dağıtım ve tekelden satın alma, franchise ve motorlu taşıtlar dağıtım anlaşmalarına birbirinden farklı düzenlemeler öngörülmüştü. Ancak bu farklılıklara rağmen anılan düzenlemelerde pek çok ortak ilkeye de yer verilmişti. Netice olarak, Avrupa Birliği tekelden dağıtım ve tekelden satın alma ve franchise anlaşmalarındaki bu ortak ilkelerden hareketle, bu konudaki tüzükleri birleştirmiş ve dikey anlaşmalar hakkında tek bir tüzük çıkarmıştır³². Türk rekabet hukuku da, mehzaz Topluluk rekabet hukukundaki gelişmeleri takip etmiştir. Günümüz itibariyle hukuk sistemimizde dağıtım anlaşmalarına uygulanması muhtemel hukuk kuralları beş ana başlık altında toplanmaktadır³³:

- Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasağı (RKHK m.4/1)
- Hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı (RKHK m.6)
- Bireysel muafiyet (RKHK m.4/3)
- Dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti
- Motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti

³² ATA'nın 81/III maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü, (Commission Regulation (EC) No 2790/1999 on the application of article 81/III of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices), ATRG, L 336, 29 Aralık 1999, p. 29. ATA m.81 Lizbon Sözleşmesi ile m.101 olarak değiştirilmiştir. Bkz. AB Anlaşması ve ATA'yı Değiştiren 13 Aralık 2007 tarihli Lizbon Anlaşması, ATRG, C 306, 17 Aralık 2007.

³³ Rekabet Kurulu da Komisyon ile aynı yolu izlemiş ve önceleri tekelden satın alma ve tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin olarak 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğleri ve franchise anlaşmalarına ilişkin olarak 1998/7 sayılı Tebliği çıkartmış iken, bu tebliğleri daha sonra tek bir dikey anlaşmalara ilişkin tebliğde birleştirmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, dikey sınırlamaları içeren dağıtım anlaşmaları, kural olarak, rekabeti sınırlayıcı etki veya amaçlara sahip olmakta ve bu nedenle hemen hemen her zaman rekabete kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin yasağı düzenleyen RKHK'un 4. maddesine aykırılık taşımaktadır. Bununla beraber ekonomi üzerinde olumlu etkiler de içeren dağıtım anlaşmalarının, RKHK'nun 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet veya Rekabet Kurulu'nca çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerine göre grup muafiyetinden yararlanmaları söz konusu olabilmektedir. Nitekim bir dikey anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı ve rekabetin kısıtlanması söz konusu ise, olumlu etkilerinin rekabet karşıtı etkilerinden fazla olup olmadığı genellikle pazarın yapısı tarafından belirlenmektedir.

ix. Plan ve Sınırlamalar

Çalışmamızda, Avrupa Topluluğu, Fransa, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, çeşitli hukuk sistemlerinden ve bunlarla ilgili literatürden faydalanılmıştır.

Rekabet doktrinlerinin ve çalışmamıza konu dağıtım anlaşmalarının ülke, hatta kıta sınırlarını aşan nitelikleri de, bu çalışmamızın mukayeseli hukuka yönelik açıklamalar içermesini gerekli kılmıştır. Nitekim Türk rekabet hukukunun mehzını Topluluk rekabet hukuku kaynaklarının (mevzuat, uygulama ve doktrin açılarından) oluşturması da, bahsettiğimiz mukayeseli yaklaşmamızı pekiştirmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, dağıtım anlaşmaları, üretici veya sağlayıcının dağıtıcılarını münhasır, seçici veya alelade bir dağıtım sistemi içerisinde birleştirdiği klasik dağıtım sözleşmeleri ile dağıtıcının bizzat veya kurmuş olduğu satın alma sistemi aracılığı ile sağlayıcılar arasındaki ilişkileri içeren yeni tip dağıtım sistemi olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir.

Bu çalışmamızın birinci bölümünde, klâsik dağıtım anlaşmalarını tarihi gelişimleri ve rekabet kuralları karşısındaki durumları açısından inceleyeceğiz. Bu incelememizi RKHK'nun 4. maddesinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin yasağı ile 5. maddesindeki bireysel muafiyet koşulları ve dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet tebliği, uygulanma şart ve hükümleri ile sınırlı tutacağız. Çalışmamızda yürürlükten kaldırılan dikey muafiyet tebliğlerine yer vermeyeceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, organize perakende sektörü dağıtım sözleşmeleri analiz edilecek olup, bu bölümde, Türk rekabet hukuku düzenlemelerinin, bu yeni tip dağıtım sözleşmelerine uygulanması ile beraber, çeşitli yabancı hukuk sistemlerinde organize perakende dağıtım için öngörülen özel rekabet kurallarını inceleyeceğiz.

Bu kapsamda, öncelikle “alım gücü” doktrininin doğduğu Alman rekabet hukuku ile bu doktrini temel alarak önemli hukuk kaynakları yaratan Fransız ve İngiliz mevzuat ve uygulamaları, tarihi gelişimleri içinde incelenecektir.

Çalışmamızda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve sektör ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri doğrultusunda 2003 yılından bu yana yenilenen, ancak henüz kanunlaşmamış olan Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarısı Taslağı'na da yer verilecektir.

Çalışmamızın bu bölümü, organize perakende dağıtım sözleşmelerine Türk rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebilmesi için gereken düzenlemelere ilişkin önerilerimiz ile tamamlanacaktır.

Bu ikinci bölüme ilişkin açıklamalarımız yalnızca HTM perakendeciliği ilişkin olup, çalışmamızda diğer organize perakende (mobilya, inşaat vd.) kanalları ve özellikleri işlenmeyecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KLASİK DAĞITIM VE REKABET HUKUKU

Klasik dağıtım anlaşmaları ve Türk rekabet hukukundaki düzenlenme biçimine geçmeden önce, dağıtım sözleşmesi çeşitlerine değinmek istiyoruz. Böylece, ilerideki bölümlerdeki açıklamalarımıza da bir hazırlık yapmış olacağız.

1.1 Dağıtım Anlaşmalarının Çeşitleri

Dağıtım anlaşmaları, çeşitli yönleri itibariyle farklı gruplar altında incelenebilir. Bu anlaşmaları, dağıtıcıya tanınan inhisar hakkı ve bu hakkın kapsamından hareketle basit, münhasır, sınırlı veya güçlendirilmiş bölge koruması içeren dağıtım anlaşmaları şeklinde gruplandırabiliriz.

Bu kapsamda, seçici dağıtım ya da franchise anlaşmaları da, anlaşma konusu ürün veya ürünlerin nitelikleri ve anlaşma taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülükleri, satış, satış sonrası hizmetlerin varlığı kıstaslarına göre, ayrı başlıklar altında incelenebilir.

1.1.1 İnhisar Hakkının Kapsamına Göre Dağıtım Anlaşmaları

Dağıtım anlaşmaları, içerdikleri inhisar hakkının kapsamına göre, basit dağıtım anlaşmaları ve bölgesel koruma içeren dağıtım anlaşmaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Basit dağıtım anlaşmaları, anlaşma taraflarına herhangi bir inhisari hak veya durum yaratmayan anlaşmalardır. Bölgesel koruma içeren dağıtım anlaşmalarında ise, dağıtıcının dağıtım yapacağı bölge için, diğer dağıtıcıların ve hatta üretici veya sağlayıcının mal satmasını engelleyen koruma hükümleri öngörülmektedir.

1.1.1.1 Basit Dağıtım Anlaşmaları

Basit dağıtım anlaşmalarında sağlayıcı anlaşma konusu ürünleri - yeniden satılmaları amacıyla – bir dağıtıcıya temin etmeyi yükümlenmektedir³⁴. Bu nevi anlaşmalarda, dağıtıcıya münhasır müşteri ve bölge kısıtlaması getirilmediği gibi, münhasır müşteri veya münhasır bölge koruması da sağlanmamıştır. Bu nedenle sağlayıcıdan ürün tedarik eden diğer dağıtıcıların, söz konusu dağıtıcıya atanan bölge içerisinde aktif olarak faaliyet göstermeleri, ürün satmaları mümkün olduğu gibi, bizzat sağlayıcının aynı bölge içerisinde aktif satış yapması da söz konusu olabilmektedir

1.1.1.2 Bölgesel Koruma İçeren Dağıtım Anlaşmaları

Bölgesel koruma içeren dağıtım anlaşmaları, üretici veya sağlayıcının dağıtıcılarına tanıdığı bölgesel korumanın seviyesine göre, sınırlı, güçlendirilmiş veya mutlak bölgesel koruma içeren münhasır dağıtım sözleşmeleri olmak üzere üç ana başlık altında incelenir³⁵.

Sınırlı bölge koruması içeren dağıtım anlaşmalarında, dağıtım sistemine dâhil olan dağıtıcıların anlaşmaya konu ürünleri kendileri için tahsis edilen bölge dışında satış yapmaları yasaklanmıştır³⁶. Böylece dağıtıcı, ancak kendisine sağlayıcı tarafından tahsis edilen sınırları belirli bölge içerisinde aktif satış yapacaktır. Nitekim sağlayıcı, dağıtıcılarına bir bölge koruması sağlamakta ise de, bu koruma göreceli bir nitelik taşıyacaktır. Dağıtıcı, dağıtım anlaşmasıyla kendisine tahsis edilen bölge içerisinde sağlayıcının tek dağıtıcısı olarak atanmış ise de, sağlayıcı anılan bölgede diğer dağıtıcılarının aktif satış yapmasını engellemeyi yükümlenmemiştir.

³⁴ Bkz. Topçuoğlu, **Acentelik**, s. 54 vd.; Valentine Korah/Denis O'Sullivan, **Distribution Agreements under the EC Competition Rules**, Oxford 2002; Martin Mendelsohn/Stephen Rose, **Guide to EC Block Exemption for Vertical Agreements**, Kluwer Law International, Lahey 2001, s. 125 vd.

³⁵ Bkz. Mendelsohn/Rose, s. 115 vd.

³⁶ Bkz. Topçuoğlu, **Acentelik**, s. 55; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 249-258.

Ayrıca, sınırlı bölge koruması içeren dağıtım anlaşmalarında sağlayıcının dağıtıcısına tahsis ettiği bölge içindeki belirli müşterilere kendisinin satış yapma hakkını, örneğin harita ve okul ürünleri üreten bir teşebbüsün, dağıtıcılarına tahsis ettiği bölgeler içerisinde yer alan ve 1000 öğrenciden fazla mevcutlu ilköğretim okullarına satış yapma hakkını saklı tutması mümkündür³⁷.

Güçlendirilmiş bölge koruması içeren dağıtım anlaşmalarında, gerek sağlayıcı gerekse sisteme dâhil olan diğer dağıtıcılar, bir dağıtıcıya tahsis edilen bölgede aktif olarak satış yapmamayı yükümlenirler. Bu yükümlülük sağlayıcı veya dağıtıcıların müşterileri (toptancı, perakendeci gibi) için söz konusu değildir³⁸. Bu kişiler, diğer dağıtıcılara tahsis edilen bölgeler içerisinde aktif satış yapabilirler.

Dağıtım sözleşmelerinin bu türünde paralel ithalatın engellenmesi genellikle söz konusu olmaz³⁹.

Tek satıcılık sözleşmeleri, içerdikleri hükümlere göre, münhasır veya mutlak münhasır dağıtım anlaşmaları arasında gruplandırılabilir. Bu sözleşmeler, yapımıcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde ve sürekli öyle sözleşmelerdir ki, yapımıcı, mamullerin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da, sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı yükümlenmektedir⁴⁰.

³⁷ Topçuoğlu, **Acentelik**, s. 55.

³⁸ Burada bahsedilen müşteriler, sağlayıcının dağıtım ağına dâhil dağıtıcıları haricinde doğrudan satış yaptığı müşterileridir. Keza dağıtıcılar, zaten diğer bir dağıtıcının bölgesinde aktif satış yapmamayı yükümlenmiştir.

³⁹ Ayrıntılı örnekler için, Doris Hildebrand, **Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self Assessment**, Lahey 2005, s. 69-80 (Anlış: Hildebrand, **Vertical Agreements**)

⁴⁰ Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara 1989, s. 14.

Mutlak münhasır dağıtım anlaşmalarında, diğer bölge koruması içeren anlaşmalarda olduğu gibi, her bir dağıtıcıya belirli bir bölge içerisinde veya belirli bir müşteri grubuna münhasıran satış yapma hakkı tanınmaktadır. Dağıtıcıların, diğer bir dağıtıcıya tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna aktif satış yapmaları kesin olarak yasaklanmıştır. Bu tür dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcıların müşterilerinin (toptancı, perakendeci gibi) diğer dağıtıcılara tahsis edilen bölgeler içerisinde satış yapmaları da yasaklanmaktadır.

1.1.2 Tarafların Yükümlülüklerinin Kapsamına Göre Dağıtım Anlaşmaları

1.1.2.1 Seçici Dağıtım Anlaşmaları

Bir üretici veya sağlayıcının, ürününün dağıtım şekline karar verirken kendisi için en uygun olduğunu düşündüğü dağıtım biçimini seçmesi olağan bir davranıştır. Üretici veya sağlayıcının, ürünün niteliği ve kapasite sorunlarını da göz önünde bulundurarak, dağıtımda ölçek ekonomilerinden faydalanmak, marka imajı oluşturmak ya da bu imajı korumak vb. nedenlerle, dağıtıcı sayısını sınırlamak istemesi söz konusu olabilir. Nitekim özellikle ileri teknoloji içeren veya lüks ürünlerin üretici veya sağlayıcısının, ürününün kendisinin belirlediği kriterleri taşıyan seçilmiş satış noktalarında yer almasını garanti eden bir dağıtım sistemi kurmak için haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Üretici veya sağlayıcı böylelikle, ürününün dağıtımının her aşamasının, belirlediği kriterleri taşıyan dağıtıcılar tarafından yürütülmesini sağladığı gibi, bu dağıtıcıların kendisi tarafından yetkilendirilmemiş satıcılara ürün satmalarını da engellemektedir⁴¹.

Seçilmiş yeniden satıcılardan oluşan bir dağıtım ağı kurmak amacıyla, alıcılara sistem dışına mal vermeme yükümlülüğünün getirildiği, çeşitli aşamalardaki yeniden satıcılar ile sağlayıcı arasında düzenlenen dağıtım anlaşmalarına seçici dağıtım

⁴¹ Bkz. Koç, s. 1–20.

anlaşmaları, bu anlaşmaların oluşturduğu sisteme ise seçici dağıtım sistemi denilmektedir⁴². Seçici dağıtım, sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da, söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemidir⁴³.

Bu tanıma göre, bir seçici dağıtım anlaşmasında tarafların yükümlülükleri bakımından iki unsur ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, sağlayıcının belirli kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara anlaşma konusu ürünleri satmayı ve ayrıca, kriterleri sağlamayan dağıtıcıları da ağa kabul etmemeyi ve bunlara doğrudan veya dolaylı olarak ilgili ürünü satmamayı taahhüt etmesidir. İkincisi ise, sağlayıcı tarafından belirlenen kriterleri sağlayarak ağa dâhil olan dağıtıcıların, ürünü ağa kabul edilmemiş dağıtıcılara satmama yükümlülüğü altına girmeleridir⁴⁴.

Rekabet Kurulu, kozmetik sektöründe bir dağıtım sözleşmesine ilişkin menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 09-41/987-249 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararında, seçici dağıtım sistemini 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun olarak, sağlayıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri

⁴² Bkz. D. Ferrier, "Distribution Sélective", Encyclopédie Dalloz, 15 Nisan 1992, s. 218, Mendelsohn/Rose, **Vertical Agreements**, s. 115 vd.; Conor Quigley, **European Community Contract Law**, Kluwer Law International, Londra 1997, s. 89; Giorgio Monti, **EC Competition Law**, Cambridge 2007, s. 369 vd., Jean-Pierre Viennois, **La Distribution Sélective**, Lyon 1999; J. Azema, "La Distribution Sélective ou L'ambivalence du Droit Français de la Concurrence", J.C.P., 1983, C.I, II, 14089; M. Mousseron/J.-M. Mousseron, "Le Bonheur Retrouvé de la Distribution Sélective", RJDA 1/93, s. 13. Seçici dağıtım anlaşmaları ve içerebilecekleri düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. ICC Model Selective Distributorship Contract , ICC no. 657, 2004, www.icc.wbo.org.

Bkz. ayrıca, Koç, **Seçici Dağıtım**, s. 10. Ayrıca bkz. Hildebrand, **Vertical Agreements**, s. 3-9; Ivo Van Bael, **Competition Law of the European Community**, Brüksel 2005, s. 309 vd.; Jones/Sufrin, 2007, s. 168; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 361-363.

⁴³ Bkz. Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2002/2 m. 3, (g) bendinde verilen tanım.

⁴⁴ Bkz, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 361-363 ve Koç, **Seçici Dağıtım**, s. 11.

yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi olarak tanımlamıştır⁴⁵. Karara konu dağıtım sistemi, sağlayıcı konumundaki Arcon'a Christian Dior ürünlerinin satışını münhasıran sözleşme ve satış şartlarında belirtilen koşulları yerine getiren yetkili satıcılara yapması, bu ürünleri satacak noktaların belirli nitel ve nicel kriterleri sağlama zorunluluğu getirilmiş olması ve sözleşmeye konu ürünlerin seçici dağıtım sistemi ile dağıtılmaya uygun ürünler olması kıstasları da dikkate alınarak, seçici dağıtım sistemi olarak kabul edilmiştir.

Seçici dağıtım anlaşmalarında, genel alım şartları yanında, seçilmiş dağıtıcının ürünlerin yeniden satımına ilişkin yükümlülükleri de bulunur⁴⁶. Bu anlaşmalarda, üretici veya sağlayıcı kuracağı dağıtım ağına kabul edeceği dağıtıcılar için çeşitli seçim kıstasları oluşturur. Bu seçim kıstasları, niteliksel yani dağıtım ağına girebilecek dağıtıcıların finansal durumları, çalışan sayıları ve bu çalışanların eğitim, deneyim durumları vb. unsurlara dayanabilir. Nitekim bu durumda, ağa dâhil edilecek dağıtıcı sayısı da, ancak bu kıstaslara bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Seçim kıstaslarının niceliksel yani, dağıtım ağına alınacak dağıtıcıların sayısının belirlenmesi ve bu sayı içerisinde seçimin tamamen sağlayıcının keyfine bırakılması şeklinde öngörülmesi de mümkündür.

Seçici dağıtım sisteminin kurulması ve dağıtıcıların uymaları gereken yükümlülüklerin tespitinde, dağıtıma konu ürünün niteliği belirleyici rol oynar. Uygulamada seçici dağıtım, özellikle satış öncesi tanıtım hizmetlerinin önemli olduğu, mücevher ve parfüm gibi markalı ürünlerin pazarlanmasında tercih edilmektedir. Nitekim yüksek marka imajı bulunan bu tür ürünlerin, uygun olmayan yerlerde, yeterli bilgi ve kabiliyeti bulunmayan kişilerce satılmasını istemeyen sağlayıcı veya üretici teşebbüsler, genellikle seçici dağıtım sistemi kurmaktadır. Gerçekten de, bu tür ürünlerin en etkin biçimde son kullanıcılara ulaştırılabilmesi,

⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 09-41/987-249 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

⁴⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>
Gatsi, *Contrats Spéciaux*, s. 81.

ürünün sadece seçici dağıtım sistemi üyelerince satılması zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁷.

Komisyon, ATIDM ve ATAD'ın seçici dağıtım sistemlerine ilişkin kararları incelendiğinde de, bu dağıtım sisteminin genellikle motorlu taşıt araçları ve elektronik eşyalar gibi satış öncesi ve sonrası hizmet gerektiren ürünler, parfüm, kozmetik, mücevher gibi lüks, pahalı ve marka imajı yüksek ürünler ile günlük gazete, dergiler gibi ürünlerin satışında kullanıldığı görülmektedir⁴⁸. Örneğin, ATAD'ın Metro Kararında, seçici dağıtım sisteminin yüksek kaliteli ürünler ve teknik ürünler bakımından haklı sayılacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir⁴⁹.

Seçici dağıtım ağlarının birden fazla aşama içermesi de mümkündür. Üretici veya sağlayıcı bu durumda, ürünleri ağın üst aşamalarında yer alan dağıtıcılara (toptancı) satmaktadır. Toptancılar da, üretici veya sağlayıcı tarafından belirlenen kriterleri taşıyan dağıtıcılara ürün satmakla yükümlü tutulmaktadır.

Bir seçici dağıtım sisteminin rekabet hukuku kapsamında dikkat edilmesini gerektiren en önemli unsur, yeniden satıcıların yetkisiz satıcılara mal satmama yükümlülükleridir⁵⁰. Seçici dağıtım anlaşmaları bu yönleri ile, rekabet üzerinde münhasır dağıtım anlaşmalarına benzer etkiler yaratmaktadır. Her iki sistem de sınırlı

⁴⁷ Bkz. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz, s. 7-8, p. 27 (25194 sayılı ve 9 Ağustos 2003 tarihli RG'de yayımlanan bu Kılavuz, daha sonra, 25339 sayılı ve 7 Ocak 2004 tarihli RG'de yayımlanan 03-83/1009-M sayılı Rekabet Kurulu kararı ile değiştirilmiştir).

⁴⁸ Bkz. Motorlu taşıt araçlarının seçici dağıtım için bkz. ATAD'ın 29/74 sayılı ve 13 Aralık 1974 tarihli BMW Kararı, [1975] I CMLR D 44.

Kozmetik ürünlerinin seçici dağıtımını için bkz. ATIDM'nin T-19/91 sayılı ve 7 Haziran 1991 tarihli Société Hygiène Dermatologique de Vichy k. Komisyon Kararı, ECR 1991 II-265, ATAD'ın 31/80 sayılı ve 11 Aralık 1980 tarihli L'Oréal NV, L'Oréal SA k. De Nieuwe AMCK Ouba Kararı, [1980] ECR s. 3775, [1981] CMLR II, s. 235.

Dergilerin seçici dağıtımını hakkında, ATAD'ın 234/83 sayılı ve 3 Haziran 1985 tarihli Binon Kararı, [1985] ECR s. 2015.

⁴⁹ Bkz. ATAD'ın 75/84 sayılı ve 22 Kasım 1986 tarihli Metro Kararı (Metro-II Kararı), [1986] ECR, s. 3012. Metro Kararının ayrıntılı özeti için bkz. Hildebrand, **Vertical Agreements**, s. 39-41.

⁵⁰ Bkz. Koç, s. 11-12.

bir dağıtım grubunun kurulmasını öngörmektedir. Ancak, seçici dağıtım sisteminde satıcıların sayısı bölge bazında değil, ürünün niteliğine veya üretici veya sağlayıcının kararına göre tespit edilen seçim kriterlerine dayanmaktadır⁵¹.

1.1.2.2 Franchise Anlaşmaları

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan franchise, etimolojik kökeni itibariyle Fransızca'daki "franchir", yani serbest bırakma sözcüğünden gelmektedir.

19. yüzyılın sonlarına doğru, Amerika Birleşik Devletleri'nde, sınaî haklar üzerinde verilen lisanslar aracılığı ile çeşitli dağıtıcılara münhasıran satım hakkının verilmesine "franchise" adı verilmeye başlanmıştır. Bu konudaki ilk örnekler Coca-Cola ve General Motors şirketleridir⁵².

Franchise anlaşmalarının en güzel tanımlarından biri doktrinde Gürzumar tarafından verilmiştir⁵³. Buna göre franchise:

"Franchise verenin, kendine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınaî unsurlar üzerinde, franchise"

⁵¹ Ritter/Braun/Rawlinson s. 266.

⁵² Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme**, s. 236. Franchise sisteminin doğuşu ve gelişimi hakkında bkz. Martin Mendelsohn, **Guide to Franchising**, Londra 2004, s. 1-17; T. Louis Pirkey, **The Franchise Trademark Handbook: Developing and Protecting Your Trademarks and Service Marks**, Şikago 1994.

⁵³ Nitekim Doktrinde Gürzumar, franchise sözleşmesini kanuni bir tanımı bulunmayan, doğrudan düzenlenmemiş bir karma sözleşme olarak nitelemiştir. Yazara göre, bu sözleşmeye BK'nun genel hükümleri uygulanabileceği gibi, bu Kanun'da düzenlenmiş vekâlet, adi kira, hâsılat kirası vb. iş görme ve kullandırma sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerinin kıyasen uygulanması da mümkündür. Ayrıca, Türk Sınaî Mülkiyet Hukukuna ilişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerin lisans sözleşmelerini kısmen düzenleyen hükümleri de franchise sözleşmelerinin lisansla ilgili kayıtları açısından uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, bütün franchise sözleşmeleri, rekabeti sınırlayan hükümleri nedeniyle RKHK'na da tabi olacaktır. Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması**, İstanbul 1995, s. 1. Ayrıca benzer bir tanım için bkz. Gatsi, **Contrats Verticaux**, s. 80 ve Ivo Van Bael, **Competition Law of the European Community**, Lahey 2004, Bkz. Mendelsohn/Rose, **Contrats Verticaux**, s. 87 vd.

alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, kendisine kullanma hakkı verilen fikri ve sınai unsurları, franchise verenin tayin ettiği ilkeler doğrultusunda kullanarak, franchise sistemine dâhil mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir bedel karşılığında ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir.”

ATAD ilk kez Pronuptia/Schillgalis Kararında, franchise anlaşmalarının ATAM m. 101 (eski 81) kapsamına girdiğini belirtmiştir⁵⁴. Divan, anılan kararda, franchise sisteminde franchise alanın, franchise verenin markası ve know-how'ı altında olmasına karşın, bağımsız bir ticari faaliyet yürüttüğünün altını çizmiştir. Divan, franchise anlaşmalarında, franchise veren tarafından sağlanan know-how'ın gizliliğinin ve onun tarafından öngörülen standartların korunması ilişkin rekabet kısıtlamalarının getirilebileceğinin de altını çizmiştir. ATAD'ın bu yaklaşımı, Komisyon tarafından benimsenmiş ve takip edilmiştir⁵⁵.

Franchise anlaşmaları tanımdan da anlaşılacağı üzere, özellikle marka veya know-how gibi fikri mülkiyet haklarına ilişkin lisans içeren anlaşmalardır. Bu anlaşmalarda franchise veren, anlaşma süresince franchise alana, lisans haricinde, ticari veya teknik yardımda da bulunur. Keza buradaki lisans ve yardım franchise sisteminin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir.

⁵⁴ Bkz. ATAD'ın 161/84 sayılı ve 28 Ocak 1986 tarihli kararı, [1986] ECR, s. 353, [1986] CMLR 1986 s. 414.

⁵⁵ Bkz. Komisyon'un L 13/39 sayılı ve 17 Aralık 1986 tarihli Pronuptia Kararı, ATRG, L 13/39, 15 Ocak 1987, L 8/49 sayılı ve 17 Aralık 1986 tarihli Yves Rocher Kararı, ATRG, L 8/49, 10 Ocak 1987, [1986] CMLR, s. 592, L 222/12 sayılı ve 13 Haziran 1987 tarihli Computerland Kararı, ATRG, L 222/12, 10 Temmuz 1987, [1987] CMLR, s. 259.

Franchise anlaşması, taraflar arasında gelecekte yapılacak olan pek çok anlaşmanın şartlarını tanımlar. Böylelikle sağlanan devamlılık, franchise anlaşmasına yapılan çerçeve sözleşme nitelemesini haklı çıkarır⁵⁶.

1.2 Dağıtım Anlaşmalarının Rekabet Üzerindeki Etkileri

Dikey anlaşmaların ekonomi ve rekabet hukuku içindeki tarihi gelişimi incelendiğinde, başlangıçta rekabet teorisyenleri tarafından hiçbir özel önem atfedilmeyen anlaşmalar oldukları görülmektedir. Dikey anlaşmalar ancak Harvard ekolünün ilk temsilcileri tarafından “işleyen rekabet (workable competition) ve “etkin rekabet” (efficient competition) teorileri çerçevesinde biraz daha yakından değerlendirilmeye başlanmıştır⁵⁷. Ancak her iki teori de, pazarın yapısının teşebbüslerin pazar davranışları ve hatta pazar sonuçları (les résultats du marché) tarafından belirlendiği temeline dayanmaktaydı⁵⁸. Bununla beraber, her ikisi de potansiyel rekabet ve işlem tarafı teşebbüslerin pazar güçleri gibi önemli kıstasları dikkate almadıkları için, dikey anlaşmaların ve böylece dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerini yorumlamakta yetersiz kalmıştır.

Ekonomi bilimine 70’li yıllarda “çekişen pazarlar” veya “savaşan pazarlar” (marchés contestables) kavramının dâhil edilmesi, rekabet uygulamasına potansiyel rekabetin korunması amacını katmıştır⁵⁹. Böylece, dikey kısıtlamaların pazardaki etkileri, potansiyel rekabet ve işlem taraflarının ellerinde bulundurdukları pazar gücü

⁵⁶ Bkz. Jean Gatsi, **Le Contrat-cadre**, Paris 1996, n. 91 vd.

⁵⁷ Bu terim ilk olarak ekonomist J.M. Clark tarafından 1940 yılında kullanılmıştır.

⁵⁸ Bkz. Gilliéron, s. 55.

⁵⁹ Bu teori, Baumol, Panzar ve Willig’in Savaşan Pazarlar ve Endüstriyel Yapı Teorisi (Contestable markets and the theory of industry structure) isimli kitabında açıklanmaktadır. Şöyle ki, savaşan pazarlar teorisini gelişimine imkân veren üç neden bulunmaktadır: 1. Rekabet ve pazar arasındaki ilişkilerin yorumunu daha zengin ve daha bilimsel hale getiren bir yorumun temellerinin atılması (artık oyuncu sayısının önemli olmadığı bir pazarda bulunan rekabet düşmanlığının yoğunluğu), 2. Teşebbüsler arasında yeni bir oligopol pazar teorisinin kurulması, 3. Etkinlik kavramının uygulama alanının genelleştirilmesi., Bkz. W. Baumol/J.C Panzar/R.D. Willig; **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure**, Harcourt-Brace-Jovanovich, 1982, s. 2.

gibi kıstaslardan hareketle değerlendirilmeye başlanmıştır. Buna ek olarak, teşebbüslerin yalnızca davranışları değil, bu davranışlarının etkili olduğu pazarın özellikleri de dikkate alınmaya başlamıştır. Örneğin, rekabete açık bir pazarda hoş görülebilen bir kısıtlama, rekabete kapalı bir pazarda ciddi bir tehdit olarak algılanıp, yasaklanabilmektedir⁶⁰.

Çekişen pazarlar teorisi ile aynı dönemde ortaya çıkan *işlem maliyetleri teorisi* ise, bu yeni yaklaşımı – özellikle dikey anlaşmalar bakımından - iyice güçlendirmiştir. Bu teori, pazarda yürütülen işlemlerin işlem maliyetleri ve dağıtım masraflarını azaltarak, pazara girişleri kolaylaştırıcı sonuçlar doğurmaları halinde yasaklanmamaları gerektiği düşüncesine dayanır⁶¹. Nitekim böylece, dağıtım anlaşmaları, içerdikleri bir takım rekabeti kısıtlayıcı hükümler bakımından hoş görülmekte ise de, özellikle taraflarından birinin ilgili pazarda çok güçlü konumda bulunduğu ihtimalde ve alt veya üst pazara girişleri zorlaştırmaları halinde yasaklanmaktadır⁶².

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yatay anlaşmaların rekabet düzenine genellikle zararlı etkilere sahip olduğu kabul edilmekle beraber, üretim veya dağıtım zincirlerinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dağıtım anlaşmalarının olumsuz etkilerinin daha sınırlı olması beklenmektedir. Bu beklentinin temel nedeni, basit bir ekonomik gerçekliğe dayanmaktadır. Şöyle ki, yatay seviyede rakip teşebbüsler ikame ürün veya hizmetler üretirken, dikey seviyede ilişki içinde bulunan teşebbüsler tamamlayıcı ürün veya hizmetler üretmektedir. Bir ürüne olan talep, o ürün ile ikame ürünlerin fiyatı azaldıkça düşmekte, fakat o ürünün tamamlayıcı ürününün fiyatı düştükçe artmaktadır. Bu nedenle, daha çok ürün

⁶⁰ Bkz. Gilliéron, s. 55.

⁶¹ Bu teorilere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Doris Hildebrand, **The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, s. 95–146 (Anıls: Hildebrand, **Economic Analysis**).

⁶² Ekonomik bakış açısı, dikey anlaşmaların varlığını, kaynakları, amaçları ve etkilerinden hareketle açıklanmaktadır. Şöyle ki, dikey anlaşmaların varlık nedeni, pazarın düzensizliklerine karşı, dağıtım ağı üyeleri arasında daha iyi bir işbirliği sağlamalarıdır. Dikey anlaşmalar amaçları itibariyle rekabete aykırı enstrümanlardır. Bkz. Gilliéron, s. 55.

satabilmek için, rakip teşebbüslerden her biri diğerinin fiyat arttırmasını beklerken, dikey ilişki içindeki teşebbüsler birbirlerinin fiyat düşürmesini istemektedir. Sonuç olarak, dikey ilişki içindeki teşebbüslerden her biri diğerinin pazar gücüne dayalı uygulamalarına ve özellikle fiyat arttırmasına engel olma eğilimindedir⁶³.

Dikey anlaşmalar, dağıtıcının yeniden satış fiyatının belirlenmesi, bölge tahsisi (topraksal sınırlama), müşteri tahsisi, münhasırlık, bir malın satın alınmasının diğer mal veya hizmetin de satın alınmasına şartına bağlanması (bağlama - tying), asgari alım miktarını belirleme (kota uygulamaları) gibi dikey kısıtlamalar içerebilmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bir dağıtım anlaşması aynı anda hem rekabete aykırı hem de faydalı etkiler (tüketici yararı ile sosyal yarar, küçük teşebbüslere yarar) taşıyabilir⁶⁴.

1.2.1 Dağıtım Anlaşmalarının Rekabeti Kısıtlayıcı Etkileri

Çalışmamızın bu bölümünde dağıtım anlaşmalarının marka içi rekabeti azaltıcı, markalar arası rekabeti kısıtlayıcı, pazar kapama ve tüketici tercihlerini sınırlama gibi olumsuz etkileri kısaca özetlenecektir. Nitekim ileride 2002/2 sayılı Tebliğ'e ilişkin açıklamalarımızda, her bir dikey kısıtlama için ayrıntılı analizlere yer verilecektir.

1.2.1.1 Marka İçi Rekabetin Azalması

Dağıtım anlaşmaları, içerdikleri bölge veya müşteri tahsisi, münhasırlık hükümleri gibi hükümler nedeniyle, aynı dağıtım ağına dâhil dağıtıcılar, yani aynı

⁶³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09-26/567-M sayılı ve 3 Haziran 2009 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu ("Kılavuz"), s. 21, p. 69. Kılavuzun tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=kilavuzliste>

⁶⁴ Burada tüketici yararı ile sosyal yarar arasındaki uyum sorgulanmaktadır. Nitekim iki kavram her zaman birbirini tamamlamayabilir. Şöyle ki üretici sunduğu hizmetleri maksimize ederek tüketicilerinin taleplerini, diğer bir ifadeyle hizmet sunumunun artışına bağlı olarak satış artışını dikkate almaktadır. Böylece ulaşılan hizmet seviyesi ve buna bağlı olarak ulaşılan fiyat seviyesi tüketiciler tarafından elde edilen hizmet seviyesine uygun olmayabilir.

markanın dağıtıcıları arasındaki rekabetin kısıtlanması, hatta tamamen ortadan kalkmasına neden olabilmektedirler. Bu durum etkin rekabetin gereklerinden olan marka içi rekabetin kısıtlanması şeklinde isimlendirilmektedir⁶⁵.

Genel olarak, marka içi rekabetin kısıtlanması, her ne kadar ilgili pazarda etkinlik arttırıcı yönü itibariyle olumlu etkiler meydana getirebiliyor ise de, tamamen ortadan kaldırılması veya markalar arası rekabetin bulunmadığı bir pazarda marka içi rekabetin kısıtlanması hoş görülmebilir⁶⁶. Nitekim Kurul, Arcon Kozmetik ile Sevil Parfümeri arasındaki yetkili satıcılık sözleşmesi ile tip seçici dağıtım sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 9–41/987–249 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararında, karara konu sözleşmelerin marka içi rekabetin kısıtlanmasının rekabete etkilerini analiz etmiştir⁶⁷. Kararda, marka içi rekabeti kısıtlayan anlaşmaların, her ne kadar sağlayıcı ve alıcılara getirdikleri yükümlülükler ile sistem üyelerinin sayısı ve satışları sınırlanıyor, böylece marka içi rekabetin kısıtlanıyor ise de, anılan sınırlamaların ilgili pazarda etkinlik doğurucu yönleri ile rekabete olumlu katkılar sağlayabildiklerinin altı çizilmiştir.

Aynı şekilde, Rekabet Kurulu'nun Akmaya'nın bayileri ile yapmış olduğu bayilik sözleşmelerine ilişkin 03–49/556–241 sayılı ve 9 Temmuz 2003 tarihli kararıyla ilgili Danıştay kararı üzerine konuyu yeniden değerlendirdiği

⁶⁵ AB ve İngiliz rekabet hukuklarına ilişkin açıklamalar için bkz. Barry J. Roger/Angus McCulloch, **Competition Law and Policy in EC and UK**, London 2004, s. 176, Hildebrand, **Vertical Agreements**, s. 9 vd.

⁶⁶ Nitekim marka içi rekabetin kısıtlanmasının markalar arası rekabetin kısıtlanmasına nazaran daha az tehlikeli olduğu ve ancak markalar arası rekabetin kısıtlı olduğu hallerde rekabetin kısıtlanması endişesi yaratacağı düşünülmektedir. Bkz. Whish, s. 614. Rekabet Kurulu, 09–33/725–165 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararında marka içi rekabetin kısıtlanmasının ne derecede olumsuz etkiler yaratacağının değerlendirilmesinde pazarın yaşam evresinin de dikkate alınması gerektiğinin altını çizmiştir. Kurul, olgunluk evresinde olan bir pazarda marka içi rekabetin kısıtlanmasının daha fazla olumsuz etkilere yol açacağını ifade etmiştir. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁶⁷ Bkz. dn. 45.

09–23/491–117 sayılı ve 20 Mayıs 2009 tarihli kararında da, dikey kısıtlamaların genel olarak marka içi rekabeti sınırlandırdıkları ancak, dağıtıcıların ürün satış çabalarını teşvik ederek markalar arası rekabeti artırdıkları ifade edilmiştir⁶⁸.

1.2.1.2 Markalar Arası Rekabetin Azalması

Bilindiği üzere dikey anlaşmalar, yalnızca dağıtım ağı içi yani, marka içi rekabeti sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda markalar arası rekabeti de kısıtlayıcı etkiler taşıyabilir⁶⁹. Özellikle, rakip sağlayıcıların ürünlerinin dağıtımını için benzer dağıtım sistemlerine başvurdukları ve bu durumun paralel ağlardan oluşan bir sisteme dönüştüğü hallerde, bu etkiden bahsedilir⁷⁰. Bu etki bazen sağlayıcılar arasında pasif işbirliği olarak da nitelenebilir⁷¹.

Rekabet Kurulu, Atlas Gıda'nın distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ilişkin bireysel muafiyet talebini değerlendirdiği 08–66/1060–415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli kararında markalar arası rekabetin seviyesinin analizinde, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı ile bu teşebbüslerin pazar güçleri ve görece pazar paylarının önemli rol oynayacağına altını çizmiştir⁷².

⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun 09–23/491–117 sayılı ve 20 Mayıs 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁶⁹ Bkz. Hildebrand, **Vertical Agreements**, s. 9 ve Hildebrand, **Economic Analysis**, s. 276 vd.

⁷⁰ Kurul'un 09–20/403–98 sayılı ve 29 Nisan 2009 tarihli kararında, dikey anlaşmaların pazardaki rekabet üzerindeki olumsuz etkileri; (1) pazarın diğer alıcı veya satıcılar kapatılarak giriş engeli yaratması, (2) markalar arası rekabet düzeyi düşürülerek alıcılar veya satıcılar arası gizli veya açık anlaşma riskinin artırması ve (3) aynı markanın dağıtıcıları arasında marka içi rekabetin azalması sonucunun doğurması olarak açıklanmıştır. Kararda, dikey anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin tespitinde ekonomik kriterlerin önemli rol oynadığı ifade edilmiş ve bu kriterler; (1) sağlayıcının pazardaki konumu, (2) rakiplerin pazardaki konumu, (3) alıcının pazardaki konumu, (4) pazara giriş engelleri, (5) pazarın yoğunluk düzeyi, (6) ticaretin seviyesi olarak sıralanmıştır.

⁷¹ Bkz. Gilliéron, s. 69 ve Ferrier, s. 38–39.

⁷² Rekabet Kurulu'nun 08–66/1060–415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

1.2.1.3 Pazar Kapama ve Faaliyet Zorlaştırma

Dağıtım anlaşmaları, bir taraftan sağlayıcının ürünlerinin bağımsız dağıtıcılar tarafından piyasaya yayılmasını sağlarken, diğer taraftan dağıtım ağına dâhil olmayan dağıtıcıların sağlayıcıdan mal tedarik etme ve dolayısıyla dağıtım pazarında (alt pazar – satış pazarı) faaliyet gösterme imkânlarını kısıtlamaktadır.

Dağıtım anlaşmaları ile dağıtım ağına dâhil dağıtıcıların alt pazarda faaliyet gösterme imkânının kısıtlanması, pazar kapama etkisi doğurabileceği gibi, tek elden dağıtımda pazara giriş maliyetlerini yükselterek pazara giriş engeli de yaratabilir⁷³. Tabii ki, bu etkinin belirlenmesinde teşebbüsün pazar gücü ve ilgili pazarın yapısı gibi pek çok faktör rol oynar. Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 08-67/1089-423 sayılı ve 27 Kasım 2008 tarihli kararında, satış kotasına dayalı prim sistemi uygulamasının, yüksek pazar gücüne sahip bir teşebbüs tarafından yapılması halinde, rekabet hukuku anlamında bir hedef indirimi şartına dönüşerek, pazar kapatıcı etkilere yol açabileceği belirtilmiştir⁷⁴.

Dağıtım anlaşmalarında sıklıkla rastlanan bir düzenleme, dağıtıcıların rakip ürünlerin dağıtımını yapmalarının engellenmesi için öngörülen rekabet yasağıdır. Rekabet yasağı düzenlemeleri, kurulan güçlü dağıtım kanalı ile alt pazarı kapatarak, üst pazarda faaliyet gösteren rakiplerin satış ve pazarlama faaliyetlerini zorlaştırmakta, hatta bazen rakip sağlayıcıları kendi dağıtım ağlarını kurmaya zorlamaktadır. Kendi dağıtım ağını kurmak istemeyen veya böyle bir ekonomik gücü bulunmayan sağlayıcılar için tek çare, diğer sağlayıcıların dağıtım ağlarına dâhil

⁷³ Bkz. Yavuz, s. 87.

⁷⁴ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 08-67/1089-423 sayılı ve 27 Kasım 2008 tarihli kararı. Aynı kararda Kurul, dikey anlaşmalarda alıcının ilgili ürün pazarındaki konumuna, pazarın yapısına göre, etkin rekabete hem pozitif hem de negatif etkilerinin olabileceğinin altını çizmiştir. Kurul, ilgili pazarda güçlü bir sağlayıcı karşısında güçlü bir alıcının bulunmasının, alıcının pazarlık gücünü artıracığı ve böylece sağlayıcının pazar kapama etkisine yol açabilecek bir takım sınırlamaları alıcı yoluyla uygulamasını zorlaştıracığını belirtmiştir. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karakarama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

olmayan tekil dağıtıcılar ile anlaşmak ve ürünlerinin bu dağıtıcılar vasıtasıyla dağıtımını sağlamaktır.

Pazar kapama uygulamaları, pazara girmesi olası teşebbüsler, diğer bir ifadeyle potansiyel rakipler giriş engeli yaratmakta ve potansiyel rekabeti kısıtlamaktadır⁷⁵.

1.2.1.4 Tüketici Tercihlerinin Kısıtlanması

Dağıtım anlaşmalarında yer verilen bölge veya müşteri kısıtlamaları, tüketicilerin ürün tercih olanaklarını kısıtladıkları gibi, tüketicilerin suni bir şekilde dağıtım bölgelerine bölünmesine de yol açmaktadır. Bölge veya müşteri kısıtlamalarının tüketicilerin zararına sonuçlara yol açabilmektedir.

Kurul'un Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. ile bayileri ve distribütörlerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında tanınan muafiyetten yararlandırılması talebini incelediği 10–24/331–119 sayılı ve 18 Mart 2010 tarihli kararında, dağıtım anlaşmalarının tüketici tercihlerini kısıtlayıcı etkilerine ilişkin önemli tespitlere yer verilmiştir⁷⁶. Kararda, bira pazarında hâkim durumda bulunan Efes'in daha önceki bir Kurul kararı ile münhasır anlaşma yapmasının yasaklandığı, böylece satış noktalarında hem Efes hem de Bimpaş ürünlerinin bir arada satışa sunulma imkânının ortaya çıktığı ve tüketicilerin daha çok çeşit ürüne ulaşma imkânına kavuştuğunun altı çizilmiştir.

Aynı kararda Kurul, Bimpaş'ın mevcut pazar durumunun, bu teşebbüsün pazardaki rekabetçiyi yapıyı ve tüketici tercihlerini olumsuz yönde etkileme olasılığını düşürdüğünü, Bimpaş'ın satış noktalarına yönelik olarak yürüteceği münhasır uygulamaların, ilgili pazarda rekabetçi yapıyı olumsuz etkilemesinin pek

⁷⁵ Dikey kısıtlamaların giriş engellerini yükseltici ve rakiplerin maliyetini yükseltici etkileri için bkz. Yavuz, s. 88.

⁷⁶ Rekabet Kurulu'nun 05–27/317–80 sayılı ve 22 Nisan 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

de olası olmadığını kabul etmiştir. Nitekim böyle bir uygulamaya yönelik teşebbüsün ilgili pazarda meydana getireceği etkiler, onun pazar payı veya pazar gücü ile doğru orantılı olacaktır. Bu doğrultuda, ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüs ve ona göre düşük pazar payına sahip teşebbüslerin uyguladıkları stratejilerin, piyasa ve rakipler üzerindeki etkilerinin farklı olacağı, genel olarak, kabul edilmektedir.

1.2.2 Dağıtım Anlaşmalarının Olumlu Etkileri

Dağıtım anlaşmaları, kimi durumlarda rekabet karşıtı amaçlarla kullanılsalar da, çoğunlukla sunulan hizmet miktarını artırarak tüketicilere fayda sağlamaktadırlar. Ayrıca bu anlaşmaların, ilgili pazardaki faaliyet gösteren teşebbüslerin çıktı miktarını yükselterek veya yeni teşebbüslerin pazara girmesini teşvik ettikleri, fiyatların düşmesine yol açtıkları da bilinmektedir. Bunun yanında, teşebbüslerin ürünlerini daha etkin dağıtmalarına imkân sağladıkları, böylece hem üreticilere hem de tüketicilere yarar sağlayacak olan malların daha düşük fiyattan satılmasını temin ettikleri de görülmektedir⁷⁷.

Dağıtım anlaşmalarının alt pazardaki olumlu etkileri, fiyat dışı rekabetin artırılması, bedavacılık sorununun çözümü, hizmet-satış sonrası servis kalitesinin yükseltilmesidir⁷⁸. Bu anlaşmaların üst pazardaki (tedarik pazarı) olumlu etkileri ise, sağlayıcının dağıtım faaliyetinde ölçek ekonomisinden faydalanmasının sağlanması ile ürünlerin maliyet ve satış fiyatlarının düşürülmesi ve ürünlerin sağlayıcı tarafından belirlenen standartlara uygun olarak satışa sunulmasıdır.

Çalışmamızın bu kısmında, dağıtım sözleşmelerinin olumlu etkilerine sadece kavramları tanıtmak amacıyla, kısa bir şekilde sunacağız.

⁷⁷ Bkz. Yavuz, s. 90.

⁷⁸ Dikey anlaşmaların olumlu etkileri, Komisyon'un Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzunun 116 paragrafında sayılmıştır. Komisyon bu sayımın sınırlı değil, örnekleyici olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Whish, s. 616.

1.2.2.1 Bedavacılık Sorununun Çözümü

Dağıtım anlaşmalarında sağlayıcı ile dağıtıcıların anlaşmaya konu ürünlerin reklâm ve tanıtımı için faaliyet göstermeleri, çeşitli etkinlikler düzenlemeleri olağandır. Hatta dağıtıcının, sağlayıcı tarafından yürütülecek reklâm veya tanıtım faaliyetleri için fon ödemekle yükümlü olması da mümkündür. Bu durumda, anlaşmaya konu ürünlerin reklâm ve tanıtımı ile sürümünün artırılması için faaliyet gösteren dağıtıcılar tarafından yaratılan tanınmışlık ve sürüm, yalnızca kendileri değil, böyle yatırımlara girişmemiş dağıtıcılar için de faydalı olacaktır⁷⁹. İşte bu karşılıksız faydalanmaya doktrinde bedavacılık (free-riding) adı verilmektedir⁸⁰.

Bedavacılık sorunu en yaygın hali ile, dağıtıcılar arasında söz konusu olmakta ise de, üretici veya sağlayıcılar arasında da bulunabilir. Bu duruma örnek olarak, paralel ithalatçı teşebbüslerin ürünlerini resmi ithalatçı firma tarafından kurulan dağıtım ağına dâhil showroolarda sergileyebilmeleri verilebilir. Rekabet Kurulu'nun Doğuş Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş.'nin yapmış olduğu Porsche Yetkili Satıcılık ve Servis Sözleşmelerine bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği Porsche Kararı, sağlayıcılar arası bedavacılık sorunu göz ardı edilmiş olması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir⁸¹.

Kararın bireysel muafiyet şartlarına ilişkin bölümünde, anlaşmanın Porsche marka otomobillerin satışının yapıldığı satış yerlerinde aynı segmentte yer alan rakip marka araçların satılmamasının herhangi bir ekonomik ve teknik gelişme sağlamayacağı belirtilmiş ve bu nedenle bireysel muafiyetin ilk şartı olan malların

⁷⁹ Sonuç olarak, ürünlerin sürümünün artması için hiçbir çaba göstermemiş olan dağıtıcılar da, yukarıda bahsedilen dağıtıcının faaliyetlerinin sonuçlarından herhangi bir karşılık ödemeksizin faydalanacaktır.

⁸⁰ Bkz. Hildebrand, **Vertical Agreements**, s. 270, Mendelsohn/Rose, s. 196.

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun 07-30/297-113 sayılı ve 5 Nisan 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Bkz. Ali Ilıcak, "ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi", http://www.actecon.com/Dikey_2008.pdf.

üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasının gerçekleşmediği kabul edilmiştir. Bize göre de, kararın bu kısmında free riding sorununa değinilmemesi bir eksiklik olarak nitelenebilir. Porsche satış yerlerinde, rakip otomobillerin de satışa sunulmasının, bu diğer markalar lehine free-riding yaratacağı açıktır. Bu bakımdan Kurul kararında bu durumun da ele alınması ve değerlendirilmesi uygun olurdu. Tabii ki, free-riding sorununun çözümü ile markalar arası rekabetin kısıtlanması arasındaki rekabet dengesi, Kurul tarafından ayrıca incelenmeliydi.

Dağıtım anlaşmaları, gerek içerdikleri bölge ve müşteri kısıtlamaları gerekse tüm dağıtıcıların reklâm ve tanıtım yatırımlarına özendirilmesine ilişkin hükümleri itibariyle bedavacılık sorununun çözümünde önemli bir rol oynamaktadır.

1.2.2.2 Yeni Pazarlara Giriş

Dağıtım anlaşmaları içerdikleri çeşitli dikey kısıtlamalar vasıtasıyla, sağlayıcıların pazara giriş olanaklarını artırabilmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, pazara yeni giriş yapacak olan bir sağlayıcı, ürününün pazara yayılması için kendi dağıtım sistemini kurmak veya bağımsız dağıtıcılar ile anlaşmak gibi iki seçenek arasındadır. Şüphesiz, bir üretici veya sağlayıcı için, yeni giriş yapacağı bir pazarda kendi dağıtım ağını kurmak çok yüksek yatırım gerektirecektir. Bu nedenle, öncelikle bağımsız dağıtıcılar ile anlaşmak yoluna gitmesi söz konusu olur.

Dağıtıcılar da, yeni piyasaya giren bir ürünün dağıtımını üstlenmek konusunda genellikle isteksiz davranacaktır. Dağıtıcıların bu yaklaşımında yeni pazara giren bir ürünün, mevcut ürünler karşısında markalar arası rekabette geri planda kalma ihtimalinin bulunması rol oynar. Dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcıların bu korkularını

haffifletmek ve onları en azından marka içi rekabet açısından rahatlatmak üzere, bölge tahsisi veya müşteri grubu tahsisi gibi münhasırlıklar öngörülmektedir⁸².

1.2.2.3 Vazgeçme Probleminin Çözümü ve Know-how'ın Korunması

Bazı dağıtım sistemlerinde sağlayıcı veya dağıtıcıların, dağıtılacak ürünün nitelikleri veya pazarın özellikleri nedeniyle önemli yatırımlar yapmaları gerekir⁸³. İşte böyle durumlarda, dağıtım anlaşmasına doğrudan doğruya bağlı olup, anlaşmanın sona ermesi halinde başka bir amaç için kullanılamayacak veya ancak değerinin çok altında bir fiyatla elden çıkarılabilecek olan yatırımlar, vazgeçme sorununu doğurmaktadır⁸⁴.

Vazgeçme probleminin çözümü, anlaşmaya doğrudan bağlı olan yatırımı yapan tarafın, bu yatırımı için yapacağı masrafı anlaşma süresi içinde geri alabilmesidir ki, dağıtım anlaşmalarında yer verilen bazı dikey kısıtlamalar bu amaca hizmet edebilmektedir⁸⁵. Örneğin, dağıtıcıya bölge veya müşteri münhasırlığı verilmesi gibi dikey kısıtlamalar, vazgeçme probleminin çözümünde rol oynayabilir.

Rekabet Kurulu'nun endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren anlaşmalar ve fiili münhasırlık yaratan faaliyetlere ilişkin 08-33/421-147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararında vazgeçme probleminin çözümünde tek marka anlaşmalarının çok etkili olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, vazgeçme

⁸² Bu nevi kısıtlamalar sağlayıcı dağıtım ağı kurulumunu ve netice olarak pazara girişi kolaylaştırıcı olabilmektedir. Bkz. Kılavuz, s. 24.

⁸³ Örneğin, ürünün nitelikleri gereği dağıtıcının özel bir depolama sistemi kurması gerekebilir.

⁸⁴ Bkz. Alper Karakurt, **Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 67 Ankara 2005, s. 25.

⁸⁵ Bkz. Kılavuz, s. 24.

⁸⁶ Rekabet Kurulu'nun 08-33/421-147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararı. Kurul, Coca-Cola ile bayilerinin nihai satış noktaları ile yaptıkları anlaşmaların muafiyetinin geri alınmasına ilişkin 07-70/864-327 sayılı ve 10 Eylül 2007 tarihli kararında da benzer açıklamalara yer vermiştir. Kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

problemi, sözleşmeye özgü veya ticari ilişkiye özgü yatırımlarda ortaya çıkmaktadır. Bu tip yatırımların özelliği, sağlayıcı tarafından yapılması durumunda anlaşma sona erdikten sonra diğer alıcıların ihtiyaçlarını karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında önemli ölçüde değerini yitirmesidir. Bu problemin ortaya çıktığı durumda sağlayıcı yatırımını amorti edemeyeceğinden ötürü yatırım yapmaktan vazgeçecektir. Kurul'a göre, bu sorunu çözmek için sağlayıcının dağıtıcı üzerine rekabet etmeme yükümlülüğü veya miktar zorlama şartı getirmesi söz konusu olabilir.

Anılan kararda, vazgeçme probleminin ortaya çıkması için gereken koşullardan da bahsedilmiştir. Bu koşullardan ilki, yatırımın alıcıya özgü olmasıdır. İkinci koşul, kısa zamanda telafi edilemeyecek uzun dönemli bir yatırım olması ve üçüncüsü ise, yatırım asimetrik olması, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin taraflarından birinin diğerine göre daha fazla yatırım yapmış olmasıdır.

Vazgeçme problemi know-how devri gerektiren durumlarda da ortaya çıkabilir. Sağlayıcının know-how'ının dağıtıcıya devri, dağıtım anlaşmanın yerine getirilebilmesi için vazgeçilmez bir unsur teşkil ediyorsa, sağlayıcı tarafından anlaşmaya konulması talep edilen bazı rekabet kısıtlamaları know-how'ın korunması için - anlaşma süresince ve anlaşmanın sona ermesinde sonraki dönemde de geçerli olacak şekilde - ve bu amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoş görülebilmektedir⁸⁷.

1.2.2.4 Diğer Olumlu Etkileri

Dağıtım anlaşmalarında yer verilen kısıtlamaların olumlu etkileri arasında, ürünlerin dağıtımında belirli bir tekdüzeliğin ve standardın sağlanması da bulunur. Yine bu çerçevede ürünlerin satış ve sürümünün artırılması, tüketicilere daha iyi hizmet sunulması da sayılabilir.

⁸⁷ Rakip ürünleri satmama vb yükümlülükler. Ayrıca bkz. Kılavuz, s. 24.

Dağıtım anlaşmalarında öngörülen dikey kısıtlamalardan bir kısmı üretici veya sağlayıcıların belirli nitelikleri taşıyan veya belirli sayıdaki dağıtıcılar ile çalışmalarını ve böylece ölçek ekonomilerinden faydalanmalarını sağlamaktadır. Bunun sonucu olarak da, üretici veya sağlayıcılar ürünlerini nihai tüketicilere benzer dağıtım sistemleri bulunmayan rakiplerine nazaran daha düşük fiyatlarla ulaştırabilmektedir⁸⁸. Komisyon'un Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzunda, sermaye piyasalarının başarısız işleyişinin önüne geçilmesi de olumlu etkiler arasında sayılmıştır. Komisyon'a göre, bazı durumlarda bankalar üretici veya sağlayıcıya gerek duyduğu sermayeyi sağlayamazlar. İşte bu gibi hallerde, üretici veya sağlayıcı gerekli kaynağı dağıtıcısından sağlayabilir⁸⁹.

1.3 Dağıtım Anlaşmalarının Türk Rekabet Hukukunda Tabi Olduğu Hukuki Rejim

1.3.1 Genel Olarak

Ürünlerinin dağıtımını etkin bir şekilde sağlamak isteyen üretici ve sağlayıcılar, ürünleri nihai tüketiciye ulaştırmaya hazır çok çeşitli dağıtıcılar ile görüşür ve aralarında gerçekleşecek her bir satım ilişkisini kapsayacak çerçeve anlaşmalar imzalarlar. İşte bu “tek düze sözleşmeler topluluğu⁹⁰”, dağıtım ağlarının kurulmasına imkân verir⁹¹.

Üretici veya sağlayıcı bu tek düze sözleşmeler ağını kurarken, pazara sunmayı istedikleri ürün veya ürünlerin dağıtımını gerçekleştirecek olan dağıtıcılar, gösterecekleri ticari faaliyetin risklerine karşılık, üretici veya sağlayıcıdan bazı

⁸⁸ Bazı dikey kısıtlamalar taraflar arasında bilgi asimetrisini ortadan kaldırdıkları için, özellikle bir tarafın diğerine kredi kullandığı hallerde söz konusu olmaktadır.

⁸⁹ Bkz. dn. 25, s. 22, p. 116 vd.

⁹⁰ Bkz. Leloup, s. 67.

⁹¹ Bkz. Amiel-Cosme, s. 1.

taleplerde bulunmaktadır. Bu talepler arasında, her bir dağıtıcıya tahsis edilen faaliyet bölgesi veya müşteri çevresini koruyucu hükümler, en yaygın olanlarıdır.

Dağıtım sözleşmelerinde yer alan bazı dikey kısıtlamaların, ilgili pazarın yapısına, anlaşma taraflarının ve rakiplerinin pazar güçlerine de bağlı olarak, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabildiklerini çalışmamızın giriş kısmında da belirtmiştik. Nitekim bir ürün pazarının farklı dikey kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki ürün alım-satımı veya yeniden satım şartlarını düzenleyen her anlaşma, söz konusu pazarın arz, talep, fiyat vb. parametrelerini, yapısını, gelişimini, bu pazara giriş veya çıkışları mutlaka etkiler. İşte bu nedenle rekabet hukuku, dikey anlaşmalar ve özellikle dağıtım anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler öngörmekte ve bu anlaşmaların pazardaki olumlu ve olumsuz etkilerini dengelemeyi amaçlamaktadır.

RKHK'un 4/I maddesi ve ATA'nın mehzaz 101/I maddesi, teşebbüsler arasında yapılan ve rekabeti kısıtlamak amacı veya etkisi taşıyan tüm anlaşmaları, dikey veya yatay anlaşma ayırımı yapmaksızın yasaklamaktadır⁹². Bu genel yasak, RKHK m. 4/III ve ATA m. 101/III ile yumuşatılmış ve teşebbüslere rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etki içeren anlaşmalarını, eğer şartları taşıyorlar ise, bireysel muafiyetten faydalandırarak, yasaktan kurtarma imkânı tanınmıştır. Bu imkân, gerek Türk gerekse Topluluk uygulamasında sayısız dağıtım anlaşmasının bireysel muafiyete kavuşmasını sağlamıştır.

Bireysel muafiyetin her bir anlaşma için ilgili rekabet otoritesine başvurma ve her bir anlaşma için ayrı karar almayı zorunlu kılması, bu usulün bazı sektörlerde, özellikle teşebbüslerin ürünlerinin dağıtımı için dağıtıcılar ile birbirinin aynısı, diğer bir ifadeyle blok veya grup anlaşmalar imzaladıkları sektörlerde neden olacağı zaman kaybı ve gereksiz masraflar dikkate alınarak, grup muafiyeti sistemi

⁹² RKHK m. 4 ve ATA m. 101'in uygulanması ve yatay dikey anlaşma ayırımına ilişkin hususlar ileride incelenecektir.

öngörülmüştür⁹³. RKHK m. 4/III Rekabet Kurulu'na ve Topluluk hukukunda ise ATA m.101/III ile Komisyon'a grup muafiyeti düzenlemeleri yapmak yetkisi vermiştir⁹⁴.

Rekabet Kurulu, RKHK'un 4/III maddesi hükmü ile kendisine verilen yetkiyi kullanmış, faaliyetine başladığı 1997 yılından itibaren çeşitli grup muafiyeti tebliğleri çıkarmıştır. Aşağıda sayılan tebliğlerden ilk beşi halen yürürlükte olup, diğerleri yürürlükten kaldırılmıştır:

- Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2002/2 (“2002/2 sayılı Tebliğ”)⁹⁵
- Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2005/4 (“2005/4 sayılı Tebliğ”)⁹⁶
- Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, No: 2008/3 (“2008/3 sayılı Tebliğ”)⁹⁷
- Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2008/2 (“2008/2 sayılı Tebliğ”)⁹⁸
- Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2003/2 (“2003/2 sayılı Tebliğ”)⁹⁹

⁹³ Türk rekabet hukukunda “grup muafiyeti” olarak adlandırılan sistem, AT rekabet hukukunda “blok muafiyeti” olarak adlandırılmaktadır.

⁹⁴ Anlaşma'nın 85/III (yeni 101/III) maddesinin Belirli Kategorideki Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2 Mart 1965 tarihli 19/65 sayılı Konsey Tüzüğü, m. 1, ATRG, C 036, 6 Mart 1965.

⁹⁵ 2003/3 ve 2007/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri İle Değişik Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2, RG 14.07.2002 tarih ve 24815 sayı.

⁹⁶ Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2005/4, RG 12.11.2005 Tarih ve 25991 sayı.

⁹⁷ Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, Tebliğ No: 2008/3, RG 01.02.2008 tarih ve 26774 sayı.

⁹⁸ Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/2 tarih, RG 23.01.2008 ve 26765 sayı.

⁹⁹ Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2003/2, RG 27.08.2003 tarih ve 25212 sayı.

- Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No:1998/3 (“1998/3 sayılı Tebliğ”)¹⁰⁰
- Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No:1998/7 (“1998/7 sayılı Tebliğ”)¹⁰¹
- Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No:1997/4 (“1997/4 sayılı Tebliğ”)¹⁰²
- Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No:1997/3 (“1997/3 sayılı Tebliğ”)¹⁰³

Biz çalışmamızın bu bölümünde, ilk olarak RKHK m. 4/I’de düzenlenen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin yasak ve bu yasağın hüküm ve şartlarının dağıtım anlaşmalarına uygulanma esaslarını inceleyeceğiz. Bu incelemelerimizden sonra, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen bireysel muafiyet şartları ve 2002/2 sayılı Tebliği ile düzenlenen grup muafiyeti hükümlerini, zaman zaman Topluluk düzenleme ve uygulamaları ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alıp değerlendireceğiz.

¹⁰⁰ 2000/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 1998/3, RG 01.04.1998 tarih ve 23304 sayı.

¹⁰¹ Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No:1998/7, RG 16.12.1998 tarih ve 23555 sayı.

¹⁰² Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No:1997/4, RG 09.09.1997 tarih ve 23105 sayı.

¹⁰³ Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No:1997/3, RG 04.09.1997 tarih ve 23100 sayı.

1.3.2 Dağıtım Anlaşmalarının Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Yasağı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

1.3.2.1 Yasal Düzenleme

RKHK m. 4 birden fazla teşebbüsün aralarında yapacakları anlaşma veya uyumlu davranışlar veya teşebbüs birliği kararları vasıtasıyla rekabeti sınırlamalarını yasaklamaktadır¹⁰⁴. Buna göre:

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,*
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*
- c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,*
- d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*

¹⁰⁴ 6 Kasım 1995 tarihli İsviçre Karteller Kanunu m. 5 uyarınca, teşebbüsler arası bir anlaşmanın hukuka aykırı, diğer bir ifadeyle yasak sayılması için, İsviçre içerisinde bir veya birden fazla pazarda rekabetin hissedilir şekilde kısıtlanmasının kaynağında bulunması gereklidir. 18 Şubat 2002 tarihli Dikey Anlaşmaların Değerlendirilmesine İlişkin Duyuru'nun 3. maddesinde ise, bu hüküm anlamında rekabetin hissedilir şekilde kısıtlanmasının kaynağında farz edilen hükümlerin bir listesi verilmiştir. Bunlar; doğrudan veya dolaylı olarak yeniden satış fiyatı veya minimum satış fiyatı tespitini içeren hükümler, doğrudan veya dolaylı olarak yeniden satıcının faaliyet göstereceği bölge veya müşteri çevresini sınırlayan hükümler, seçici dağıtım sisteminde seçici dağıtıcının son tüketiciye satış yapmasının sınırlandırılması, seçici dağıtım sisteminde seçilmiş dağıtıcılar arasındaki satışların sınırlandırılması, sağlayıcının anlaşmaya taraf olan tacirler haricinde üçüncü kişilere (son tüketici, tamir atölyeler vs.) birleştirilecek parçalar ve yedek parçalar satmasının engellenmesi, anlaşma süresince 5 yılı aşan ve sözleşmenin sona ermesinden itibaren 1 yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleridir. Kanun'un tam metni için bkz. <http://www.admin.ch/ch/e/rs/251/index.html>.

- e) *Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*
- f) *Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,*

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

RKHK m. 4’ün mehzası ATA’nın ortak pazarda rekabeti bozabilecek olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların yasaklanmasına ilişkin 101. maddesi ise şöyledir¹⁰⁵:

- “1. Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi ortak pazarda rekabeti önlemek, kısıtlamak veya bozmak olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve teşebbüs birliği kararları ve özellikle:*
- *alış veya satış fiyatının ya da diğer ticari koşulların, doğrudan veya dolaylı olarak, belirlenmesi,*
 - *üretimin, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımların kısıtlanması veya kontrol edilmesi,*
 - *pazar veya arz kaynaklarının kontrol edilmesi,*
 - *eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, tarafları birbirleri ile rekabet edilebilirlikleri bakımından dezavantajlı duruma getirecek şekilde farklı koşulların uygulanması,*

¹⁰⁵ Doktrinde Whish tarafından da ifade edildiği üzere, ATA m. 101’in politikası, bağımsız teşebbüsler arasında rekabeti engelleyen, kısıtlayan veya bozan işbirliğini yasaklamak; özellikle, kartellerin ve “siyah” (hard core) rekabet kısıtlamalarının ortadan kaldırılmasıdır. Bkz. Whish, s. 97.

- sözleşmelerin, niteliği veya ticari yaşamın gereği bu tür sözleşmeler ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması,

ortak pazar ile bağdaşmayacağı için yasaktır.

2. Bu madde çerçevesinde yasaklanan anlaşma ve kararlar kendiliklerinden geçersizdir.

Ancak, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde, 1. fıkra hükümleri uygulanmayabilir. Söz konusu teşebbüsler arası anlaşma ya da anlaşmalar, teşebbüs birliği karar ya da kararları, uyumlu davranış ya da uyumlu davranışlar,

- malların üretim veya dağıtımının gelişimine katkıda bulunmalı veya teknik ya da ekonomik gelişimi güçlendirmeli ve bu arada tüketicilerin de ortaya çıkan faydadan hakça bir pay almaları sağlanmalı, ancak;
- söz konusu işletmeler bakımından, bu amaçlara ulaşılabilmesi için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar öngörmemeli,
- ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılması imkânı yaratmamalıdır.”

RKHK’un 4. maddesi ile ATA’nın 101. maddesinde yer verilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yasağı, yatay veya dikey anlaşmalar ayırımını dikkate almamış ve her iki tür anlaşmayı ortak bir düzenlemeye tabi tutmuştur. İki hükmün de lafzından anlaşılacağı üzere, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı ve bu nedenle yasaklanıp yasaklanmayacağına tespitinde, anlaşmanın taraflarının üretim veya dağıtım sürecinin aynı veya farklı aşamalarında faaliyet göstermeleri, rakip konumunda olup olmamaları değil, bahsi geçen anlaşma ile ulaşmak istedikleri amaç ve bu amacın ilgili pazardaki etkilerinin rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı önemlidir¹⁰⁶.

Aynı yaklaşım RKHK m. 4 gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir:

“Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür

¹⁰⁶ Burada rekabetin potansiyel olarak etkilenmesinin de yasaklama kapsamına girdiği unutulmamalıdır.

anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkra da zikredilen örnekler tahdidi değil tadadidir.”

1.3.2.2 Anlaşma

1.3.2.2.1 Tanım

Anlaşma ve sözleşme terimleri, borçlar hukukunda aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Her iki terim, genel bir tanım vermek gerekirse, “arzu edilen hukuki sonucun meydana gelmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşimi” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁷. Nitekim bu iki terim, birbirlerinin yerine kullanılabilir.

Rekabet hukukunda ise, yalnızca anlaşma terimi öngörülmuş ve borçlar hukukundan farklı olarak, sözleşme terimi ile aynı anlamda değil, geniş bir anlamda kullanılmıştır. Nitekim RKHK m. 4 ile ATA m. 101’de yer verilen “anlaşma” terimi, borçlar hukuku hükümlerine uygun olarak kurulmuş ve geçerliliğini sürdüren bir sözleşmeden farklı bir kavramı ifade etmek üzere tercih edilmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Kemal Oğuzman/Nami Barlas; **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (“Medeni Hukuk”)**, İstanbul 2007, s. 130. Tekinay ise sözleşmeyi, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma şeklinde tanımlamaktadır. Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop/Tekinay; **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul 1988, s. 65.

¹⁰⁸ Rekabet hukukunda “anlaşma” kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Osman Berat Gürzumar, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi, Sayı 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 3–28 vd. (Anılış: Gürzumar, “Geçersizlik”).

Anlaşma terimi Rekabet Kurumu'nun resmi internet sitesinde şöyle tanımlanmaktadır¹⁰⁹:

“Rekabet hukukunda anlaşma, birbirleriyle rekabet halinde olması gereken teşebbüslerin, karşılıklı faydalar temin etmek amacıyla, gizli veya açık irade veya davranış birlikteliklerine yönelik düzenlemelerini ifade etmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı bu düzenlemeler genellikle; fiyat, ürün, pazarlama veya müşteri gibi ekonomik hayat açısından büyük önem arz eden parametreleri kapsamaktadırlar.”

Rekabet hukukundaki anlaşma kavramı ile borçlar hukukundaki sözleşme kavramı arasındaki farklar yukarıdaki tanım ve Kurul kararları ile doktrin tespitleri çerçevesinde incelenmelidir. Bu farklılıklardan ilki, borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca sözleşmelerin - kural olarak - herhangi bir şekil şartına bağlanmaması, sözlü dahi kurulabilmeleri mümkün ise de, bazı sözleşmeler bakımından geçerlilik şartı olan şekil şartlarının bulunmadır. Rekabet hukukunda ise anlaşmalar hiçbir şekil şartına bağlanmamıştır. Demek ki, borçlar hukukunda bazı istisnaları bulunan şekil serbestîsi ilkesi, rekabet hukukunda istisnasız olarak uygulanmaktadır¹¹⁰. Doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği üzere, teşebbüsler arasında gerçekleşen yazılı, sözlü, açık veya zımni her türlü irade uyuşması rekabet hukuku bakımından anlaşma kavramına dâhildir¹¹¹.

¹⁰⁹ Rekabet Kurumu'nun resmi internet sitesinde RKHK m. 4 anlamında “anlaşma” tanımına ilişkin açıklamalar, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=54&ustId=53>

¹¹⁰ Borçlar hukukunun, hatta daha genel olarak, özel hukukun temel prensibi sözleşmelerin şekle bağlı olmamasıdır. Nitekim bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için kanunda belirli bir şekil öngörülmemiş, diğer bir ifadeyle tarafların sözleşmeyi teşkil eden iradelerini belirli şekli kalıplar içinde açıklamaları zorunluluğu mevcut değil ise, şekil serbestliğinden bahsedilir. Sözleşen taraflar iradelerini diledikleri biçimde, sözlü, yazılı, resmi bir senetle veya fiilî bazı davranışlar ya da yalnızca susarak, açığa vurabilirler. Bu prensip BK m.11/1’de “akdın sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir” şeklinde ifade edilmektedir. Borçlar hukukunda şekil serbestîsi prensibine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 129 vd.

¹¹¹ Nitekim doktrinde Aslan ve Aksoy tarafından da ifade edildiği üzere, Rekabet Kurulu anlaşmaların yazılı ve imzalı olmasını aramadığı gibi, teşebbüsleri ilzam ve temsil yetkisine sahip olmayan personelin dahi, rakip teşebbüslerle ulaştığı yazılı veya sözlü mutabakatları, eğer

Kısaca, borçlar hukukunca benimsenen geçerlilik koşullarına uymasa bile, tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma, rekabet hukukunda anlaşma kapsamında değerlendirilmekte ve herhangi bir şekilde varlığı tespit edilemese dahi, teşebbüslerin bağımsız iradelerinin yerin geçen işbirliği veya koordinasyon doğurucu ilişkiler de anlaşma olarak ele alınmaktadır¹¹². Aynı değerlendirme, RKHK'un 4. maddesinin gerekçesinde aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır¹¹³:

“Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.

Rekabet hukukundaki anlaşma ile borçlar hukukundaki sözleşme arasındaki bir diğer fark ise, borçlar hukukunda sözleşmenin tarafları için bağlayıcı olması, tarafların belirli bir yönde davranmak veya belirli bir davranıştan kaçınmaya ilişkin irade ve yükümlülüğünü ortaya koymasına karşın, rekabet hukuku anlaşmalarında böyle bir niteliğin aranmamasıdır. Nitekim doktrin ve Rekabet Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, taraflar arasında bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları dahi, tarafların anlaşmaya fiilen uymaları ve ilgili pazarda rekabetin kısıtlanması halinde

teşebbüslerin bilgileri veya yönlendirmeleri doğrultusunda gerçekleştirilmiş veya ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu etkiler doğurmuş ise, anlaşma olarak kabul etmektedir. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 143 ve M. Nazlı Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi no:9, Ankara 2004, s. 23.

¹¹² Rekabet Kurulu'nun 93/750-159 sayılı ve 26 Kasım 1998 tarihli Yücel Gaz Kararı. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği sağlayan, doğrudan veya dolaylı ilişkiler de, eğer aynı sonucu doğuruyorsa, yasaklanmıştır.” Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

¹¹³ Bkz. Gürzumar, “Geçersizlik”, s. 22.

“anlaşma” kavramı içinde kabul edilmektedir¹¹⁴. Aynı şekilde, doktrinde Whish hukuken uygulanabilir sözleşmeler yanında, centilmenler sözleşmelerinin ve hatta daha basit irade uyuşmalarının dahi, hukuken bağlayıcı olmasalar bile, anlaşma kavramı içerisinde değerlendirileceğini benimsemektedir¹¹⁵.

Rekabet Kurulu’nun 05–57/850–230 sayılı ve 13 Eylül 2005 tarihli kararında “centilmenlik anlaşmaları” ile “sözlü anlaşmaların” RKHK m. 4 kapsamında değerlendirildiği ve “anlaşma” kavramına dâhil kabul edildiği görülmektedir¹¹⁶:

“Sözleşme olmasa bile, rekabet ortamını bozan her türlü ilişkinin uygulamaya sokulması da anlaşma niteliğindedir. Ayrıca, rekabeti kısıtlayıcı, sınırlayıcı, ya da ortadan kaldırıcı etkileri nedeniyle, "centilmenlik anlaşmaları" ve "sözlü anlaşmalar" da 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. ATAD, bu tür uygulamaları anlaşma olarak kabul etmektedir.”

Aynı şekilde, ATAD’ın 15 Temmuz 1970 tarihli ve 41/69 dosya numaralı ACF Chemiefarma kararında da, taraflar arasındaki önceki tarihli bir anlaşmada değişiklik yapılmasını öngören yazılı ancak imzasız iki sayfadan oluşan bir centilmenler anlaşması, ATA m. 101/I anlamında anlaşma kabul edilmiştir¹¹⁷. Nitekim ATIDM de bir kararında, anlaşmanın varlığından bahsedebilmek için yalnızca tarafların iradelerinin uyuşmasının yeterli olacağını altını çizmiştir¹¹⁸. Komisyon’un PVC

¹¹⁴ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 142 vd., Güven, s. 145, Gamze Aşçıoğlu Öz: **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara 2000 s. 67, Ünal Tekinalp/Gülören Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul 2000, s. 393.

¹¹⁵ Bkz. Whish, s. 97–98.

¹¹⁶ Rekabet Kurulu’nun 05–57/850–230 sayılı ve 13 Eylül 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

¹¹⁷ ATAD’ın 41/69 sayılı ve 15 Temmuz 1970 tarihli ACF Chemiefarma k. Komisyon Kararı, [1970] ECR 661.

¹¹⁸ ATIDM’nin T–41/96 sayılı ve 26 Ekim 2000 tarihli Bayer k. Komisyon Kararı, [2000] ECR 3383. Anılan kararı ile İlk Derece Mahkemesi, Komisyon’un ilaç toptancılarının üreticinin ihracatı engelleyen tek taraflı bir davranışına, yeni şirket politikasına uyduklarına karar vermiştir. Nitekim toptancıların söz konusu üretici ile ticari ilişkileri devam etmiştir. Mahkeme ise anlaşmayı taraf iradelerinin uyuşması olarak tanımlamış ve somut olayda Komisyon tarafından bahsedilen belgelerin dahi toptancıların anılan politikaya aykırı hareket ettiklerini

kararı da, anlaşma kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri ile çok önemlidir¹¹⁹:

“Bir kısıtlamanın m. 85 (yeni 101) kapsamında anlaşma sayılabilmesi için, tarafların bu uyuşmanın hukuken bağlayıcı olduğunu düşünmeleri kesinlikle gerekli değildir. Nitekim gizli bir uyuşmada da, taraflar davranışlarının hukuka aykırılığını tamamen bilmeleri halinde, bu bozucu ayarlamalarının sözleşmesel bir gücü olması üzerinde anlaşmamışlardır. 85. madde (yeni 101) anlamında bir anlaşma, tarafların pazarda karşılıklı olarak yapacakları veya kaçınacakları hareketlere ilişkin ticari özgürlüklerini kısıtlayan veya kısıtlama amacını taşıyan bir plan üzerinde anlaşmaları halinde mevcuttur. Medeni hukuk sözleşmeleri için aranan herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ayrıca bu uyuşmanın yazılı olarak gerçekleştirilmesi de gerekli değildir.”

Nitekim Komisyon Soda-ash/Solvay kararında, bir anlaşmanın varlığından bahsetmek için ilgili ülkenin icra kurumları tarafından ve icra usulleri uyarınca uygulanabilir bir irade uyuşmasının aranmayacağını, ilgili pazarda tarafların karşılıklı hareket veya hareketsizliklerinin esaslarını tespit ederek, onların ticari özgürlüklerini sınırlayan veya sınırlamayı amaçlayan bir konuda uzlaşmaya varmalarının yeterli olacağını belirtmiştir¹²⁰.

Avrupa doktrininde tartışılan bir husus ise, tek bir teşebbüs tarafından alınan (tek taraflı bir karar) açık bir kararın, diğer teşebbüsler tarafından aynen uygulanması halinde, bu teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığından bahsedilip, rekabeti kısıtlayıcı sonuçları var ise, ATA m. 101 çerçevesinde soruşturma yapılıp yapılmayacağıdır. Bu konudaki genel yaklaşım, bir teşebbüs tarafından tek taraflı olarak alınmış dahi olsa, diğer teşebbüsler tarafından aynen uygulanan bir kararın

ortaya koyduğunu açıklamıştır. Mahkeme bu nedenle, somut olayda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını kabule imkân verecek bir irade uyuşmasının bulunmadığına karar vermiştir.

¹¹⁹ Komisyon’un 89/190 sayılı ve 21 Aralık 1988 tarihli PVC Kararı, ATRG, L. 74, 17 Mart 1989.

¹²⁰ Komisyon’un IV/33.133-B sayılı ve 19 Aralık 1990 tarihli Soda-ash-Solvay k. CFK Kararı, ATRG, L 152/16, 23 Aralık 1990.

anlaşma kavramı içinde değerlendirileceği ve ATA m. 101'in uygulama alanına girileceği yolundadır¹²¹. Örneğin Komisyon, taraflardan birinin diğerine gönderdiği bir kılavuzu, aynı şekilde üreticinin dağıtıcılarına gönderdiği sirküler veya uyarı mektuplarını, taraflar arasında mevcut olan anlaşmanın bir parçası olarak kabul edip, ATA m. 101 çerçevesinde incelemiştir¹²². ATAD da, 19 Eylül 1985 tarihli ve 25/84 ile 26/84 dosya numaralı Ford AG k. Komisyon kararlarında, Ford AG'nin Alman dağıtıcılarına gönderdiği ve İngiltere'ye sağdan direksiyonlu araba ihracatını

¹²¹ Bkz. André Decocq/Georges Decocq, **Droit de la Concurrence Interne et Communautaire**, Paris 2004, s. 291, p. 222. Ayrıca bkz. Jones/Sufrin, s. 148–150; Van Bael, s. 40–41; Lennart Ritter/W. David Braun, **European Competition Law: A Practitioner's Guide**, Kluwer Law International, Lahey 2004 s. 100–101.

¹²² İlk örneğe ilişkin olarak, bkz. Whish, s. 98, dipnot 154'te anılan kararlar. İkinci örnekte ise, Komisyon'un bu yaklaşımı sergilediği Volkswagen Kararı (COMP/F–2/36.693 sayılı ve 29 Haziran 2001 tarihli Volkswagen Kararı, ATRG, L262/14, 2 Ekim 2001).

Volkswagen kararında, Komisyon şirketi VW Passat model arabaların satış fiyatlarına ilişkin olarak dağıtıcılarına tek fiyat uygulaması yapması nedeniyle 30.96 milyon Euro para cezasına çarptırmıştır. Somut olayda Volkswagen, dağıtıcılarına Passat arabaları indirimli fiyattan satmamaları konusunda uyarı sirküler ve uyarı yazıları göndermiştir. Komisyon'a göre söz konusu sirküler ve mektuplarda belirtilen şartlar, dağıtıcıların taraf olduğu anlaşmaların ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Komisyon, seçici dağıtım sistemlerinde üretici tarafından dağıtıcılara gönderilen uyarı ve sirkülerlerin, dağıtıcının muvafakatini ispatlamak zorunlu olmaksızın, sözleşmesel ilişkiye dâhil hale geldiği görüşündedir.

ATIDM, Komisyon'un bu görüşünü kabul etmemiş ve Volkswagen k. Komisyon Kararını bozmuştur. T–208/01 sayılı ve 3 Aralık 2003 tarihli Volkswagen k. Komisyon Kararı, [2003] ECR, I–5141, [2004] 4 CMLR 727, p. 30–68. ATIDM'in kararı, temyizden Adalet Divanı'na gelmiştir. Divan, bir sözleşmede yer alan hukuka uygun bir hükmün, 81. maddeye (yeni m. 101) aykırı taleplere izin vermeyeceğini ifade etmiş ve Mahkeme ile aynı sonuca yani, Komisyon'un sözleşmenin varlığını ortaya koymakta başarısız olduğu sonucuna ulaşmıştır. ATAD kararı için bkz. 74/04 sayılı ve 2 Haziran 2004 tarihli Komisyon k. Volkswagen Kararı, [2006] ECR I–6585. Kararın ilgili kısmı ise şöyledir:

“ATA m.81/I anlamında bir anlaşmanın varlığından bahsedebilmek için, görünüşte tek taraflı olan bir hareket veya davranışın, en az iki tarafın rakip iradelerinin ürünü olması yeterlidir. Bu rekabetin ifade edildiği şekil, kendi kendine belirleyici değildir. Bununla beraber, bir rekabet ihlâlinin varlığına ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesine ve masumiyet karinesi prensibinin yıkılmasına neden olabilir.

Bir motorlu taşıt üreticisinin dağıtıcılarına yaptığı bir çağrı, tek taraflı bir davranış değil, taraflar arasında daha önceden beri uygulanagelen bir sözleşmenin parçası ise, ATA m. 81/I anlamında bir sözleşmedir. Tabii ki bu durum, bir motorlu taşıt üreticisinin dağıtıcılarına gönderdiği her çağrının ATA m. 81/I anlamında anlaşma sayılacağı şeklinde yorumlanmamalı ve Komisyon'un her bir somut olayda tarafların dağıtım anlaşmasına yönelik iradelerini ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Tarafların iradeleri, bahsi geçen dağıtım anlaşması hükümlerinden anlaşılabilirliği gibi, tarafların davranışlarında ve özellikle motorlu taşıt üreticisi tarafından öngörülen kurallara dağıtıcıların sessizce uyması olasılığında da ortaya çıkabilir.”

yasaklayıcı sirkülerinin daha önceden kurulmuş bir anlaşmanın parçası olarak değerlendirmiştir¹²³.

Anılan sirküler, Alman dağıtıcılara İngiltere'den alacakları sağdan direksiyonlu araba taleplerini karşılama ve böyle talepleri İngiltere'deki yetkili dağıtıcılara yönlendirmelerini işaret etmektedir. Divan, Ford tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve dağıtıcılara gönderilen bu sirküleri, tek taraflı bir davranış olarak değerlendirmemiş ve taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir anlaşmanın göstergesi saymıştır.

ATAD bu yorumunu, dağıtıcıların Ford AG dağıtım ağına kabulünün, Ford'un satış politikalarının kabulüne bağlı olduğu ve dolayısıyla Ford'un Alman dağıtıcıların İngiltere'ye sağdan direksiyonlu araba ithalatını yasaklama kararının, Alman dağıtıcılar tarafından kabul edildiği ve böylece taraflar arasında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma kurulduğu şeklinde gerekçelendirmiştir.

Divan'ın bu yorumu, dağıtıcıları belirli bir dağıtım ağına girmekle, ağın kurucusu teşebbüsün sonradan tek taraflı olarak getirebileceği rekabet kısıtlamalarını kabul edecekleri ve davranışlarının bu kısıtlamalara uygun olması halinde doğrudan rekabete aykırı bir anlaşmanın tarafı sayılmaları gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Bize göre, bir dağıtıcının üyesi olduğu dağıtım ağının kurucu teşebbüsü tarafından dikte ettirilen rekabete aykırı bir kısıtlamaya, dağıtım ağından çıkarılmak yaptırımını ile karşılaşmamak için uygun hareket etmesi ile, iki teşebbüsün anlaşarak pazar paylaşması veya bir üretici ile hammadde sağlayıcısının hammaddenin ilgili pazarda hangi teşebbüslere satılacağı hususundaki anlaşmalarını aynı şekilde değerlendirmek doğru değildir. Nitekim ilk örnekte dağıtıcı teşebbüsler, üretici ile aralarındaki dağıtım ilişkisinin sona erdirilmesi korkusu veya sona erdirilmemesi

¹²³ ATAD'ın 25/84 ile 26/84 sayılı ve 19 Eylül 1985 tarihli Ford AG k. Komisyon Kararı, [1985] CMLR 2725.

gerekçesi ile, gerçek ve serbest iradelerinin yönelmediği bir rekabet kısıtlamasına taraf olmak zorunda bırakılmaktadır. Her ne kadar, RKHK m. 4 ve ATA m. 101’de yer verilen anlaşma kavramı ve yasak hükmü, taraf teşebbüslerin özgür ve gerçek iradelerinden bahsetmiyor ise de, bu kıstası dışlamamaktadır da. Dolayısıyla burada tartışılması gereken, taraflarından birinin diğer tarafın baskısı veya tehdidi ile dâhil olduğu bir rekabete aykırı uygulamanın RKHK m. 4 anlamında bir anlaşmanın sayılıp sayılmayacağı, eğer sayılacaksa, taraflara uygulanacak cezanın tespitinde bu baskı veya tehdidin dikkate alınıp alınmayacağıdır.

Bize göre bu sorunun cevabı borçlar hukuku teorisinden hareketle bulunacaktır. Şöyle ki, borçlar hukukunda bir tarafın diğerini zorlayarak veya korkutarak bir sözleşmeye razı etmesi halinde, söz konusu sözleşme BK m. 29 çerçevesinde irade sakatlığı ile malûldür ve *bozulabilir geçerlilik* olarak ifade edilen bir geçersizlik hali ile karşı karşıyadır. Ancak, sözleşme kurulduğu anda geçerli olarak doğmuştur ve iradesi sakatlanan tarafın bir itirazı olmaksızın da, geçerli bir şekilde var olmaya devam edecektir¹²⁴.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, taraflarından birinin diğerinin rekabeti kısıtlayıcı taleplerini kabul etmek zorunda bırakıldığı anlaşmaların da, rekabet hukuku anlamında anlaşma kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Nitekim bu anlaşmaların bazı hükümlerinin RKHK m. 4 uyarınca rekabete aykırı kabul edilip yasaklanması ve taraf teşebbüslere ceza uygulanması sonraki bir aşamadır.

Netice olarak, biz de rekabet hukukunda anlaşma kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. Oysaki doktrinde anlaşma kavramının dar yorumlanması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır¹²⁵. Örneğin

¹²⁴ Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 168.

¹²⁵ Bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Sınırlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2004, s. 169–170.

Topçuoğlu, rekabet hukukundaki anlaşma kavramının sadece hukuken bağlayıcı mutabakatlar, diğer bir ifadeyle, özel hukuktaki sözleşme kavramıyla sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar bu görüşünü, anlaşma kavramının bağlayıcı gücü dahi bulunmayan karşılıklı beyanları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının hukuki kavram ve kalıplara zarar vereceği şeklinde gerekçelendirmektedir¹²⁶.

Kanaatimizce Topçuoğlu'nun bu sınırlandırıcı görüşünü kabule imkân bulunmamaktadır. Doktrinde Aksoy, Topçuoğlu'nun dar yorum fikrine, rekabet hukukunda karşımıza sıklıkla çıkan kartel anlaşmalarını örnek göstererek karşı çıkmaktadır. Şöyle ki, kartel anlaşmalarında hiçbir hukuki şekil şartına uyulmadığı gibi, bunlar taraflarınca da gizli tutulmaya çalışılan anlaşmalardır. Sadece hukuken bağlayıcı niteliğe sahip irade uyuşmalarının anlaşma olarak nitelendirilmesi, pek çok kartel anlaşmasının RKHK kapsamı dışında kalması gibi sakıncalı bir sonuç doğurabilir¹²⁷.

Bize göre, bir rekabet hukuku kuralı içinde kullanılan bir kavrama ilişkin yorum yaparken, bu kavramı diğer hukuk dallarında da olduğu gibi, rekabet hukukunun genel esasları, söz konusu hukuk kuralının amaçları ışığında değerlendirmek gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen tartışma konusunda, biz RKHK'un rekabete aykırı anlaşmaları yasaklayan 4. maddesinde kullanılan "anlaşma" teriminin yazılı, sözlü, borçlar hukuku anlamında geçerli veya geçersiz, taraflar açısından bağlayıcı olan veya olmayan her nevi irade uyuşmasını kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının uygun olacağını düşünüyoruz. Nitekim aksine bir yaklaşımı benimseyerek, sözlü anlaşmaların veya konusu itibariyle ahlâka veya hukuka aykırı olduğu için BK m.19–20 uyarınca butlanla malûl anlaşmaların ya da uygulamada sıklıkla rastlanan centilmenlik anlaşmalarının 4. madde kapsamı dışında bırakılması, kanun koyucunun bu hükmü koyarken dikkate aldığı amaç ile

¹²⁶ Bkz. Topçuoğlu, s. 169–170.

¹²⁷ Bkz. Aksoy, s. 24.

çelişecektir. Kaldı ki böyle bir dar yorum, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların kanuna (RKHK) aykırı olacağı ve herhalde BK m. 20 hükmüne konu olarak butlanla malûl kalacakları için, RKHK uyarınca yaptırıma tabi tutulmalarını tartışmalı bir hale getireceği nedeniyle kabul edilemez. Benzer bir şekilde, taraflar arasında bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmalarının “anlaşma” kavramına dâhil edilmemesinin de, Kurul kararlarında sıklıkla rastlanan bir piyasa uygulamasının rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin yasak dışında bırakılması sonucunu doğuracağı için, kabulü mümkün görünmemektedir.

Bu başlık altında tartışılması gereken diğer bir husus ise, Komisyon’un Volkswagen kararında ifade edilen bir teşebbüsün tek taraflı rekabete aykırı kararının diğer teşebbüsler tarafından uygulanması şartıdır¹²⁸. Kanaatimizce, Komisyon’un bu yaklaşımı, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, “anlaşma” kavramının geniş yorumlanması bakımından isabetli ise de, RKHK m. 4 ve ATA m. 101 hükmünün lafzı ile çelişmektedir. Keza her iki hükmün lafzı da, anlaşmaların yasaklanması için taraflarınca uygulanmalarını ve ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı etkilerini meydana getirmelerini şart koşmamaktadır. Gerek RKHK gerekse ATA, bir anlaşmanın yasaklanması için tarafların anlaşma ile ulaşmak istedikleri amacın rekabeti kısıtlayıcı olmasını dahi yeterli saymıştır.

Tüm bu nedenlerle, Komisyon’un anlaşmanın taraflarca uygulanmış ve rekabeti bozucu, kısıtlayıcı veya sınırlandırıcı etkiler meydana getirmiş olması koşulunu araması isabetsizdir. Nitekim henüz uygulanmamış veya uygulanmış ancak ilgili pazarda rekabete aykırı etkilerini meydana getirmemiş olması, bir anlaşmanın RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesine engel olmaz. RKHK ve ATA anlaşmaların amaç veya etkileri itibariyle rekabete aykırı olmalarını yeterli saymakta, rekabete aykırı amaçlarını elde etmiş olmalarını aramamaktadır. Aynı şekilde, süreli bir anlaşmanın süresinin sona ermesi halinde dahi, ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etkileri devam

¹²⁸ Bkz. dn. 122.

ediyor ise, yasak kapsamında kabul edilmesi ve yasaklanması kaçınılmaz olacaktır¹²⁹.

Nitekim Komisyon kararında bahsi geçen uygulanma ve ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerini meydana getirme şartı, rekabet hukuku anlamında bir anlaşmanın varlığının kabulü değil (geçerlilik şartı), ancak ve ancak varlığının tespiti (ispat) bakımından söz konusu olabilir. Kanaatimizce, rekabet otoritelerinin kararlarında geçerlilik ile ispat koşullarını ayırımına titizlikle yaklaşmaları yerinde olacaktır.

1.3.2.2.2 Tek Yanlı Davranışlar

Yukarıda açıkladığımız üzere, RKHK m. 4 bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs ile anlaşmasını, bir diğer teşebbüs ile uyumlu eylem içinde olmasını veya bir teşebbüs birliği kararına iştirak etmesini düzenlenmektedir. Nitekim bir teşebbüsün ortada herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı olmaksızın, sadece kendi tek yanlı davranışını teşkil eden faaliyetleri, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilemez. Daha açık bir ifadeyle, herhangi bir teşebbüsün, bağımsız pazar politikası çerçevesinde gerçekleştirdiği eylem veya işlemler, bu madde kapsamına girmeyecektir¹³⁰.

¹²⁹ Bu konuda bkz. Whish, dipnot. 149'da atf yaptığı kararlar, ATAD'ın 7/89 sayılı ve 17 Aralık 1991 tarihli Hercules NV k. Komisyon Kararı, [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84, p. 257; ATAD'ın 51/75 sayılı ve 16 Haziran 1976 tarihli EMI Records Ltd k. CBS UK Ltd Kararı, [1976] ECR 811, p. 848-849, [1976] 2 CMLR 235, p 267; ATAD'ın T-48/98 sayılı ve 13 Mart 1998 tarihli Acerinox k. Komisyon Kararı, [2001] ECR II-3859, p. 63.

¹³⁰ Doktrinde Aslan, RKHK m. 4 düzenlemesinin ceza usul hukukumuzdaki bir ilkedan hareketle doktrinde "faillerin çokluğu" olarak nitelendirildiğini belirtmektedir. Yazara göre, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi çerçevesinde bir soruşturma açılması halinde, bu soruşturma sadece tek bir teşebbüse değil, anlaşma, karar veya uyumlu eylemlere taraf olan tüm teşebbüs ve teşebbüs birliklerine birlikte açılacaktır. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 151 vd. Tabidir ki, anlaşma, karar veya uyumlu eylem taraf olan tüm teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin soruşturmaya dâhil edilmeleri, soruşturulan anlaşma, karar veya uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı olduğunun tespit edilmesi halinde hepsinin cezalandırılacağı anlamına gelmez. Özellikle dağıtıcıların, üretici veya sağlayıcı tarafından hazırlanmış, matbu dağıtım anlaşmalarını aynen kabul etmeleri şartıyla dağıtım ağına kabul edildikleri hallerde, söz konusu anlaşmaların içerdikleri rekabeti kısıtlayıcı hükümler nedeniyle cezalandırılmaları hakkaniyete

Teşebbüslerin tek yanlı davranışları ancak RKHK m. 6’da düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilmekte ve şartlarını taşıyor ise yasaklanmaktadır. Doktrinde Aşcıoğlu ve Güven de, tek yanlı davranışların RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilemeyeceğinin altını çizmektedir¹³¹. Benzer bir değerlendirme, Rekabet Kurumu’nun 1. Yıllık Faaliyet Raporunda RKHK m. 4’e ilişkin açıklamalar arasında da yer almaktadır¹³²:

“Aynı maddeyle ilgili olarak vurgulanması gereken bir diğer husus, söz konusu maddenin birden fazla teşebbüsün iradesiyle oluşan işlemleri konu almasıdır. Başka bir deyişle, bağımsızca alınması gereken ekonomik kararların ortaklaşa oluşturulması durumunda, işlem 4’üncü madde kapsamına girmektedir. Bu noktada, teşebbüs birliği kararlarının da; üyelerinin irade ve çıkarlarını yansıtması nedeniyle, birden fazla teşebbüs tarafından oluşturulmuş sayılacağı, dolayısıyla bu madde kapsamında inceleneceği ortaya konulmalıdır. Yazılı olmayan veya bağlayıcı olmayan anlaşma ve kararlar, hukuki geçerliliğine bakılmaksızın, rekabeti sınırlayabilecek nitelikte olması durumunda 4’üncü madde kapsamında değerlendirilmektedir.”

Doktrinde diğer bir görüş ise, RKHK m. 4’ün lafzına aykırı olsa da, istisnai hallerde tek yanlı kelepçeleme (bağlama) uygulamalarının bu maddenin kapsamına gireceğini ileri sürmektedir¹³³. Doktrinde Sanlı, ilgili pazarda hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüsün dahi, alıcılarına ekonomik gücüne dayanarak kelepçeleme (bağlama) anlaşmaları dayatabileceğini, bu durumun, özellikle ilgili pazarda alıcının alternatif tedarik kaynaklarına ulaşmasının zor veya sınırlı olduğunu,

uygun görünmemektedir. Üretici veya sağlayıcının ilgili pazarda hâkim durumda bulunması ve anlaşmalarda mevcut rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin dağıtıcının ticari menfaatlerine uygun olmadığı veya aykırı olduğu hallerde dağıtıcıya ceza uygulanmayabilir ya da dağıtıcıya daha düşük bir ceza uygulanması düşünülebilir.

¹³¹ Bkz. Aşcıoğlu Öz, s. 22 ve Güven, s. 48. Tek yanlı davranışlara Kurul ve yabancı rekabet otoritelerinin rekabet hukukunun amaçları bakımından yaklaşımına ilişkin olarak bkz. Ayşe Omdan Boztosun, “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?” **Rekabet Dergisi**, C. 11, S. 3 Temmuz 2010, s. 131-176.

¹³² Rekabet Kurumu 1. yıllık Faaliyet Raporu, s. 4 vd.
<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap1.pdf>

¹³³ Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara 2000, s. 123 (Anılış: Sanlı, **Geçersizlik**).

malın marka gücü, tanınmışlığı, örneğin bulundurulması zorunlu ürün (must-stock) olması vd. hallerinde etkili olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, anılan nedenler alıcının sağlayıcıya karşı ekonomik bağımlılığını artırmakta ve hukuki veya fiili nedenlerden dolayı alıcının sağlayıcı karşısında pazarlık gücünü ortadan kaldırmaktadır¹³⁴.

Gerek Avrupa Birliği gerekse Türk rekabet hukuku uygulamasında teşebbüslerin tek yanlı davranışlarının değerlendirilmesi ancak hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında yapılabilmektedir. Yine de, bu kurala istisna teşkil edebilecek görüş ve kararlara rastlanmaktadır. Bu çerçevede, ATAD ve Komisyon'un AEG olayındaki yaklaşımları özellikle önem taşımaktadır¹³⁵. Komisyon, AEG'ye seçici dağıtım sistemini, kendisine bildirdiğinden farklı bir şekilde ve ATA m. 101/I'e aykırı olarak kurması nedeniyle ceza uygulamıştır¹³⁶. AEG, bu karara karşı, bazı dağıtıcıları dağıtım ağına kabul etmemesinin, mevcut dağıtıcıları ile arasındaki bir anlaşmadan değil, kendisinin tek taraflı bir kararından, diğer bir ifadeyle tek taraflı bir davranışından kaynaklandığını ileri sürmüştür. AEG böylece, davranışının ATA'nın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin 101. maddesi kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle ATAD'a başvurmuştur.

ATAD, AEG'nin davranışlarının çift taraflı karaktere sahip olduğu, bu davranışların AEG tarafından kurulan seçici dağıtım sistemi kapsamında gerçekleştirildiği için tek taraflı davranış olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığını kabul etmiştir¹³⁷. ATAD, AEG'nin bazı dağıtıcıları seçici dağıtım sistemine almama davranışlarının, AEG ile dağıtıcıları arasındaki anlaşmalardan kaynaklandığına karar vermiştir.

¹³⁴ Bu durumda sağlayıcının alıcı karşısında göreceli hâkim durumda bulunduğu bahsedilir. Bu kavram ve buna ilişkin açıklamalar Çalışmamızın İkinci Bölümünde verilmektedir.

¹³⁵ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 152.

¹³⁶ Komisyon'un 82/267/EEC sayılı ve 6 Ocak 1982 tarihli AEG Kararı, ATRG, L 117/15, 30 Mart 1982; Peter Roth/Vivien Rose, **Bellamy&Child: European Community Law of Competition**, Oxford 2007, s. 543.

¹³⁷ ATAD'ın 107/82 sayılı ve 25 Kasım 1983 tarihli AEG k. Komisyon Kararı, [1983] ECR 3151.

Benzer bir değerlendirme, yukarıda anlaşma kavramına ilişkin açıklamalarımız sırasında yer verdiğimiz Komisyon'un Ford-Werke kararında da yer almaktaydı¹³⁸. ATAD da, Komisyon'un bu yaklaşımını Ford'un Alman sağlayıcılara mal vermeyi reddetmesinin tek taraflı bir karakter taşımadığını, bu teşebbüs ile İngiliz dağıtıcıları arasında anlaşmaya dayanan ilişkilerin bilinçli bir parçası olduğunu belirterek desteklemiştir¹³⁹. Bu tartışma, yukarıda anlaşmaya ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde ele alındığı için, burada ayrıca değerlendirilmeyecektir.

Gerek AB gerekse Rekabet Kurulu kararlarında tartışılan bir diğer önemli husus ise, "çapraz sübvansiyon"dur. Çapraz sübvansiyon, en basit tanımı ile birden farklı alanda faaliyet gösteren bir teşebbüsün, bir alandaki faaliyetlerini diğer bir alandaki faaliyeti ile sübvansiyon etmesidir.

Rekabet Kurulu, Avea'nın "Her Yöne Sınırsız" tarifesi kapsamında talep edilen ücretin maliyetin altında olduğu ve anılan tarifenin adı geçen teşebbüsün hâkim ortağı olan Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından finanse edilerek çapraz sübvansiyon yolu ile yıkıcı fiyatlama yapıldığı iddiasını incelediği 09-52/1253-318 sayılı ve 04 Kasım 2009 tarihli kararında çapraz sübvansiyonun tek yanlı davranışlar çerçevesinde ele alınacağını kabul etmiştir¹⁴⁰. Nitekim kararda, rekabet hukuku hükümleri uyarınca çapraz sübvansiyonun cezalandırılabilmesi için, bu fiili gerçekleştiren teşebbüsün aktif olduğu ilgili pazarlardan en azından birinde hâkim durumda bulunmasının aranacağı belirtilmiştir.

Çapraz sübvansiyon uygulanmasına başvuran bir teşebbüs tek başına veya bir teşebbüs grubu içerisinde, bir pazarda elinde tuttuğu yüksek pazar gücüne dayanarak,

¹³⁸ Bkz. dn. 123.

¹³⁹ Bkz. dn. 123.

¹⁴⁰ Rekabet Kurulu'nun 09-52/1253-318 sayılı ve 4 Kasım 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

diğer pazarda rakiplerinin aleyhine düşük fiyatlar uygulamakta ve rakiplerini pazar dışına itmeye çalışmaktadır. Görüleceği üzere, çapraz sübvansiyon tek başına bir rekabet ihlâli olmamakla beraber, bu uygulamaya başvuran teşebbüsün aşırı düşük fiyat veya yıkıcı fiyat uygulaması gerçekleştirmesine imkân veren bir araçtır¹⁴¹.

Doktrinde bazı yazarlar, çapraz sübvansiyonun yıkıcı fiyatlamının, dışında “seçici fiyat indirimi” yoluyla da ihlal oluşturabileceğini belirtmektedir¹⁴². Nitekim yine hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olan seçici fiyat indiriminde (*selective price cutting*), teşebbüs hâkim durumda bulunduğu pazardaki ürünlerinde, yalnızca rakip teşebbüslerin müşterilerine yönelik bir fiyat indirimi uygulamakta ve böylece rakip teşebbüslerin müşterilerini çalarak, rakiplerinin ticari faaliyetlerini zorlaştırmaya çalışmaktadır.

Bize göre, çapraz sübvansiyon tek başına değil ancak, bahsettiğimiz fiyat uygulamalarını gerçekleştirmek veya rakip teşebbüsleri pazar dışına itmeye yetecek bir süre ile devam ettirecek ekonomik gücü sağladığı ihtimalde rekabet hukukunun konusuna girecektir. Tabii ki, çapraz sübvansiyona başvuran teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması gerekmektedir. Nitekim ancak bu durumda fiyat uygulamasının RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilip yasaklanması söz konusu olacaktır.

Bu vesile ile Kurul’un Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TTNNet A.Ş.’nin geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında rekabeti ihlal edip etmediklerinin tespitine ilişkin 08–65/1055–411 sayılı ve 19 Kasım 2008 tarihli kararına değinmek istiyoruz. Kurul, inceleme konusu uygulamalara ilişkin olarak, Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TTNNet A.Ş.’den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında ve perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında

¹⁴¹ Komisyon’un Posta Sektörüne Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Duyurusu, 1998 ATRG I, 146/6, 6 Şubat 1998. Ayrıca bkz. Ritter/Braun, s. 431.

¹⁴² Bkz. Whish, s. 711

hâkim durumda bulunduğuna, bu hâkim durumun perakende geniş bant internet hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullanıldığına ve fiyat sıkıştırmasına yol açacak uygulamalardan kaçınılmasına karar vermiştir.

Kurul üyelerinden M. Sıraç Aslan, karara ilişkin karşı oy yazısında, Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin toptan fiyatlarının regülasyona tabi olduğunun altını çizerek, bu nedenle teşebbüsün çapraz sübvansiyon eşliğinde fiyat sıkıştırması politikası izlenmesinin mümkün olmayacağını ileri sürmüştür.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki, bir teşebbüsün fiyatlarının regülasyon altında olması, o teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmasına engel olmayacaktır. Nitekim hâkim durumun sıklıkla uygulanan kötüye kullanma hallerinden biri fiyat politikalarıdır. Hâkim durumdaki teşebbüs, uyguladığı fiyatlar, her ne kadar bir kamu otoritesinin onayına tabi ise de, pekâlâ onaylanan fiyatları ile rakiplerine yönelik yıkıcı fiyat veya çapraz sübvansiyon biçiminde kötüye kullanma uygulamaları yürütebilir. Aksini kabul, bizi RKHK’un sùjelerinden olan kamu teşebbüslerini pek çok örnekte hâkim durumun fiyat yoluyla kötüye kullanılması denetiminden çıkarmaya götürecektir.

Rekabet Kurulu haricindeki kamu otoritelerinin, Telekomünikasyon Kurumu da dâhil olmak üzere, teşebbüsün fiyatlarına ilişkin onay verirken, bu fiyatların ilgili pazarda yıkıcı veya anılan teşebbüs nezdinde çapraz sübvansiyon etkisi yaratıp yaratmadığını rekabet otoritesi kadar ayrıntılı olarak incelemeleri mümkün değildir¹⁴³.

¹⁴³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından yayınlanmış olan Tarife Yönetmeliği’nin (R.G. 12 Kasım 2009 ve sayı 27404) “İlkeler” başlıklı 4. maddesi (d) bendi uyarınca, tarifelerin rekabetin engellenmesine, bozulmasına veya kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirlenmemesi esastır. Aynı şekilde, anılan Yönetmeliğin “Tarifelerin Düzenlenmesinde Uygulanacak Esaslar” başlıklı 7. maddesi uyarınca Kurum tarafından düzenlemeye tabi tutulan tarifelerin, işletmecinin etkin piyasa gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatları içermemesi, rekabetin kısıtlanmasına neden olacak fiyat indirimlerini ihtiva etmemesi, aynı veya benzer elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında haklı olmayan nedenlerle son kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmaması gerekmektedir.

Kaldı ki, kanaatimizce böyle bir inceleme yapılmış dahi olsa, bu durum Rekabet Kurulu'nun RKHK m. 2 ile kendisine verilmiş olan görevleri yerine getirmesine ve ilgili idari otorite tarafından onay verilmiş bir fiyat tarifesine ilişkin olarak inceleme yapmasına ve RKHK'na aykırılık tespit edilirse yaptırım uygulamasına mani olmayacak, Rekabet Kurulu'nun görev alanını daraltmayacaktır.

1.3.2.2.3 Dikey Anlaşmalar ve Yatay Anlaşmalar

RKHK m. 4 yatay veya dikey anlaşmalar arasında ayırım gözetmeksizin, rekabete aykırı her türlü anlaşmayı kapsayan genel bir yasak hükmü öngörmüştür. Nitekim söz konusu maddede örnek verilen rekabet ihlallerinden, üretimin kısıtlanması, pazar paylaşımı ve alım-satım fiyatlarının belirlenmesi gibi haller rekabetin yatay sınırlanmasının tipik örneklerindedir. Bununla beraber, aynı maddede yer verilen tekelden dağıtım, coğrafi pazar ve müşteri paylaşma, yeniden satış fiyatlarının saptanması gibi haller, koşulları var ise dikey kısıtlamalardır¹⁴⁴.

Doktrinde yatay anlaşma (horizontal agreement), iktisadi faaliyetleri bakımından ticaret veya endüstrinin aynı aşamasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmaları ifade etmek için kullanılmakta ve kısaca birbirine rakip olan teşebbüsler arası anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. Yatay anlaşmalara kartel

Nitekim Kurum, tarifeleri değerlendirirken fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyatlandırma analizleri kullanarak rekabet ihlallerini tespit etmeye yetkili kılınmıştır. Yönetmeliğin tam metni için bkz. http://www.btk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/yonetmelikler/2009/Tarife_Yonetmeli_1211200_9_27404.pdf.

¹⁴⁴ Bkz. Ercüment Erdem, “Haksız Rekabet”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul 2007, 140–157 (Anılış: Erdem, **Makaleler**). Aynı makale daha önce **Ömer Teoman'a Armağan**, İstanbul 2002, s. 377 vd.'da yayımlanmıştı.

¹⁴⁵ Bkz. Gamze Aşcıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara 2000, s. 59–60; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 247, Ercüment Erdem, **Türk ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul 2003, s. 126 (Anılış: Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**); Topcuoğlu, s. 182; Badur, s. 61; Güven, s. 113; Özsunay, **Kartel**, s. 56. Yatay kartel anlaşmalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ergun Özsunay: “A.E.T.”de Karteller ve Rekabeti Sınırlayıcı Diğer Uygulamalar”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. 27, 1980–81, S. 2, s. 63 vd.

anlaşmaları da denir¹⁴⁶. Üreticiler arasında veya dağıtıcılar arasında ya da satıcılar arasındaki anlaşmalar yatay anlaşmalara örnektir.

Rekabet Kurulu'nun 09–21/441–108 sayılı ve 6 Mayıs 2009 tarihli kararında, rakip teşebbüsler arasında ilgili pazarda gerçekleştirilen toplam cironun belirlenen oranlar çerçevesinde bölüşülmesine yönelik bir anlaşma, yatay anlaşma olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁷. Nitekim Kurul 05–64/925–248 sayılı ve 4 Ekim 2005 tarihli kararında, bir teşebbüs birliğine üye üreticilerin kendi aralarında aldıkları, toptancı ve satıcılara bir markanın satılmamasına ilişkin kararı, üreticilerin kendi aralarında yaptıkları rekabeti kısıtlayıcı bir yatay bir anlaşma olarak değerlendirmiştir¹⁴⁸. Aynı kararda, teşebbüs birliği üyelerinin aralarındaki yatay anlaşma vasıtasıyla dikey ilişki içinde buldukları teşebbüslere dikey nitelikte bir kısıtlama getirdikleri tespit edilmiştir.

Yatay anlaşmalar, örneğin rakipler arasında üretim, dağıtım, pazarlama gibi herhangi bir faaliyette uzmanlaşma, teknoloji transferi ya da ortak Ar-Ge çalışmaları yürütülmesi gibi amaçlarla akdedilen anlaşmalar, tarafları arasında işbirliği yaratarak ticari kararların birlikte alınması ya da üçüncü teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması gibi rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilirler¹⁴⁹.

Bu tür anlaşmaların etkinlik doğurucu özellikleri de söz konusu olabilir. Bu ihtimal RKHK tarafından da dikkate alınmış ve Kanun'un 5. maddesi ile rekabeti

¹⁴⁶ Doktrinde Barlas, karteli “*hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak, aralarında rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleri*” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul 1998, s. 149 (Anılış: Barlas, **Adi Ortaklık**).

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 09–21/441–108 sayılı ve 6 Mayıs 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

¹⁴⁸ Rekabet Kurulu'nun 05–64/925–248 sayılı ve 4 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

¹⁴⁹ Başlıca kartel türleri için bkz. Nami Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 152–155.

kısıtlayıcı etkileri yanında, ilgili pazarda etkinlik kaynağı olan anlaşmaların muafiyet kapsamına alınabilmeleri imkânı öngörülmüştür¹⁵⁰. Bu yaklaşım, Rekabet Kurulu'nun 09-39/946-233 sayılı ve 26 Ağustos 2009 tarihli kararında çok net bir şekilde ifade edilmiştir¹⁵¹:

“Aynı üretim seviyesinde faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin çeşitli amaçlar etrafında bir araya gelmeleri; pazar gücü yaratılması, pazara giriş engeli oluşturmaları, üretici firmalar arasında anti-rekabetçi sonuçlar doğurabilecek koordinasyona imkân tanınması gibi nedenlerle, rekabet hukuku uygulamaları bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Bununla birlikte, rakip teşebbüsler sadece yukarıda sayılan amaçları elde etmek amacıyla bir araya gelmemekte, pazara yeni bir oyuncunun girmesini sağlama, ölçek ve kapsam ekonomilerine yol açma, teknoloji ve bilginin transferini kolaylaştırma ve çevre sorunlarına çözüm arama gibi amaçlarla da bir araya gelip işbirliği yapabilmektedirler. Bu sebeple yatay işbirliklerinin hem rekabete aykırı etkileri hem de ekonomik faydaları bakımından dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir.”

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, rekabet hukukunda anlaşma denince yalnızca, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen (yatay) anlaşmalar değil, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren ve dolayısıyla birbiri ile rakip konumunda olmayan teşebbüsler arasındaki (dikey) anlaşmalar da anlaşılmaktadır. Örneğin, bir dikey ilişki içerisinde bulunan bayi ile sağlayıcısı arasında yapılan ve bayilere getirdikleri yükümlükler nedeniyle piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı etkiler içeren düzenlemeler de rekabet hukuku tarafından denetlenmektedir¹⁵². Bu yaklaşım

¹⁵⁰ Rekabet Kurumu'nun bu konudaki görüşleri için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=57&ustId=53> .

¹⁵¹ Rekabet Kurulu'nun 09-39/946-233 sayılı ve 26 Ağustos 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

¹⁵² Rekabet Kurumu resmi internet sitesinde yapılan açıklamalar,

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=54&ustId=53>.

ilk olarak, ATAD’ın 30 Haziran 1966 tarih ve 56/65 sayılı LTM k. MBU kararındaşağıdaki ifadelerle dile getirilmiştir¹⁵³:

“Anılan hükümde (85. madde - yeni 101. madde) tarafların ekonomik faaliyetin aynı (yatay anlaşmalar denilmektedir) veya farklı aşamalarında (dikey anlaşmalar denilmektedir) yer alması arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır, bu nedenle münhasır alım hakkı içeren bir anlaşma da bu koşulu gerçekleştirir.”

Nitekim ATAD’ın LTM k. MBU kararından yalnızca bir kaç gün sonra, 13 Temmuz 1966 tarihli Consten Grundig k. Komisyon kararında da, dikey anlaşmaların 101/I madde yasağı kapsamına girdiği tekrar etmiştir¹⁵⁴. Nitekim Komisyon’un 13 Ekim 2000 tarihli Duyurusunda, dikey kısıtlamaların ATA m. 101 rekabete aykırı anlaşmalar kapsamında denetime tabi oldukları, anılan karara atıf yapılmak suretiyle hatırlatılmıştır¹⁵⁵.

1.3.2.2.4 Per Se ve Rule of Reason Teorileri

Per se ve *rule of reason* teorileri rekabet hukuku kurallarının *ratio legisine* ilişkin tartışmalarda mutlaka yer verilen teorilerdir. *Per se* teorisi, en genel tanımı ile, bir rekabete aykırılığın ilgili pazardaki etkileri veya rekabete aykırılık amacı dikkate alınmaksızın, doğrudan doğruya, diğer bir ifadeyle kendiliğinden, rekabete aykırı kabul edilmesini öngörmektedir. Buna karşın, *rule of reason* ise, rekabete aykırılıkları hususunda şüphe bulunan uygulamaların, pazardaki etkileri ile amaçlarının beraber değerlendirilmesi ve bu amaç ve etkilere göre karara varılmasını kabul etmektedir.

¹⁵³ ATAD’ın 56/65 sayılı ve 30 Haziran 1966 tarihli LTM k. MBU Kararı, ATRG, C 382, 2 Temmuz 1966.

¹⁵⁴ ATAD’ın 56 ve 58/64 sayılı ve 13 Temmuz 1966 tarihli Consten Grundig k. Komisyon Kararı, [1966] ECR 429.

¹⁵⁵ Bkz. Decocq/Decocq, s. 309, p. 231

Günümüzde *per se* doktrini, rekabet hukukunda ilgili pazarda rekabeti kısıtladıkları veya ortadan kaldırdıklarının tespiti için ayrıntılı bir inceleme, araştırma veya soruşturma yapılmasına ihtiyaç olmayan uygulamalar bakımından kabul edilmektedir.

Buna karşın, *per se* rekabete aykırılık oluşturmayan ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tespiti bakımından ayrıntılı bir pazar incelemesi gerektiren davranışlar ise, ancak *rule of reason* teorisi çerçevesinde değerlendirilmektedir. *Rule of reason* değerlendirmesinde gerçekleştirilen pazar incelemesi, kapsamlı bir pazar yapısı çalışması olup, ilgili teşebbüsün hareketlerinin ilgili pazardaki mevcut ve potansiyel tüm etkilerinin derinlemesine incelemesini içermektedir.

Örneğin Rekabet Kurulu'nun 99-53/575-365 sayılı ve 24 Kasım 1999 tarihli kararında, bir anlaşmada rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümlerinin "per se" bir rekabet ihlali oluşturacağı belirtilmiştir. Kurul'a göre, bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır.

Bu teorilerin daha iyi anlaşılması bakımından, *per se* ve *rule of reason* analizinin dikey ve yatay anlaşmalara ilişkin yasaklar bakımında ele alınması faydalı olacaktır. Günümüzde dikey anlaşmalar ve özellikle dağıtım anlaşmalarına, gerek Amerikan anti tröst gerekse Topluluk rekabet hukukunda *rule of reason* doktrinin uygulanması kabul edilmekte ve bu anlaşmaların sadece rekabeti kısıtlayıcı amaçlarının dikkate alınması suretiyle *per se* rekabete aykırı kabul edildikleri değil, piyasalardaki rekabetçi etkinliği artıran etkilerini de gözetilmek suretiyle *rule of*

reason doktrini uyarınca değerlendirildikleri görülmektedir¹⁵⁶. Hatta bu yeni yaklaşım daha da ileri götürülerek, dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet düzenlemeleri vasıtasıyla, bazı dikey kısıtlamaların doğrudan rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin yasak kapsamı dışına çıkarıldığı dahi görülmektedir.

Per se ve rule of reason doktrinleri uygulamada rekabet kısıtlamalarının etkilerine göre sınıflandırılmasında da kullanılmaktadır. Şöyle ki, bir dağıtım anlaşması rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkisi bakımından değerlendirilirken, yukarıda da açıkladığımız üzere anlaşmanın amacının açıkça rekabeti kısıtlamak olduğu anlaşılıyor ise, *per se* doktrini çerçevesinde doğrudan yasaklanabilmektedir. Böyle uygulamalara, doktrin ve uygulamada *naked* (çıplak, açık) kısıtlamalar adı verilmektedir. Buna karşın, amacı doğrudan rekabeti kısıtlamak olmayan ancak, tarafların anlaşmadan bekledikleri amacın veya faydanın gerçekleşmesi için yan sınırlamalar içeren anlaşmalar ise, yasaklanmayabilmektedir. Böyle uygulamalara ise yan (ancillary) sınırlamalar adı verilmektedir¹⁵⁷.

Bu ayrıma göre, örneğin rakipler arasında fiyat tespiti amacıyla yapılan bir anlaşma, açık (*naked restriction*) rekabete aykırılık sayılacak iken, bir devralma sözleşmesi veya lisans sözleşmesinde yer verilen rekabet yasağı hükmü, tali sınırlama kabul edilerek, yasaklanmayabilecektir. Bununla beraber, sözleşmede yer alan rekabet sınırlaması, devralma ya da lisans sözleşmesinden beklenen amaç veya faydanın gerçekleşmesi için gerekli olmaması ve yalnızca tamamlayıcı nitelik taşıması halinde ise, rekabeti kısıtlayıcı etkisi nedeniyle yasaklanabilecektir¹⁵⁸. Nitekim açık rekabet sınırlaması sayılabilecek haller, kendiliğinden (*per se*) rekabete aykırı iken, yan sınırlamalar ancak kapsam ve rekabet üzerinde etkileri

¹⁵⁶ Teorinin Amerikan hukukundaki uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. James E. Hartley, **The Rule Of Reason**, American Bar Association-Section of Antitrust Law-Monograph 23, Chicago 1999.

¹⁵⁷ Birleşme ve devralmalarda yan sınırlamalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 88–103, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s.588–606, Güven, s. 437–461.

¹⁵⁸ Bkz. Yavuz, s. 35 ve Aşçıoğlu Öz, s. 59.

değerlendirilerek (rule of reason) rekabete aykırı olup olmadığına karar verilmektedir¹⁵⁹. Per se ve rule of reason doktrinlerine, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, rekabete aykırı uygulamaların analizinde daha ayrıntılı olarak yer verilecektir.

1.3.2.2.5 Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve/veya Etki

Teşebbüslerin aralarında yaptıkları tüm anlaşmalar değil, ancak rekabeti sınırlama amacı taşıyan veya etkisi yaratan anlaşmalar rekabet hukukunun kapsamına girmektedir. Nitekim bir anlaşma RKHK m. 4 çerçevesinde analiz edilirken, ilk olarak, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı bir amaç içerip içermediği tespit edilir. Anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı amaç içerdiği tespit ediliyorsa, anlaşma derhal yasaklanır¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 59. İki teori, uygulamada bir arada kullanılabilir. Doktrinde Sanlı'nın da belirttiği üzere, hangi tür anlaşma veya kısıtlamaların nitelikleri gereği rekabete aykırı olduğunun tespiti, bunların ticaret üzerindeki etkilerinin tetkikini gerektirir. Örneğin, bir anlaşma veya kısıtlamanın "per se" kategorisine girip girmediğinin tespiti için yapılan zihinsel faaliyet, öncelikle ve bir ölçüde "rule of reason" analizi içerecektir. Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 98.

¹⁶⁰ Rekabeti sınırlayıcı etki taşıyan bir anlaşma nedeniyle taraflarına para cezası uygulanması söz konusu ise, verilecek para cezasının şiddetinin nasıl belirleneceği önemlidir. Bu bakımdan, anlaşmanın ne kadar süredir ilgili pazarda rekabeti bozucu etki gösterdiği ve bu bozucu etkinin yoğunluğu vs. tespit edilmelidir.

Rekabeti sınırlayıcı amaç taşıyan ancak henüz etkilerini meydana getirmemiş bir anlaşma bakımından ise, anlaşmanın uygulanması ihtimalinde rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurma durumu değerlendirilmelidir. Nitekim bazı hallerde, ilgili pazarda hiçbir rekabet gücü bulunmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve rekabeti bozucu amaçlar içeren bir anlaşmanın uygulanması veya yasaklanması, ilgili pazardaki etkileri bakımından önemsizdir. Anlaşma, etkilerinin sınırlılığı nedeniyle, ilgili pazarda rekabet üzerinde hissedilir bir engelleme veya bozulmaya neden olmamaktadır.

Kanımızca, bu nitelikteki anlaşmaların, yalnızca rekabete aykırı amaçları nedeniyle yasaklanmaları ve taraf teşebbüslere para cezası uygulanması doğru değildir. Maddi ceza hukukundaki, *araçların veya hareketlerin uygunluğu* teorisine benzer bir yaklaşım benimseyerek, rekabet hukukunda da ilgili pazarda rekabet üzerinde hissedilir hiçbir etki meydana getirmeyen ancak rekabete aykırı amaç içeren anlaşmaları yasaklanmaması uygun olacaktır. Doktrinde Aslan tarafından da ifade edildiği üzere, sırf "amacı" kanuna aykırı olduğu için bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için bu anlaşmanın rekabeti sınırlayabilecek makul iktisadi güç meydana getirip getirmediğinin, tarafların iktisadi güçlerinin buna müsait olup olmadığının araştırılması gerekir. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 207

Nitekim RKHK m. 4’de “... *amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran*” dedikten sonra “*veyahut doğurabilecek nitelikte olan*” denilerek, ileride rekabeti sınırlayıcı etki doğurabileceği bugünden belli olan anlaşmaların yasaklanacağı kabul edilmiştir¹⁶¹. Buna karşın, anlaşmanın amacı açık olarak tespit edilemiyor ya da tespit edilen amaç açıkça rekabete aykırı değilse, anlaşmanın ilgili pazardaki etkileri bakımından rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir¹⁶².

ATAD’ın Soci t  Technique Mini re k. Maschinenbau Ulm kararında anlaşmanın amaç ve etkilerinin alternatif olarak değerlendirileceği belirtilmiştir¹⁶³. Buna göre, bir anlaşmayı değerlendiren rekabet otoritesi, öncelikle anlaşmanın amacını belirleyecek ve amacın rekabete zarar vermek olduğu açık değilse, anlaşmanın etkilerini incelemeye koyulacaktır.

Bir anlaşmanın, ilgili pazarda potansiyel rekabeti sınırlama ihtimali bulunuyor ise yasaklanması söz konusu olabilecektir. Örneğin, Rekabet Kurulu, Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ő.’nin bayilerinin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiği iddiasını incelediği 05–46/669–171 sayılı ve 13 Temmuz 2005 tarihli kararında (“EFES Kararı”), Efpa’nın uygulamasının rekabeti kısıtlama etkisi gösterip göstermediği ya da bu etkiyi doğurmasa bile rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığını ayrı ayrı incelemiş ve değerlendirmelerini uygulamanın “etki” ve “amaç”ları bakımından iki ayrı başlık altında yapmıştır¹⁶⁴. Kurul kararının “Etki Bakımından” başlıklı bölümünde, soruŐtırmaya dayanak teşkil eden belgede yer alan “satış fiyatlarına kesinlikle uyulması gerektiği”, “fiyat ihlalinin

¹⁶¹ Topluluk rekabet hukukuna ilişkin ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz. Whish s. 116–137.

¹⁶² Bkz. AŐioęlu  z, s. 57–59.

¹⁶³ ATAD’ın 56/65 sayılı ve 30 Haziran 1966 tarihli kararı, [1966] ECR 235, s. 249.

¹⁶⁴ Rekabet Kurulu’nun 05–46/669–171 sayılı ve 13 Temmuz 2005 tarihli kararı. EFES, olayda yeniden satış fiyatı tespitinin söz konusu olmadığı savunmasında, bayilik sözleşmelerinin RKHK’un uygulanmadığı bir dönemde kaleme alındığı, bir birime özgü ve geçersiz bir belge niteliği taşıdığı, bir bölge satış müdürü tarafından bayilere gönderilen belgelerin ise tek taraflı olup, anlaşma niteliği taşımadığını ileri sürmüştür. EFES’in bu iddiaları Kurul tarafından reddedilmiŐtir. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

saptanması durumunda, farkların fabrika alış fiyatlarına ilave edileceği” ve “ihlali gerçekleştiren bayilere, prim, kredi, yatırım vb. imkânların yararlandırılmaması” ifadeleri ele alınmış ve bu ifadelerin uygulamaya geçirilip geçirilmediği Efpa bayilerinin satış uygulamaları analiz edilmek suretiyle değerlendirilmiştir. Kurul, Ege Satış Müdürlüğü’ne bağlı olarak çalışan bayilerin satışlarına ilişkin toplam 14.992 adet fatura üzerinde inceleme yapmış ve bayilerin farklı indirim oranları uygulayarak, tavsiye edilen fiyatlardan farklı fiyatlar ile ürün satabildiklerini tespit etmiştir. Böylece anılan uygulamalar ile ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı bir etki yaratılmadığı ve bayilerin piyasa odaklı davranış biçimlerinde herhangi bir değişiklik meydana getirilmediğine karar vermiştir.

Kurul, aynı Kararın “Amaç Bakımından” başlıklı bölümünde ise, Efpa’nın bayilerinin yeniden satış fiyatını belirlemek ve ürünlerin belirlenen fiyatın altından yeniden satılmasını önlemek gibi bir amacının bulunup bulunmadığı değerlendirmiştir. Kurul, Efpa’nın dikey fiyat tespiti yoluyla satışların düşme pahasına ürünün belirli bir fiyatın altında satılmasını önleme gibi bir amaç gütmesi ve bunu uygulamaya çalışmasının rasyonel bir davranış olmayacağı, dağıtıcılar tarafından sunulan ve bedavacılığa konu olabilecek hizmetlerin söz konusu olmaması nedeniyle, bedavacılığın önlenmesi amacıyla böyle bir uygulamaya gidilme ihtimalinin de bulunmadığına karar vermiştir¹⁶⁵.

Bu etki testi, Avrupa Birliği rekabet hukukunda iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. Şöyle ki, anlaşmaların rekabete aykırılıklarının

¹⁶⁵ Kararda yer verilen önemli tespitlerden biri de, üretici seviyesinde kurulacak bir kartel bakımından son kullanıcıya ulaşan fiyatların önemli olduğu ve bu itibarla, olası bir üretici karteli oluşumunda yalnızca dağıtıcı fiyatlarının belirlenmesi ve nihai satış noktalarının (ürünün tüketiciye ulaşma noktası) yeniden satış fiyatlarının belirlenmemesi, nihai tüketiciye ulaşan fiyatlar farklılaşacağı için, bu durumun kartelin çöküşüne zemin hazırlayacağıdır. Kararda, sadece ara seviyelerde dağıtıcılar bakımından uygulanan bir fiyat kartelinde, kartel üyelerinin ara dağıtım aşamaları yanında ve öncelikle son dağıtım noktasının fiyatlarına odaklanacakları ve dağıtıcı seviyesinde ise böyle bir kartelin yalnız bir bölge ile sınırlı tutulması, “spot olgusu” ve “yapılan farklı orandaki ıskontolarla bölgeler arası ürün geçişkenliği” unsurları göz önüne alındığında, kartel üyeleri bakımından rasyonel olmayacağı ifade edilmiştir.

değerlendirilmesinde ilk olarak, “*anlaşmanın rekabeti sınırlama bozma veya engelleme amaçlı veya etkili*” olup olmadığı (ilgili pazarda rekabetin etkilenmesi testi) ve daha sonra anlaşmanın “*üye devletlerarası ticarete etkili*” olup olmadığı (üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi testi) incelenmektedir. Netice olarak, Topluluk rekabet hukukunda teşebbüsler arası bir anlaşma ancak her iki aşamada da *rekabeti sınırlayıcı veya etkileyici* sonuçlara neden olması halinde yasaklanabilmektedir.

ATAD 9 Temmuz 1969 tarihli Völk kararında, bir anlaşmanın üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilmesi için, üye devletler arasındaki alışverişi doğrudan veya dolaylı, mevcut veya potansiyel olarak, Ortak Pazarın oluşumuna zarar verecek surette etkilemeye müsait olması gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁶⁶. Aynı kararda, ATA m. 101 yasağının uygulanabilmesi için, anlaşmanın Ortak Pazarda rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu amaç veya etkisinin olması gerektiği de belirtilmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle, tarafların ilgili pazardaki zayıf durumu itibariyle, pazarı ancak belirgin olmayan bir şekilde etkileyen anlaşmalar, 101. madde yasağından kurtulabilecektir¹⁶⁸.

Doktrinde, ATA'nın 101. maddesinde öngörülen “üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesi” kavramının, burada bahsi geçen etkilenme kavramının “zararlı yönde bir etkilenme” mi olduğu, yoksa “olumlu etkilenme”nin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır¹⁶⁹.

Kanımızca, bir anlaşmanın ticaret hacminde artış gibi, ticaret üzerinde olumlu etkiler meydana getirmesi de, rekabete yapılan etki kapsamında değerlendirilebilir.

¹⁶⁶ ATAD'ın 5/69 sayılı ve 9 Temmuz 1969 tarihli Völk Kararı, [1969] ECR 295.

¹⁶⁷ Karar tarihi itibariyle rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin hüküm Topluluk Anlaşması'nın 85.maddesinde yer almaktaydı. Biz açıklamalarımızı mevzuatın güncel durumunu dikkate almak suretiyle 101. madde üzerinden yapıyoruz.

¹⁶⁸ Görüleceği üzere Kararda hissedilebilirlik eşiğinin aşılması, yalnızca rekabete aykırılığın bir şartı olarak değil, ayrıca Topluluk içinde üye devletler arasında ticaretin etkilenmesinin de bir unsuru olarak değerlendirilmiştir.

¹⁶⁹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 208; Aşçıoğlu Öz, s. 55 vd.

Nitekim iki teşebbüs arasında yapılan ve ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuran mutlak münhasır bir dağıtım anlaşmasının, ilgili pazarda genel olarak ticaret hacminde artışa neden olması mümkün olmakla beraber, aynı anlaşmanın rakip dağıtıcıları veya rakip üretici veya sağlayıcıları pazar dışına itmesi veya potansiyel rakiplerin pazara girmesini engellemesi söz konusu olabilir. Bu durumda pazarda ticaret hacmini artıran ve dolayısıyla pazarın geneli açısından olumlu etkiler taşıdığı kabul edilen bir anlaşmanın¹⁷⁰, rakip veya potansiyel rakipler açısından rekabeti önemli derecede kısıtlayıcı sonuçlar doğurması ve bu nedenle de ATA m. 101 uyarınca yasaklanması söz konusu olabilir¹⁷¹.

1.3.2.2.6 Potansiyel Rekabetin Sınırlanması

RKHK m. 4 ilgili pazarda potansiyel rekabeti kısıtlama ihtimali olan anlaşmaların da yasaklanacağını öngörmektedir. Bu hüküm, lafzı itibariyle sadece hayali veya düşük bir ihtimal dahi olsa, rekabeti kısıtlama ihtimali taşıyan anlaşmaların yasaklanabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim gerek Rekabet Kurulu kararları gerekse doktrinde kabul edildiği üzere, RKHK m. 4 uyarınca potansiyel rekabetin kısıtlanması gerekçesi ile bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için, sadece “soyut” bir rekabeti kısıtlama ihtimalinin varlığı yeterli olmayacak, yeterince güçlü ve ciddi bir delilin bulunması aranacaktır¹⁷².

Doktrinde Whish, Komisyon veya Topluluk Mahkemelerinin 101. maddenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerini mevcut rekabetin kısıtlanması ile

¹⁷⁰ Bu değerlendirmelerimiz rekabet hukukunda amaç tartışmasından ayrıktır.

¹⁷¹ Burada önemli olan husus, anlaşmanın ilgili pazarda sağladığı genel olumlu etkilerin, anlaşmanın RKHK m.5 kapsamında bireysel muafiyet alabilmesine yetecek seviyede olup olmadığıdır. Bu değerlendirme yapılırken hiç şüphesiz anlaşma tarafından sağlanan faydalar ile rekabet kısıtlamaları arasındaki denge dikkate alınacaktır.

¹⁷² Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 215.

sınırlamayacaklarını, anlaşma ile potansiyel rekabetin kısıtlanması ihtimalini de dikkate alacaklarını ifade etmektedir¹⁷³.

Rekabet Kurulu'nun Türkiye Eczacılar Birliği'nin (TEB) eczanelerin alım koşullarını düzenleyen kararının RKHK'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin 00-35/393-22 sayılı ve 18 Eylül 2000 tarihli kararında ("Türk Eczacılar Birliği Kararı"), birlik tarafından alınan bir kararın piyasa gerçekleri nedeniyle "uygulanamayacak olması veya uygulanmasının imkânsız olması" savunması, pazar şartları da dikkate alınarak reddedilmiştir¹⁷⁴.

Bu karar doktrinde, ilaçla ilgili pazar koşullarının değişip değişmeyeceği ve özellikle değişikliklerin somut etkilerinin neler olabileceği ile ilgili herhangi bir analiz yapılmadan ve objektif deliller gösterilmeden potansiyel rekabeti sınırlayıcı olduğu gerekçesi ile yasaklama kararı verilmiş olması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁷⁵. Kurul kararı, gerçekten de, ilgili ilaç pazarına ve kararın bu pazardaki potansiyel rekabet üzerinde sahip olabileceği etkilere ilişkin yeterli analiz içermemektedir. Doktrinin kararın bu yönlerden eksik olduğuna ilişkin eleştirisine biz de katılıyoruz.

Rekabet Kurulu'nun THY, THY-Do&Co ve Do&Co AG arasında imzalanan ikram hizmetleri sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 08-52/784-313 sayılı ve 11 Eylül 2008 tarihli kararında

¹⁷³ Bkz. Whish, s. 133. Bkz. Komisyon'un C-7/95 P sayılı ve 2 Haziran 1995 tarihli John Derek Kararı, [1998] ECR I-3111, s. 77. Doktrinde Aşçıoğlu Öz'ün de belirttiği üzere, Komisyon ve Adalet Divanı, fiili rekabetin yanı sıra potansiyel rekabetin de korunması gerektiği düşüncesinden hareketle, ATA m. 85 (yeni 101) maddesini geniş yorumlamış ve potansiyel rekabeti göz önüne alarak örneğin araştırma geliştirme konusundaki ortak girişimleri de 85 (yeni 81) inci madde kapsamında değerlendirmiştir. Ancak zaman için Komisyon, potansiyel rekabet kavramı üzerindeki bu genişletici yorumu yerine, bu konuda daha dar bir yorum yapmayı tercih ederek, bu alana müdahalesini bir ölçüde sınırlandırmıştır. Bununla beraber potansiyel rekabet bugün de Topluluk rekabet hukukunun en önemli kavramları arasındadır. Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 57.

¹⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun 00-35/393-22 sayılı ve 18 Eylül 2000 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>,

¹⁷⁵ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 155.

ise, havayolu ikram hizmetlerinde rekabetin varlığının ve havayolu şirketlerinin alım açısından alternatiflere sahip olmasının, ikram hizmeti fiyatlarını düşüreceği ve havayolu şirketlerinin bu düşüşü bilet fiyatlarına yansıtabileceklerinin altı çizilmiştir. Kurul, THY ile Do&Co arasında yapılan sözleşmenin münhasır satın alma şartı içermesinin, diğer bir ifadeyle THY'nin tüm ikram hizmeti alımlarını Do&Co'dan yapmasının öngörülmesinin, havayolu ikram hizmetleri pazarında mevcut ve potansiyel rekabeti kısıtlayacağı ve bu nedenle de ikram hizmeti fiyatlarının yükselmesine bağlı olarak, ileride bilet fiyatlarının da, tüketiciler aleyhine artmasına neden olacağını belirtmektedir.

1.3.2.2.7 Rekabetin Önlenmesi, Sınırlandırılması ya da Bozulması

RKHK m. 4, ilgili pazarda rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amaç veya etkisi taşıyan anlaşma, karar veya eylemleri, ATA m.101 ise amacı ya da etkisi, ortak pazarda rekabeti önlemek, sınırlandırmak ya da bozmak olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır¹⁷⁶. İki düzenlemenin terminolojisinde farklılıklar bulunmakta ise de, bu farklılıkların uygulamada dikkate alınmadığı ve genel olarak “rekabeti kısıtlayan” anlaşma, karar eylemler denilerek, kısıtlama, bozma, engelleme veya önleme gibi ayırımların uygulanmadığı görülmektedir¹⁷⁷.

Her ne kadar 4. maddede, rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından farklı terimler kullanılmış olsa da, somut olayda sınırlama, bozma ve kısıtlama terimlerinden herhangi birinin tercih edilmesi, hukuki açıdan herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Nitekim Avrupa Birliği rekabet hukukunda ATA m. 101'de

¹⁷⁶ Avrupa rekabet hukukunda “rekabetin sınırlanması” teriminin, “rekabetin engellenmesi” ve “rekabetin bozulması” kavramlarını da içerdiği kabul edilmektedir. Bkz. Anlaşma m. 81(3)'ün Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, ATRG, C 101, 27 Nisan 2004, dn. 2.

¹⁷⁷ Bkz. Ateş Akıncı, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001, s. 230 (Anılış: Akıncı, **Yatay Kısıtlamalar**). Bu kitap yazarın doktora tez çalışmasına dayanmaktadır. Bkz. Ateş Akıncı, **Mukayeseli Hukuk Açısından A.T. ve A.B.D. Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1988. Aynı konu ayrıca bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 57, Sanlı, **Geçersizlik**, s. 162.

sıralanan rekabeti etkileyici fiiller, rekabetin bozulması (distorsion of competition) genel başlığı altında değerlendirilmektedir. Örneğin, İngiliz rekabet hukukunda ATA m.101 ile yasaklanan anlaşma, karar ve eylemlere genel bir isimlendirme ile “rekabeti sınırlandıran” (restrictive practices) işlem ve eylemler denilmektedir¹⁷⁸.

Dikkat edilirse, yukarıda anılan terimlerin anlam itibarıyla ortak noktası, rekabete olumsuz bir şekilde etkide bulunan eylemleri nitelemeleridir. Bu bakımdan, bize göre, 4. maddenin yorumunda önemli olan, rekabete olumsuz bir etkinin gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin varlığıdır.

1.3.2.2.8 Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması

1.3.2.2.8.1 Kavram

Rekabete aykırı bir anlaşma, karar ya da davranışın ortak pazardaki etkilerinin göz ardı edilebilecek nitelikte olması halinde ATA m.101/I uyarınca rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar veya uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilmeyeceği esasına dayanan *de minimis* doktrini, kaynağını Komisyon ve Adalet Divanı'nın içtihatlarından almaktadır¹⁷⁹. Bu doktrini ilk uygulayan, “*de minimis non curat lex*” ilkesinden esinlenen ATAD olmuştur. Bu doktrin, teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı danişıklı ilişkilerin, rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece m. 101/I yasağı kapsamı dışında değerlendirmesi fikrine dayanmaktadır¹⁸⁰

¹⁷⁸ İngiliz rekabet hukukuna ilişkin olarak bkz. <http://www.ofc.gov.uk> Ayrıca, Aşçıoğlu Öz, s. 57 vd. açıklamalar.

¹⁷⁹ Bkz. Kerem Tomur, **Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no 55, Ankara 2004.

¹⁸⁰ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 102, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 105–110, Güven, s.169–178.

De minimis doktrininin ATAD tarafından ilk formüle edildiği karar Völk k. Vervaecke kararıdır¹⁸¹. Karara konu olay, Alman çamaşır makinesi üreticisi Vervaecke'nin Völk'e Belçika ve Lüksemburg için münhasır dağıtım yetkisi ve paralel ithalata karşı mutlak bölgesel koruma tanınmasıdır¹⁸². Völk'un ilgili pazarlardaki pazar payı ihmal edilebilir bir seviyededir. Divan, anlaşma taraflarının ilgili ürün pazarlarındaki zayıf pazar güçlerini dikkate alarak, işlemin pazarda yalnızca belirsiz etkileri bulduğuna ve bu nedenle ATA m. 101/I kapsamı içinde sayılamayacağına karar vermiştir

De minimis doktrini, amacı ve etkileri rekabeti kısıtlamak olan sözleşmelere uygulanmakta ve böylece, gerek açıkça rekabete aykırılık taşıyan yatay kısıtlamalar gerekse dikey anlaşmalardaki rekabet kısıtlamalarının, ilgili pazarda hissedilmeyecek derecede küçük etkiler yaratmaları halinde, rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin yasak kapsamı dışına kalmalarına imkân vermektedir¹⁸³.

1.3.2.2.8.2 Düzenleme

Toplulukta ilk *de minimis* duyurusu 1970 yılında çıkarılmıştır ve anılan duyuru 7 yıllık bir uygulama döneminden sonra 1977'de yerini yeni duyuruya bırakmıştır¹⁸⁴. Bu ikinci duyuru ise, önce 1986 yılında yürürlüğe giren üçüncü duyuru ile ve sonra da 1994 ve daha sonra 1997 yılında yayınlanan dördüncü duyuru ile değiştirilmiştir¹⁸⁵.

¹⁸¹ Bkz. dn. 166. Kararın özeti için bkz. Tomur, s. 29–32.

¹⁸² Bkz. Whish, s. 138.

¹⁸³ Bkz. Whish, s. 138.

¹⁸⁴ Rekabeti ATA m. 85 (1) Uyarınca Hissedilecek Kadar Kısıtlamayan Çok Küçük Öneme Haiz Anlaşmalara ilişkin Komisyon Duyurusu, ATRG C 64/70, s. 3 ve Rekabeti ATA m. 85 (1) Uyarınca Hissedilecek Kadar Kısıtlamayan Çok Küçük Öneme Haiz Anlaşmalara ilişkin Komisyon Duyurusu, ATRG, C 313/77, s. 3.

¹⁸⁵ Rekabeti ATA m. 85 (1) Uyarınca Hissedilecek Kadar Kısıtlamayan Çok Küçük Öneme Haiz Anlaşmalara ilişkin Komisyon Duyurusu, ATRG, C 231/86, 12 Eylül 1986, s. 2, Komisyon Duyurusu, ATRG C 368/94, s. 20 ve Rekabeti ATA m. 85 (1) Uyarınca Hissedilecek Kadar Kısıtlamayan Çok Küçük Öneme Haiz Anlaşmalara ilişkin Komisyon Duyurusu, ATRG, 9 Aralık 1997, C 372, s. 13–15.

Komisyon, 2001 yılında günümüzde halen yürürlükte bulunan *de minimis* duyurusunu yayınlamıştır¹⁸⁶. Bu son duyuruda öngörülen pazar payı eşiklerinin de yardımı ile, ATA m.101/I uyarınca hissedilebilir olmayan rekabet kısıtlamalarını sınıflandırılmaktadır¹⁸⁷. Düzenleme, teşebbüslerin rekabet kurallarına uymasının kolaylaştırılması, Komisyon'un iş yükünün azaltılması ve Üye Devlet mahkemelerine ve otoritelerine rekabet kurallarının uygulanması hususunda daha açık yönlendirme yapılmasını amaçlamaktadır.

Duyuru, rakip teşebbüsler (mevcut veya potansiyel) arasındaki anlaşmalarda % 10, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda % 15 pazar payı eşiği öngörmektedir. Rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalar daha kolay rekabete aykırı etkiler ortaya çıkarabildikleri için, bunlara uygulanacak pazar payı eşiği, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalara nazaran daha düşüktür. Duyuru, birikimli rekabete aykırı etkiler taşıyan anlaşmalar için ise, % 5 pazar payı eşiği öngörmektedir. Bu özel düzenleme, benzer rekabet aykırı uygulamalara ilgili pazarda belirli yoğunlukta başvurulması (birden çok teşebbüsün aynı veya benzer rekabete aykırı uygulamalara başvurusu) halinde, tek başına çok küçük etkiler doğuran bir kısıtlayıcı anlaşmanın, pazarın geneli dikkate alındığında hissedilir etkiler meydana getirebileceği fikrine dayanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Duyuru'da tespit edilen eşikleri aşan her anlaşmanın rekabet kurallarına aykırı olduğu doğru değildir, bu durum ancak her bir olayda ayrı ayrı tespit edilebilir¹⁸⁸. Küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, üye devletler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı etkileri ancak nadiren

¹⁸⁶ Rekabeti ATA m. 81 (1) Uyarınca Hissedilecek Kadar Kısıtlamayan Çok Küçük Öneme Haiz Anlaşmalara ilişkin Komisyon Duyurusu, ATRG, 22 Aralık 2001, C 368, s. 13–15.

¹⁸⁷ Komisyon, pazar payı eşikleri yardımıyla rekabeti hissedilebilir derecede etkilemeyen anlaşmaları, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemleri gruplandırmaktadır. Bu yaklaşım, grup muafiyeti kapsamına girmeyen ancak rekabet üzerindeki etkileri hissedilir bir seviyede olmayan dikey anlaşmalar için de geçerlidir.

¹⁸⁸ Avrupa Topluluğu resmi internet sitesinde çok küçük öneme sahip anlaşmalara ilişkin açıklamalar için bkz. <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l26072.htm>.

meydana getirebilecekleri için, Duyuru tarafından herhangi bir eşik olmaksızın ATA m. 81 kapsamı haricinde tutulmuştur. Komisyon, 3 Nisan 1996 tarihli Tavsiye Kararı ile küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri 250'den az işçiye sahip, yıllık cirosu 40 milyon Euro'dan az ve yıllık ciro 27 milyon Euro'dan az teşebbüsler şeklinde tanımlamıştı¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Avrupa Topluluğu resmi internet sitesinde çok küçük öneme sahip anlaşmalara ilişkin açıklamalar için bkz. <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l26072.htm>. Aynı tanım, 2001 yılı Duyurusunun 3. paragrafında da tekrar edilmektedir.

1.3.2.2.8.3 Türk Hukukundaki Uygulaması

Türk rekabet hukukunda, Avrupa Topluluğu'ndakine benzer bir *de minimis* düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu uygulamasında, ilgili pazarda rekabeti üzerindeki etkileri son derece az veya göz ardı edilebilir olan anlaşmaların dahi RKHK m. 4 yasağının kapsamı dışında tutulmadığı görülmektedir¹⁹⁰.

Kurul'un Doğu Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş. (Doğu Otomotiv)'nin yapmış olduğu Porsche Yetkili Satıcılık ve Servis Sözleşmelerine bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği 07-30/297-113 sayılı ve 5 Nisan 2007 tarihli kararında ("Porche Kararı"), RKHK'un günümüze kadar gelen uygulamasında rekabeti sınırlayan bir düzenlemenin Kanun'un 4. maddesi uyarınca *de minimis* sayılamayacağını benimsendiği, hükmün lafzında rekabetin "önemli ölçüde" ve/veya "hissedilir derecede" etkilenmesi ifadesi bulunmadığı için, işlemin *de minimis* sayılamayacağı ifade edilmiştir¹⁹¹. Kurul, aynı işlemin Komisyon'a da bildirildiği ve Komisyon'un Porsche'nun pazar payının düşük olması sebebiyle *de minimis* kuralına başvurduğunun altını çizmiştir. Kurul, netice olarak Komisyon'un bu değerlendirmelerinin ülkemiz açısından uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Aynı şekilde (dağıtım sözleşmelerine ilişkin olmamakla beraber), Rekabet Kurulu'nun Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş.'nin İstanbul ili otobüs terminali işletmeciliği pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin 01-31/313-91 sayılı ve 6 Temmuz 2001 tarihli kararında da *de minimis* doktrininin Türk

¹⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun aksi yönde kararlarından önceki dönemde doktrinde *de minimis*'in Türk rekabet hukukunda da uygulanabilir olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktaydı. Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 103.

¹⁹¹ Rekabet Kurulu'nun 07-30/297-113 sayılı ve 5 Nisan 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

rekabet hukuku açısından yasal kaynağının bulunmadığının altı çizilmiştir¹⁹². Kararda, *de minimis* doktrininin yalnızca rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin olduğu, bu nedenle Türk rekabet hukukunda bir *de minimis* düzenlemesi bulunsa idi dahi, bu düzenlemenin hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde uygulanamayacağını belirtilmiştir.

Biz Kurul'un bu görüşüne katılmıyoruz. Bize göre, *de minimis* doktrinin Avrupa Birliği'nde yalnızca rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ve bunların ilgili pazardaki etkileri hususunda öngörülmüş olması, bu doktrinin diğer rekabet ihlalleri bakımından uygulanmasını engellemektedir. Örneğin, Avrupa Birliği ve artık Türk rekabet hukuku açısından da kabul edilen, iki aşamalı hâkim durumun güçlendirilmesi testi (teşebbüsün hâkim durumunu gerçekleştirdiği bir birleşme veya devralma ile güçlendirmesi ve bu durumun ilgili pazarda rekabeti önemli derecede kısıtlaması gereği, *de minimis* doktrininin hâkim durumun güçlendirilmesi kurumuna uydurulmasından başka bir şey değildir.

Bize göre, *de minimis* doktrini, hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından dikkate alınmayacaksa da, cezanın tespitinde dikkat alınarak, ilgili pazarda çok sınırlı etki yaratan uygulamalar bakımından teşebbüse ceza verilmemesi veya kanunda belirtilen alt sınırdan ceza uygulanması söz konusu olabilir.

1.4 Rekabete Aykırı Anlaşma Örnekleri ve Yaptırım

RKHK m. 4/II rekabete aykırı amaç veya etki taşıyan ve uygulamada sıklıkla karşılan anlaşma hükümlerinin örnekleyici bir listesini vermektedir. Bu listede bahsedilmeyen ancak rekabete aykırı amaç veya etkileri nedeniyle RKHK m. 4

¹⁹² Rekabet Kurulu'nun 01-31/313-91 sayılı ve 6 Temmuz 2001 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

çerçevesinde yasaklanabilecek başka anlaşma hükümleri de bulunabilir. Bu husus 4. maddenin gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir¹⁹³:

“(...) Maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkrada zikredilen örnekler tahdidi değil tadadidir.”

1.4.1 Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

RKHK m. 4/II (a) bendi, teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar, aldıkları teşebbüs birliği kararları veya uyumlu eylemler vasıtasıyla fiyat veya diğer ticari koşulları belirlemelerini yasaklamıştır:

*“Bu haller, özellikle şunlardır:
Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi (...)”*

1.4.1.1 Yeniden Satış Fiyatı Tespiti

Bilindiği üzere piyasada teşebbüsler arasındaki rekabetin etkin bir şekilde ortaya çıktığı unsur, fiyatlardır¹⁹⁴. Fiyat rekabeti, rekabetin en önemli boyutudur. Pazar koşullarına göre arz ve talebin karşılaşması ile oluşması gereken fiyat, şayet teşebbüslerin anlaşması ile, söz konusu pazar parametrelerinden bağımsız olarak belirleniyorsa, rekabetin bozulduğu kuşkusuzdur¹⁹⁵. Fiyatın pazar koşulları dışında belirlenmesi her zaman rekabete aykırıdır.

¹⁹³ Rekabet Kanunu madde gerekçeleri, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>.

¹⁹⁴ Bkz. Valentine Korah, Competition Law of Britain and Common Market, Dordrecht Hollanda 1982, s. 182–193.

¹⁹⁵ Bkz. Erdem, “Haksız Rekabet”, s. 150.

Bir ürünün, yeniden satış fiyatının belirlenmesi (*resale price maintenance*), ürünün üreticisinin veya dağıtıcısının perakende seviyedeki satış fiyatını veya ürünün dağıtımında perakende aşamadan önceki dağıtım seviyesinde, hangi fiyattan satılacağını belirlediği bir fiyatlandırma uygulamasıdır. Bu uygulamanın benimsendiği dağıtım sistemlerinde, sağlayıcı veya üretici, dağıtıcılarına ürünlerinin yeniden satışında uyulacak satış fiyatı veya fiyat formülünü dikte etmektedir¹⁹⁶.

Görüleceği üzere fiyat tespiti, doğrudan yeniden satış fiyatının kendisinin tespiti şeklinde olabileceği gibi, yeniden satış fiyatına ilişkin bir formülün belirlenmesi gibi, dolaylı da olabilir. Örneğin, dağıtıcıların kâr marjlarının üretici veya sağlayıcı tarafından ürün bedelinin belirli bir yüzdesi olarak belirlenmesi halinde dolaylı fiyat tespitinden bahsedilir.

Fiyat tespitinin doğrudan veya dolaylı şekilde yapılmış olması sonucu değiştirmez¹⁹⁷. Kanaatimizce fiyat tespiti, yalnızca doğrudan, yani “fiyatın” tespiti değil, dolaylı olarak fiyatın oluşumunu etkileyen unsurların tespitini de içerecek şekilde anlaşılmalıdır¹⁹⁸.

Rekabet Kurulu’nun Dagi’nin tip bayilik sözleşmesine ilişkin 09–33/725–165 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararında da ifade edildiği üzere, yeniden satış fiyatının tespitine yönelik olarak sözleşmede doğrudan bir hüküm bulunan durumlarda konu açıktır¹⁹⁹. Bununla birlikte, yeniden satış fiyatının tespiti sonucuna bazı dolaylı yollarla da ulaşılabilmektedir. Örneğin, alıcının kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilân edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının yapabileceği indirim en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcının belli bir yeniden satış

¹⁹⁶ Bkz. Yavuz, s. 92.

¹⁹⁷ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 227.

¹⁹⁸ Örneğin, indirim oranlarının tespiti, ürünlerin alım fiyatına eklenebilecek kâr oranlarının tespiti vs.

¹⁹⁹ Rekabet Kurulu’nun 09–33/725–165 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

fiyatına bağlı kalması için yapılan indirimlerin ya da kampanyaların maliyetini sağlayıcının üstlenmesi, alıcının belli bir yeniden satış fiyatına bağlı kalmaması halinde uyarılması, tehdit edilmesi, cezai yaptırımlara muhatap olması, sözleşmesinin feshedilmesi, siparişlerinin geciktirilmesi ya da iptal edilmesi, yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik dolaylı yöntemlerdir. Kurul'a göre, yeniden satış fiyatının tespitini amaçlayan bu doğrudan ya da dolaylı yöntemler, yeniden satış fiyatına uymayan alıcının örneğin bir fiyat izleme mekanizması yardımıyla tespit edilebilmesini sağlayan önlemlerle birleştirildiğinde çok daha etkili olabilmektedir. Nitekim doğrudan ya da dolaylı yeniden satış fiyatının tespiti yanında, sağlayıcının ürünün üzerine tavsiye edilen satış fiyatını basması gibi, alıcının satış fiyatını indirme güdüsünü azaltan yöntemler de bu etkiyi artırmaktadır.

Uygulamada, doğrudan ve dolaylı fiyat tespiti yanında, tespit edilen fiyatın niteliğine bağlı olarak iki çeşit yeniden satış fiyatı tespitinden bahsedilmektedir²⁰⁰. Bunlar; en yüksek fiyat tespiti (tavan fiyat) ve en düşük fiyat tespitidir (taban fiyat). Sağlayıcı veya üreticinin, dağıtıcılarına ürünlerini satışa sunabilecekleri en yüksek fiyatları dikte etmesi halinde, tavan veya azami fiyat tespitinden bahsedilir. Azami fiyat tespiti Kurul kararları ile de kabul edildiği üzere hukuka uygundur.

Örneğin, DiaSA'nın franchise sözleşmesinin RKHK'na aykırı olduğu iddiasını incelediği 09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli Rekabet Kurulu kararında, franchise sözleşmesinde yeniden satış fiyatı tespiti hükmü bulunmadığı belirlendikten sonra, uygulamada herhangi bir fiyat tespitinin söz konusu olup olmadığına analizine yer verilmiştir²⁰¹. Rekabet Kurulu incelemesinde, franchise sözleşmesinde franchise mağazalara fiyat indirimi yapmamlarına ilişkin herhangi

²⁰⁰ Fiyat tespiti denilince genellikle satış fiyatlarının tespiti anlaşılır, ancak alış fiyatlarının tespiti de aynı derecede rekabeti sınırlayıcıdır. Satış fiyatlarının tespiti bir alt pazardaki rekabeti sınırlarken, alış fiyatının tespiti bir üst pazardaki (örneğin hammadde pazarındaki) rekabeti sınırlar.

²⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

bir yasak getirilmediği belirlendiği gibi, mağazaların diledikleri ürünler için kasada “diğer” kodunu kullanarak DiaSA tarafından kendilerine bildirilen azami satış fiyatından daha düşük fiyatla ürün satma imkânlarının bulunduğu anlaşılmıştır. Kurul, tüm bu tespitler ışığında, DiaSA’nın sistemde yer alan fiyatlarının gerek franchise sözleşmelerinde gerekse uygulamada azami satış fiyatı niteliğinde olduğu, uygulamada franchise alanlar tarafından fiyatların değiştirilebilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Üretici veya sağlayıcının ürünlerinin piyasaya sunulmasını istediği en düşük fiyatı belirlemesi ve bu en düşük fiyata eşit veya bunun üstünde olmak kaydıyla dağıtıcılarına fiyata ilişkin müdahale etmemesi halinde ise, taban fiyat tespiti söz konusu olur. Taban fiyat tespiti, dağıtıcıların indirimler vasıtasıyla bu fiyatın altında satış yapmalarına engel olduğu için RKHK m. 4 uyarınca hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁰².

Nitekim 2002/2 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinin (a) bendinde de, alıcının (dağıtıcının) satış fiyatının belirlenmesi eyleminin muafiyet kapsamında olmadığı belirtildikten sonra, sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatı belirlemesi ya da fiyat tavsiyesinde bulunmasının mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Yeniden satış fiyatının bir yasal zorunluluk uyarınca tespit edilmesi RKHK’nun 4/II(a) maddesi yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir. Nitekim Rekabet Kurulu, Pfizer İlaçları Ltd. Şti., Öz-Sel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş., SSM Steril Sağlık Malzemeleri San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan Ürün Tedarik Sözleşmesi’ne ilişkin menfi tespit belgesi verilmesi talebini değerlendirdiği 05-70/970-267 sayılı ve 20 Ekim 2005 tarihli kararında (“Pfizer Kararı”), Öz-Sel’in Sağlık Bakanlığı’nın

²⁰² Bkz. Rekabet Kurulu’nun 05-02/18-9 sayılı ve 7 Ocak 2005 tarihli kararı ile 05-68/958-259 sayılı ve 14 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

belirlediği depocu fiyatlarını aşmayacak bir fiyata satış yapmasının zorunlu olması karşısında, Pfizer'in Öz-Sel'in satış fiyatlarına müdahale edemeyeceğine karar vermiştir²⁰³.

RKHK m. 4 (a) tavsiye fiyat tespitini yasaklanamamıştır. Tavsiye fiyat tespitinde, dağıtıcının yeniden satış fiyatını belirleme özgürlüğü üretici veya sağlayıcı tarafından kısıtlanmamaktadır. Nitekim üretici veya sağlayıcının ürünlerinin yeniden satışı için dağıtıcılarına tavsiye fiyat bildirmesi halinde, dağıtıcılar bu tavsiye fiyata uymamak ve yeniden satış fiyatını kendi ticari öngörülerine göre belirlemekte serbesttirler.

Tavsiye fiyat tespiti, daha doğrusu tavsiye fiyat tespiti ile gizlenen fiyat tespiti hükümleri de RKHK m. 4 (a) uyarınca kanuna aykırı kabul edilir ve yasaklanır. Dağıtıcıların, üretici veya sağlayıcı tarafından kendilerine bildirilen tavsiye fiyattan ayrılma imkânlarının fiilen bulunmaması, bu fiyata aykırı hareket etmeleri halinde para veya diğer cezalara maruz kalacak olmaları halinde, tavsiye fiyat arkasına gizlenmiş bir yeniden satış fiyatı tespitinin varlığı kabul edilmektedir.

Kurul, Gillette Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin dağıtıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek, aktif ve pasif satışlarını engellemek ve mal vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını incelediği 08-25/261-88 sayılı ve 20 Mart 2008 tarihli kararında ("Gillette Kararı"), yeniden satış fiyatı tespiti ile tavsiye fiyat tespiti arasındaki farkları ele almıştır²⁰⁴. Kararda, distribütörlerin el terminalinde kullanılan yazılımın tamamen distribütörlerin inisiyatifine bağlı bulunduğu ve ıskonto tanımlamaya elverişli olduğunun altı çizilmiştir. Kurul, Gillette

²⁰³ Rekabet Kurulu'nun 05-70/970-267 sayı ve 20 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

²⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayı ve 20 Mart 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

tarafından distribütörlere gönderilen fiyat listesinde yer verilen fiyatların, yalnızca tavsiye niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Fiyat anlaşmaları değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Üretici tarafından bir fiyat listesi yayınlanması, her faaliyet yılı başında ürün fiyatlarına ilişkin liste veya duyuru gönderilmesi de bu şekillerdendir²⁰⁵.

1.4.1.2 Diğer Ticari Koşulların Tespiti

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, RKHK m. 4/II (a) bendi yalnızca yeniden satış fiyatı tespitini değil, fiyat tespiti harici alım veya satım şartlarının tespitini de düzenlemektedir. Bu itibarla, teşebbüsler arasında rekabetin önemli görünüş şekillerinden olan ödeme koşulları, satış sonrası hizmetler ve bunların sunuluş biçimleri, mal teslim koşulları gibi fiyat dışı anlaşma koşulları da bu bent kapsamında değerlendirilecektir²⁰⁶.

Dağıtım anlaşmalarında yeniden satış fiyatı tespiti dışında rastlanan dikey kısıtlamaların en yaygını münhasır bölge veya müşteri tahsisidir. Dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcının belirli bir ürünü veya bir ürünün belirli bir modelini satmasının engellenmesi, belirli bir bölge veya şehirde faaliyet gösterecek dağıtıcı sayısına kısıtlama getirilmesi gibi dikey kısıtlamalara da yer verildiği görülmektedir. Bu kısıtlamalar aşağıdaki ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

²⁰⁵ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 227.

²⁰⁶ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 227.

1.4.1.3 Yasağın Doğuşu ve Ekonomi Teorisindeki Yorumlar

Doktrinde, sağlayıcıların hangi nedenlerle dikey fiyat tespiti yolunu tercih ettiklerine ilişkin üç farklı teoriden bahsedilmektedir²⁰⁷. Sağlayıcılar veya üreticiler, rakipleri ile kurdukları karteli desteklemek, ona işlerlik kazandırmak için dikey fiyat tespiti uygulamasına başvurabilirler. Sağlayıcıların bu uygulamaya başvurmalarının nedeni alt pazarda (perakende satış pazarı) dağıtıcılar arasında oluşturulan bir karteli desteklemek de olabilir. Dikey fiyat tespitinin, dağıtıcıların daha iyi hizmet sunabilmeleri ve etkin bir dağıtım sisteminin kurulabilmesi için, sağlayıcı tarafından yürütülen tek taraflı bir uygulama olması da mümkündür.

Fiyat tespitine yer veren dağıtım anlaşmaları bakımından, öncelikle üretici veya sağlayıcının anılan kısıtlamalar ile amaçladığı yararların değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, fiyat tespiti anlaşmalarının rekabet için hem olumlu hem de olumsuz etkileri bulunabilir. Örneğin, sağlayıcının fiyat tespiti öngörürken niyeti, perakende satış fiyatlarını mümkün olan en düşük seviyede tutmak ve böylece satış miktarını artırmak olabileceği gibi, ürününün perakende fiyatını mümkün olduğunca yüksek tutmak ve kendi kâr marjını artırmak da olabilir²⁰⁸.

Rekabet Kurulu'nun 99-53/575-365 sayılı ve 24 Kasım 1999 tarihli kararında, yeniden satış fiyatının belirlenmesinin, pasif satışların engellenmesi ile beraber, dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen en ağır rekabet ihlali olduğu ifade edilmiştir²⁰⁹. Kararda, yeniden satış fiyatı tespitinin dikey-yatay anlaşma ayrımı yapılmaksızın, RKHK'na aykırı olduğu belirtilmiştir. Kurul, inceleme konusu sözleşmelere de yer verilen yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümlerin, hem dağıtıcıların

²⁰⁷ Bkz. G. Frank Mathewson/Winter Ralph Albert, **Competition Policy and Vertical Exchange**, Toronto 1986, 48 vd.; G. Frank Mathewson/M.J Trebilcock, **The Law and Economics of Competition Policy**, Vancouver 1990, s. 132.

²⁰⁸ Aslen bu durumda sağlayıcının satış fiyatı tespiti hükmüne ihtiyacı yoktur, bunu zaten dağıtıcılarına satış fiyatını yükselterek de yapabilir.

²⁰⁹ Rekabet Kurulu'nun 99-53/575-365 sayılı ve 24 Kasım 1999 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

hem de perakende satış noktalarının fiyatlarını tespit ederek, marka içi fiyat rekabeti kısıtladığının altını çizmiştir.

Yeniden satış fiyatının tespiti ilk olarak, Amerikan anti tröst hukukunda Sherman Yasası'nın 1. Bölümünde dikey fiyat tespiti adı altında *per se* yasaklanmıştı. Bu dönemde, dikey fiyat tespiti yasağı uygulamada katı bir şekilde yorumlanmış ve pazarda ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme veya uygulama hukuka aykırı kabul edilmişti.

Amerikan anti tröst hukukunun bu dönemi, Yüksek Mahkeme'nin 1911 tarihli Dr. Miles davasındaki kararı ile özetlenebilir²¹⁰. Anılan dava, ilaç üreticisi bir teşebbüs olan Dr. Miles'in, ilaçlarının gerek toptan gerekse perakende satış fiyatlarını belirlemesini konu almaktadır. Dr. Miles, dağıtıcılarının yeniden satış fiyatlarını belirleme hakkını, ürettiği ürünleri dilediği alıcılara ve dilediği fiyattan satma hakkının bir uzantısı olduğunu ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme ise, Dr Miles'in bu değerlendirmesini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesi, malın, üretici veya sağlayıcı tarafından bir kez satıldıktan sonra, sonraki satış fiyatlarının artık yeniden satıcı (alıcı) tarafından tespit edileceği düşüncesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkeme, yeniden satış fiyatı tespitinin, yeniden satıcının mülkiyet hakkına dayandığını kabul etmiştir²¹¹. Yüksek Mahkeme, Dr. Miles kararından sonraki içtihadında ticaretin kısıtlandığı her durumun hukuka aykırı sayılmayacağını benimseyerek, yeniden satış fiyatı tespitine ilişkin sert yaklaşımından uzaklaşmış ve rekabeti “makul ölçüler” dışında sınırlayan anlaşmaların ve böylece bazı yeniden fiyat tespiti hükümlerinin hukuka aykırı sayılacağını benimsemiştir²¹². Yüksek Mahkemenin bu görüşü *rule of reason*

²¹⁰ Yüksek Mahkeme'nin 3 Nisan 1911 tarihli *Dr. Miles Medical Co. k. John D. Park & Sons* kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://supreme.justia.com/us/220/373/case.html>.

²¹¹ Dikey fiyat tespiti kararda Mr. Miles ürünlerinin dağıtıcıları arasında yapılmış yatay bir fiyat tespiti ile benzer etkiler doğurması nedeniyle de eleştirmiştir.

²¹² Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 96, Yavuz, s. 143.

teorisine dayanmakta olup, dikey fiyat tespitinin bazı hallerde tüketiciler için yararlı etkilere sahip olabileceğini gösteren ekonomik analizlere de imkân vermiştir²¹³.

1.4.2 Üretimin Sınırlandırılması

RKHK m. 4/II (c) bendi, “mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesini” yasaklamıştır. Örneğin, üretici veya sağlayıcının, dağıtıcı ile aralarındaki dağıtım anlaşmasında anlaşmaya konu ürünlerin arz veya talep miktarlarını belirlemeleri ve sınırlamaları bu bent kapsamına girecektir. Bu nevi hükümlere örnek olarak, üretici veya sağlayıcıların ürünün pazardaki fiyatının düşmesini engellemek için arz miktarlarını kontrol etmeleri verilebilir. Nitekim fiyat arz ve talebin karşılaşması ile oluşacağından, bu unsurlardan herhangi birinde yaşanacak bir değişiklik dolaylı olarak fiyata etki edecektir²¹⁴.

Gerek uygulama gerekse Rekabet Kurulu kararları incelediğinde, bu rekabet kısıtlamasına, genellikle üretim veya dağıtım sektörünün aynı seviyesinde yer alan teşebbüsler, diğer bir ifadeyle, rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda (yatay anlaşma) rastlandığı görülmektedir. Bununla beraber, Kurul’un mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesine yer

²¹³ Doktrinde Scherer ve Ross, yeniden satış fiyatı tespitinin sağlayıcı karteli oluşturması gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir. Bu görüşe göre, sağlayıcılar kendi aralarında bir fiyat karteli kurmak için, diğer bir ifadeyle ilgili pazarda yapacakları yatay anlaşmalar vasıtasıyla fiyat karteli kurmak amacıyla, dağıtıcıları ile ilişkilerinde yeniden satış fiyatı tespiti yoluna gitmektedirler. Kısaca, sağlayıcılar yatay fiyat tespiti hedeflerini, dikey fiyat tespiti yoluyla gerçekleştirmektedir.

Doktrinde bir diğer görüş ise, dikey fiyat tespitinin dağıtıcıların perakende, yani alt pazarda fiyat karteli oluşturmalarını sağladığını ileri sürmektedir. Nitekim yatay fiyat belirleme anlaşmalarının dikey fiyat tespiti uygulaması yoluyla dağıtıcıların çıkarına uygun dikey fiyat kısıtlamalarının arkasına gizlenmesi mümkün olabilmektedir. Böylelikle, pazar gücüne sahip dağıtıcılar, fiyatları koordine edebilmektedir. Bkz. Yavuz, s. 101 ve s. 144 ve Yavuz, s. 101’den naklen F.M Scherer/D. Ross, **Industrial Market Structure and Economic Performance**, Boston 1990.

²¹⁴ Genellikle arz artarsa fiyatlar düşer, arz düşerse fiyatlar artar. Bu nedenle üretimin kontrolü, üretim miktarının talebe göre değil de piyasa dışı nedenlerle tespit edilmesi rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olacaktır.

verilen bir dikey anlaşmayı değerlendirdiği nadir kararları da bulunmaktadır. Bu kararlardan biri, Anadolu Isuzu Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Anadolu Isuzu) ile bayileri arasında akdedilen "Araç Bayilik Anlaşması", "Yetkili Servis İşletme Anlaşması" ve "Yedek Parça Bayilik Anlaşması"na menfi belgesi verilmesi talebini incelediği 01-32/315-92 sayılı ve 10 Temmuz 2001 tarihli karardır ("Isuzu Kararı")²¹⁵. Isuzu kararında Kurul, Araç Bayilik Anlaşmasınının 11. maddesindeki "*Bayi; sağlayıcı tarafından belirlenen aralıklarda, satışı artırma uygulamaları kapsamında, anlaşma konusu malları sipariş etmek ile yükümlüdür*" ifadelerinin, bayiye belirli miktarlarda satış hedefleri koyduğu ve o miktar malı sürekli satın alma yükümlülüğü getirdiğini tespit etmiş ve bu hüküm RKHK m. 4/I (a) uyarınca mal veya hizmetlerin her türlü alım yahut satım şartlarının tespiti ile m. 4/I (c) uyarınca mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü olarak değerlendirmiştir.

ATA m. 101/I (b) bendinde "üretim, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımların sınırlanması ya da kontrol edilmesi"nden bahsedilmektedir. Örneğin, iki rakip teşebbüsün 10 yıl süre ile mevcut teknolojileri kullanacaklarına dair bir anlaşma yapmaları gibi. Oysaki RKHK m. 4'ün lafzında teknolojik gelişmeyi ve yatırımları sınırlayıcı anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı bulunduğu dair bir ifade yer almamaktadır. Kanaatimizce, bu eksiklik RKHK m. 4'de yapılan sayımın örnekleyici olması karşısında çok da bir önemli değildir. Nitekim teknolojik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden dikey anlaşmaların, rekabete aykırı amaç veya etkilerinin bulunması durumunda RKHK m. 4 uyarınca rekabete aykırı sözleşmeler yasağı kapsamına girecekleri açıktır.

²¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 01-32/315-92 sayı ve 10 Temmuz 2001 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

1.4.3 Pazar Paylaşma

RKHK m. 4/II (b) bendinde pazar paylaşma şu şekilde ifade edilmektedir:

“Bu haller, özellikle şunlardır:

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü”

Yukarıda da açıkladığımız üzere, dağıtım anlaşmalarında gerek dağıtıcıların gerekse üretici veya sağlayıcının kurmak istediği dağıtım ağının özelliklerine göre kendisinin isteği ile pazar veya müşteri paylaşımına ilişkin hükümlere yoğun olarak yer verilmektedir.

Şöyle ki, dağıtım anlaşmalarında, genellikle, dağıtıcıların satış yapacağı ve satış artırma faaliyetlerinin yürütecekleri bölgeler belirlenir ve her bir dağıtıcıya tek el olacağı bir bölge yaratılır. Bu tür hükümler, pazar paylaşmaya yönelik oldukları için RKHK m. 4/I (b) bendine göre yasaktır. Pazar paylaşma hükümleri, anlaşma konusu ürünlerin dağıtımını iyileştirici veya yaygınlaştırıcı etkileri sayesinde, hukuk düzeni tarafından bir dereceye kadar hoş görülmektedir. Bu çerçevede, pazar paylaşmaya yönelik hükümler içeren bazı anlaşmaların, gerekli şartları taşımaları halinde grup muafiyeti veya bireysel muafiyetten faydalanmalarına imkân tanınmıştır. Bununla beraber, bu anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkileri var ise, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmeleri ve yasaklanmaları da mümkündür²¹⁶.

Pazar paylaşmaya yönelik anlaşmaların hangi koşullarda grup veya bireysel muafiyetten faydalanabileceğini ileride her bir rekabet ihlali değerlendirilirken ayrıca ve ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak yine de kısaca belirtmek gerekirse, pazar paylaşımı etkisi taşıyan bir anlaşmanın yasaklanmaması için, öncelikle öngörülen paylaşımın mutlak olmaması, diğer bir ifadeyle paralel ticareti ve bölge dışından

²¹⁶ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 254.

yapılacak pasif satışları engellememesi ve ayrıca ilgili pazardaki rekabet üzerinde olumlu etkilerinin de bulunması gerektiği söylenebilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukuku uygulamasında, üretim veya dağıtım faaliyetlerinin aynı aşamasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşma ve alınan kararlar (yatay etki) pazar paylaşılması sonucunu doğuruyor ise *per se* hukuka aykırı kabul edilmektedir. Üretim veya dağıtımın farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar (dikey etki) ise, *per se* hukuka aykırı sayılmaz ve *rule of reason* doktrini uyarınca ilgili pazardaki etkilerine göre değerlendirilir. Böylece bazı dikey anlaşmalar pazar paylaşımı etkisi içeriyor olsalar dahi yasaklanmayabilirler.

1.4.4 Pazara Girişlerin Engellenmesi

RKHK m. 4/II (d) bendi, rakiplerin pazara girişlerinin engellenmesi veya pazar dışına itilmeleri etki veya amacını taşıyan anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ile aynı araçlarla rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Hüküm şöyledir:

“Bu haller, özellikle şunlardır:

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi”

Bu hüküm, doktrinde ifadesinin yeterince açık ve net olmaması ve teşebbüslerin her türlü rekabetçi davranışlarının yasaklanmasına neden olabileceği ileri sürülerek eleştirilmektedir²¹⁷. Nitekim esasen teşebbüslerin ilgili pazarda faaliyet gösterirken, rakip teşebbüslere karşı izledikleri tüm rekabetçi anlaşma, karar veya eylemler – RKHK m. 4 anlamında yasaklanmamış olanlar dahi - rakip

²¹⁷ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 238.

teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırıcı etki doğurabilmekte veya bu amacı taşıyabilmektedir. Keza aynı rekabetçi davranışların başarıya ulaşması ile, bazı rakip teşebbüsler faaliyetlerine son vermek zorunda kalabilmekte veya pazar dışına itilebilmektedir.

Bize göre, RKHK m. 4/I (d) bendinin, teşebbüslere rekabet etme serbestisi bırakmayacak şekilde geniş yorumlanmaması ve Rekabet Kurulu tarafından bu hükme ilişkin olarak yorum yapılırken, analizin teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının altında yatan asıl amaç ve bu davranışların doğrudan etkileri ile sınırlı tutulması gerekmektedir.

Bu bakımdan, teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının dolaylı amaç veya dolaylı etkilerinin inceleme dışı bırakılması yerinde olacaktır. Nitekim aksine bir yaklaşım, teşebbüslerin ilgili pazardaki tüm rekabet, diğer bir ifadeyle hareket özgürlüklerini yok etmeye kadar uzanabilecek ve teşebbüsleri olağan pazar faaliyetlerini yerine getirme imkânından ve serbest rekabet hakkından yoksun bırakacaktır²¹⁸.

RKHK m. 4/I (d), öncelikle rakip teşebbüslerin pazara girişlerini engelleyici anlaşmaları yasaklamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, pazara girişleri engelleyici düzenlemelere, yatay anlaşmalarda olduğu gibi, dikey anlaşmalarda da yer verilmektedir. Hatta dağıtım zincirinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüslerin yaptıkları anlaşmalarda, rakip teşebbüslerin pazar dışına itilmesini amaçlayan veya bu etkiyi doğuran anlaşmalara (dikey anlaşma) sıklıkla başvurdukları görülmektedir. Örneğin belirli bir malın üreticileri birliği ile aynı malın dağıtıcıları birliği arasında yapılan ve birlik üyelerinin, birlik üyesi olmayan teşebbüslerden mal satın

²¹⁸ Zira ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin her faaliyeti, hammadde tedariki, dağıtım ağı kurulması, alıcılar ile tedarik sözleşmeleri akdedilmesi, yeni ürün geliştirilmesi, bir rakip teşebbüs ile birlikte ar-ge çalışmaları yürütülmesi, ürünlerinin reklam ve tanıtım faaliyetlerinin yürütülmesi vs., rakiplerini rekabette kendisine nazaran dezavantajlı bir duruma getirmek, kendi faaliyetlerinin rakiplerinin faaliyetlerine göre daha başarılı olması, rakiplerinin faaliyetlerinin zorlaştırılması nihai amacını taşır. Dolayısıyla Rekabet Kanunu m.4/II (d) bendindeki yasağın bir teşebbüsün ilgili pazardaki tüm rekabetçi davranışlarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılması, teşebbüslerin hareket özgürlüklerini yok eder.

almamaları ve yine birlik üyesi olmayan teşebbüslere mal satmamalarını öngören bir anlaşma, hem üretici pazarına hem de toptancı pazarına yeni girişleri önleyici nitelikte olup, RKHK m. 4/I (d) bendi kapsamındadır²¹⁹.

Aynı şekilde, ilgili pazarda tek başına hâkim durumda bulunan üretici veya sağlayıcı (ya da birlikte hâkim durumda bulunan üretici veya sağlayıcılar) ile güçlü bir dağıtıcı arasındaki dağıtım anlaşmasında yer verilen münhasırlık hükmü, alternatif dağıtım ağlarına ulaşma imkânı olmayan ve kendisi bir dağıtım ağı kuramayan rakip teşebbüslerin ürünlerinin dağıtımını sağlayamamalarına neden olacaktır. Böylece, rakip teşebbüslerin pazar dışına itilmeleri söz konusu olabilecektir.

Yine, bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin rakiplerini veya müşterilerini pazar dışına itmek için boykot uygulamaları da, RKHK m. 4/I (d) bendi kapsamında değerlendirilmektedir. Doktrinde, RKHK m. 4/I (d) bendine ilişkin uygulama örnekler arasında, Rekabet Kurulu'nun Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BDD), BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY) ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT)'nin Star Gazetesi'nin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırdıkları ve Star Gazetesi'nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.'nin aynı pazara girişini engelledikleri iddialarını incelediği 00-49/529-291 sayılı ve 14 Aralık 2000 tarihli ("BDD, Biryay Yaysat Kararı") kararına atıf yapılmaktadır²²⁰.

Oysaki anılan kararda BDD, BİRYAY ve YAYSAT'ın rekabete aykırı davranışları, RKHK m. 4/I (d) bendi değil, m. 6 (a) bendi çerçevesinde

²¹⁹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 238-239.

²²⁰ Rekabet Kurulu'nun 00-49/529-291 sayılı ve 14 Aralık 2000 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 188.

değerlendirilmiştir. Karar, kısaca özetlemek gerekirse, ilgili pazarda birlikte hâkim durumda bulunan dağıtım şirketlerinin aralarında anlaşarak Star Gazetesi'nin dağıtımını yapmayı kesmeleri, bu gazetenin kendi dağıtım şirketini kuracak kadar mali güce sahip olmaması nedeniyle, pazar dışına itilmesi olayına ilişkindir. Nitekim ilgili pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsler (Hürriyet ve Sabah grupları) kendi dağıtım şirketleri aracılığı ile rakiplerinden birini piyasa dışına çıkarmak için boykot uygulaması yapmışlardır. Kurul ise, birlikte hâkim durumda olduklarını tespit ettiği dağıtım şirketlerine, RKHK m. 6 uyarınca hâkim durumlarını rakip bir teşebbüse boykot uygulayarak kötüye kullandıkları gerekçesiyle para cezası uygulamıştır.

1.4.5 Ayrımcılık

RKHK m. 4/I (e) bendi, teşebbüslerin yaptıkları anlaşma, aldıkları teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemleri ile ilgili pazarda diğer teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmalarını yasaklamaktadır. Hüküm şöyledir:

“Bu haller, özellikle şunlardır:

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması.”

ATA m. 101/I (d) bendinde, teşebbüsleri anlaşma, karar veya uyumlu eylemler vasıtasıyla aynı kıymetteki edimlere farklı koşullar uygulayarak birlikte ticaret yaptıkları taraflardan birini diğerine göre rekabette dezavantajlı duruma sokmaları yasaklanmaktadır²²¹.

İki hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşma, karar veya uyumlu eylemler vasıtasıyla “eşit hak, yükümlülük ve edimleri

²²¹ Bu hüküm amacı işletmelerin aralarında anlaşarak ticari ilişkide buldukları taraflardan birini diğerine göre rekabette daha kötü duruma düşürmelerini yasaklamaktır. Örneğin A ve B firmasının kendilerinden mal alan C firmasına diğer firmalara göre % 10 daha pahalı satmak konusunda anlaşmaları. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 240.

için eşit durumdaki teşebbüslere farklı şartlar uygulamaları” yasaklanmaktadır. Ancak bu yasak, münhasır bayilik sözleşmeleri açısından bir istisna içermektedir.

Doktrinde Aşçıoğlu Öz, RKHK m. 4/I (e) bendine her türlü aykırılığın rekabeti sınırlayıcı olmadığı, yalnızca ekonomik ve rasyonel sebepler ile açıklanamayan ve teşebbüslerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı duruma getiren ayrımcılığın rekabeti sınırlayıcı sayılarak, yasaklanacağını ileri sürmektedir²²².

Biz de Aşçıoğlu Öz’ün bu görüşüne katılıyoruz. Hemen belirtmek gerekir ki, bu görüş RKHK m. 4 (e)’nin lafzı ile uyuşmamaktadır. Nitekim RKHK m.4 (e) hükmü lafzı itibariyle, teşebbüslerin ayrımcılık teşkil eden uygulamalarını, ekonomik veya rasyonel sebepler ile uygulama farklılıkları sözkonusu olabileceğini dikkate almaksızın (münhasır bayilik haricinde) *prima facie* yasaklamış görünmektedir. Ancak gerek Komisyon ve ATAD gerekse Rekabet Kurulu tarafından da kabul edildiği üzere, farklı uygulamalar ekonomik ve rasyonel sebepler ile açıklanabiliyor ise ayrımcılık teşkil etmezler ve ayrımcılık yasağı kapsamına girmezler.

Rekabet Kurulu, McDonald’s A.Ş., McDonald’s Corporation ve Serlog Ltd. Şti.’nin marka içi rekabeti tamamen ortadan kaldırmak, satış fiyatlarını belirlemek ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürmek suretiyle Rekabet Kanunu’nu ihlal ettikleri iddiasını incelediği 00–8/70–32 sayılı ve 24.02.2000 tarihli kararında (“McDonald’s Kararı”), farklı uygulamanın objektif bir sebebi bulunuyor ise RKHK m. 4 anlamında ayrımcılık sayılmayacağına hükmetmiştir²²³. Kurul’un bu kararında, RKHK m. 4 (e)’ye atıf yaparak, "münhasır bayilik hariç olmak üzere eşit

²²² Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 79.

²²³ Rekabet Kurulu’nun 00–8/70–32 sayılı ve 24 Şubat 2000 tarihli kararı. Kararda, McDonald's A.Ş.'nin franchise sözleşmeleri için menfi tespit/muafiyet talebi de değerlendirilmiştir. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması" yasak olduğunun da altını çizmiştir. Nitekim bu hükmün amacı, teşebbüslerin kendi aralarında anlaşarak, ticari ilişkide buldukları taraflardan birini diğerlerine göre rekabette daha dezavantajlı duruma düşürmelerinin yasaklanmasıdır.

Aslında her türlü ayrımcılık rekabeti sınırlayıcı değildir. Örneğin hâkim durumda olmayan satıcı konumundaki bir teşebbüsün, alıcılara farklı fiyatlarla ürünleri satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi zordur. Kurul, franchise veren teşebbüslerin, franchise alan teşebbüslerin aylık satışlardan ödeyecekleri bedelleri farklı belirlemesinin de rekabet ihlali olarak değerlendirilmeyeceğinin altını çizmektedir. Kurul'a göre, her lisans anlaşmasında belirtilen yüzdelerin birbirinden farklı olması son derece doğaldır.

Kanaatimizce yukarıda alıntı yapılan McDonalds's kararı Kurul'un RKHK m. 4 anlamında hertürlü ayrımcılığın değil ancak objektif nedenlerle açıklanamayan ayrımcılığın yasak olduğu görüşünü açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir. Bununla beraber, kararda yer verilen "*hâkim durumda olmayan satıcı konumundaki bir firmanın alıcılara farklı fiyatlarla ürünleri satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesinin zor olduğunu*" ifadesinin, kararda hâkim durumun kötüye kullanılması değerlendirmesi yapılmadığı için yersiz olduğunu düşünüyoruz.

Kaldı ki, bizzat RKHK m. 4/II bent (e) "*hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüsün yaptığı anlaşmalar vasıtasıyla aynı durumda bulunan teşebbüslere farklı şartlar uygulayarak, rekabette rakiplerine nazaran dezavantajlı bir konuma getirmesi*"ni yasaklamaktadır²²⁴. Dolayısıyla hükmün kapsamı, bilakis hâkim durumda olmayan teşebbüslerin yaptıkları anlaşmalar, aldıkları karar veya uyumlu

²²⁴ Burada bahsi geçen aynı durumdaki teşebbüsler, aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren yani, rakip teşebbüslerdir. Keza Kurul, bu maddeye ilişkin değerlendirmelerinde farklı uygulamalara maruz bırakılan teşebbüslerin, öncelikle rakip olup olmadıklarını ele almıştır. Kurul'un, bu teşebbüslerin rakip olduklarını tespit ettikten sonraki incelemesi ise, farklı uygulamaların objektif nedenlere dayanıp dayanmadığı olmuştur. Bu değerlendirmede, teşebbüslerin müşteri çevreleri, faaliyet bölgeleri, satış hacimleri gibi objektif kıstaslar da dikkate alınmıştır.

eylemleri vasıtasıyla ayrımcılık yapmalarıdır. Tüm bu nedenlerle, kararda yer verilen yukarıdaki değerlendirmenin yersiz olduğunu düşünüyoruz.

Ayrımcı uygulamalara ilişkin asıl sorun, birden fazla teşebbüsün anlaşma yoluyla veya hâkim durumdaki teşebbüsün bu durumuna dayanarak tek taraflı davranışları değil, ilgili pazarda hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüsün tek taraflı ayrımcılık uygulamalarına nasıl müdahale edileceğidir. Doktrinde Erdem, bir teşebbüsün tek yanlı olarak müşterilerine farklı uygulamalarda bulunmasının tek başına rekabeti bozucu olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, teşebbüsün bu kararı daha iyi rekabet edebilmek düşüncesiyle alınmış bir ticari karardır. Nitekim müşteri aynı mal veya hizmeti daha uygun koşul ve fiyatla başka bir yerden tedarik edebiliyorsa, böyle bir uygulamanın pratik bir önemi de olmayacaktır. Yazar, bu teşebbüs tekel konumundaysa veya bir kartel üyesiyle ve müşteri aynı mal veya hizmeti başka şekilde elde etmek olanağından mahrumsa, ancak bu takdirde rakipler arasındaki rekabet koşulların zedelenmiş sayılacağını belirtmektedir²²⁵.

Yazarın görüşüne kısmen katılıyoruz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, RKHK m. 4/II (e) bendinin amacı, birden fazla teşebbüsün aralarında anlaşmak suretiyle, ticari ilişkilerde buldukları teşebbüslerden birine diğerlerine nazaran farklı şartlar uygulamaları, bu teşebbüsün rekabette kötü duruma sokmalarının önlenmesidir. RKHK m. 6 (b) bendi ise, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, bu durumunu ayrımcılık yaparak kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Burada bahis konusu olan ayrımcı davranış, RKHK m. 4/II (e)'den farklı olarak, bir anlaşmaya değil, bir teşebbüsün tek taraflı bir pazar kararı ve uygulamasına dayanmaktadır.

Bize göre, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunmamasına rağmen, ayrımcı uygulamalarını yönelttiği teşebbüs ve hatta genel olarak bahis konusu teşebbüs ile aynı konumda bulunan diğer rakip teşebbüsler (bir üst pazarda hâkim durumda

²²⁵ Bkz. Erdem, “Haksız Rekabet”, s. 151, dn. 37.

bulunsalar bile) ile arasındaki ilişkiler itibariyle, adeta hâkim durumdaymış gibi hareket edebilmesi halinde, rekabet hukukunun müdahale etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Örneğin, ulusal perakende pazarına yaygın ve güçlü dağıtım ağı ile yerleşmiş durumda olan X perakende grubu, hâkim durumda olmamasına karşın (ulusal pazardaki payı % 8-10), tedarikçilerine dilediği alım-satım koşulları, fiyat vd. şartları empoze edebilmektedir. X perakende grubu tedarik şartlarını pazara yeni giriş yapan üreticilere olduğu kadar, alt pazarda hâkim durum bulunan ve hâttâ must-stock markaları elinde tutan teşebbüslere dahi kabul ettirebilmektedir.

X perakende grubu tarafından tedarikçilerine yapılan rekabet aykırı uygulamaların, iki veya daha fazla teşebbüs arasında bir anlaşmadan kaynaklanmaması nedeniyle RKHK m. 4 kapsamına girmediği açıktır. Aynı şekilde, RKHK m. 6'da uygulamayacaktır. Bize göre, böyle durumlar ancak yeni rekabet doktrinleri çerçevesinde çözümlenebilmelidir. Kanaatimizce, Alman Hukukundaki “görelî güçlü teşebbüs” ve Fransız hukukundaki “ekonomik bağımlılık ve kötüye kullanılması” teroileri bu konuda yol gösterici olabilir. Bu teoriler, çalışmamızın İkinci Bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olup, ek açıklamalara ilgili kısımda yer verilecektir.

Rekabet Kurulu, MTS'nin yedek parça teminini geciktirme ve aşırı fiyatlandırma uygulamalarının RKHK'ü ihlâl ettiği iddiasını değerlendirdiği 06-36/462-124 sayılı ve 26 Mayıs 2006 tarihli (“MTS Kararı”) kararında, RKHK m. 4 anlamında bir ayrımcılığın söz konusu olması için, iki teşebbüs arasında ayrımcı davranışa ilişkin bir anlaşma bulunması gerektiğinin altını çizmiştir²²⁶. Nitekim kararda da ifade edildiği üzere, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs ile arasında böyle bir anlaşma olmaksızın, tek taraflı olarak ayrımcı uygulamalarda bulunmasını, RKHK m. 4 kapsamına girmeyecektir.

²²⁶ Rekabet Kurulu'nun 06-36/462-124 sayılı ve 26 Mayıs 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Aynı şekilde, Rekabet Kurulu, Danıştay 13. İdari Dairesi'nin 26 Haziran 2003 tarihli ve 03-45/523-231 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline ilişkin 13 Temmuz 2005 tarih ve 2005/3451 sayılı kararı üzerine Paşabahçe Cam Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayilerine yönelik rekabeti ihlal eder nitelikteki eylemlerinin yeniden değerlendirilmesine ilişkin 05-65/928-250 sayılı ve 6 Ekim 2005 tarihli kararında, farklı müşteri gruplarına yönelik olarak sözleşme yapılmış bayiler arasında ayrımcılık yapılabileceğine karar vermiştir²²⁷. Kararda, bir teşebbüsün başka bir teşebbüs ile arasında herhangi bir anlaşma söz konusu olmadan kendi müşterilerine ayrımcı davranışlarda bulunmasının, RKHK m. 4 (e) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği, ancak teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunması halinde RKHK m. 6 kapsamına girebileceğinin altı çizilmiştir. Kurul, ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün bazı bayilerine mal vermeyi kesmesinin veya bayileri (yeniden satıcı) arasında miktar ayrımcılığı yapmasının, RKHK m. 6'yı ihlâl etmeyeceğini benimsemiştir. Nitekim Kurul'a göre, bir dağıtım anlaşması veya dağıtım anlaşmaları ile oluşan dağıtım sistemi, RKHK'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilemez.

Karar doktrinde, Rekabet Kurulu'nun hâkim durumdaki teşebbüslerin dağıtım anlaşmaları aracılığı ile hâkim durumlarını kötüye kullanmaları olasılığını yok sayması nedeniyle eleştirilmektedir²²⁸.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bize göre, bir anlaşmaya RKHK m. 5 uyarınca muafiyet tanınmış olması, o anlaşmaya yalnızca RKHK m. 4 uygulamasından bağışık olmasını sağlar. Yoksa, hâkim durumda olan bir teşebbüsün dağıtım sistemi içerisinde gerçekleştirdiği ve RKHK m. 6 uyarınca kötüye kullanma sayılabilecek sonuçlar bakımından bağışıklık sağlamaz. Bu bakımdan, ilgili pazarda hâkim

²²⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 2005/3451 K., 2005/1737 E. sayılı ve 13 Temmuz 2005 tarihli kararı ve Rekabet Kurulu'nun 05-65/928-250 sayılı ve 6 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz. Kararın tam metni için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> ve <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

²²⁸ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 82.

durumda bulunan ve dağıtıcıları ile yaptığı ve rekabeti kısıtlayıcı etkiler içeren dağıtım anlaşmaları RKHK m. 5 uyarınca muafiyetten faydalanan bir teşebbüsün, bu hâkim durumunu kötüye kullanması halinde RKHK m. 6 uyarınca cezalandırılması mümkün olacaktır. Aksini kabul, muafiyet almış tüm dağıtım sistemlerinde, dağıtıcıları hâkim durumdaki üretici veya sağlayıcının kötüye kullanma uygulamaları karşısında çaresiz bırakacağı için kabul edilemez.

1.4.6 Ek Yükümlülük Yükleme

RKHK m. 4/I maddesinin (f) bendi, teşebbüsler arasındaki anlaşma, teşebbüs birliği kararları veya uyumlu eylemler vasıtasıyla - anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak - bir mal veya hizmetle beraber diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının veya teşhir edilmesinin zorunlu kılınması ve satılan bir mal veya hizmetin tekrar satışına ilişkin şartların ileri sürülmesi yasağını düzenlemektedir. Hüküm şöyledir:

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

Bir bağlama anlaşmasının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesi için, 4. maddeye ilişkin diğer aykırılık hallerinde olduğu gibi, iki veya daha fazla sayıda teşebbüs arasında yapılmış bir anlaşma, bir teşebbüs birliği kararı veya bir uyumlu eylem yolu ile bağlama uygulamasının kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Yoksa bir teşebbüsün bireysel pazar politikası çerçevesinde ürünleri bağlı satmaya karar vermesi ve alıcılarına bu yolda uygulamalar yapması RKHK m. 4 değil, ancak şartları var ise RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun bankaların kullandıkları çeşitli kredilere ilişkin sigortalama işlemlerinde, kendileri

tarafından belirlenen sigorta şirketleri ile çalışma zorunluluğu getirmek suretiyle RKHK’u ihlal ettikleri iddiasını incelediği 04-45/574-138 sayılı ve 6 Temmuz 2004 tarihli kararında, tüm bağlama uygulamalarının RKHK m. 4 kapsamına girmediğinin altı çizildikten sonra, böyle bir uygulamanın RKHK m. 4 kapsamında ele alınabilmesi için, temel bir (rekabete aykırı) anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin varlığından bahsedilmiştir. Diğer bir deyişle, iki veya daha fazla teşebbüsün iki malın bağlanarak bir arada satılması yolunda bir karar alması ya da uyumlu eylem halinde bulunmaları ya da bir teşebbüs birliği kararının bulunması aranmaktadır.

Kurul, şikayet konusu olayda bankaların bağlama uygulamalarına temel teşkil edecek nitelikte bir anlaşma, uyumlu eylem ya da birlik kararının bulunmadığı ve bağlama uygulamalarının temelinde bankaların acentelik sözleşmelerinden doğacak komisyon gelirleri elde etmek ve ayrıca başlıca ortakları buldukları sigorta şirketlerinin prim üretimini arttırarak dolaylı yoldan kazanç sağlamak güdülerinin yattığı sonucuna ulaşmıştır. Kararda, ayrıca, bankalar ve sigorta şirketleri arasındaki ortaklık ve acentelik ilişkilerinin uyumlu eylem ihtimalini ortadan kaldırdığının altı çizilmiştir.

Hükmün kaleme alınışı çok başarılı değilse de, RKHK m. 4/I (f) hükmün asıl amacının bir anlaşmanın yapılmasının anlaşma ile ticari teamül ve nitelik bakımından ilgisi bulunmayan yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlanmasını engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, söz konusu hükme kaynaklık eden ATA m. 101/I (e) hükmünün lafzı da böyle demektedir ve “anlaşmanın yapılmasının bir tarafın anlaşma konusu ile ne nitelik ne de ticari teamül itibariyle hiçbir bağlantısı olmayan ek edimlerin kabul edilmesine bağlanması”nı yasaklamaktadır²²⁹.

²²⁹ Bkz. Kürşat Ünlüsoy, **Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 7. Ticari teamül kavramının nasıl anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır. Sanlı bu kavramın öncelikle MK m. 1 anlamında bir hukuk kaynağı olan “örf-adet hukuku”ndan daha farklı ve geniş bir kavram olduğu ve TTK’nda öngörülen ticari teamül şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 220.

ATA m. 101'in, ABD antitröst hukukundaki paraleli olan Sherman Yasası m. 1 de rekabeti sınırlayıcı etki doğuran ya da bu amacı taşıyan anlaşmalar yasaklanmıştır. Sherman Yasası, bağlama anlaşmalarını da bu kapsamda ele almaktadır. Buna göre, “sözleşmenin yapılmasının, bir tarafın sözleşmenin konusu ile ne nitelik ne de ticari teamül bakımından ilgisi olmayan ek yükümlülükleri kabul etmesine bağlanması” hukuka aykırı ve yasak haller arasındadır²³⁰.

RKHK m. 4/I (f) bendi doktrinde başarısız, rahatsız edici ifadesi nedeniyle ve olması gerekenden çok daha dar bir anlamı kapsamı gerekçeleriyle eleştirilmektedir²³¹. Bu görüşe göre, hüküm sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili ek yükümlülükleri öngörmekte, bunlar haricindeki ek yükümlülükleri kapsam dışı bırakmaktadır.

Biz bu eleştiriye haklı bulmuyoruz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, RKHK m. 4/I'de yer verilen rekabet kısıtlamaları sadece örnekleyici olup, sınırlı bir sayım değildir. Kanun koyucu, sadece RKHK'nun kabul edildiği dönemde en yaygın olarak görülen rekabet ihlallerini derlemiş ve bir yandan uygulayıcıların işlerini kolaylaştırmak, diğer yandan da teşebbüsleri uyarmak istemiştir. Bu bakımdan, rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi içermesi halinde, bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerin de RKHK m. 4/I uyarınca yasaklanmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bağlama anlaşmalarının RKHK m. 4/I (f) bendi kapsamına girmeleri için, iki ayrı ürünün bulunması ve bu ürünlerin bağlı satışının ticari teamüller veya anlaşmanın niteliğine aykırı olması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, maddede yer verilen “ticari teamül” kavramının nasıl anlamlandırılacağıdır. Nitekim “ticari teamül” kavramından ne anlaşılması gerektiği ilgili hükümde açıklanmamıştır.

²³⁰ Bkz. Ünüsoy, s. 11. 2 Temmuz 1890 tarihli Sherman Yasası, 15 U.S.C., p. 1-7. Düzenlemenin tam metni için bkz. http://www.linfo.org/sherman_txt.html.

²³¹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 85.

Bilindiği üzere, TTK m. 2 uyarınca teamül, kanun tarafından aksi öngörülmedikçe tarafların iradesinin yorumlanmasında kullanılan hukuki bir kaynak olarak kabul edilmiştir. Doktrinde Sanlı, RKHK m. 4'deki ticari teamül kavramının, TTK'da öngörülen anlamıyla değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir²³². Biz de Sanlı'nın yorumuna katılıyor ve Rekabet Kurulu'nun incelediği her bir bağlama anlaşması için, bağlamanın ticari teamüllere uygunluğunu ayrıca değerlendirmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Doktrinde RKHK m. 4 kapsamında bir bağlama anlaşmasından bahsedilmesi için en az iki teşebbüsün bulunmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, bir bağlama uygulamasının RKHK m. 4 kapsamına girmesi için iki teşebbüs arasındaki bir anlaşmaya dayanıyor olmasını aramaktadır. Bu görüş taraftarları, bir teşebbüsün tek yanlı olarak gerçekleştirdiği bağlama uygulamalarının ancak ve ancak RKHK m. 6 kapsamında, diğer bir ifadeyle hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebileceğini düşünmektedir²³³.

Karşı görüş ise, böyle bir kabulün uygulayan teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunmaması nedeniyle RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilemeyen tek taraflı bağlama uygulamaları bakımından yasal bir boşluk doğacağını belirtmektedir. Yine aynı görüşe göre, ilgili pazarda alternatif temin kaynaklarının bulunması ve bağlama uygulamasını gerçekleştiren teşebbüs yüksek bir pazar gücüne sahip olmaması ihtimalinde, bu eksiklik ilgili pazarda önemli bir kısıtlama gerçekleştiremeyecek ise de, teşebbüsün yeterli ekonomik bir güce sahip olduğu hallerde sakıncalı sonuçlara neden olabilecektir²³⁴.

Sanlı, bu tartışmaya ilişkin olarak 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan ve hâkim durumda

²³² Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 221, dn. 390.

²³³ Bkz. Topçuoğlu, **Rekabeti Sınırlayan**, s. 242

²³⁴ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 221, dn. 390.

bulunmayan tek elden alıcının üreticilerine şart kıldığı bağlama uygulamalarına ilişkin hükümleri örnek göstermektedir²³⁵. Nitekim anılan Tebliğ uyarınca, tek yanlı bağlama anlaşmaları dahi RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmekteydi. Sanlı, bu durumun RKHK tarafından öngörülen rekabete aykırı anlaşma ve hâkim durumun kötüye kullanılması sistemlerine aykırı olduğunu ancak yine de alıcılarına bağlama anlaşması dayatabilecek derecede pazar gücüne sahip teşebbüslerin tek yanlı uygulamalarının kontrolü bakımından gerekli olduğunu belirtmektedir²³⁶.

Tüm bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, bu ikinci görüş, alıcıların satıcı karşısında pazarlık gücüne sahip olmadığı ve satıcının alıcılarına karşı sahip olduğu görece ekonomik güç, diğer bir ifadeyle alıcıların satıcı karşısındaki ekonomik bağımlılıkları sonucu uygulanan tek yanlı bağlama anlaşmaları için RKHK m. 4'ün uygulanmasını istemektedir.

Bize göre, burada RKHK m. 4 değil, RKHK m. 6'nın geniş yorumlanmak suretiyle uygulanıp uygulanamayacağını tartışılması daha yerinde olacaktır. Nitekim RKHK m. 4'ün gerek lafzı gerekse sistemi, iki teşebbüs arasında yapılacak bir rekabete aykırı anlaşmanın tarafı olmayan bir üçüncü teşebbüse karşı rekabete aykırı amaç veya uygulamaların yöneltmesini yasaklamaktadır. Oysaki tartışma konusu örnekte, rekabete aykırı uygulama yalnızca bir teşebbüsün tek taraflı davranışından kaynaklanmaktadır. Bu durum teknik açıdan da RKHK m. 6'da düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması haline daha uygundur. Nitekim, bağlama uygulamasını gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olmamasına karşın, hâkim durumdaki bir teşebbüsün yapabileceği rekabete aykırı uygulamaları tek başına yapabilmesi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Kaldı ki, doktrinde ikinci görüş tarafından ifade edilen görece ekonomik güç kavramı da, hâkim durumda olmamasına karşın alıcılarına karşı buna benzer veya yakın bir güç uygulayabilen bir teşebbüsün ekonomik durumunu ifade etmektedir.

²³⁵ Bkz. dn. 102, m. 4 (c).

²³⁶ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 120 vd.

RKHK m. 4/II (f) bendinin son cümlesinde, aynı maddenin (a) bendi gibi “*arz edilen bir malın tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi*” ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde bir görüş, bu iki hükmü birlikte değerlendirerek, fiyata ilişkin sınırlamaların (a) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, fiyat dışında kalan bütün dikey sınırlamaların ise (f) bendi kapsamına girdiğini benimsemiştir²³⁷. Doktrinde diğer bir görüş ise, RKHK m. 4 (a) bendi ile (f) bendinin birbiriyle çelişkili olduğunu ileri sürmekte ve burada örtülü kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, (a) bendinin münhasıran yatay anlaşmalara uygulanması ve alım-satım koşullarının tespitine ilişkin dikey anlaşmaların ise (f) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁸.

Kanaatimizce, RKHK m. 4/I (a) ve (e) bentlerinin kapsamlarının belirlenmesi açısından, fiyat dışında kalan dikey sınırlamalardan olan her türlü alım veya satım şartlarının tespit edilmesinin (f) bendi kapsamında değerlendirilmesi ve fiyata ilişkin olanların ise (a) bendi kapsamında değerlendirilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır. Kaldı ki, bizce RKHK m.4 (a) bendi ile (f) bendi arasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Doktrindeki yorum farklılığı, iki hükümde aynen tekrar edilen kısmın özensiz yazımı nedeniyle ortaya çıkmıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, RKHK m. 4/I’de sayılan kısıtlamalar yalnızca birer örnek olup, fiyata ilişkin olsun veya olmasın alım-satım şartlarının tespiti rekabeti kısıtlama amaç veya etkisine sahip ise, kural olarak, yasaklanacaktır.

²³⁷ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 246.

²³⁸ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 124. Kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılması mümkün olmayan hallerde veya mevcut hükmün aynı değerinde başka bir hüküm ile çatıştığı hallerde veya hükmün lafzı ile ruhu itibarıyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile çatıştığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunmadığı sonucuna varılır. Bu hallerde örtülü (gizli) bir kanun boşluğundan bahsedilir. Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 80..

1.4.7 Rekabete Aykırı Anlaşmaların Yaptırımı

1.4.7.1 Genel Olarak

RKHK m. 4, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirtmektedir.

Aynı şekilde, ATA'nın mehzaz 101/II maddesi rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı olduğu ve bu tür anlaşma, karar ve eylemlerin özel hukuk bakımından geçersiz sayılacaklarını ifade etmektedir²³⁹. Bununla beraber, ATA m. 101/II geçersizliğin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak herhangi bir özel düzenleme veya açıklamaya yer vermemiştir. Nitekim bu geçersizliğin hüküm ve sonuçları, ilgili üye devletin ulusal hukuku çerçevesinde saptanacaktır.

RKHK m. 4 kapsamında bir ihlâlin söz konusu olabilmesi için, birden fazla teşebbüsün veya teşebbüslerin oluşturduğu bir teşebbüs birliğinin varlığı, bunlar arasında anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği karar ve eylemleri şeklinde ortaya çıkan bir irade uyuşması veya asgari düzeyde bir mutabakat ve rekabeti kısıtlama amacının varlığı, rekabetin olumsuz etkilenmesi veya böyle bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir²⁴⁰.

RKHK m. 4/I'de kanuna aykırı ve yasak oldukları belirlenen uygulamalara ilişkin ihlalin sonucunun geçersizlik olduğu, Kanun'un 56. maddesinde öngörülmektedir. Dikkat edilirse, madde hükmünde yalnızca anlaşma ve kararlardan bahsedilmekte olup, rekabete aykırı uyumlu eylemlere nasıl bir müeyyide uygulanacağı öngörülmemiştir. Oysaki ATA'nın mehzaz 101/I maddesinde rekabeti kısıtlamak amacı veya etkisi taşıyan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı olduğu belirtildikten sonra, yalnızca anlaşma ve kararların geçersiz sayılacağı öngörülmektedir.

²³⁹ Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 77.

²⁴⁰ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 75.

Doktrin, RKHK hazırlanırken gözetilen bu farklılığın kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu, geçersizlik yaptırımının doğası gereği hukuki işlemler açısından söz konusu olabileceği ve bu nedenle geçersizlik yaptırımı bakımından yalnızca anlaşma ve kararların dikkate alındığını ileri sürmektedir²⁴¹. Aynı görüş, uyumlu eylemlerin, fiili bir duruma ilişkin olmaları itibarıyla RKHK m. 56'daki geçersizlik yaptırımının kapsamı dışında bırakıldıklarını benimsemiştir²⁴².

Kanaatimizce, RKHK m. 56'da anlaşma ve teşebbüs birliği kararları ile uyumlu eylemlere ilişkin olarak yapılan ayırımın kanun koyucunun unutkanlığına mı yoksa bilinçli bir tercihin mi dayandığının tespiti için ilgili hükmün gerekçesi incelenmelidir. RKHK m. 56 gerekçesi şöyledir:

“(...)”Dördüncü Kısım”da genel olarak bu Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği ile rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları düzenlenmiştir.

Maddede, bu Kanunun 4'üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve kararların geçersiz olduğu, bunlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilen edimlerin geri istenmesi halinde tarafların ödeme borcunun elde kalan ile sınırlı olduğu öngörülerek Borçlar Kanununun haksız ve ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin 65'inci maddesinin bu Kanundan doğan ihtilaflarda uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.”

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, kanunkoyucu rekabete aykırı fiillerin özel hukuk alanındaki sonuçlarını “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” ana başlıklı RKHK m. 56-59 hükümlerinde düzenlemiştir. Bu düzenlemede yer verilen hukuki sonuçlar, iki gruba ayrılmaktadır: İlk grup rekabeti bozucu anlaşma ve kararların geçersizliği ve geçersiz anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenememesi iken, ikinci grup, daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi (RKHK m. 56), tazminat hakkı (RKHK m. 57), zararın tazmini (RKHK m. 58) ile ispat yükünü (RKHK m. 59) içeren haksız fiil sorumluluğu hükümleridir.

²⁴¹ Bkz. Aksoy, s. 397; Akıncı, **Yatay Kısıtlamalar**, s. 329; Topçuoğlu, **Rekabeti Sınırlayan**, s. 287.

²⁴² Rekabete aykırı uyumlu eylemlere nasıl bir müeyyide uygulanacağına ilişkin bu tartışma, konumuz itibarıyla özel bir önem taşımaması nedeniyle kısaca anılmakla yetinilmiştir.

Doktrinde Cengiz tarafından da ifade edildiği üzere, uyumlu eylemlere ilişkin sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu biçiminde düzenlenmiştir²⁴³. Yazar, uyumlu eylemlerden kaynaklanan sorumluluğun, özel hüküm olan RKHK m. 57-59 ve genel hüküm niteliğindeki BK m. 41-60 hükümleri çerçevesinde düzenlendiğini ileri sürmektedir²⁴⁴.

Bu maddede düzenlenen geçersizliğin niteliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, rekabete aykırı olan bir karar ya da anlaşmanın, aykırılık oluşturan hükmünün geçersizliği karşısında, geçerliliği koruyup korumayacağıdır. Gerek Rekabet Kurulu gerekse ATAD'ın müstakar içtihatları, böyle hallerde kısmi geçersizlik yaptırımının sözkonusu olabileceğini kabul etmektedir. Şöyle ki, rekabete aykırı sözleşme veya anlaşma hükmünün geçersiz sayılacak ve anlaşmanın - geçersiz olan hüküm veya hükümleri olmaksızın da anlaşma olarak ayakta kalması halinde - anlaşmanın geri kalan hükümleri ile geçerli olabilmesine imkân verilecektir²⁴⁵.

RKHK m. 4/I anlamındaki rekabete aykırılığı tespit edilen ancak RKHK m. 5 uyarınca bireysel muafiyet alan bir anlaşmanın hukuki durumu ise tartışmalı olup, RKHK bu konuda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bir görüş, RKHK m. 4 kapsamına girdiği için geçersiz olan bir anlaşmanın, bireysel muafiyet alması halinde geçerli hale geldiğini kabul etmektedir. Doktrinde diğer bir görüş ise, Rekabet Kurulu'nun bireysel muafiyet kararının RKHK m. 4 uyarınca geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği ve yalnızca sözleşmenin 4. maddenin yaptırımlarından (para cezası ve geçersizlik hükümleri) muaf tutulmasını sağladığını kabul etmektedir²⁴⁶.

²⁴³ Uyumlu eylemlerin özel hukuk alanındaki sonuçları hakkında ayrıntılı analizler için bkz. Dilek Cengiz, **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehaz Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemleri Işığında**, İstanbul 2006, s. 367 vd.; Ergun Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – III**, Ankara 2005, s. 141–142.

²⁴⁴ Yazar, açıklamalarında yukarıda yer verdiğimiz tartışmaya değinmemiş ve RKHK m. 56'daki geçersizlik yaptırımının uyumlu eylemler bakımından geçerli olup olmayacağına ilişkin fikir beyan etmemiştir.

²⁴⁵ BK m. 20/II.

²⁴⁶ İlk görüş için bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 400. Sanlı, RKHK m. 4 kapsamındaki anlaşmaların hukuki niteliğinin askıda geçersizlik olduğunu iddia etmektedir. Oysa hukuk sistemimizde, askıda geçersizlik yaptırımında, başlangıçta birtakım eksiklikler taşıyan anlaşmaların bu eksikliklerinin sonradan tamamlanmasıyla geçerli hale gelmeleri mümkün olmaktadır. Diğer görüş için bkz. Aksoy, s. 25 vd.

Biz de bu ikinci görüşe katılıyoruz. Nitekim, Rekabet Kurulu'nun bireysel muafiyet tanıdığı anlaşmalar halen rekabete aykırı olup, yalnızca bu aykırılığa ilişkin yaptırımın uygulanmasından muaf tutulmaktadır²⁴⁷. Nitekim kanuna aykırılık nedeniyle geçersiz yaptırımına tabi bir anlaşma veya hükmün sonradan geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Bu husus aşağıda geçersizliğin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarımız ile daha iyi anlaşılacaktır.

1.4.7.2 Geçersizlik Yaptırımının Hukuki Niteliği

RKHK m. 56, rekabet aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararları için öngördüğü geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bununla beraber hüküm, geçersiz sözleşme veya kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilmiş edimler var ise, bunların iadesinin talep edilebileceğini öngörmektedir. Hüküm, bu iade borcunun kapsamının BK m. 63-64'e tabi olduğu ve fakat BK m. 65'in uygulanmayacağını belirtmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların (ve teşebbüs birliği kararlarının) tabi olduğu geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin tespitinde izlenebilecek iki yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, RKHK m. 56 bu yaptırım hukuki sonuçlarını da öngördüğü için, burada geçersizlik yaptırımının rekabet hukukuna özgü bir yaptırım olduğu ve hükümde öngörülen sonuçları doğuracağına kabulüdür. İkinci yol ise, bu yaptırımın özel hukuktaki geçersizlik halleri ve hükümleri arasındaki yerini tespit ederek, hangi özel hukuk yaptırımına uyguladığının belirlenmesidir. Bize göre, ikinci yok tercih edilmelidir. Nitekim RKHK m. 56'nın da yer aldığı Beşinci Kısımın ana başlığının "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Şöyle ki, kanun koyucu RKHK m. 56-59 hükümleri ile rekabete aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlediğine göre, bu hükümler çerçevesinde öngörülen bir yaptırımın özel hukuk müesseseleri ışığında yorumlanması da olağandır.

²⁴⁷ Muafiyet kararının şarta bağlanması durumunda ise, geciktirici şart söz konusu ise muafiyet kararı hükümlerini ancak şartın gerçekleştiği andan itibaren doğuracak, buna karşılık bozucu bir şart söz konusu ise muafiyet kararı, verildiği tarihten itibaren hükümlerini doğuracak ve şartın gerçekleşmesi ile kendiliğinden sona erecektir.

Borçlar hukukunda, butlan yaptırımına tabi olan hukuki işlemlerin yapıldıkları andan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacakları, böyle işlemlere dayanan edimlerin ifade edilmeyeceği ve ifa edilmiş olmaların iadesinin istenebileceği kabul edilmektedir. RKHK m. 56 uyarınca, geçersizlik yaptırımına tabi bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararı, aynı hukuki sonuca tabi olacaktır Buradan da anlaşılmaktadır ki, RKHK m. 56'da öngörülen geçersizlik yaptırım butlandır. Burada söz konusu olan butlan, sözleşmenin geçersizliğinin herkese ileri sürülebilmesi itibariyle nispi değil, mutlaktır.

Nitekim Rekabet Kurulu'nun internet sitesinde yer verilen açıklamalarda da RKHK m. 4 kapsamındaki anlaşmaların, mutlak butlanla malul oldukları ve bu yaptırımın sonuçlarını doğurabilmesi için, anlaşmanın RKHK m. 5 uyarınca muafiyetten yararlanmaması gerektiği belirtilmektedir²⁴⁸.

ATA'nın 101/II de, rekabeti kısıtlayan anlaşma ve kararların geçersiz olduğu ifade edilmekle birlikte, bu geçersizliğin niteliği ve sonuçları konusunda herhangi bir açıklama getirilmemiştir²⁴⁹. ATAD, Béguelin Kararında ATA 101/II. maddesinde yer alan geçersizliğin, başlangıçtan itibaren sonuç doğuran, sonradan düzeltilmesi mümkün olmayan, hâkim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan ve taraflara hiçbir hak vermeyen ve borç yüklemeyen bir hükümsüzlük, yani mutlak butlan niteliğinde olduğunu açıklamıştır²⁵⁰.

Doktrinde bir görüş, Rekabet Kurulu'nun muafiyet kararı ve muafiyeti geri alma kararlarının geçersiz bir anlaşmayı geçerli hale getirdiği veya tekrar geçersiz hale getirdiğini, bu nedenle RKHK m. 56'daki geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin sözleşmenin butlan malûl olması değil, ancak ve ancak "askıda geçersizlik" olacağını ileri sürmektedir²⁵¹.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim askıda geçersizlik müeyyidesi, borçlar hukukumuzda ait olup, esas itibariyle etkilerini doğurabilmesi için gerekli tüm unsurları tamam olmayıp, bazı unsurları eksik olan sözleşmelerin, bu unsurlar

²⁴⁸ Rekabet Kurumu'nun resmi internet sayfasında yer verilen açıklamalar, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=132>

²⁴⁹ Bkz. Akıncı, **Yatay Kısıtlamalar**, s. 331.

²⁵⁰ ATAD'ın 27/71 sayılı ve 10 Kasım 1971 tarihli Béguelin Kararı, [1971] ECR 949.

²⁵¹ Gürzumar, "Geçersizlik", s. 20; Sanlı, s. 404.

tamamlanıncaya veya en azından bu unsurların tamamlanıp tamamlanmayacakları anlaşılıncaya kadar ki hukuki durumlarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır²⁵². Nitekim taraflar, eksik olan unsuru yerine getirmeyerek anlaşmanın hüküm ifade etmesini engellemekte veya bu unsuru tamamlayarak anlaşmayı yürürlüğe sokabilmektedir. Halbuki RKHK m. 4 uyarınca rekabete aykırı olan anlaşmalarda herhangi bir unsur eksikliği söz konusu değildir. Bu sözleşmeler, RKHK'na aykırı olmaları itibariyle butlanla malûl sayılmaktadır.

Doktrinde diğer bir görüş ise, burada “noksanlık” şeklinde bir geçersizliğin söz konusu olduğunu kabul etmektedir²⁵³. Bilindiği üzere, noksanlık durumunda anlaşmanın kurucu unsurları tamam ise de, anlaşmanın hüküm ifade etmesi, diğer bir ifadeyle hukuki hüküm ve sonuçlarını ortaya çıkarması için noksan olan ve tamamlanması gereken bir unsur bahis konusudur²⁵⁴. Bu durum iki şekilde sona erebilir. Şöyle ki, tamamlayıcı unsur, yani muafiyet kararı ile işlem hüküm ifade etmeye başlayabileceği gibi, bu unsurun gerçekleşmemesi sonucunda kesin olarak hükümsüz de kalabilir²⁵⁵.

Biz, RKHK m. 4'e aykırı anlaşmaların noksanlık yaptırımını ile malûl olduklarını kabul eden görüşe katılmıyoruz. Bize göre, RKHK m. 4'e aykırı anlaşmaların hüküm ve sonuçlarını doğurmaları için Rekabet Kurulu muafiyet kararının eksik olduğunu ve bu kararın verilmesi ile anlaşmaların hüküm ifade edecekleri görüşü hukuki dayanaktan yoksundur. Kaldı ki, bu görüş RKHK m. 4'e aykırı olup da, grup muafiyeti düzenlemeleri kapsamına giren anlaşmaların hukuki durumlarını açıklamada yetersizdir.

RKHK m. 56 kısmı butlan müessesesi öngörmemiş ise de, bir anlaşmanın yalnızca belirli bir bölüm veya hükümlerinin RKHK m. 4 kapsamına girdiği hallere ilişkin olarak kısmî butlan yaptırımının uygulanacağında şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Kurul da, resmi internet sayfasında yer verdiği açıklamalarda, kısmî butlan müessesinin Türk rekabet hukuku açısından uygulanacağını açıklamaktadır:

²⁵² Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 168.

²⁵³ Bkz. Güven, s. 583.

²⁵⁴ Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 154–155, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 381–382, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 2008, s. 307 vd.

²⁵⁵ Bkz. Güven, s. 583.

“Anlaşmanın bir bölümünün kısmi butlanla sakat olması durumunda ise, taraflar anlaşmanın geçerli olan hükümlerinden doğan hak ve borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Ancak uygulamada, söz konusu hak ve borçların anlaşmanın sakat bölümüne mi, yoksa geçerli bölümüne mi ilişkin olduğunun tespiti konusunda güçlükler ortaya çıkabilir. Böyle bir durum için genel kural koymak zor olacağından, tespitinin somut anlaşma veya karar bazında yapılması isabetli olacaktır.”

Aynı şekilde ATAD da, Avrupa Birliği rekabet hukukunda kısmi butlan yaptırımının uygulanacağını benimsemiştir. Kısmi butlan ilk kez Consten Grundig kararı ile Adalet Divanı tarafından ele alınmıştır²⁵⁶. Komisyon, Grundig ile Consten şirketleri arasındaki anlaşmanın rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğunu tespit etmesi ve tümüyle geçersiz olduğuna karar vermiştir. ATAD, Komisyon kararını tarafların itirazı üzerine incelemiştir. Divan, ATA m. 101/I’in ihlali durumunda, anlaşmanın geçersiz olduğunu belirten II. fıkranın, anlaşmanın yalnızca rekabet hukuku kurallarını ihlâl eden hükümlerine uygulanacağını kabul etmiştir. Ancak bu hükümlerin, anlaşmanın esasından ayrılmasının mümkün olmadığı durumlarda, anlaşmanın tümü geçersiz sayılacaktır.

Anlaşma ve kararların geçersizliğinin ilk sonucu, bu anlaşma ve kararlardan doğan borçların ifasına ilişkindir. RKHK m. 56 uyarınca, geçersiz anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemeyecektir. Nitekim mutlak butlanla sakatlanmış bir sözleşme, başlangıçtan itibaren hiçbir hak ve borç doğurmayacağından, esasen ortada ifa edilecek bir borç da bulunmayacaktır. Bununla beraber, anlaşmanın bir bölümünün kısmi butlanla sakat olması durumunda ise, taraflar anlaşmanın geçerli olan hükümlerinden doğan hak ve borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmaya devam edeceklerdir²⁵⁷.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya kararın geçersizliğinin bir diğer sonucu da, bu anlaşma veya karara göre ifada bulunmuş olan tarafın yerine getirdiği edimleri geri isteme hakkının ortaya çıkmasıdır. RKHK, ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak, 56. maddesi ile, sebepsiz zenginleşmede iade borcunu düzenleyen BK m. 63-64’ü işaret etmektedir. Bununla beraber, ahlâka aykırı bir amaçla verilmiş şeylerin iadesinin istenemeyeceğine ilişkin BK m. 65 hükmü uygulanmayacaktır.

²⁵⁶ Bkz. dn. 154.

²⁵⁷ Bkz. Rekabet Kurumu’nun resmi internet sayfasında yer verilen açıklamalar, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=132>

Türk ve İsviçre hukuk sisteminde savunulan bir görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinin hükümlerinin geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılmasının güçlüğü karşısında, geçersizliğin sonuçlarının geriye değil, ileriye etkili olmalıdır (ileriye etkili butlan)²⁵⁸. Bu yaklaşım, rekabet hukuku uygulamasında ortaya çıkacak pek çok sorunun önlenmesinde faydalı olacağını kabu etmektedir²⁵⁹.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Şöyle ki, Kurul tarafından RKHK m. 4'e aykırılık nedeniyle geçersizliği tespit edilen bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tüm ticari işlemlerin geriye yönelik olarak ortadan kaldırılması, her durumda, mümkün olmayabilir veya çok külfetli olabilir. Örneğin, iki üretici teşebbüsün rakiplerini piyasa dışına itmek için iki ayrı ürünün bağlı satışı hususunda uzlaşmaları ve bu anlaşmalarına dayanarak ilgili pazarda anlaşma konusu iki ürünü yalnızca biri fiyatına beraber satışa sunmaları sözkonusu olabilir.

Rakip teşebbüslerin rekabet güçleri yok ise, bu uygulama nedeniyle, etkinliklerini iyice kaybedecekleri ve zarara uğrayacakları açıktır. Kurul'un teşebbüslerce anlaşılarak yürütülen bağlı satış uygulamasının RKHK m. 4'e aykırı olduğuna karar vermesi halinde, iki teşebbüs arasındaki rekabete aykırı anlaşmanın geçersiz kalacağı açıktır. Bununla beraber, bu geçersiz işleme dayanılarak yapılan diğer işlemlerin, ilgili pazarda yapılan bağlı satış işlemlerinin hukuk güvenliği ilkesinden hareketle geçerliliklerinin korunması uygun olacaktır.

1.5 Bireysel Muafiyet ve Menfi Tespit

1.5.1 Genel Olarak

RKHK m. 4 ve ATA m. 101, teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikte her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamıştır.

²⁵⁸ Bkz. Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul 1994, s. 175–177.

²⁵⁹ Bkz. Sanlı, s. 439.

Benzer şekilde teşebbüs birliklerinin, bu tür sonuçlara neden olabilecek kararları da, bu yasak kapsamına alınmıştır²⁶⁰.

Gerek Avrupa Topluluğu gerekse onu mehzaz alan Türk rekabet hukukunda rekabeti kısıtlayıcı olmasına karşın, yarattıkları ekonomik veya teknolojik gelişmeleri tüketiciye olumlu şekilde yansıtılabilen ve rekabeti önemli ölçüde sınırlayıcı etkisi bulunmayan anlaşmaların, belirli koşullarla yasak kapsamı dışına çıkarıldıkları görülmektedir. İşte bu mekanizmaya muafiyet adı verilmektedir.

Muafiyet mekanizması bireysel muafiyet ve grup (blok) muafiyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel muafiyet, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin, ilgili pazardaki olumlu yönleri bakımından bireysel olarak değerlendirilmelerine ilişkindir.

RKHK m. 5, 4. maddeye aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hangi şartlarla bireysel muafiyet alabileceklerini düzenlemektedir²⁶¹. Bireysel muafiyet, yalnızca 4. maddeye aykırı anlaşma, karar veya uyumlu eylemlere ilişkindir. Gerek Türk gerekse Avrupa rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması yasağına ilişkin herhangi bir muafiyet düzenlemesi öngörülmemiştir.

RKHK m. 5 şöyledir:

“Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde (Mülga:02.07.2005-5388/ m. 1) (...) teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*

²⁶⁰ Bkz. Rekabet Kurumu resmi internet sitesinde muafiyet rejimlerine ilişkin olarak yer verilen açıklamalar.

²⁶¹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=59&ustId=53>
RKHK m. 5 gerekçesinde, 4. madde yasağının mutlak bir şekilde uygulanmasının bazı istenmeyen sonuçlara yol açabileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, zararlı etkilerine nazaran yararlı etkileri daha fazla olan rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4. madde yasağından muafiyet sağlamak gerekmektedir. Böyle bir muafiyetin verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması aranır.
<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>.

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması, (Değişik: 02.07.2005-5388/m. 1) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.”

Bu düzenlemeye göre Kurul, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin birinci ve ikinci sırada ifade edilen amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartlarının tamamının varlığı halinde, rekabete aykırı etki veya amaç taşıyan dağıtım anlaşmalarına bireysel muafiyet verebilmektedir²⁶². Buradan da anlaşılacağı üzere, bireysel muafiyet, anlaşmanın rekabete aykırı ve rekabeti destekleyici özelliklerinin dengelenmesi üzerine kurulmuş bir sistemdir. ATA'nın 101/III maddesi de bireysel muafiyet koşullarını düzenlerken²⁶³:

“(…) bununla birlikte, üretimde, malların dağıtımında ekonomik ve teknik gelişmenin arttırılmasında iyileştirme sağlayan ve buradan ortaya çıkan yararlardan tüketicinin de uygun bir pay aldığı, işletmeler arası anlaşma veya anlaşma gruplarına, işletme birliklerinin karar veya karar gruplarına, uyumlu davranış veya uyumlu davranış gruplarına (a) işletmelere yukarıdaki amaçlara ulaşma için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar yüklenmemesi (b) bu gibi işletmelerin ilgili ürünlerin önemli bir bölümü bakımından rekabeti ortadan kaldırma fırsatı sağlamaması koşuluyla 1. paragrafın uygulanmayacağı ilan edilebilir”

diyerek RKHK ile paralel bir sistem öngörmüştür.

²⁶² İbrahim Gül, **Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, İstanbul 1999, s. 13.

²⁶³ 1962 tarihli 17 sayılı Tüzük uyarınca (m.9/I), Komisyon'un bireysel muafiyet tanımak hususunda münhasır yetkisi bulunmakta iken, bu durum 1 Mayıs 2004 tarihli ve 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ile 81/III maddesi doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir. Böylece Komisyon 81/III maddesini uygulama konusundaki yetkisini ulusal rekabet otoriteleri ve ulusal mahkemeler ile paylaşmaya başlamıştır. Bkz. Whish, s. 149 ve Ercüment Erdem, “1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukuku'na Etkileri”, **Makaleler**, İstanbul 2007, s. 201–229.

Hemen belirtmek gerekir ki, RKHK m. 5'te yer verilen bireysel muafiyet şartlarının ancak hepsinin birarada bulunması halinde ilgili anlaşma, karar veya uyumlu eyleme bireysel muafiyet tanınabilmektedir. Dolayısıyla bu şartların kümülatif olarak var olması gerekmektedir. Şartlardan yalnızca birinin eksikliği dahi, muafiyetin verilmesini engelleyecektir.

Hükmün lafzından, Rekabet Kurulu'nun tüm şartları taşıyan bir anlaşmaya bireysel muafiyet vermemeyi seçebileceği anlaşılmaktadır. Doktrinde Gül, burada lafzi yoruma dayanmakta ve Kurul'un dört şart tamam olsa dahi, bireysel muafiyet vermeyebileceğini ileri sürmektedir²⁶⁴. Bu yaklaşım, Kurul'a keyfi davranma olanağı tanınması nedeniyle eleştirilmektedir²⁶⁵.

Biz, RKHK m. 5 lafzına uygun olmamakla beraber, Kurul'un dört şart da tamam ise, bireysel muafiyet tanımamayı seçemeyeceği ve bu kararı vermek zorunda olduğunu düşünüyoruz. Nitekim aksini kabul, zaten muafiyet şartlarının değerlendirilmesinde, yeterince geniş takdir hakkına sahip olan Kurul'un takdirinin, keyfiyete varacak derecede artırılması ve hukuki güvenliğin hiç sayılmasına neden olacaktır²⁶⁶.

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda da, Türk rekabet hukukunda olduğu gibi, ATA m. 101/III'de düzenlenen muafiyet, muafiyete konu anlaşma veya kararı tüm rekabet hukuku yasaklarından değil, sadece rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri düzenleyen m. 101 yasağından muaf tutmaktadır. Dolayısıyla, bireysel muafiyetten faydalanan bir anlaşma veya karar, hâkim durumun kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise, ATA m.102. madde veya RKHK m. 6 uyarınca yasaklanması yine de mümkün olmaktadır. Bu çerçevede, ilgili pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün dağıtıcıları ile yaptığı dağıtım sözleşmesinde yer verilen hükümlerin RKHK m. 5 uyarınca bireysel muafiyet almış olması, aynı sözleşme hükümlerinin

²⁶⁴ İbrahim Gül, "Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi", Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu Ankara 1999, Tebliğ, s. 4, Tebliğin tam metni için bkz. <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der33m5.pdf>.

²⁶⁵ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 318.

²⁶⁶ Doktrinde Güven, bu tartışmaya yer vermeksizin ve görüşünü gerekçelendirmeksizin, Kurul'un dört şart da tamam ise bireysel muafiyet kararı vereceğini belirtmektedir. Bkz. Güven, s. 184.

anılan teşebbüsün dağıtıcılarına karşı hâkim durumunu kötüye kullanması kapsamında değerlendirilmeleri halinde cezalandırılmasını engellemeyecektir.

Doktrinde, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bireysel muafiyet kararının, yenilik doğurucu karaktere haiz birel koşul işlem niteliği taşıdığı ileri sürülmektedir²⁶⁷. Nitekim Kurul'un bu kararı, belirli usuller çerçevesinde Kurul'a bildirilen belirli anlaşma veya kararı, RKHK m. 4 hükümlerinin uygulanmasından istisna tutmaktadır.

1.5.2 Kapsamı

RKHK m. 5, mehz ATA m. 101/III ile paralel olarak, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya teşebbüs birliği kararları ile birlikte, uyumlu eylemlerin de bireysel muafiyetten faydalanabileceğini öngörmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, uyumlu eylemler anlaşma olmayan, yani taraf teşebbüslerin yazılı, açık veya zımnî irade uyuşmalarına dayanmayan ancak bu teşebbüslerin bağımsız davranışları yerine geçen ve bu teşebbüsler arasında bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan davranışlardır²⁶⁸.

Bize göre uyumlu eylemler açısından bireysel muafiyetten bahsetmek mümkün olamayacaktır. Nitekim uygulamada uyumlu eylemlerin tespiti bile henüz aşılamamış bir sorun teşkil etmekte iken, bir de bireysel muafiyete konu olmaları iyice karşılıklı yaratacağı²⁶⁹. Kaldı ki, teşebbüslerin açık veya zımnî irade uyuşmalarına dayanmayan ve ancak pratik bir işbirliği şeklinde ortaya çıkan uyumlu eylemlerin, teşebbüsler tarafından Rekabet Kurulu'na bireysel muafiyet başvurusu için bildirilmeleri de bize pek olanaklı görünmemektedir. RKHK'un bunca yıllık

²⁶⁷ Bkz. Sanlı, s. 132.

²⁶⁸ Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan ve Kurum'un resmi internet sitesinde yayınlanan Rekabet Sözlüğünde, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası uyumlu eylemlerin hukuka aykırı ve yasak" olduğu belirtilmektedir. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaktır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmektedir. Bkz. http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/REKABET_TERIMLERI_pdf.pdf

²⁶⁹ Kanun koyucu bu zorlukları düşünerek Rekabet Kanunu m.5 hükmüne "uyumlu eylem karinesi" getirmiştir.

uygulama dönemi içinde de, henüz Kurul'a bildirilen veya bireysel muafiyet tanınan bir uyumlu eylem söz konusu olmamıştır. Doktrinde Aşçıoğlu Öz, benzer bir itirazı Avrupa Topluluğu rekabet hukuku bakımından dile getirmiştir²⁷⁰.

1.5.3 Muafiyetin Şartları

Bireysel muafiyetin koşulları RKHK m. 4'te açıklanmaktadır. Buna göre, bir anlaşma veya karara bireysel muafiyet tanınabilmesi için aşağıdaki şartların tamamının yerine gelmesi gerekmektedir²⁷¹:

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- Rekabetin yukarıdaki ilk iki amacın elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

ATA m. 101/III de bireysel muafiyet şartlarını benzer şekilde belirlemiştir²⁷². Buna göre anlaşma, karar veya uyumlu eylemin, mal veya hizmetlerin üretim ve dağıtımının gelişimine ya da teknik ve ekonomik ilerlemeye katkıda bulunması ve bunun yanında bu faydaları itibariyle tüketicilere de adil bir pay sağlaması şarttır. Bu faydaların sağlanabilmesi için, zorunlu olmayan rekabet sınırlamaları getirmemesi ve ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırılmaması gerekmektedir²⁷³.

²⁷⁰ Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 80.

²⁷¹ Bkz. AB uygulaması, ATIDM'nin T-185/00 sayılı ve 20 Temmuz 2002 tarihli Métropole Télévision SA (M6) k. Komisyon Kararı, [2002] ECR II-3805, s. 21, p. 86, ATIDM'nin 4 Aralık 1991 tarihli ve T-17/93 sayılı Marta k. Komisyon Kararı ECR [1994] II-595, s. 34, p. 85, ATAD'm 43/82 ile 63/82 sayılı ve 17 Ocak 1984 tarihli VBVB ve VBBB k. Komisyon Kararı, [1984] ECR 19, s. 22, p. 61.

²⁷² Muafiyetin genel şartları, ekonomik sonuç kavramına dayanır. Diğer bir ifadeyle muafiyet, bir taraftan rekabete aykırılığa bağlanan dezavantajlar ile diğer taraftan söz konusu anlaşma veya anlaşma grubundan kaynaklanan muhtemel avantajlar arasındaki denge, birinin diğerine nazaran üstün gelmesidir. Bkz. Decocq/Decocq, s. 341, p. 254.

²⁷³ Bkz. Jonathan Faull/Ali Nikpay, **The EC Law of Competition**, Oxford-New York 1999, s. 140.

1.5.3.1 Yararlı Olma

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarının bireysel muafiyet alabilmeleri için, herşeyden önce ekonomi üzerinde olumlu etkiler doğurmaları gerekir²⁷⁴. Bu koşul, RKHK m. 5'te "*malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması*" şeklinde belirtilmiştir. Aynı koşul, mehz ATA m. 101/III'de "*üretimde, malların dağıtımında ekonomik ve teknik gelişmelerin arttırılmasında iyileşme sağlanması*" şeklinde ele alınmıştır²⁷⁵. Her iki hüküm için de önemli olan, dağıtım anlaşmaları ile ilgili pazarlarda sağlanacak yararların, yine bu anlaşmaların yaratacağı rekabet kısıtlamalarından daha büyük olmasıdır²⁷⁶. Buradaki "yarar" kavramının kapsamının belirlenmesi önemlidir. Öncelikle, Topluluk uygulamasında "yarar" kavramının nasıl anlaşıldığı incelenmelidir. "Yarar" kavramı, Topluluk hukukunda geniş olarak yorumlanmaktadır. Şöyle ki, sözleşme tarafından sağlanacak olan "yarar", tüm Topluluk açısından objektif bir değer olup, tarafların kendilerine özel bir yararı şeklinde anlaşılmamaktadır.

Bu yarar, malların üretimi veya dağıtımında bir gelişmeye katkı sağlamalı, teknik veya ekonomik gelişmeyi teşvik etmelidir. Şöyle ki, sözleşmenin sağlayacağı tüm avantajların, yine anlaşma yüzünden ortaya çıkabilecek rekabet kısıtlaması ve engellerinden ağır basması gerekmektedir²⁷⁷. Örneğin Komisyon, ilgili pazarda orantısız bir rekabet ihlâline neden olan bir sözleşmenin, malların üretim veya dağıtımında gelişme sağladığını kabul etmemiş ve sözleşmeye bireysel muafiyet tanımamıştır²⁷⁸.

ATAD uygulamasında "yarar kavramı", yalnızca nesnel faydaların dikkate alınması ve tarafların subjektif düşüncelerine itibar edilmemesi şeklinde

²⁷⁴ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icld=74&detld=100&ustld=74>, RKHK m. 5 gerekçesi. Gerekçede uyumlu eylemden de bahsedilmiş ise de, yukarıda uyumlu eylemler için bireysel muafiyetin sözkonusu olmayacağına ilişkin görüşümüze uygun olarak, bu terim açıklama içerisinden çıkarılmıştır.

²⁷⁵ Anlaşma m.81/III'ün (yeni m. 101/III) Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, p. 48'de her ne kadar m.81/III'de "*malların üretim ve dağıtımında gelişme*" veya "*teknik veya ekonomik gelişme*"den bahsediliyor ise de, bu hüküm hizmetleri de kapsayacak şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.

²⁷⁶ Her iki hüküm de doktrinde muğlâk ve soyut ifade tarzları nedeniyle eleştirilmiştir. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 319.

²⁷⁷ Bkz. Whish, s. 151.

²⁷⁸ Komisyon'un IV/32.524 sayılı ve 19 Şubat 1991 tarihli Screensport k. EBU Kararı, [1992] 5 CMLR 273, s. 71.

görülmektedir²⁷⁹. Bu nedenle, tarafların pazar faaliyetleri sayesinde kazanılan maliyet tasarrufu yarar kavramına dahil edilmemiştir. Aynı şekilde Komisyon da, taraf teşebbüslerin maliyet tasarruflarının, girdi ve değer azalmasının bir sonucu gerçekleştiğini, bunun ilgili pazarda hiçbir rekabetçi veya rekabeti destekleyici etki meydana getirmediğini kabul etmektedir²⁸⁰.

Kurul kararlarında, RKHK m. 5'te bahsedilen “fayda”nın sadece ilgili teşebbüslere sağlanan yarar olarak algılanmaması, objektif anlamda ekonomiye yapılan her türlü somut katkının bu kapsamda değerlendirileceği kabul edilmektedir²⁸¹. Keza Rekabet Kurulu'nun GlaxoSmithKline İlaçları San. ve Tic. A.Ş. ve Pfizer İlaçları Ltd. Şti. arasında imzalanan Dağıtım Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği 08-40/535-201 sayılı ve 20 Haziran 2008 tarihli kararında (“GlaxoSmithKline Kararı”), benzer bir değerlendirme yapılmış ve RKHK m. 5 (a) bendinde bahsi geçen “fayda”nın değerlendirilmesinde, üretim maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artması, malın arzında devamlılığın sağlanması, piyasaya yeni girişlerin kolaylaştırılması, yeni ürünlerin ve yeni üretim tekniklerinin bulunması gibi, anlaşma tarafı teşebbüsler yanında, tüketiciler ve hatta ilgili pazarın geneli açısından faydalı olacak değişikliklerin dikkat alınacağına altı çizilmiştir²⁸².

Kanaatimizce “yarar” kavramı, bildiri yapılan her bir anlaşmanın konusu ve pazardaki muhtemel faydalı ve rekabeti kısıtlayıcı etkileri dikkate alınarak her bir somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Her ne kadar ATAD'ın nesnel yararların dikkate alınması ve tarafların subjektif düşüncelerine itibar edilmemesi gerektiği görüşüne katılıyorsak da, Komisyon'un maliyetlerin düşürülmesini yarar kavramı içinde kabul etmeyen görüşüne katılmıyoruz. Nitekim yukarıda da açıkladığımız üzere, bize göre “yarar” kavramı ve değerlendirmesi, her bir somut olayın kendi şartları içinde incelenmelidir. Bu nedenle, maliyet düşürülmesine imkân veren anlaşma hükümlerinin dikkate alınmaması ve maliyet avantajı sağlayan anlaşmaların bireysel muafiyetten faydalanamayacağını kabulü mümkün değildir.

²⁷⁹ Bkz. dn. 154.

²⁸⁰ Komisyon'un IV/34.073, IV/34.395 and IV/35.436 sayılı ve 11 Mart 1998 tarihli Van den Bergh Foods Kararları, ATRG, L 246, 4 Eylül 1998 ve Bkz. dn. 176'daki Kılavuz, s. 97-118, p. 49.

²⁸¹ Bkz. dn. 175'deki Kılavuz, s. 97-118, p. 59'da her türlü nesnel ekonomik yararın ATA m.101/III (a) anlamında “yarar” kavramına dâhil olduğunun altını çizmiştir.

²⁸² Rekabet Kurulu'nun 08-40/535-201 sayı ve 20 Haziran 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Rekabet Kurulu'nun da benzer bir yorumu benimsediği ve yararlı olma kıstasını her bir dağıtım anlaşması için ilgili pazarın yapısını da dikkate alarak ayrı ayrı değerlendirdiği ve hatta bu kapsamda maliyet indirimlerini dahi ele aldığı görülmektedir. Kurul'un Türk Havayolları A.O. (THY) ve Türkiye Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası) arasında 17 Kasım 2008 tarihinde imzalanan "THY Frequent Flyer Programı Shop&Miles Kredi Kartı İşbirliği Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 09-41/994-251 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararında, malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması kıstası, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmiş, üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, yeni piyasalara girişin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması, ekonomik yararın kavramının göstergeleri olarak kabul edilmiştir²⁸³.

"Yarar" kavramı, yukarıda bahsettiğimiz üzere, her bir anlaşma için ilgili pazarın şartları içinde ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmesi yanında, bu değerlendirmeyi yapacak olan rekabet otoritesinin takdirine yer bırakması bakımından da önemlidir.

Bireysel muafiyet değerlendirmesi yapan rekabet otoritesinin, yararlı olma kıstasına ilişkin analizinde, takdirini hangi nedenlerle anlaşmanın yararlı olduğu veya olmadığını, ilgili pazara ilişkin yapacağı ekonomik analizlerle gerekçelendirmesi gerekmektedir. Nitekim bu analizin amacı, sözleşme tarafından yaratılan nesnel yararların tespiti ve bu yararların ekonomik açıdan değerlendirilmesidir.

Anlaşmalara m. 81/III'ün (yeni m. 101) Uygulanmasına İlişkin Kılavuz'da da ifade edildiği üzere, bu düzenleme anlaşmanın rekabetçi veya rekabeti destekleyici etkilerinin rekabete aykırı etkilerine oranla ağır basmasını şart kıldığı için, anlaşma ile sağlandığı iddia edilen yararlar ve bunların değerlerinin analiz

²⁸³ Rekabet Kurulu'nun 09-41/994-251 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

edilmesini gerekli kılmaktadır²⁸⁴. Kılavuz, tüm yararların (1) nitelik, (2) sözleşme ve yararlar arasındaki bağ, (3) her bir yararın olasılık ve önemini, (4) her bir yararın nasıl ve ne zaman sağlanacağı bakımından incelenmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir²⁸⁵.

Rekabet Kurulu, Strojimport Foreign Trade Company (“SFTC”) adlı Çek firması ile Tezsan Pazarlama A.Ş. (“TEZSAN”) arasında imzalanan yetkili acentelik sözleşmesine menfi tespit veya muafiyet verilmesi talebini değerlendirdiği 99-21/171-90 sayılı ve 28 Nisan 1999 tarihli kararında (“Tezsan-SFTC Kararı”), acentelik sözleşmesinin imzalanması ile TEZSAN’ın sözleşme ürünlerini diğer satıcılarla rekabet etmeden tek başına satmak suretiyle çıkar sağlayacak olması, bütün enerjisini malların sürümüne yönelterek piyasada etkin bir şekilde faaliyette bulunacak olması, mal satışının artacak olması, SFTC’nin özellikle uluslararası ticarete dil, yabancı yasalar ve diğer farklılıklardan kaynaklanan dağıtım güçlükleriyle uğraşmak zorunda kalmaması, SFTC’nin üretim faaliyetlerinde yoğunlaşma imkânı elde ederken, TEZSAN’ın ise pazarlama faaliyetlerinde uzmanlaşarak etkin bir dağıtım mekanizması oluşturması, sözleşme tarafından sağlanacak yararlar arasında sayılmıştır²⁸⁶.

1.5.3.2 Tüketicinin Yararı

RKHK m. 5’te öngörülen ikinci şart ise “*tüketicinin bir yarar sağlaması*” diğer bir ifadeyle, “*inceleme konusu anlaşmanın sağladığı faydalardan tüketicinin de uygun bir pay alması*”dır. Bu kıstas, ATA m. 101’de “*anlaşmanın sağladığı yararlardan tüketicinin adil bir pay alması*” şeklinde belirtilmektedir.

²⁸⁴ Bkz. dn. 176. Kılavuz, s. 97–118, p. 50–51.

²⁸⁵ Bu inceleme, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile anlaşmanın ortaya çıkardığı iddia edilen yararlar arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunup bulunmadığını kontrol imkânı tanımaktadır. Buradaki yarar, genellikle, anlaşmanın konusunu teşkil eden ekonomik faaliyetten kaynaklanır. Bu faaliyet, bir dağıtım, teknoloji lisansı, birleşik üretim veya araştırma veya geliştirmeye ilişkin olabilir. Anlaşma ile yarar arasında doğrudan bir bağ bulunabileceği gibi, örneğin lisans sahibi teşebbüsün yeni veya geliştirilmiş ürünleri üretmesine imkân veren teknoloji transferi anlaşması veya ürünlerin daha düşük masrafla dağıtılmasına imkân veren bir dağıtım anlaşması gibi veya rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın ilgili teşebbüslerin nihai tüketiciler lehine daha çok araştırma yatırımı yaparak, kârlarını artırmalarını sağlaması gibi dolaylı da olabilir. Böylece sözleşme ile sağlanan yararların niteliği itibarıyla nesnel olup olmadıkları incelenmektedir.

²⁸⁶ Rekabet Kurulu’nun 99–21/171–90 sayılı ve 28 Nisan 1999 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Burada ilk olarak “tüketici” kavramına kimlerin dahil olduğu tespit edilmelidir. Bu hüküm kapsamında “tüketici”, sözleşmeye konu ürünleri girdi olarak kullanan tüm üreticiler, toptancılar, perakendeciler ve nihai tüketicileri kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm anlamında tüketiciler, anlaşma taraflarının tüketicilerini ve sonraki alıcıları kapsamaktadır. Bu tüketiciler, endüstriyel makinelerin veya işleme sanayi için hammadde satışında olduğu gibi teşebbüsler olabileceği gibi, dondurma veya bisiklet alım-satımındaki nihai tüketiciler de olabilir²⁸⁷.

İkinci olarak, tüketici yararı kavramının analiz edilmesi gerekmektedir. Bir sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması için, sözleşmenin ekonomik, teknik alanlarda, malların üretim veya pazarlamasında gerçekleştirdiği iyileşmelerin tüketicilere uygun surette yansıtılması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, anlaşma ile sağlanan yararlı etkilerin, tüketicilere yansıtılmayarak, yalnızca teşebbüsler arasında kalması durumunda muafiyet uygulanmayacaktır. Örneğin, anlaşma ile sağlanan ekonomik, teknik ve iyileşme neticesinde, mal veya hizmetin fiyatında düşüş gerçekleşiyor veya ürün kalitesi veya çeşitliliği artıyor ise, tüketicinin bu faydadan uygun bir pay aldığı söylenebilir²⁸⁸. Nitekim bu şart, rekabet hukukunun sosyal yönünü ortaya koymaktadır²⁸⁹.

Kurul’un bireysel muafiyet kararları incelendiğinde, tüketicilerin ürün veya hizmete ulaşım olanaklarının artırılması, servis kolaylıklarına kavuşturulması, ürün çeşitliliği artırılarak tüketicinin seçme olanaklarının artırılması gibi gelişmelerin de tüketicinin yararı olarak kabul edildiği görülmektedir. Buradan hareketle, Kurul’un bireysel muafiyet değerlendirmesinde tüketicilere sağlanan, sadece doğrudan faydalar değil, dolaylı faydaları da dikkate aldığı söylenebilecektir.

Kurul, Paşabahçe Cam Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin cam ev eşyalarının dağıtımını için hazırlanan “Yetkili Satıcılık Sözleşmesi”ne muafiyet verilmesi talebini incelediği 28 Şubat 2008 tarih ve 08–19/192–63 tarihli kararında (“Paşabahçe Kararı”), anlaşmada yer alan prim sistemini incelemiş ve bu sistem sayesinde maliyet

²⁸⁷ Bkz. dn. 176’daki Kılavuz, s. 97–118, p. 84. Aynı görüşte, Sanlı, **Geçersizlik**, s. 128-129.

²⁸⁸ AB Komisyonu tüketicinin yarardan pay almasını genellikle fiyatlarda düşüşe bakarak saptama eğilimindedir. Bkz. Komisyon’un IV/428 sayılı ve 25 Şubat 1982 tarihli VBBB ve VBVB Kararı, [1982] 2 CMLR 344.

²⁸⁹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>, RKHK m. 5 gerekçesi.

kalemlerinde gerçekleşecek olan iyileşmenin, tüketicilere ürünün nihai satış fiyatında düşüş, kalite artışı ve servis kolaylıkları şeklinde yansiyacağını tespit etmiştir²⁹⁰.

Kurul'un 00-8/69-31 sayılı ve 24 Şubat 2000 tarihli kararında (POAŞ Kararı), tüketici yararı, ürünün (madeni yağlar) özellikleri de dikkate alınmak suretiyle, tüketiciler açısından doğrudan ve dolaylı faydaları birarada değerlendirilerek tespit edilmiştir²⁹¹. Anılan kararda, madeni yağ pazarında özellikle belirli özellikleri karşılayan ürünler arasında ikame edilebilirliğin düşük olduğu, bu nedenle bu pazarda ürün farklılaşmasından ziyade, ürününün kolay bulunabilirliği ve fiyatı açısından değerlendirme yapılmasının uygun olduğu ifade edilmiştir. Kararda, tüketicilerin madeni yağları başka bir noktadan önceden temin etmek zorunda kalmaksızın, servise gittiklerinde ürüne kolayca ulaşmaları, yapılan yatırımlar sayesinde küçük ve orta ölçekli servislerin hizmet kalitesinin artmasının tüketiciler açısından - RKHK m. 5 (b) bendi kapsamında - "yarar" sağlayacağı kabul edilmiştir.

Aynı şekilde Kurul'un Tezsan-SFTC Kararında, "tüketici yararı" müşterilere düzenli servis hizmeti verilebilmesi, tüketicilerin seçim haklarının artması, ürün tedarikinde belirli bir düzenin yerleştirilmesi gibi, dolaylı faydalar ile fiyatlarda tüketici aleyhine aşırı ölçülere varan artışların görülmemesi gibi doğrudan faydalar birarada değerlendirilmek suretiyle açıklanmıştır²⁹².

Bilindiği üzere RKHK m. 5 (b) bendinde, ATA m.101/III (b)'den farklı olarak tüketicinin anlaşmanın ortaya çıkardığı faydalı etkilerden alacağı payın "adil olması" şartı aranmamaktadır. RKHK, tüketicinin sağlayacağı yararın değerlendirmesini tamamen Rekabet Kurulu'na bırakmış ve bu faydanın "adil" olması gibi bir sınırlama da öngörmemiştir.

Burada öncelikle adil yarar kavramının nasıl anlaşılması gerektiğini belirlemek uygun olacaktır. Adil yarar kavramı, Topluluk rekabet hukukunda anlaşmanın tüketicilere, neden olduğu rekabet kısıtlamalarının etkilerini telafi etmeye yetecek

²⁹⁰ Rekabet Kurulu, 08-19/192-63 sayı ve 28 Şubat 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

²⁹¹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>. Rekabet Kurulu'nun 00-8/69-31 sayılı ve 24 Şubat 2000 tarihli kararı, Kararın tam metni için bkz.

²⁹² <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>. Bkz. dn. 286.

seviyede yarar sağlaması şeklinde açıklanmaktadır. Tüketicilerin, sağlanacak yararların her birinden faydalanması gerekme de, tüketicilere sağlanacak faydanın, anlaşmanın olumsuz etkilerini tüketiciler bakımından telafi etmeye yetecek kadar kısmının tüketicilere geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim ancak bu şekilde tüketicilerin toplam faydadan adil bir pay alması mümkün olacaktır²⁹³.

RKHK m. 5 (b)'de şart koşulmamasına karşın, Rekabet Kurulu'nun tüketicinin anlaşmadan sağlayacağı payın makûl veya adil olması kıstasını uyguladığı kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin Kurul'un, Danıştay'ın iptal kararı üzerine verdiği 05-79/1082-309 sayılı ve 24 Kasım 2005 tarihli kararında, ATA m. 101/III (b) bendinde, "tüketici yararı"nın anlaşma ile ortaya çıkacak olan ekonomik fayda ile tüketicinin elde edeceği menfaat arasında makul bir dengenin varlığı şeklinde değerlendirileceği belirtilmiştir²⁹⁴. Aynı şekilde, GlaxoSmithKline kararında da, inceleme konusu anlaşma sayesinde bir ilacın doktorlara tanıtımının uzman pazarlama ekipleri vasıtasıyla yapılması ve doktorların (talebi belirleyen kesim) ilaç hakkındaki bilgi seviyesinin artacak olmasının, hastaların sözkonusu ilaca ulaşımının kolaylaştırması üzerinde durulmuştur²⁹⁵.

Komisyon, mükemmel rekabet ortamının bulunmadığı pazarlar için, ki bu durum neredeyse tüm ürün veya hizmet pazarları için böyledir, teşebbüslerin çıktılarını (output) değiştirerek pazar fiyatlarını azalma veya artış yönünde etkileyebileceklerini kabul etmektedir. Nitekim teşebbüsler, aynı zamanda müşterileri arasında fiyat ayrımcılığı yapabileceklerdir. Hatta bazı hallerde, masraf kısma uygulamalarının tüketiciler için çıktılarını artırdığı ve fiyatları düşürdüğünden bahsedilmektedir. Nitekim ilgili teşebbüsün masraf kısma uygulaması sayesinde çıktılarını ve böylece kârını artırması ile, tüketiciye yansıma gerçekleşmektedir²⁹⁶.

Komisyon, ATA m.101/III (b) çerçevesinden hangi masraf kısma uygulamalarının tüketicilere yansıtılmaya uygun olduklarının tespiti için bazı

²⁹³ Bkz. Komisyon'un 26/76 sayılı ve 25 Kasım 1977 tarihli Metro (I) Kararı, [1977] ECR 1875, s. 22, p. 54.

²⁹⁴ Rekabet Kurulu'nun 05-79/1082-309 sayılı ve 24 Kasım 2005 tarihli kararı ve Danıştay 10. Dairesi'nin 23 Aralık 2003 tarih ve 2003/5295 K. sayılı kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101> ve <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

²⁹⁵ Bkz. dn. 282.

²⁹⁶ Bkz. dn. 175'deki Kılavuz, s. 97-118, p. 95.

faktörlerin dikkate alınması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu faktörler, (1) ilgili pazarın yapısal özellikleri, (2) etkinlik kazanımlarının yapı ve önemi, (3) talep esnekliği, (4) rekabet kısıtlamasının önemidir. Komisyon'a göre, bu faktörler bir arada değerlendirilmelidir. Kaldı ki, ATA m. 101/III yalnızca rekabetin kısıtlandığı pazarlarda uygulandığı için, rekabetin tüketiciler için adil bir yarar payını garanti ettiğine ilişkin bir karine de bulunmamaktadır. Oysaki pazarda kalan rekabet derecesi ve yapısı böyle bir olasılığın varlığını ortaya koyabilir²⁹⁷.

1.5.3.3 Sınırlamanın Zorunlu Olması

Bireysel muafiyet tanınabilmesi için, anlaşmanın sağladığı faydanın elde edilmesi ve tüketicilere adil bir yarar sağlanması için gerçekleştirilen rekabet kısıtlamasının zorunlu olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, anlaşma ile ilgili pazarda neden olunan rekabet kısıtlamasının, anlaşmanın ortaya çıkardığı faydalara ulaşmak için gerekli olandan daha fazla olmaması aranacaktır.

Rekabet Kurulu bu koşulu, Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'nin 18 Eylül 2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı kurul kararına uymamak suretiyle RKHK m. 4'ü ihlal edip etmesine ilişkin 05-79/1082-309 sayılı ve 24 Kasım 2005 tarihli kararında ("Benkar Kararında"), "anlaşmadan tarafların beklediği ekonomik faydanın sağlanabilmesi için mümkün olacak en az sınırlayıcı yöntemin kullanılması" şeklinde açıklamıştır²⁹⁸.

Kurul, SFTC/Tezsan kararında da, münhasırlık şartı içeren bir acentelik anlaşmasının, üretici veya sağlayıcıyı anlaşmaya konu ürünlerin etkin dağıtımının sağlanması, dil ve mevzuat konuları yanında, birçok satıcı ile ilişki kurulması gibi zaman ve para kaybına yol açacak yükümlülüklerden kurtardığını ancak, bunun karşılığında acenteye belirli sınırlar içinde bölgesel koruma sağlamanın zorunlu olduğunu ifade etmiştir²⁹⁹. Kurul, anlaşma kapsamında acenteye sağlanan bölgesel korumanın rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamadığı için RKHK m. 5 (c)

²⁹⁷ Bkz. dn. 175'deki Kılavuz, s. 97-118, p. 96.

²⁹⁸ Rekabet Kurulu'nun 05-79/1082-309 sayılı ve 24 Kasım 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

²⁹⁹ Bkz. dn. 283. Bu koşul, doktrinde "Ölçülülük şartı" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 131-132.

bendinde öngörülen “sınırlamanın zorunlu olması koşulu”nu sağladığını kabul etmiştir.

1.5.3.4 İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda, bir anlaşmanın bireysel muafiyet alabilmesi için uyması gereken son şart, anlaşmanın getirdiği rekabet sınırlamalarına rağmen, rekabetin ilgili ürün pazarı veya coğrafi pazarın önemli bir bölümünde ortadan kalkmayacak olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, anlaşmada yer verilen rekabet kısıtlamaları, aynı anlaşma tarafından sağlanacak yararlı etkilerin elde edilmesi için gerekli ve zorunlu ise bireysel muafiyet tanınması mümkün olabilecektir. Şu kadar ki, anılan sınırlamalar ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabeti tamamen ortadan kaldırmamalıdır³⁰⁰.

Bu son şart, teşebbüsler arası düşmanlığın, yenilik adı altındaki dinamik etkinlik de dahil olmak üzere, ekonomik etkinliğin esas sürücüsü olduğunu kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu hükmün asıl amacı ilgili pazardaki rekabetçi yapıyı korumaktır. Nitekim rekabetin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması durumunda, ilgili pazardaki rekabetçi yapı sona erecek ve kısa dönemli etkinlik kazanımları uzun dönemde (kötü kaynak kullanımı, yeniliklerin azalması ve yüksek fiyat uygulamaları ile) büyük kayıplara dönüşebilecektir³⁰¹.

İlgili pazarda rekabet ne kadar zayıf ise, rekabetin ortadan kalkması için gerekli olan rekabet kısıtlanması o kadar küçük olur. Anlaşma ile yaratılan rekabet kısıtlaması ne kadar fazla ise, ilgili ürünlere ilişkin olarak rekabetin tamamen ortadan kalkması riski de o kadar yüksek olur. Bu son şartın uygulanması, ilgili pazarda hem mevcut hem de potansiyel rekabet durumunu içeren gerçekçi bir analizi gerektirir. Nitekim bir anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerin analizi, bu anlaşmanın rekabet parametreleri üzerindeki etkilerinin tespiti ile yapılacaktır³⁰².

³⁰⁰ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>, Rekabet Kanunu m.5 gerekçesi.

³⁰¹ Bkz. dn. 175'deki Kılavuz, s. 97–118, p. 105.

³⁰² Bkz. dn. 175'deki Kılavuz, s. 97–118, p. 107–110. Aynı görüşte, bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 130.

Kurul POAŞ kararında, rekabetin ilgili pazarın önemli bir bölümünde ortadan kalkıp kalkmadığının tespitinde kullanılacak kriterler, pazarda hâlihazırda giriş engellerinin olup olmadığı, hâkim durumda olan bir teşebbüsün bulunup bulunmadığı, dikey anlaşmalar aracılığıyla giriş engeli yaratılıp yaratılmadığı, pazarın yapısı ve tüketici tercihleri olarak belirlemiştir³⁰³. Aynı şekilde SFTC/Tezsan kararında ise, ilgili pazarda rekabetin ortadan kalkmaması şartı, ilgili pazarın genel koşulları, giriş engellerinin durumu, pazara yeni girişler gibi kıstaslar da dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmiştir³⁰⁴. Benkar Kararında da, ilgili pazarın yoğunlaşmış yapısı ve ilgili teşebbüsün yüksek pazar payı dikkate alınmak suretiyle, anlaşmanın ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldıracağı sonucuna ulaşılmıştır³⁰⁵.

GlaxoSmithKline kararında ise, inceleme konusu anlaşmada yer alan münhasırlık hükmü, Pfizer tarafından yapılacak olan yüksek masraflı tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin bir karşılığı olarak değerlendirilmiş ve anlaşmadan beklenen faydalara kıyasen fazla kısıtlayıcı değil, zorunlu bir sınırlama olduğu kabul edilmiştir³⁰⁶. Kurul bu değerlendirmesinde, *free-rider* problemine de dikkat çekip, bedavacılığın (free riding) önlenmesi açısından da, anlaşmada yer verilen münhasırlık hükmünün gerekli sayılacağını belirtmiştir.

Komisyon, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına ilişkin olarak pazar payı, kafeler ve diğer açık satış noktaları dahil olmak üzere, % 70 olan bir bira üretici teşebbüsü örnek vermektedir³⁰⁷. Bu (A) teşebbüsü, son beş yıl içinde pazar payını % 60'dan % 70'e artırmıştır. İlgili pazarda dört rakip (B, C, D ve E) teşebbüsleri faaliyet göstermekte olup, pazar payları sırasıyla % 10, % 10, % 5 ve % 5'tir. İlgili pazara son yıllarda hiçbir yeni giriş bulunmadığı gibi, A teşebbüsü tarafından yapılan fiyat değişiklikleri de, genellikle rakipleri tarafından izlenmektedir. A teşebbüsü, açık satış kanalında yer alan satış noktalarının % 20'si ile (satış hacmi bakımından pazarın % 40'ını teşkil etmektedir) 5 yıllık münhasır satın alma anlaşmaları yapmıştır. Bu sözleşmeler, en önemli satış noktalarını kapatarak, rakiplerin maliyetlerinin artmasına ve gelirlerinin azalmasına neden

³⁰³ Bkz. dn. 291.

³⁰⁴ Bkz. dn. 283.

³⁰⁵ Bkz.dn. 298.

³⁰⁶ Bkz.dn. 282.

³⁰⁷ Bkz. dn. 176'daki Kılavuz, s. 97-118, p. 116.

olmaktadır. Komisyon'a göre, A teşebbüsünün geçen yıllarda artan pazar gücü, pazara yeni girişlerin bulunmaması ve rakiplerin zayıf durumu da dikkate alındığında, ilgili pazarda rekabetin ATA m. 101/III anlamında ortadan kalkmış olduğunu ortaya koymaktadır.

Anlaşmanın, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması halinde ise anlaşmaya, kural olarak, bireysel muafiyet tanınmaz ancak koşullu muafiyet tanınması mümkün olabilir. Koşullu muafiyet ve hükümleri ileride incelenecektir.

1.5.4 Bireysel Muafiyet Şartlarının Değerlendirilmesi ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

RKHK m. 5 hükmünde, Rekabet Kurulu'nun bireysel muafiyet şartlarını uygulama esasları ve hâkim durumun kötüye kullanılması ilişkisine yer verilmemiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bireysel muafiyet tanınan bir sözleşmenin yalnızca RKHK m. 4 uygulamasından muaf olacağı, buna karşın şartları var ise, RKHK m. 6 uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı nedeniyle cezalandırılabilmesi kabul edilmektedir³⁰⁸.

Hâkim durum ile bireysel muafiyet ilişkisinin Türk rekabet hukukunda birlikte ele alındığı ilk düzenleme, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'dur (bundan böyle "Kılavuz" olarak anılacaktır) Kılavuz'da, RKHK m. 5 (c) bendinde belirtilen "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" şartının hâkim durum ile yakından ilgili olduğunun altı çizilmiş ve bir teşebbüs hâkim durumda ise veya bir dikey anlaşma sonucunda hâkim duruma geliyorsa, bu teşebbüsün taraf olduğu (faydalandığı) ve ilgili pazarda hissedilir derecede rekabeti bozucu etkileri olan dikey sınırlamaların, kural olarak, bireysel muafiyet alamayacağı belirtilmiştir³⁰⁹.

Kurul'un Nestle ile distribütörleri arasında imzalanan dağıtım sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilmesi ya da muafiyet tanınması talebini incelediği 10–

³⁰⁸ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 233, Güven, s. 111, Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 45, Aşcıoğlu Öz, s. 45.

³⁰⁹ Kılavuzun tam metni için bkz. http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/d_a_k.pdf.

18/198–74 sayılı ve 18 Şubat 2010 tarihli kararında yapılan bireysel muafiyet değerlendirmesinde, anılan sözleşmenin ilgili piyasanın büyük bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı incelenirken, teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu açık olarak ifade edilmemekle beraber, sağlayıcı teşebbüsün pazar gücünün değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir³¹⁰. Kararda, Nestle'nin yüksek pazar gücünün işlemin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini artırdığı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Kurul, Atlas Gıda ile distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ve ÖSM kategorisindeki nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki sözleşmelere bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği 08–66/1060–415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli kararında, hâkim durum kavramı ile ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılması kıstasının eşdeğer olmadığını belirtmiştir³¹¹. Kurul, pazardaki rekabetin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı konusunun, rekabetin ilgili anlaşmalardan önceki ve sonraki düzeyinin tespiti ile yapılabileceği ifade etmiştir. Ülker Grubu'nun ilgili pazarlarda hâkim durumda bulunması veya yüksek pazar gücü sahibi olması, inceleme konusu anlaşmaların içerdiği rekabet sınırlamalarının ilgili pazarlardaki rekabete olumsuz etkilerini arttıracaktır. Buna karşın, kısıtlamanın ilişkiye özgü yatırımın korunması veya mal veya hizmetin sağlanması ya da satın alınmasıyla ilgili olmayan esaslı bir know-how transferi bakımından gerekli olması gibi objektif haklı bir gerekçesi bulunuyor ise, bireysel muafiyet tanınması söz konusu olabilmektedir³¹².

Burada ele alınacak ilk şart, anlaşmanın üretimin ve dağıtımın iyileştirilmesi, teknik ve ekonomik gelişmenin artırılması gibi etkinlikler ve net pozitif etkilere imkân vermesidir. Bu çerçevede, bedavacılıktan kaçınma gibi iddialar ile maliyet

³¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 10–18/198–74 sayılı ve 18 Şubat 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

³¹¹ Rekabet Kurulu'nun 08–66/1060–415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli kararı. Kararda, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkması riski bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla ilgili anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında çıkmasına neden olan yüksek pazar gücü karinesinin geçerliliğinin öncelikle test edilmesi gerektiği ifade edilmiş ve pazar gücünün pazardaki yansımalarının incelenmesi için kullanılacak ölçütler, sağlayıcının pazardaki konumu, rakiplerin pazardaki konumu, alıcının pazardaki konumu, pazara giriş engelleri, pazarın doygunluk düzeyi, ticaretin seviyesi ve ürünün özellikleri olarak sıralanmıştır. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

³¹² Bkz. Kılavuz, s. 30, p. 109.

tasarrufu sağlanması gibi genel sebepler dikkate alınmayacaktır. İkinci şart, anlaşmanın sağlayacağı ekonomik yararların, yalnızca anlaşma tarafları değil, tüketici lehine de etkiler yaratmasıdır. Burada, tüketicilere doğrudan (fiyatların düşmesi vb.) fayda sağlayan unsurlar ile beraber, dolaylı fayda sağlayan unsurlar da (ürün tedarikinin düzenli kılınması vd.) dikkate alınabilecektir³¹³. Son şart ise, anlaşmanın öngörülen faydalarını sağlayabilmesi için rekabetin en az düzeyde kısıtlanmasıdır³¹⁴.

1.5.5 Muafiyet Süresi

RKHK m. 5/II'nin 5388 sayılı Kanun'la değişik son hali şöyledir:

“Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine de bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.”

Anılan hükmün eski hali ise şöyleydi:

“Muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kurulca verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları halen devam ediyorsa ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir.”

RKHK m. 5/II'nin değiştirilmeden önceki hükmü uyarınca, muafiyet kararları en uzun 5 yıl için verilebiliyordu ve süresi dolduğunda, şartları devam ediyorsa tarafların talebi üzerine yenilenebiliyordu. Anılan hükmün yeni düzenlemesi uyarınca Kurul, kendisine sunulan muafiyet talebini incelerken daha büyük bir esnekliğe kavuşmuştur. Şöyle ki, Kurul inceleme konusu anlaşmanın hukuki ve

³¹³ Sonuç olarak, ilgili pazarda anlaşma tarafları için yeterli rekabet sağlanıyorsa, rekabetçi süreç normal olarak tüketicilerin ekonomik yararlarından adil bir pay almalarını sağlar. Bkz. Kılavuz, s. 30, p. 110.

³¹⁴ Kılavuz, s. 30, p. 110.

iktisadi şartlarını da değerlendirmek suretiyle, muafiyet için uygun bir süre takdir edebileceği gibi, süresiz muafiyet tanımaya da karar verebilir³¹⁵.

Kurul, bir muafiyet kararı verdikten sonra ilgili pazarda meydana gelebilecek değişimleri ve rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek gelişmeleri sürekli izleyecektir³¹⁶. Örneğin, Paşabahçe kararında sözleşmenin ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ancak belirli bir zaman içinde ortaya çıkarabileceği dikkate alınmış ve sözleşmeye 2 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmıştır³¹⁷. Kararda, sözleşmenin öngördüğü prim sisteminin hayata yeni geçirilmiş olması nedeniyle, piyasadaki olası etkilerinin analiz edilmesinin tam anlamıyla mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kurul, yetkili dağıtıcıların satış rakamlarının 2 yıl süresince izleyecek ve sözleşmelerin rekabet üzerindeki etkilerini analiz edecektir.

Kurul'un Total Oil Türkiye A.Ş. ile 12 Mart 2009 tarihi öncesinde bayilik anlaşması imzalayan 516 adet bayisi ile arasındaki dikey anlaşmalara muafiyet tanınması talebinin incelendiği 10-24/338-122 sayılı ve 18 Mart 2010 tarihli kararında, anlaşmaya 5 yıl için bireysel muafiyet tanınmıştır³¹⁸. Aynı şekilde, dikey anlaşmalara ilişkin olmamakla beraber, Kurul'un Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.'nin yönetim kurulu kararlarıyla banka kartlarına ilişkin ortak takas komisyonu oranı belirlemesine yönelik süresiz muafiyet talebini incelediği 09-36/905-217 sayılı ve 19 Ağustos 2009 tarihli kararında tanınan bireysel muafiyet de 5 yıl ile sınırlanmıştır³¹⁹.

Kurul'un New Look Retailers Limited Şirketinin, Global Tekstil'den NLT Tekstil'in % 50 hissesini devralarak ortak girişim kurması işlemine izin verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 05-74/1000-280 sayılı ve 27 Ekim 2005 tarihli kararı, taraflarca kurulmak istenen ortak girişim anlaşmasına süresiz muafiyet

³¹⁵ Rekabet Kurulu'nun resmi internet sitesinde yer verilen açıklamalarda da, RKHK m.5'te yapılan değişiklik ile Kurul'un süreli veya süresiz bireysel muafiyet tanıma yetkisine kavuştuğu kabul edilmektedir.

³¹⁶ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=53&detId=59&ustId3>.
<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>,
Rekabet Kanunu m.5 gerekçesi.

³¹⁷ Bkz. dn. 290.

³¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 10-24/338-122 sayılı ve 18 Mart 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

³¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 09-36/905-217 sayılı ve 19 Ağustos 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

tanınması bakımından önemlidir³²⁰. Kararda, doktrinde aksine görüşler ileri sürülmekte ise de, RKHK m. 5/II'de 2 Temmuz 2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile beş yıllık sınırlamanın kaldırıldığı ve belirsiz süreli olarak muafiyet verilebileceği belirtilmiştir. Nasıl ki, 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanan bir anlaşma için herhangi bir süre sınırı bulunmaz, bireysel muafiyet bakımından da aynı esas kabul edilmelidir. Nitekim grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen ancak, bireysel muafiyet şartlarını taşıyan bir anlaşma, rekabetin korunması açısından daha olumsuz etkiler içermez ve bu nedenle farklı esaslara tabi tutulması da anlamsızdır. Kurul, sonuç olarak, tekstil sektörünün orta ve uzun vadede dinamik ve rekabetçi yapısının devam edeceği belirterek, anlaşmaya süresiz bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir. Kurul üyelerinden Süreyya Çakın, bu karara ilişkin karşı oy yazısında, RKHK m. 5 hükmü ve gerekçesi uyarınca muafiyet kararlarının ancak belirli bir süre için verilebileceğini ileri sürmüştür³²¹.

Biz, Rekabet Kurulu uygulamasında da benimsendiği üzere, bireysel muafiyet kararlarının süresiz verilebileceği kanaatindeyiz. Nitekim bize göre, RKHK m. 5/II'de 5388 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile beş yıllık süre sınırının kaldırılması, kanun koyucunun bireysel muafiyet kararlarının herhangi bir süre sınırı olmaksızın verilebilmesi yolundaki anlayışını açıkça ortaya koymaktadır. Kanun koyucu, bireysel muafiyet kararlarının 5388 sayılı Kanun öncesinde olduğu gibi en fazla beş yıl süre ile verilmesini istese idi, ilgili hükümden süre sınırı kısmını çıkarmaması yeterli olurdu. Nitekim aksini kabul, kanun koyucunun 5388 sayılı Kanun ile getirdiği yeni düzenlemenin bir unutkanlığın ürünü olduğu şeklinde yorumlar ki, kanaatimizce böyle bir durum söz konusu değildir.

Muafiyet kararı ne zaman verilmiş olursa olsun anlaşmanın, uyumlu eylemin veya teşebbüs birliği kararının yapıldığı tarihten itibaren ya da Kurul çeşitli şart ve yükümlülükler öngörmüş ise, bunların yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacak, yani geçmişe yürüyecektir.

³²⁰ Rekabet Kurulu'nun 05-74/1000-280 sayılı ve 27 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

³²¹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>
Rekabet Kurulu üyesi Sn. Süreyya Çakın'ın Kurul'un 05-74/1000-280 sayılı ve 27 Ekim 2005 tarihli kararına ilişkin karşı oy yazısı. Anılan karşı oy yazısına d. 320'deki linkten ulaşılabilir.

1.5.6 Muafiyetin Şart, Yükümlülüklerle Bağlanması ve Alternatifli Muafiyet

RKHK m. 5/II “muafiyetin verilmesi belirli şart ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine” bağlanabileceğini öngörmektedir. Doktrinde Aslan, bu hükümde kullanılan “şart” ve “yükümlülük” terimlerinin özel hukuktaki şart ve yükümlülük kavramları ile özdeş olmadığı ve daha geniş bir anlamı ifade etmek üzere kullanıldığı görüşündedir³²². Sanlı ise, hükümde iki farklı kavramın ayrı ayrı ifade edilmiş olmalarına rağmen, bunların nasıl tatbik edileceklerine veya bunların muafiyet üzerindeki etkilerine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasını eleştirmektedir³²³. Yazar, özel hukuk açısından bakıldığında “yükümlülük” teriminin “belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu”nu ifade eden geniş kapsamlı bir kavram olduğunu, “şart”ın ise farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmakla birlikte, genel olarak “gelecekte vukuu şüpheli olay” anlamına geldiğini belirtmektedir.

Hukuki işlemlerin şarta bağlanması denildiğinde, iki ayrı husustan bahsedilir. İşlemin hüküm ifade etmesi bir şarta bağlanmışsa “geciktirici şart”, işlemin sona ermesi bir şarta bağlanmışsa “bozucu şart” söz konusu olur. Örneğin, Kurul’un muafiyet kararını, her altı ayda bir pazarla ilgili olarak çeşitli bilgilerin kendisine verilmesi şartına bağlaması mümkündür. Her ne kadar şarta bağlanmış ise de, muafiyet kararı şart gerçekleştiği andan itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Ayrıca, şartın yerine getirilmemiş olması muafiyet kararının sona ermesini de sağlamayacaktır. Kurul gerekli görürse, muafiyet kararının geri alınmasına ayrıca karar verecektir. Nitekim teşebbüse getirilen belirli sıklıklarla Kurul’a bilgi veya belge sağlama şartı, özel hukuk anlamında bozucu şart değildir.

Bize göre de, RKHK m. 5’te yer alan “yükümlülük” ve “şart” kavramları özel hukuktaki anlamları ile kullanılmamış olup, daha geniş ve genel bir anlamı ifade etmektedir.

³²² Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 328.

³²³ Bkz. Sanlı, **Geçersizlik**, s. 419.

Rekabet Kurulu pek çok olayda muafiyet kararına şart ve yükümlülük bağlamaktadır. Kurul, Superonline Uluslararası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş., Türk Nokta Net Bilgi Hizmetleri A.Ş., Doğan İletişim Elektronik Servis Hizmetleri ve Yayıncılık A.Ş., Koç.net Haberleşme Teknolojileri ve İletişim Hizmetleri A.Ş., Siemens Business Services Sistem Hizmetleri A.Ş. ve BNET İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından imzalanan TR-1 Network ağının kuruluşu hakkındaki Ortak İşletme Prosedürü Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebinin incelendiği 03-75/909-384 sayılı ve 20 Kasım 2003 tarihli kararında, bildirim konu anlaşmaya ağa dâhil olmak isteyen ISS'lerin bu yöndeki taleplerinin değerlendirilmesinde objektif kriterler gözetilmesi, ağa transit olarak bağlanmak istemeyen ISS'lerin uygun koşulların varlığı halinde ağda yer alan ISS'ler ile "peering" anlaşması yapabilme serbestisine sahip olması şartı ile 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir³²⁴.

Kanaatimizce, anılan kararda Kurul tarafından öngörülen şartlar RKHK m. 5'in amaçlarına uygun değildir. Öngörülen şartlar, Kurul denetimine imkân vermeyecek derecede muğlak hükümler içermektedir. Şöyle ki, ilk şart olarak, ağa dâhil olmak isteyen ISS'lerin taleplerinin değerlendirilmesinde objektif kriterler kullanılması öngörülmekte ise de, bu kriterlerin hangileri olduğunu ve nasıl uygulanacaklarını açıklanmamıştır. Nitekim bu hali ile şartın nasıl uygulanacağı açık olmadığı gibi, ileride Kurul tarafından yapılacak bir denetimde hangi esasların dikkate alınacağı da anlaşılammaktadır. Şartın uygulanması büyük ölçüde yorum gerektirecektir. Bu durum, Kurul kararının uygulanmasını ve bunun denetimini güçleştirdiği gibi, taraf teşebbüsler açısından hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebilecektir. Kanaatimizce, Kurul kararında, bahsedilen objektif kriterlerin açıklanması veya bu objektif kriterlerin sektör gerekliliklerine uygun olarak teşebbüs tarafından tespit edilmesi ve Kurul onayına sunulmasına imkân everen bir düzenleme yapılması daha uygun olurdu. Aynı eleştiriler, ağa transit olarak bağlanmak istemeyen ISS'lerin "uygun koşulların varlığı halinde" ağda yer alan ISS'ler ile "peering" anlaşması yapabilme serbestisinin korunması şartı için de yapılabilir. Nitekim bu şart bakımından da, "uygun koşulların" neler olduğu tespit edilmediği gibi, bu uygun koşulların

³²⁴ Rekabet Kurulu'nun 03-75/909-384 sayılı ve 20 Kasım 2003 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

belirlenmesi için teşebbüs tarafından yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınması gereken kıstaslar öngörülmemiştir.

Doktrinde Aslan, “alternatifli muafiyet” olarak isimlendirilen bir karar çeşidinden bahsetmektedir³²⁵. RKHK, alternatifli muafiyeti içeren bir düzenleme öngörmemektedir. Yazarın alternatifli muafiyet kavramı ile anlatmak istedikleri husus, Rekabet Kurulu’na yapılan bireysel muafiyet başvurusunun, gerekli şartların yerine getirilmesi halinde bireysel muafiyet ya da grup muafiyeti tanınması ile neticelendirilmesidir. Nitekim Rekabet Kurulu da, alternatifli muafiyet kararları vermektedir. Örneğin, Starbucks Coffee EMEA BV (Starbucks) ile Shaya Kahve Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Shaya A.Ş.) arasında imzalanan “Bölge Geliştirme ve İşletme Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 04–26/286–64 sayılı ve 15 Mart 2004 tarihli kararında (“Starbucks kararı”), anlaşmanın taraflarına alternatiflerden birisini seçmesi için süre verilmiştir³²⁶. Buna göre, taraflar ya birinci alternatifi seçerek grup muafiyetinin gerektirdiği değişiklikleri yapacaklar ya da anlaşmalarını bireysel muafiyet şartlarına uyduracaklardır.

1.5.7 Muafiyet İncelemesinin Süresi

RKHK m. 5 muafiyet başvurularının ne kadar süre içinde sonuçlandırılacağına dair herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Bununla beraber, söz konusu başvuruların Rekabet Kurulu’na ulaşma tarihleri gözetilmek suretiyle, anlaşmalara taraf teşebbüslerin hareket özgürlüklerini zedelemeyecek bir zaman dilimi içerisinde sonuçlandırılmaları uygun olacaktır.

Anayasa'nın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesi şöyledir:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

³²⁵ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 339 vd.

³²⁶ Rekabet Kurulu’nun 04–26/286–64 sayılı ve 15 Mart 2004 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Kanaatimizce, muafiyet başvurularının anlaşmalara taraf teşebbüslerin hareket özgürlüklerini zedelemeyecek bir süre içinde sonuçlandırılmaması, bu teşebbüslerin Anayasa ile korunan çalışma ve sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanması veya ortadan kalkmasına neden olacağı için Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.

1.5.8 Muafiyetin Geri Alınması

RKHK'nun "Muafiyet ve Menfi Tespit Kararlarının Geri Alınması" başlıklı 13. maddesi muafiyetin geri alınacağını durumları şöyle belirlemiştir:

"Aşağıdaki hallerde muafiyet ve menfi tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir:

- a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,*
- b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,*
- c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.*

Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir.

(c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır."

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, muafiyet kararının geri alınmasına imkân veren hallerin ortaya çıkması durumunda Kurul, muafiyeti geri almaya karar verebileceği gibi, yeni bazı yükümlülük ve şartlar öngörerek muafiyetin devamına da karar verebilir³²⁷. Keza madde açık bir şekilde "... geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışlarını yasaklanabilir" demektedir.

Muafiyetin geri alınmasının ilk nedeni, Kurul'un muafiyet kararı vermesine esas teşkil eden bir olayda değişiklik olmasıdır. Bu durumda Kurul, anılan değişikliğin gerçekleşme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere muafiyet kararını geri alabilir.

³²⁷ Kurul tarafından verilen muafiyet ve menfi tespit kararları mutlak değildir. Maddede sayılan durumların varlığı halinde bu kararlar Kurul tarafından her zaman geri alınabilir. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icld=74&detId=100&ustId=74>, Rekabet Kanunu m.13 gerekçesi.

Muafiyet kararı çeşitli şartlara ve yükümlülüklerle bağlı olarak da verilmiş olabilir. Tarafların muafiyet kararında öngörülen şart ve yükümlülükleri ihlâl etmeleri de, muafiyet kararının geri alınmasına neden olabilir. Muafiyet kararının tarafların Kurul'a sağladığı eksik veya yanlış bilgiler neticesinde verilmiş olduğunun tespit edilmesi de geri alınma nedenleri arasındadır. Örneğin, Kurul'un Efes ile Bimpaş'ın ve bu teşebbüslerin bayi ve distribütörlerin nihai satış noktalarıyla yaptıkları münhasırlık içeren tek elden satın alma anlaşmalarından muafiyetin geri alınması talebini incelediği 05-27/317-80 sayılı ve 22 Nisan 2005 tarihli kararında, RKHK m. 13 düzenlemesi uyarınca verilmiş bir bireysel muafiyet kararına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde, anılan kararın geri alınabileceği ifade edilmiş ve buradaki "olay" ifadesinin, yalnızca ilgili pazarda yaşananlar gelişmeler şeklinde anlaşılmayıp, bunun yanı sıra muafiyet kararını veren Kurul'un bilgi birikimindeki herhangi bir değişimin de bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir³²⁸. Nitekim herhangi bir anlaşmaya bireysel muafiyet veren Kurul, daha sonra elde ettiği yeni bilgiler ışığında söz konusu anlaşmanın aslında muafiyet şartlarını sağlamadığını tespit ederse, 13. maddenin (a) bendine dayanarak vermiş olduğu bireysel muafiyet kararını her zaman geri alabilecektir.

1.5.9 Menfi Tespit Kararı ve Geri Alınması

RKHK'un "Menfi Tespit" başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.

Kurul, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 13 üncü maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden her zaman dönebilir. Ancak bu durumda taraflara Kurulun görüş değiştirmesine kadar geçen süre için cezaî müeyyide uygulanmaz."

³²⁸ Rekabet Kurulu'nun 05-27/317-80 sayılı ve 22 Nisan 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri yaptıkları anlaşma, karar, uyumlu eylem veya yoğunlaşmaların yasal belirliliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla Rekabet Kurulu'na başvurarak yaptıkları işlemlerin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmediğine dair bir belgenin kendilerine verilmesini isteyebilmelidir³²⁹. Bu, ticari hayatın belirsizlikten kurtulması açısından bir zorunluluktur.

Nitekim Kurul, Mey İçki tarafından nihai satış noktalarıyla imzalanmak üzere hazırlanan tip dikey anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 10 Nisan 2008 tarih ve 08–28/320–104 sayılı kararında anlaşmalarda düzenlenen hedefler ve teşviklerin rekabeti kısıtlayıcı bir amaç ve plan doğrultusunda uygulanabilme (kötüye kullanma) ihtimali bulunmakla beraber, peşinen böyle olduğu varsayımının doğru olmayacağını altını çizmiştir³³⁰.

Kararda ayrıca, anlaşmalara verilecek menfi tespit belgesinin mevcut durumun tespiti niteliğinde olduğu, Mey İçki'ye geleceğe dönük bir garanti vermediği gibi, RKHK'un hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında yapılacak bir inceleme ve uygulanacak bir yaptırım da engellemeyeceği belirtilmiştir. Böylece, Mey İçki'nin sözleşmelerine menfi tespit verilmesine karar vermiştir.

Rekabet Kurulu, Roche Müstahzarları San. A.Ş.'nin, SSK ve Devlet/Üniversite Hastaneleri'nin, Kamu İhale Kanunu kapsamında düzenlediği ihalelere ilaç depoları kanalıyla ilaç temini konusunda akdetmiş olduğu anlaşma ve uygulamalara menfi tespit belgesi verilmesi talebini incelediği 04–46/593–144 sayılı ve 8 Temmuz 2004 tarihli kararında ("Roche Kararı"), Roche'un devlet/üniversite hastanelerinin düzenlediği ihalelere ilaç depoları kanalıyla ilaç temini konusundaki uygulamalarının RKHK m. 4, 6 ve 7. maddelerini ihlâl etmediğine ve bu nedenle uygulamalara menfi tespit belgesi verileceğine karar vermiştir³³¹.

³²⁹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74>, Rekabet Kanunu m.8 gerekçesi.

³³⁰ Rekabet Kurulu'nun 08–28/320–104 sayılı ve 10 Nisan 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

³³¹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Rekabet Kurulu'nun 04–46/593–144 sayılı ve 8 Temmuz 2004 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Menfi tespit kararları RKHK m. 13'deki usule uygun olarak geri alınabilir. Bkz. Muafiyet kararlarının geri alınmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız.

1.6 Grup Muafiyeti

1.6.1 Genel Olarak

Rekabet düzenleri, bireysel muafiyet yanında belirli bazı sözleşme gruplarını kapsayacak ve bu sözleşme gruplarını blok olarak rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylem yasağının yaptırım kapsamı dışına çıkaracak grup muafiyeti hükümleri içerirler.

Grup muafiyeti ile bireysel muafiyet kapsamaları ve usulleri açısından farklıdır. Şöyle ki, bir anlaşma için bireysel muafiyet alınabilmesi, RKHK m. 5 uyarınca bildirimde bulunulmasını gerektirir. Aynı şekilde ATA m. 101/III'de, Komisyon'a başvuruyu şart koşmaktadır. Grup muafiyetinde ise, anlaşma muafiyet şartlarını taşıyorsa, artık tarafların bildirimde bulunmaları gerekmeksizin grup muafiyeti kapsamına girmektedir.

Bireysel muafiyet, yalnızca muafiyet kararına konu anlaşma bakımından geçerli iken, grup muafiyetinde rekabet otoritesi benzer konulu birden çok anlaşmayı bir grup olarak rekabete aykırı kısıtlamalara ilişkin yasak yaptırımından muaf tutmaktadır.

Muafiyetin, bireysel olarak bir muafiyet kararıyla veya grup muafiyet tebliği ile tanınmış olmasının, bu işlemlerin yargısal denetim usulü açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Ayrıca bireysel muafiyet kararı belirli koşullara bağlı olarak verilebilirken, grup muafiyeti bakımından tarafların uymaları gereken koşullar önceden ilgili düzenleme ile belirlenmiştir.

RKHK m. 5 son fıkraya göre, Rekabet Kurulu belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını

gösteren tebliğler çıkarabilecektir³³². Bu yetki çok geniş ve yasama benzeri bir yetkidir. Rekabet Kurulu hangi anlaşma türlerini bir grup olarak muaf tutacağına kendisi karar vereceği gibi, hangi koşullarda bu muafiyeti vereceğini de kendisi belirleyecektir. RKHK m. 5, bu konuda Rekabet Kurulu'nun yetkisini sınırlayan genel muafiyet koşulları dışında herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Komisyon da, Konsey'den aldığı yetki ile rekabete aykırı anlaşma ve kararların grup muafiyetinden faydalanma koşullarını çıkardığı grup muafiyeti tüzükleri ile tespit etmektedir³³³. Komisyon çoğu dikey anlaşmalara ilişkin olmak üzere, grup muafiyeti tüzükleri çıkarmıştır³³⁴.

Dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti düzenlemeleri iki çeşittir: Dikey anlaşmalara uygulanmak üzere çıkarılan genel dikey muafiyet düzenlemeleri (genel düzenleme) ve konularına göre bazı dağıtım anlaşmalarına uygulanmak üzere hazırlanan özel muafiyet düzenlemeleri (özel düzenleme).

Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan özel düzenlemelerin listesi aşağıda verilmiş olup, bu düzenlemelerden hiçbiri, motorlu araç dağıtımına ilişkin ve halen yürürlükte olan 2005/4 sayılı Tebliğ haricinde yürürlükte değildir:

³³² Kanununun 5. maddesinin son fıkrası sadece belirli anlaşma türleri için grup muafiyeti çıkarma yetkisi vermiştir. Bununla beraber 2002/2 sayılı Tebliğ'in 7. maddesi, 2005/4 sayılı Tebliğin 9. maddeleri ile uyumlu eylemler de grup muafiyeti kapsamına alınmıştır.

³³³ Keza, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 87/II. maddesi, Konsey'in Komisyon'a rekabet hukuku konularında düzenleme yetkisi vermiş olmasına ilişkindir. Grup muafiyeti tüzükleri ihdası da bu genel yetki çerçevesinde Komisyon'a verilmiş kabul edilmektedir.

³³⁴ Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 81 ve bkz. Gamze Öz, "AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları", Ankara Aralık 1999, s. 79-115.

Kanımızca grup muafiyeti tebliğlerinin çoğunluğunun dikey anlaşmalara ilişkin olarak çıkartılmış olması bir tesadüf değildir. Yukarıda dikey ve yatay rekabet kısıtlamalarının rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, yatay rekabet kısıtlamaları ilgili pazarda rakip teşebbüsler arasında yapıldığından rekabeti kısıtlayıcı etkiler göstermeleri daha olasıdır. Buna karşın, üretim ve dağıtım sektörlerinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan ve dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların da üst veya alt pazarlarda rekabeti kısıtlayıcı etkileri söz konusu olabilecek ise de, bu anlaşmaların ilgili pazarda rekabet üzerindeki olumlu etkileri de bulunabilmekte ve yasaklanmaları işte bu olumlu ve olumsuz etkilerinin karşılaştırılması suretiyle olmaktadır.

- Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 1997/3 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği³³⁵
- Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği³³⁶
- Franchise Sözleşmelerine İlişkin 1998/3 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği³³⁷
- Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin 2005/4 sayılı Tebliğ³³⁸

Biz, çalışmamızda yürürlükten kaldırılmış olan özel düzenlemelere yer vermeyeceğimiz gibi, motorlu taşıtlar sektörüne ilişkin olan 2005/4 sayılı Tebliğ'de ele almayacağız. Çalışmamızın bu kısmında, dikey anlaşmalara ve dolayısıyla dağıtım anlaşmalarına ilişkin (motorlu taşıtlar sektörü hariç) yegâne grup muafiyeti düzenlemesi olan 2002/2 sayılı Tebliğ ve hükümlerini inceleyeceğiz.

1.6.2 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

1.6.2.1 Genel Olarak

Rekabet Kurulu, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile yürürlükten kaldırdığı 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğlerin getirdiği sistemden farklı bir yaklaşım benimsemiş ve tüm dikey anlaşmalar (otomobil sektörü hariç olmak üzere) için uygulanabilecek genel bir grup muafiyeti sistemi öngörmüştür³³⁹.

Eski düzenlemeler ile yeni Tebliğ arasında en önemli fark, yürürlükten kaldırılan tebliğlerde grup muafiyetinden yararlanacak olan sözleşme hükümlerinin tek tek sayılması ve bu hükümleri içermeyen dikey anlaşmaların grup muafiyeti kapsamı dışında tutulmasıdır³⁴⁰. Oysaki yeni Tebliğ, yürürlükten kaldırılan üç

³³⁵ Bkz. dn. 103.

³³⁶ Bkz. dn. 102.

³³⁷ Bkz. dn. 101.

³³⁸ Bkz. dn. 100.

³³⁹ Bkz. Decocq/Decocq, s. 354, p. 262.

³⁴⁰ Bu durum ise, grup muafiyeti tebliğlerinin uygulama alanını daralttığı gibi, bu düzenlemelerden beklenen yararı da oldukça sınırlamıştır. 2002/2 sayılı Tebliğ ise, yalnızca muafiyet kapsamı dışında kalan rekabet kısıtlamalarını saymıştır. Bu yeni düzenleme, doktrinde “dar elbise

tebliğden farklı olarak, sadece grup muafiyetinden yararlanması mümkün olmayan sözleşme şartlarını saymakla yetinmeyerek, aynı zamanda hangi dikey kısıtlamaların grup muafiyeti kapsamına girebileceğini de açıkça belirtmiştir. Bu yeni yaklaşım, Rekabet Kurumu'nun 4. Yıllık Faaliyet Raporunda³⁴¹ (2002 yılına ilişkin) şöyle açıklanmaktadır:

“Geçtiğimiz dönemdeki uygulamalar neticesinde; yürürlükten kaldırılan grup muafiyeti tebliğlerinin, oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmalarına rağmen, dikey anlaşmaların sınırlı bir kısmını kapsamış olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle Rekabet Kurulu, kapsamı daha geniş olan Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğini çıkarmayı uygun bulmuştur.

Yürürlükten kaldırılan eski grup muafiyeti tebliğlerinin aksine, ikiden fazla teşebbüsün taraf olduğu dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Tebliğ, hem satın alma (tedarik) hem de dağıtım anlaşmalarını kapsamaktadır. Tebliğ ile getirilen diğer bir yenilik de, sadece malların alım satımına değil, hizmetlerin alım satımına ilişkin dikey anlaşmaların da, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilmesidir.

Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bir dikey anlaşmada, aynı zamanda, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümlerin de yer alması durumunda, Tebliğ'de belirtilen koşulların sağlanması şartıyla, söz konusu dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlanabilmektedir.”

2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen bu sistem, Komisyon'un 22 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren 2790/1999 sayılı Tüzüğü'nün bir yansımasıdır³⁴². Nitekim Komisyon'un daha önceki Tüzüklerinde (1983/83, 1984/83 ve 4087/88 sayılı Tüzükler) eski sistemi benimsemiş iken, 2790/1999 sayılı Tüzüğü ile 2002/2 sayılı Tebliğ'in mehzazı olan sistemi getirmiştir³⁴³.

modeli” yerine “esnek elbise modeli”nin getirilmesi şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 341–342.

³⁴¹ Rekabet Kurumu'nun 4. Yıllık Faaliyet Raporu, s. 110,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap4.pdf>.

³⁴² Topluluk'ta dikey anlaşma grupları veya uyumlu eylemlere ilişkin ilk düzenleme Komisyon'un 19/65 sayılı Tüzüğü idi. Bu Tüzük yalnızca iki teşebbüsün taraf olduğu anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanmaktaydı.

³⁴³ Bu vesile ile, anılan Tüzüğün geçtiğimiz Haziran ayında yürürlükten kaldırılmış olduğunu ve yerini Komisyon'un ATA m. 101/II'nin dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 330/2010 sayılı ve 20 Nisan 2010 tarihli Tüzüğe bıraktığını hatırlatmak isteriz. Tüzüğün tam metni için bkz. ATRG, 23 Mart 2010 ve L 102/1. Biz çalışmamızda 2002/2 sayılı Tebliğ'in mehzazı olması dolayısıyla yeri geldikçe, 2979/1999 sayılı Tüzüğe ve uygulama kılavuzuna atıf yapacağız.

2002/2 sayılı Tebliğ'in uygulanma esaslarını ortaya koymak, uygulanmasında Rekabet Kurulu tarafından göz önünde bulundurulacak hususları yeterli açıklıkla göstermek ve Tebliğ'in teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'in Uygulanmasına İlişkin Kılavuz ("Kılavuz") yayımlanmıştır. Kılavuzda yapılan açıklamalara rağmen, 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanıp yararlanamadıkları konusunda tereddütleri içeren ya da söz konusu grup muafiyetinden yararlanması mümkün olmayan anlaşmalar için, bireysel muafiyet talep etmek isteyen teşebbüsler, RKHK m. 10 ve 12 uyarınca Kurul'a bildirimde bulunabilirler.

2002/2 sayılı Tebliğ, 25 Mayıs 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişikliğe uğramıştır. 2007/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen değişikliklerden en önemlisi, dikey anlaşmaların grup muafiyetinden faydalanmalarının % 40 pazar payı eşiğine bağlanmasıdır. Böylece 2002/2 sayılı Tebliğ ve grup muafiyetinin kapsamının daraltılmıştır³⁴⁴. Kılavuz ise, 2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen değişiklikleri içermediği için, 2002/2 sayılı Tebliğ'in uygulanmasına ilişkin yeni bir kılavuz yayınlanması ihtiyacı doğmuştur. Yeni Kılavuz, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz adı altında 3 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in amacı, dikey anlaşmaların RKHK'nun rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin yaptırımından grup olarak muaf tutulmasının koşullarının belirlenmesidir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde de belirtildiği üzere, bu Tebliğ dikey anlaşmaların yanı sıra, dikey uyumlu eylemlere de aynı kriterler göz önünde bulundurularak uygulanacaktır³⁴⁵.

³⁴⁴ Nitekim 2002/2 sayılı Tebliğ'in ilk halinde, 2790/1999 sayılı mehz Tüzük'ten farklı olarak herhangi bir pazar payı eşiği öngörülmemiştir. Bu farklılık, Türk doktrininde "pazar payı eşiğini aşan teşebbüslerin grup muafiyeti kapsamı dışında bırakılmayarak, doğrudan bireysel muafiyet başvurusu yapmak zorunda kalmamaları ve böylelikle de Rekabet Kurumu'nun iş yükü artışının engellenmesi" amaçları ile açıklanmıştır. Bkz. Osman Berat Gürzumar, "2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I içinde, Rekabet Kurumu Yayınları No:137, Ankara 2003, s. 104-105. (Anılış: Gürzumar, "Dikey Anlaşmalar")

³⁴⁵ Tezimizin konusu yalnızca dağıtım sözleşmelerini kapsadığı için, çalışmamızda uyumlu eylemlere ilişkin açıklamalara yer vermiyoruz.

1.6.2.2 Dikey Anlaşma Tanımı

2002/2 Tebliğin “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde dikey anlaşmalar “üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar” şeklinde tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda 2790/1999 sayılı Tüzük m. 2/I’de dikey anlaşma şöyle tanımlanmıştır:

“Anlaşmanın mahiyeti gereği üretim veya dağıtım zincirinin farklı halkalarında bulunan iki veya daha fazla işletme arasında akdedilen ve belirli malların taraflarca alımı veya satımı koşulları ile ilgili olan anlaşmalar veya uyumlu davranışlardır.”

2002/2 sayılı Tebliğ ve 2790/1999’in “dikey anlaşma” tanımları çerçevesinde üç önemli unsur ortaya çıkmaktadır³⁴⁶. Bu unsurlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.6.2.2.1 Teşebbüsler Arasında Anlaşma

2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde bir dikey anlaşmadan bahsedebilmek için, iki veya daha fazla teşebbüsün taraf olduğu bir anlaşma söz konusu olmalıdır³⁴⁷. Örneğin, teşebbüs niteliğinde olmayan işletmeler, tek bir teşebbüs sayılan işletmeler arasında veya bir teşebbüs ile nihai tüketicileri ile yapılan anlaşmalar RKHK m. 4 kapsamında anlaşma sayılmayacakları için, grup muafiyetine de konu olamazlar. Ancak böyle işlemler veya sonuçları, her zaman RKHK’un hâkim durumun kötüye kullanılması yasağına ilişkin 6. maddesi kapsamında değerlendirilir.

1.6.2.2.2 Üretim veya Dağıtım Sektörünün Farklı Seviyelerindeki Teşebbüsler Arası Anlaşma

Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olması gerekmektedir. Bu çerçevede, sağlayıcı veya üretici

³⁴⁶ Kılavuz, s. 3, p. 3.

³⁴⁷ Türk rekabet hukukunda teşebbüs tanımı ve unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 14–19, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 41 vd, Güven, s. 86, Aşcıoğlu Öz, s. 68 vd.

teşebbüs ile dağıtıcı (dağıtımın herhangi bir aşaması, toptancı, perakendeci, ara dağıtıcı olabilir) arasındaki bir dağıtım sözleşmesi, bir dikey anlaşmadır. Aynı şekilde, bir hammadde üreticisi teşebbüs ile bu hammaddeyi kendi faaliyetlerinde kullanan bir teşebbüs arasındaki tedarik anlaşması dikey anlaşmadır.

Burada dikkat edilmesi gereken, anlaşmaya taraf teşebbüslerin dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet göstermeleridir. Örneğin, toptancı konumundaki bir teşebbüsün bir üst aşamada faaliyet gösteren birden fazla sağlayıcı teşebbüs ile ortak bir dağıtım anlaşması akdetmesi, dikey anlaşma değildir.

Nitekim birbirine rakip iki sağlayıcı teşebbüsün, toptancı ile yaptıkları anlaşma da, dikey anlaşma değildir. Toptancı teşebbüsün, birbirine rakip konumundaki sağlayıcı teşebbüsler ile ayrı ayrı dağıtım anlaşmaları akdetmesi halinde, bu anlaşmalar dikey anlaşma sayılır³⁴⁸.

1.6.2.2.3 Mal veya Hizmetlerin Alımı, Satımı veya Yeniden Satımı Amaçlı Anlaşma

Anlaşma, mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılmış olmalıdır. Bu bakımdan, 2002/2 sayılı Tebliğ'in satın alma, dağıtım ve franchise anlaşmalarını kapsadığı söylenebilir. Alıcı konumundaki teşebbüsün, anlaşma konusu mal veya hizmetleri hangi amaçla satın aldığı önemli değildir. Nitekim tedarikçinin, yeniden satış ya da kendi üretiminde kullanmak amaçları ile yapılması veya anlaşma konusu malları üçüncü kişilere kiralamak amacı gözetilmesi de mümkündür³⁴⁹.

Bununla beraber, herhangi bir satım ilişkisi içermediği için (hizmet sunumu da dâhil olmak üzere), finansal kiralama (leasing) sözleşmeleri, fikri mülkiyet haklarının devri veya lisans karşılığında kullanırılmasına ilişkin işlemler, dikey anlaşma sayılmazlar ve 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına da girmezler. Aynı şekilde, fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeler de, ancak bir dikey anlaşmanın yan hükmü veya anlaşma konusu mal veya hizmetin alıcı tarafından alınması, satılması veya yeniden satılmasını kolaylaştırmaları halinde, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına

³⁴⁸ Bkz. Kılavuz, s. 3, p. 3.

³⁴⁹ Bkz. Kılavuz, s. 3, p. 3.

girerler. Örneğin, bir üreticinin kendi mallarının pazarlamasını kolaylaştırmak için dağıtıcısına bu mallara ilişkin markalarının kullanım lisansını sağlaması gibi.

Rekabet Kurulu, Benkar Kararında dikey anlaşmaları yukarıda değindiğimiz üç unsuru kapsayacak şekilde tanımlamıştır³⁵⁰:

“H.1 Grup Muafiyetinin Geri Alınması

(...)

Mezkûr Tebliğin kapsam maddesine göre, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar-dikey anlaşmalar- Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla grup muafiyeti kapsamına alınmıştır. Soruşturma konusu anlaşmalar açısından da üye işyerlerine taksitli alışveriş, pazarlama ve reklâm hizmetleri gibi bir takım hizmetler sağlayan Benkar ile üye işyerleri, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermektedirler ve taraflar arasındaki anlaşma, sayılan hizmetlerin üye işyerleri tarafından alınmasını konu edinmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında anılan Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir dikey anlaşma mevcuttur.”

2002/2 sayılı Tebliğ, yürürlükten kaldırdığı tebliğlerden farklı olarak, sadece malların satışına ilişkin sözleşmeleri değil, hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmelerini de kapsamına almış ve grup muafiyetinden faydalanmalarını sağlamıştır.

1.6.2.3 İşletme Birlikleri - Perakendeci Birlikleri

2002/2 sayılı Tebliğ, işletme ve perakendeci birliklerinin üretici veya sağlayıcılar ile arasındaki dikey anlaşmaları da kapsamına almaktadır. Burada bahsedilen işletme veya perakendeci birlikleri, RKHK m. 3 uyarınca “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler” olarak tanımlanan teşebbüs birliklerinden başka bir şey değildir³⁵¹.

³⁵⁰ Bkz. dn. 298.

³⁵¹ Bkz. Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 20, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 59 vd.; Güven s. 118–119.

Doktrin, teşebbüs birliklerinin unsurlarını iki başlık altında özetlemektedir³⁵². Bunlardan birincisi, belirli bir amaç için kurulmaktadır. Kanunun tanımında yalnızca belirli bir amaç için kurulmuş olmaktan bahsediliyor ise de, bu amacın ne olacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde Erdem, burada sözü edilen amacın mutlaka ekonomik olması gerektiğini, teşebbüs birliklerinin sosyal veya bilimsel amaçlarla da kurulabileceğini kabul etmektedir³⁵³.

Biz de bu görüşe katılıyor, kanunda herhangi bir kısıtlama yer almaması nedeniyle böyle geniş yorum yapmanın uygun olacağını düşünüyoruz. Nitekim uygulamada teşebbüs birliklerinin, genellikle üye teşebbüslerin ortak gereksinimlerini karşılamak, dayanışma ve yardımlaşmayı sağlamak için faaliyet gösteren gruplaşmalardan oluştuğu görülmektedir.

Teşebbüs birliklerinin ikinci özelliği ise, aynen teşebbüs tanımında da olduğu gibi, tüzel kişilik sahibi olmalarının dikkate alınmamasıdır.

Komisyon'un 2790/1999 sayılı Tüzüğü m. 2/II, teşebbüs birlikleri ile üyeleri veya böyle bir birlik ile üretici veya sağlayıcılar ile belirli koşullara sahip olan işletme birliklerinin yaptığı dikey anlaşmaların, söz konusu perakendeci birliğinin tüm üyelerinin malların (hizmetlerin değil) perakende satıcısı olması ve her bir birlik üyesinin yıllık cirosunun 50 milyon Euro'yu aşmaması koşuluyla, grup muafiyeti kapsamına gireceğini öngörmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ ise, Avrupa Birliği'ndeki düzenlemenin aksine, perakendeci birliklerinin üyeleri ile veya böyle bir birliğin sağlayıcıları arasında yapılan dikey anlaşmaların belirli sınırların altında kalması kaydıyla durumunda grup muafiyeti kapsamı içine alan düzenlemeye yer vermemiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ, perakendeci birlikleri ile üyeleri veya üretici-sağlayıcıları arasındaki dağıtım anlaşmalarını, herhangi bir ciro kısıtlaması söz konusu olmaksızın kapsamına almaktadır³⁵⁴.

³⁵² Bkz. Akıncı, **Yatay Kısıtlamalar**, s. 217–218.

³⁵³ Bkz. Erdem, **Birleşme ve Devralmalar**, s. 20. Aynı görüşte bkz. Güven, s. 119.

³⁵⁴ Bu bakımdan bizim tebliğin uygulama alanı AB tüzüğünden geniştir. Keza AB Tüzüğü bu tip anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanması için bazı kısıtlamalar getirmektedir.

1.6.2.4 Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar

Dikey anlaşmalar, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümler içerebilirler ve belirli koşulların sağlanması şartıyla grup muafiyetinden yararlanabilir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrası, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımını öngören dikey anlaşmaların, grup muafiyetinden yararlanabilmeleri için taşımaları gereken koşulları tespit etmiştir. Bu koşullardan birincisi, dikey anlaşmada yer alan fikri haklara ilişkin hükümlerin anlaşma konusu mal veya hizmetlerin kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmasıdır. İkinci koşul, anlaşmanın asıl amacının, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı olmasıdır. Demek ki, fikri hakların alıcıya devri ya da alıcıya kullandırılması, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımına hizmet etmeli ve fakat anlaşmanın esas amacını oluşturmamalıdır³⁵⁵. Nitekim yalın lisans devir sözleşmelerinde mal veya hizmet alım veya satımı söz konusu olmadığı için, bu tür anlaşmalar grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmezler³⁵⁶.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 5, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımını içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için taşınması gereken üçüncü koşulu, üretici veya sağlayıcıya ait fikri hakların alıcıya (dağıtıcıya) devri veya kullandırılması olarak tespit etmiştir³⁵⁷. Bununla beraber, anlaşma, fikri haklar alıcı (dağıtıcı) tarafından üretici veya sağlayıcıya devri yanında, devre ilişkin birtakım sınırlamalar (fason üretim anlaşmalarında olduğu gibi) içeriyor ise, grup muafiyetinden yararlanması söz konusu olmayacaktır.

Örneğin, fason üretim anlaşmalarında üretimi gerçekleştiren ve sağlayıcı konumunda olan teşebbüs (yüklenici), üretim için gerekli olan know-how'ı genelde anlaşmada alıcı konumundaki teşebbüsten sağlar. İşte bu nedenle, fason üretim

³⁵⁵ Bkz. Kılavuz, s. 4, p. 4. Franchise sözleşmelerine ilişkin açıklamalarımızda da bahsettiğimiz üzere, franchise sözleşmelerinde, özellikle franchise ağının tüm üyelerinin yeknesak olarak çalışabilmeleri için franchise verenin franchise alana kullandığı fikri mülkiyet hakları anlaşmaya konu olan mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımı yardımcı unsurlar arasında sayılmaktadır.

³⁵⁶ Bkz. Kılavuz, s. 4, p. 4.

³⁵⁷ Bkz. Kılavuz, s. 4, p. 4.

anlaşmaları know-how'ın kullanımına ilişkin bazı sınırlamalar içerir. Fason üretim anlaşmaları ile kendi markası altında fason üretim yaptıran zincir mağazalar, üretici veya sağlayıcıya ürettireceği mallara ilişkin know-how ve diğer fikri mülkiyet haklarını bizzat kendileri sağlarlar ancak, devredilen know-how veya diğer fikri mülkiyet haklarının başka markalar altında ürün üretiminde kullanımını kesin olarak yasaklarlar. Bu bakımdan, fason üretim anlaşmalarının dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinden faydalanmaları genellikle mümkün olmamaktadır.

Sonuç olarak, fason üretim anlaşmaları ve benzer dikey anlaşmaların, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına girmesi ve grup muafiyetinden faydalanabilmeleri için, fason işini veren zincir mağazanın, sağlayıcı konumundaki üreticiye üretime ilişkin know-how veya diğer fikri mülkiyet hakları aktarması ve devrettiği know how veya diğer fikri mülkiyet haklarının kullanımına ilişkin herhangi bir sınırlama öngörmemesi gerekmektedir.

Dördüncü ve son koşul ise, anlaşmada yer alan fikri hakların devri ve kullanımına ilişkin hükümlerin, 2002/2 sayılı Tebliğ ile yasaklanan dikey kısıtlamalarla aynı amaç veya etkilere sahip rekabet sınırlamaları içermemesidir.

Mehaz 2790/1999 sayılı Tüzük m. 2/III ile, fikri hakların devri ve kullanımına ilişkin belirli hükümler içeren dikey anlaşmaları kapsamına almış ve bunlar dışında kalan anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışında bırakmıştır. Tüzük, fikri hakların devri ve kullanımını içeren dikey anlaşmaları bazı koşullara uymaları halinde muafiyet tanımaktadır, bu koşullar yukarıda sayılan ve 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen koşullar ile aynıdır³⁵⁸.

³⁵⁸ 2790/1999 sayılı Tüzük'te öngörülen koşullar şunlardır:

- Fikri hakların devri ve kullanımına ilişkin hükümler bir dikey anlaşmanın, yani belirli mal veya hizmetleri tarafların satın alma, satma veya yeniden satmasına ilişkin bir anlaşmanın parçası olmalıdır.
- Fikri hakların devri ve kullanımı alıcıya devredilmiş veya kullanım hakkı verilmiş olmalıdır.
- Fikri hakların devri ve kullanımına ilişkin hükümler anlaşmanın ana amacını oluşturmamalıdır.
- Fikri hakların devri ve kullanımı malların veya hizmetlerin alıcı veya onun müşterileri tarafından kullanılması, satışı veya yeniden satışı ile doğrudan ilgili olmalıdır. Amacı fikri hakların devri ve kullanımından yararlanmak olan bir pazarlama çeşidi olarak franchise söz konusu olduğunda mallar veya hizmetler ana franchise alan veya alanlar tarafından dağıtılır.
- Fikri hakların devri ve kullanımı hükümleri, sözleşme konusu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak, amacı veya etkisi grup muafiyeti tüzüğüne göre muafiyet verilmeyen dikey sınırlamalarla aynı olan rekabet sınırlamaları içermemelidir.

1.6.2.5 Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/III uyarınca, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, bir istisna haricinde, grup muafiyetinden yararlanamaz. “Rakip teşebbüsler”in tanımı Tebliğ’in 3. maddesinin (c) bendinde şöyle verilmiştir:

“Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılardır. Ürün pazarı, anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar.”

Bu tanımdan hareketle, rakip teşebbüs tanımının aynı coğrafi pazarda faaliyet gösterip göstermediklerine bakılmaksızın, Türkiye’de aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcıları içerdiği söylenebilecektir. Hatta Kılavuzda hâlihazırda rakip mal üretmeyen, ancak söz konusu ürünün fiyatlarında göreceli olarak küçük ve sürekli bir artış olması durumunda 1 yıl içerisinde gerekli yatırımları yaparak piyasaya girebilecek teşebbüslerin dahi, ilgili ürün pazarında faaliyet gösterme potansiyeline sahip teşebbüsler olarak rakip teşebbüs kavramı içinde değerlendirileceği belirtilmektedir³⁵⁹. Bu kapsamda, teşebbüsün yatırım yapmak suretiyle yeni pazarlara girebilme imkânının var olup olmadığı analiz edilecektir. Bu analiz, teorik değil, pazar gerçekleri gibi somut verilere dayandırılmalıdır³⁶⁰.

Örneğin, finansal gücü ne kadar büyük olursa olsun herhangi bir teşebbüs, hâlihazırda faaliyet gösterdiği ürün pazarlarıyla hiç bir ilişkisi olmayan başka bir pazar için potansiyel bir rakip olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak, bu teşebbüsün söz konusu yeni pazara girmeyi planladığı açıkça biliniyorsa, o takdirde bu pazar için potansiyel bir rakip sayılması mümkündür.

Rekabet Kurulu, Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile beş teşebbüs arasında kurulan bayilik ilişkisine muafiyet verilmesi talebini incelediği 06–24/301–69 sayılı ve 6 Nisan 2006 tarihli kararında (“Siemens Kararı”), dikey muafiyetin rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmaları kapsamayacağı kuralının bir uygulamasını yapmış

³⁵⁹ Bkz. Kılavuz, s. 4, p. 5.

³⁶⁰ Bkz. Kılavuz, s. 5, p. 5.

ve rakip teşebbüs kavramını açıklamıştır³⁶¹. Kurul, Kılavuz ile paralel olarak, rakip teşebbüsleri aynı coğrafi pazarda faaliyet gösterip göstermediklerine bakılmaksızın, Türkiye’de aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılar rakip teşebbüs olarak tanımlamıştır. Aynı şekilde, hâlihazırda rakip mal üretmeyen, ancak söz konusu ürünün fiyatlarında göreceli olarak küçük ve sürekli bir artış olması durumunda 1 yıl içerisinde gerekli yatırımları yaparak piyasaya girebilecek teşebbüsler, söz konusu ürün pazarında faaliyet gösterme potansiyeline sahip teşebbüs olarak değerlendirilmelidir.

Kurul’a göre, herhangi bir teşebbüsün bu tür bir yatırım yaparak yeni bir pazara girme ihtimalinin olup olmadığı tespit edilirken teorik bir yaklaşımdan ziyade, eldeki verilere dayanan gerçekçi bir yaklaşım benimsenmelidir. Kurul, tüm bu tespitler ışığında, mevcut bayilerin durumu düşünüldüğünde, bu bayiler ile Siemens’in ya üretim safhasında ya da ihale aşamasında birbirine potansiyel olarak (aynı zamanda bayilik sona erdikten sonra da) rakip olduklarına karar vermiştir.

Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağı hükmüne getirilen yegâne istisna, dağıtım seviyesinde birbirlerine rakip olan teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalardır. 2002/2 sayılı Tebliğ’e göre, üretici veya sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı, alıcının (dağıtıcı) ise rakip malların yalnızca dağıtıcısı (üretici veya sağlayıcısı değil) olduğu dikey anlaşmalar, diğer şartları taşımaları kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu durum, üretici veya sağlayıcının bünyesinde bir dağıtım departmanının bulunması ve ürünlerin dağıtımı için bunun yanında bağımsız dağıtıcılardan oluşan bir dağıtım sistemi kullanması halinde söz konusu olacaktır³⁶².

2790/1999 Tüzük de aynı kuralı öngörmekte ancak m. 2/IV’de karşılıklı olmayan anlaşmalara ilişkin olarak üç istisna içermektedir. Buna göre, karşılıklı olmayan rakipler arası anlaşmalar, alıcının (dağıtıcı) yıllık cirosu 100 milyon Euro’yu aşmamalı (1) veya üretici veya sağlayıcı malların aynı zamanda dağıtıcısı iken, alıcı (dağıtıcı) malların sadece dağıtıcısı olmalı (2) veya sağlayıcı ticaretin

³⁶¹ Rekabet Kurulu’nun 06–24/301–69 sayılı ve 6 Nisan 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

³⁶² <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>
Bkz. Kılavuz, s. 5, p. 6.

birkaç aşamasında hizmetler sunarken, alıcı sözleşme konusu hizmetleri aldığı seviyede rakip bir hizmeti sunmuyor olmalıdır (3).

2790/1999 Tüzük m. 2/IV’te öngörülen alıcının (dağıtıcı) yıllık cirosuna ilişkin olanı 2002/2 sayılı Tebliğ’e alınmamıştır.

1.6.2.6 Pazar Payı Eşiği

2002/2 sayılı Tebliğ m. 3 uyarınca, grup muafiyeti ancak, üretici veya sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki (üst pazar - tedarik pazarı) pazar payının % 40’ı aşmaması durumunda uygulanacaktır³⁶³.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda ise, grup muafiyeti alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri satın aldığı alt pazar (alım pazarı) ilgili pazardaki payının % 40’ı aşmaması koşuluyla uygulanacaktır. Anılan pazar payı eşiği, mehzaz 2790/1999 sayılı Tüzük’te % 30 olarak tespit edilmiş iken, 2002/2 sayılı Tebliğ’e % 40 olarak alınmıştır³⁶⁴.

³⁶³ M. 6/A - (2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 25.05.2007, 26532) Bu Tebliğ’de öngörülen pazar payı, anlaşma konusu mal veya hizmetlerle birlikte alıcı tarafından ürünün nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir veya değiştirilebilir olarak kabul edilen ve yine sağlayıcı tarafından satılan diğer mal veya hizmetlerin pazar satış değerleri esas alınarak hesaplanır. Pazar satış değer verileri yoksa, satış miktarları da dâhil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler ilgili teşebbüsün pazar payının tespit edilmesinde kullanılabilir. 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması açısından pazar alım değerleri ya da güvenilir tahminler pazar payının hesaplanmasında kullanılır.

Bu Tebliğ’de belirtilen % 40’lık pazar payı eşiğinin uygulanmasında aşağıdaki kurallar uygulanır:

- a) Pazar payı bir önceki yılın verisi kullanılarak hesaplanır.
- b) Pazar payı bağlı dağıtıcılara satış amacıyla sağlanan tüm mal ve hizmetleri içerir.
- c) Pazar payı başlangıçta % 40’tan fazla olmayıp daha sonra %45’i aşmayacak şekilde eşiğin üzerine çıkarsa muafiyet, pazar payı eşiğinin ilk aşıldığı yılı takip eden sonraki iki yıl boyunca da geçerli olmaya devam eder.
- d) Pazar payı başlangıçta % 40’tan fazla olmayıp daha sonra %45’in üzerine çıkarsa muafiyet, pazar payı eşiğinin ilk aşıldığı yılı takip eden yıl boyunca da geçerli olmaya devam eder.
- e) (c) ve (d) bentlerinin sağladığı haklar, sürenin iki takvim yılını aşmasına neden olacak şekilde birleştirilemez.

³⁶⁴ Tüzüğün temel özelliklerinden biri olan pazar payı eşiği yeni düzenlemelerle birlikte Komisyon’un benimsediği “ekonomik temelli yaklaşım”ın bir ifadesidir. Pazar payı eşiği getirilmesi, düşük pazar gücüne sahip teşebbüslerin kara listede olmamak şartı ile uygulayacakları dikey sınırlamalarla rekabeti olumsuz etkilemeyecekleri yönündeki iktisadi yaklaşımın Tüzük tarafından benimsendiğinin bir göstergesi ve şekilci yaklaşımdan etki temelli bir rekabet hukuku yaklaşımına geçişte önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Bkz. S. Bishop. ve D. Ridyard, “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy”, ECLR, 2002 C 23, Bölüm I, s. 35.

Hemen belirtmek gerekir ki, 2002/2 sayılı Tebliğ'in ilk halinde herhangi bir pazar payı eşiği bulunmamaktaydı. Böylece dikey anlaşma kanalıyla piyasanın önemli bir bölümünü rekabete kapatan teşebbüs, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki grup muafiyeti koşullarını karşılamak kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilmekteydi.

Rekabet Kurulu, 2002/2 sayılı Tebliğ m. 3'teki pazar payı eşiğinin aşılmadığını değerlendirirken yapacağı pazar payı analizinde, üretici veya sağlayıcının, alıcının (dağıtıcı) ve rakiplerin pazardaki konumunu, pazara giriş engelleri, pazarın doygunluk düzeyi, pazardaki ticaretin seviyesi, ürüne özgü özellikler ve ilgili pazardaki diğer faktörleri birbirleri ile ilişki içerisinde ele alıp değerlendirecektir. Nitekim bu sayılan faktörlerin yalnızca bir ya da birkaçının, diğerlerinden bağımsız olarak dikkate alınması doğru olmayan sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Örneğin, bir münhasır dağıtım anlaşmasının ilgili pazardaki rekabete etkilerinin tespitinde her ne kadar dağıtıcının yüksek pazar gücü önemli bir kıstas ise de, tedarik pazarında üretici veya sağlayıcının çok sayıda rakibinin bulunması, alım pazarında giriş engellerinin bulunmaması ile birlikte değerlendirildiğinde, diğer muafiyet şartları da sağlanmış ise, muafiyetten faydalanması söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, dağıtım anlaşmalarının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesi, öncelikle üretici veya sağlayıcı ile dağıtıcının pazar payının hesaplanmasını gerektirir. Tarafların her birinin pazar payının % 40'ı aşmaması halinde, anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ'de sayılan grup muafiyeti koşullarını taşıyıp taşımadığı incelenir. Anlaşmanın grup muafiyeti koşullarını taşıyamaması halinde ise, bireysel muafiyet koşulları bakımından değerlendirme yapılır. Nitekim tarafların pazar payı % 40'ı aşıyor ise, anlaşma 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyeti alamaz ancak, şartlarını taşıyorsa RKHK m. 5 uyarınca bireysel muafiyetten faydalanabilir.

1.6.2.7 Pazar Analizinde Dikkate Alınacak Kıstaslar

Pazar analizinde kullanılacak kıstaslar Kılavuzda öngörülmüştür. Bunlar; Sağlayıcının pazar gücü (1), Rakiplerin pazar gücü (2), Alıcının pazardaki konumu

(3), Pazara giriş engelleri (4), İlgili pazarın doygunluk düzeyi (5), Ticaretin seviyesi ve ürünün niteliğidir (6)³⁶⁵.

1.6.2.7.1 Sağlayıcının Pazar Gücü

Kurul tarafından yürütülecek olan rekabet analizinde ilk dikkate alınacak kıstas, üretici veya sağlayıcının pazar gücüdür. Sağlayıcının pazar gücünün değerlendirilmesinde en önemli unsur ise şüphesiz, ilgili pazardaki pazar payıdır. Sağlayıcının ilgili pazardaki pazar payı ne kadar yüksekse, pazar gücü de aynı oranda büyük olacaktır.

Sağlayıcının pazar gücü belirlenirken, pazar payı ile birlikte, pazara ilk giren teşebbüs olma avantajına ve önemli fikri mülkiyet haklarına, rakiplerine nazaran üstün bir teknolojiye ve güçlü markalara, özellikle bulundurulması zorunlu ürüne (must-stock) sahip olma, geniş ve güçlü bir portföy oluşturma durumu da rol oynayacaktır.

Rekabet Kurulu'nun Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. ile bayileri ve distribütörlerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında tanınan muafiyetten yararlandırılması talebini incelediği 10–24/331–119 sayılı ve 18 Mart 2010 kararında, Bimpaş'ın ilgili pazarda pazar payı kaybetmekte olması, teşebbüsün açık ve kapalı kanala yaptığı satışların ve bulunurluk oranlarının geçtiğimiz yıllara nazaran hızlı düşüşler yaşaması, teşebbüsün ürünleri arasında en yüksek bulunurluğun dar bir tüketici kesimine hitap eden ve yüksek alkol içeren “T. Special 50 Can” ile düşük fiyatlı olan “Skol”a ait olmasına karşın, ana segmentte yer alan 50 cl.'lik kutu ve depozitolu şişelerdeki ürünlere ilişkin bulunurluğu, bulunurluk oranları bakımından Efes'in oldukça gerisinde olması ve son olarak, rakibi Efes'in bira pazarında hâkim durumda olması kıstaslar dikkate alınmıştır³⁶⁶. Kurul, tüm bu tespitlere dayanarak, Bimpaş'ın dikey anlaşmalarının grup muafiyetinden faydalanmasını engelleyecek seviyede bir pazar gücünün bulunmadığına karar vermiştir.

³⁶⁵ Bkz. Kılavuz, s. 27–30, p. 95–107.

³⁶⁶ Rekabet Kurulu'nun 10–24/331–119 sayılı ve 18 Mart 2010 kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icld=101&detId=102&ustId=101>

Kurul'un Nestle Kararında, üretici konumundaki Nestle'nin pazardaki konumunu değerlendirilirken, öncelikle pazar payı ele alınmış ve teşebbüsün pazar payının % 40'ı aştığı ilgili ürün pazarlarına ilişkin veriler değerlendirilmiştir. Kararda, Nestle'nin dünyanın en büyük gıda şirketi olması, marka portföyünün tüm dünyaca bilinen markalardan oluşması, özellikle 'Nescafe' markasının ürünün önüne geçmiş, ait olduğu ürün grubunu adlandırmak için kullanılan bir jenerik isme dönüşmüş olması kıstaslarının altı çizilmiştir³⁶⁷. Kurul, tüm bu tespitler ışığında, Nestle'nin sahip olduğu yüksek pazar payları ve marka gücünün, inceleme konusu rekabet kısıtlarının pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileme olasılığını artırdığını kabul etmiştir.

1.6.2.7.2 Rakiplerin Pazar Gücü

Kurul tarafından yürütülecek olan rekabet analizinde dikkate alınacak bir kıstas da, üretici veya sağlayıcının rakiplerinin pazar gücüdür. Üretici veya sağlayıcının pazar gücünün, rakiplerinin pazar gücü ile karşılaştırmalı analizi, üretici veya sağlayıcının göreceli pazar gücünü ortaya koyacaktır. Nitekim üretici veya sağlayıcının rakiplerinin sayısı ne kadar çok ve pazar güçleri de ne kadar yüksek ise, dağıtıcıları ile yaptığı dağıtım anlaşmalarının ilgili pazardaki kapama etkisi ve böylelikle markalara arası rekabeti kısıtlama riski de o derece düşük olacaktır³⁶⁸.

Rekabet Kurulu'nun Procter&Gamble ile Yöntem Dış Ticaret arasında imzalanan münhasır distribütörlük sözleşmesine bireysel muafiyet verilmesi talebini incelediği 08-50/723-283 sayılı ve 14 Ağustos 2008 tarihli kararında, her iki ilgili pazarın da ("epilatör" ve "şarjlı/pilli diş fırçaları") oligopolistik özellikler göstermesi, hatta şarjlı/pilli diş fırçaları pazarının (faaliyet gösteren sadece iki teşebbüsün bulunması nedeniyle) duopol pazar olduğu belirlenmiştir. Kararda, rakip teşebbüslerin pazar gücü incelenmiş ve bu teşebbüslerin büyük bir bölümünün Procter&Gamble gibi dünya genelinde tanınmışlığa ve marka bilinirliğine sahip ve global anlamda birbiriyle rekabet eden teşebbüsler olduğu belirlenmiştir. Kurul, bu tespitler üzerine, rakip teşebbüslerin ilgili ürün pazarlarında Procter&Gamble'a rekabetçi baskı yaratabilecek büyüklükte ve güçte teşebbüsler olduklarına karar vermiştir.

³⁶⁷ Bkz. dn. 310.

³⁶⁸ Bkz. Kılavuz, s. 28, p. 98.

Kurul, İzocam'ın dışlayıcı fiyatlandırma politikaları ve bayilik sistemi aracılığıyla RKHK'ü ihlal ettiği iddiasını incelediği 10–14/175–66 sayılı ve 8 Şubat 2010 tarihli kararında, yalıtım pazarına ilişkin genel bir değerlendirme sonrasında, İzocam'ın rakiplerinin pazar gücünü değerlendirmiştir. Kararda, yalıtım sektörünün mineral yünler alt pazarında rakip teşebbüs sayısının sınırlı olduğu, bu teşebbüslerin genellikle piyasaya yeni giriş yapmış veya pazar payları İzocam'a kıyasla oldukça düşük oldukları tespit edilmiştir³⁶⁹. Kurul, pazar yeni giriş yapan teşebbüslerin, hâlihazırda yalıtım sektörünün başka alanlarında faaliyet gösteren teşebbüslerin dağıtım kanallarını kullanmaya çalıştıklarını ve ülke genelinde doğrudan bir bayilik ağı ve dağıtım kanalları kurmakta zorlandıklarını, diğer rakip teşebbüslerin başka bayiler ya da son satış noktaları vasıtasıyla ürün satma imkânlarının bulunmasına ve bu nedenle, İzocam'ın bayilik kanallarının tek alternatif sayılmamasına rağmen, bahsi geçen diğer dağıtım kanallarının, İzocam'ın dağıtım kanalları ile eş etkinlikte olmadıklarının altını çizmiştir. Kararda, diğer sağlayıcıların gerek finansman olanakları, gerekse marka gücü açısından İzocam ile mukayese edilebilir bir pazar gücüne sahip olmadıkları ve hatta bu durumun İzocam yetkilileri tarafından kabul edilmiş olması da dikkate alınmıştır.

Yine Nestle kararında, sağlayıcının rakibi konumunda teşebbüslerin pazar güçlerine ilişkin değerlendirmeler çerçevesinde, rakip teşebbüslerin sayısı ve sahip oldukları pazar gücü dikkate alınmıştır³⁷⁰. Kurul, rakip teşebbüslerin sahip oldukları pazar güçleri ne kadar yüksek ise, sağlayıcı tarafından yapılacak dikey anlaşmaların ilgili pazarlardaki kapama etkisinin ve markalar arası rekabete olan negatif etkisinin o derecede düşük olacağını altını çizmiştir. Bu kapsamda, hazır kahve, kahve kreması ve hazır çikolatalı içecekler pazarlarında, Nestle ile en yakın rakibi arasında büyük bir pazar payı farkı olmasına rağmen, rakip teşebbüslerin Eti, Ülker, Kraft, Dr. Oetker gibi güçlü şirketler olması, kahvaltılık gevrek pazarına son dönemde yeni teşebbüslerin girmesi ve Nestle karşısında belirli bir pazar gücüne ulaşmaya başlamaları kıstasları da dikkate alınmıştır.

³⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 10–14/175–66 sayılı ve 8 Şubat 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

³⁷⁰ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>
Bkz. dn. 310.

1.6.2.7.3 Alıcının Pazardaki Konumu

Dikey anlaşmalar ve dolayısıyla dağıtım anlaşmalarının ilgili pazardaki etkilerinin değerlendirilmesinde, sadece üretici veya sağlayıcı ile rakip teşebbüslerin bireysel ve göreceli pazar güçleri değil, alıcının (dağıtıcı) pazar gücü de önem taşımaktadır.

Alıcının (dağıtıcı) pazar gücünün en önemli göstergesi, şüphesiz ki alım pazarındaki pazar payıdır. Alıcının alım pazarındaki pazar gücünün tespiti sırasında rakiplerinin pazar güçleri dikkate alınmalıdır. Nitekim alıcının (dağıtıcı) ilgili pazardaki gücünün, mevcut ve potansiyel üretici ve sağlayıcılar açısından önemi ancak böyle bir karşılaştırmalı inceleme vasıtasıyla tam olarak ortaya koyulabilecektir.

Bu incelemede, alıcının (dağıtıcı) satış noktalarının coğrafi dağılımı, alıcının (dağıtıcı) kendine ait markalarının varlığı ve bu markaların nihai tüketiciler nezdindeki imajı da dikkate alınacaktır³⁷¹.

Rekabet Kurulu'nun Nestle kararında yapılan muafiyet değerlendirmesinde, dikey anlaşmalarda alıcının ilgili ürün pazarındaki konumunun, pazarın yapısına göre, etkin rekabete hem pozitif hem de negatif etkilerinin olabileceğinin altını çizilerek, güçlü bir sağlayıcı karşısında güçlü bir alıcının bulunmasının, sağlayıcının pazar kapama etkisine neden olabilecek sınırlamalarını dikte etmesinin zorlaşacağı, dağıtım kanallarının açıklığı nedeniyle üst pazara başarılı yeni girişlerin teşvik edileceği belirtilmiştir³⁷².

Anılan kararda, Nestle'nin dağıtıcılarının pazardaki konumu da incelemiştir. Kurul, Nestle'nin distribütörlerine veya operatörlerine münhasır bir bölge veya müşteri grubu tahsis etmemesi, böylece distribütörlerin hem mevcut, hem de potansiyel teşebbüsler tarafından markalar arası ve marka içi rekabetçi baskı altında kalmaları nedeniyle, herhangi bir alıcı gücünden ya da tüketiciler aleyhine kullanabilecekleri bir pazar gücünden yoksun olduklarını kabul etmiştir.

³⁷¹ Bkz. Kılavuz, s. 28, p. 99.

³⁷² Bkz. dn. 310.

Her ne kadar grup muafiyeti incelemesine ilişkin olmasa da, Kurul'un Coca-Cola Satış Dağıtım A.Ş. ("CCSD") ile Doğadan arasında imzalanan münhasır distribütörlük sözleşmesine bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği 09-20/403-98 sayılı ve 29 Mart 2009 tarihli kararında, CCSD'nin (Alıcı) pazar gücü analiz edilmiş ve ilgili ürün pazarında CCSD'ye benzer nitelikte faaliyet gösteren çok sayıda rakip teşebbüs bulunması ve diğer rakip ürün üreticilerinin farklı kanallar kullanarak ürünlerini nihai tüketicilere ulaştırabiliyor olmaları, kurulan dağıtım kanalının alım gücünün yüksek olmadığına ve kanalın halen rekabete açık bulunduğuna gösterge kabul edilmiştir³⁷³.

1.6.2.7.4 Pazara Giriş Engelleri

Bir teşebbüsün pazar gücü analiz edilirken dikkate alınacak kıstaslardan biri de ilgili pazardaki giriş engellerinin varlığıdır³⁷⁴. Giriş engelleri, dikey ilişkiler bakımından tarafların biri veya her ikisi bakımından da söz konusu olabilir. Pazarın gerek sağlayıcı, gerekse alıcı (dağıtıcı) tarafında giriş engellerinden bahsedilebilir. Örneğin, pazarın dağıtıcı tarafı bakımından, ilgili pazarda üretimi büyük oranda elinde tutan teşebbüslerin mevcut dağıtıcıları ile aralarında münhasır tedarik anlaşmalarının var olması, üretici tarafında da ilgili pazarda hâkim durumda bulunan ve her kademede etkin dağıtım ağı ile dikey bütünlüğe kavuşmuş bir teşebbüsün varlığı giriş engeli yaratacaktır³⁷⁵.

Kurul'un Nestle kararında, ilgili pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, değişik pazarlama ve satış teknikleriyle tüketicilerin zihninde yer edinmeye çalıştıkları, bu nedenle ele alınan pazarların, devam sütü pazarı hariç olmak üzere, reklâm ve pazarlama harcamalarının önemli düzeyde gerçekleştiği pazarlar olduğunun altı çizilmiştir³⁷⁶. Kararda ilgili pazardaki, yüksek marka gücüne sahip ürünler ve sektördeki reklâm harcamaları, giriş engelleri olarak belirlenmiştir.

³⁷³ Rekabet Kurulu'nun 09-20/403-98 sayılı ve 29 Mart 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

³⁷⁴ Giriş engelleri farklı kaynaklara dayanabilir. Örneğin, ölçek ve kapsam ekonomilerinin, kamusal düzenlemelerin (özellikle münhasır hak, devlet yardımı, ithalat tarifesi, fikri haklar, doğal sınırlamalar nedeniyle arzın kıt olduğu kaynakların sahipliği), zorunlu unsurun, marka bağımlılığının veya ilgili pazardaki dikey bütünlüğün, pazara giriş engeli teşkil etmesi söz konusu olabilir.

³⁷⁵ Bkz. Kılavuz s. 28-29, p. 101.

³⁷⁶ Bkz. dn. 310.

Nitekim tüm ülke çapında bu pazarlarda faaliyet göstermek isteyen girişimcilerin karşılaşacağı en büyük engel, tüketiciler nezdinde marka bilinirliği çok yüksek olan ve yıllardan beri pazarda bulunan ürünlerin bulunmasıdır. Bu durum, pazara yeni girecek teşebbüsün yüksek pazarlama ve reklâm giderlerine katlanmasına da neden olacaktır.

Aynı kararda kahvaltılık gevrek pazarına ilişkin olarak yer verilen açıklamalarda, Nestle'nin geniş ürün gamının, bu pazara yeni giriş yapacak teşebbüslerin tüketicilere farklı ürün sunmaları ve ürünlerini bu geniş ürün çeşidi arasında konumlandırmalarını güçleştireceği söylenmektedir. Kararda, ülke çapında faaliyet gösteren veya gösterecek teşebbüslerin ürünlerinin en çok sayıda son noktaya ulaşmasını temin etmek amacıyla etkin ve geniş bir dağıtım ağı kurmalarının önemi üzerinde durulduğu gibi, pazarda kendi yaygın dağıtım ağını kurmuş teşebbüslerinde varlığının yeni girecek teşebbüsler bakımından giriş engeli yaratacağının altı çizilmiştir.

Kurul, Arçelik ve Sony Eurasia Pazarlama arasında yapılan "Satış Sözleşmesi" için menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 10-13/145-61 sayılı ve 4 Şubat 2010 tarihli kararında ilgili pazar olan ev veya tüketici elektroniği üretim ve dağıtım pazarlarındaki giriş engellerini analiz etmiştir³⁷⁷. Kararda, ev veya tüketici elektroniği üretimi pazarında güçlü bir markaya ve marka bilinirliğine sahip olmanın önemi üzerinde durulurken, bunun çoğunlukla batık maliyet niteliğinde olan reklâm harcamaları, ileri teknoloji ve AR-GE yatırımlarına dayandığının altı çizilmiştir. Kurul, ilgili pazarda giriş engellerinin yüksek olmadığı kanaatindedir. Kurul'un bu tespiti, ilgili pazarda aktif rekabetin son yıllarda özellikle ithalat kaynaklı yeni girişlerle artması, Türkiye'de önde gelen neredeyse tüm dünya markaları ithal edilerek tüketiciye sunulması, bu ürünlere ilişkin olarak Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliği'ni tesis eden 1/95 sayılı Ortaklı Konseyi Kararı gereği AB'den ithal edilecek ürünlerde gümrük vergisi bulunmaması, AB dışındaki ülkelere yönelik ise, yine Gümrük Birliği gereği AB'nin 3. ülkelere uyguladığı % 9,8 - % 14 oranında gümrük vergilerinin AB ile ortak olarak uygulanması gibi faktörlere dayandırılmıştır.

³⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun 10-13/145-61 sayılı ve 4 Şubat 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

Aynı kararda, elektronik ürünler dağıtım kanalına zincir marketlerin, bayilerin ve teknomarketlerin girmesiyle yeniden satış kanallarının sayısı ve türünde her geçen gün arttığı da ifade edilmiştir. Kurul, zincir marketlerin ve teknomarketlerin münhasırlık temelinde çalışmamları, pek çok farklı marka, çeşit ve kalitede ürünü aynı anda pazara sunma eğilimleri sağlayıcıların tüketicilere ulaşmalarını kolaylaştırıcı bir unsur olarak kabul etmiştir³⁷⁸. Kararda, AB ile Güney Kore arasında imzalanan ve 2010'un ikinci yarısında yürürlüğe girmesi beklenen serbest ticaret anlaşmasının etkileri de değerlendirilmiş ve bu uygulamanın yakın gelecekte Güney Kore menşeli televizyonlara Türk gümrüklerinin de sıfırlanması veya önemli ölçüde indirilmesine ve özellikle televizyon ürünü bakımından pazardaki rekabeti daha da arttıracığı, Samsung ve LG gibi Güney Kore menşeli markalar bakımından önemli maliyet avantajları sağlayabileceği ifade edilmiştir.

Kurul'un Mobil Oil Türk A.Ş.'nin bireysel muafiyet tanınmasına ilişkin 29.3.2007 tarih ve 07-29/260-91 sayılı Rekabet Kurulu kararına aykırı hareket ettiği ve ayrımcılık yaptığı iddiasını incelediği 10-27/405-151 sayılı ve 31 Mart 2010 tarihli kararında, madeni yağlar pazarındaki giriş engelleri ele alınmıştır³⁷⁹. Kurul, madeni yağların Türkiye'de üretilerek veya ithal edilerek pazarlanması, pazara giriş yapmak isteyen teşebbüslerin ilk yatırım maliyeti ve hammadde temininde güçlük yaşanmalarının altını çizdikten sonra, ilgili pazarda ciddi bir giriş engelini bulunmadığına karar vermiştir. Kurul'un bu değerlendirmesi, madeni yağ üretim yapmak isteyen teşebbüslerin EPDK lisansı ve ÇED raporu almak gibi birtakım kanuni koşullarla karşı karşıya olmalarına karşın, yağların satışında ise yetkili ve özel servisler, akaryakıt istasyonları, yıkama - yağlama istasyonları, yedek parça satıcıları ve süpermarketler gibi dağıtım kanallarının kullanılabilmesine dayanmaktadır.

³⁷⁸ Kararda, elektronik ürünlerde nihai satış noktası sayısının oldukça fazla olduğu, Arçelik ve Vestel gibi yerli markaların Türkiye'nin her ilinde yetkili satıcılarının bulunduğu ve son iki yıllık dönemde belli başlı teknomarketlerin sayısının 305'ten 395'e çıktığı ve yine aynı dönemde Best Buy ve Saturn gibi iki güçlü oyuncu da pazara giriş yaptığı belirtilmiştir. Pazara giriş yapan Bosch ve Vestel, yaklaşık 1 yıl içinde geniş bir bayi ağı kurabilmişlerdir. Zincir marketler, teknomarketler ve bağımsız dağıtıcılar olarak sınıflandırılacak bu tür satış noktaları, tüketiciler açısından en az yetkili satıcılar kadar tercih edilebilir durumdadır.

³⁷⁹ Rekabet Kurulu'nun 10-27/405-151 sayılı ve 31 Mart 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

1.6.2.7.5 İlgili Pazarın Doğunluk Düzeyi

Doğunluk düzeyi de pazar analizinde dikkate alınacak kıstaslar arasındadır. Kılavuz, doymuş pazarı, kullanılan teknolojinin iyi bilindiği, yaygın olduğu, önemli yeniliklerin bulunmadığı ve talebin göreceli olarak durağan veya azalan durumda bulunduğu, bir süredir var olan olgun pazar olarak tanımlanmaktadır. Doymuş pazar, Rekabet Kurulu kararlarında da teknolojik gelişmenin düşük düzeyde olduğu, yeni ürünlerin ve markaların pazara sunulmadığı ve talebin genellikle sabit veya düşüşte olduğu pazar şeklinde tanımlanmaktadır³⁸⁰.

Doktrin, doymuş pazarların dört belirgin özelliği bulunduğu kabul edilmektedir³⁸¹. Bunlardan birincisi, bu pazarda büyümenin durmuş olması, pazarın yeni girişleri kabul edemeyecek durumda olmasıdır. İkincisi, kilit teknik gelişmeler için sağlanan patent korumalarının sona ermiş olması ve buna bağlı olarak da, pazarın rekabete tam olarak açılmasıdır. Doymuş pazarların üçüncü özelliği, pazarın geçmişi ve teknik birikiminin, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslere önemli bir avantaj sağlamamasıdır. Nitekim bu pazarlarda denetim ve birikim yoluyla sağlanabilecek tüm maliyet avantajları hâlihazırda değerlendirilmiş ve tüm teşebbüslere açık hale gelmiştir. Doymuş pazarların dördüncü ve son özelliği ise, tüm teşebbüslerin istisnai birkaç strateji haricinde, tüm farklılaşma stratejilerini denemiş ve sabit bir pazar stratejisine geçiş yapmış olmalarıdır.

Tüm bu açıklamalarımızda da anlaşılacağı üzere, doymuş pazarlar dinamizmini yitirmiş, tüm teşebbüslerin benzer altyapı, teknik gelişme ve pazar stratejilerine sahip olduğu pazarlardır. Bu tür pazarlarda rakip teşebbüsler arasındaki rekabet ürün gamı, teknolojik gelişme vs. unsurlar vasıtasıyla değil, yalnızca fiyat yönetimi bakımından yaşanmaktadır. Nitekim pazarın neredeyse tüm parametreleri belirlenmiş ve değişmez bir düzene oturmuştur³⁸².

Doymuş pazarlar, olgunlaşmış, uzun yıllar ve pazar pratikleri sonucunda yerleşmiş, yeni girişlerin yaşanmayan, yeni ürün çeşitlerinin giriş yapmadığı,

³⁸⁰ Bkz. dn. 307 ve dn. 368.

³⁸¹ Bkz. Kemal Tahir Su, **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 23, Ankara 2003, s. 25.

³⁸² Bkz. Su, s. 25 vd.

pazarlardır. Dikey anlaşmaların olumsuz etkileri de, doymuş pazarlarda, dinamik pazarlara nazaran daha yüksek olabilmektedir. Bu nedenle, pazarın olgunlaşmış veya yeni oluşum sürecinde oluşu, dikey anlaşmaların ilgili pazardaki etkilerinin tespitinde önemli rol oynamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında ilgili pazarın doymuş veya yeni oluşum süresince olmasının dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin, Kurul'un Nestle kararında, ilgili pazarlardaki gıda ürünlerinin temel gıda maddelerinden oluşmaması, ülkemizde kişi başı harcanabilir gelirin artması üzerine, bu pazarlardaki talebi önemli ölçüde genişleme olasılığının bulunması, pazarın bu özelliklerinin pazara yeni girecek veya mevcut durumda faaliyet gösteren göreceli küçük firmalar açısından bir fırsat yaratabilecek durumda olması, otomatik kahve makinelerinden ürün satışı alt pazarının Türkiye'de henüz başlangıç döneminde bulunması ve büyümeye ve genişlemeye açık bir sektör olması gibi faktörler ele alınmıştır³⁸³. Kurul, anılan faktörleri inceledikten sonra, ilgili pazarın doymuş bir pazar olmadığına kanaat getirmiş ve karara konu anlaşmaların negatif etkilerinin bu pazarda doymuş bir pazara göre daha az hissedileceği sonucuna ulaşmıştır.

1.6.2.7.6 Ticaretin Seviyesi ve Ürünün Niteliği

Anlaşmanın ticaretin hangi seviyesine ilişkin olduğu ve anlaşmaya konu malın niteliği, dikey kısıtlamaların etkilerinin tayini bakımından büyük önem taşımaktadır. Bir dağıtım anlaşmasının ve içerdiği rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin etkilerinin tespiti için, anlaşmanın üretici - toplanıcı veya toptancı - nihai dağıtıcı seviyesine ilişkin olduğunun tayini gerekmektedir. Aynı şekilde anlaşmaya konu ürünün ara mal veya nihai mal olması yanında, heterojen, ucuz, sürekli satın alınan bir mal olması veya homojen, pahalı ve bir kere alınan bir mal olması da dikkatle incelenmesi gereken unsurlardandır. Nitekim dikey kısıtlamalar, nihai mallar ve perakende ticaret seviyesinde, ara mallar ve toptan ticaret seviyesine nazaran daha olumsuz etkiler doğurabilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu da bu hususa dikkat çekmektedir³⁸⁴.

³⁸³ Bkz. dn. 310.

³⁸⁴ Bkz. Kılavuz, s. 29, p. 105.

Kurul'un yukarıda alıntı yapılan Coca-Cola-Doğadan kararında yapılan ilgili pazarda ticaretin seviyesi analizinde, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmaların, pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından ve özellikle perakende seviyesindeki satış kanallarıyla yapıldığı zaman, pazarın rakip teşebbüslere kapatılması gibi sonuçlar doğurduğu belirtilmiş ve bu durumun markalar arası rekabeti de olumsuz etkilediğinin altı çizilmiştir. Kurula göre, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren toptancı seviyesindeki dikey anlaşmalar, distribütörlerin satışını yaptığı ürünlere daha fazla yoğunlaşmasını sağlayarak, ilgili pazarda etkinlik yaratmakta, mal arzının sürekliliğini sağlamakta ve tüketici yararına sonuçlar doğurmaktadır. Aynı kararda, başvuru konusu sözleşmenin, sağlayıcı ile toptancı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılmış ve süresinin de 5 yıl ile sınırlı olması nedeniyle, pazarın rakip teşebbüslere kapanmasına yol açmayacağı ve markalar arası rekabete etkisinin sınırlı düzeyde kalacağı kanaatine varılmıştır.

Bu kıstas, Komisyon tarafından yayınlanmış olan Kılavuz'da aynı şekilde yorumlanmaktadır³⁸⁵. Nitekim Komisyon da, ilgili pazardaki ürünlerin nihai ürünler olması durumunda, dikey kısıtlamanın olumsuz etkilerinin, ilgili pazarda ürünlerin ara ürünler olmalarına göre daha fazla olacağı kanaatindedir.

1.6.2.7.7 Diğer Faktörler

Kılavuz'da yukarıda açıkladığımız kıstaslar haricinde, ilgili pazarda aynı tür anlaşmaların oluşturduğu birikimli etki, paralel ağlar, anlaşmaların süresi, taraflardan birinin diğer tarafa dayattığı hükümlerden oluşup oluşmadığı, fiyat liderliği, önceden bildirilen fiyat değişiklikleri ve ilgili pazarda olması gereken fiyat üzerindeki tartışmalar, bilgi alışverişleri, aşırı kapasite durumunda fiyat katılığı, fiyat farklılaştırma ve geçmişteki işbirliğini gösteren davranışlar gibi işbirliğine yardımcı davranışlar da sayılabilir³⁸⁶.

1.6.2.8 Diğer Tebliğler Kapsamına Giren Anlaşmalara Uygulanmaması

2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/IV'ye göre, bu Tebliğ başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara uygulanmayacaktır.

³⁸⁵ Bkz. Komisyon Kılavuzu, p. 25.

³⁸⁶ Bkz. Kılavuz, s. 29–30, p. 107.

Belirli anlaşma tipleri veya belirli bazı sektörleri hedef alan grup muafiyeti tebliğleri bulunuyorsa, bu tebliğler kapsamına giren dikey anlaşmalara 2002/2 sayılı Tebliğ'in uygulanması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, motorlu taşıtların dağıtımına ilişkin bir dikey anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir anlaşma ancak 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmelidir.

1.6.2.9 Dikey Sınırlamaların Değerlendirilmesine Yönelik Genel Kurallar

Dikey kısıtlamalar, üretim veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında bulunan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda yer alan ve genellikle zincirin üst seviyesinde bulunan teşebbüs tarafından alt seviyede yer alan teşebbüsün bazı pazar davranışlarının sınırlanmasına yönelik uygulamalardır. Bununla beraber, örneğin bir dağıtım ilişkisinde, üretici veya sağlayıcıları karşısında çok yüksek bir pazar gücünü elinde tutan dağıtıcının da, üretici veya sağlayıcılarına bu tarz kısıtlamalar şart koştuğu görülebilmektedir.

Uygulamada sıklıkla görülen dikey kısıtlamalar, yeniden satılacak ürünlerin fiyatlarının tespiti, yeniden satış alanı veya müşteri grubu tespiti, münhasırlık şartı, bağlama, (tying, bundling), asgari alım yükümlülüğüdür. Rekabet otoritelerinin uygulamalarında, bu kısıtlamaların bazı şartlar altında ilgili pazarda etkinliği artırmaları nedeniyle hoş görüldükleri, bazı hallerde ise yasaklandıkları görülmektedir³⁸⁷.

Dağıtım pazarında dikey kısıtlamalar, üretici veya sağlayıcılar ile dağıtıcıları arasında yapılan müzakerelerle belirlenmekte ve dağıtım sözleşmelerinde yer almaktadır. Genellikle, üretici veya sağlayıcı kurduğu dağıtım sistemini dilediği gibi şekillendirmekte ve sözleşmeleri dilediği parametreler bakımından kontrol edebilmektedir. Nitekim bağımlı bir dağıtım sistemi kurmak istemeyen üretici veya sağlayıcılar, dikey bütünleşme yerine, dikey kısıtlamalara başvurarak, bağımsız bir dağıtım ağında ortaya çıkabilecek fiyat farklılaşması veya bedavacılık gibi sorunlara engel olabilmektedir.

³⁸⁷ Bu konuda uygulama örnekleri ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar**, Bursa 2004.

Kılavuz'da dikey anlaşmalarda sıklıkla rastlanan dikey kısıtlamaların analizine ilişkin genel kurallara yer verilmiştir. Bu kurallar, şüphesiz, dikey anlaşmaların en yaygın türünü oluşturan dağıtım anlaşmalarında yer alan dikey kısıtlamalar bakımından da geçerli olacaktır.

1.6.2.9.1 Markalar Arası ve Marka İçi Rekabetin Kısıtlanması

Dikey anlaşmaların neden oldukları rekabet kısıtlamalarının başında markalar arası veya marka içi rekabetin kısıtlanması gelir. Markalar arası rekabet, ilgili pazarda yer alan farklı teşebbüslerin farklı ürünleri arasındaki rekabet iken, marka içi rekabet aynı teşebbüsün aynı ürününün ilgili pazardaki farklı dağıtıcıları veya satıcıları arasında söz konusu olan rekabettir.

Bir pazarda markalar arası rekabeti, kısıtlayan en önemli faktörlerden biri münhasır dağıtım anlaşmalarıdır. Özellikle, mutlak münhasır dağıtım ağlarının pazarın genelini kapladığı ilgili pazarlarda, marka içi rekabetteki kısıtlamanın olumsuz etkileri daha açık olarak görülür.

Kılavuz, marka içi rekabeti kısıtlayan anlaşmaların, markalar arası rekabeti kısıtlayan anlaşmalara nazaran olumsuz etkilerinin daha az olduğunu ve bu kısıtlamaların olumlu etkileri de dikkate alındığında, muafiyetten yararlanma ihtimallerinin daha yüksek olduğunun altını çizmektedir. Nitekim rekabet yasağı içeren dağıtım anlaşmalarının neden olacağı pazar kapama etkisi, marka içi rekabeti kısıtlayan bir dağıtım sisteminin kısıtlayıcı etkileri daha yoğun olacaktır³⁸⁸.

Kurul'un yukarıda alıntı yapılan Arçelik/Sony kararında, sağlayıcılarıyla münhasırlık temelinde çalışmayan zincir market ve teknomarketlerin yaygınlaşmasının markalar arası rekabete etkilerine ilişkin tespitleri çok önemlidir³⁸⁹. Kurul, zincir market ve teknomarketlerin gelişimini, ilgili pazar olan küçük ev elektroniği pazarında, markalar arası ve marka içi rekabeti destekleyici bir unsur olarak değerlendirilmiş, küçük ölçekli yetkili satıcılara nazaran daha kurumsal bir yapıya sahip olan teknomarketler ve organize perakendecilerin, gerek sağlayıcı teşebbüsler karşısındaki alım güçleri, gerekse perakende alanındaki büyüklükleri ile

³⁸⁸ Bkz. Kılavuz, s. 25, p. 86.

³⁸⁹ Bkz. dn. 377.

perakende satış pazarında ciddi bir potansiyele sahip olduklarını belirtmiştir Nitekim tekno market ve organize perakendeciler, anılan özellikleri ile özellikle geleneksel kanal üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturmaktadır.

Kurul'un Doğan Dağıtım ile başbayii Fırat Dağıtım arasında imzalanan ve gazete, dergi, medya dışı ürünlerin dağıtımına esas teşkil eden tip sözleşme niteliğindeki sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği 08-58/924-371 sayılı ve 16 Ekim 2008 tarihli kararında sözleşmedeki tek elden satın alma yükümlülüğü değerlendirilmiştir³⁹⁰. Kurul, anılan yükümlülüğün, münhasır dağıtım sistemi ile birlikte marka içi rekabetin azaltılmasına ve ilgili pazarın bölümlendirilmesi yoluyla fiyat farklılaştırmasına bağlı olası fiyat artışlarına zemin hazırlayabilecek nitelikte olduğunun altını çizmiştir. Kararda, sözleşmede yer verilen azami satış fiyatı düzenlemesinin, fiyat farklılaştırması ile amaçlanabilecek olası fiyat artışlarını önleyerek, marka içi rekabetin kısıtlanmasını engelleyebileceğinin altı çizilmiştir.

Kurul, Coca-Cola ve bayilerinin nihai satış noktaları ile yaptıkları ve 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında yararlandıkları muafiyetinin geri alınmasını incelediği 07-70/864-327 sayılı ve 10 Eylül 2007 tarihli kararında dikey anlaşmaların marka içi ve markalar arası rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur³⁹¹. Kararda, markalar arası rekabeti azaltan dikey sınırlamaların, genellikle marka içi rekabeti azaltan dikey sınırlamalara göre daha zararlı olduğunun altı çizilmiştir. Kurul'a göre, örneğin bir rekabet etmeme yükümlülüğü, tek elden dağıtımına göre daha fazla olumsuz etkiye sahip olacaktır. Nitekim rekabet etmeme yükümlülüğü, pazarı diğer markalara kapatmak suretiyle ilgili markaların pazara ulaşmasını engellerken, tek elden dağıtım marka içi rekabeti sınırlar ve malların nihai tüketiciye ulaşmasını engellemeyecektir. Kararda, inceleme konusu münhasır sözleşme ve uygulamaların, markalar arası rekabeti sınırlamaya yönelik olduğu ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin marka içi rekabeti sınırlayan münhasır anlaşmalara göre daha zararlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

³⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 08-58/924-371 sayılı ve 16 Ekim 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

³⁹¹ Rekabet Kurulu'nun 07-70/864-327 sayılı ve 10 Eylül 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

1.6.2.9.2 Pazarın Yüksek Derecede Yoğunlaşmış Olması

İlgili pazarın yoğunlaşma seviyesi dikey anlaşmaların olumsuz etkilerinin ortaya çıkışında önemli bir rol oynar. Yoğunlaşmış bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin taraf oldukları dikey kısıtlamaların olumsuz etkileri de çok yüksek olacaktır. Rekabet Kurulu, bir pazarın yoğunlaşmış olmasının başlıca göstergelerini, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısının kısıtlı olması, pazarın yeni girişlere imkân veremeyecek derecede yoğun olması, pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki teşebbüsün pazar paylarının birbirine yakın ve yüksek olması olarak belirlemiştir³⁹². Pazar yoğunlaşma seviyesinin tespitinde kullanılan en önemli ölçütlerden biri de HHI (Herfindahl-Hirschman Index) endeksidir³⁹³. Bu endeks ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarının karesinin toplanması şeklinde çalışmakta olup, sonucun 1000'in altında çıkması halinde ilgili pazar yoğunlaşmamış ve 1000'i aşması halinde ise yoğunlaşmış kabul edilmektedir.

1.6.2.9.3 Münhasırlık İçeren Anlaşmalar

Münhasırlık içeren dağıtım anlaşmalarında, üretici veya sağlayıcı dağıtıcıya belirli bir bölge tahsis etmekte ve dağıtıcıyı atandığı bölge içerisinde diğer dağıtıcılara karşı korumaktadır. Hatta bu koruma, mutlak münhasır dağıtım anlaşmalarında üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişleyebilmektedir.

Münhasır dağıtım anlaşmalarının, ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuracağı açıktır. Örneğin, münhasır olmayan bir dağıtım kanalında dağıtıcılar kendilerine tahsis edilen bölge içerisinde yalnızca markalar arası değil, marka içi rekabet ile de karşı karşıya kalacaktır. Nitekim münhasır olmayan dağıtım ağları, rekabeti kısıtlamayan yapıları sayesinde dikey anlaşmaların dağıtımda iyileşme ve gelişmeyi sağlama gibi olumlu etkileri ile ağır basmaktadırlar. Buna karşın, mutlak münhasır bir dağıtım ağlarında ise, dağıtıcıya tahsis edilen bölge dâhilinde marka içi rekabet ortadan kalkmakta, hatta paralel ithalatın dahi engellenmesi ile pazar yeni girişlere kapanabilmektedir.

³⁹² Bkz. Kılavuz, s. 29, p. 104.

³⁹³ Bu endeks aynı zamanda birleşme ve devralma işlemlerinin ilgili pazardaki etkilerinin analizinde de kullanılmaktadır.

Kurul, yukarıda alıntı yapılan Coca-Cola kararında münhasır dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin, münhasır olmayanlara göre daha olumsuz olduğunu ifade etmiştir³⁹⁴. Örneğin, münhasır satın alma hükmü içeren anlaşmalar ile alıcının tüm ihtiyacını veya önemli bir kısmını sağlayıcıdan karşılaması şart kılınırken, rekabet etmeme yükümlülüğü ile sadece bir markayı satın almak, miktar zorlamasında ise ancak belirli bir miktar rakip ürün satma olasılığı ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu son örnekte kapama etkisi, zorlama miktarına bağlı olarak değişmektedir. Kurul, karara konu sözleşmelerde yer alan dolap münhasırlığı hükümlerinin, ilgili pazarda fiili münhasırlığa yol açtıkları ölçüde rekabeti kısıtladıklarının altını çizmiştir.

1.6.2.9.4 Markalı Ürünler veya Son Ürünlere İlişkin Anlaşmalar

Kılavuz'da, markalı ürünler ve son ürünlere ilişkin dağıtım ağlarının rekabeti kısıtlayıcı etki yaratma ihtimallerinin, markasız ürünler veya ara mallara ilişkin dağıtım ağlarına nazaran daha yüksek olduğunu ifade edilmiştir³⁹⁵.

Bilindiği üzere, markalı ürünler ilgili pazarda marka tanınmışlığı, marka gücü, tüketici alışkanlıkları ile korunmakta olup, markasız ürünlere nazaran daha yüksek rekabet gücüne sahiptir. Marka tanınmışlığı, ara mal ile nihai mal pazarları bakımından aynı öneme sahip değildir. Şöyle ki, ara mallar, üretici teşebbüslerce satın alındıklarından, nihai malların içinde ayırt edilemediklerinden ve bu malların alıcıları (üretici teşebbüsler) bu konularda iyi bir bilgi birikimi ve uzmanlığa sahip olduklarından, malların kalitesini doğru değerlendirebilir ve bu nedenle marka tanınmışlığından daha az etkilenirler.

Nihai mallar, marka tanınmışlığına daha bağımlı bulunan nihai tüketicilerce satın alınırlar. Bu bakımdan, dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcıların belli markaları satmasının yasaklanması, ara mal kullanan teşebbüslerin belli markaları satın almasının yasaklanmasına göre daha zararlı sonuçlar doğuracaktır³⁹⁶. Aynı şekilde,

³⁹⁴ Bkz. dn. 391.

³⁹⁵ Kılavuz, s. 29, p. 106.

³⁹⁶ Ayrıca, alım yapılacak pazardaki gelişmeleri takip eden özel satın alma bölümü ya da danışmanına sahip olan ve alımları yüksek miktarlara ulaşan ara mal veya hizmet alıcısı teşebbüsler için arama maliyetleri önemli bir engel teşkil etmez. Bu nedenle ara mal veya hizmetler seviyesinde marka içi rekabetin azalması nihai mal veya hizmet seviyesine göre daha az rekabet sorunu yaratacaktır.

son ürünlere ilişkin bir münhasır dağıtım kanalının da, ara ürünlere ilişkin bir dağıtım kanalından kural olarak daha fazla rekabeti kısıtlayıcı etki yaratabileceği söylenebilir.

1.6.2.9.5 Birikimli Etkinin Varlığı

Birikimli etki, dikey anlaşmalar ve esas olarak dağıtım kanallarına ilişkin olarak öngörülen bir etki çeşididir. Bir dağıtım kanalının rekabete aykırı etkisinin, aynı pazarda çok sayıda benzer dağıtım kanalı bulunması ile katlanır ve birikimli bir etki oluşturur. İşte, bu birbirine benzer nitelikteki ağlara, paralel ağlar adı verilir ve böylece ortaya çıkan etkinin, söz konusu dağıtım kanallarının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin toplamından daha fazla olduğu, ilgili pazarın kapanmasına ve yeni girişlerin engellenmesine neden olduğu kabul edilir.

Kurul, yukarıda alıntı yapılan Coca-Cola kararında, dikey sınırlamaların muhtemel olumsuz etkilerinin, birçok sağlayıcı ve alıcının faaliyetlerini benzer bir biçimde organize etmeleri durumunda daha da artacağına altını çizmiştir³⁹⁷. Kararda, toplu etki veya birikimli etki olarak adlandırılan bu durumun, belirli sektörlerde görülmekle beraber, geleneksel dağıtım sistemlerinde söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Kurul, Coca-Cola ve Pepsi'nin yerinde tüketim kanalına ilişkin münhasır sözleşmeleri vasıtasıyla eriştikleri pazar kapatma oranlarının toplam % 45-49'a ulaştığını ve bu oranın fiili münhasırlığın da ilave edilmesiyle % 55-% 60'lara yükseldiğinin altını çizmiştir. Nitekim bu kapama etkisi ilgili pazardaki diğer teşebbüslerin uygulamaları da dikkate alındığında % 80-90'lara yükselmektedir. Kurul, sonuç olarak, ilgili pazarda toplu veya birikimli etkinin varlığını kabul etmiştir.

Birikimli etki ve paralel ağlara dikey anlaşmalara ilişkin rekabet düzenlemelerinde yer verilmiştir. Nitekim 2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/II uyarınca, belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşmalar, birikimli etki yarattıkları gerekçesiyle grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu konu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³⁹⁷ Bkz. dn. 391.

1.6.2.9.6 Know-how Devri ve Özel Yatırımlar

Dağıtım anlaşmalarında know-how devrinin veya faaliyete özel yatırımların varlığı, anlaşmanın içerdiği dikey kısıtlamaların değerlendirilmesinde önem taşır. Kural olarak, know-how devri ve özel yatırımların varlığı bir dikey anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerini artırır. Ancak bu unsurlar ile anlaşmanın içerdiği dikey kısıtlamalar arasında bir koruma etkisi var ise, diğer bir ifadeyle, dikey kısıtlama bu unsurların korunması için gerekli ise, hoş görülmesi de söz konusu olabilir.

Kurul Coca-Cola kararında, dikey sınırlamaların know-how devrine bağlı olmaları halinde, diğer bir ifadeyle, know-how'ın veya katlanılmış yatırımların korunması için zorunlu olması halinde, hoş görülebileceğini belirtmektedir³⁹⁸. Aynı şekilde, dikey kısıtlamalar dikey anlaşmaya taraf teşebbüsler arasındaki ilişkiye özgü yatırımlarla bağlantılıysa da, haklı görülebilmektedir. Kararda, Coca-Cola'nın satış noktalarına yaptığı ışıklı tabela ve soğutucu dolap gibi yatırımların, satış noktası ile Coca-Cola arasındaki dağıtım ilişkisi bittiğinde sökülerek başka noktalara verilmelerinin mümkün olması gerekçesiyle, ilişkiye özgü olmadığı kabul edilmiştir.

1.6.2.9.7 Pazara Yeni Giren Ürünler

Pazara yeni giren ürünlerin, belirli bir pazar gücüne sahip olana kadar, ilgili pazarda hâlihazırda mevcut olan ve marka tanınmışlığı, tüketici tercihleri gibi avantajlara sahip ürünler karşısında başarılı olmaları oldukça zordur. Piyasada tutunabilmek ve belirli bir pazar payı edinebilmek için, bu teşebbüslerin yüksek yatırımlar yapmaları ve hâlihazırda aynı pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere nazaran daha yüksek maliyetlere katlanmaları gerekir. Bu maliyetlerden bir kısmı da, ürünlerini mümkün olan en fazla satış noktasında alıcılar ile buluşturmaya yönelik harcamalardır.

Pazar yeni giren ürünler için teşebbüsün yeni bir dağıtım kanalı kurması gerekebileceği gibi, pazarda mevcut dağıtıcılar ile anlaşması da mümkün olabilir. Dağıtıcıların pazara yeni giriş yapan bir ürününün dağıtımını yapmak konusunda istekli olmaları beklenmeyeceği için, üretici veya sağlayıcının, dağıtıcılar lehine bazı

³⁹⁸ Bkz. dn. 391.

dikey kısıtlamalar öngörmesi (bölge koruma hükümleri vb.) ve onları pazarlama faaliyetlerine teşvik etmesi söz konusu olabilir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, pazar yeni giriş ürünlerin dağıtımında yer verilen dikey kısıtlamalar, çoğunlukla bu ürünlerin pazarda tutunabilmeleri ve üretici veya sağlayıcılarının pazar faaliyetlerini devam ettirebilmelerine imkân verecek bir pazar payı edinmelerini sağlamayı hedefleyen düzenlemelerdir. Kaldı ki, pazara yeni giren ürünler lehine öngörülen dikey kısıtlamaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin, pazarda mevcut ve hatta belirli bir pazar gücüne sahip ürünler lehine öngörülenlerden daha kısıtlı olacağı da açıktır.

1.6.2.10 Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4'de yer alan sınırlamalardan herhangi birini içeren dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanamaz ve RKHK m. 4 yasağına tabi olur. Bu kısıtlamalar doktrinde kara liste hükümler olarak adlandırılmaktadır³⁹⁹.

1.6.2.10.1 Fiyata İlişkin Sınırlamalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (a) bendi yeniden satış fiyatı tespiti yasağını şöyle düzenlemiştir:

“Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi. Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür.”

Hüküm, dikey anlaşmalar vasıtasıyla dağıtıcı teşebbüsün satış fiyatının belirleme serbestisinin, üretici veya sağlayıcı tarafından kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Bu yasak, dağıtıcının asgari satış fiyatının tespitini de kapsamaktadır. Bununla beraber, üretici veya sağlayıcı, sabit veya asgari satış

³⁹⁹ Bkz. Gürzumar, “Dikey Anlaşmalar”, s. 123.

fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, dağıtıcının azami satış fiyatını belirleyebilir veya dağıtıcıya tavsiye satış fiyatı bildirebilir⁴⁰⁰.

2790/1999 sayılı Tüzük m. 4 (a) bendi de yeniden satış fiyatı tespiti yasağını öngörmekte, amacı veya etkisi doğrudan veya dolaylı olarak sabit fiyat veya minimum fiyat tespit etmek ya da alıcının gözüceceği bir sabit fiyat ya da minimum fiyat seviyesi belirlemek olan anlaşma veya uyumlu davranışları yasaklamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun, dikey anlaşmalarda yer verilen fiyatlarla ilgili hükümlerde aşırı hassas davrandığı, anlamı belirsiz ya da şüphe yaratıcı sözleşme hükümlerini daima aleyhe olacak şekilde yorumlamak suretiyle, rekabet ihlali kabul ettiği veya en azından değiştirilmesini talep ettiği görülmektedir⁴⁰¹.

Örneğin, Kurul Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. ile bayileri arasında imzalanan münhasır bayilik sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 04-01/9-6 sayılı ve 8 Ocak 2004 tarihli kararında ("Kurtalan Çimento Kararı"), sözleşmenin 4. maddesinde yer alan "yetkili satıcının tüketim yeri maliyet fiyatını ve fabrika çıkış fiyatının tespiti" ifadelerini, mal bedelinin üretici tarafından belirlendiği şeklinde yorumlamıştır⁴⁰².

Rekabet Kurulu, Danıştay 10. Dairesi'nin 2003/3811 K. sayılı iptal kararı uyarınca, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.'nin (Ford Otosan) bayilerine karşı bazı uygulamaları ile RKHK'ü ihlal edip etmediğini incelediği 04-60/856-200 sayılı ve 20 Eylül 2004 tarihli kararında ("Ford Otosan Kararı"), Ford Otosan'ın Türkiye genelinde faaliyet gösteren yetkili satıcılarının (bayilerinin) satış fiyatlarını ve uygulayacakları indirim oranlarını belirlemek ve yetkili satıcıların rakip ve muadil yedek parça kullanımına sınırlamalar getirmek suretiyle RKHK m. 4'de yasaklanan

⁴⁰⁰ Azami veya en yüksek fiyat tespiti, hâlihazırda Komisyon kararına konu olmamıştır. Bkz. Whish, s. 653.

⁴⁰¹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 354.

⁴⁰² Bkz. Rekabet Kurulu'nun 04-01/9-6 sayılı ve 8 Ocak 2004 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

faaliyetleri gerçekleştirdiği iddialarını değerlendirmiştir⁴⁰³. Kurul kararında, Ford Otosan'a farklı yetkili satıcılar tarafından çeşitli dönemlere ilişkin olarak gönderilen araç satışı ve servis hizmetleri faturaları incelendiğinde, teşebbüs tarafından yetkili satıcılara bildirilen tavsiye niteliğindeki fiyat ve oranların tavsiye boyutunda kaldığı, herhangi bir baskı veya zorlama sonucu tavsiye niteliğini aşmadığı ve fiyat zorlamasına dönüşmediği, teşebbüsün amacının yetkili satıcılar arasındaki rekabeti kısıtlamak olmadığı, nitekim bu yönde bir etkinin dahi oluşmadığı tespit edilmiştir.

Kurul, Gillette Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin dağıtıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek, aktif ve pasif satışları engellemek ve mal vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını incelediği 20 Mart 2008 tarih ve 08-25/261-88 sayılı kararında, sistemde kullanılan el terminalinde yer alan yazılımın distribütörün inisiyatifine bağlı olarak ıskonto tanımlamaya elverişli olduğu, benzer şekilde müşteri listesine yeni isim eklenmesinin de teknik olarak mümkün olduğu ve bu işlem için Gillette'in bir izni veya onayına ihtiyaç duyulmadığını tespit etmiştir. Kurul, Gillette'nin el terminali yoluyla dağıtıcılarının yeniden satış fiyatının tespit ettiği ve pasif satışları engellediğini gösteren herhangi bir kanıt bulunmadığına kanaat getirmiştir⁴⁰⁴. Kurul, tüm bu değerlendirmeleri neticesinde, distribütörlere gönderilen fiyat listesinin altında yer alan fiyatların tavsiye niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik doğrudan veya dolaylı yöntemler, alıcıların uyguladığı fiyatların sağlayıcı tarafından izlenebildiği ve kontrol edilebildiği durumlarda daha etkili olur. Örneğin, standart fiyat listelerinden farklı fiyatlardan satış yapan alıcıları rapor etme konusunda tüm alıcılara getirilecek bir yükümlülük, sağlayıcının pazarda uygulanan fiyatları kontrol etmesini önemli ölçüde kolaylaştırır⁴⁰⁵.

Rekabet hukukunun, gerek Avrupa Birliği gerekse ülkemizdeki önceki dönem uygulamaları incelendiğinde, yeniden satış fiyatı tespitine ilişkin müdahalelerin

⁴⁰³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 04-60/856-200 sayılı ve 20 Eylül 2004 tarihli kararı ve Danıştay 10. Dairesi'nin 2003/3811 K., 2002/4519 E. sayılı ve 7 Ekim 2003 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101> ve <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat363.pdf>.

⁴⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayılı ve 20 Mart 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴⁰⁵ Bkz. Kılavuz, s. 8, p. 18.

rekabet ihlâli sayılmakla beraber, tavsiye veya maksimum fiyat tespitine daha ılımlı yaklaşan bir anlayışın hâkim olmaya başladığı görülmektedir. Nitekim bu yaklaşım değişimi, Komisyon'un Yeşil Kitabı ile 2790/1999 sayılı Tüzük'te de yansımaları bulmuştur⁴⁰⁶. Tüzük'te “*taflardan herhangi biri tarafından gelen baskının veya taflardan biri tarafından teklif edilen teşviklerin sonucu olarak, sabit bir fiyat veya minimum satış fiyatı oluşturmaması koşuluyla, sağlayıcının maksimum fiyat empoze etme veya tavsiye niteliğinde bir satış fiyatı belirleyebilme olasılığına halel getirmeksizin, alıcının satış fiyatını belirleyebilmesine kısıtlama getirmek*” muafiyet tanınmasına engel olan haller arasında sayılmamıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, dikey anlaşmalarda yeniden satış fiyatı tespiti, gerek Amerikan ve Avrupa gerekse Türk rekabet hukuku doktrininde tartışmalı bir konudur. Amerikan doktrini ve uygulaması yeniden satış fiyatı tespiti konusunda giderek daha fazla hoşgörülü yaklaşmaktadır. Oysaki Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuku düzenlemeleri, yeniden satış fiyatı tespitine ilişkin anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağına kabul etmekte ve bu nevi dikey kısıtlamaları yasaklamaktadır.

Bu yaklaşım, doktrinde eleştirilmektedir. Aslan, yeniden satış fiyatlarının her zaman rekabeti bozucu olduğunu gösteren herhangi bir analizin bulunmadığının altını çizerek, yeniden satış fiyatlarının üretici tarafından belirlenmesinin markalar arası rekabeti arttırıcı olabileceğini, markalar arası rekabetin zayıf olduğu pazarlarda ise yeniden satış fiyatlarının tespiti ile hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. madde çerçevesinde mücadele etmenin mümkün olabileceğini belirtmektedir⁴⁰⁷.

Aynı şekilde Whish de, üretici veya sağlayıcının ürünlerinin yeniden satış fiyatını tespit etmesinin meşru bir istek olduğunu, bu kısıtlamanın münhasır

⁴⁰⁶ Bkz. dn. 32'deki Tüzük ve dn. 7'deki Yeşil Kitap. Yeşil Kitabın 157. paragrafında, “*fiyatın sabit olup olmadığı veya maksimum veya minimum fiyat olup olmadığı önemli değildir (...) Genel olarak izin verilen tek fiyat uygulaması, sağlayıcının dağıtıcıya tavsiye edilen fiyatların listelerini sunduğu uygulamadır. Bunların 81/1'deki yasaklamanın dışında kalan herhangi bir talimat veya bağlayıcı tedbir tarafından izlenmemesi gerekir*” denilmektedir.

Bu değişime ilişkin olarak bkz. Frank Wijckmans/Filip Tuytschaever/Alain Vanderels, **Vertical Agreements in EC Competition Law**, Oxford 2006, s. 150 vd.

⁴⁰⁷ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 351.

sözleşmelerde yer verilen bölgesel koruma ile ekonomik etkileri bakımında benzerlik gösterdiği ve bu nedenle hoş görülebileceğini ileri sürmektedir⁴⁰⁸.

Biz Whish ve Aslan'ın görüşüne katılmıyoruz. Öncelikle, yürürlükteki rekabet hukuku mevzuatımız uyarınca, yeniden satış fiyatı tespitinin yasaklanmaması mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, kanaatimizce yeniden satış fiyatı tespiti Anayasa ile garanti edilen mülkiyet hakkı ile beraber ticaret özgürlüğüne de aykırılık teşkil edecektir. Buna ek olarak, Aslan'ın ileri sürdüğü “yeniden satış fiyatı tespitinin rekabeti bozduğuna ilişkin analiz olmaması” itirazına da hak vermek mümkün değildir. Nitekim böyle bir analiz, diğer pek çok dikey kısıtlama bakımından da mevcut değildir.

Uygulamada sıklıkla görülen fiyata ilişkin kısıtlamalardan biri de üretici veya sağlayıcının dağıtıcı teşebbüse uygulayacağı kâr marjını dikte ettirmesidir. Aynı şekilde, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat üzerinde, dağıtıcının satışlarında uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, tavsiye edilen fiyatlara uyulması oranında ek indirimlerin öngörülmesine de sıklıkla rastlanmaktadır.

Rekabet Kurulu kararlarında yer verilen fiyata ilişkin kısıtlamalardan biri de, dağıtıcının kendisine üretici veya sağlayıcı tarafından bildirilen tavsiye fiyatlara uymaması halinde, yapılacak teslimatlarının geciktirilmesi, askıya alınması veya dağıtım sözleşmesinin feshi ile tehdit edilmesi veya yaptırım uygulanmasıdır. Bu uygulamalar, üretici veya sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki ticari ilişki içerisindeki etkileri incelendiğinde, yeniden satış fiyatının tespitine yönelik kısıtlamalar ile aynı etkileri doğurduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu tür kısıtlamalara “fiyata ilişkin dolaylı kısıtlamalar” denilmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Bkz. Whish, s. 164 vd.

⁴⁰⁹ Yeniden satış fiyatının bu tür dolaylı yoldan belirlenmesi uygulamaları da Tebliğ'in 4(a) maddesi kapsamındadır. ATAD da, 1972 tarihli Cementhandelaren davasında fiyatın tespitine etki eden her türlü anlaşmanın, doğrudan veya dolaylı olmasını ayırmaksızın rekabeti bozucu nitelik taşıyacağını ifade etmiştir. ATAD'ın 8/72 sayılı ve 17 Ekim 1972 tarihli Cementhandelaren k. Komisyon Kararı, [1972] ECR 977.

1.6.2.10.2 Pazar Paylaşmaya İlişkin Sınırlamalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (b) bendi, alıcılara sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşteriler konusunda getirilen kısıtlamaları yasaklanmakta ve bölge veya müşteri kısıtlaması getirmesinin mümkün olduğu dört istisna öngörmektedir. Hüküm şöyledir:

“Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi:

- *Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması,*
- *Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,*
- *Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,*
- *Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların söz konusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması.”*

Yukarıda dört başlık altında sayılan bölge veya müşteri paylaşımı türleri, anlaşmaları grup muafiyeti dışına çıkarmazlar. Bu istisnalar: Aktif satışların kısıtlanması (1), nihai tüketiciye satışların kısıtlanması (2), seçilmemiş dağıtıcılara satışların kısıtlanması (3), sağlayıcının rakiplerine satışların kısıtlanmasıdır (4).

2790/1999 sayılı Tüzük m. 4 (b) bendi de benzer bir düzenlemeyi öngörmektedir. Tüzükte doğrudan veya dolaylı olarak alıcının satışlarını sınırlamayı amaçlayan anlaşma veya uyumlu davranışlar arasında, dağıtıcıya atanan bölge veya müşteri grubuna ilişkin olanlar ağır kısıtlamalar olarak adlandırılmıştır. Bu ağır kısıtlamalara dört istisna öngörülmüştür: Birinci istisna, sağlayıcının dağıtıcılarının diğer bir dağıtıcısına münhasıran tahsis ettiği veya kendisi için ayırdığı müşteri grubu veya bölgeye aktif satış yapmasını kısıtlamasına izin verilmesidir. Diğer üç istisna ise, aktif ve pasif satışların kısıtlanmasına ilişkindir. Buna göre, örneğin bir toptancının son kullanıcıya satış yapmamasının sınırlandırılmasına, seçici dağıtım ağına dâhil olan bir dağıtıcının ağ dışında bulunan bir dağıtıcıya ticaretin hangi seviyesinde olursa olsun mal satmasının sınırlandırılmasına ve birleştirilerek satması için sağlanan

bütünleyici parçaları sağlayıcının rakiplerine alıcı tarafından yeniden satışının sınırlandırılmasına izin verilmektedir.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4(b), Komisyon Tüzüğü ile aynı düzenlemeyi öngörmesi doktrinde bu durumun Türk rekabet hukuku açısından isabetli olmadığı şeklinde eleştirilmektedir. Şöyle ki, Tüzük hükümleri Avrupa Birliği'nin pek çok ayrı ve ülkesel iç pazardan oluşan yapısı dikkat alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Tüzük ile bu ayrı iç pazarların tek bir Ortak Pazara dönüştürülmesini hedeflemektedir. Bu bakımdan Tüzük'te bölge paylaşımına ilişkin düzenlemelerin yasaklanmasına ilişkin hükümlere yer verilmesi haklı görülebilir. Nitekim bilindiği üzere, AB'nin amacı tek pazar olmak ve pazarları bütünleştirmektir. Bunun için ise, üye devletlere ait ayrı ayrı pazarların bütünleştirilmesine imkân veren yasal düzenleme ortamının hazırlanması ve teşebbüslerin pazarları bölme imkânı veren dikey kısıtlamalardan faydalanmalarının yasaklanması gerekmektedir. Nitekim işte bu nedenle, Avrupa Birliği'nde pazar paylaşma sonucu doğuran anlaşmalara ve aynı nitelikteki dağıtım anlaşmalarına çok katı davranılmakta ve bu anlaşmalar yasaklanmaktadır.

Ülkemiz ise üniter devlet yapısı ile zaten yalnızca tek bir ulusal pazardan oluşmaktadır. Üniter bir devlet içerisinde, ayrı pazarların birleştirilmesi ve tek bir ortak pazara dönüştürülmesi gibi bir hedeften bahsetmek mümkün değildir. İşte bu nedenle de, Tüzük'te yer verilen bölge paylaşımını yasaklayan hükümlerin Türk rekabet hukuku mevzuatına uygunluğu tartışılmaksızın olduğu hali ile kabul edilmesi isabetsizdir. Bu husus, doktrinde Aslan tarafından da aynı şekilde eleştirilmektedir⁴¹⁰. Örneğin, AB üyesi olmasına rağmen İngiltere dahi – kendi iç pazarını koruma düşünceleri ile - bu hükme aykırı uygulamalara izin vermektedir. Şöyle ki, İngiliz rekabet hukukunda 1998 yılında kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren rekabet yasasına uygun olarak çıkarılan kılavuz ve tebliğ hükümleri uyarınca, tüm dikey anlaşmalar, yeniden satış fiyatlarının tespiti hariç olmak üzere, yasak dışına çıkarılmıştır⁴¹¹. İngiliz Hükümeti, bu düzenlemenin gerekçesini, Avrupa Birliği'nin Ortak Pazar düzenlemelerinin Birleşik Krallık açısından önem taşıması şeklinde açıklamıştır.

⁴¹⁰ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 358.

⁴¹¹ OFT, Competition Act 1998, Düzenlemenin tam metni için bkz. <http://www.of.gov.uk/about-the-of/legal-powers/legal/competition-act-1998>.

1.6.2.10.2.1 Yalnızca Aktif Satışların Kısıtlanması

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (b) bendinde sayılan ilk istisna, münhasır dağıtım sistemlerinde dağıtıcının - müşterileri tarafından yapılan satışlar hariç olmak üzere - sağlayıcı tarafından kendisine veya diğer bir dağıtıcıya tahsis edilen münhasır bölge ya da münhasır müşteri grubuna aktif satış yapmasının kısıtlanmasıdır⁴¹².

Bilindiği üzere, münhasır dağıtım sözleşmeleri basit münhasırlık içeren, güçlendirilmiş münhasırlık içeren ve mutlak münhasırlık içeren sözleşmeler olmak üzere 3 gruba ayrılmaktadır. Gerek basit gerekse güçlendirilmiş münhasırlık içeren sözleşmelerde teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu tahsis etmek suretiyle tanınan koruma, mutlak bir koruma değildir. Dağıtıcılar, ancak üretici veya sağlayıcı tarafından kendilerine tahsis edilen bölgeye veya müşteri grubuna satış yapabilmekte, diğer dağıtıcıların bölgelerine veya müşteri gruplarına satış yapmaları ise yasaklanmaktadır. Münhasır dağıtım sistemlerinin özünde yer alan bu yasa, 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından grup muafiyeti kapsamına alınarak, münhasır dağıtım sözleşmelerinin – mutlak münhasır dağıtım sözleşmeleri hariç olmak üzere – grup muafiyetinden faydalanmalarına imkân tanınmıştır.

Tebliğe göre, üretici veya sağlayıcının, bir dağıtıcıya tahsis edilen bölge içerisinde diğer dağıtıcılarının aktif satış yapmaları yasaklanabilir. Bu kısıtlamanın grup muafiyetinden yararlanması, dağıtım sistemi içerisindeki bölge tahsisinin münhasır olmasını gerektirir. Şöyle ki, dağıtıcılara tahsis edilen bölgelerde üretici veya sağlayıcıya veya üçüncü kişilere satış yapma imkânının tanınmış olması halinde, bölge tahsisinin münhasır olmadığı anlaşılacak ve bu durumda anılan bölgelere ilişkin olarak diğer dağıtıcılara getirilen aktif satış yasağı grup muafiyeti kapsamı dışında kalacaktır⁴¹³.

Rekabet Kurulu Roche Kararında, münhasır bölge uygulamasına ilişkin açıklamaları arasında acentelik ilişkisinin rekabet hukukundaki analizine de yer

⁴¹² Münhasır dağıtımda üretici veya sağlayıcının, kendisine veya dağıtıcılarına münhasır satış bölgeleri veya münhasır müşteri grupları tahsis edilmektedir. Hatta bu iki modelin birarada kullanılması da mümkündür. Aynı düzenleme, AB rekabet hukuku için 2790/99 sayılı Tüzüğün, 4 (b) maddesinde öngörülmüştü.

⁴¹³ Rekabet Kurulu'nun 08.01.2004 tarihli Kurtalan Çimento kararına ilişkin açıklamalar, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 358.

vermiştir⁴¹⁴. Kurul, başvuru formunda SSK hastanelerinin Roche'un gerek üretimini yaptığı, gerekse ithal ettiği ilaçların açılacak ihaleler ve/veya doğrudan teminler kapsamında kullanılmak üzere depoya satışına ilişkin olarak Roche ile çeşitli ecza depoları arasında imzalanan sözleşmenin kendisine acentelik ilişkisi adı altında bildirildiğini belirtmiş ancak, taraflarca yapılan hukuki tasnif ile bağlı olmadığı ve bu hususu ayrıca değerlendireceğinin altını çizmiştir.

Kararda, rekabet hukuku anlamında acentelik ilişkisi veya teşebbüsler arası dikey bir ilişkinin varlığını tespit bakımından kullanılacak ana kıstasın risk unsuru olduğu belirtilmiştir. Şöyle ki, somut olayda acente olarak adlandırılan kişinin, hukuken de bu sıfatı taşıdığına tespiti için, müvekkil adına (ya da hesabına) yaptığı işlemlere ilişkin olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığı incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir riskin mevcut olması halinde söz konusu ilişki teşebbüsler arası bir ilişki olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, ticari faaliyette bulunması sebebiyle, acentenin dahi çeşitli riskleri olabilecektir. Örneğin, acentenin kazancının ya da komisyonunun kendi performansına bağlı olması gibi, acentelik faaliyetlerinin gerektirdiği riskler, ilişkiyi acentelik ilişkisi dışına çıkarmayacaktır. Hangi risklerin ilişkiyi acentelik dışına çıkaracağını kesin bir liste halinde sayılması mümkün olmayıp, her bir olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

Kurul, tüm bu açıklamalar ışığında ve herhangi bir SSK ünitesi tarafından bir ihale açıldığında ilgili deponun bu ihaleye kendi adına katılması ve bu süreçteki bütün masrafların da kendisine ait olmasını dikkate alarak, somut olayda acente ilişkisinin söz konusu olmadığı ve taraflar arasında dikey bir anlaşmanın mevcut olduğu kanaatine ulaşmıştır.

Kurul'un yukarıdaki tespitlerine katılmak mümkün değildir. Acenta, TTK m.116'da bağlı yardımcıları gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir bölge içinde, ticari işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bu akitleri o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, acentalık ilişkisi, müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili acenta ve yalnızca aracılık yapan acenta olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde her iki acentalık ilişkisi için de ortak olarak kabul edilen beş kıstas

⁴¹⁴ Bkz. dn. 331.

bulunmaktadır⁴¹⁵. Bu kıstaslar: (a) bir ticari işletme ile ilgili işler yürütme, (b) tâbi olmama, (c) belirli bir yer veya bölge içinde faaliyet gösterme, (d) süreklilik ve meslek edinme ve (e) sözleşmenin varlığıdır.

Acenta bağımsız bir tacir yardımcısı olması itibariyle, tacirdir ve kendi ticari faaliyetinin ticari sonuçlarına tamamen kendisi katlanmaktadır. Buna ek olarak, acenta ile müvekkili arasındaki ilişki bir dikey ilişki olup, her ikisinin de ayrı birer teşebbüs olmaları itibariyle, rekabet hukuku anlamında, iki teşebbüs arasındaki dikey anlaşma olarak kabul edilecektir.

Tüm bu değerlendirmelerimiz de açıkça ortaya koymaktadır ki, Kurul kararında acentalık ilişkisi ve teşebbüsler arası dikey ilişki ayrımı doğru değildir. Yine Kurul kararında yer verilen ve acentalık ilişkisinin asıl unsurunun ticari riske kimin katlandığı kıstası da gerçeği yansıtmamaktadır. Nitekim acentalık ilişkinin, bağlı tacir yardımcılardan ayıran kıstas, risk değil, acentanın bağlı tacir yardımcıları gibi tacire tâbi bir sıfatının olmaması ve acentanın bağımsız bir tacir yardımcı olmasıdır⁴¹⁶. Acentayı, diğer bağımsız tacir yardımcıları olan tek yetkili satıcı, komisyoncu (ve taşıma işleri komisyoncusu), tellal ve ticaret işleri tellalından ayıran unsur, tacir yardımcılarının yürüttüğü ticari faaliyettir. Nitekim tek yetkili satıcı (ve franchise) sağlayıcının ürünlerini belirli bir yer veya bölgede (tekel hakkı) kendi ad ve hesabına satarken, komisyoncu ücret mukabilinde kendi namına ancak sağlayıcı hesabına kıymetli evrak ve menkul mal eşya aşım-satımı işi yapan kişidir (BK m.416 ve TTK m.430). Taşıma işleri komisyoncusu ise, ücret mukabilinde kendi namına ve müvekkili hesabına eşya taşıtmayı sanat edinmiş kimse olarak tanımlanmaktadır (TTK m.808–815). Nitekim tellal, ticari olmayan hususlarda ve ücret karşılığında bir sözleşme fırsatı gösteren veya sözleşmenin akdinde aracılık eden kişi iken (BK m.404–409), ticaret işleri tellalı yalnızca ticari işlere ilişkin hususlarda aracılık yapmaktadır (TTK m.100–101).

Kurul kararında, sözleşme m. 4.5’de yer alan ve ecza depoları bakımından bölge sınırlaması getiren ve deponun kendisi için belirlenen bölge dışında ihaleye

⁴¹⁵ Poroy/Yasaman, s. 220.

⁴¹⁶ Whish, acentanın ticari faaliyetin risklerine katlanmaması, anlaşma çerçevesinde hiçbir malvarlığı transferinin yapılmaması, acentanın ana şirketin işinin kâr veya zararını paylaşmaması halinde ATA m. 101 kapsamına girmeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Whish, s. 609.

katılmasını yasaklayan hükmü değerlendirilmiş ve Roche'un SSK ünitelerine kendi temin hakkını tutması sebebiyle bölge bakımından bir münhasırlık getirilmediği anlaşıldığında, bölge kısıtlamasının grup muafiyetinden yararlanamayacağına karar verilmiştir.

2002/2 sayılı Tebliğ m.4 (b) bendinde münhasır dağıtım sistemlerinde istisna dışı bırakılan, daha doğru bir ifadeyle grup muafiyetinden faydalanmaları mümkün olmayan iki kısıtlamaya yer verilmiştir. Bunlardan ilki, bölge ve/veya müşteri grubu kısıtlamasının pasif satışları da kapsayacak şekilde geniş düzenlenmesi (1) ve ikincisi ise, bölge ve/veya müşteri grubu kısıtlamalarının dağıtıcının alıcılarını kapsamaması yani, paralel ticaretin yasaklanmasıdır (2).

1.6.2.10.2.2 Pasif Satışların Yasaklanamaması

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 uyarınca, münhasır dağıtım anlaşmalarında her bir dağıtıcıya tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna aktif satış yapma hakkı, yalnızca ilgili dağıtıcıya tanınırken, pasif satışa ilişkin herhangi bir sınırlama getirilemeyecektir⁴¹⁷. Bu kuralın anlaşılması, öncelikle aktif satış ve pasif satış kavramlarının yorumlanmasını gerektirir.

Aktif satış, bir malın veya hizmetin doğrudan pazarlama yöntemi, karşılıklı iletişime dayanan, yüz yüze veya her türlü teknik, elektronik araçlarla gerçekleştirilmesidir⁴¹⁸. Aktif satışta, satıcı alıcıya mal veya hizmeti tanıtmak için

⁴¹⁷ Alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının kendisinin aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, belirli bir bölgeye veya müşteri grubuna aktif olarak satış yapan teşebbüs sayısı iki veya daha fazla ise o bölge veya müşteri grubu artık münhasır değildir. Bu tür "serbest" bölge veya müşteri grubundaki müşterilere herhangi bir alıcı dilediği gibi aktif olarak satış yapabilmelidir. Örnek vermek gerekirse, sağlayıcı konumundaki bir teşebbüs ürünlerini Ankara ili sınırları dâhilinde sadece iki teşebbüse verme yükümlülüğü altına girer ve müşterileri bölge veya müşteri tipi olarak bu iki alıcı arasında paylaşmaz ise, bu tür bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için diğer bölgelerdeki satıcıların Ankara bölgesine yapacakları aktif veya pasif satışların engellenmemesi gerekmektedir. Bkz. Kılavuz, s. 10, p. 24.

⁴¹⁸ Metin Topçuoğlu, "İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar", **Rekabet Dergisi**, S. 18, Ankara 2004, s. 3-58. Bir satış ilişkisinin aktif satış olarak kabulünde, şu hususlar dikkate alınmalıdır:

- Sağlayıcının veya dağıtıcının doğrudan pazarlama faaliyetlerini (münhasır bölge dışına şube, büro temsilcilik gibi birimler açılması ya da hedef müşterilerle doğrudan mektup, e-mail veya telefon gibi iletişim araçlarıyla yahut katalog göndererek irtibat kurulması) yürütmesi.
- Münhasır bölge dışındaki hedef müşterilere yönelik özel reklamlar yapılması.

çeşitli şekillerde doğrudan iletişime geçmektedir. Diğer bir ifadeyle, satıcının alıcılara yönelen bir faaliyeti söz konusudur.

Pasif satış ise, malın veya hizmetin doğrudan pazarlama yöntemi, karşılıklı iletişime dayanan, yüz yüze veya teknik, elektronik araçlarla satışı değil, mal veya hizmetin medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya tanımlar vesilesiyle satışır. Örneğin, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar “aktif satış” olarak nitelendiği gibi, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak, başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklâmlar veya promosyonlar yapmak da aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir. Aynı şekilde, internet yoluyla yapılan satışlar da genellikle pasif satışır. Bununla beraber, dağıtıcının kendi münhasır bölgesi haricindeki alıcılara elektronik posta göndermesi veya katalog göndermesi aktif satış sayılır⁴¹⁹.

Doktrinde Topçuoğlu, bir satış ilişkisinin aktif satış olarak kabulünde aşağıdaki unsurların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir⁴²⁰:

- Sağlayıcının veya dağıtıcının doğrudan pazarlama faaliyetlerini (münhasır bölge dışına şube, büro temsilcilik gibi birimler açılması ya da hedef müşterilerle doğrudan mektup, e-mail veya telefon gibi iletişim araçlarıyla yahut katalog göndererek irtibat kurulması) yürütmesi,
- Münhasır bölge dışındaki hedef müşterilere yönelik özel reklâmlar yapılması ve
- Münhasır bölge dışındaki müşterilere daha cazip (indirim veya taksit yapmak, taşıma masraflarını karşılamak gibi) şartlarda satış yapılması.

• Münhasır bölge dışındaki müşterilere daha cazip (indirim veya taksit yapmak, promosyon vermek, taşıma masraflarını karşılamak gibi) şartlarda satış yapılması.

⁴¹⁹ Kılavuz s. 9–10, p. 23’de de belirtildiği üzere burada alıcılardan kendilerine elektronik posta gönderilmesi veya katalog gönderilmesi yolunda bir talebin mevcut olup olmadığı aktif-pasif satış ayırımının yapılmasında önemlidir. Nitekim dağıtıcının kendi münhasır bölgesi veya müşteri grubu içinde yer almayan alıcılara karşı herhangi bir hareketi olmamasına karşın, sözkonusu alıcıların dağıtıcıdan kendilerine katalog göndermesini talep etmeleri üzerine dağıtıcının bu talebi yerine getirmesi aktif satış faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilemez.

⁴²⁰ Bkz. Topçuoğlu, **Rekabeti Sınırlayan**, s. 209–210.

Komisyon'un Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu'nda aktif ve pasif satış ayırımına yer verilmiştir⁴²¹. Buna göre, aktif satışlar dağıtım merkezi, depo, ardiye gibi yerlerden yapılan satışları kapsamakta iken, internet üzerinden yapılan satışlar pasif satış sayılırlar. Nitekim Komisyon'a göre, internet üzerinde reklâm yapmak, ürün tavsiye etmek veya ürün satmak her satıcının hakkıdır. Nitekim internet satıcının her alıcıya ulaşmak için faydalanabileceği makul bir yoldur⁴²².

Rekabet Kurulu, Kodak Near East Inc.'nin distribütörlük anlaşmaları gereğince Kodak marka ürünlerin yetkili dağıtıcısı olan Eftaş Elektronik Fotoğraf Tic. ve San. A.Ş., Ocak Elektronik San. Ürünleri Paz. Ltd. Şti., Burla Makine Tic.Yat. A.S. unvanlı firmaların kendi bölgeleri dışına pasif satış yapmadıkları ve bu yetkili dağıtıcıların satış fiyatlarının Kodak Türkiye Şubesi tarafından belirlendiği iddiasını incelediği 8 Mayıs 2008 tarih ve 08-32/395-132 sayılı kararında ("Kodak Kararı") aktif satışın tanımına yer verilmiştir⁴²³. Kararda, bir dağıtıcının diğer bir dağıtıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak, başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklâmlar veya tanıtımlar, "aktif satış" yöntemleri olarak tespit edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. (TEKEL)'nin toptan satıcılık sözleşmesinin haksız rekabete neden olduğu iddiasını incelediği 04-73/1066-265 sayılı ve 25 Kasım 2004 tarihli kararında ("TEKEL Kararı") ise, 2002/2 sayılı Tebliğ m.4 /I (1) bend uyarınca, üretici veya sağlayıcı teşebbüsün, kendisine veya bir alıcıya tahsis ettiği münhasır bir bölgeye veya münhasır bir müşteri grubuna diğer alıcıların yapacağı aktif satışları sınırlayabileceğinin kabul edildiği ifade edilmiştir⁴²⁴. Nitekim münhasır bir bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak aktif satışlar kısıtlanabilmektedir. Ancak,

⁴²¹ Komisyon'un Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu (Commission Notice on Vertical Restrictions), ATRG, C 291 I, 13 Ekim 2000, s. 5, p. 50-51.

⁴²² Bkz. Komisyon'un Yves Saint Laurent'in internet satışlarına ilişkin 17 Mayıs 2001 tarihli basın duyurusu, IP/01/713; Komisyon'un Sammelrevers'in internet satışlarına ilişkin 19 Temmuz 2001, IP/01/1035 ve 22 Mart 2002, IP/02/461 tarihli basın duyuruları, www.europa.eu.

⁴²³ Rekabet Kurulu'nun 08-32/395-132 sayılı ve 8 Mayıs 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴²⁴ Rekabet Kurulu'nun 04-73/1066-265 sayılı ve 25 Kasım 2004 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu vermek suretiyle tanınan koruma mutlak bir koruma değildir.

Alıcı teşebbüsler kendilerine tahsisli bölgeye veya müşteri grubuna satış yaparken sisteme dâhil diğer alıcıların ancak aktif rekabetinden korunabilirler. Bununla beraber, bu bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak pasif satışların kısıtlanamaz. Nitekim böyle bir kısıtlama anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartacaktır.

1.6.2.10.2.3 Paralel Ticaretin Yasaklanamaması

Dağıtım anlaşmalarının yapılmasından beklenen yarar, sağlayıcının dağıtıcılarına tekel hakkı sağlayarak onların kâr elde etmelerini sağlamak ve buna karşılık tüm çabalarını sözleşme konusu malların satışının arttırılmasına yönlendirmektir. Böylece mutlak tekel yaratılmaya çalışılır ve mümkün olduğu kadar marka içi rekabetten kaçınılmış olunur. Nitekim bu sistem içerisinde üçüncü kişilerin sözleşme konusu malı temin etmeleri ve diledikleri bölgede satmaları engellenir⁴²⁵.

Kılavuz, dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcıların kendi alıcılarının diğer dağıtıcılara tahsis edilen bölge veya müşteri gruplarına aktif satış yapmamalarını öngören hükümlere yer verilmesi halinde, söz konusu hükmün grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁴²⁶. Üçüncü kişiler tarafından yapılan paralel satış ve paralel ithalatı engellemeye yönelik girişimler, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesine, faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olacaktır. Dolayısıyla, Rekabet Kanunu'nun 4 (d) ve 6 (a) maddeleri ve Kanunun genel amacı doğrultusunda ülkemizde markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasını müteakip, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunamayacağı kabul edilmektedir.

⁴²⁵ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 422.

⁴²⁶ Örneğin, sağlayıcı konumundaki bir üretici teşebbüs ile alıcı konumundaki bir bayi arasında akdedilen bir dağıtım anlaşması uyarınca, bayinin ürünleri bakkallara sattığını varsayalım. Böyle bir durumda, anlaşmaya taraf olmayan bakkalların, bayiden aldıkları ürünleri diledikleri bölgede aktif veya pasif olarak satma serbestisine sahip olmaları gerekmektedir. Kılavuz, s. 10, p. 25.

Bu vesile ile belirtmek gerekir ki, RKHK paralel ithalat konusunda açık bir düzenleme öngörmemiştir. Bununla beraber, Kanun'un 4/I (d) ve 6 (a) bentlerinde yer alan “rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylem” yasaklarının, paralel ithalatın engellenmesini de içerdikleri düşünülmektedir⁴²⁷. Gerçekten de, paralel ithalatı engellemeye yönelik uygulamalı, rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenmesine, faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olabilir. Örneğin, Kurul'a göre, ülkemizde markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunması RKHK m. 4 ve 6 uyarınca yasaklanmıştır⁴²⁸.

1.6.2.10.2.4 Nihai Tüketiciye Satışların Yasaklanması

2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinin (b) bendinde yer verilen ikinci istisna, toptancı seviyesinde faaliyet gösteren bir dağıtıcının, nihai kullanıcılara satış yapmasının yasaklanmasıdır. Böyle bir kısıtlama getirilmesi dağıtım ağının etkinliğinin korunabilmesi ve mal ve hizmetlerin uç noktalarda eşit koşullarda tüketiciye sunulabilmesi bakımından gerekli görülmektedir⁴²⁹.

Nihai tüketiciye satışların yasaklanması, aktif satış niteliğindedir. Bu bakımdan, yukarıda aktif satışlara ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

1.6.2.10.2.5 Seçici Dağıtım Ağı Harici Dağıtıcılara Satışların Yasaklanması

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (b) bendinde öngörülen üçüncü istisna “seçici dağıtım sistemi” üyesi dağıtıcıların, sistem üyesi olmayan dağıtıcılara satış yapmalarını yasaklanmasına ilişkindir.

⁴²⁷ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 07-63/767-275 sayılı ve 2 Ağustos 2007 tarihli Vira Kozmetik, 00-44/472-257 sayılı ve 6 Kasım 2000 tarihli Sesa ve 01-25/238-61 sayılı ve 29 Mayıs 2001 tarihli Armada Kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴²⁸ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 07-63/767-275 sayılı ve 2 Ağustos 2007 tarihli Vira Kozmetik Kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴²⁹ Bkz. Kılavuz, s. 10, p. 26.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 3 seçici dağıtım sistemini “sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistem” olarak tanımlar. Bilindiği üzere seçici dağıtım daha çok yüksek marka değeri ve imajı olan parfüm, mücevher gibi ürünlerin ya da niteliği itibariyle dağıtıcılarının belirli uzmanlıklara sahip olmasını gerektiren ürünlerin dağıtımında kullanılan bir sistemdir. Nitekim üretici veya sağlayıcının, seçici dağıtım sistemi kurarken asıl amaçları, dağıtımı yapılacak olan ürünlerinin nitelikleri gereği yalnız kendi seçtikleri dağıtıcılar tarafından dağıtılmasını istemeleridir. İşte bu amaç, 2002/2 sayılı Tebliğ’de haklı görülmüş ve seçici dağıtım sistemlerinde seçici dağıtıcıların seçilmemiş dağıtıcılara satış yapmasının yasaklanmasına ilişkin kısıtlamalar grup muafiyeti kapsamına alınmıştır.

Rekabet Kurulu’nun Er-Tel Telekomünikasyon ile Sony Eurasia arasında imzalanan “yetkili satış ortağı anlaşması”na menfi tespit belgesi verilmesi talebini incelediği 01-06/47-12 sayılı ve 30 Ocak 2001 tarihli kararında, seçici dağıtım sisteminde yetkilendirilmemiş satıcılara yeniden satışı kısıtlayan düzenlemelerin, ürünlerin dağıtımında iyileşme sağlaması ve bunun tüketicilerin yararına olması gerekçeleri ile ilgili piyasada rekabeti önemli bir ölçüde ortadan kaldırılmaması ve bu durumun dağıtımın iyileşmesi ve tüketici yararı sağlaması nedeniyle hoş görülebilir olduğuna kanaat getirmiştir⁴³⁰.

Bu vesile ile seçici dağıtım sisteminin rekabet üzerindeki etkilerini ele almanın uygun olacağını düşünüyoruz.

Rekabet otoritelerinin seçici dağıtım sistemlerine ilişkin yaklaşımları içtihatlar ile şekillenmiş ve bu içtihatlar elde edilen çıkarımlara uygun olarak seçici dağıtım sistemlerine ilişkin rekabet kuralları hazırlanmıştır.

Seçici dağıtım sistemlerinin ilgili pazarda rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken ilk olarak, dağıtımına konu ürün veya ürünlerin niteliğinin seçici

⁴³⁰ Rekabet Kurulu’nun 01-06/47-12 sayılı ve 30 Ocak 2001 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

dağıtım sistemini gerektirip gerektirmediği incelenmelidir. İkinci olarak ise, dağıtım sisteminin esaslar üretici veya sağlayıcı tarafından belirlenirken oluşturulan seçim kriterleri, başka kısıtlamalara yer verilmiş ise bunlar ele alınmalıdır. Daha sonra, üretici veya dağıtıcı teşebbüsün pazar gücü, dağıtıcılarının ve rakiplerinin pazar güçleri, ilgili pazardaki markalar arası rekabet düzeyi, giriş engelleri, ticaretin seviyesi, pazardaki paralel ağlar gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Tüm bu değerlendirmeler yapılırken, seçici dağıtım sisteminin yalnızca kısa dönemdeki etkileri değil, ilgili pazarda uzun dönemde ortaya çıkacak etkileri de değerlendirilir⁴³¹.

Seçici dağıtım sistemlerinin, markalar arası rekabet düzeyinde dolaylı etkileri de mevcuttur. Şöyle ki seçici dağıtım sistemlerinde, yetkisiz dağıtıcılara mal verilmesi engellendiği için, bu sistemin, düşük fiyatla satış yapan satıcılar tarafından sağlayıcı ve alıcının kâr marjı üzerinde oluşturulabilecek baskıdan korunmak için kullanılması da mümkündür.

İlgili pazarda seçici dağıtım sistemlerinin yaygın olarak kullanılması halinde, ilgili pazarda sistemler dışında kalan ve ucuz fiyatla ürün satan, indirim mağazaları gibi satış noktaları ürün bulamayacağı için pazar dışına ve pazarın rekabete kapanması riski ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu durum dolaylı olarak, ilgili pazarda markalar arası rekabeti de azaltacaktır. Aynı şekilde, herhangi bir seçici dağıtım sistemine üye olmayan dağıtıcılar dağıtacak ikame ürün bulamama sorunu karşı karşıya kalabilecektir. İlgili pazarda seçici dağıtım sistemleri dışındaki dağıtıcıların pazar dışına itilmesi, kendisine ait bir dağıtım sistemi kurmamış rakip üretici veya sağlayıcılara pazarın kapanmasına neden olabilecektir.

Tüm bu değerlendirmeler yapılırken, tabii ki ilgili pazarın seçici dağıtım ağları ile kapatılan kısmının büyüklüğü ve ilgili pazardaki diğer giriş engellerinin varlığı önem taşıyacaktır. Doktrinde seçici dağıtım sistemlerinin, dağıtıcılar arasında işbirliği riskini artıracığından bahsedilmektedir. Şöyle ki, dağıtıcılar ilgili pazara güçlü rakip dağıtıcıların girmesini önlemek için, üretici veya sağlayıcıyı ürünün niteliği ile ilgili olmayan, yalnızca pazara yeni dağıtıcıların girmesini engellemek amaçlı seçim kriterleri getirmesi yönünde teşvik edebilmektedir.

⁴³¹ OECD, 1999 Yıllık Raporu, s. 9. Raporun tam metni için bkz. www.oecd.org.

Tüm bu olumsuz etkileri yanında, seçici dağıtım sistemlerinin rekabet üzerinde olumlu etkileri de söz konusu olabilir. Seçici dağıtım sistemleri her şeyden önce, ürünlerin kalitesinin ortaya konulması ve marka imajı oluşturulması ve korunması bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, seçici dağıtım markalı, lüks ürünler için kullanılan bir sistemdir. Nitekim ürünlerin seçici dağıtım ile lüks ve uzman satı yerlerinde satışı sunulmaları, gerek kalite gerekse marka imajlarının oluşturulması ve korunması için önemlidir.

Ayrıca seçici dağıtım sistemleri, dağıtıcılar arasındaki bedavacılık sorununun çözümüne yardım etmektedir. Nitekim seçici dağıtım sistemlerinde üretici veya sağlayıcı tarafından şart koşulmuş ise, yalnızca bazı dağıtıcılar değil, dağıtıcıların tamamı satış öncesi hizmet sağlamaktadırlar. Sistem dışındaki dağıtıcılara satışlar da yasak olduğundan, bazı dağıtıcılarının diğerlerinin yaptığı satış öncesi hizmet yatırımlarından bedelsiz olarak faydalanmaları mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, böylece, dağıtıcıların katlandığı ilişkiye özgü ve önemli yatırımlar da garanti altına alınmış olacaktır.

Seçici dağıtım sistemleri, ürünlerin belirli sayıda dağıtıcı tarafından dağıtılması sayesinde, üretici veya sağlayıcı bakımından taşıma, lojistik ve işlem maliyetlerinde düşüş sağlamak ve dağıtımda ölçek ekonomilerine yaklaştırmaktadır⁴³². Bu sistem, satış öncesi hizmetler de olduğu gibi, satış sonrası hizmetlerin de gelişimine, böylece tüketici memnuniyetinin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

⁴³² Bkz. Koç, s. 18–22.

1.6.2.10.2.6 Sağlayıcının Rakiplerine Yapılan Satışların Yasaklanması

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (b) bendi, “birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların alım satımı”nda, üreticinin dağıtıcılarının parçaları rakiplerine satmalarını yasaklayabileceğini öngörmektedir. Kılavuz bu istisnaya ilişkin olarak bir televizyon üreticisini örnek vermektedir. Şöyle ki, televizyon üreticisi teşebbüs, üretimini yaptığı televizyonun parçalarını satarken, alıcılarına anılan parçaları diğer televizyon üreticilerine satmaları yasağını getirebilir. Tabii ki, alıcıların bu parçaları televizyon üreticisi olmayan, diğer bir ifadeyle rakip olmayan teşebbüslere satması engellenemez, böyle bir yasak grup muafiyetinden yararlanamaz⁴³³.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (b) bendinde belirtilen dört istisnai düzenlemeden ilki dışındakilerde herhangi bir aktif-pasif satış ayırımı yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle, son üç istisnai hükmün uygulama alanı bulduğu durumlarda, alıcının yapacağı her türlü aktif veya pasif satış sağlayıcı tarafından kısıtlanabilecektir⁴³⁴.

1.6.2.10.2.7 Seçici Dağıtımda Nihai Tüketicilere Satışın Yasaklanamaması

2002/2 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinin (c) bendi uyarınca seçici dağıtım sistemi üyeleri, son kullanıcılara yapılacak satışlar bakımından aktif veya pasif satış yasağına tabi tutulamamaktadır. Düzenleme şöyledir:

“c) Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması”

Bu düzenleme uyarınca, seçici dağıtım anlaşmalarında üretici veya sağlayıcı, perakende seviyesinde faaliyet gösteren seçilmiş dağıtıcılarının son kullanıcılara (son tüketici de olabilir) yapacakları satışları, bu son kullanıcıların yerleşim yerlerine göre kısıtlayamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, üretici veya dağıtıcının perakende seviyesinde satış yapan seçilmiş dağıtıcılarının diğer seçilmiş dağıtıcıların bölgelerinde yerleşik

⁴³³ Bkz. Kılavuz, s. 11, p. 28.

⁴³⁴ Bkz. Kılavuz, s. 11, p. 29.

son kullanıcılara aktif veya pasif satış yapmalarını yasaklanması mümkün değildir⁴³⁵. Benzer bir düzenleme Komisyon Tüzüğü m. 4 (c) bendinde de yer almaktadır. Bu düzenleme ile seçici dağıtım ağının üyelerinin nihai kullanıcıya yönelik aktif veya pasif satışlarının yasaklanamayacağı ifade edilmiştir.

Seçici dağıtım sistemine ilişkin diğer bir düzenleme ise 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(d) maddesinde yapılmıştır:

“d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi.”

Bu hükme göre, seçici dağıtım sistemlerinde üretici veya sağlayıcı, dağıtıcılarının, kendi aralarında ürün alım-satımı yapmalarını yasaklanmayacaktır. Bu itibarla, seçilmiş dağıtıcılara ürünleri üretici veya sağlayıcıdan tedarik etme yükümlülüğü de getirilemeyecektir. Aynı düzenlemeye mehzaz 2790/1999 sayılı Tüzük m.4 (d) bendinde de yer almakta ve seçici dağıtım sistemi içindeki yetkili dağıtıcılar arasındaki çapraz mal temininin sınırlanmasını yasaklamaktadır.

Kurul 09–41/987–249 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli kararında seçici dağıtım sistemi üyeleri arasında çapraz mal teminini yasaklayan bir dağıtım anlaşmasının grup muafiyetinden yararlanamayacağını altını çizmiştir⁴³⁶. Bu tarz sınırlamaların rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurmaları, ilgili pazarda markalar arası rekabetin çok zayıf olması ya da hiç olmaması durumunda daha da ağır olacaktır. Eğer sağlayıcı ilgili pazarda hâkim durumda veya diğer sağlayıcılar ile birlikte hâkim durumda ise, bu teşebbüslerin dağıtıcıları için öngöreceklere bu nevi sınırlamalar, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak da değerlendirilebilir.

1.6.2.10.2.8 Diğer Sınırlamalar

2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 (e)'de parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan ürünlerin söz konusu olduğu tedarik anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır:

⁴³⁵ “Ancak, sistem üyesi bir alıcının faaliyetlerini sürdürdüğü satış noktasının yerini değiştirmesi veya yeni bir satış noktası açması sağlayıcı tarafından engellenebilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, seçici dağıtım sisteminde, satış noktasının fiziki özellikleri dağıtım sisteminin başarısını etkileyen en önemli unsurdur.” Kılavuz, s. 30, p. 11.

⁴³⁶ Bkz. dn. 280.

“e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması.”

Bu hükmüm uyarınca, alıcının sağlayıcıya aralarında akdedilen tedarik anlaşmasında, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya alıcı tarafından malların bakımı ya da onarımıyla yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satma hakkını sınırlanması yasaktır.

Bu hüküm özellikle bağımsız tamircilerin yaşamlarını sürdürebilmeleri açısından kritik bir öneme sahiptir⁴³⁷. Kılavuz, bisiklet zinciri üreten sağlayıcı ile bu zincirleri bisiklet üretiminde kullanan alıcı arasındaki ilişkiyi örnek vermektedir. Alıcı konumundaki bisiklet üreticisi, sağlayıcı konumundaki zincir üreticisinin, zincirleri nihai kullanıcılara veya yetkilendirilmemiş bir başka deyişle bağımsız tamircilere satmasını yasaklayamayacaktır. Ancak, alıcı konumundaki bisiklet üreticisi yetkilendirdiği kendi tamircilerine zincirleri sadece kendisinden alma zorunluluğu getirebilecektir⁴³⁸.

2790/1999 sayılı Tüzük m. 4 (e) bendinde, son kullanıcı bağımsız tamircilerin ve servis sunanları yedek parçaları doğrudan bu parçaların üreticisinden elde etmelerini engelleyen veya sınırlayan anlaşmalarla ilgili benzer bir düzenleme öngörülmektedir. Şöyle ki, bir yedek parça üreticisi ile bu parçaları kendi ürününde birleştiren bir alıcı arasındaki tedarik anlaşmasında doğrudan veya dolaylı olarak üreticinin bu yedek parçaları son kullanıcıya veya bağımsız tamirciye veya servis sunanlara satışını engelleyecek veya sınırlayacak hükümler getirilemeyecektir⁴³⁹.

2005/4 sayılı Tebliğ’in, “Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar” başlıklı 5. maddesinde benzer düzenlemeler öngörülmüştür. 2005/4 sayılı Tebliğ’e göre, seçici dağıtım sistemi üyelerinin, motorlu taşıtların yedek

⁴³⁷ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 362.

⁴³⁸ Bkz. Kılavuz, s. 11–12, p. 31.

⁴³⁹ Bu sözleşme “original equipment manufacturer” olarak anılmaktadır. Bzk. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 362.

parçalarını, bu parçaları motorlu araçların bakım onarımında kullanacak olan özel servislere satma serbestisinin kısıtlanması yasaklanmıştır⁴⁴⁰.

Aynı şekilde, orijinal yedek parça, eşdeğer kalitede yedek parça, tamir ekipmanı, teşhis cihazı ya da diğer tip ekipmanların sağlayıcısıyla bir motorlu taşıt üreticisi arasında yapılan anlaşmayla, sağlayıcının söz konusu mal ve hizmetleri yetkili veya bağımsız dağıtıcılar, ya da bağımsız teşebbüsler ve son kullanıcılardan herhangi birine satma imkânına kısıtlama getirilmesi de grup muafiyeti kapsamı dışında tutulmuştur⁴⁴¹.

1.6.2.10.3 Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

2002/2 sayılı Tebliğ m. 5 dikey anlaşmalarda alıcılara öngörülebilecek rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, belirsiz süreli veya süresi 5 yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri ile anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin rekabet etmeme yükümlülükleri grup muafiyeti dışında bırakılmıştır:

“(Değişik: 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 18.09.2003, 25233)⁴⁴² Rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılacaktır.

⁴⁴⁰ 2005/4 sayılı Tebliğ m. 5 (h) bendi.

⁴⁴¹ 2005/4 sayılı Tebliğ m. 5 (i) bendi.

⁴⁴² Geçici Madde- (2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 18.09.2003, 25233) Bu Tebliğ’in [2003/3] yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ’de öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, bu Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarihten [18.09.2003] itibaren iki yıl içerisinde yukarıdaki 1 inci madde ile getirilen [5.maddenin (a) bendinin ikinci fıkrasındaki] değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz. Fıkranın eski hali: “Ancak alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırımın tutarının %35’den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, beş yılı aşan kısmı sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalmak kaydıyla, on yıla kadar olabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkra da belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.”

Alicının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait ise, yahut alıcı bu faaliyetini sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir aynı veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceyse, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar.

Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır.”

Bu hüküm tarafından öngörülen rekabet yasağı düzenlemesinin anlaşılabilmesi için, “rekabet etmeme yükümlülüğü”nün 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından anlamının tespit edilmesi uygun olacaktır. Tebliğ’in “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “rekabet etmeme yükümlülüğü” şöyle tanımlanmıştır:

“Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Alicının 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.”

2002/2 sayılı Tebliğ anlamında rekabet etmeme yükümlülüğü tedarik ve üretim olmak üzere iki ayrı aşamayı kapsamaktadır. Bu yükümlülük, alıcının anlaşma konusu ürünlere rakip ürünler üretmemesini, anlaşma konusu hizmetlere rakip hizmetler sunmamasını ve sağlayıcı dışındaki başka bir kaynaktan tedarik etmemesini kapsamaktadır.

2002/2 sayılı Tebliğ, tedarik seviyesinde rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenlerken, alıcının toplam tedarikinin tamamını üretici veya sağlayıcıdan sağlaması ile % 80'ini sağlaması arasında bir fark gözetmemiş, % 80 ve aşan miktardaki tedariki tedarik'in tamamının aynı sağlayıcıdan yapılması ile bir tutmuştur. Bu nedenle, alıcının toplam tedarikinin en az % 80'inin üretici veya sağlayıcıdan sağlanmasına ilişkin hükümler de, alıcı toplam tedarikinin % 20'sine kadarını başka bir üretici veya sağlayıcıdan sağlamakta serbest ise de, rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir deyişle, sağlayıcının alıcıya alımlarının % 20'ye kadar olan küçük bir kısmını rakip teşebbüslerden yapma imkânı tanınması, konuya ilişkin hükmün rekabet etmeme yükümlülüğü sayılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu oranların hesaplanmasında, alıcının bir önceki takvim yılına ait alımları esas alınır. Alıcının bir önceki takvim yılına ait alımlarının miktarı belli değil ise, yıllık toplam ihtiyacı tahmin edilerek, bu miktar da kullanılabilir⁴⁴³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, rekabet etmeme yükümlülükleri sözleşme sırasındaki döneme ve sözleşme sonrası döneme ilişkin olmak üzere iki çeşittir ve farklı düzenlemelere tabidir.

1.6.2.10.3.1 Sözleşme Sırasındaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

2002/2 sayılı Tebliğ m. 5, sözleşme sırasındaki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini 5 yıl ile sınırlamıştır. 5 yılı aşan süreli ve belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülükleri yasaklanmıştır. Bu yasağın kapsamına, beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülükleri de, belirsiz süreli sayıldıkları için grup muafiyeti kapsamına girmemektedirler. Bununla beraber, süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir durumun olmadığı hallerde, rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanabilmektedir.

Nitekim 2790/1999 sayılı Tüzük m. 5 (a) bendi de, özellikle dağıtıcının belirli bir ürüne olan ihtiyacının tamamını veya tamamına yakın bir kısmını sağlayıcıdan temin etmekle yükümlü olduğu hallerde bu yükümlülüğün belirli sürelerle sınırlanması

⁴⁴³ Bkz. Kılavuz, s. 12, p. 33.

gerektiğine işaret etmektedir. Anılan hüküm uyarınca “belirsiz süreli bir rekabet etmeme yükümlülüğü” veya “beş yılı aşacak bir süre için zımnen uzatılabilecek olan rekabet etmeme yükümlülüğü” beş yılı aşacak bir süre için akdedilmiş sayılmaktadır.

Bu yasağın tek istisnası, alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyetinin, arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantılı bulunmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait olmasıdır. Alıcının, bu faaliyetini sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir aynı veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceği olması halinde alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilecektir. Bu durumda, 5 yıldan daha uzun süreli, hatta taraflar arasındaki sözleşmenin süresi boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülebilecektir⁴⁴⁴.

Rekabet Kurulu, Diageo Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş. ile Efe Alkollü İçecekler Ticaret A.Ş. arasında 7 Eylül 2007 tarihinde imzalanan Dağıtım Sözleşmesine muafiyet tanınması veya menfi tespit belgesi verilmesi talebini incelediği 18 Ekim 2007 tarih ve 07-79/980-378 sayılı kararında (“Diageo Kararı”), başvuru konusu dağıtım anlaşmasının süresinin 3 yıl olarak düzenlenmiş olması ve herhangi bir bildirim gerek olmaksızın süresinin otomatik olarak sona ermesi öngörüldüğünden rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin de 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale geldiğini kabul etmiştir⁴⁴⁵.

Kurul, Kavaklıdere ve Doluca markalarıyla şarap üretimi ve satışını gerçekleştiren teşebbüslerin satış noktalarını birbirleriyle imzaladıkları tek satıcılık anlaşmaları ile kapattıkları iddiasını değerlendirdiği 07-02/28-8 sayılı ve 11 Ocak 2007 tarihli kararında (“Doluca-Kavaklıdere Kararı”), tek satıcılık sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme kaydının süresiz sayılıp sayılmayacağını belirtmiş ve 2002/2 sayılı Tebliğ’de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edildiği takdirde, rekabet etmeme

⁴⁴⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsayacağıdır.

⁴⁴⁵ Rekabet Kurulu’nun 07-79/980-378 sayılı ve 18 Ekim 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

yükümlülüğünün süresinin Tebliğ’de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak kabul edileceğinin altını çizmiştir⁴⁴⁶.

Kararda, alıcı konumundaki teşebbüse getirilen beş yılı aşkın süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün henüz beş yıllık uygulanma süresine ulaşmamış olması halinde, diğer bir ifadeyle, henüz Tebliğ’de öngörülen süre üst limitini doldurmamış olması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü kalan süre kadar rekabet etmeme yükümlülüğü üst sınıra kadar kalan süresi uygulanmaya devam edecektir. Bununla beraber, rekabet etmeme yükümlülüğü beş yıldan uzun bir süredir uygulanıyor ise, geçersiz kalacak ve alıcı konumundaki teşebbüs bu yükümlülükten tamamen bağımsız olacaktır.

Kurul aynı kararda, şarap pazarında dağıtımına ilişkin tespitler de bulunmuş ve bu pazardaki tek satıcılık sözleşmelerinin genellikle 1–2 yılı kapsayacak şekilde bağtlandığını, sağlayıcıların ilgili noktanın geçmiş performansı ve benzer noktaların satışlarını da dikkate alarak her bir nokta için yıllık tahmini bir satış miktarı öngördükleri ve sözleşmeyi de bu öngörü çerçevesinde hazırladıklarını belirtmiştir. Kurul, pazarda yapılan incelemelerde mevcut durumda 5 yılı aşacak şekilde rekabet yasağı içeren bir sözleşme ile karşılaşılmadığının altını çizmiştir. Kaldı ki pazarın oldukça dinamik yapısı nedeniyle noktaların 5 yıl süresince faaliyet göstermeleri de bir kesinlik taşımadığı için, belirsiz süreli yapılan sözleşmeler ise ancak 1–2 yıl yürürlükte kaldığı anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu, The Shell Company of Turkey Limited’in, bayileri ile akdetmiş olduğu "İşletme Sözleşme"lerine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi ve bu sözleşmelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı olduklarına ilişkin şikâyet başvurusunu incelediği 03–64/770–356 sayı ve 2 Ekim 2003 tarihli kararında ("Shell Kararı"), otomatik uzama hükmü içeren bir dağıtım sözleşmesinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin ayrıca belirtilmemiş olması halinde sözleşme süresine tabi olacağını kabul etmiştir⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Rekabet Kurulu’nun 07–02/28–8 sayılı ve 11 Ocak 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴⁴⁷ Rekabet Kurulu’nun 03–64/770–356 sayılı ve 2 Ekim 2003 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

2002/2 sayılı Tebliğ, sözleşmede rekabet yasağı için özel bir süre öngörülmemiş ise, rekabet yasağının süresinin sözleşme süresine eşit sayılacağını kabul etmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu da Toys R Us-Headquarters Inc., Geoffrey Inc. ve Uluslararası Çocuk Çarşıları A.Ş. arasında akdedilen Franchise Anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 03-73/883-382 sayılı ve 13 Kasım 2003 tarihli kararında (“Toys’R Us Kararı”), sözleşmede özel olarak düzenlenmemiş olan rekabet yasağı süresinin 16 yıl olan sözleşme süresi ile aynı olduğu ve Tebliğin öngördüğü beş yıllık süreyi aşan süreli franchising anlaşmasına grup muafiyeti verilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁴⁸.

Kurul, akaryakıt dağıtımı sektöründeki dikey anlaşmaların 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ne uygunluğunun belirlenmesine ilişkin 06-84/1059-306 sayılı ve 15 Kasım 2006 tarihli kararında, 2002/2 sayılı Tebliğ’in Açıklanmasına Dair Kılavuzun 36. maddesinde yer verilen ve Tebliğ’de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edilirse, yükümlülüğünün süresinin Tebliğ’de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirilebileceğine ilişkin açıklamanın altını çizmiştir⁴⁴⁹.

Anılan kararda, Kılavuzda yer verilen açıklamaların BK’daki butlana ilişkin hükümler paralelinde olduğunun altını çizmiş ve BK m. 20’ye göre kısmi butlan, sakatlığın sözleşmenin belirli bölümlerine ilişkin olup bu bölümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilmedikçe, yalnız bu bölümlerin geçersiz olacağını belirtmiştir. Nitekim bu durumda sözleşmenin kalan bölümlerinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Oysaki taraflar geçersiz sayılan bölümler olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşmenin tümü geçersiz sayılacaktır.

Görülebileceği üzere, Rekabet Kurulu yukarıdaki kararında dikey anlaşmalara ilişkin daha önceki kararlarını da yorumlamış ve rekabet yasağının süresinin 5 yılı aşkın olarak belirlendiği sözleşmelerde, bu sürelerin sözleşmenin diğer bölümlerden ayrılıp

⁴⁴⁸ Rekabet Kurulu’nun 03-73/883-382 sayılı ve 13 Kasım 2003 tarihli kararı. Karar 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinin 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değiştirilmesinden önceki döneme ilişkindir. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴⁴⁹ Rekabet Kurulu’nun 06-84/1059-306 sayılı ve 15 Kasım 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

ayrılmadığı ile ilgili bir değerlendirme yapılmadığını, herhalde kısmi butlan hükümleri uygulanıp, rekabet yağı sürelerinin en yüksek sınıra indirilmesine karar verileceğini belirtmiştir.

Kurul'un bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmektedir. Doktrinde Aslan, Kurul kararlarının sözleşmelerin yalnızca rekabet kurallarına uygunluğu ve geçerliliğine ilişkin olabileceğini, sözleşmelerin BK ve diğer mevzuat açısından geçerliliklerinin değerlendirilmesinin Kurul'un görev alanına girmediğini belirtmiştir⁴⁵⁰.

Biz Aslan'ın bu görüşüne, Rekabet Kurulu'nun görevinin incelediği anlaşmaların yalnızca rekabet hukuku ve RKHK ve ilgili mevzuat açısından geçerliliğini kapsadığı, Kurul'un BK hükümleri uyarınca geçerlilik analizi yapamayacağı bakımından katılıyoruz. Bununla beraber, Aslan'ın bu eleştirisinin Kurul'un yukarıda özetlenen kararı bakımından yersiz olduğunu düşünüyoruz. Nitekim kanaatimizce, Kurul kararında incelemeye konu dikey anlaşmaların BK açısından geçerlilikleri konu edilmemiş, yalnızca BK m. 20'ye olan atfı, 5 yılı aşan süreli rekabet yasaklarının 5 yılı aşan kısmının geçersizliğinin Borçlar Hukukundaki kısmi butlan kurumunun rekabet hukukundaki yansıması olduğunun altını çizilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 2002/2 sayılı Tebliğ m.5 uyarınca sözleşme konusu mal veya hizmetlerin alıcı tarafından sağlayıcının sahip olduğu binalarda ve aralarda veya sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden kiralanmış yerlerde satıldığı hallerde ise taraflar arasındaki sözleşmede yer alan rekabet etmeme şartının süresi arsa ve binaları alıcının kullandığı süreyi aşmaması 5 yıldan uzun bir süreyi öngörebilecektir.

Uygulamada sıklıkla bu tip hükümler içeren franchise anlaşmaları ele alındığında şu sonuçlara ulaşılmaktadır. Franchise alanın faaliyet gösterdiği binanın franchise verene ait olması ve franchise veren tarafından üçüncü kişilerden finansal kiralama yoluyla elde edilmesi halinde, franchise anlaşmasında dağıtıcıya 5 yıllık sınır ile bağlı olmaksızın tüm sözleşme süresinde rekabet etmeme yükümlülüğü uygulanması mümkündür. Franchise alanın faaliyet gösterdiği binanın, üslen franchise alana ait olmasına karşın ve üzerinde aynî (intifa) veya şahsi (kira) hakkı bulunuyor

⁴⁵⁰ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 369.

iken, Bununla beraber, aslen dağıtıcıya ait olan bir binanın üzerinde üretici veya dağıtıcının bir ayni (örneğin intifa) veya şahsi hakkının (örneğin kira) bulunması ve binanın dağıtıcıya tekrar kiraya verilmesi halinde grup muafiyeti uygulanmayacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 5 düzenlemesinde “rekabet etmeme yükümlülüğünün, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetleri kapsar” denilerek, rekabet etmeme yükümlülüğünün alıcının faaliyet gösterdiği bina ile sınırlı olduğunun altı özellikle çizilmiştir. Oysaki 2790/1999 sayılı Tüzüğün 5. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğünün alıcının faaliyet gösterdiği bina ile sınırlı olduğu yolunda bir belirlemeye yer verilmemiştir. İki metin arasındaki bu farklılık doktrinde Avrupa Topluluğu düzenlemesinde alıcıya getirilen rekabet yasağının alıcının faaliyet göstereceği tesisler dışında da geçerli olabileceği gibi bir yanlış anlayışa neden olabileceği ifade edilmekte ve hüküm eleştirilmektedir⁴⁵¹.

Rekabet Kurulu’nun TÜGSAŞ ve Karboğaz arasında imzalanan 10 Ekim 1995 tarihli anlaşmanın RKHK'a aykırı olduğu iddiasını incelediği 05–12/136–49 sayılı ve 3 Mart 2005 tarihli kararında (“Tügsaş-Karboğaz Kararı”)⁴⁵², anılan anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde grup muafiyetinden faydalanıp faydalanmayacağını değerlendirirken, rekabet yasağı ile münhasır alım hükümleri arasındaki farkı açıklamıştır. Şöyle ki, TÜGSAŞ ile Karboğaz arasında akdedilen sözleşmenin hükümleri incelendiğinde rekabeti kısıtlar nitelikte tek sınırlamanın yukarıda yer verilen 22 yıllık münhasır satış yükümlülüğü olduğu görülmektedir.

Kurul’a göre, münhasır satış anlaşması, sağlayıcının anlaşmada belirlenen mal veya hizmetleri belirli bir kullanım veya yeniden satış amacıyla ilgili coğrafi pazar içinde sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına girdiği anlaşmadır. Münhasır satış anlaşması, hem tedarik anlaşması hem de dağıtım anlaşması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Sağlayıcının yalnızca, tüm pazar için atanan tek bir dağıtıcıya mal vermek zorunda olduğu münhasır satış anlaşması türü, dağıtım anlaşması niteliği taşımaktadır. İkinci grup münhasır satış anlaşmaları ise, yeniden dağıtım amaçlı değil endüstriyel kullanıma yönelik olan ara malların söz konusu olduğu anlaşmalardır. Bu grup anlaşmalarda da sağlayıcı, ara malı coğrafi pazar içinde tek bir alıcıya satar.

⁴⁵¹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 370–371.

⁴⁵² Rekabet Kurulu’nun 05–12/136–49 sayılı ve 3 Mart 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Ancak ilkinden farklı olarak bu sefer alıcı taraf, söz konusu ara malı kendi tüketiminde kullandığından dağıtım değil tedarik ilişkisi gündeme gelecektir. Kararda, münhasır satış anlaşmalarının değerlendirmesinde en temel kıstasın, alıcının alım pazarındaki pazar payının olduğu belirtilmiştir. Nitekim alıcının, üst piyasa olan alım piyasasında sahip olduğu pazar payı arttıkça, rakip alıcıların piyasaya girme olanakları da sınırlanacaktır. Bu kapsamda yapılan bir değerlendirmeyi etkileyecek unsur, alım pazarının büyüklüğüdür.

Teorik açıdan ve aynı zamanda genel olarak benimsenen yaklaşıma paralel olarak münhasır satış yükümlülüğü, Tebliğ'in 3. maddesinde tanımlanan rekabet etmeme yükümlülüğünden farklı bir sınırlama olduğundan Tebliğ'in 5. maddesindeki kısıtlamalara tabi değildir. Diğer taraftan söz konusu yükümlülük, Tebliğ'in 4. maddesindeki ağır sınırlamalar arasında da yer almadığından, grup muafiyetinden yararlanmaktadır. Kurul, tüm bu tespitleri ışığında, sözleşmenin grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle RKKH m. 4 yasağından muaf olduğuna karar vermiştir.

2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen limitleri aşan rekabet etmeme yükümlülükleri, sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilmesi kaydıyla, Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirilecektir. Bu durumda, rekabet etmeme yükümlülüğü, Tebliğ'de öngörülen süre limitini doldurmamış ise, kalan süre için, diğer bir ifadeyle Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar uygulanmaya devam edecektir. Bu üst sınırı aşan süredir uygulanan rekabet etmeme yükümlülüğü ise, geçersiz olacak ve alıcı konumundaki teşebbüs tamamen bağımsız kalacaktır⁴⁵³.

Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunluluğudur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmiş ise bu kredinin geri ödemesi, alıcının beş yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, beş yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından sonra varsa kalan borçları geri ödeme olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hallerde, alıcının beş yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda bu

⁴⁵³ Bkz. Kılavuz, s. 13, p. 36.

ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânına sahip olması gerekmektedir⁴⁵⁴.

1.6.2.10.3.2 Sözleşme Sonrasındaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca alıcıya anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi yasaktır. Bu yasağın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olarak öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün muafiyetten faydalanabilmesi için, yalnızca anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması, sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması ve sözleşmenin sonra ermesinden itibaren yalnızca bir yıl ile sınırlı olması gerekmektedir. İkinci istisna ise, kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkindir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanımı ve açıklanması herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın rekabet yasağı kapsamına alınabilmektedir.

Kurul Toys'R Us Kararında sözleşme sonrası dönem için öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünü, 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde incelemiş ve anlaşmanın "Rekabet etmeme" başlıklı 12.2. maddesinde Franchise Alan'a "Bölge içinde veya dışında" rekabetçi faaliyetle meşgul olmama yükümlülüğü getirildiğini, anlaşmanın "Çeşitli Tanımlar" bölümünde Bölge'nin, Türkiye ve Ek Bölge'nin ise, Azerbaycan, Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Kuzey Kıbrıs olarak belirlendiğini altını çizmiştir⁴⁵⁵. Kurul, anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, sadece Franchise Mağazaları'nın bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlandırılmamış, tüm Türkiye için getirilmiş olması nedeniyle, hükmün grup muafiyetinden yararlanamayacağına karar vermiştir.

2790/1999 sayılı Tüzüğü'nün 5. maddesinin (b) bendinde aynı düzenleme olumsuz bir dil kullanılarak yapılmıştır. Buna göre, "anlaşmanın sona ermesinden sonra alıcının mal veya hizmetleri üretmemesi, satın almaması veya yeniden satmamasına yol açan herhangi bir doğrudan veya dolaylı yükümlülük, sözleşme konusu mal veya hizmetlerle rakip olan mal veya hizmetlerle ilgili (a) sözleşme süresi boyunca alıcının

⁴⁵⁴ Bkz. Kılavuz, s. 13–14, p. 37.

⁴⁵⁵ Bkz. dn. 448.

faaliyet gösterdiği bina ve arsalarla sınırlı (b), sağlayıcı tarafından alıcıya verilmiş olan know-how'ın korunması için zorunlu (c) ve böyle bir rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi anlaşmanın sona ermesinden sonra bir yıl ile sınırlı olmadıkça (d) geçerli sayılmayacaktır. Tabii ki, bu yükümlülük alenileşmemiş olan know-how'ın kullanımı ve ifşa edilmesinin süresiz olarak sınırlandırılması olanağını ortadan kaldırmayacaktır.

1.6.2.10.3.3 Belirli Bir Rakip Markaya Yönelik Rekabet Yasağı

2002/2 Tebliğ m. 5 (c) bendindeki rekabet yasağı düzenlemesi, seçici dağıtım sistemi üyelerinin belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğüne ilişkindir. Düzenleme, seçici dağıtım sistemlerinde özel olarak belirli bir markanın hedef gösterilmesi, sistem üyesi satıcıların bu markanın ürünlerini satmalarının yasaklanması ve böylelikle yasaklanan rakip markanın satışlarının engellenmesi sonucu doğuracak rekabet etmeme yükümlülüklerinin grup muafiyetinden yararlanamayacağını öngörmektedir.

Bu hüküm seçici dağıtım ile rekabet etmeme yükümlülüğünün bir arada uygulanamayacağı anlamına gelmez. Seçici dağıtım sisteminin sağlayıcısı konumundaki teşebbüs, seçilmiş alıcıların sadece kendi ürünlerini satmasını ve rakip ürünlerin hiçbirini satmamalarını zorunlu kılabilir. Ancak, rakiplerden bir kısmının ürünlerinin bu sistemde satışına izin verirken kalanlarının bu sistemi kullanmasını engelleyemez. Bir başka deyişle, seçici dağıtım sistemlerinde rekabet etmeme yükümlülüğü ya tüm rakip ürünler için getirilecek ya da hiçbiri için getirilmeyecektir⁴⁵⁶.

2790/1999 sayılı Tüzük m. 5 (c) bendi de, “bir seçici dağıtım sisteminin üyelerinin belirli rakip sağlayıcıların markalarını satmamasına sebep olan herhangi bir doğrudan veya dolaylı yükümlülüğün muafiyetten yararlanamayacağı”nı ifade etmektedir.

⁴⁵⁶ Bkz. Whish, s. 659. Kılavuz, s. 14–15, p. 40.

1.6.2.11 Muafiyetin Sona Ermesi

1.6.2.11.1 Bireysel Geri Alma

2002/2 sayılı Tebliğ'in 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik 6. maddesinin ilk fıkrasında, Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınması usulü düzenlenmiştir. Buna göre:

“Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir. Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda ise alıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü ister. Rekabet Kurulu ayrıca anlaşmanın diğer taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini de isteyebilir.”

Bu düzenleme uyarınca, grup muafiyeti tanınmış bir anlaşmanın RKHK m. 5’de düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Kurul anlaşmanın grup muafiyetini geri almaya karar verebilecektir⁴⁵⁷. Şöyle ki, anlaşmanın uygulama aşamasında ilgili pazarda doğurduğu etkiler muafiyet koşulları ile uyum içerisinde değilse, tüm hükümleri 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygun olsa dahi, grup muafiyeti geri alınabilecektir.

Grup muafiyetinin bireysel geri alınmasına ilişkin 6. maddenin ilk fıkrası, RKHK m. 5 ve 13’e genel bir atıf yapmakla yetinmiş, 2790/1999 sayılı Tüzüğün aynı konuyu düzenleyen 6. maddesinde bahsedilen özel durumlara değinmemiştir. 2790/1999 sayılı Tüzük kapsamına giren anlaşmaların ATA m.101/3 ile bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde Komisyon, grup muafiyetini geri alabilecek ise de, özellikle alıcının mallarını sattığı veya hizmetlerini sunduğu pazarda

⁴⁵⁷ Kılavuzda (s. 16, p. 48) da belirtildiği üzere, muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Ancak, muafiyetin geri alınıp alınmayacağı belirlenmesinde anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazar payları tek başına belirleyici unsur değildir. Nitekim pazar payları birbirine yakın seyreden teşebbüslerin faaliyet gösterdiği oligopolistik bir pazardaki herhangi bir teşebbüsün akdetmiş olduğu dikey bir anlaşmadan da muafiyetin geri alınması söz konusu olabilecektir. Bu noktada yapılacak bir değerlendirmede, pazar paylarının yanı sıra, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün özellikleri ve tüketicilerin bu ürüne olan bağımlılıklarının derecesi gibi diğer birtakım unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır.

önemli bir pazar gücüne sahip olduğu veya paralel ağlarının ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde sınırladığı ve ilgili pazarda girişi önemli ölçüde kısıtladığı veya benzer etkilere sahip olduğu hallerde bu yetki kullanılacaktır. İşte bu özel durumlar, 2002/2 sayılı Tebliğ m. 6'ya alınmamıştır.

Kurul, Kavaklıdere-Doluca kararında Kavalıdere ve Doluca'nın pazara yıllardır yatırım yapan, pazarın en eski iki üreticisi olmaları, marka ve dağıtım ağlarının gücü, en çok bilinen şarap markaları olmaları, tüketici ilişkilerinin çok iyi olması, pazarı çok sıkı takip etmeleri, ürün kalitelerinin çok iyi olması, geniş bir portföye sahip olmalarına karşın, ilgili pazara potansiyel olarak güçlü bir rakibin girebilmesi, ilgili pazarda ithalatın ve butik şarapçılığının yaygınlaşması ve tüketici tercihleri vb. unsurları dikkate alarak, bu teşebbüslerin satış noktaları ile imzaladıkları anlaşmaların muafiyetinin geri alınmasına ilişkin soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir⁴⁵⁸.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin incelemesinde Kurul'un izleyeceği usulü de düzenlemiştir. Kurul, nihai kararını vermeden önce sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda ise, alıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü isteyecektir. Kurul, anlaşmanın diğer tarafının veya ilgili üçüncü kişilerin de yazılı ve/veya sözlü görüşlerini isteyebilecektir.

Doktrinde Aslan, bu düzenlemenin RKHK'un usule ilişkin hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir⁴⁵⁹. Nitekim RKHK, Kurul'un nihai kararların nasıl geri alınacağını detaylı olarak düzenlemiştir. Grup muafiyetinden yararlanmanın geri alınması demek, anlaşmanın veya bazı hükümlerinin yasaklanması demektir. Bu yasaklama kararının verilebilmesi için, soruşturma açılması ve soruşturma kararına karşı tarafların görüşlerinin alınması ve bir soruşturma raporu hazırlanması gerekmektedir. Hazırlanan soruşturma raporuna karşı tarafların görüşleri alınacak ve gerekirse ek görüş hazırlanacaktır. Soruşturma neticelenmeden, Kurulun veya tarafların istemesi halinde sözlü savunma toplantısı düzenlenmesi de gerekmektedir. Bu usule uyulmadan alınan nihai kararlar, usul yönünden RKHK'na aykırı olacaktır.

⁴⁵⁸ Bkz. dn. 446.

⁴⁵⁹ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 425.

Aslan, Tebliğ m. 6/I'in tarafların bir defaya mahsus görüşlerinin alınmasına ilişkin düzenlemesinin, RKHK'da öngörülen usulü değiştirdiği, oysaki usule ilişkin hükümler emredici nitelikte olup, Kurul'un bunları çıkardığı tebliğler ile değiştirme yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir.

RKHK m. 40-55 hükümleri, Kurul'un inceleme ve soruşturmalarında izleyeceği usulü düzenlemektedir. Buna göre, Kurul'un yaptığı ön inceleme neticesinde soruşturma yapmaya karar vermesi halinde, kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirmesi ve tarafların 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını vermeleri gerekir. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için, Kurul'un bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi şarttır (m. 43).

Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bilgi isteme (m. 14) ve yerinde inceleme yetkilerini (m. 15) kullanabileceği gibi, gerek taraflardan gerekse üçüncü kişi ve kurumlardan, gerekli görülen her türlü evrak ve bilginin verilmesi talep edilebilir. Nitekim taraflar da, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecektir. Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacaktır (m. 44).

RKHK tarafların haklarında ileri sürülen iddialara cevap verme haklarını en geniş şekilde düzenlemiştir. Buna göre, soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor ilgili taraflara tebliğ olunacak ve taraflara, bu rapora karşı yazılı savunma sunma imkânı tanınacaktır. Taraflara yazılı savunmalarını sunmak için 30 gün verilmiş olup, raportörlerin bu rapora karşı ek yazılı görüş bildirmeleri mümkündür. Raportörlerin ek yazılı görüş vermeleri halinde, bu ek görüş de ilgili taraflara bildirilecek ve 30 gün içinde cevap vermeleri istenecektir. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde, cevap sürelerinin bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılması mümkündür (m. 45).

RKHK'daki soruşturma usulünde, taraflara yazılı olarak savunmalarını sunma imkânı tanıdığı gibi, sözlü savunma yapmak istemeleri halinde, sözlü savuna toplantısı yapılması da öngörülmektedir (m. 46).

Tüm açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu Kurul tarafından yapılan soruşturmalarda ilgili tarafların cevap ve savunma haklarını kullanmalarını sağlamak ve ilgili tarafların haklarının soruşturma sırasında ihlal edilmesini engellemek için RKHK içerisinde ayrıntılı kanuni düzenlemeler yapmıştır. Bu amaç, RKHK m. 44'ün gerekçesinde yer verilen Kurul'un soruşturmalarının gizli olmadığı, savunma haklarını tam olarak kullanılabilmesi için ilgili taraflara Kurul tarafından kendileri ile ilgili olarak düzenlenmiş her türlü evrakın ve delilin bir nüshasını alabilme hakkının verildiği, tarafların savunma hakkının tam ve eksiksiz bir biçimde kullanmalarının mümkün kılınmasına ilişkin açıklamalarda da açıkça görülmektedir.

Kanaatimizce, Kurul'un grup muafiyeti kararlarının geri alınmasına ilişkin soruşturmalarda da RKHK m. 44-55 usul hükümlerini uygulaması gerekmektedir. Kanun koyucunun rekabet soruşturmalarının ilgili taraflarına Kanun ile tanıdığı cevap ve savunma haklarının, Kurul tarafından çıkarılan bir Tebliğ hükmü ile sınırlandırılması normlar hiyerarşisine aykırıdır. Kanuna aykırı Tebliğ hükmünün, Kurul tarafından uygulanmaması ve Tebliğ m. 6'nın bir değişiklik tebliği ile değiştirilerek, usul bakımından RKHK m. 44-55 hükümlerine uygun bir düzenlemeye ver verilmesi gerekmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, muafiyetin geri alınması işlemi geçmişe etkili değildir. Muafiyetin geriye alınması işlemi geriye yürümeyeceği için anlaşma muafiyetin geri alınmasına ilişkin Kurul kararına kadar geçen süre içerisinde grup muafiyetinden yararlanacaktır.

1.6.2.11.2 Birikimli Etki

Yukarıda da değindiğimiz üzere, bazı pazarlarda üretici veya sağlayıcılar ile dağıtıcıları arasındaki dağıtım ağları, birbirine benzer şekilde düzenlendiğinde, diğer bir ifadeyle birbirine benzer rekabet kısıtlamaları içererek pazarın önemli bir bölümünü aynı şekilde kapattıklarında, bu ağların ihtiva ettikleri dikey kısıtlamaların

etkileri birleşir ve katlanarak artar⁴⁶⁰. İşte bu gibi durumlarda paralel ağların birikimli etkisinden bahsedilir.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6, paralel dağıtım ağlarının birikimli etkisinin ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde engellenmesi ve dağıtım anlaşmalarının RKHK m. 5'te düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olması halinde, ilgili dağıtım ağlarının grup muafiyetlerinin geri alınabileceğini öngörmektedir. Buna ek olarak, anılan paralel ağların ilgili pazarın % 50'sinden fazlasını kaplaması halinde de, Rekabet Kurulu bir Tebliğ çıkararak ilgili pazarda belli sınırlamaları içeren anlaşmaları grup muafiyetinden çıkarabilecektir. Bu ikinci durum, aşağıda grup muafiyetinin Tebliğ ile geri alınmasına ilişkin bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında, grup muafiyetinden faydalanan anlaşmaların rekabete aykırı etkilerini muafiyetin geri alınması değil, diğer rekabet hukuku müesseseleri kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin, Kurul Ülker Grubu Pazarlama Şirketleri bilgisi dâhilinde Ülker Grubu ve/veya distribütörleri tarafından satış noktaları ile imzalanan Özel Statü Müşteri (ÖSM) sözleşmeleri ile ilgili pazarlarda rekabetin ihlâl edildiği iddiasını değerlendirdiği 05-38/487-116 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli kararında ("Ülker Kararı"), Ülker grubunun 3 ürün pazarında hâkim durumda olduğu tespit etmiş olmasına karşın, grup muafiyetin geri alınması bakımından inceleme yapmamış ve Ülker Grubu'nun uygulamalarını yalnızca hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından değerlendirmiştir⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Kılavuz (s. 16-17, p. 49) uygulamada birikimli etki yaratarak pazar kapatan en yaygın dikey sınırlamalar dört ayrı gruba ayırmıştır: tek marka grubu, sınırlı dağıtım grubu, yeniden satış fiyatı grubu ve pazar paylaşımı grubu.

I. Tek Marka Grubu: Alıcının siparişlerinin tek bir sağlayıcıya ait mal veya hizmetlerle sınırlandırılması anlamı taşıyan rekabet etmeme yükümlülüğü ya da miktar zorlaması gibi kısıtlama türleri bu grupta yer alır.

II. Sınırlı Dağıtım Grubu: Sağlayıcının mal veya hizmetlerini sadece belirli sayıdaki alıcılara satması anlamı taşıyan münhasır dağıtım, seçici dağıtım, münhasır müşteri grubu, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi kısıtlama türleri bu grupta yer alır.

III. Yeniden Satış Fiyatı Grubu: Sağlayıcı tarafından alıcının mal veya hizmetleri yeniden satarken uygulayacağı fiyatlara müdahale anlamı taşıyan sabit fiyat, tavsiye fiyat, minimum fiyat, maksimum fiyat gibi kısıtlamalar bu grupta yer alır.

IV. Pazar Paylaşımı Grubu: Alıcının belirli mal veya hizmetleri sadece belirlenmiş bir sağlayıcıdan satın alması ya da yeniden satış yapabileceği bölgelere ilişkin sınırlama getirilmesi anlamı taşıyan münhasır bölge kısıtlamaları bu grupta yer alır.

⁴⁶¹ Rekabet Kurulu'nun 05-38/487-116 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Kurul üyelerinden Prof. Dr. Zühtü Aytaç ve Rıfık Ünal bu kararı kaleme aldıkları karşı oy yazısı ile eleştirmiştir. Kurul üyeleri, ön araştırma raporunda Ülker Grubunun dört üründe pazar lideri, üç üründe de pazara hâkim durumda olduğu tespit edilmiş olmasına karşın, bu tespitlerin kararın sonuç kısmına yansıtılmamasının hatalı olduğu görüşündedir. Ayrıca, Kurul toplantısında üyeler tarafından yöneltilen sorular üzerine muafiyetin geri alınması ihtimali tartışılmış ise de, karara yansıtılmamıştır. Anılan üyeler, ilgili pazarda üç üründe hâkim durumda, dört üründe de lider konumunda olan bir teşebbüsün, pazarın rakip teşebbüslere kapanmasına yönelik açık bir risk bulunmasına rağmen, grup muafiyetinin kaldırılması ihtimalinin gündeme getirilmemesini usule ve esasa ilişkin eksiklik olarak değerlendirmiştir. Karşı oy yazısında, Ülker Grubunun dağıtım ağının kısıtlayıcı potansiyel etkilerinin olduğu kabul edilmesine karşın, kararda hiçbir somut koşul, yükümlülük, tarih, dönem öngörülmesiz “ilgili daire tarafından izlenmesi” şeklindeki hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu da belirtilmiştir.

Biz de karşı görüş yazısına kısmen katılıyoruz. Kanaatimizce ön araştırma raporunda ve Kurul’un karar toplantısında tartışılmış olmasına rağmen, grup muafiyetinin geri alınması ihtimaline kararda yer verilmemiş olması, Kurul’un raportörlerin ihtimal dahilinde gördüğü geri alma yaptırımının uygulanmamasına ilişkin gerekçelerinin açıklamaması kararı konu ve amaç unsurları bakımından sakatlayabilir. Bununla beraber, Ülker’in bazı alt pazarlarda hâkim durumda olduğu tespitinin kararın sonuç kısmında belirtilmemesi, teşebbüsün anılan alt pazarlarda hâkim durumda olduğu tespitini ortadan kaldırmayacağı gibi, teşebbüsün hâkim durumuna dayanan bir yaptırım uygulaması bulunmaması nedeniyle de bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir.

1.6.2.11.3 Tebliğ ile Geri Alma

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/II ve III, ilgili pazarda paralel ağların yaygınlığının belirli bir seviyenin üstüne çıkması halinde Kurul’a, belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarma yetkisi tanımaktadır. Anılan hüküm şöyledir:

“Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50’sinden fazlasını kapsıyorsa, Rekabet Kurulu,

ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları bu Tebliğ'in sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir.

İkinci fıkra uyarınca çıkarılacak tebliğler, yayımlandığı tarihten itibaren en az 6 ay geçmedikçe yürürlüğe giremez."

Bu hüküm uyarınca, benzer nitelikteki dikey kısıtlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın % 50'sinden fazlasını kapsamaları halinde, Kurul bir tebliğ çıkarmak suretiyle ilgili pazarda yaygın olarak uygulanan rekabet kısıtlamalarını içeren dikey anlaşmaları 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkarabilecektir. Örneğin, ilgili ürünün özellikleri bakımından seçicilik ölçütleri uygulamak gerekmediği halde paralel seçici dağıtım ağları ilgili pazardaki dağıtım kanallarının yarısından fazlasını kapsamaya başlamış ise, bu seçenek gündeme gelebilecektir⁴⁶².

Diğer bir örnek olarak, oligopol bir pazarda (faaliyet gösteren teşebbüslerin hiçbirinin % 40 pazar payı sınırını aşmadığı ve dağıtım ağlarının grup muafiyetinden faydalandıkları ihtimalde) pazarın % 70'ini ellerinde bulunduran üretici veya sağlayıcıların her biri, kurdukları münhasır dağıtım ağları ile ilgili pazardaki toptancı ve perakendeci satış noktalarının % 50'sini aşan bir kısmını kapatmışlardır. Bu durum, ilgili pazara yeni girişleri engellemekte, hatta pazarın kapanma oranı itibarıyla neredeyse imkânsızlaştırmaktadır. İşte böyle bir durumda Kurul'un bu pazara özel olarak çıkaracağı bir tebliğ ile, ilgili pazarda güçlendirilmiş münhasır dağıtım ağlarını grup muafiyeti dışına çıkarması ve böylelikle ilgili pazarı yeni girişlere ve potansiyel rekabete açması mümkün olabilecektir.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/I'de öngörülen bireysel geri alma ile m. 6/II'de öngörülen tebliğ ile geri alma yöntemleri arasındaki farklılıklar bulunmaktadır. Bireysel geri alma, yalnızca Kurul'un soruşturmasına ve geri alma kararına konu teşebbüsleri ilgilendirirken, tebliğ ile geri alma yönteminde ilgili pazarın tamamı hedeflenmekte, ilgili pazarda yaygın olarak uygulanan ve rekabet üzerinde olumsuz etkilere neden olduğu tespit edilen dikey kısıtlamaları içeren tüm dağıtım ağları muafiyet dışına çıkarılmaktadır.

⁴⁶² Bkz. Kılavuz, s. 17, p. 50.

Kılavuz da, bireysel geri alma ile tebliğ ile geri alma usulleri arasındaki farkları Tebliğ m. 6/I'deki geri alma yönteminde geri alma kararıyla belirli teşebbüs veya teşebbüslerin RKHK m. 4'ü ihlal ettiği ortaya konurken, Tebliğ m. 6/II'de düzenlenen tebliğle kapsam dışına çıkarmada, sadece belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşma türleri için grup muafiyeti koruması kaldırılmaktadır⁴⁶³.

Kılavuz'da yer verilen açıklamalara göre, bir anlaşma grubunun muafiyetinin 2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/I uyarınca geri alınması halinde, tebliğ ile geri almadan farklı olarak, ilgili teşebbüsler RKHK m. 4 uyarınca cezalandırılacak ve anlaşma RKHK m. 5 uyarınca bireysel muafiyet de alamayacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/III uyarınca Kurul, tebliğ ile geri alma usulünü uygularken, çıkaracağı tebliğler ile uygulamanın kapsamını ve hükümlerini belirleyecek ve anılan tebliğlerde ilgili teşebbüsler için - anlaşmalarını gözden geçirme imkânı yaratacak şekilde - en az 6 aylık bir geçiş süreci öngörecektir.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 6/II ve III hükümlerinin yürürlüğe girmesinden bu yana Rekabet Kurulu'nun tebliğ ile geri alma usulüne başvurmadığı için, bu konuda herhangi bir örnek bulunmamaktadır.

Rekabet Kurulu belirli bir pazardaki dikey anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınmasına karar verebileceği gibi, muafiyetin devam etmesini belirli şartların yerine getirilmesine de bağlayabilir.

Örneğin, 2002/2 sayılı Tebliğ ile alıcılara getirilmesine müsaade edilen 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, çıkarılacak bir Tebliğ vasıtasıyla, bazı pazarlar için 3 yıla indirilebilir. Benzer şekilde, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlayıcılara tanınan alıcının azami satış fiyatını belirleme hakkının da, bazı pazarlar için kaldırılması söz konusu olabilir⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Bkz. Kılavuz, s. 17, p. 50.

⁴⁶⁴ Bkz. Kılavuz, s. 12, p. 45.

1.7 Çeşitli Dikey Sınırlamaların Analizi

Dikey kısıtlamalar, yukarıda da değindiğimiz üzere, “fiyatla ilgili dikey kısıtlamalar” ve “fiyatla ilgili olmayan dikey kısıtlamalar” olmak üzere iki çeşittir. Rekabet hukukunun ilk dönemlerinde, fiyatla ilgili dikey kısıtlamaların tamamının *per se* rekabete ve bu nedenle de kanuna aykırı oldukları kabul edilmekteydi. Oysaki ilerleyen dönemlerde, fiyata ilişkin tüm kısıtlamaların ilgili pazarda aynı etkileri doğurmadığına karar verilmiştir. Örneğin, azami fiyat tespiti veya tavsiye fiyat uygulaması, günümüzde yeniden satış fiyatı tespiti olarak sayılmamakta ve belirli şartlarla muafiyete konu olabilmektedir.

Teşebbüsleri dikey anlaşmalar yapmaya nedenlerin analizi, bu anlaşmalarda yer verilen dikey kısıtlamaların amaç ve etkilerinin değerlendirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Üretici veya sağlayıcı, dağıtımın kendi planladıkları şekilde ve koydukları kurallar ile yürümesini sağlamak ve bu suretle ürünlerin dağıtımında bir standardizasyon ve sürekliliği yakalamak isterler. Örneğin, bir üreticinin dağıtıcılarına azami satış fiyatı veya azami mal alım yükümlülüğü getirirken ki amacı, dağıtıcıların keyfi fiyatlama uygulamalarını önlemek, ürün fiyatlarının fazlaca yükselmesine engel olmaktır. Aksi halde, yükselen fiyatlar nedeniyle ürünün talebi düşecek ve üreticinin üretim miktarı, cirosu ve buna bağlı olarak da kârı azalacaktır⁴⁶⁵.

Aşağıda çeşitli dikey kısıtlamaların arkasında yatan nedenler ve ilgili pazarda rekabete etkileri ele alınacaktır.

1.7.1 Tek Marka Sınırlaması

Tek marka sınırlaması, üretici veya sağlayıcının ürünlerinin dağıtımını yürüten dağıtıcılara rakip üretici veya dağıtıcıların ürünlerini satmamalarını şart koşmasıdır⁴⁶⁶. Dağıtım anlaşmalarında bu sınırlamaya doğrudan rakip markaların satışının yasaklanması gibi açık bir düzenleme ile yer verilebileceği gibi, kapalı veya dolaylı bir hükmün arkasına gizlenmek suretiyle yer verilmesi de mümkündür.

⁴⁶⁵ Bkz. Barış Ekdi, **Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No.16, Ankara 2009, s. 3 vd.

⁴⁶⁶ Aynı tanım, Komisyon’un Dikey Anlaşmalara ilişkin Kılavuzunda (p. 138–160) da verilmiştir. Bkz. dn. 25.

Uygulamada sıklıkla rastlanan kapalı tek marka sınırlamaları, satış hedefi (kota), satış indirimi, bedava ürün veya sadakat indirimleridir. Üretici veya sağlayıcı, anılan uygulamalar ile, dağıtıcılarını kendi ürünlerini daha çok satmaya teşvik etmekte, öngörülen hedef veya sadakat indirimine hak kazanmak için rakip üretici veya sağlayıcıların ürünleri yerine kendi ürünlerini pazarlamak için daha çok çaba sarf etmelerini sağlamaktadır⁴⁶⁷.

Tek marka sınırlamaları, rekabet üzerinde olumlu ve olumsuz etkileri bir arada içerebilmektedir. Bu sınırlamalarının en önemli olumsuz etkisi, pazar kapamadır. Dağıtıcı, kendisine getirilen tek marka yükümlülüğü ile rakip markalara kapatılmaktadır.

Anılan kapama etkisi, ilgili pazarda giriş engellerinin bulunup bulunmaması, pazarın yapısı, tarafların pazar güçleri gibi unsurlarla beraber değerlendirilmelidir. Örneğin, ilgili pazarda güçlü bir dağıtıcı ile yapılan tek marka dağıtım anlaşmasının, pazar gücü olmayan bir dağıtıcı ile yapılan bir sözleşmeye nazaran daha fazla rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuracağı açıktır.

2002/2 sayılı Tebliğ, rekabet etmeme yükümlülüğü, miktar zorlaması gibi tek marka sınırlamalarına yer veren dikey anlaşmaların, üretici veya sağlayıcının ilgili pazardaki payının % 40'dan düşük olması ve anılan sınırlamaların süresinin beş yılı aşmaması halinde grup muafiyetinden faydalanmalarına imkân vermektedir⁴⁶⁸.

Tek marka sınırlamalarının etkilerinin tespitinde, ilgili pazarda paralel ağların ve birikimli etkinin durumunun bilinmesi de önem taşır. Nitekim ilgili pazarda faaliyet gösteren üretici veya sağlayıcıların, pazar payları düşük bile olsa, önemli sayıda alıcı ile tek marka anlaşmalar akdetmiş olmaları, pazarın potansiyel rakiplere kapatılmasına

⁴⁶⁷ Örneğin, alıcının satın almak istediği mal beraber tamamen farklı bir malı da almasını teşvik eden veya bunu bir yükümlülük getiren bağlama anlaşmalarında da vardır. (...) Alıcı, bağlama anlaşmaları nedeniyle farklı sağlayıcılardan daha ucuza tedarik edebileceği ürünleri, tek bir satıcıdan, daha pahalıya satın almaktadır. Tüm bu etkiler markalar arası rekabette azalmaya yol açmaktadır. Bkz. Kılavuz, s. 31, p. 133.

⁴⁶⁸ Tek marka sınırlamalarında dağıtıcıların tedariklerinin tamamını veya tamamına yakın bir kısmını tek bir üretici veya sağlayıcıdan yapmaları öngörülür. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 3'te öngörülen rekabet etmeme tanımı ile birlikte değerlendirme yapıldığında, dağıtıcının tüm tedarikinin % 80 ve daha fazlasını bir tek üretici veya sağlayıcıdan yapacağına ilişkin hükmün tek marka sınırlaması teşkil edeceği kabul edilmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ ile % 40 olarak öngörülen pazar payı eşiği, AB'de % 30 olarak uygulanmaktadır.

neden olabilir. İşte birikimli etki olarak adlandırılan durum da budur. Kılavuzda, Pazar kapama durumunda birikimli etkiyi ortadan kaldırmak için sağlayıcıların faydalandıkları grup muafiyetlerinin geri alınabileceğini öngörmektedir. Bununla beraber, bağlı pazar payları % 5'den az olan üretici veya dağıtıcıların birikimli kapama etkisine önemli bir katkıda bulunmadıkları kabul edilebilecek ve grup muafiyetleri geri alınmayabilecektir⁴⁶⁹.

Komisyon'un Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu, ilgili pazarda tek marka sınırlamaları içeren paralel ağların yaygın olması halinde, ilgili pazardaki en büyük sağlayıcının pazar payı % 30'dan düşük bile olsa, en büyük beş sağlayıcının bağlı pazar payları toplamı % 50'den yüksek ise, dikey muafiyet söz konusu olmayacaktır⁴⁷⁰.

Dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde, anlaşmalarda yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı ve süresi de önem taşır. 2002/2 sayılı Tebliğ rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin anlaşma süresince 5 yıl ile sınırlı olmasını şart kılmış ve 5 yıldan uzun veya belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüklerinin, kural olarak, grup muafiyetinden faydalanmayacağını öngörmüştür. Sağlayıcının dağıtıcıya know-how devri yaptığı dağıtım ağları istisna tutulmuş, bu dağıtım ağları için 5 yılı aşsa bile sözleşme süresine eşit rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceği kabul edilmiştir.

Yukarıda kısaca ele aldığımız üzere, bedavacılık sorunu, bir üretici veya sağlayıcının dağıtıcılarından biri tarafından gerçekleştirilen reklâm, tanıtım, promosyon gibi sürüm ve satış artırıcı faaliyetlerden, bu yatırımları yapmayan diğer dağıtıcıların dolaylı olarak faydalanması durumudur⁴⁷¹. Rekabet Kurulu da, Atlas Gıda

⁴⁶⁹ Bununla beraber, bağlı pazar payları % 5'den az olan üretici veya dağıtıcıların birikimli kapama etkisine önemli bir katkıda bulunmadıkları kabul edilebilecek ve grup muafiyetleri geri alınmayabilecektir.

⁴⁷⁰ Bkz. dn. 25.

⁴⁷¹ Komisyon'un Dikey Kısıtlamalara İlişkin Yeşil Kitabında bedavacılık sorunu ve çözümüne ilişkin çeşitli önerilere yer verilmiştir:

"Belirli bir bölgede birden çok perakendecinin belirli bir ürünün aynı markası satmaları halinde, tüm perakendeciler içlerinden birinin satış çabalarından faydalanacaktır. Örneğin, bir perakendeci bölgedeki müşterileri bilgilendirme işine yatırım yaparsa veya markanın reklamını yaparsa, tüm diğer perakendeciler reklam işinden tasarruf ederler ve ilki tarafından sağlanan hizmetten bedava yararlanırlar. Böyle bir durumda, tüm perakendeciler böyle faaliyetlere az yatırım yapma eğilimi gösterirler. Bedavacılık üretici tarafından münhasır bölgenin şart kılınması ile çözülebilir. Dağıtıcıya belirli bir markanın tek sağlayıcısı olacağı bir münhasır

Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ve bazı nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki sözleşmelere bireysel muafiyet tanınmasını talebini incelediği 08–66/1060–415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli kararında bedavacılık sorununu ele almıştır. Kararda, tüm üreticilerin, perakende satış noktalarında ürünlerinin yer almasını sağlamak için birbirleri ile distribütörleri aracılığıyla rekabet ettikleri ve distribütörlerine rekabet etmeme yükümlülükleri getirdikleri belirtilmektedir⁴⁷². Distribütörler de, üreticilerinin reklâm ve promosyon uygulamalarını sahaya birebir yansıtmaktadır. Bu bakımdan, üretici ile dağıtıcıları arasında yapılan dağıtım sözleşmelerinde, distribütörlerin tüm emek ve faaliyetlerini kendi bölgelerindeki satış noktalarına ve tek markaya özgülemelerinin sağlanması, dağıtım sisteminin daha etkin çalışmasına imkân vereceği gibi, markalar arası rekabeti artıracığı ve diğer üreticilerin distribütörlere yapılan yatırımlardan yararlanmasının, diğer bir ifadeyle bedavacılık sorununun önüne geçecektir.

Kurul'un 08–33/421–147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararında, tek marka sınırlaması ve bedavacılık sorununun çözümüne ilişkin ayrıntılı tespitlere yer verilmiştir⁴⁷³. Kurul, bir dağıtıcının diğer bir dağıtıcının satış artırma çabalarından haksız yere yararlanmasını bedavacılık olarak nitelendirdikten sonra, bu sorunun sağlayıcılar arasında da söz konusu olabileceğinin altını çizmiştir⁴⁷⁴. Kurul'a göre, sağlayıcının perakendecilerine promosyon yatırımı yapması halinde, bu promosyonun aynı zamanda onun rakiplerini de anılan perakendeciye çekecektir. Bu sorun ancak perakendecilere getirilecek rekabet etmeme yükümlüğü ile ortadan kaldırılabilir.

bölgenin atanması, taşıma ve işlem masrafları bedavacılığın etkilerini en aza indirir." Bkz dn. 7, s. 19, p. 59.

⁴⁷² Bkz. dn. 308.

⁴⁷³ Rekabet Kurulu'nun 08–33/421–147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴⁷⁴ Kurul, sağlayıcılar arasında bedavacılık sorunu sadece promosyonun perakendecinin bulunduğu yer ile sınırlı olduğu durumda geçerli olacağını, bununla beraber markaya özgü bir promosyon söz konusu olduğunda bedavacılık argümanının ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir. Bize göre, Kurul'un bu tespiti yerinde değildir. Nitekim bedavacılık yalnızca sağlayıcının belirli bir perakendeciye yapacağı promosyonlar bakımından değil, sağlayıcı tarafından markaya ilişkin olarak yürütülen genel promosyonlar için de söz konusu olabilir. Nitekim her iki durumda da, perakendecilere tek marka sınırlaması getirilmemesi halinde, promosyon etkisi ile perakendecilere çekilen tüketiciler, diğer markalar ile de temas içinde olacaklarından, diğer markalar bakımından bedavacılık söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, bu durumun ülke genelinde veya bölgesel olarak yürütülen reklam kampanyaları veya diğer promosyonların olağan bir sonucu olduğu ve bu nedenle de rekabet üzerindeki etkilerinin dikkate alınmaması gerektiği de ileri sürülebilir.

Tek marka anlaşmalarının diğer bir olumlu etkisi ise, vazgeçme sorununun çözülmesidir. Vazgeçme problemi, sağlayıcı tarafından sözleşmeye özgü veya ticari ilişkiye özgü olarak yapılan yatırımların, anlaşma sona erdikten sonra diğer alıcıların ihtiyaçlarını karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında önemli ölçüde değerini yitirmesidir. Vazgeçme problemi ile karşı karşıya kalan üretici, yatırımını amorti edemeyeceği korkusuyla, yatırım yapmaktan vazgeçebilmektedir.

Doktrin, vazgeçme probleminin ortaya çıkmasına ilişkin olarak çeşitli koşullardan bahsetmektedir⁴⁷⁵. Bu koşullar, anlaşma veya ticari ilişkiye özgü olan yatırımın alıcıya (dağıtıcıya) ait olması (1), anılan yatırımın kısa zamanda telafi edilemeyecek, uzun dönemli bir yatırım olması (2) ve asimetrik olması yani, anlaşmanın bir tarafının diğerine göre daha fazla yatırım yapmış olmasıdır (3). Vazgeçme problemi, müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınması veya *hold-up* problemi şeklinde de isimlendirilmektedir⁴⁷⁶.

Sağlayıcı ya da alıcı tarafından gerçekleştirilen, özel ekipman veya eğitim gibi bir takım yatırımlar, müşteriye özgü yatırım (customer – specific investment) sayılmaktadır. Bu tip yatırımların özelliği, sağlayıcı tarafından yapılması durumunda anlaşmanın sona ermesinden sonra diğer alıcılarının siparişlerini karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybetmesidir. Müşteriye özgü yatırımın alıcı tarafından yapılması durumunda ise, yatırımın sözleşmenin sona ermesinden sonra alıcı, bu yatırımı diğer bir rakip sağlayıcının mallarına ilişkin olarak kullanamaz ve üçüncü kişilere satması halinde de yatırım değerinin önemli bir kısmını kaybedeceği için, büyük zararlara uğrar. Bu açıdan değerlendirildiğinde, sadece belirli marka parçaları üretmek için kullanılan ve bu

⁴⁷⁵ Karakurt ise vazgeçme problemini şöyle açıklamaktadır:

“Sağlayıcı ya da alıcı tarafından gerçekleştirilen, özel ekipman veya eğitim gibi bir takım yatırımlar müşteriye özgü yatırım (customer-specific investment) olarak kabul edilmektedir. Bu tip yatırımların özelliği; sağlayıcı tarafından yapılması durumunda anlaşmanın sona ermesinden sonra diğer alıcılarının siparişlerini karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybetmesidir. Müşteriye özgü yatırımın alıcı tarafından yapılması durumunda ise, söz konusu yatırımın sözleşmenin sona ermesinden sonra alıcı tarafından diğer bir rakip sağlayıcının mallarını kullanma ya da satın almada kullanılamaması ve satımı anında değerinin önemli bir kısmını kaybedecek olması gereklidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, sadece belirli marka parçaları üretmek için kullanılan ve bu nedenle alternatif ürünlerin üretiminde kullanılmayan yatırımlar müşteriye özgü yatırım olarak kabul edilecektir.” Bkz. Karakurt, **Münhasır Dikey Anlaşmalar**, s. 20.

⁴⁷⁶ Bkz. Luc Pepperkorn, “Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu” (Competition Policy Newsletter 1998/Haziran sayısı) **Rekabet Dergisi**, Çeviren: Meltem Bağış, s. 86.

nedenle alternatif ürünlerin üretiminde kullanılmayan yatırımlar, müşteriye özgü yatırım olarak kabul edilebilir.

Kurul 08–33/421–147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararı (Algida Kararı) tek marka anlaşmalarının, sözleşmeye özgü veya ticari ilişkiye özgü yatırımlarda ortaya çıkan vazgeçme probleminin çözümüne katkı sağlayacağını belirtmiştir⁴⁷⁷. Kararda, vazgeçme sorunun çözümünde alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü yanında, miktar zorlama şartının da faydalı olacağını altı çizilmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, vazgeçme problemi bulunan dağıtım ağlarında, dağıtıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü bu sorunun çözümünde önemli rol oynayacaktır. Buna ek olarak, üretici veya sağlayıcının dağıtıcıya know-how devrinde bulunduğu dikey ilişkilerde, bir kere sağlanan know-how bir daha geri alınamayacağı için, dağıtıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi rakip üretici veya sağlayıcıların bu know-how'dan faydalanmalarının engellenmesi açısından önem taşıyacaktır. Bu fayda özellikle, know-how'ın alıcı tarafından elde edilmesinin kolay olmadığı ve know-how'ın anlaşma konusu faaliyetler bakımından esaslı ve zorunlu bir nitelik taşıdığı hallerde daha yüksek olacaktır⁴⁷⁸.

1.7.2 Münhasır Dağıtım

Münhasır (tek elden) dağıtım anlaşmalarında, sağlayıcı ürünlerini belirli bir bölge içerisinde yeniden satışı amacıyla yalnızca tek bir dağıtıcıya satmayı yükümlenmektedir. Dağıtıcı ise, yalnızca kendisine tahsis edilen bölge içerisinde aktif olarak faaliyet gösterecek, diğer dağıtıcılara tahsis edilen bölgelerde aktif satış yapmayacaktır⁴⁷⁹.

Münhasır dağıtım anlaşmaları, dağıtım ağı içinde dağıtıcıların birbirleri ile rekabet imkânlarını ortadan kaldırdığı için, marka içi rekabetin azalmasına ve bölgeler arasında fiyat ayrımcılığına neden olabilir. Bu olumsuz etkilerin değerlendirilmesinde,

⁴⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun 08–33/421–147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararı, Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁴⁷⁸ Bkz. Kılavuz, s. 31–32, p. 115.

⁴⁷⁹ Bkz. Pepperkorn, s. 80 vd.

sağlayıcı ile rakiplerin pazardaki konumu ile birlikte, pazarın doygunluk seviyesi de önem taşır⁴⁸⁰.

Tek elden dağıtımın, tek marka sınırlamaları ile beraber getirilmesi halinde pazarın diğer sağlayıcılara kapatılması özellikle küçük bölgelere sahip münhasır dağıtıcıların yoğun bir ağ oluşturmaları veya birikimli etki durumunda söz konusu olabilir⁴⁸¹. Nitekim genel olarak tüm dikey kısıtlamalar, daha etkin rakiplerin girişlerinin engellenmesi sonucunu doğurabilir. Bu durum, mevcut üreticilerin belirli bir yerde belirli ürünlerin dağıtıcıları ile münhasır anlaşmalar yapmaları halinde de ortaya çıkar. Örneğin, perakende sektöründeki ölçek veya kapsam ekonomileri nedeniyle, mevcut perakendeciler ile münhasır anlaşmalar imzalanması halinde, pazara yeni giren üreticilerin daha ağır dağıtım masraflarına katlanmaları zorunlu hale geleceğinden, üretim seviyesinde pazara girişler de zorlaşacaktır⁴⁸².

Hemen belirtmek gerekir ki, tek elden dağıtım ve tek marka sınırlamalarının birlikte kullanılması, önemli bir pazar kapatma etkisi yaratmadığı sürece, münhasır dağıtıcının belirli bir markaya yoğunlaşmasını teşvik ederek rekabeti artırıcı etkiler yaratabilir. Benzer bir değerlendirme, dağıtıcının yaptığı yatırımların korunması veya marka imajının korunması gereken durumlar bakımından da yapılabilir⁴⁸³.

2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca münhasır dağıtım anlaşmaları, içerdikleri rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşme süresince 5 yılı aşmaması, miktar zorlaması (kota yükümlülüğü) veya tek elden satın alma gibi rekabet kısıtlamaları bir arada bulundurmaları halinde dahi, sağlayıcının pazar payının % 40'ı aşmaması kaydıyla grup muafiyetinden faydalanırlar.

⁴⁸⁰ Münhasır anlaşmalarının etkilerinin tespiti bakımından, münhasır anlaşmalar yapan teşebbüsün rakiplerinin pazardaki konumu iki açıdan önemli taşımaktadır. Şöyle ki, anılan teşebbüsün güçlü rakiplerinin bulunması, münhasır anlaşmalar nedeniyle marka içi rekabette yaşanacak sınırlamanın, markalar arası rekabet ile dengelenmesini sağlayabilecektir. Bununla beraber, Kılavuzda da belirtildiği üzere (s. 37–38, p. 143), rakip teşebbüslerin, tek bir dağıtıcıyı münhasır olarak atadığı durumlarda (çoklu münhasır dağıtıcılık), marka içi rekabet ile beraber markalar arası rekabet de büyük ölçüde sınırlanabilir. Nitekim çoklu dağıtıcı tarafından dağıtılan markaların birikimli pazar payı yükseldikçe, işbirliği riski de yükselecek ve markalar arası rekabet de o oranda azalacaktır. Aynı şekilde, teşebbüsün az sayıda ve pazar gücü bakımından birbirine yakın (pazardaki konumları, pazar payları, kapasiteleri ve dağıtım ağları) rakiplerinin bulunması halinde ise, bu rakipler arasında rekabeti kısıtlayıcı işbirliği riski ortaya çıkabilir.

⁴⁸¹ Bkz. Valentine Korah/Warwick Rothnie **Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules** 2. Basım, Londra 1992, s. 105 vd.

⁴⁸² Bkz. dn. 406, s. 20 p. 62–63.

⁴⁸³ Bkz. Kılavuz, s. 39 p. 150.

1.7.3 Münhasır Müşteri Tahsisi

Münhasır müşteri, tahsisi özellikle ara ürünler ve ürünlerle ilgili farklı özel istekleri bulunan müşteriler veya toptancı seviyesindeki ürünlerin dağıtımında kullanılan bir sınırlamadır. Anılan sınırlama Kılavuz'da şöyle tanımlanmıştır⁴⁸⁴:

“Münhasır müşteri tahsisi anlaşmasında sağlayıcı ürünlerini belirli bir müşteri grubuna yeniden satış amacıyla yalnızca tek bir dağıtıcıya satmayı kabul eder. Aynı zamanda dağıtıcı da çoğunlukla diğer münhasır müşteri tahsisi yapılmış müşteri gruplarına aktif satış yapmaktan men edilmiştir.”

Münhasır müşteri tahsisi şart içeren dağıtım anlaşmalarında, sağlayıcının ürünlerinin tek bir dağıtıcı tarafından dağıtılması nedeniyle, dağıtıcılar arasında rekabet, diğer bir ifadeyle marka içi rekabet büyük ölçüde ortadan kalkar.

Münhasır müşteri tahsisi özellikle, dağıtıcıların kendi müşteri sınıfında yer alan teşebbüslerin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için özel uzmanlığa ve know-how'a yatırım yapma ihtiyacı duydukları hallerde etkinlik yaratacaktır. Bu hüküm, uygulamada genellikle yeni ve karmaşık ürünler ile ürünlerin münferit kullanıcıların ihtiyaçlarına uyarlanmasının gerektiği durumlarda kullanılmaktadır⁴⁸⁵.

Dağıtıcılar tarafından gerçekleştirilen yatırımların geri dönme süresi, münhasır müşteri tahsisi anlaşmasının süresinde belirleyici role sahip olacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ, münhasır müşteri tahsisinin, üretici veya sağlayıcının pazar payının % 40'tan yüksek olmaması kaydıyla, miktar zorlaması ya da münhasır satın alma gibi rekabet kısıtlamaları ile birleşse dahi, grup muafiyetinden faydalanabileceğini kabul etmektedir.

⁴⁸⁴ Bkz. Kılavuz, s. 40, p. 157.

⁴⁸⁵ Belirlenebilir farklı ihtiyaçlar ürünlerin farklı türde profesyonel alıcılara satıldığı ara mallarda daha olasıdır. Nihai tüketicilerin münhasıran tahsisinin herhangi bir etkinliğe yol açması pek mümkün değildir ve bu nedenle de muafiyetten faydalanma olasılığı da son derece düşüktür.

1.7.4 Seçici Dağıtım

Seçici dağıtım, genellikle markalı nihai ürünlerin veya dağıtımını dağıtıcılar için özel bir uzmanlık, bir eğitim gerektiren ürünlerin dağıtımında kullanılır. Bu dağıtım sisteminde öngörülen yeniden satışa yönelik kısıtlamalar, münhasır bölgelere aktif satışların kısıtlanması değil, yetkili olmayan dağıtıcılara her türlü satışın sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkar. Nitekim bu anlaşma türünde yalnızca atanmış dağıtıcılara ve son müşterilere satış hiçbir zaman kısıtlanmaz.

Seçici dağıtım anlaşmaları, münhasır dağıtım anlaşmaları gibi dağıtıcıların sayısını ve yeniden satış olanaklarını sınırlar, marka içi rekabetin azalmasına neden olur. Bu anlaşmalar, paralel ağların yaygın olduğu pazarlarda birikimli etki yaratarak, bazı dağıtıcılar açısından pazarın tamamen kapatılmasına neden olabilirler. Bu etkileri nedeniyle, gerek niceliksel gerekse niteliksel seçici dağıtım ağlarının ilgili pazardaki rekabete etkisi ayrıntılı olarak incelenmelidir.

2002/2 sayılı Tebliğ seçici dağıtım sistemlerine ilişkin iki hüküm öngörmektedir. Bunlardan ilki, niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım anlaşmalarının % 40 pazar payı eşiğine kadar, rekabet etmeme ya da münhasır dağıtım gibi rekabet kısıtlamaları ile birleşseler bile grup muafiyetinden faydalanabileceklerdir. Şu kadar ki, yukarı da belirttiğimiz üzere, seçilmiş dağıtıcıların birbirleri ile ve nihai tüketiciler ile yapacakları aktif satışlar hiçbir şekilde kısıtlanamaz.

Komisyon'un 2790/99 sayılı Tüzüğü ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu uyarınca, seçici dağıtım anlaşmasının grup muafiyetinden faydalanabilmesi için, sağlayıcı veya üreticinin ilgili pazardaki payının % 30'dan düşük olması gerekmektedir. Bununla beraber, ilgili pazarda benzer paralel ağların varlığı halinde ise blok muafiyetinin geri alınması söz konusu olabilecektir. Geri alma, seçici dağıtım ile kapatılan pazarın % 50 ve üstünde olması veya seçici dağıtım sistemi uygulayan ilk beş sağlayıcının toplam pazar payının % 50 ve üstünden olması halinde söz konusu olacaktır. Buna karşın, pazar payı % 5'ten düşük teşebbüslerin, kümülatif etkiye katkı sağlamadığı varsayılmakta ve faydalandıkları blok muafiyeti geri alınmamaktadır⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Bkz. dn. 32'deki Kılavuz, p. 8 ve dn. 25'teki Kılavuz, p. 186–188.

Komisyon 16 Temmuz 2003 tarihli Yamaha Kararında, Yamaha'nın pazar paylaşımı ve yeniden satış fiyatı tespitine ilişkin hükümler içeren seçici dağıtım anlaşmalarını incelemiş ve Yamaha'nın pazar payının % 30'dan yüksek olduğu alt pazarlar bakımından blok muafiyetinden faydalanamayacağına karar vermiş ve Yamaha'ya toplam 2,56 milyon Pound para cezası uygulamıştır⁴⁸⁷.

2002/2 sayılı Tebliğ'de yer verilen ikinci düzenleme, Tebliğ'in 5/II maddesinin (c) bendinde yer alan, seçici dağıtım sistemlerinde üretici veya sağlayıcının, dağıtıcılarına, doğrudan veya dolaylı olarak, belirli rakip üreticilere ait ürünleri satmalarını engelleyici yükümlülükler getirilememesidir. Bu koşul, sağlayıcıların kurdukları seçici dağıtım sistemleri vasıtasıyla belirli bazı markaları pazar dışında bırakacak şekilde rekabeti sınırlayıcı yatay işbirliğine gitmemelerini hedeflemektedir⁴⁸⁸.

Seçici dağıtımın rekabeti kısıtlayıcı etkileri değerlendirilirken, dağıtıcıların seçiminde kullanılan kıstasların niteliği, niteliksel veya niceliksel oluşu önem taşımaktadır. Örneğin, üretici ve sağlayıcı ürününün özellikleri gereği dağıtımının belirli bir eğitimi almış dağıtıcılar tarafından yapılması gereken durumlarda, niteliksel seçici dağıtım kullanılır.

Doktrin, saf niteliksel seçici dağıtımın ancak üç koşul altında rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurmayacağını kabul etmiştir⁴⁸⁹. Bu koşullar, ilgili ürünün niteliği, kalitenin korunması ve uygun kullanımının temini için, bir seçici dağıtım sisteminin gerekli olması, diğer bir ifade ile ürünün niteliği gereği meşru bir gereklilik durumunun bulunması (1), yeniden dağıtıcılar kalite temelli objektif kriterlere göre seçilmesi ve bu kriterlerin tüm potansiyel yeniden satıcılar için yeknesak bir şekilde ve ayrımcılıktan uzak olarak uygulanması (2) ve uygulanan kriterlerin gerekenden fazla olmamasıdır (3).

⁴⁸⁷ Komisyon'un COMP/37.975 sayılı ve 16 Temmuz 2003 tarihli Yamaha Kararı, ATRG, C 334, 4 Kasım 2003.

⁴⁸⁸ Bkz. Kılavuz, s. 43, p. 172.

⁴⁸⁹ Saf niteliksel dağıtımın unsurları, ilk kez Komisyon'un Metro Kararında belirlenmiştir. Karara göre, saf niteliksel bir seçici dağıtım ağı üç kıstası sağlamalıdır. Bunlardan ilki, söz konusu ürünün seçici dağıtımını gerektirecek nitelikte olmasıdır. İkinci kıstas, üretici veya sağlayıcının, ürünlerin satışının yapılacağı mağazaları seçerken kullandığı kriterlerin saf niteliksel kriterler değildir. Üçüncü kıstas ise, yetkili dağıtıcı veya satıcılara getirilen kısıtlamaların ürünün kalitesinin korunması için objektif gerekliliğin dışına çıkmamış olmasıdır. Bkz. Komisyon'un 26/16 sayılı ve 15 Ocak 1977 tarihli Metro Kararı, [1977] ECR 1875, [1978] 2 CMLR 44.

Seçici dağıtım sistemlerinin ilgili pazardaki rekabete etkileri değerlendirilirken özellikle dikkat alınması gereken kıstaslar Kılavuz'da belirlenmiştir⁴⁹⁰. Buna göre, üretici veya sağlayıcının pazar gücü arttıkça, seçici dağıtımın marka içi rekabeti kısıtlayıcı etkisi artacaktır. Bu bakımdan, ilgili pazarda mevcut paralel ağların sayısı ve yaygınlığı da, birikimli etkisinin değerlendirilmesi açısından önemli olacaktır.

Üretici veya sağlayıcının rakiplerinin pazar güçleri, markalar arası rekabetin seviyesi ve böylece marka içi rekabetteki kısıtlamanın markalar arası rekabet ile telafi edilebilmesi ve varsa paralel ağlarının yaratacağı birikimli etkinin tespiti açısından önemlidir. İlgili pazarda giriş engellerinin varlığı da, seçici dağıtımın pazar kapama etkisini artırması bakımında önemli bir kıstastır. Pazarın doygunluk seviyesi de, seçici dağıtım sistemlerinin marka içi rekabeti azaltıcı ve pazarı diğer üretici veya sağlayıcılara veya dağıtıcılara kapatıcı etkisini artırması nedeniyle önemli bir kıstastır.

Seçici dağıtımın rekabet üzerinde çeşitli olumlu etkileri de bulunmaktadır. Seçici dağıtım sistemleri, üretici, sağlayıcı ve dağıtıcıların ölçek ekonomilerine ulaşmalarını sağlar ve böylece ürünlerin depolama ve dağıtım maliyetlerinin azalmasına yardımcı olurlar. Seçici dağıtım sistemleri, dağıtıcılar arasında söz konusu olabilecek bedavacılık sorununu çözümünde de önemli rol oynamaktadır.

1.7.5 Franchise Anlaşmaları

Günümüzde mal ve hizmetlerin tüketicilere ulaştırılmasında yaygın olarak kullanılan sistemlerden biri de franchisedir. 2002/2 sayılı Tebliğ, franchise anlaşmalarında yer verilen mal ve hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin hükümlerine uygulanacaktır. Tebliğ, fikri mülkiyet hakları ve özellikle know how'a ilişkin hükümleri ile franchise anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler öngörmektedir⁴⁹¹. Bu kapsamda, franchise anlaşmalarında yer verilen tekelden dağıtım, seçici dağıtım, rekabet etmeme vb. dikey kısıtlamalar franchise veren'in veya franchise alanın pazar payının % 40'ı aşmaması halinde grup muafiyeti kapsamına girebilecektir.

⁴⁹⁰ Bkz. Kılavuz, s. 41–46, p. 164–181.

⁴⁹¹ Bkz. Kılavuz, s. 46–47, p. 182–186.

Kılavuzda franchise anlaşmaları ilişkin birtakım tespitlere de yer verilmiştir. Buna göre, franchise anlaşmalarında franchise verenin franchise alana devrettiği know-how'ın korunması ilişkin bir takım dikey kısıtlamalara yer verildiği görülmektedir. Anlaşmaya konu know-how'ın önemi arttıkça, onun korunması için öngörülen dikey kısıtlamalar daha hoş görülebilir hale gelecektir.

Franchise anlaşmalarında, yaygın olarak karşılaşılan dikey kısıtlamalardan biri de, franchise alana getirilen satın aldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Bir franchise anlaşmasında yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğü, franchise veren tarafından kurulan franchise ağının bütünlüğünün ve ticari itibarının korunması bakımından gerekli olması ve süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerine uygun olması halinde grup muafiyetinden faydalanabilecektir⁴⁹².

1.7.6 Tek Alıcıya Sağlama

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, 2002/2 sayılı Tebliğ m. 3'te "*sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satış amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük*" olarak tanımlanmıştır⁴⁹³. Bu yükümlülük ile, üretici veya sağlayıcı Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde üretiminin tamamını tek bir alıcıya sağlamak borcu altına girmektedir. Bu durum uygulamada, genellikle son ürünlerden ve son tüketicilere yapılan satışlardan ziyade, endüstriyel ara ürünlerin temini işlemlerinde görülür.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün ilgili pazarda rekabet üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkileri bulunur. Muhtemel olumsuz etkilerinden ilki, üretici veya sağlayıcının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde üretiminin tamamını tek bir alıcıya sağlamayı yükümlenmiş olması nedeniyle, ilgili pazardaki diğer alıcıların veya potansiyel rakiplerinin aynı üründen tedarik edememeleri ve böylelikle onlar için ilgili pazarın en azından bir bölümünün kapanmış olmasıdır. Bu kapsamda, gerek alıcının alım pazarındaki (üst pazar) gücü gerekse alt pazardaki gücü önem taşıyacaktır.

⁴⁹² Bkz. Kılavuz, s. 46, p. 183.

⁴⁹³ Rekabet Kurulu da kararlarında aynı tanımları kullanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 10-31/485-181 sayılı ve 15 Nisan 2010 tarihli kararı, 08-56/902-361 sayılı ve 25 Eylül 2008 tarihli kararı vd. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Şöyle ki, alıcının üst pazardaki gücü ne kadar yüksek ise, diğer alıcıların ve potansiyel alıcıların kendilerin başka kaynaktan rakip ürün tedarik etmeleri o oranda zorlaşır. Aynı şekilde, alıcının alt pazardaki yüksek pazar gücü de, mevcut rakiplerinin pazar dışına itilmelerine neden olabilecek ve potansiyel rakipleri açısından da pazara girişi engelleyen bir unsur olarak ortaya çıkar.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, üretici veya sağlayıcı ile alıcının sadece ilgili pazardaki pazar paylarının değil, rakipleri ile karşılaştırmalı pazar gücü incelemesi yapılmasıdır. Bu kapsamda, hem ilgili teşebbüsün hem de rakiplerinin marka ve teknolojik güçleri, portföy genişlikleri, dikey bütünlük durumları birlikte değerlendirilir.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün kapsamı ve süresi de rekabet üzerindeki etkilerinin tespitinde önem taşır. Şöyle ki, üretici veya sağlayıcının tek bir alıcıya bağladığı arz payı büyüdükçe ve süresi de uzadıkça, pazar kapama etkisi artar⁴⁹⁴.

Aynı şekilde, ticaretin seviyesi ve ürünün niteliği de dikkate alınmalıdır. Ara mallar veya homojen ürünler söz konusu olduğunda, rakip alıcıların ve potansiyel alıcıların tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne bağlanmış ürüne olan bağılıkları daha az olacağından, anlaşmanın pazar kapama etkisi az olur. Buna karşın, tek sağlama yükümlülüğüne konu ürünün son ürün olması, markalı bir ürün olması, heterojen bir ürün olması halinde, rakip alıcıların ve potansiyel alıcıların bu ürün ile ikame edilebilen ürünleri tedarik edebilme oranları daha düşük olur. Bu ikinci ihtimalde, üretici veya sağlayıcı ile alıcının pazar payları rakiplerine nazaran yüksek ise, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün pazar kapama etkisi daha yüksek olacak ve belki de grup muafiyetinde faydalanamayarak, RKHK m. 4 uyarınca yasaklanacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/III, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü olan alıcının ilgili pazardaki payının % 40'tan yüksek olmaması ve Tebliğ'de belirtilen diğer koşullara da uyması halinde grup muafiyetinden faydalanabileceğini öngörmektedir.

⁴⁹⁴ Bkz. Whish, s. 636.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 2790/99 sayılı Tüzük % 40 değil, % 30'lık bir pazar payı eşiği benimsemiştir. Dolayısıyla, bir münhasır tedarik anlaşmasının blok muafiyetinden faydalanabilmesi için, alıcının ilgili pazardaki payı en fazla % 30 olabilir.

Rekabet Kurulu'nun Marks & Spencer ile Marka Mağazacılık arasındaki franchise sözleşmesinin grup muafiyeti kapsamında olduğunun tespit edilmesi talebini incelediği 10-31/485-181 sayılı ve 15 Nisan 2010 tarihli kararında, 2002/2 sayılı Tebliğ m. 3 uyarınca Tebliğ'in kapsamının sağlayıcının pazar payına göre belirlenmekle beraber, sadece tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda, alıcının pazar payının belirleyici olduğunun altı çizilmiştir⁴⁹⁵. Kararda, bildirim konu sözleşmenin 6. maddesi ile franchise veren Marks & Spencer'a tek alıcıya (Marka Mağazacılık) sağlama yükümlülüğü getirdiği ancak, Marka Mağazacılığın ilgili pazardaki payının % 40'ı aşmıyor olması nedeniyle, sözleşmenin tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bakımından grup muafiyeti kapsamı dışına çıkmayacağı kabul edilmiştir.

1.7.7 Bağlama

Bağlama anlaşmalarının tanımı ve unsurlarına yukarıda değinmiştik. Bu bölümde öncelikle, teşebbüslerin bağlama anlaşmalarına başvurma sebeplerine kısaca inceleyip, bu anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerini ele alacağız.

Teşebbüslerin bağlama anlaşmalarına başvurma nedenlerinin başında, bu anlaşmaların gizli fiyat indirimi aracı olarak kullanılmalarıdır⁴⁹⁶. Aynı şekilde, teşebbüslerin bağlı satış uygulamalarına düzenleyici devlet kurumlarının fiyat kontrolüne tabi olan ürün çeşitleri bakımından gizli fiyat indirimi ve fiyat kontrollerinden kurtulmak için başvurmaları da mümkündür.

Teşebbüsler, bağlama anlaşmaları ile pazar sundukları bir ürünün kalite standardını korumak için o ürünle beraber kullanılması gereken diğer ürünü bağlı satmak yoluna başvururlar. İşte böyle durumlarda, bağlama anlaşmalarının

⁴⁹⁵ Rekabet Kurulu'nun 10-31/485-181 sayılı ve 15 Nisan 2010 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

⁴⁹⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>. Bkz. Tekdemir, s. 25.

teşebbüslerin ticari itibarının koruma amacıyla da yapıldıkları kabul edilir⁴⁹⁷. Örneğin, prestijli bir fotoğraf makinesi üreticisinin, fotoğraf makinelerinde kaliteli bir film kullanımını ve böylece makineleri ile çekilen fotoğrafların kalitesinin yüksek olmasını sağlaması gibi.

Teşebbüslerin bağlama anlaşmalarına başvurmalarının diğer bir nedeni de, bu anlaşmaların ilgili pazarlarda etkinlik yaratmalarıdır. Nitekim bir teşebbüsün kendi iki ürünü için bağlı satış uygulaması yaparak, üretim maliyetlerini düşürebilmektedir.

Bağlama anlaşmaları, rekabet üzerinde hem olumsuz, hem de olumlu etkilere sahiptir. Bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin başında, teşebbüsün ekonomik gücünü artırması gelmektedir. İlgili pazarda önemli bir ekonomik güce sahip olan veya önemli bir markayı (must-stock da olabilir) elinde tutan teşebbüs, bu ürününü ikincil bir ürüne bağlı olarak satışa sunmakla, ilk ürüne dayanan ekonomik gücünü, ikinci ürünün artan atışları ile yükseltmektedir. Bu durum, ekonomi biliminde kaldıraç teorisi olarak adlandırılır. Nitekim teşebbüs bir pazardaki yüksek pazar gücünü, başka bir pazara yaymakta, diğer bir ifadeyle bir pazardaki gücünü diğerindeki gücünü yükseltmek için kaldıraç gibi kullanmaktadır.

Bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz en yaygın etkisi, bağlanan ürün pazarının kapatılmasıdır. Bu durum alıcıların alternatif ürün tercihlerinin kısıtlanmasının bir sonucudur. Kaldı ki, bağlama anlaşması neticesinde bağlanan ürün bakımından miktar zorlama yükümlülüğü ortaya çıkmakta ve yine bağlanan ürün açısından rekabet yasağı da öngörülmüş ise, pazar kapatıcı etki daha da artmaktadır.

Bağlama anlaşmaları, fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak amacıyla kullanılabilirler gibi, yıkıcı fiyat uygulamak amacıyla kullanılabilirler. Bağlama anlaşmaları bazı hallerde rekabetçi fiyatın üstünde fiyat oluşumuna da yol açabilmektedir. Bu hallerin başında, alıcı bakımından bağlanan ürün ve bağlayan ürünün kısmen ikame edilebildiği haller gelmektedir. Uzun süreli sözleşmelerde veya uzun değiştirme süresi olan orijinal ekipmanlarla ilgili satış sonrası pazarlarda, müşteriler için bağlamanın sonuçlarının hesaplanması zor hale getireceği için benzer soruna yol açabilir. Bağlama uygulamasının, hem bağlayan hem de bağlanan ürün

⁴⁹⁷

Bkz. Tekdemir, s. 3.

pazarlarında giriş engellerinin yükseltici etkisi rekabetçi fiyatın üstünde fiyat oluşuma neden olabilir⁴⁹⁸.

Bağlama anlaşmalarının rekabete üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde en önemli unsur, sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki gücüdür. Sağlayıcının pazar gücü değerlendirilirken rakiplerinin pazar güçleri ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılması uygun olacaktır. Sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki pazar gücü ne kadar yüksek ve rakiplerini pazar gücü ne kadar düşük ise, anlaşmanın bağlanan ürün pazarındaki pazar kapama etkisi de o derece yüksek olacaktır. Bununla beraber, sağlayıcının bağlayan ürün pazarında önemli bir güce sahip olması rağmen, güçlü rakipleri bulunuyorsa, bağlayan ürünü bağlanan ürün olmaksızın tedarik etmek isteyen alıcıların rakip üretici veya sağlayıcılardan tedarik imkânları devam edeceği için, anlaşmanın pazar kapama etkisi de zayıf olacaktır.

Kurul'un Ülker Grubu ve/veya distribütörleri tarafından satış noktaları ile imzalanan Özel Statü Müşteri (ÖSM) sözleşmeleri ile ilgili pazarlarda rekabetin ihlal edildiği iddiasını incelediği 05-38/487-116 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli kararında, sözleşmede yer alan ve yeni çıkan, rakip muadillerinin satışının gerçekleştiği Ülker ürünlerinin de satımının yapılma yükümlülüğü ile tüm ürün çeşitlerinin ÖSM tarafından satın alınması koşulunu bağlama anlaşması olarak değerlendirilmiştir⁴⁹⁹. Kararda, portföy gücü "markalardan kaynaklanan toplam pazar gücünün, portföyü oluşturan ayrı ayrı markaların pazar gücü toplamını aşması" şeklinde tanımlanmıştır. Kurul, geniş portföye sahip teşebbüslerin, genellikle müşterilerinin ciroları içinde daha büyük bir paya sahip oldukları ve bu nedenle de, fiyat, promosyon ve indirim uygulamalarında daha geniş bir esneklik kullanabildikleri için, bağlama politikaları izlemeselerde daha yüksek bir potansiyele sahip olacaklarının altını çizmiştir.

Bağlama anlaşmalarının rekabet üzerinde olumlu etkileri de mevcuttur. Bunlar, ürünlerin yeknesaklığının, kalite standardının sağlanması ve böylece rekabetin artırılmasıdır. Bağlama anlaşmalarının faydalandıkları grup muafiyetleri de RKHK m. 5/II uyarınca geri alınabileceği gibi, ilgili pazarda birikimli etkinin yoğunluğuna bağlı olarak RKHK m. 5/III uyarınca tebliğ ile geri alma yoluna da gidilebilecektir.

⁴⁹⁸ Bkz. Kılavuz, s. 50, p. 204.

⁴⁹⁹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 05-38/487-116 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Bağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/II uyarınca üretici veya sağlayıcının bağlanan ve bağlayan ürüne ilişkin pazar payının % 40'tan yüksek olmaması ve 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen diğer şartlara da uymaları halinde grup muafiyetinden faydalanabilecektir⁵⁰⁰.

Bağlama yükümlülüğü hâkim durum söz konusu olduğu zaman RKHK m. 6 kapsamında bir kötüye kullanma olarak nitelendirilebilir. RKHK m. 4 rakip sağlayıcılar arasında bir ürünün satışının farklı bir ürünün de satın alınmasına bağlandığı yatay anlaşmalara uygulanır. Bağlama ayrıca bağlanan ürün açısından tek marka türü bir yükümlülüğe yol açmışsa bu takdirde Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bir dikey sınırlama da oluşturabilir.

1.7.8 Tavsiye Fiyatlar ve Maksimum Satış Fiyatının Belirlenmesi

Tavsiye fiyat ve maksimum fiyat hükümlerinin yaratacağı rekabeti kısıtlayıcı en önemli etki, dağıtıcıların yeniden satış fiyatlarını tespitidir. Bu etki, üretici veya sağlayıcının pazar gücüne, ilgili pazarda rakip üretici veya sağlayıcıların sayı ve pazar güçlerine bağlı olarak artmaktadır. Tavsiye fiyat ve maksimum fiyat hükümlerinin diğer bir etkisi ise, ilgili pazarda faaliyet gösteren üretici ve sağlayıcılar arasında işbirliğini artırması ve ilgili pazarda ürün fiyatlarının üretici veya sağlayıcılar arasında işbirliği içinde tespitine imkân vermesidir.

Bu rekabet kısıtlaması değerlendirilirken dikkate alınması gereken en önemli unsurlar, üretici veya sağlayıcının ve rakiplerinin pazar güçleridir. Şöyle ki, üretici veya sağlayıcının pazar gücü ne kadar fazlaysa, dağıtıcılarının maksimum veya tavsiye fiyatlara uygun hareket etme olasılıkları da bir o kadar fazla olacaktır. Burada üretici veya dağıtıcının pazar gücünün rakiplerinin pazar güçleri ile karşılaştırmalı olarak el alınması gerektiği unutulmamalıdır.

⁵⁰⁰ Bkz. Kılavuz, s. 50, p. 202.

İKİNCİ BÖLÜM

ORGANİZE PERAKENDE DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ

Perakende sektöründe, ekonomik gücü yüksek dağıtıcıların doğuşu, dağıtım ağları ve satın alma gruplarının yaygınlaşması ile beraber, üreticinin baskın olduğu klasik dağıtım modelinden uzaklaşmış, dağıtıcı baskın yeni bir dağıtım modeline geçilmiştir.

Bu yeni dağıtım modeli, özellikle HTM perakendeciliğinde, ABD, Almanya, Fransa ve İngiltere'den başlayarak, ülkemize ve tüm dünyaya yayılmıştır.

Büyük perakendeci grupları, sahip oldukları çeşitli konsept ve boyutlardaki çok sayıda mağaza ile, HTM perakende sektöründe önemli bir pazar gücüne sahip olmuştur ve bu gücünü sürekli bir şekilde artırmaktadır. Bu durum, şüphesiz geleneksel perakendecilerin pazar payları ve rekabet güçlerini olumsuz etkilemektedir.

Büyük perakendeci gruplarının ortaya çıkışı, HTM perakende sektörüne ürün tedarik eden üreticiler açısından ise, hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Alım gücü yüksek perakendeci grupları ile çalışmaları, üreticilere üretim planlaması, depolama, taşıma, satış takibi gibi alanlarda kolaylık sağlamaktadır. Ancak bu grupların uyguladıkları ağır satın alma şartları (düşük alım fiyatı, indirimler, ödeme dönemleri, reklâm-tanıtım katkı payları vs.), üreticiler açısından olumsuz ekonomik sonuçlar da doğurmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde, bu yeni dağıtım modelinin (sadece HTM perakendeciliği üzerinden) Avrupa'da ve ülkemizde doğuşu ve gelişimi incelenecektir.

Yine bu bölümde, perakendeci gruplarının pazar uygulamalarının, üreticiler ve geleneksel perakendeciler bakımından etki ve sonuçları, alım gücü ve ekonomik bağımlılık teorileri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu kapsamda, Fransa, Almanya ve İngiltere'de perakende pazarına yönelik olarak çıkarılan rekabet kurallarına da yer verilecektir. Bu bölümde, son olarak, Türk mevzuatında halen taslak durumunda bulunan düzenlemeler analiz edilecektir.

2.1. Perakende Pazarı ve Özellikle Organize Perakende

2.1.1 Genel Olarak

Perakendecilik, geleneksel tanımı itibariyle, üretici teşebbüsler ile nihai tüketiciler arasındaki bağlantıyı sağlayan araçların yürüttüğü bir dağıtım faaliyetidir. Perakendeci, yani dağıtıcı, bu faaliyeti sürdürmek için ürün tedarik edeceği üreticiye bağımlıdır. Oysaki günümüzde, özellikle HTM perakendeciliğinde, aracılığın ötesinde fonksiyonlar üstlenen ve ekonomik güçleri ile üreticileri kendilerine bağımlı kılan büyük perakendeci grupları ortaya çıkmıştır⁵⁰¹.

İşte bu büyük perakendeci grupları, tüketicilere sunmak üzere tedarik ettikleri ürünleri, tüketicilerin ulaşım ve alışveriş ortamı bakımından rahat edecekleri mağazalarda, özelliklerine uygun çeşitli boy ve standartlardaki raflarda satışa sunmakta, uygun depolarda saklamaktadır.

Bu perakendeciler, tüm ülkeye yayılmış, çeşitli konsept ve büyüklükteki çok sayıda mağazaları ile kurumsallaşmış bir yapı sergilemektedir⁵⁰².

Bu yeni dağıtım modeli, “organize perakendecilik”, “modern perakende”, “büyük dağıtım” gibi isimlerle de anılmaktadır.

⁵⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 06-95/1192-358 sayılı ve 28 Aralık 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵⁰² Komisyon'a göre, büyük perakendeciler pazar alanlarında büyümek ve daha iyi hizmet sunabilmek için çeşitli stratejiler geliştirir. Bu stratejiler arasından özellikle bazıları öne çıkar. Bunlar:

- Ürün pazarı hâkimiyetinin sağlanması. Perakendeciler, yeni mağazalar kurarak, pazarda faaliyet gösteren diğer perakendeciler ile işbirliği yaparak veya devralmalar gerçekleştirerek, pazardaki satış paylarını artırmak istemektedir.
- Hizmet çeşitlenmesi: Perakendeciler, asıl faaliyetleri yanında, komşu veya yeni ürün pazarlarında da faaliyet göstererek, hizmet çeşitlenmesi yapmak istemektedir.
- Dikey bütünleşme: Perakendeciler, dikey bütünleşme yolu ile toptan satış, özel marka ürünler ve marka reklamcılığının gelişmesi gibi imkânlara kavuşmaktadır.
- Coğrafi yayılma: Özellikle uluslararası perakendeciler, satış gelirlerinin önemli bir bölümünü kendi ülkeleri dışındaki pazarlardaki faaliyetlerinde elde etmektedir. Nitekim giderek daha fazla sayıda perakendeci, uluslararası pazarlarda faaliyet göstermeye ve çok çeşitli pazara giriş stratejileri geliştirmeye başlamıştır.

Perakende sektörüne ilişkin genel bir bakış açısı yakalamak için, bu bölümde, öncelikle ülkemiz perakende pazarında faaliyet gösteren aktörleri ele almanın uygun olacağını düşünüyoruz. Doktrinde Ülgen tarafından yapılan sınıflandırmaya göre, ülkemiz perakende pazarı aşağıdaki aktörlerden oluşmaktadır⁵⁰³:

Çok Katlı Mağazacılık (Department Store): Birçok ürün çeşidinin çok katlı mağazalarda sergilendiği satış noktalarıdır.

Süpermarketler: Göreli olarak, geniş alan ve geniş ürün çeşitliliğine sahip, düşük maliyet, düşük kâr marjı, yüksek satış hacmi sağlanacak şekilde dizayn edilmiş, self-servis ilkesinin uygulandığı, gıda, ev aletleri ve temizlik ile kişisel bakım malzemeleri satan mağazalardır⁵⁰⁴.

Bakkallar, Büfeler ve Uzmanlaşmış Küçük İşletmeler: Küçük, yerleşim alanları içinde bulunan ve müşteriye yakınlık veya zaman avantajı sağlayan mağazalardır. Uzmanlaşmış küçük işletmeler ise, kasap, manav ve fırın gibi mağazalardır.

Hipermarketler: Süpermarketlerden daha geniş olan ve daha çok ürün içeren, içlerinde kuru temizleme, balıkçı, fotoğrafçı gibi işletmeler barındırabilen mağazalardır.

İndirim Mağazaları (Discount stores): Ürün çeşitliliği hipermarketlere göre daha az olan, düşük fiyatla satış yapan, yoğunlukla ulusal markaları satan, minimum alet edevat kullanarak hizmet veren ve kiraların düşük olduğu bölgelerde kurulan mağazalardır⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Bkz. Özlem Ülgen, **Türk Perakendecilik Sektörünün Senaryolar Yardımıyla Analizi** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 1999, s. 3. Tezin tam metni için bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/>.

⁵⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun 09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli kararında da ifade edildiği üzere, büyük ölçekli HTM perakende mağazalarının bir kısmında mobilya, elektronik gibi dayanıklı tüketim mallarının satışı yapıyor olsa da, bu sektörün cirosunun çok büyük bir bölümü HTM satışından kaynaklanmaktadır ve bu mağazaların tüketici gözünde asıl işlevi HTM satışlarıdır. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵⁰⁵ Ülgen, sınıflandırmasında geniş outlet mağazalarına (genellikle şehir dışında yer alan büyük mobilya satış mağazaları vb.) yer vermiştir. Bu mağazalar, HTM perakendeciliği pazarında faaliyet göstermedikleri için ele alınmamıştır.

Cash&Carry Mağazaları: Otel, restoran ve hastane gibi toplu tüketim yapan müşterilere hitap eden, genellikle nakit çalışan ve nakliyenin müşterilere ait olduğu satış mağazalarıdır

Yukarıdaki sınıflandırma açıkça ortaya koymaktadır ki, ülkemiz perakende sektöründe hem geleneksel hem de organize perakendeci teşebbüsler, çeşitli tiplerdeki mağazaları ile faaliyet göstermektedir.

Rekabet Kurulu da kararlarında Ülgen'in ayırımına benzer bir ayrımı uygulamaktadır. Kurul'un Kipa'nın çoğunluk hisselerinin Tesco Plc tarafından devralınmasına izin verilmesini talebini incelediği 03-45/519-230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli kararında, "belirli bir mala tahsis edilmemiş mağazalarda gıda ağırlıklı perakende ticareti yapan iş yerlerine ilişkin ayırımını" şöyle açıklamıştır⁵⁰⁶:

Hipermarketler: En az 2500 m2 satış alanı olan, otoparkı, dinleme alanları ile gıda ve gıda dışı ürünlerin düşük fiyatlarla satıldığı self-servis yöntemine göre çalışan ve genellikle şehir dışında olan satış noktalarıdır.

Süpermarketler: 1000-2500 m2 arasında satış alanı olan, genellikle tek katlı, otoparklı ve birden çok yazarkasa çıkışlı satış noktalarıdır.

Küçük Süpermarketler: 400-1000 m2 arasında satış alanına sahip ve en az 2 yazarkasası bulunan noktalar bu sınıfta yer almaktadır. Bunların yanında birden fazla satış noktasına sahip, Türkiye genelinde ya da belirli bir coğrafi bölgeye yayılmış zincir şeklinde örgütlenmiş mağazalar bulunmaktadır.

Bakkallar: 100-200 m2 arasında satış alanı olan geleneksel perakende noktalarıdır.

⁵⁰⁶ Rekabet Kurulu'nun 03-45/519-230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>. Karardaki "belirli bir mala tahsis edilmemiş mağazalarda gıda ağırlıklı perakende ticareti yapan iş yerleri" ifadesi ile HTM satan perakendeciler kastedilmektedir.

İndirim Mağazaları: Genellikle nakit satış yapan ve fiyatlarında uyguladıkları indirimlerle tüketiciyi çekmeye çalışan Şok, Stop ve Endi mağazaları bu gruba girmektedir.

Ülkemiz perakende sektöründe, yukarıda sayılanlara ek olarak, benzin istasyonlarında bulunan marketler de faaliyet göstermektedir. Bu mağazalara, “pazarlama istasyonu” da denilmektedir⁵⁰⁷.

Ülkemiz perakende pazarına ilişkin bu genel bilgilerden sonra, organize perakendeciliğin değişik tipleri ve gelişimleri aşağıda incelenecektir.

2.1.1.1 Klasik süpermarketler

Süpermarketler, mağaza satış alanı, satış hacmi ve yönetim biçimi bakımından, aynı tür ticaret yapan geleneksel gıda perakendecilerinden daha büyük ve farklı hizmetler sunan bir perakendeci türüdür. Süpermarketlerde, gıda ürünleri yanında temizlik, kırtasiye, kozmetik vb. ürünler de satışa sunulmaktadır⁵⁰⁸.

Süpermarketlerin doğuşu ve gelişimi ilk olarak, Amerika Birleşik Devletleri’nde başlamış ve oradan tüm dünyaya yayılmıştır. Bu gelişmede, Amerikan gıda dağıtım sisteminin iyi işlemesi yanında, ülkenin ekonomik gücünün ve refah düzeyinin yüksek olması da pay sahibidir⁵⁰⁹.

Süpermarket tanımı, her ülke mevzuatında, o ülkenin sosyo-kültürel özellikleri ve şehirleşme seviyesine göre farklı büyüklükteki satış alanı ve nitelikleri içerecek şekilde yapılmaktadır⁵¹⁰. Bununla beraber, bu tanımlarda genel olarak bulunan ve

⁵⁰⁷ Bu ayırımı için ayrıca bkz. Ömer Baybars Tek/Fatma Demirci Orel, **Perakende Pazarlama Yönetimi, Global Yönetimsel Yaklaşım: Türkiye Uygulamaları**, İzmir 2008 s. 61.

⁵⁰⁸ Süpermarketler, satışa sundukları ürünleri, nitelik veya kullanım alanlarına göre gruplandırarak, farklı reyonlarda, açık vitrinler veya sergilerde self servis şekilde müşterilerine ulaştırırlar.

⁵⁰⁹ Bkz. Tek/Orel, s. 56. Yazarlar, süpermarket teriminin kökeninin kesin olarak bilinmemekle beraber, “süper” isminin ilk kez 1920’lerde Hollywood yıldızlarının perakende işine yatırım yapmalarıyla ortaya çıktığını belirtmektedir.

⁵¹⁰ Örnek vermek gerekirse, Uluslararası Hizmet Örgütü’ne göre, süpermarket en azından 400 m2 satış alanı bulunan, temel olarak çabuk bozulabilir gıda maddeleri de dâhil olmak üzere, bakkaliye maddeleri içeren ve toplam satışlarının en fazla 1/3’ü kadarı gıda dışı maddelerden oluşan, self-servis ve bölümlü self-servis mağazasıdır.

Süpermarket Enstitüsüne göre, süpermarket, haftada en az 20.000 veya yılda 1.000.000 USD’lik satış yapan ve tamamen reyonlara ayrılmış gıda mağazasıdır. Bkz. Tek/Orel, s. 55’ten naklen,

perakende mağaza çeşitlerini birbirinden ayırmakta kullanılan iki ölçütten bahsetmek mümkündür: Bunlar, mağazanın satış alanı (yüz ölçümü, m² olarak) ve mağazada gerçekleştirilen haftalık veya yıllık satış tutarlarıdır.

Ülkemizde ise, 400–2500 m² arası satış alanı bulunan, self-servis yöntemiyle çalışan ve çok sayıda ürün çeşidi bulunduran mağazalara süpermarket denilmektedir. Süpermarketlerin tek bir tipi yoktur. Bu mağazalar, sahip oldukları toplam satış alanına göre büyük süpermarket, süpermarket ve küçük süpermarket gibi değişik isimler alabilmektedirler⁵¹¹.

Kurul'un Tansaş'ın Bolu gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satış pazarındaki rekabeti bozucu uygulamalarda bulunduğu iddiasını incelediği 01–13/124–32 sayılı ve 28 Mart 2001 tarihli kararında (“Tansaş-I Kararı”) yer verilen açıklamalarda, ülkemizde perakendecilik sektöründe kapalı alan büyüklüğüne göre, bakkal, market, büyük market (100–399 m²), küçük süpermarket (400–999 m²), büyük süpermarket (1000–2499 m²) ve hipermarket (2500 m²+) şeklindeki bir yapının bulunduğu belirtilmiştir⁵¹². Kurul'un daha yeni tarihli bir kararında da aynı ayırma itibar ettiği görülmektedir⁵¹³.

2.1.1.2 Big Box Gıda Perakendecileri

Big Box gıda perakendecileri, zamanla süpermarketlerin gerek satış alanı gerekse satışa sunulan ürün çeşit ve miktarı bakımından büyümeleri ile oluşan mağazalardır. Bu mağazalar, tek katlı büyük bir dikdörtgen prizma şeklinde oldukları için, bunlara büyük kutu anlamına gelen “big box” denilmektedir. Big box'lara, “supercenter”, “superstore” veya “megastore” gibi isimler verildiğine de rastlanmaktadır.

L'institute Français du Libre Service, **Libre Service Annuaire**, Paris 1974 ve Supermarket Institute, **Detailed Tabulations for the Supermarket Industry Speaks**, Şikago 1974 s. 3.

⁵¹¹ Örneğin, Migros'un satış alanı büyüklüklerine göre M Migros, MM Migros ve MMM Migros gibi mağazaları bulunmaktadır. Aynı şekilde Tansaş'ın da, Tansaş Midi, Tansaş Mini ve Tansaş Maxi gibi farklı büyüklüklerde mağazaları bulunmaktadır.

⁵¹² Bkz. Rekabet Kurulu'nun 01–13/124–32 sayılı ve 28 Mart 2001 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵¹³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03–45/519–230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli kararı Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Big box'ların dünyadaki en bilinen örnekleri, Fransa'da Carrefour, Auchan, LeClerck, İngiltere'de Tesco ve Asda, Belçika'da GB, ABD'de K-mart, Wal-mart, Target, Meijers, Fred Meyers, Hollanda'da Ahold, Almanya'da Real mağazalarıdır⁵¹⁴. Ülkemizdeki Real mağazaları da, big box gıda perakendecileri arasında sayılmaktadır.

2.1.1.3 Kolaylık Mağazaları

Kolaylık mağazaları (convenience stores), tüketicilerin acil ihtiyaçlarının satışı sunulduğu, haftalıktan ziyade günlük gıda alışverişlerini yapmaları açısından ulaşılması kolay olan mağazalardır. Bu mağazalar, sokakların köşe başlarında, petrol istasyonlarında kurulan ve gece geç saatlere kadar açık kalan (veya günde 24 saat açık) küçük veya orta boyuttaki süpermarketlerdir.

Kolaylık mağazalarına verilebilecek, ülkemizde de yaygın olarak görülen örnek, 7 – Eleven'dir. İlk 7 – Eleven mağazası Amerika Birleşik Devletleri'nin Texas eyaletinde 1927 yılında açılmıştır. Bu mağazalar, başlangıçta sabah 7'den gece 11'e kadar servis verirken, daha sonraları servis sürelerini 24 saate çıkarmışlardır. Günümüzde çok büyük bir yayılma göstermiş olan 7 – Eleven mağazalarından Amerika Birleşik Devletleri içerisinde 5.800 ve tüm dünyada ise toplam 29.600 adet bulunmaktadır⁵¹⁵.

Rekabet Kurulu, Opet Petrolcülük'ün toplam % 50 oranındaki hissesinin, Aygaz., Bursa Gaz, Demir Export., Mogaz Petrol ve Beko tarafından devralınmasına izin verilmesi talebini incelediği 02–81/948–393 sayılı ve 26 Aralık 2002 tarihli kararında, Opet istasyonlarında 7 - Eleven mağazaları işletilmesi itibariyle, ilgili pazarı, “akaryakıt beyaz ürünler dağıtım pazarı”, “akaryakıt siyah ürünler dağıtım pazarı”, “madeni yağ üretim-satış pazarı” ve “istasyon marketçiliği pazarı” olarak belirlemiştir⁵¹⁶. Kararda “istasyon marketçiliği” olarak anılan pazar, kolaylık mağazalarını işaret etmektedir.

⁵¹⁴ Bkz. Tek/Orel, s. 59.

⁵¹⁵ www.7-eleven.com'dan 1 Eylül 2010 tarihi itibariyle alınan bilgiler.

⁵¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 02–81/948–393 sayılı ve 26 Aralık 2002 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karakarama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

2.1.1.4 İndirim Mağazaları

İndirim mağazaları (discount market veya superrette), süpermarketlerden daha küçük satış alanına sahip (kısıtlı satış alanı), daha az çeşit ve miktarda ürün bulduran (kısıtlı ürün portföyü), ancak tüketicilerin daha kolay ulaşabileceği yerlerde kurulan self-servis mağazalarıdır⁵¹⁷.

İndirim mağazaları, sürekli fiyat indirimleri uygulayan, lüks ürünler yerine uygun fiyatlı ürünler portföyüne sahip satış noktalarıdır. Ülkemizdeki indirim mağazaları arasında, Migros'a ait Şok, CarrefourSa bünyesindeki Dia, Azizler Holding'e ait BİM, Aydın grubunun A 101'i sayılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, indirim mağazalarının organize perakendenin diğer mağazalarına nazaran kısıtlı bir ürün portföyleri bulunmaktadır. Bu mağazalarda, günlük temel ihtiyaç maddesi sayılan ürünlerden iki veya en fazla üç ayrı marka bulundurulur. Bu mağazalarda, ağırlıklı olarak perakendeci markası taşıyan ürünlerin satışı gerçekleştirilir.

İndirim mağazaları, şehir dışlarında ya da şehrin büyük caddelerinden ziyade, geleneksel perakendeciler ile benzer noktalarda, şehir içlerinde, küçük mahalle veya sokaklarda kurulur. Mağazalarda, süpermarket veya hipermarketlerde kullanılan lüks dekorasyon, büyük ve ergonomik raf sistemleri değil, standart raf ve dolaplar ve soğutucular kullanılır.

İndirim mağazaları, personel sayılarının ve tüketicilere sundukları hizmetlerin minimum seviyede tutulması bakımından da diğer organize perakende mağazalarından ayrılır. Bu mağazaların büyük çoğunluğunda “Danışma” veya “Tüketici Şikayetleri”ne ilişkin bir birim bulunmadığı gibi, ürün tanıtım faaliyetleri (ürün deneme masaları, deneme kabinleri, tanıtım görevlileri vb.) de yürütülmez.

Tüm bu sayılan özellikleri ile indirim mağazaları, sattıkları her üründe diğer perakendecilere nazaran % 20 ile % 65 arasında ucuz fiyat uygulayabilmektedir.

⁵¹⁷ Bkz. Tek/Orel, s. 61.

İndirim mağazaları, diğer organize perakende mağazalarından pek çok özellikleri ile ayrılmalarına, Kurul tarafından ayrı bir alt pazar olarak değerlendirilmemiş ve organize perakende pazarı içinde kabul edilmiştir. Rekabet Kurulu, DiaSA'nın franchise sözleşmelerinin RKHK'na aykırı olduğu iddiasını incelediği 09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli kararında, indirim mağazalarının özellikleri ve çeşitlerine ilişkin önemli açıklamalara yer vermiştir⁵¹⁸.

Kurul, indirim mağazalarını (indirim marketleri), düşük fiyatlar ve yalın sunumla, kısıtlı ürün grubu satan marketler olarak tanımlamıştır. Bu mağazalar, yüksek indirim marketleri (hard discounter) ve düşük indirim marketleri (soft discounter) olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Yüksek indirim marketleri, perakendeci markasının (private label) ciro içindeki payının çok yüksek olduğu, çok düşük fiyat politikasının uygulandığı, ürün çeşidinin oldukça sınırlı olduğu mağazalardır.

Anılan kararda, ülkemizde, yüksek indirim marketi formatı uygulayan tek zincirin BİM olduğu, Migros Grubunun ŞOK ve CarrefourSA Grubunun DiaSA mağazalarının ise düşük indirim mağazası formatında hizmet verdikleri de belirtilmiştir⁵¹⁹.

Kararın esası ile ilgili olmamakla beraber, Kurul kararı, ülkemizdeki tek yüksek indirim marketinin BİM olduğu tespiti bakımından eksiktir. Nitekim A 101 mağazaları da, ürün çeşidinin sınırlı, fiyatların düşük olduğu, perakendeci markaların satışının yoğunlukta olduğu, standart raf ve depolama hizmetleri sunulan yüksek indirim marketleridir. Kaldı ki, Kurul yukarıdaki 25 Mayıs 2009 tarihli kararından tam bir hafta önce verdiği bir kararında, A 101 marketlerinin de, BİM gibi yüksek indirim marketleri kategorisinde yer aldığını belirtmişti⁵²⁰.

⁵¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵¹⁹ Düşük indirim marketleri, perakendeci markalı ürünler de satışa sunmalarına rağmen, diğer markaların da ürünleri kapsayan, dönemsel ve daha düşük oranlı indirimler uygulayan mağazalardır.

⁵²⁰ Rekabet Kurulu'nun 09-56/1326-332 sayılı ve 18 Kasım 2009 tarihli kararı. Karar, BİM Yıldızkent/Kapaklı Şubesinin ekmeği düşük fiyatla satarak haksız rekabete sebebiyet verdiği iddiasına ilişkindir. Kararda, A 101 mağazalarının düşük fiyatlı ve sınırlı sayıda ürün çeşidi ile alım gücü düşük ve fiyat duyarlılığı yüksek müşteri grubunu hedeflediklerinin altını çizmiştir. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

2.1.2 Perakendenin Türkiye'deki Gelişimi

Perakendecilik hızlı gelişen, yaşanan finansal krizlerden en az etkilenen, pazar potansiyeli büyük ve amortisman geri dönüşü hızlı olan bir sektördür. Bu sektör, tüm bu özellikleri itibariyle, ülkemizde gerek yerli gerekse yabancı yatırımların yoğunlaştığı bir faaliyet alanı haline gelmiştir⁵²¹.

Perakende sektöründe, teknolojik gelişmeler ve tüketici tercihlerine bağlı olarak, tek duraklı alışveriş (one-stop shopping) merkezleri, bir başka deyişle hipermarketler ortaya çıkmıştır. Bu mağazalar, tüketicilere binlerce çeşit ürünü tek bir ortamda sunmaktadır. Bu durum tüketici alışveriş maliyetlerinde büyük tasarrufa imkân verdiği gibi, perakende sektöründe dev şirketlerin ortaya çıkmasını da sağlamaktadır.

Büyük perakende şirketleri, hipermarketlerin yaygınlaşması ile üreticiler karşısında büyük bir piyasa gücüne kavuşmuş, başta Avrupa olmak üzere, ülkemizde de sektördeki yoğunlaşma oranları belirli bir seviyeye ulaşmıştır⁵²².

Ülkemizde faaliyet gösteren bazı süpermarket zincirleri şunlardır: Tansaş, Kipa, Migros, Gima, Metro, Real, Carrefour-Sa, Bim, A 101, DiaSA, Şok, 7 Eleven, Pehlivanoğlu, Yimpaş, Karadağ, Kopuzlar, Makro ve İsmar. Bunlar arasında, özellikle, son yıllarda büyük bir hızla yaygınlaşan indirim marketleri, BİM (Birleşik Mağazalar), Şok, DiaSA ve A 101 ayrı bir önem taşımaktadır.

Rekabet Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca hazırlanan "Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı" taslağına ilişkin B.50.0.REK.0.03.00.00 sayılı ve 7 Mayıs 2001 tarihli Görüşünde ("Büyük Mağazalar Görüşü"), Türkiye'de organize perakendeciliğin gelişimine ve bu gelişimin nedenlerine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur⁵²³. Kurul'a göre, ülkemizde organize büyük ölçekli gıda

⁵²¹ Rekabet Kurumu'nun 2. Yıllık Faaliyet Raporu (2000), s. 21, www.rekabet.gov.tr.

⁵²² Bkz. Tarkan Erdoğan, **Rekabet Hukuku Açısından Perakende Sektöründe Alım Gücü**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 22, Ankara 2003. (Anılış: Erdoğan, **Alım Gücü**), s. 31.

⁵²³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı" Taslağı'na ilişkin

perakendeciliğinin kökeni 1950'li yıllara dayanmakla beraber, sektörün asıl gelişimi 1990'lı yıllarda gerçekleşmiştir.

Perakendeciliğin ülkemizdeki gelişimi incelediğinde, her biri çok önemli beş dönem görülmektedir: 1930-1940'lar (Birinci Dönem), 1950'ler (İkinci Dönem), 1970'ler (Üçüncü Dönem), 1980'ler (Dördüncü Dönem) ve 1990'lar ile günümüze kadar (Beşinci Dönem) olan dönem⁵²⁴.

2.1.2.1 Birinci Dönem

Perakendeciliğin Avrupa'daki gelişimi ile paralel olarak, ülkemizdeki doğumu da toptancılık ve kooperatif sistemlerine dayanmaktadır⁵²⁵. Ülkemizde kooperatif sistemi, yerel üreticilerin de aktif katılımı ile kurulmuştur. Ülkemizin ilk kooperatifleri İstanbul ve Ege Bölgesinde kurulmuştur. Bu dönemde kooperatifçilik, devletin öncülüğünde geliştirilmeye çalışılmıştır⁵²⁶.

Perakendeciliğin bu ilk döneminin en önemli özelliği, temel ihtiyaç mallarının perakende satış fiyatlarının üretici ve satıcılar tarafından değil, devlet tarafından belirlenmesidir. Şöyle ki, 1936 yılında çıkarılan Endüstriyel Mamulâtın Maliyet ve Satış Fiyatlarının Kontrolü ve Tespiti Hakkında Kanun ile tüketim maddelerinin fiyatlarına devlet kontrolü getirilmiş ve fiyatların devlet eliyle düşük tutulmasına çalışılmıştır⁵²⁷.

2.1.2.2 İkinci Dönem

Perakendeciliğin birinci dönemi 1940'lı yılların ikinci yarısında Türk Lirasında gerçekleşen değer kaybı ve bunu takip eden ekonomik kriz ile sona ermiştir. Bunu

B.50.0.REK.0.03.00.00 sayılı ve 7 Mayıs 2001 tarihli görüşü. Görüşün tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=gorusliste>.

⁵²⁴ Bu ayırım için bkz. Ülgen, s. 20–25 ve Tek/Orel, s. 24–26.

⁵²⁵ Toptancılık sistemi, pek çok değişik ürünün ülke geneline, en azından belirli bölge merkezleri itibarıyla dağılımı amaçlayan bir dağıtım modelidir. Bu model tek başına yeterli düzeyde ürün dağıtımını sağlayamadığı için, kooperatif sistemi desteklenmesi gerekmiştir.

⁵²⁶ 1924 yılında çıkarılan “İtibari Zirai Birlikleri Kanunu” da bu dönemde çıkarılan ve kooperatifliğin geliştirilmesini hedef alan düzenlemelerin başında gelmektedir. 498 sayılı ve 21 Mart 1924 tarihli İtibari Zirai Birlikleri Kanunu (RG tarih ve sayısı bulunamamıştır).

⁵²⁷ 3003 sayılı Endüstriyel Mamulâtın Maliyet ve Satış Fiyatlarının Kontrolü ve Tespiti Hakkında Kanun, 13 Haziran 1936 tarihli ve 3329 sayılı RG.

takip eden ikinci dönem ise, özellikle büyük şehirlerde yaşanan temel tüketim maddeleri kıtlığı ile başlamıştır.

Yaşanan bu kıtlık, devleti perakende dağıtım sektörüne girmeye zorlamış ve böylece ilk devlet perakende girişimi olan Sümerbank, bu dönemde kurulmuştur. Sümerbank aynı zamanda ülkemizin ilk zincir mağazası olma özelliğini taşımaktadır. Yine bu dönemde, özellikle büyük şehirlerde sayısız kooperatif ve irili ufaklı pek çok satış mağazası ve tüketim kooperatifleri de kurulmuştur.

1954 yılında Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun çıkarılmasıyla birlikte, zamanın hükümeti tarafından İsviçre Migros Kooperatifler Birliği Türkiye'ye davet edilmiştir. İki tarafın ortaklığında Migros-Türk T.A.Ş. kurulmuştur⁵²⁸. Migros-Türk T.A.Ş., daha sonra 1974 yılında Koç Grubu tarafından devralınmış, bu devralma sonrasında daha da güçlenerek Türkiye perakende pazarındaki faaliyetlerine devam etmiştir.

Migros-Türk ülkemizin ilk HTM perakende mağazası olup, Türkiye perakende pazarında paketlenmiş gıda ürünleri, satış fişi ve poşet kullanımı Migros-Türk marketleri ile başlamıştır.

Ülkemizi departmanlı mağazacılık ile tanıştıran teşebbüs ise, yine bu dönemde kurulan Gıda ve İhtiyaç Maddeleri T.A.Ş ("Gima") olmuştur⁵²⁹.

2.1.2.3 Üçüncü Dönem

Perakendeciliğin üçüncü dönemi, sayısız büyük mağaza ve kooperatiflerin açılması ve gelişmesi şeklinde özetlenebilir. Bu dönemde 19 Mayıs Mağazaları, Karamürsel Mağazaları, Beymen, Vakko ve İstanbul Giyim Sanayi ("İGS") gibi, büyük özel sektör mağazaları açılmıştır.

Bu dönemin en önemli yeniliklerinden biri, kooperatifçiliğin ilk defa Anayasa'da yer almasıdır. 1961 Anayasa'sı 51. maddesi ile "kooperatifçiliğin

⁵²⁸ 6224 sayılı ve 18 Ocak 1954 tarihli Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 23 Ocak 1954 tarih ve 8615 sayılı R.G.

⁵²⁹ Bkz. Tek/Orel, s. 25.

gelişmesini sağlayacak tedbirleri almak görevi”ni devlete yüklemiştir. Nitekim bu dönem içerisinde, kooperatifçiliğin gelişimi için devlet tarafından çeşitli proje ve mevzuat çalışmaları yapılmıştır⁵³⁰.

Perakende sektörü kendisinden beklenen gelişimi üçüncü dönemde de gösteremediği için, yerel yönetimlerin tüketicilere uygun fiyatlı ürün sağlamak amacıyla kurdukları tüketim kooperatifleri faaliyetlerine 1970’li yıllarda da devam etmiştir.

2.1.2.4 Dördüncü Dönem

Ülkemizde perakendeciliğin dördüncü dönemi 1980’li yıllarda başlamıştır. Bu dönemde, ekonomide içe dönük politikalardan vazgeçilmiş, ithalat serbest bırakılmıştır.

Yabancı tüketim mallarının ülkeye girişi, ürün çeşitliliği artırmıştır. Bu nedenle, perakendeciliğin dördüncü döneminin en önemli özelliği, pazara giren çok çeşitli ürünleri muhafaza edebilecek, depolayabilecek, tüketiciye uygun şekilde sunabilecek perakendeci mağazalarının kurulmasıdır.

Türk tüketicisinin, ithal ürünlerle tanıştığı bu yıllarda, ithal ve çok çeşitli ürünleri satan mağazaların bulunduğu büyük alışveriş merkezleri de oluşmaya başlamıştır⁵³¹. Nitekim ülkemizdeki ilk alışveriş merkezlerinden olan İstanbul Ataköy’deki Galleria AVM (1988) ve Atrium AVM da bu dönemde kurulmuştur (1989)⁵³².

⁵³⁰ Bu modellerin ilki, tek tip çok amaçlı kooperatif dediğimiz, "Köy Kalkınma Kooperatifi" modelidir. 1969 yılında 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun yürürlüğe konulması ile kooperatifçilik çalışmalarında konu bazında ihtisaslaşma eğilimi de başlamıştır. 1163 sayılı ve 24 Nisan 1969 tarihli Kooperatifler Kanunu, 13195 sayılı ve 10 Mayıs 1969 tarihli RG.

⁵³¹ Bugün sadece alışveriş yapılan yerler olmayıp, hem sosyal hem de kültürel etkinliklerin sunulduğu mekânlar olma özelliğine sahip olan organize alışveriş merkezleri, gelişmiş ülkelerde 1920’lerden beri faaliyet göstermektedir. Büyük alışveriş merkezlerinin ve büyük mağazaların ülkemizdeki gelişimi, 1985’lerden itibaren uygulanan yatırım teşvikleri ile de desteklenmiştir. Bkz. Tek/Orel, s. 25.

⁵³² Bkz. Erdoğan, **Alım Gücü** s. 9.

2.1.2.5 Beşinci Dönem

1980'lerin liberal politikaları 1990'larda organize perakendeciğin gelişimine ortam hazırlamıştır. Bu dönemde, ülkemizde faaliyet gösteren modern perakendeci teşebbüslerin sayısı, pazara giren Fransız ve Alman perakendeci grupları ile sürekli artmaya devam etmiştir.

Modern ve ekonomik bakımdan güçlü olan yabancı sermayeli perakendeciler, açtıkları çok sayıda, çeşitli büyüklük ve konseptlerdeki perakende mağazaları ile ülke geneline yayılmışlardır. Bu perakendeciler arasında, Alman perakende devi Metro, Fransız perakende şirketi Carrefour ve yine Fransız Continent sayılabilir. Bu dev uluslararası perakendecilerin Türk pazarına girişi ile, organize perakende sektöründeki canlanma hız kazanmış ve bu perakendeci grupların sahip oldukları know-how ile sektörde genel bir kalite artışı ve modernleşme sağlanmıştır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, Türk organize perakende sektörünün 5. aşaması güçlü yabancı perakendecilerin ülkemiz piyasasına girişleri ile başlamış olup, günümüzde halen devam etmektedir.

Büyük şehirlerde ve giderek tüm şehir merkezlerinde yayılan organize perakendeci grupları, pazar paylarını sürekli bir şekilde artırmakta, geleneksel perakendecilerin (bakkal, küçük market, kasap ve manavlar) faaliyetlerini kısıtlayarak, yavaş yavaş pazar dışına itilmelerine yol açmaktadır.

Organize perakendeci gruplarının ülkemizde doğuşu ve gelişimi, Rekabet Kurulu'nun 03-45/519-230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli Kipa'nın çoğunluk hisselerinin Tesco tarafından devralınmasına izin verilmesi talebini incelediği kararında ("Tesco/Kipa Kararı") ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Karar, organize perakendeci gruplarının gelişimini, sanayi, değişen demografik özellikler, şehir yaşam tarzının yaygınlaşması, çalışan kadın nüfusundaki artış, odaklanmış alışveriş alışkanlıklarının oluşumu gibi faktörlere dayandırmıştır⁵³³.

⁵³³ Rekabet Kurulu'nun 03-45/519-230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Kurul'a göre, ülkemizde 1980'li yıllarda başlayan organize perakendecilik (süpermarketler ve hipermarketler), hızlı kentleşme ve yabancı perakendecilerin ülkeye girişine imkân veren ve büyük mağazaların kurulmasını sağlayan devlet teşvikleri gibi etkenlerle gelişimine devam etmektedir⁵³⁴. Kararda, perakende sektöründeki yapılanmanın, uzman mağazacılık (yalnızca belli ürünlerin satıldığı büyük mağazalar, mobilya, yapı market vb.) indirim ve kolaylık mağazaları ile hızlanarak devam ettiği de belirtilmektedir⁵³⁵.

2.1.3 Günümüz Türkiye Perakendeciliği ve Gelecekteki Yeri

Yukarıda da açıkladığımız üzere, ülkemizde perakendecilik sektörü 1990'lı yılların başından itibaren geleneksel yapısından uzaklaşmaya, organize bir yapıya kavuşmaya başlamıştır. Bu gelişimin doğal bir sonucu olarak, perakende sektörü içinde geleneksel perakende satış noktalarının payı giderek azalmakta, organize perakende mağazalarının payı ise artmaktadır⁵³⁶.

Ülkemiz perakende sektöründeki değişim, perakendeci sayısına ilişkin istatistiklerde de açıkça görülmektedir. AC Nielsen Araştırma Şirketi verileri uyarınca Türkiye'de organize ve geleneksel perakende mağazalarının sayısal dağılımlarına ilişkin 1998-2005 yıllarına ilişkin tablo şöyledir⁵³⁷:

İşletme Türü	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Hiper, Zincir ve	2135	2421	2979	3640	4005	4242	4809	5545

⁵³⁴ Dönemin en önemli oyuncularının sahibi konumundaki holdingler (Koç, Sabancı, Doğuş, Fiba) ile diğer yerli sermaye grupları, yalnızca İstanbul'da değil, Anadolu'nun büyük kentlerinde hipermarketler açmışlardır. İzmir'deki Kipa, Konya'da Adese Grossmarket, Eskişehir'de Buggy Hipermarket, Balıkesir'de Pen-Mar Alışveriş Merkezi, Ankara'da Beğendik, Sivas'ta Yimpaş hipermarketleri bunun örneklerindedir. Yine bu dönemde, bakkallar başta olmak üzere, bazı küçük ölçekli perakendeciler kapanmış, bunlardan bir kısmı da birlikler kurarak pazar güçlerini artırma yoluna gitmişlerdir Anmar, İsmar, Karmar bu dönemde kurulan perakendeci birlikleri arasındadır. Bkz. Tek/Orel, s. 26.

⁵³⁵ AMPD'nin resmi internet sitesinde düzenli olarak yayımlanan sektör istatistikleri incelendiğinde, perakende sektöründe son 5 yıl içindeki yayılma ve gelişimin indirim mağazaları ve kolaylık mağazaları tarafından sağlandığı görülmektedir. Bkz. www.ampd.org.tr.

⁵³⁶ Ülkemizde bu değişim, gelişmiş Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'ne nazaran yavaş yaşanmaktadır.

⁵³⁷ Bkz. AC Nielsen, **2005 Değerlendirme Sunumu**, (AMPD tarafından hazırlanmıştır) www.ampd.org.tr.

Süpermarket								
Hipermarket	91	110	129	149	151	143	152	160
Büyük Süpermarket	210	251	306	357	368	367	396	454
Süpermarket	464	567	726	835	909	968	1082	1258
Küçük Süpermarket	1370	1493	1818	2299	2577	2764	3179	3673
Orta Market	12.192	13.247	13.232	13.210	13.555	14.537	15.197	15.076
Bakkal	155.420	148.925	136.763	128.580	122.342	124.283	122.781	120.397
Toplam	169.420	164.593	152.974	145.430	139.902	143.062	142.787	141.018

Bu tablodaki verilerden anlaşıldığı üzere, ülkemizde organize perakende sektörü her geçen yıl güçlenmekte, satış noktası ve işlem hacmini artırmakta iken, geleneksel perakende mağazaları bakımından tam tersi bir durum söz konusudur⁵³⁸.

AMPD'nin aynı yıllara ilişkin (2000-2005) Türkiye gıda perakendecilerinin pazar payları verileri de aynı değişimi gözler önüne sermektedir:

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Hipermarketler	% 2.8	% 2.9	% 2.9	% 3	% 3.1	% 3.2
Süpermarketler	% 19.3	% 19.8	% 20.8	% 21.8	% 23.0	% 24.2
İndirim Mağazaları	% 3.2	% 3.7	% 4.0	% 4.4	% 5.0	% 5.6
Marketler	% 1.1	% 1.1	% 1.1	% 1.0	% 1.0	% 1.0
Bakkallar	% 47.4	% 46.4	% 45.3	% 44.3	% 43.2	% 42.0
Şarküteriler	% 16.8	% 16.8	% 16.7	% 16.5	% 16.0	% 15.6
Diğer	% 9.4	% 9.3	% 9.2	% 9.0	% 8.7	% 8.4

Bu değişim, 2005 yılından sonra da aynı yönde devam etmiştir. Şöyle ki, yine AMPD verilerine göre perakende pazarı 2007 yılında (2006 yılı verilerine nazaran)

⁵³⁸ “Planet Retail” tarafından sağlanan verilere göre, Türk perakende sektörünün (gıda ve gıda dışı) cirosu 2006 yılında 136,9 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiş olup, 2010 sonuna kadar sektörün 199 milyar ABD Dolarına ulaşması beklenmektedir. Bkz. Türk Perakende Sektörünün Değişimi ve Ekonomi Üzerindeki Etkileri, PriceWaterhouseCoopers, (AMPD tarafından hazırlanmıştır), 2006 s. 4-5. Sunumum tam metni için bkz. www.ampd.org.tr.

% 10 büyümüş, bu sektördeki toplam istihdam % 21, mağaza sayısı ise % 24 artmıştır. Pazar, gelişimini 2008 yılında da devam ettirmiş ve 2008 yılını ortalama % 7 büyüme ile tamamlamıştır. Bu büyüme yılın ilk yarısında % 11 oranında iken, yılın ikinci yarısında % 3'lük bir gerileme ile % 7'ye düşmüştür⁵³⁹. Bu düşüş, sektöre özel bir gelişme değil, küresel ekonomik kriz nedeniyle gerçekleşmiştir⁵⁴⁰.

AC Nielsen verilerine göre, hipermarket, süpermarketler ve zincir marketlerin toplam sayısı 2008 yılı itibariyle toplam 8.252'ye ulaşmış olup, bakkal ve orta marketlerin sayısı ise 128.000'e gerilemiştir⁵⁴¹. Jones Lang Lasalle Araştırma Şirketi verilerine göre ise, perakende pazarındaki toplam mağaza sayısı 2008 yılında 2007'ye göre % 21 artış göstermiştir. Perakende pazarı 2008 yılında toplam satış alanı bakımından % 20 büyümüştür.

Sektördeki büyüme 2009 ve 2010 yıllarında da devam etmektedir. AMPD internet sitesinde verilen bilgilere göre, organize perakende sektörü ciroları 2009 Temmuz ayında 12 aylık ciro gelişimi % 4 iken, 2010 yılında bunun çok üzerinde bir performans sergilenmiş ve 2010 Temmuz ayında yıllık ortalama % 12 olarak

⁵³⁹ Rekabet Kurulu, Çağdaşkent mağazasının işletme hakkının demirbaş ve emtiaları ile birlikte Şeref Makromarket'e devri işlemine izin verilmesi talebini incelediği 09-04/73-29 sayılı ve 4 Şubat 2009 tarihli kararında, Amerika'daki emlak sektöründe başlayan ve tüm ekonomileri etkileyen küresel krizin, organize perakende pazarında faaliyet gösteren teşebbüsleri de önemli ölçüde etkilediğinin, Dünya genelinde yaşanan likidite daralması ve artan gıda ve enerji fiyatları nedeniyle, harcamalarında ihtiyatlı davranmaya başlayan tüketicilerin tüketim davranışlarındaki değişimin organize perakende sektöründe yer alan teşebbüslerin faaliyetlerini güçleştirdiğinin altını çizmiştir. Kurul, bu dönemde sektördeki birleşme ve satın alma işlemlerinin sayısında belirgin bir artış olduğunu ve bu sürecin önümüzdeki dönemde de devam edeceğini belirtmiştir. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Aynı kararda, küresel ekonomik krizin sektör üzerinde etkilerini değerlendirmiştir. Kurul, Türk perakende sektörünün temel aktörleri olan hipermarketler, süpermarketler, orta ölçekli marketler, marketler, bakkallar, büfeler, ihtisas mağazalarının konumlarının son yıllarda değişmeye başladığı, sektörün geleneksel perakendecilikten modern perakendeciliğe doğru hızlı bir geçiş dönemine girdiği de ifade edilmektedir. Nitekim ilgili pazarda ölçek ekonomisine daha çok yaklaşılması, tedarik verimliliğinin sağlanması ve istihdamın da artmasıyla, organize perakendenin payı artarken, geleneksel perakendenin payı sürekli olarak azalmaktadır.

⁵⁴⁰ 2008 yılının ilk yarısındaki gelişimin, aynı yılın ikinci yarısında düşmesi, 2008 yılının son çeyreğinde yaşanan küresel ekonomik krize bağlıdır. Kaldı ki, diğer sektörlerdeki (örneğin, otomotiv sektöründe % 25'e varan gerileme yaşanmıştır) gerileme ile kıyaslandığında, organize perakende sektörünün 2008 yılını ortalama % 7 büyüme ile kapatmış olması olumlu bir gelişmedir. Bkz. AMPD, **2008 Yılı Perakende Endeksi**, www.ampd.org.tr.

⁵⁴¹ Bkz. İzmir Ticaret Odası, "Perakende Pazarındaki Son Gelişmeler", **AR&GE Bülten**, İzmir 2008, www.izto.org.tr.

gerçekleşmiştir⁵⁴². Yine AC Nielsen tarafından yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, Türkiye perakende sektöründe süpermarketlerin payının 2012 yılına kadar % 64'e yükselmesi beklenmektedir⁵⁴³.

Günümüz itibarıyla, ülkemiz organize perakende sektöründe oyuncu sayısı 4'tür. Bunlar, Migros Grubu, CarrefourSa Grubu, BİM ve Metro Grubudur. Sektör oyuncuları, gerçekleştirdikleri yoğunlaşmalar neticesinde daha büyük ve güçlü dağıtım ağlarına sahip olurken, artan ekonomik güçleri, pazarlık imkânları sayesinde tüketicilere daha uygun fiyatlı ürünler, kampanyalar sunabilmekte, böylece işlem hacimlerini sürekli olarak artırmaktadırlar.

Perakendecilerin işlem hacimlerindeki artış, üretici veya sağlayıcılardan daha uygun koşullarda ürün tedarik etmelerine ve tüketiciye daha çok ve daha uygun koşullarla mal satmalarına imkân tanıdığı için, işlem hacimlerini de artıracaktır. Perakendecilerin pazar güçlerindeki bu artış, spiral bir etki içinde devam edecektir. Spiral etki teorisi olarak adlandırılan bu durum, ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Doktrinde Tek, ülkemizin demografik özellikleri, yaşam ve tüketim alışkanlıklarındaki değişiklikler ile tüketicilerin harcanabilir gelirindeki artış nedeniyle, geleneksel perakendeciliğin devrinin kapandığını, perakendeciliğin artık organize perakendeciler (modern perakendecilik) tarafından yürütüleceğini belirtmektedir⁵⁴⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki, ülkemiz perakende sektörünün bugünkü yapısı incelendiğinde, özellikle küçük şehirler, kasaba ve köylerde geleneksel perakendenin hâkimiyetinin devam ettiği, bu bölgelerde bakkal, kasap vs. küçük perakendecilerin faaliyetlerini sürdürdükleri görülmektedir. Ülkemizde, geleneksel perakendecilerin

⁵⁴² Bkz. AMPD'nin resmi internet sitesinden alınan veriler, www.ampd.org.tr.

⁵⁴³ AMPD'nin resmi internet sitesinden alınan bilgilere göre, Türkiye perakende sektörü 2007 yılı sonunda toplam 150 milyar ABD Doları cirosuyla, enerji, eğitim ve sağlık sektörlerinin ardından ülkemizin dördüncü büyük sektörüdür. Sektörün toplam cirosunun 2010 yılında 199 milyar ABD Dolarına ulaşması beklenmektedir. Cushman&Wakefield'in yayınladığı bir rapora göre, Türk perakende sektörü Avrupa'da 7. dünyada 10. büyük perakende sektörüdür. Deloitte ise, "Perakendenin Küresel Güçleri 2008" raporunda, ülkemizi gıda harcamalarında Avrupa'nın en büyük 5. gıda dışı harcamalarda ise 8. pazarı olarak göstermektedir. Nitekim bu cironun % 30-40'ı organize perakende tarafından elde edilmekte olup, bu oran geleneksel perakende aleyhine sürekli olarak yükselmektedir. Bkz. Tek/Orel, s. 32'den naklen, AC Nielsen, "2002'den Bugüne Pazardaki ve Ticari Yapıdaki Gelişmeler Sunumu", 2005.

⁵⁴⁴ Tek/Orel, s. 23.

pazardaki toplam payı 2008 yılı itibariyle % 70 düzeyindedir. Hâlbuki bu oran, Amerika Birleşik Devletleri ve pek çok gelişmiş Avrupa ülkesinde yalnızca % 15–20 civarındadır.

Tüm bu tespitlerde göstermektedir ki, ülkemiz perakende sektöründe geleneksel perakendecilerin hâkimiyeti, her geçen yıl bir öncekine nazaran azalarak da olsa, devam etmektedir.

2.1.4 Satın Alma Grupları ve Birlikte Alım Anlaşmaları

Organize perakende ve gelişiminin anlaşılabilmesi açısından incelenmesi gereken önemli konulardan biri de, satın alma gruplarıdır.

Günümüzde klasik, yani üreticinin kendi dağıtım ağını kurduğu veya dağıtıcılar karşısında ekonomik açıdan güçlü konumda bulunduğu dağıtım modeli varlığını sürdürüyorsa da, özellikle HTM perakendeciliğinde yukarıda temel özellikleriyle ele aldığımız yeni bir tip dağıtım modeli ortaya çıkmıştır. Bu yeni dağıtım modelinde, perakendeciler, oluşturdukları satın alma merkezleri ve sistemleri (centrale ou system d'achat) aracılığıyla, üreticiler karşısında çok daha büyük bir ekonomik gücü, diğer bir ifadeyle yüksek bir alım gücünü temsil etmektedir.

Geleneksel perakendeci gruplarının da, bazen satışa sundukları ürünleri daha avantajlı koşullarla tedarik etmek için birlikte satın alma anlaşmaları yaptıkları görülmektedir.

2.1.4.1 Genel Olarak

Organize perakendeciler, alım güçlerini satın alma grupları veya merkezleri altında birleştirerek, ürün tedarik harcamalarını paylaşmayı ve sağlayıcılar ile ticari ilişkilerinde daha yüksek indirim oranları, özel teslim ve ödeme şartlarına sahip olabilmektedir.

Satın alma grup ve merkezleri arasındaki fark, grup veya merkez ile dağıtıcılar arasındaki ilişkiye dayanır. Satın alma gruplarında, dağıtıcılar, grubun hem üyeleri hem de kurucularıdır. Satın alma merkezlerinde ise, dağıtıcılar merkezin üyesi değil, yalnızca müşterisi konumundadır⁵⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, satın alma grupları bizzat grubun içinden çıkan (endogène) oluşumlar iken, satın alma merkezleri dış kaynaklı (hexogène) oluşumlardır.

Satın alma grupları, ayrı ayrı dağıtıcıların birlikte ve genellikle tek bir kaynaktan alım yapmak amaçlı yakınlaşmalarından doğar⁵⁴⁶. Grup, sağlayıcılara karşı üyelerini temsil eder, görüşme ve pazarlıkları üyeleri hesabına yürütür. Grup ile üyeleri arasında, gruba üyelik sözleşmesinden kaynaklanan bir aracılık ilişkisi bulunur.

Satın alma merkezleri ise, bayilik sistemi ile birlikte oluşmuştur⁵⁴⁷. Bayileri ile veya bayileri için ürün tedarikini daha elverişli kılmak isteyen ana şirket, bir “alım gişesi” (“comptoir d’achat”) açar. Alım gişesi, görevi itibarıyla ana şirketten işlevsel bakımdan bağımsız olduğu gibi, ana şirkete karşı hukuken bağımsız olan bayilere karşı da organik bir bağımsızlığa sahiptir.

Alım gişesi, ana şirket ve bayilere ürün tedarikini sağlamak için sağlayıcılarla görüşmeleri yürütür, alıcılarına (ağa dâhil dağıtıcılar - bayiler) elverişli alım koşulları sağlar.

Satın alma grup ve merkezleri, yüksek miktarlı alımları ile sağlayıcılara siparişlerin hazırlanması, faturalama ve teslim bakımından fayda sağladıkları için, ilk bakışta sağlayıcılar lehine bir sistem gibi görünmektedir. Oysaki bu grup ve merkezler verdikleri yüksek miktarlı siparişler ile zamanla sağlayıcıları kendilerine bağımlı hale getirmekte ve bu bağımlılığı, sağlayıcılardan indirim ve esnek ödeme koşulları talep etmek için bir tehdit unsuru olarak kullanabilmektedirler⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Satın alma grup ve merkezlerine ilişkin ayrıntılı çalışma için. Bkz. Editions du Juris-Classeur, **Les Opérations Complexes de la Distribution**, Paris 2002, s. 437 vd.

⁵⁴⁶ Bkz. Editions du Juris-Classeur, s. 439.

⁵⁴⁷ Örneğin, Fransa'nın ilk alım merkezi olan Galleries Lafayette'in alım merkezi, 1929 yılında kurulmuştur. Editions du Juris-Classeur, s. 438, dn. 9.

⁵⁴⁸ Bkz. Editions du Juris-Classeur, s. 437.

Gerek satın alma grupları gerekse satın alma merkezleri, üyeleri dağıtıcılar yararına ürün tedarik işlevini yürüttükleri gibi, bazen toptancı rolü de oynayabilirler. Örneğin, grup veya merkez bazen üreticiden ürünleri üyelerine yeniden satmak amacıyla önce kendisi satın alır ve böylece bu tedarik işleminin hukuki ve finansal tüm risklerini üstlenir. Uygulamada, bu duruma daha çok ana şirketin bayileri veya iştirakleri için kurduğu satın alma merkezlerinde ve franchise sistemlerinde rastlanmaktadır.

Organize perakende sektöründe de, farklı teşebbüs gruplarının, satın alma merkezleri veya grupları kapsamında işbirliği yaparak, ürün tedariklerini bu grup veya merkezler vasıtasıyla yürüttükleri görülmektedir.

Satın alma merkez ve grupları ile üyeleri perakendeci teşebbüsler arasında ilişki, birlikte satın alma anlaşması niteliği taşımaktadır. Böylece teşebbüsler, tedarik konusunda birlikte hareket ederek, alım maliyetlerini düşürmekte, ilgili pazarda (satış pazarı) rakiplerine nazaran daha etkin bir rekabet gücüne kavuşmaktadır.

2.1.4.2 Rekabet Hukukunda Birlikte Alım

Birlikte alım anlaşmaları, ilgili pazarda teşebbüslerin alım fiyatını birlikte belirlemelerine yol açabilir. Bu nedenle de, farklı perakendeci grupları arasında yapılacak bir birlikte alım anlaşması (veya her ne ad altında olursa olsun, kurulacak bir satın alma grubu) RKHK m. 4 (a) bendi “mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi” yasağı veya aynı Kanun’un m. 4 (d) bendi “rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi” yasağı kapsamında değerlendirilerek yasaklanabilir⁵⁴⁹.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin açıklamalarımız da belirttiğimiz üzere, birlikte alım anlaşması yaparak, ilgili pazardan tedarik edecekleri mal veya hizmetlerin alım tutarını tespit eden

⁵⁴⁹ AB rekabet hukuku çerçevesinde benzer bir değerlendirme için bkz. **Bellamy&Child**, s. 210.

teşebbüslerin, bu anlaşmalarının yasaklanması için, uygulamaya konulmuş olması gerekmez. Nitekim böyle bir anlaşma ilgili pazarda rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıdığı için, henüz uygulanmış veya uygulanmış ancak ilgili pazarda olumsuz etkileri meydana getirmemiş olsa dahi RKHK m. 4 uyarınca geçersiz kabul edilecektir.

Kurul, RKHK m. 4 uyarınca hukuka aykırı sayılan birlikte alım anlaşmalarına, şartları var ise, RKHK m. 5 çerçevesinde bireysel muafiyet tanıyabilir.

Biz, her somut olaydaki özellikler ve bu nedenle yapılabilecek farklı bir değerlendirme saklı kalmak kaydıyla, organize perakendeci grupların taraf olacağı RKHK m. 4'e aykırı bir birlikte alım anlaşmalarının, RKHK m. 5 bireysel muafiyet şartlarının tamamını taşımayacağını ve bu nedenle de bireysel muafiyetten faydalanamayacağını düşünüyoruz.

Birlikte alım anlaşması, perakendecilerin tedarikçilerden daha düşük fiyatla ürün satın almalarına imkân vereceğinden, maliyetlerinin azalmasına ve böylece onların satış fiyatlarının düşmesini sağlayabilir. Bu durumda, anlaşma RKHK m. 5 (b) bendinde öngörülen “tüketicinin fayda sağlaması” şartını taşıyabilir.

Birlikte alım anlaşmasının, ülkemiz perakende sektörünün bugünkü (geleneksel perakende baskın) yapısı itibariyle, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olmayacağını kabul de mümkündür (RKHK m. 5 (c)).

Bununla beraber, birlikte alım anlaşmasının, bireysel muafiyetin diğer şartları, RKHK m. 5 (a) “malların üretim ve dağıtımında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” ile aynı madde (d) bendi uyarınca “rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması” şartlarını sağlaması, somut olaya ilişkin özel durumlar saklı kalmak kaydıyla, mümkün olmayacaktır.

Rekabet Kurulu'nun perakende pazarında birlikte alıma ilişkin herhangi bir kararı bulunmamakla beraber, bir kiraz alım kartelini incelediği 07-60/713-245

sayılı ve 24 Temmuz 2007 tarihli kararı bulunmaktadır⁵⁵⁰. Kurul, kiraz ihracatçısı bazı teşebbüslerin 2006 yılı sezonunda yapılacak olan kiraz alımlarına 31 Mayıs tarihinden sonra başlanması ve alınacak kirazlar için en fazla 2,5 YTL/kg ödenmesine ilişkin anlaşmalarını, alım karteli olarak değerlendirmiş ve RKHK m. 4 uyarınca hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. Kararda, fiyat ya da her türlü alım ve satım şartlarının tespitinin, RKHK m. 4 ‘e aykırı ve rekabet hukuku bakımından da hiçbir haklı gerekçeye dayandırılmayan “*per se*” yasak eylemler olduğunu altı çizilmektedir.

Kararda, anlaşmanın bireysel muafiyet koşullarını taşıyıp taşımadığı da incelenmiştir. Kurul, anlaşmada yer alan hükümlerden hiçbirinin kirazın üretim veya dağıtımında yeni gelişme veya iyileşme sağlamaya yönelik olmaması nedeniyle, muafiyetin ilk şartının gerçekleşmediğini kabul etmiştir. Kurul, anlaşmanın kiraz üretimine yarar sağlamadığını, ayrıca kiraz üreticilerinin gelirlerinin düşmesine ve üreticilerin başka ürünlere kaymasına neden olabileceği için zararı dahi dokunabileceğini belirtmiştir. Kurul, anlaşmanın ihracata yönelik kiraz alımlarını konu alması nedeniyle, tüketiciye yarar sağlayacak herhangi bir unsur taşımadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla anlaşma, muafiyetin diğer bir şartı olan “tüketici yararı”nı da sağlamamaktadır. Anlaşmanın, ilgili pazardaki rekabetin en önemli parametresi olan fiyatı sabitlemeye ve pazardaki rekabet ortadan tamamen kaldırılmaya çalışılması nedeniyle, diğer iki muafiyet şartını da taşımadığına karar verilmiştir.

Birlikte alım anlaşmaları, Komisyon’un Yatay Anlaşmalara ATA m. 81’in (yeni m. 101) Uygulanması ile İlgili Duyurusu Hakkında Rehber’de değerlendirilmiştir⁵⁵¹. Komisyon’a göre, birlikte alım, ortaklaşa kontrol edilen bir teşebbüs, birçok firma tarafından kurulmuş şirket, bir anlaşma veya basit bir işbirliği şeklinde ortaya çıkabilecektir. Rehber, alım gücünü ise şöyle tanımlamaktadır:

“Alım gücü, teşebbüsler arasındaki satın alma anlaşması sonucunda alım yapılan miktarın toplam alımlar içerisinde büyük bir orana tekabül etmesi nedeniyle fiyatların rekabetçi seviyenin altına düşmesi veya rakiplerin pazara girişlerinin zorlaşmasıdır.”

⁵⁵⁰ Rekabet Kurulu’nun 07-60/713-245 sayılı ve 24 Temmuz 2007 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>

⁵⁵¹ Yatay Anlaşmalara ATA m. 81’in Uygulanması ile İlgili Duyurusu Hakkında Rehber, ATRG C 3/2, s. 9, p. 115-138.

Rehber'e göre alım gücü incelenirken ilk olarak, alıcıların satış pazarında pazar güçlerinin olması durumunda düşük alım fiyatlarından kaynaklanan faydaların tüketicilere yansımama olasılığı dikkate alınmalıdır. Tarafların satış pazarındaki birleşik pazar paylarının artması, bu pazarda koordinasyon içerisinde bulunma isteğini artırabilecek ve bu eylem, birlikte alımdan kaynaklanan maliyetlerin aynı olması sebebiyle kolaylaşabilecektir. Rehber'e göre birlikte alım anlaşmaları nedeniyle diğer alıcıların verimli sağlayıcılara ulaşabilme imkânı sınırlanacaktır. Üstelik sağlayıcıların düşük fiyatlı satışlarını alım anlaşmasına taraf olmayan alıcılardan telafi etme olasılığı da, bu alıcıları satış pazarında rekabet açısından olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, geleneksel perakendeci gruplarının bazen satışa sundukları ürünleri daha avantajlı koşullarla tedarik etmek için birlikte satın alma anlaşmaları yaptıkları görülmektedir.

Rekabet Kurumu da, Büyük Mağazalar Görüşü'nde bakkalların büyük mağazaların rekabetinden korunabilmeleri için en etkin çözümün, büyük mağazaların gelişiminin engellenmesinden ziyade, bakkalların bir araya gelerek toplu alım grupları oluşturmaları olduğunu ifade etmiştir⁵⁵².

Kurum, anılan Görüşünde, geleneksel perakendeciler tarafından kurulacak toplu alım gruplarına RKHK m. 5 bireysel muafiyet hükümleri çerçevesinde izin verilebileceğini belirtmiştir. Görüş'te Kurum'un geleneksel perakendeciler tarafından kurulacak bir alım grubunun bireysel muafiyet alabileceğini hangi gerekçelerle ileri sürdüğü anlaşılmamaktadır.

Kanaatimizce, geleneksel perakendeciler tarafından kurulmuş olsa bile, bir alım kartelinin - RKHK m. 4'e aykırı düzenlemeler içermektedir - kurucularının menfaati veya rakiplerinin rekabetinden kurtulmalarına imkân vermesi nedeniyle, bireysel muafiyet alabileceğini ileri sürmek mümkün değildir. Kurum Görüşü her ne karar, ileride Kurul'un inceleyip karara bağlayacağı olaylar bakımından bağlayıcı değilse de, kesin ifade tarzı bakımından yerinde değildir. Örneğin, bir ilde veya tüm Türkiye'deki geleneksel perakendecilerin önemli bir bölümünü birleştiren bir alım

⁵⁵² Bkz. dn. 524.

kartelinin - Ülkemiz perakende pazarında geleneksel perakendecilerin toplam pazar payının % 70 civarında olması nedeniyle – bireysel muafiyet alması çok düşük bir ihtimaldir. Nitekim bu yoğunlukta bir kartel, büyük olasılıkla, RKHK m. 5 (c) bendindeki “ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” ve (d) bendindeki “rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması” şartlarını sağlayamayacaktır.

2.1.5 İlgili Pazar Analizi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ülkemizin her bölgesine çok sayıda mağazaları ile yayılan organize perakendeci grupları, kurdukları ortak alım ağları da üreticilerden toplu alımlar yapmakta, böylelikle küçük çaplı market veya bakkallara nazaran çok daha uygun fiyat ve ödeme koşulları ile ürün tedarik edebilmektedir⁵⁵³.

Organize perakendeciler, mağaza içi ve dışında tüketicilere sundukları çeşitli hizmetler (mağaza içi ve dışı tanıtımları, anlık indirimler, indirim anonsları, promosyon ürünler veya pek çok büyük mağazada otopark, tüketici servisleri) ile geleneksel perakendecilere nazaran daha tercih edilir hale gelmişler, ekonomik güçlerin daha da artırmıştır.

Organize perakendeciler, yalnızca tüketicilere maksimum hizmetin sağlandığı mağaza konseptleri değil, tüketicilere minimum hizmet ve lüks sunan tüketim mallarının en uygun fiyatlarla satışa sunulduğu indirim mağazaları ile de pazar güçlerini artırmaktadır. Nitekim küçük market ve bakkalların asıl rakibi de, indirim mağazalarıdır⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Hemen eklemek gerekir ki, ortak alım anlaşmaları veya grupları, dağıtım sektöründe yalnızca organize perakendecilikte değil, hazır yemek sektöründe de yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin, ülkemizde McDonalds's restoranlarının ana franchise'ı olan Anadolu grubunun yurt içi ürün tedariki Serlog ve Ata grubunun Burger King restoranlarının yurt içi ürün tedarikinin büyük bir kısmı Fasdat tarafından sağlanmaktadır.

⁵⁵⁴ Rekabet Kurumu, 2. Yıllık Faaliyet Raporunda aynı konunun altı çizilmektedir. Raporla, kurumsallaşmış perakendecilerin "indirim mağazaları" formatında da çoğaldıkları, indirim mağazalarının bakkalların en ciddi rakipleri olma yolunda ilerledikleri belirtilmektedir. İndirim mağazaları, küçük satış alanına sahip, az çeşit (günlük temel ihtiyaç maddeleri) bulunduran, dekorasyonda lüksten kaçınan, minimum bireysel hizmet verilen (self-servis; yani personel maliyetinin minimum olduğu), az sayıda markanın satıldığı ve dolayısıyla az sayıda üretici ile çalışılan nitelikleri sayesinde, kiraların düşük olduğu mahalle aralarında küçük hacimli dükkânlarda faaliyet gösterebilmektedir. Bkz. Rekabet Kurumu, 2. Yıllık Faaliyet Raporu, s. 21–24. Bkz. www.rekabet.gov.tr.

Bilindiği üzere, rekabet hukukunda pazar incelemelerine her zaman ilgili pazarın tespiti ile başlanır. İlgili pazar, ürün veya hizmet pazarı ve coğrafi pazarın kesişim kümesidir. Örneğin, bir organize perakende grubunun herhangi bir uygulamasına karşı, geleneksel perakendeciler veya sağlayıcılar tarafından yapılacak bir şikâyetin veya iki perakendeci grubunun birleşmesi işleminin incelenmesine, her zaman ve öncelikle ilgili pazar tespiti yapılır. Bu bakımdan, biz de, çalışmamızın bu bölümüne ilgili pazar tespiti ile devam etmeyi tercih ediyoruz.

Bilindiği üzere rekabet hukuku kuralları amaçları itibariyle belirli bir pazarda, yani birbirleriyle ikame ilişkisi içinde olan ürünlerin veya hizmetlerin bulunduğu belirli bir coğrafi alan itibariyle uygulanırlar ve söz konusu ürün veya hizmet pazarında etkin bir rekabetin kurulması ve korunmasını hedeflerler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, her türlü rekabet hukuku probleminin çözümünde öncelikle bir ürün veya hizmet pazarının ve buna bağlı olarak da coğrafi pazarın tespit edilmesi gerekmektedir.

2.1.5.1. İlgili Ürün Pazarı

Perakende satış noktalarının faaliyetleri incelendiğinde, ilgili pazar tespitinin iki yönlü yapılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim her perakende satış noktası bakımından, bir alım (tedarik) pazarı, bir de satış pazarı söz konusudur. Kurul da, perakende pazarına ilişkin ilgili pazar tespitlerinde bu ikili pazar ayrımını dikkate almaktadır⁵⁵⁵.

Kurul'un Tansaş – I Kararı, perakende satış pazarına ilişkin önemli değerlendirmeler içermektedir⁵⁵⁶. Kararda, yerel marketler ve zincir marketlerin, istisnai bazı ürünler dışında, gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satışı pazarında faaliyet gösterdikleri belirtilmiş, ilgili ürün pazarı “gıda ve temel ihtiyaç maddeleri perakende satış pazarı” olarak tespit edilmiştir. Görüleceği üzere, Kurul perakende pazarını, organize ve geleneksel kanalı kapsayan tek bir ilgili pazar olarak kabul etmiştir.

⁵⁵⁵ Bkz. dn. 51.

⁵⁵⁶ Rekabet Kurulu'nun 01–13/124–32 sayılı ve 28 Mart 2001 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Rekabet Kurulu, İstanbul'un Büyükçekmece, Beylikdüzü ve Esenyurt ilçelerindeki zincir marketlerin pazar güçlerini kullanmak suretiyle küçük çaplı bölge esnafının faaliyetlerini zorlaştırdıkları iddiasını incelediği 09-35/891-214 sayılı ve 6 Ağustos 2009 tarihli kararında açık bir pazar tespitine yer vermemiş ise de, kararın gidişatından Kurul'un organize perakendeciler ile geleneksel perakendecileri aynı ilgili pazarda kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim kararda, zincir marketler ile geleneksel perakendecilerin aynı ilgili pazarda faaliyet gösterip göstermediği incelenmemiş olmasına rağmen, zincir marketlerin şikâyet konusu uygulamalarının RKHK m. 4 ve m. 6 kapsamında analizine geçilmiştir⁵⁵⁷. Kurul, iki tip perakendecinin aynı ilgili pazarda sayılmadıkları kanaatinde olsa idi, en azından 4. maddeye ilişkin incelemeye girişmez ve şikâyeti bu madde bakımından doğrudan reddederdi⁵⁵⁸.

Kurul'un yukarıda özetlediğimiz kararları da ortaya koymaktadır ki, Kurul organize perakende ile geleneksel perakendenin aynı ve tek ilgili pazarda yer aldığını kabul etmektedir. Bu pazar, günlük tüketici ürünleri perakende satış pazarıdır. Kurul bu pazarın, satış noktalarının büyüklüklerine, çeşitlerine ve tüketici gözündeki ikame ilişkisine göre alt pazarlara ayrılabilen kanaatindedir.

Kurul'un Tansaş'ın %70,77'sine tekabül eden hissesinin Migros Türk T.A.Ş. (Migros) ve Koç Holding A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebini incelediği 05-76/1030-287 sayılı ve 31 Ekim 2005 tarihli kararında (Tansaş – II Kararı) farklı ölçeklere sahip perakendecilerin ve farklı ilgili ürün pazarlarına dâhil olduklarının altı çizilmiştir⁵⁵⁹. Karara konu işlem bakımından ilgili pazarı “300 m²'den büyük satış alanına sahip perakendecilerin oluşturduğu pazar” olarak belirlenmiştir.

Kurul, aynı kararda, tüketim malları perakende pazarı bakımından farklı ölçeklere sahip olan modern perakendecilerin, farklı ürün pazarları teşkil

⁵⁵⁷ Rekabet Kurulu'nun 09-35/891-214 sayılı ve 6 Ağustos 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵⁵⁸ Bu değerlendirmemiz, RKHK m. 6 hâkim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması hali dikkate alınarak, yalnızca RKHK m. 4'teki tüm rekabete aykırılık halleri ile sınırlandırılmıştır.

⁵⁵⁹ Rekabet Kurulu'nun 05-76/1030-287 sayılı ve 31 Ekim 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

edebileceklerini belirtmiştir. Bu pazar ayırımındaki temel ölçüt, tüketiciler bakımından farklı ürün pazarının belirlenmesine imkân verecek ayırıcı özelliklerinin bulunup bulunmadığıdır.

Rekabet Kurulu, CarrefourSA'nın Gima ve Endi'nin kontrolünü Fiba Grubu'ndan devralması işlemine izin verilmesini talebini incelediği 05-40/557-136 sayılı ve 17 Haziran 2005 tarihli kararında ise, nihai tüketim pazarı bakımından farklı ölçeklerdeki modern perakendecilerin farklı ürün pazarları teşkil edebilecekleri belirtildikten sonra, organize perakende üç alt pazara ayrılmıştır. Bu alt pazarlar, “indirim mağazaları”, “hipermarketler” ve “diğer modern perakende zincir mağazaları”dır (süpermarketler).

Doktrinde Erdoğan, geleneksel kanal ile organize perakendenin birbirlerinin rakibi değil, tamamlayıcısı konumunda olan satış noktalarından oluştuğunu ileri sürmektedir⁵⁶⁰. Yazar, organize perakendenin hipermarket ve süpermarketleri ile tek duraklı alışveriş (*one-stop shopping*) imkânı sunduğunu, bu alışveriş türünün nitelikleri itibariyle tüketici gözünde geleneksel kanal ile rakip değil, birbirini tamamlayan yerler olduğunu belirtmektedir.

Biz Erdoğan'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Bize göre, ülkemizde perakende sektörünün halen geleneksel güçlü yapısı karşısında, tüketicilerin günlük tüketim ihtiyaçlarını karşılamaları bakımından birbirine ikame teşkil etmekte ve aynı ilgili pazarda faaliyet göstermektedir. İki kanal arasındaki rekabet durumu, tüketicilerin ikame olanakları itibariyle, şehir merkezi dışında kurulu hipermarketler bakımından daha sınırlı ise de, özellikle indirim veya yüksek indirim mağazaları bakımından daha da açık şekilde görülmektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, perakende pazarının bir de alım (tedarik) yönü bulunmaktadır. Alım yönü itibariyle pazar tespitinde, perakendecilerin alım pazarındaki, yani tedarikçileri ile aralarındaki ilişki dikkate alınmaktadır.

⁵⁶⁰ Bkz. Tarkan Erdoğan, “Organize Perakende Sektörünün Ekonomik Dinamikleri: Rekabet Politikası Açısından Değerlendirme”, **Rekabet Dergisi**, 2005, no 24, s. 56 (Anılış: Erdoğan, “Organize Perakende”). Nitekim organize perakendenin geleneksel kanalı tamamlayan yönleri, ürünlerin çok çeşitli ve çoğu zaman ucuz olması, ekstra sunulan hizmetlerin varlığı, ulaşım ve taşıma için aracın şart olması, kredi kartı ile alışveriş imkânıdır.

Kurul, Tansaş-II Kararında üreticiler ile perakendeciler arasındaki ilişkinin alım (tedarik) pazarı olduğunu belirtmiş ve bu pazar üretici açısından kritik faktörlerin üretimini değiştirme ve üretimini farklı kanallarda satabilme esnekliği olduğunun altını çizmiştir⁵⁶¹.

Kararda da belirtildiği üzere, üreticiler belli bir ürün veya ürün grubunda uzmanlaşarak üretim yapmaktadır. Bu nedenle, bir üreticinin süpermarket ortamında satılan ürünlerin hepsini üretmesi söz konusu değildir. Bu ise, tek bir tedarik pazarı değil, ürün gruplarına göre farklı tedarik pazarlarının bulunduğunu gösterir. Kurul'a göre, alım gücüyle ilgili yapılacak değerlendirmelerin, üretim anlamında birbirine ikame teşkil eden ürünlerin bir araya geldiği ürün gruplarının aynı ilgili Pazar içinde kabul edilmeleri suretiyle yapılması gerekmektedir.

Anılan kararda, süpermarket ortamında satılan gıda ağırlıklı HTM alım pazarının, “et ve et ürünleri”, “beyaz et ve yumurta ürünleri”, “unlu ürünler”, “sütlü ürünler”, “bira, şarap ve alkollü içkiler”, “alkolsüz içkiler”, “sıcak içecekler” (kahve ve çay), “şekerli ürünler” (çikolata, kek gibi), “temel gıdalar” (un, seker, pirinç gibi), “dondurulmuş ürünler”, “bebek mamaları”, “ev hayvanları yiyecekleri”, “vücut bakım ürünleri”, “ev temizlik ürünleri” gibi alt pazarlara ayrıldığı tespit edilmiştir. Komisyon da alım pazarına ilişkin olarak aynı yaklaşımı benimsemektedir. Komisyon'un Rewe/Meinl kararında da aynı pazar tespitine yer verilmiştir⁵⁶².

Biz de Komisyon'un ve Rekabet Kurulu'nun alım pazarını tüketici tercihlerine göre her bir ürün grubu bakımından ayrı ayrı değerlendirme yaklaşımına katılıyoruz. Kanaatimizce, bu ayırım, perakendecilerin alım güçlerinin tam olarak tespiti bakımından önem taşımaktadır. Nitekim bir perakendecinin üreticileri veya sağlayıcıları karşısındaki alım gücü, her bir üretici veya sağlayıcı grubunun ürettiği veya tedarik ettiği ürün grubundan hareketle belirlenmelidir.

⁵⁶¹ Bkz. dn. 559.

⁵⁶² Komisyon'un IV/M.1221 sayılı ve 3 Şubat 1999 tarihli Rewe/Meinl Kararı, ATRG, L 274/1, 23 Ekim 1999, [2000] 5 CMLR 256.

2.1.5.2 İlgili Coğrafi Pazar

Kurul'un organize perakendecilere ilişkin kararlarında yer verdiği, alım (tedarik) ve satım (perakende) pazarlarına ilişkin coğrafi pazar tespitleri birbirinden farklıdır.

Kurul'un alım pazarına ilişkin kararları incelendiğinde, organize perakendeci gruplarının tek elden alım yapmaları nedeniyle, alım (tedarik) pazarının coğrafi sınırlarının tüm Türkiye Cumhuriyeti olarak belirlendiği görülmektedir. Kurul'un satış pazarına (alt pazar) ilişkin tespitleri ise, ilgili perakendeci grubunun mağazalarının bulunduğu yerler ve bu yerler kapsamına giren alanların ayrı ayrı ele alınmasına dayanmaktadır⁵⁶³.

Rekabet Kurulu Tansaş – II Kararında, modern perakendecilerin faaliyet alanlarının, uzaklığa bağlı olarak il, hatta ilçe ölçeğinde bile diğer bölgelerden hissedilir derecede farklılık gösterdiğini belirtmiştir⁵⁶⁴. Kurul'a göre, bu alanların belirlenmesi tüketicilerin alışveriş amacıyla göze alacakları sınır uzaklığa bağlıdır. Bu sınır uzaklık, “rakip kabul edilen perakende birimlerinin fiyatları arasındaki farkın, bu mesafeyi kat etmek için gereken maliyeti karşılayabileceği nokta”ya kadar olan coğrafi alandır.

Kurul, bu sınırın AB'de “otomobil ile 20 dakikalık uzaklık” olarak kabul edildiğini belirttikten sonra, ülkemizde bu konuda yapılmış herhangi bir araştırma bulunmadığı için, aynı ölçütün ülkemiz açısından kabulünün bir dizi sorunu beraberinde getirebileceğinin altını çizmiştir⁵⁶⁵. Kurul'a göre, bu sorunların başında büyükşehirlerin durumu gelmektedir. Şöyle ki, anılan ölçüt, bölgeler arası sınırlarda ikamet eden tüketiciler bakımından sorun teşkil edebileceği gibi, şehir merkezinde

⁵⁶³ Bkz. dn. 507.

⁵⁶⁴ Bkz. dn. 559; Komisyon'un aynı ölçütü uyguladığı başka kararları da mevcuttur. Bkz. IV/M.1085 sayılı ve 6 Şubat 1998 Promodes/Catteau [1998] 4 CMLR 416 ve Comp/M.5112 sayılı ve 3 Temmuz 2008 tarihli Rewe Plus/Discount Kararları, ATRG, 23 Mayıs 2008, C 126/08.

⁵⁶⁵ Komisyon, Kesko Oy'un Tuko Oy'un kontrolünü devralması işlemini incelediği Kesko/Tuko kararında, tüketici açısından 20 dakikalık araba seyahatiyle ulaşılacak süpermarketlerin aynı coğrafi pazarda olacağını kabul etmiştir. Kararda, ürün çeşitliliği, kalite, hizmet düzeyi (açılış, kapanış saatleri gibi), reklam, promosyon gibi rekabetin birçok parametresinin lokal düzeyde değil de bölgesel, hatta ulusal düzeyde – zincir marketlerin ulusal düzeydeki planlama stratejisine bağlı olarak- belirlendiğinin altı çizilmiştir ve bu nedenle ilgili coğrafi pazarın bölgesel ve ulusal düzeyde tanımlanabileceği de belirtilmiştir. Bkz. Komisyon'un IV. M. 784 sayılı ve 20 Kasım 1996 tarihli Tesco/Tuko Kararı, [1997] 4 CMLR 24.

yerleşik tüketiciler bakımından da, ulaşım olanaklarının yaygınlığı nedeniyle, kesin bir ölçütün kabulü mümkün değildir.

Sonuç olarak, kararda iller bakımından bölünemezlik esasını benimsenmiş ve incelemeye konu yoğunlaşmanın gerçekleşeceği tüm iller ayrı coğrafi pazarlar kabul edilmiştir. Bununla beraber, rekabet koşullarının farklılığı da dikkate alınarak, il merkezi dışındaki ilçeler, diğer ilçe ve illerle olan uzaklığı dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmiştir. Kurul, ilçe bazındaki değerlendirmelerinde, AB Komisyonu tarafından benimsenen otomobil ile 20 dakikalık uzaklık ölçütünü dikkate almıştır. Kararda, Migros ve Tansaş'ın birlikte faaliyet gösterdikleri Aliaga, Dikili, Çesme, Ödemiş, Balıkesir, Ayvalık, Burhaniye, Edremit (Altınoluk ve Akçay dâhil), Aydın, Nazilli, Kuşadası, Söke, Didim, Bodrum, Marmaris, Turgutreis, Antalya, Manavgat, Kemer, Alanya, Manisa, Akhisar, Denizli, Sakarya, Kocaeli, Nigde, Eskişehir, Uşak, Bolu, Urla, İzmir, Ankara ve İstanbul ayrı coğrafi pazarlar olarak belirlenmiştir.

Kanaatimizce, Kurul kararının coğrafi pazar tespitine ilişkin kısmı çelişkilidir. Kurul kararında, Avrupa Birliği'nde itibar edilen "araba ile 20 dakikalık mesafe" kıstası, benzer ve ayrıntılı bir çalışmanın ülkemiz için yapılmamış olması nedeniyle kabul edilemeyeceği ifade edilmesine rağmen, şehir merkezleri dışındaki mağazalar bakımından ise (örneğin ilçelerde bulunan mağazalar) bu kıstas uygulanmıştır.

Nitekim Kurul'un il merkezleri dışındaki bölgelerde "otomobil ile 20 dakikalık mesafe" kıstasını uygulayıp, aynı kıstası büyükşehirler için uygulamama gerekçesi de anlaşılamamıştır. Kararda bu konuda yapılan yegâne açıklama, büyükşehirlerde ulaşım olanakları ve trafik yoğunluğunu kıstaslarının dikkate alındığıdır. Oysaki kanaatimizce bu gerekçe muğlâk ve kendi içinde çelişen iki unsura dayandığı için (ulaşım olanakları-trafik yoğunluğu) anlaşılamamaktadır.

Ülkemizde büyük şehirlerde her ne kadar ulaşım olanakları yaygın ise de, pek çok Avrupa Birliği üyesi ülkede bulunan büyük mağazaların yalnızca şehir dışında açılabilmesi kuralı henüz bulunmadığı için, büyük mağazalar sadece şehir merkezleri dışında değil, şehir merkezlerinde de kurulmaktadır. Hatta aynı şehir içinde, aynı organize perakendeci grubunun onlarca, hatta büyük şehirlerde yüzlerce mağazası bulunabilmektedir.

Yukarıdaki durum, büyük şehirlerimizdeki trafik sorunu ile birlikte değerlendirildiğinde, Kurul'un büyükşehirlerimiz açısından, her şehri tek bir pazar kabul etmek bir yana, "otomobil ile 20 dakika mesafe" daha da kısıtlayarak, daha kısa bir mesafeyi kıstas olarak belirleyip uygulaması düşünülebilirdi. Böylece mağazaların coğrafi pazarları, gerçek tüketici bölgelerine göre değerlendirilebilirdi.

İstanbul örneği ele alındığında, Kurul kararındaki coğrafi pazar tespitine göre İstanbul'un Anadolu yakasındaki Ümraniye Migros ile Avrupa yakasındaki Profilo Tansaş aynı coğrafi ürün pazarında ve birbirlerine rakip kabul edilmektedir. Bu kabul, İstanbul'da yaşayan tüm tüketiciler bakımından iki mağazanın ikame mağaza sayılması anlamına gelmekte ise de, böyle bir yaklaşım iki mağaza arasındaki mesafe ve şehrin trafik yoğunluğu da dikkate alındığında pek de gerçekçi olmayacaktır.

Kanaatimizce, kararda eleştirilmesi gereken bir diğer husus da, büyük şehirlerde kurulan çok geniş satış alanına sahip büyük mağazaların, hipermarketlerin coğrafi pazarlarının tespitidir. Nitekim diğer mağazalardan farklı olarak, hipermarketler şehir merkezi dışında kurulmuş olsalar bile, coğrafi alanları çok geniş sınırları kapsayabilmekte ve bu özellikleri ile de çok daha fazla tüketiciyi kendilerine çekebilmektedirler. Kanaatimizce, Kurul kararında bu hususun da tartışılması ve gerekli ise, karara konu işleme taraf teşebbüslerin hipermarketleri bakımından ayrı bir coğrafi pazar tespiti yapılıp, bu alt pazar bakımından yoğunlaşma oranının ayrıca ele alınması uygun olurdu.

Kurul'un Tansaş-II Kararındaki coğrafi pazar tespitine ilişkin yaklaşımını daha yeni tarihli kararlarında da sürdürdüğü görülmektedir. Örneğin, Kurul'un Yimpaş Grubuna ait mağazaların Kiler tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebini incelediği 09-33/728-168 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli Yimpaş/Kiler Kararında, devralmaya konu olan mağazaların Kahramanmaraş, Sivas, Tokat, Amasya, Yerköy, Gaziantep, Turhal, Nevşehir, Edirne, Alaca, Afyon ve İskenderun'da yer almaları ve devralmanın etkilerinin mağazaların faaliyet gösterdikleri bölgelerde hissedileceği gerekçesiyle, mağazaların bulunduğu il veya ilçeler coğrafi pazarlar olarak belirlenmiştir⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09-33/728-168 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

2.2 Alım Gücü ve Perakendeci Markaları

Organize perakendeci grupları, yüksek alım güçleri vasıtasıyla rakipleri geleneksel perakendecilere nazaran daha avantajlı şartlarla mal tedarik etmekte ve bu malları daha düşük fiyatlarla tüketicilere sunmaktadır. Böylece, rakiplerine nazaran işlem hacimleri ve buna bağlı olarak, alım güçleri daha da büyümekte ve üreticiler ile ilişkilerinde daha güçlü konuma getirmiştir.

Yüksek alım gücü sahibi organize perakendeci grupları, zamanla kendi markaları altında üretim yaptırmaya ve kendi mağazalarında satışa sunmaya başladılar. Böylece, eskiden sadece tedarik işlemlerinde karşı karşıya oldukları üreticiler ile perakendeci markaları vasıtasıyla, üretim pazarında karşı karşıya geldiler.

Çalışmamızın bu bölümünde, organize perakendenin iki önemli unsuru olan alım gücü ve perakendeci markalarını, ilgili pazarda rekabet üzerindeki etkileri açısından inceleyeceğiz.

2.2.1 Alım Gücü

İktisadi bir kavram olan alım gücü (veya alıcı gücü), organize perakende sektöründe yapılacak rekabet analizlerinde anahtar bir özelliğe sahiptir.

2.2.1.1 Ekonomi Teorisinde Alım Gücü ve Monopson

Biz bu çalışmamızda, alım gücünü çok sayıda sağlayıcının karşısında tek veya az sayıda alıcının bulunduğu monopson piyasalara ilişkin ekonomi teorisi üzerinden ele alıp incelemeyi tercih ediyoruz. Bu tercihimiz, organize perakende sektöründe alıcı yoğun bir yapı (ve piyasada faaliyet gösteren tüm alıcıların (perakendeci grupları) ilgili pazarda aynı veya benzer pazar uygulamaları yapmalarına) ile de bağdaşmaktadır.

İktisat literatüründe, piyasalara, piyasanın durumuna ve piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısına göre farklı isimler verilmektedir. Çok sayıda alıcı karşısında tek bir satıcının bulunduğu piyasalara monopol, az sayıda satıcının yer aldığı piyasalara oligopol, çok sayıda satıcının olduğu pazarlara tam rekabetçi piyasalar denilmektedir⁵⁶⁷. Çok sayıda satıcının karşısında tek (veya sınırlı sayıda) alıcının olduğu piyasalara monopson, az sayıda alıcının olduğu piyasalara ise oligopson adı verilmektedir. Bir monopsonist teşebbüs ile bir monopolün karşı karşıya geldiği pazarlar, iki yanlı monopol, az sayıda alıcı ve satıcının bir araya geldiği pazarlar ise iki yanlı oligopol pazarlar olarak adlandırılmaktadır⁵⁶⁸.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da anlaşılacağı üzere, monopson pazar, tek veya az sayıda alıcısı olan pazardır⁵⁶⁹. Bir görüş ise, monopson pazarı, alıcı tarafın satın aldığı ürün miktarını kısıtlamak suretiyle, ürünün fiyatını pazarda oluşan rekabetçi seviyenin altına çekebildiği pazar olarak tanımlamaktadır⁵⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise, monopson pazar, alıcının alım fiyatlarını etkileyebildiği, ürünü rekabetçi pazardaki fiyatından daha ucuza alabildiği pazardır⁵⁷¹.

Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere, monopson gücü ile alım gücü aslında aynı kavramı işaret etmektedir. Nitekim Dobson Consulting'in 1999 yılında OECD için yaptığı bir araştırmada verdiği alım gücü, adeta monopson gücünü anlatmaktadır⁵⁷²:

“Alım gücü, bir veya bir grup firmanın bir ürün veya hizmetin alımında hâkim durumda bulunması ya da ölçek veya diğer özelliklerinden kaynaklanan avantajlarından dolayı diğer alıcılara göre sağlayıcıdan daha uygun koşullarda alım yapmasıdır”

⁵⁶⁷ Bkz. Roger D. Blair/Jeffrey L. Harrison, **Moponsony in Law and in Economics**, Cambridge 2000, s. 41.

⁵⁶⁸ Bkz. Burak Büyükkuşoğlu, **Rekabet İktisadı Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 148, Ankara 2004, s. 1.

⁵⁶⁹ Bkz. Önder Özkazanç/C. Necat Berberoğlu/Ercan Eren/M. İlker Parasız/Kemal Yıldırım, **İktisat Teorisi**, Anadolu Üniversitesi Yayını No. 1456, Eskişehir 2006, s. 172.vd.

⁵⁷⁰ Bkz. Büyükkuşoğlu, s. 1'den naklen, M.J Jacobson/G.J.Dorman, “Joint Purchasing, Monopson And Antitrust”, The Antitrust Bulletin, Spring 1991 C. 36, s. 5, p. 1–72.

⁵⁷¹ Bkz. R.S Pindyck/D.L Rubinfeld, **Microeconomics**, New York 2000, s. 352; D.W. Carlton/J. M Perloff, **Modern Industrial Organization**, İkinci Bası, Harper-Collins College Publishers, New York 1994, s. 153.

⁵⁷² Dobson Consulting, **Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union**, Lahey 1999, s. 4. Ayrıca bkz. www.europa.eu.

Monopson pazarda, monopsoncu teşebbüsün alım miktarı, ürünün fiyatını ve teşebbüsün ürün karşılığında ödeyeceği bedeli belirlemektedir. Çünkü alıcı, alım miktarını değiştirerek, ürünün fiyatını etkilemektedir. Hatta çoğu zamanda, bu etkinin, yani alım gücünün ve satın alma tercihinin fiyat üzerindeki etkisinin farkındadır, bu etkiyi planlı bir şekilde kullanmaktadır⁵⁷³.

Bir pazarda monopson gücünün uygulanabilmesi bazı şartların varlığını gerektirir. Bu şartların başında, ilgili pazardaki az sayıdaki alıcının alımların büyük kısmını gerçekleştiriyor olmaları gelir. Nitekim alıcılar ancak bu şekilde pazardaki fiyatlar üzerinde belirleyici etki sahibi olabilirler.

Monopson gücünün ikinci unsuru, alım pazarında giriş engellerinin bulunmasıdır. Şöyle ki, alım pazarına girişlerin veya alım yapan diğer teşebbüslerin kapasitelerini kolayca yükseltmelerinin mümkün olması halinde, monopson gücü uygulayan az sayıdaki alıcının karşısına, yeni veya daha çok alım yapabilen rakiplerin çıkması ihtimali bulunur. Bu durum, satıcılara uygulanan monopson gücünün zayıflamasına neden olur. Sonuç olarak, fiyatlar üzerindeki etki de ortadan kalkar.

Monopson gücünün oluşmasının üçüncü şartı, ilgili pazarda arz eğrisinin pozitif eğimli olmasıdır. Arz eğrisinin pozitif eğimli olması, ilgili pazarda alıcıların satın aldıkları her ilave birim için, daha fazla ödeme yapmaları demektir. Diğer bir ifadeyle, ilgili pazarda hammadde üretiminde kullanılan kaynaklar kıt olduğu için, alım yapılan her bir ek birimin maliyeti, bir önceki birimden daha yüksek olmaktadır.

Monopson teorisyenlerine göre, alıcı teşebbüsün tedarik pazarında monopson gücü uyguladığı ilk dönemde, ürünün alım fiyatı düşer. Bu düşüşe paralel olarak, alıcının yeniden satış fiyatı da düşer⁵⁷⁴. Böylece işlem hacmi artan alıcı, alım (tedarik) pazarında daha çok alım yapar, hem alım hem de yeniden satış fiyatını daha da aşağı çeker (birinci dönem).

⁵⁷³ Monopson teorisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Doris Hildebrand, **Economic Analysis**, s. 28.

⁵⁷⁴ Bkz. Blair/Harrison, s. 47-48.

Alıcı, bir zaman sonra pazar uygulamasını değiştirir. Alım miktarını düşürürken, alım fiyatını da düşürür. Ancak yeniden satış fiyatını yükseltir (ikinci dönem).

Monopsoncu teşebbüsün, yeniden satış fiyatını yükselttiği bu ikinci dönemde artık, satış pazarında kendisi ile rekabet edebilecek güçte bir rakibi kalmamıştır. Nitekim tüm rakipleri ilk dönemdeki monopson uygulamaları sırasında, ya pazar güçlerini büyük ölçüde yitirmiş ya da pazardan çıkmıştır.

Alım gücünün rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini işleyen bir diğer teori de “su yatağı etkisi” (“waterbed effect”) teorisidir. Bu teoriye göre, büyük alıcının pazarlık gücünün yükselmesi, ilgili pazarda rakip alıcılar üzerinde iki kat olumsuz bir etki yaratır⁵⁷⁵.

Bu etkinin ilk katı, büyük alıcının alım gücünün artması ile küçük alıcıların alım güçlerinin azalmasıdır. Böylece küçük alıcıların tedarikçiler karşısında pazarlık güçleri de azalacaktır. Küçük alıcılar, satın almak istedikleri ürün veya hizmete, eskisinden daha fazla fiyat ödemek zorunda kalacaktır.

Etkinin ikinci katı, ürün veya hizmetin üretici veya sağlayıcısının, büyük alıcıya uyguladığı yüksek oranlı indirimleri ve diğer avantajları, alım gücü azalan küçük alıcılardan telafi etmesi, onlara eskisine oranla daha yüksek fiyat uygulamasıdır. Daha yüksek fiyatla tedarik yapan küçük alıcı, yeniden satış fiyatı da yükseldiğinde, büyük alıcı karşısındaki rekabet gücünü biraz da yitirecektir. Küçük alıcının alım gücü ve pazar gücü daha da azalacaktır.

Sonuç olarak, alım gücü sahibi alıcı sürekli bir şekilde güçlenirken, rakiplerinin pazarlık gücü düşmekte ve ticaret koşulları sıkılaşmakta ve alım güçleri azalmaktadır⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Alman Rekabet Otoritesi, “Buyer Power in Competition Law: Situation and Perspectives”, s. 3. Çalışmanın tam metni için bkz. www.bundeskartellamt.de.

⁵⁷⁶ Su yatağı teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Tahir Su, **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 94, Ankara 2003; David Campbell/George Stonehouse/Bill Houston, **Business Strategy**, New York 2004, s. 134-136’dan naklen Michael E Porter, **Competitive Strategy**, Free Press, New York 1980, s. 13 vd.

Görüleceği üzere, monopson teorisi ile su yatağı teorisi birbirleri ile yakın ilişki içindedir. Her iki teori de, yüksek alım gücünün pazardaki etkilerine ilişkin olarak aynı sonuca ulaşmaktadır. Alım gücünün artışı, zincirleme bir etkiye neden olmakta ve bu gücün daha da artmasına yol açmaktadır.

İki teori arasındaki temel fark, monopson teorisinin, yüksek alım gücü sahibi teşebbüsün pazar hareketlerini esas almasına karşın, su yatağı teorisinin üst pazardaki teşebbüsün fiyatlandırma uygulamasını esas almasıdır.

2.2.1.2 Monopsonun Rekabet Üzerinden Etkileri ve Perakende Pazarına Uygulanması

Monopson gücünün uygulanmasının ilgili pazarda rekabet üzerindeki etkilerinin başında, alım fiyatlarının düşmesi gelir. Monopsoncu teşebbüs, monopsonun her iki döneminde de alım fiyatlarını düşürmekte ve kârlılığını artırmaktadır. İlk dönemde, monopsoncu teşebbüsün arzını arttırdığı, yeniden satış fiyatı düştüğü için, pazarda sahte bir fiyat düşüşü yaşanmakta, kısa ve orta vadede

Burada Michael Porter'in "Beş Kuvvet Modeli"nden ("Five Forces Analysis") bahsetmek gerekir. Bu model uyarınca, teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücü, ilgili pazarın şartları çerçevesinde şekillenmektedir. Porter'a göre, bir teşebbüs ilgili pazarda beş kuvvet tarafından tehdit altındadır. Bu kuvvetler, pazara yeni girişlerin yarattığı tehditler (1), sağlayıcıların pazarlık gücü (2), müşterilerin pazarlık gücü (3), ikame ürünlerin tehdidi (4) ve son olarak, pazardaki rekabetin yoğunluğudur (5).

Perakende sektöründe, tedarik (alım) pazarı bakımından, müşterilerin diğer bir ifadeyle perakendeci grupların yüksek pazarlık gücü aşağıdaki sonuçları ortaya çıkarmaktadır:

İlgili pazarda, alıcı (müşteri) konumundaki teşebbüsler, tedarik fiyatları düşürmeye çalışmakta, bunu yaparken de, satın alım miktarlarını azaltmak veya aynı fiyata daha kaliteli ürün talep etmektedir. Bu nedenle, üretici veya sağlayıcılar, alıcıları ile olan ticari ilişkilerinde güçlü konumda değillerse, alıcılarına karşı pazar güçleri daha da zayıflayacaktır.

Üretici veya sağlayıcı arasındaki ticari ilişkiler bakımından, perakendeci gruplarını daha güçlü kılan başlıca faktörler şöyle özetlenebilir:

- Organize perakendeci grupları arasında yoğunlaşmanın daha fazla olması,
- Organize perakendeci gruplarının satın almalarının çok büyük hacimli olması,
- Organize perakendeci gruplarının, perakendeci markaları uygulamaları ile üretim zincirinin üst tarafına doğru entegre olmaya başlamaları,
- Organize perakendeci gruplarının perakendeci markaları uygulamalarında etkisi ile üretici veya sağlayıcıların maliyet yapıları hakkında kesin bilgilere sahip olmaları.

Doktrinde Su, geleneksel olarak otomobil üreticileri ve hipermarketlerin, sağlayıcılarına karşı daha güçlü konumda olduklarını ifade etmektedir. Su'ya göre bu durumun üç önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlar, bu pazarlarda yoğunlaşmanın fazla olması, satın alımların yüksek miktarlarda olması ve teşebbüslerin üretimin üst aşamalarına doğru entegrasyon sağlama olasılıklarıdır. Bkz. Su, s. 32.

tüketiciler lehine sonuçlar doğmaktadır. İkinci dönemde ise, monopsoncu teşebbüs alım miktarı ve dolayısıyla arzını kısırkken, satış fiyatını yükseltmektedir⁵⁷⁷.

Monopson gücünün, yıkıcı fiyatlama şeklinde ortaya çıkması da söz konusu olabilir. Monopsoncu teşebbüsün, satış pazarındaki bağlama uygulamasını alım pazarına tatbik ederek, üreticilerden bir ürünü satın almayı, bir diğer ürünün bağlı alımı şartına tabi tutması ve böylece söz konusu değer pazarda rekabeti kısıtlaması mümkündür. Böyle bir uygulama yürüten monopsoncu teşebbüs, hâkim durumunu kötüye kullanmaktadır. Nitekim teşebbüs, bir alım pazarındaki gücünü, diğer bir alım pazarını etkilemek, o pazarda rekabeti bozmak, engellemek veya kısıtlamak için kullanmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, perakende pazarı az sayıda organize perakendeci grubun karşısında geleneksel perakendecilerin yer aldığı bir pazardır. Pazarın bugünkü yapısı bir monopson pazar kadar yoğunlaşmamıştır. Kaldı ki, basit monopson modeli, perakende pazarındaki gerçeklere tam olarak uymamaktadır. Nitekim pek çok durumda, pazarın her iki tarafında da belirli bir seviyeye kadar yoğunlaşma görülmektedir⁵⁷⁸. Buna ek olarak, organize perakende ile üreticiler arasında tedarik ilişkileri de her zaman aynı şartları içermediği için, fiyatlar, indirim oranları ve tedarik şartların, tarafların karşılıklı pazarlık ve müzakerelerine dayandığı varsayılmakta, organize perakendenin tedarik şartları üzerindeki etkisi, pazarlık gücü olarak yorumlanmakta ve müdahale edilmemektedir⁵⁷⁹.

Buna rağmen, organize perakendeci grupları yüksek alım güçleri ile üreticilerden rakipleri geleneksel perakendecilere nazaran çok daha uygun koşullarda tedarik yapmaktadır. Bu durumu, fiyatlarına yansıtan organize perakendeciler, yeniden satış pazarındaki pazar paylarını her geçen gün yükseltmektedir.

⁵⁷⁷ Monopson modelinde alıcının alım miktarını kısırkken kârını ve kârlılığını artırmasına ilişkin olarak bkz. Alman Rekabet Otoritesi, s. 2.

⁵⁷⁸ Tabii ki, büyük bir perakendeci ile sağlayıcı arasındaki alım ilişkisinde taraflar arasında var olan karşılıklı pazarlık gücü ile küçük bir perakendeci ile sağlayıcı arasındaki ilişkide söz konusu olan pazarlık gücü aynı değildir. Nitekim perakendecinin, sağlayıcının işlem hacmi veya cirosu içindeki payı arttıkça, onun karşısındaki pazarlık gücü de artmaktadır. Nitekim alım gücü, OECD Sekreteryası tarafından hazırlanan bir raporda, perakendeciler ile sağlayıcılar arasındaki pazarlık gücü farklılığını yansıtmak üzere tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, perakendeci A'nın sağlayıcı B'nin malını satmama kararı, A'nın kârında % 0,1'lik azalmaya neden olurken, B'nin kârında % 10'luk azalmaya sebep oluyorsa, perakendeci A sağlayıcı B üzerinde alım gücüne sahip demektir. Bkz. dn. 429'daki Rapor, s. 25.

⁵⁷⁹ Alman Rekabet Otoritesi, s. 2-3.

Geleneksel perakendeciler ise, gerek pazarlık güçlerinin azalması gerekse üreticilerin telafici (organize perakendeye verdikleri tavizleri küçük alıcılardan telafi etmek) fiyat uygulamaları nedeniyle, gün geçtikçe ağırlaşan şartlarla mal tedarik etmektedir. Bunun bir sonucu olarak, yeniden satış fiyatları yükselmekte, organize perakende karşısındaki rekabet güçlerini kaybetmektedir. İşte, geleneksel perakendenin ticaret hacminin ve pazar payındaki azalma eğilimini bu durum açıklamaktadır.

Yukarıdaki tespitler de gösteriyor ki, organize perakende pazarı, henüz bir monopson pazarı değilse de, organize perakendeci grupların alım gücü ve bunun pazardaki sonuçları itibariyle monopsoncu unsurlar içermektedir. Nitekim organize perakendenin alım gücünü denetleyen bir takım düzenlemeler getirilmez ise, zaman içinde monopsoncu bir yapıya kavuşup, geleneksel perakendecilerin tamamen pazar dışına itilmeler söz konusu olacaktır.

2.2.1.3 Alım Gücünün Spiral Etkisi

Organize perakende sektöründe alım gücü ve perakendeci grupların yoğunlaşma eğilimi analiz edilirken ele alınan teorilerden biri de spiral etki teorisidir (“spiral effect theory”).

Perakende sektöründe gerçekleşen yoğunlaşmaların alım gücü üzerinde katlanarak artan etkisini en iyi ortaya koyan teori spiral etki teorisidir. Teorinin, monopson modelinin başarıya ulaşmasında da önemli bir yeri bulunmaktadır. Nitekim monopsoncu teşebbüs, satım pazarında artan gücünü tedarik pazarına yansıtmakta ve böylece artan alım gücü spiral bir etki yaratarak katlanmaktadır⁵⁸⁰.

Spiral etki teorisine göre, iki perakendeci grubunun birleşmesi veya birinin diğerini devralması ile ortaya, her iki perakendeci gruptan daha güçlü bir tek perakendeci çıkarır. Bu yeni perakendeci, üretici veya sağlayıcılarla olan ticari ilişkilerinde, bünyesinde birleştirdiği grupların her birinden daha avantajlı fiyat ve fiyat harici ticari koşullara kavuşur. İşte bu daha avantajlı fiyat ve diğer ticari koşullar, perakendecinin alt pazarda müşterilerine (nihai tüketicilere), rakibi

⁵⁸⁰ Bkz. Alman Rekabet Otoritesi, s. 3.

perakendecilere nazaran çok daha elverişli yeniden satış fiyatları sunmasına imkân verir. Bu şekilde, satış pazarındaki payını artırır ve buna bağlı olarak alım gücü, spiral bir etki içinde artar.

Komisyon, alım gücünün (alıcı gücü) *per se* rekabete aykırılık sayılmayacağı, bu nedenle alım gücünün artmasına neden olan her işlemin de *per se* yasaklanamayacağı görüşündedir⁵⁸¹. Komisyon'a göre, alım gücünün artmasına rağmen, alt pazar etkin rekabetçi yapısını koruyor ise, pazarda başka güçlü alıcılar da bulunuyor demektir ve alım gücü rekabeti kısıtlamaz. Bu ihtimalde, alım gücü ancak tüketiciler lehine düşük fiyat uygulamaları sağlayabilir.

Buna karşın, alt pazar yoğunlaşmış bir yapıya sahipse, alım gücünün rekabete aykırı etkiler doğurması ve teşebbüsün satım pazarındaki pazar payını daha da artırması söz konusu olabilir.

Komisyon, Carrefour grubunun Promodes grubunu devralması işlemini incelediği Carrefour/Promodes kararında, spiral etki teorisine değinmiş ve karara konu devralmanın ilgili pazardaki etki ve sonuçlarını bu teori üzerinden değerlendirmiştir⁵⁸².

Kararda, devralma işlemi neticesinde yeni oluşan perakendecinin, sağlayıcı veya üreticilerden çok daha yüksek miktarda alımlar yapacağı ve böylece rakiplerine nazaran çok daha elverişli alım koşullarına sahip olacağı belirtilmiştir. Komisyon, perakendecinin, alım gücünün üst pazar olan tedarik (alım) pazarındaki olumsuz etkilerinin belirli seviyeden sonra ortaya çıkacağı görüşündedir ve bu sınırı tehdit noktası (threat point) olarak adlandırmaktadır. Komisyon'a göre bu tehdit noktası, üreticinin perakende grubu ile ticaret yapmaktan, diğer bir ifadeyle, perakendeci grubuna ürün satmaktan, iflas veya ticari geleceğinin sona ermesi riski doğmaksızın vazgeçebileceği noktadır. Ancak, bu nokta aşıldıktan sonra, üreticinin perakendeci grubuna mal vermemesi, ticari açıdan mantıklı bir karar olmaktan çıkacak, pazar dışına itilmesine neden olacaktır.

⁵⁸¹ Bkz. Komisyon'un COMP/M.5112 sayılı 3 Temmuz 2008 tarihli Rewe Plus k. Discount Kararı, ATRG, C 129, 7 Temmuz 2008.

⁵⁸² Komisyon'un COMP/M. 1684 sayılı ve 25 Ocak 2000 tarihli Carrefour/Promodes Kararı, ATRG, C 164, 16 Haziran 2000.

Komisyon, bir üreticinin belirli bir perakendeci grubuna satış yapmaktan vazgeçebilmesi için, anılan grubun üreticinin toplam satışları içindeki payının en fazla % 22 olabileceğini kabul etmektedir. Nitekim perakendeci grubunun üreticinin satışları içindeki toplam payı % 22 eşiğini aşıyor ise, üretici artık anılan perakendeci gruba ekonomik olarak bağımlıdır ve bu gruba satış yapmaması halinde ciddi bir iflas riski ile karşı karşıya gelecektir⁵⁸³.

Rekabet Kurulu, Tansaş – II Kararında spiral etki teorisine atıf yapmıştır⁵⁸⁴. Kurul'a göre, perakende sektöründe yaşanan bir birleşme veya devralma perakendeciler ile tüketicilerin iletişime girdikleri satım pazarı yanında, üreticiler ile perakendeciler arasındaki alım (tedarik) pazarında da yoğunlaşmaya yol açar. Nitekim karara konu işlem neticesinde, satım pazarında ulusal çapta oluşacak yoğunlaşma, alım pazarında da aynı etkiyi yaratacaktır Böylece alım gücü artan teşebbüs, daha uygun koşullarda alım yapabilecek ve bunu satış fiyatlarına yansıtmak suretiyle, satım pazarındaki payını artıracaktır⁵⁸⁵.

Kurul, “Kantar” isimli süpermarketin sabit değerleriyle birlikte kira sözleşmelerinin devri yoluyla işletilmesinin CarrefourSA'ya devredilmesi işlemine izin verilmesi talebini incelediği 09–30/635–149 sayılı ve 24 Haziran 2009 tarihli kararında da, işlemi yalnızca satım pazarı bakımından incelemekle yetinmemiş, işlemin tedarik (alım) pazarı bakımından rekabeti kısıtlayıcı etkiler yaratıp yaratmayacağını analiz etmiştir. Kurul, işlemin CarrefourSA'nın Türkiye genelinde alım pazarındaki payında küçük bir artışa neden olacağını tespit ederek, işleme izin vermiştir⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Komisyon'un spiral etki teorisine atıf yapmamakla beraber, alım pazarında % 20 üzerindeki yoğunlaşmaların rekabeti hissedilir derecede etkileyeceğini kabul ettiği daha yeni tarihli kararları da bulunmaktadır. Bkz. dn. 578.

⁵⁸⁴ Bkz. dn. 559.

⁵⁸⁵ Satım pazarında rekabetin azalmasıyla beraber, alım gücünden kaynaklanan avantajlar tüketiciye yansımazabilir.

⁵⁸⁶ Rekabet Kurulu'nun 09–30/635–149 sayılı ve 24 Haziran 2009 tarihli kararı.

Benzer değerlendirmeler için bkz. “Güzelyalı” ve ‘Kenan Evren’ isimli süpermarketlerin mevcut kira sözleşmelerinin devri yoluyla CarrefourSa Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. tarafından sabit değerleriyle birlikte devralınması işlemine izin verilmesi talebini değerlendirdiği 09–07/130–42 sayılı ve 18 Şubat 2009 tarihli kararı, dn. 739'da anılan karar ve 08–76/1229–467 sayılı ve 30 Aralık 2008 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icld=101&detld=102&ustld=101>.

2.2.1.4 Alım Gücü Karşısında Bulundurulması Zorunlu Ürünler ve Portföy Gücü

Sağlayıcılar, yüksek alım gücüne sahip dağıtıcılar karşısında ancak sahip oldukları portföy gücü ve bulundurulması zorunlu ürünler sayesinde pazarlık gücüne sahip olabilir. Bu nedenle bulundurulması zorunlu ürün ile portföy gücü kavramları ile alım gücünün karşılıklı etkilerini tespit etme incelenmesi önem taşır.

Bulundurulması zorunlu ürünler, marka güçleri ve tüketici tercihleri vb. etkenler nedeniyle, bir satış noktasında tüketicilerin alımına mutlaka hazır bulundurulması gereken ürünlerdir. Nitekim tüketicinin bulundurulması zorunlu bir ürünü bulamaması halinde, satış noktasında satışa sunulan ikame ürünü satın almayarak, aradığı ürünü satın almak üzere başka bir noktaya yöneleceği kabul edilmektedir⁵⁸⁷.

Rekabet Kurulu'nun endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren anlaşmalar ve fiili münhasırlık yaratan faaliyetleri incelediği Algida Kararında, bulundurulması zorunlu ürün ("must stock") kavramını aynı şekilde tanımlamıştır⁵⁸⁸. Kararda, Algida markasının endüstriyel dondurma pazarında must stock olması, rakiplerine nazaran daha yüksek bir pazar payına sahip olması, tüm zincir mağazalarda satılması, marka gücü ve tüketici bağımlılığı gibi kıstaslarla açıklanmaya çalışılmıştır.

Portföy gücü, markalardan kaynaklanan toplam pazar gücünün, portföyü oluşturan ayrı ayrı markaların pazar gücü toplamını aşmasıdır. Geniş bir portföye sahip olan teşebbüs, portföyünü bir bütün olarak müşterilerine (alıcı) sunabilmesi nedeniyle, müşterilerinin ciroları içinde daha büyük bir paya sahip olabilir. Nitekim bu teşebbüs, alıcıları ile alım fiyatları, promosyonlar ve indirimlere ilişkin

⁵⁸⁷ Bkz. Jacobson, M. Jonathan, *Antitrust Law Developments*, C. I, Chicago 2007, s. 261 vd.

⁵⁸⁸ Bkz. dn. 477. Rekabet Kurulu'nun 08-33/421-147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli kararı. Kurul'un Mey İçki'nin nihai satış noktalarıyla yaptığı mal alım sözleşmelerine tanınan grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin 07-70/863-326 sayılı ve Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. ve bayilerinin nihai satış noktaları ile yaptıkları anlaşmaların yararlandıkları muafiyetin geri alınmasına ilişkin 07-70/864-327 sayılı ve 10 Eylül 2007 tarihli kararlarında da aynı analize yer verilmiştir. Anılan kararlarda, Mey İçki'nin "Yeni Rakı" ve Coca-Cola'nın "Coca-Cola" markalarının, bulundurulması zorunlu ürün oldukları tespit edilmiştir. Kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

pazarlıklarda, rakiplerine nazaran daha fazla esneklik kullanabilir, bağlama politikaları izleyerek, satış ve pazarlama aktivitelerinde ölçek ve kapsam ekonomilerine ulaşabilir.

Bir sağlayıcının, bulundurulması zorunlu markaları gibi, çok geniş bir portföy gücünün varlığı da, onu perakende dağıtıcıların alım gücü karşısında, aynı unsurlara sahip olmayan rakiplerine nazaran avantajlı duruma geçirir⁵⁸⁹.

Rekabet Kurulu Coca-Cola'nın alıcıları arasında ayrımcılık yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını incelediği 05-36/453-106 sayılı ve 26 Mayıs 2005 tarihli kararında ("Coca-Cola Kararı"), bir teşebbüsün portföyünde, bulundurulması zorunlu markalara ve geniş bir portföy gücüne sahip olmasının önemini dile getirmiştir⁵⁹⁰.

Bir teşebbüsün yüksek portföy gücünün kaynakları, geniş ürün yelpazesi ile "must stock" (mutlaka bulundurulması gereken) olduğu kadar, ikincil markaların varlığına da bağlıdır. Rekabet Kurulu da aynı görüştedir. Kurul, 04-66/951-229 sayılı ve 19 Kasım 2004 tarihli kararında, Coca-Cola'nın portföy gücünü değerlendirilmiş ve teşebbüsün Türkiye'deki alkolsüz içecek üreticileri içinde en geniş ürün portföyüne sahip olduğunu tespit etmiştir⁵⁹¹. Kurul'a göre, Coca-Cola'nın geniş ürün portföyü, sadece çok sayıda değişik markaya sahip olması değil, must-stock markalar (Coca-Cola gibi) ve bunların yanında (Sen-Sun gibi) ikincil markalara da sahip olmasına dayanmaktadır. Geniş portföyü, Coca-Cola'nın müşterileri ve rakipleri karşısında daha da güçlü bir konuma gelmesini sağlamaktadır.

Uygulamada, perakendeci grupların, bulundurulması zorunlu ürün veya portföy gücü sahibi üreticiler üzerinde dahi ürünlerini satın almama ve mağazalarında satışa sunmama tehdidi ile baskı kurarak, diledikleri anlaşma şartlarını kabule

⁵⁸⁹ Portföy gücü ve rekabeti kısıtlayıcı etkileri için bkz. Mehmet Yanık, **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 101, Ankara 2003,

⁵⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 05-36/453-106 sayılı ve 26 Mayıs 2005 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁵⁹¹ Rekabet Kurulu'nun 04-66/951-229 sayılı ve 19 Kasım 2004 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

zorlayabildikleri görülmekte ise de henüz bu konuda bir Kurul kararı mevcut değildir.

Ancak perakendeci grupların, hâkim durumdaki bir üreticinin ikincil ürünlerini satmak için, giriş bedeli veya raf bedeli gibi ağır yükümlülükler talep ettiğini gösteren Kurul kararları bulunmaktadır⁵⁹². Örneğin Rekabet Kurulu'nun Algida kararına konu olayda, perakendeci grubu, Algida'nın ikincil markalarını satış ağına kabul etmek için giriş bedeli veya raf bedeli gibi ağır yükümlülüklerin talep etmiştir. Rekabet Kurulu, bu uygulamanın ikincil marka sağlayıcıları açısından bir pazara giriş engeli teşkil ettiği görüşündedir⁵⁹³.

Anılan karardan, perakendeci tarafından diğer endüstriyel dondurma üreticilerinden talep edilen ek yükümlülüklerin, pazarda hâkim durumda bulunan Algida'dan talep edilenlerden daha ağır oldukları anlaşılmakta ise de, karar, perakendeci grupların hâkim durumdaki üreticiler karşısında dahi alım güçlerine dayanarak rekabeti kısıtlayıcı şartlar ileri sürebildiklerinin çarpıcı bir örneği olması bakımından önemlidir.

Kararda ayrıca, perakendeci grupların gerçekleştirdikleri yoğunlaşmalar neticesinde artan alım güçlerine dayanarak, sağlayıcılarına her seferinde daha yüksek indirim oranları, dönemsel indirimler, daha yüksek giriş ve raf ücretleri gibi ek yükümlülükler şart koşabilecekleri de belirtilmiştir. Biz, kararın Kurul'un perakende sektöründeki yoğunlaşma ve buna bağlı alım gücü artışının sağlayıcıları daha ağır ticari koşullar ile karşı karşıya bırakacağı hususunun altını çizmesi bakımından da önemli olduğunu düşünüyoruz.

⁵⁹² Erdoğan, **Alım Gücü**, s. 5

⁵⁹³ Bkz. dn. 477.

2.2.1.5 Alman Rekabet Hukukunda Görelî Güçlü Teşebbüs ve Ekonomik Bağımlılık

Bilindiği üzere, rekabet hukuku teşebbüslerin tek taraflı davranışlarını, örneğin alıcıları arasında ayrımcılık yapmaları veya sağlayıcılarını kendileri lehine ayrımcılık yapmaya zorlamaları ile, ancak teşebbüsün hâkim durumda olması halinde ilgilenir ve hâkim durumun kötüye kullanılması şartları mevcut ise müdahale eder. Bu düzenlemenin temelinde, bir pazarda ancak hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerine, müşterilerine ve sağlayıcılarına, onlardan bağımsız hareket edebildiği için, kendi şartlarını dayatabileceği ve pazar parametrelerine (fiyat, arz, talep vs.) etki edebileceği fikri yatmaktadır.

Oysaki zaman zaman pazarda hâkim durumda olmamasına rağmen, elinde bulundurduğu arz gücü ile alıcılarına kendi şartlarını dayatabilen, onlar arasında ayrımcılık yapabilen (1) veya alım gücü (talep) sayesinde sağlayıcılarının kendisine, rakipleri aleyhine ayrımcı tedarik koşulları uygulamaya (ayrımcılık yapmaya) mecbur tutabilen (2) teşebbüsler görülür. İşte Alman hukukundaki görelî güçlü teşebbüs ve ekonomik bağımlılık teorileri, hâkim durumda bulunmamasına rağmen, bahsettiğimiz davranışları yapabilen teşebbüslerin cezalandırılması gerektiği fikrinden doğmuştur.

GW'nin ilk halinde (1957), görelî güçlü teşebbüs veya ekonomik bağımlılık kavramlarına yer verilmemişti⁵⁹⁴. Her iki kavram da, 1973 yılında GWB'de yapılan değişiklik ile Alman rekabet hukukuna girmiştir. Böylece, GWB'nin ilk halinde, yalnızca hâkim durumdaki teşebbüs için öngörülen ayrımcılık yasağı, görelî güçlü teşebbüsleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir (GWB m. 20/I). İşte Alman rekabet hukukunda ekonomik bağımlılığın temeli bu vesileyle atılmıştır. Böylece ayrımcılık yasağı, ilgili pazarda hâkim durumda olmasa bile, münferit bir teşebbüs ile olan ilişkilerindeki davranış ve tedbirleri, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapıyormuşçasına etkili olan teşebbüslere (görelî güçlü teşebbüs) de uygulanmaya başlamıştır (GWB m. 20/I c.2).

⁵⁹⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun. Ancak anılan kanun nitelik olarak bir kartel kanunu olduğu için, Türkiye'deki muadili ile bir paralellik kurmak ve anlatım kolaylığı sağlamak amacı ile "Alman Rekabet Kanunu" ve "Alman Rekabet Hukuku" ifadeleri benimsenmiştir

Bu düzenleme, daha sonra yapılan kanun değişiklikleri ile pasif ayrımcılığı da kapsayacak şekilde genişletildi. (GWB m. 20/III). Pasif ayrımcılıkta teşebbüs, alım gücünü (talep), sağlayıcısını kendisi lehine indirim veya daha avantajlı alım şartları elde etmek için kullanmakta ve böylece rakiplerine karşı rekabet gücünü artırmaktadır⁵⁹⁵.

GWB'nin 20. maddesi 22 Aralık 2007 tarihinde bir kez daha değişikliğe uğradı⁵⁹⁶ ve GWB m. 20/III'deki pasif ayrımcılık yasağının kapsamı, küçük ve orta teşebbüsleri aşan, ekonomik bağımlılık içindeki tüm rakip teşebbüslerle ilişkilerde uygulanabilecek bir şekilde yeniden düzenlendi⁵⁹⁷.

GWB'nin Ayrımcılık Yasağı: Haksız Engelleme Yasağı (Prohibition of Discrimination; Prohibition of Unfair Hindrance) başlıklı 20. maddesinin ilk üç fıkrası şöyledir:

“(1) (...)hâkim durumdaki teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri ile (...), doğrudan veya dolaylı olarak diğer bir teşebbüse karşı, benzer teşebbüslere açık olan bir ticari iş için engelleyici haksız bir davranışta bulunamayacağı gibi, bu teşebbüse herhangi bir haklı sebep olmaksızın benzer teşebbüslerden - doğrudan veya dolaylı olarak - farklı davranamaz.

(2) Fıkra (1), diğer teşebbüslere başvurmak için yeterli veya makul imkânları bulunmayan belirli türdeki mallar veya ticari hizmetlerin bağımlı sağlayıcısı veya alıcısı konumundaki küçük ve orta ölçekli işletme şeklindeki teşebbüsler ile teşebbüs birliklerine de uygulanacaktır. Alıcının, ticari teamül gereği olan indirimler dışında, sağlayıcısından sürekli olarak benzer alıcılara sağlanmayan ek menfaatler ve fiyatlarla mal veya hizmet satın alması halinde, bu belirli türdeki mallar veya ticari hizmetlerin sağlayıcısının 1. cümle kapsamında alıcıya bağımlı olduğu kabul edilecektir.

⁵⁹⁵ Doktrinde Cengiz, sebepsiz ayrımcılık yapılması ya da haksız olarak rakiplerin engellenmesinin yasaklandığının altını çizerek, alım gücünü kullanan teşebbüsün diğer teşebbüse diğerlerine davrandığından farklı davranmadığı, yalnızca kendisine farklı davranılmasını sağladığını, bu nedenle alım gücü yönünden gerçekleştirilen ayrımcılığın “pasif ayrımcılık” olarak adlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Süleyman Cengiz, **Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 17, Ankara 2003, s. 13, www.rekabet.gov.tr.

Bize göre, Cengiz'in bu yaklaşımı isabetlidir. Nitekim gerçekten de alım gücünü elinde bulunduran teşebbüs, üretici veya sağlayıcıları arasında ayırım yapmamakta, tam tersine onların kendisi lehine ayrımcılık yapmalarını sağlamaktadır.

⁵⁹⁶ Alman Rekabet Otoritesi'nin 2006–2007 Yıllık Faaliyet Raporu, s. 29–30, Alman Rekabet Otoritesinin resmi internet sitesi, <http://www.bundeskartellamt.de>.

⁵⁹⁷ Alman Rekabet Otoritesi, s. 11.

(3) Fıkra (1) kapsamındaki hâkim konumdaki teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri, pazar güçlerinin ticari faaliyette bulunan diğer teşebbüslere objektif bir haklı sebep olmaksızın, imtiyazlı koşullar teklif etmek ve sağlamak için kullanmayacaklardır. 1. cümle kapsamındaki yasak, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerine, kendilerine bağımlı teşebbüslerle olan ilişkilerinde de uygulanır.”

2.2.1.5.1 Ekonomik Bağımlılık ve Pasif Ayrımcılık

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, organize perakendeciler, yüksek alım güçlerine dayanarak, üreticilerden rakip geleneksel perakendecilere nazaran çok daha uygun koşullarla tedarik yapabilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, organize perakendeciler tedarikçilerin kendilerine olan ekonomik bağımlılıklarını kullanarak, kendilerine rakiplerine nazaran daha avantajlı koşullar sunmalarını, lehlerine ayrımcılık yapmalarını temin edebilmektedir.

Alman rekabet hukukunda bu durum, GWB'nin 20/III maddesinde “pasif ayrımcılık” adı altında düzenlenmiştir. Pasif ayrımcılık, hâkim durumdaki bir teşebbüsün veya görece güçlü bir teşebbüsün, bu gücünü, kendisi ile ticari ilişki içinde bulunan teşebbüslere karşı bu teşebbüslerden, herhangi bir objektif sebep bulunmaksızın, rakiplerine nazaran avantajlı koşullar elde etmek için kullanması, teşebbüsleri kendisine böyle koşullar teklif etmeye zorlamasıdır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsün, alım gücünü, tedarikçisini kendisine daha avantajlı şartlarla mal satmaya mecbur etmek üzere kötüye kullanmasıdır.

GWB, görece güçlü teşebbüsü, bir diğer teşebbüsün ekonomik olarak bağımlı olduğu teşebbüs şeklinde tanımlamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, görece güçlü teşebbüs, ilgili pazarda hâkim durumda olmaması rağmen, belirli bir teşebbüsün kendisine olan bağımlılığı nedeniyle, o teşebbüs ile olan ticari ilişkilerinde hâkim durumdaymış gibi tek taraflı davranışlarda bulunabilen teşebbüstür⁵⁹⁸. Buradan da anlaşılacağı üzere, görece güç, hâkim durumun aksine iki teşebbüs arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan ve teşebbüslerin o ilişki içerisindeki karşılıklı güç durumlarına dayanan bir durumdur. Hâkim durumun ilgili pazardaki objektif

⁵⁹⁸ Sebastian Peyer, Myths and Untold Stories - Private Antitrust Enforcement in Germany, University of East Anglia CCP, 10-12 Temmuz 2010 tarihli Çalışma Özeti, s. 5, www.uea.ac.uk.

karakteri (rakipler, alıcılar, tedarikçiler) karşısında, görelî güç sadece belirli bir teşebbüse karşı olan güç durumunu ifade ettiği için sübjektiftir.

Peki, burada bahsedilen bağımlılık nasıl yorumlanacaktır? GWB m. 20/I bağımlılığın nasıl tespit edileceğini düzenlenmiştir. Buna göre, bir teşebbüsün diğerine bağımlı olduğunun kabulü ancak iki durumda söz konusu olabilir. Bu durumlardan ilki, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslere ilişkindir. Bir küçük veya orta büyüklükteki teşebbüsün, kendisine mal satan veya kendisinden mal satın alan bir başka teşebbüse bağımlı kabul edilmesi için, bu teşebbüsün söz konusu ticari ilişkiyi başka teşebbüslerle kurmasının yeterli ve uygun seçenek olmaması gerekmektedir (GWB m. 20/I c.1). Demek ki, bağımlılık analizi yapılırken, bağımlı olup olmadıkları değerlendirilen alıcı ya da sağlayıcıların ilgili pazarda aynı ürün veya hizmetleri tedarik etmek için yeterli ve uygun seçeneklerinin, diğer bir ifadeyle benzer nitelikte ürün veya hizmetleri benzer şartlarla üreten başka bir tedarikçinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.

Bağımlılığın kabul edildiği ikinci durum ise, GWB m. 20/II’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ilk bağımlılık halinden farklı olarak, bağımlı teşebbüsün küçük veya orta büyüklükte olması şartını aramamaktadır. Hükme göre, alıcısına sürekli bir şekilde, ilgili pazarda aynı tip alıcılara sağlamadığı ve ticari teamül gereği olan indirimlerden farklı indirim ve diğer ek menfaatler veren sağlayıcının, alıcısına karşı ekonomik bağımlılık içinde olduğu kabul edilmektedir.

Ekonomik bağımlılık iki teşebbüs arasındaki özel ilişkiden kaynaklandığı için her bir somut olayın şartları içinde ayrıca değerlendirilecektir⁵⁹⁹.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, GWB’de “ekonomik bağımlılık” kavramı ile “pazar gücü” kavramları birbirleri ile ilişkilendirilmemiştir. Bu iki kavram arasındaki ilişki, Alman Federal Mahkemesi’nin bir tek elden dağıtıcının uzun yıllardır ticari ilişki halinde bulunduğu dağıtıcısının, tedarik talebini reddetmesini incelediği Rossignol kararı ile kurulmuştur⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Bkz. Alman Rekabet Otoritesi, s. 1

⁶⁰⁰ Alman Rekabet Otoritesi, s. 2, Alman Federal Mahkemesi’nin (BGH) 20 Kasım 1975 tarih ve sayılı Rossignol kararı. Karara konu olay, Rossignol markalı kayak takımlarının tek elden dağıtıcısı olarak faaliyet gösteren teşebbüsün, uzun yıllardır ticari ilişki halinde bulunduğu bir spor malzemeleri satıcısının siparişlerini ürünleri tavsiye edilen satış fiyatının altında fiyatlara

Alman Federal Mahkemesi, Rossignol kararında ilgili pazarda belirli bir konuma ulaşmış olan teşebbüsün, kendisine ekonomik açıdan bağımlı teşebbüsler arasındaki ayrımcı uygulamalar yapmasını, söz konusu bağımlı teşebbüsler açısından adeta hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılmış etkisi yaratabileceğini dile getirmiştir.

Şöyle ki, iki teşebbüs birbirleri ile ekonomik bağımlılık ilişkisi içinde ise, bağımlı olunan teşebbüs, ilgili pazarda hâkim durumda (mutlak hâkim durum) bulunmamasına rağmen, diğer teşebbüs açısından hâkim duruma (görelî hâkim durum) sahip kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle, görelî güçlü teşebbüs, ilgili pazarda hâkim durumda bulunmak ve bu nedenle de ilgili pazardaki diğer tüm teşebbüslere (bağımlı teşebbüs dışındaki tüm diğer teşebbüsler) karşı da mutlak güçlü konumda olmak zorunda değildir. Bu durum görelî hâkim durum teriminden de anlaşılabilir.

Alman Rekabet Otoritesi, Edeka/Plus Kararında bir dağıtıcın bölgesel satış pazarında hâkim durumda olduğunu ortaya koyarken, aynı dağıtıcının tedarik pazarındaki üstün erişimini de dikkate almıştır⁶⁰¹. Otorite, böylece tedarik gücü ile alıcı gücü arasında bir bağlantının bulunduğunu kabul etmiştir. Buna göre, bir teşebbüsün tedarik gücü (üst pazar), yalnızca rakipleri tarafından değil, aynı zamanda alt pazarda bulunan (satım pazarı) yüksek bir alıcı gücü tarafından da sınırlanabilmektedir. Şöyle ki, güçlü bir alıcının kısa bir süre içinde başka bir tedarikçiye geçme veya diğer perakende tedbirleri alma imkânının bulunması, üreticilerin tedarik gücünü etkisizleştirebilmektedir.

satması nedeniyle reddetmesidir. Tek yetkili satıcı, spor malzemeleri satıcısının siparişlerini karşılamak zorunda olmadığını tespiti için bir tespit davası açmıştır. Federal Mahkeme, öncelikle ilgili pazarı tespit etmiştir. İlgili pazar, spor malzemeleri satıcısının faaliyet bölgesi olan Yukarı Bavyera Bölgesi kış sporları malzemeleri pazarıdır.

Federal Mahkeme, Rossignol kayaklarının, yürütülen reklâm ve pazar geliştirme çalışmaları neticesinde, rakip ürünler karşısında özel bir konuma sahip olduklarını belirtmiş, spor malzemeleri satıcısının da tanınmış bir teşebbüs olduğu ve ürün gamı içerisinde Rossignol kayaklarının bulunmamasının onun açısından büyük bir zarar ve itibar kaybına neden olacağını altını çizmiştir.

Rossignol kayaklarının anılan spor malzemeleri satıcısının ürün gamı içinde bulunmamasının tüketici gözündeki seçkin yerini kaybetmesine neden olacak ve ilgili pazarda rakiplerine karşı rekabet gücünü çok önemli derecede zarara uğratacaktır. Federal Mahkeme, tüm bu değerlendirmeler ışığında, spor malzemeleri satıcısı teşebbüsün tek satıcıya ekonomik açıdan bağımlı olduğuna karar vermiştir.

⁶⁰¹ Alman Rekabet Otoritesi, s. 3, Alman Rekabet Otoritesi'nin B2-333/07 sayılı ve 30 Haziran 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.bundeskartellamt.de>.

2.2.1.5.2 Ekonomik Bağımlılığın Türleri

Alman doktrinde dört bağımlılık türünün varlığından bahsedilmektedir. Bu bağımlılık türleri: Ürün Grubu Bağımlılığı, İşletmesel Bağımlılık ve Kıtılığa Dayalı Bağımlılık ve Talep Bağımlılığıdır⁶⁰².

2.2.1.5.2.1 Ürün veya Ürün Grubu Bağımlılığı

Bir teşebbüsün, ilgili pazarda faaliyetlerini sürdürebilmek için belirli bir ürün veya hizmetin varlığına mutlak olarak ihtiyaç duyması halinde ürün veya ürün grubu bağımlılığından bahsedilir. Bu bağımlılık türü, belirli bir hizmet grubuna bağımlı olmayı da içerecek şekilde geniş yorumlanmaktadır.

Doktrinde ürün grubu bağımlılığına konu ürünlerin, ilgili pazarda sıklıkla rastlanan her biri birbirine benzer ürünlerden farklı ve genellikle markalı ürünler için söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁶⁰³.

Uygulamada, markalı ürünlerin dağıtımını genellikle seçici dağıtım sistemleri vasıtasıyla, yani ilgili ürünün muhafazası, sergilenmesi, sunumu vb. konularda özel bilgi ve eğitime sahip dağıtıcılar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu ürünler için yoğun reklâm ve tanıtım faaliyetleri yürütülmekte ve bu ürünlere özel bir tüketici kitlesi yaratılmaya çalışılmaktadır. İşte bunun bir sonucu olarak da, markalı ürünlerin markasız ancak benzer nitelikteki ürünler ile ikame edilebilirliği düşmekte ve bazı çok güçlü markalar için tamamen ortadan kalkmaktadır.

Ürün bağımlılığı analizi yapılırken dikkate alınması gereken ilk kriter, teşebbüsün ilgili pazardaki faaliyetlerini devam ettirebilmesi için ihtiyaç duyduğu ürün ile ikame ilişkisi içinde olan uygun ve yeterli ürün seçeneklerinin mevcut olup olmadığıdır.

Alman Yüksek Mahkemesi Jägermeister kararında, bir teşebbüsün belirli bir ürünü portföyünde bulundurmaya mecbur olabileceğini ve bu durumun ekonomik

⁶⁰² Alman hukukundaki 4 çeşit ekonomik bağımlılık hali ve bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Decocq/Decocq, s. 156, p. 105.

⁶⁰³ Bkz. Cengiz, s. 20.

bağımlılığa neden olabileceğini belirtmiştir⁶⁰⁴. Şöyle ki, ilgili pazarda hâkim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından üretilen bir ürün dahi, yeniden satıcı teşebbüsler için, tüketici talepleri, tüketicinin gözündeki kalite ve güvenilir imajı veya yürütülen başarılı reklâm çalışmaları neticesinde bulundurulması zorunlu bir ürün haline gelebilir. Bulundurulması zorunlu ürüne portföyünde yer vermek isteyen, daha doğru bir ifadeyle, ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için bu ürünü portföyünde bulundurmamak zorunda olan yeniden satıcılar ise, bu ürünün üreticisine bağımlı hale gelecektir⁶⁰⁵.

Ürün grubu bağımlılığı iki çeşittir. Bunlarda ilki, üst konum bağımlılığı, diğeri ise üst grup bağımlılığıdır. Üst konum bağımlılığı, ilgili pazarda bir ürünün rakip ürünlere nazaran çok daha üst bir konumda bulunması halinde söz konusu olur. Bu durumda, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin mutlaka üst konumdaki ürünü portföylerine katmaları gerekir. Üst grup bağımlılığında ise, bir teşebbüs ilgili pazarda rakipleri ile rekabet edebilmek için, belirli bir ürün grubundaki tanınmış markalardan yalnızca birini değil, belirli bir kısmına, bir grubuna portföyünde yer vermek zorundadır.

2.2.1.5.2.2 İşletmesel Bağımlılık

İşletmesel bağımlılık, bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs ile olan ve belirli bir süredir devam eden ticari ilişkisine bağımlı hale gelmesidir. Ürün bağımlılığında teşebbüsün faaliyetine devamı için bağımlı olduğu ürünü mutlaka portföyünde bulundurması gereği gibi, işletmesel bağımlılıkta da teşebbüsün faaliyetinin devamı için bağımlı olduğu teşebbüs ile aralarındaki ticari ilişkiyi devam ettirmesi gerekmektedir. Nitekim bu ilişkinin sona ermesi, bağımlı teşebbüs açısından büyük bir ekonomik zarara ve rekabet gücünde önemli bir kayba neden olacaktır.

Bağımlı teşebbüs, bağımlı olunan teşebbüs ile aynı faaliyeti yürüten bir teşebbüs ile benzer bir ticari ilişkin kuranak, bağımlı olunan teşebbüs ile arasındaki ticari ilişkiyi ikame etse bile, pazar faaliyetlerinde ve rekabet gücünde önemli kayıpların ortaya çıkmasını engelleyemeyecektir.

⁶⁰⁴ Bkz. Alman Rekabet Otoritesi, s. 4. Alman Federal Mahkemesi'nin WuW/E BGH 886 sayılı ve 9 Kasım 1967 tarihli Jägermeister Kararı, BGHZ 49, 90. <http://www.bundesgerichtshof.de>.

⁶⁰⁵ Bkz. Cengiz, s. 20.

Doktrinde iki tür işletmesel bağımlılıktan bahsedilir. Bunlardan birincisi ham madde ve yarı işlenmiş madde bağımlılığı, ikincisi ise dağıtım bağımlılığıdır⁶⁰⁶. Hammadde ve yarı işlenmiş madde bağımlılığı, bir teşebbüsün ticari faaliyetlerinin devamı için ihtiyaç duyduğu ham ve ara maddeleri yalnızca bir teşebbüsten sağlayabilmesi halidir. Bu bağımlılık türü, özellikle kıtlık dönemlerinde ortaya çıkar.

Dağıtım bağımlılığı ise, teşebbüsün ürettiği veya sağladığı ürünleri tüketicilere ulaştırmak için kurduğu münhasır dağıtım ağı veya dağıtım ilişkileri nedeniyle dağıtıcı veya dağıtıcılarına bağımlı hale gelmesidir.

2.2.1.5.2.3 Kıtlığa Dayalı Bağımlılık

Alman rekabet hukukunda kabul edilen bağımlılık türlerinden üçüncüsü, kıtlığa dayalı bağımlılıktır. Bilindiği üzere, ekonomilerde zaman zaman kıtlık dönemleri (“penurie”) söz konusu olabilir. İşte bu gibi dönemlerde, pazarda arz düşerken, talep çok yüksek gerçekleşir. Bu durumda arzın talebi karşılayamaması durumu ortaya çıkar. İşte, kıtlığa dayalı bağımlılık, ilgili pazarda arzın talebi karşılayamadığı ürünlerin tedarikinin normal piyasa koşullarına nazaran çok daha ağır şartlarla yapılabildiği ve üretici veya sağlayıcıların müşterilerine mal vermeyi tamamen reddettiği hallerde görülür⁶⁰⁷.

2.2.1.5.2.4 Talep Bağımlılığı

Bağımlılık türlerinden dördüncüsü ise talep bağımlılığıdır. Talep bağımlılığı, üretici veya sağlayıcının ürünlerinin tüketicilere ulaştırılması sürecinde, bazı dağıtıcılardan vazgeçmesinin mümkün olmaması şeklinde tanımlanabilir. Talep bağımlılığında, kıtlığa dayalı bağımlılığın tersine, bağımlı konumunda olan üretici veya sağlayıcıdır. Üretici veya sağlayıcı, ilgili pazarda ürünlerinin dağıtımı için başka uygun alternatif bir dağıtıcı bulunmadığı için, mevcut dağıtıcısına ekonomik olarak bağımlı hale gelmektedir.

GWB'nin 20. maddesinin II. fıkrasında “*bir sağlayıcının alıcısına ticarete olağan olmayan ve diğer alıcılara vermediği düzenli indirimler vermesi*” şeklinde

⁶⁰⁶ Bkz. Cengiz, s. 20.

⁶⁰⁷ Bkz. Cengiz, s. 20.

ifade edilen de talebe dayalı bağımlılıktır. Bu düzenleme, talebe bağlı bağımlılığa ilişkin kanuni bir karine oluşturmuştur. Şöyle ki, bir ticari ilişki çerçevesinde üretici veya sağlayıcının alıcısına sürekli olarak ilgili pazarda benzer işlemlere nazaran olağan olmayan indirim vd. avantajlar sağlaması halinde, talebe dayalı bağımlılığın varlığı karine olarak kabul edilecektir. Tabii ki bütün karineler gibi, talebe dayalı bağımlılık karinesi de, aksinin ispatı ile çürütülebilecektir.

2.2.1.5.3 Alman Hukukuna İlişkin Sonuç

Ülkemiz ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda, bir teşebbüsün rekabeti bozucu, kısıtlayıcı veya engelleyici etki veya amaç içeren tek taraflı eylemlerine, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında müdahale edilebilmektedir. Medeni hukuktaki hakkın kötüye kullanılması teorisinden türetilmiş olan bu doktrin, bir pazarda hem rakiplerinden hem de sağlayıcı ve müşterilerinden bağımsız hareket etme gücüne sahip olan teşebbüsün, diğer bir ifadeyle hâkim durumdaki teşebbüsün, tek taraflı davranışlarının yöneldiği amaçlar ve etkileri itibariyle denetlenmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.

Ancak bazen hâkim durumda bulunmayan teşebbüsün de, ilgili pazardaki tek taraflı davranışları ile, hâkim durumdaymışçasına rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı sonuçlar yaratabildiği görülür. Teşebbüsün davranışı, başka bir rekabet hukuku kuralının kapsamına girmiyorsa, davranış rekabet otoritelerince engellenemez ve yaptırım da uygulanamaz.

İşte Alman hukukunda ortaya çıkan görece güçlü teşebbüs ve ekonomik bağımlılık teorileri bu eksikliği gidermeyi amaçlamış ve uygulama örneklerinden de anlaşıldığı üzere başarılı da olmuştur. Bir teşebbüsün görece güçlü sayılması için sahip olması gereken özellikler ile ekonomik bağımlılığın unsur ve çeşitleri, Alman Rekabet Otoritesi ve Federal Mahkemesi'nin içtihatları şekillenmiş ve yeknesaklık kazanmıştır.

2.2.1.6 Fransız Hukukunda Ekonomik Bağımlılık ve Ekonomik Gücün Kötüye Kullanılması

Ekonomik bağımlılık kavramı, Fransız hukukuna ilk kez 1973 yılında Royer Kanunu ile girmiştir. Aynı kavram, daha sonra Rekabetin İyileştirilmesine İlişkin 31 Aralık 1985 tarihli 85-1408 sayılı Kanun'da da yer almıştır⁶⁰⁸.

Yine bu dönemde, Fransız Rekabet Otoritesi'nin ("Rekabet Otoritesi" veya "Fransız Rekabet Otoritesi") satın alma merkezleri ve süper merkezlerine ilişkin 14 Mart 1985 tarihli görüşünde de ekonomik bağımlılıktan bahsedilmiştir⁶⁰⁹. Görüşte, hâkim durumda bulunmamakla beraber, pazar güçleri sayesinde, gerek sağlayıcılar gerekse tüketiciler için zorunlu iş ortağı sayılan teşebbüs veya teşebbüs gruplarının ayrımcılık yaratan alım ve satım davranışlarının, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, Fransız hukukunda da denetlenmesine imkân veren hukuki araçların gerekli olduğu ifade edilmiştir⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ 27 Aralık 1973 tarihli Ticaret ve Zanaatın Yönlendirilmesine İlişkin Kanun (La loi d'orientation du commerce et de l'artisanat), 30 Aralık 1973 tarihli FRG, s. 14139. Kanun'un tam metni için bkz. www.legifrance.gouv.fr.

Anılan hüküm tarafından yasaklanan haksız uygulamalardan biri de, "hâkim durumun kötüye kullanılması"dır.

85-1408 sayılı ve 30 Aralık 1985 tarihli Kanun, 31 Aralık 1985 tarihli FRG, s. 15513. Kanun'un tam metni için bkz. www.legifrance.gouv.fr.

Bu düzenlemelerden ilkinde, bir ticari ilişkide bir tarafın, kendisine bağımlı durumundaki diğer taraftan, rakiplerine nazaran ayrımcılık yaratan avantajlar sağlanması halinde uygulanacak para cezaları belirlenmiş iken, ikincisi ile bu cezalarda artış yapılmıştır.

⁶⁰⁹ Bağımlılık kavramı aynı zamanda tüketicilerin teşebbüslere olan bağımlılığında bahsetmek için de kullanılmaktadır. Hukuk düzeni teşebbüs-tüketici ilişkilerinde bağımlılığı ortadan kaldırmak ve iki taraf arasındaki ilişkilerde adaleti sağlamayı da hedeflemektedir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Véronique Des Garets/Eric Lamarque/Véronique Plichon, "La relation entreprise-clients: de la fidélité à la dépendance", CAIRN, Revue Française de gestion 2003-3, n.144, www.cairn.org.tr.

Fransız Rekabet Konseyi'nin ismi, Ekonominin Yenilenmesine İlişkin Kanun ile Fransız Rekabet Otoritesi olarak değiştirilmiştir. Bkz. 776 sayılı ve 4 Ağustos 2008 tarihli Ekonominin Yenilenmesine İlişkin Kanun (Loi sur la modernisation de l'économie), 181 sayılı ve 5 Ağustos 2008 tarihli FRG. Kanun'un tam metni için bkz. www.legifrance.gouv.fr.

⁶¹⁰ Bu nedenle bazı yazarlar ekonomik bağımlılık doktrininin Fransız hukukuna 1 Aralık 1986 tarihli KHK'dan önce, Rekabet Otoritesi'nin 14 Mart 1985 tarihli Görüşü ile girdiğini kabul etmektedir. Bkz. Decocq/ Decocq, s. 156, p. 104 vd. Düzenlemenin amaçlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Marie-Laure Allain/Claire Chambolle, "Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs: bilan et limites de trente ans de régulation", INRA-LORIA (Laboratoire d'Organisation Industrielle Agro-alimentaire), Temmuz 2002, Dosya no. 2002-10, s. 8-9, www.persee.fr. Anılan Görüşte, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması, tek başına rekabete aykırı bir davranış olarak değil ancak, mevcut bir rekabete aykırılığın cezalandırılmasında ağırlaştırıcı sebepler arasında dikkate alınmaktadır. Bkz. Fransız Rekabet Otoritesi'nin 14 Mart 1985 tarihli görüşü, 19 Nisan 1985 tarihli BOCCRF.

Ekonomik bağımlılık teorisine ilişkin Fransız hukukundaki ilk kapsamlı düzenleme 1 Aralık 1986 tarihli Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 8-2 maddesidir⁶¹¹. Hüküm, Alman hukukundaki görelî güçlü teşebbüs teorisi örnek olarak, suretiyle, “bir teşebbüs veya teşebbüs grubunun, eşdeğer bir çözüme sahip olmayan, alıcı veya sağlayıcısının içinde bulunduğu ekonomik bağımlılığı kötüye kullanması” yasaklamıştır⁶¹².

Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması yasağı, günümüzde Fransız Ticaret Kanunu'nun L. 420-2/II maddesinde yer almaktadır. Hüküm, “teşebbüs veya teşebbüs gruplarının, kendilerine ekonomik olarak bağımlı durumdaki alıcı veya sağlayıcılarının, bu bağımlılıklarını, rekabetin işleyişi ve yapısını zedeleyecek surette kötüye kullanmaları” yasaklamaktadır.

Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması, uygulamada “satış yapmayı reddetme”, “bağlı satışı şart koşma” veya “ayrımcı satış şartları talep etme” şeklinde ortaya çıkabildiği gibi, “iş ortağının haklı olmayan ticari koşullara bağlanmak istememesi üzerine, kurulu ticari ilişkinin sona erdirilmesi tehdidi” şeklinde ortaya çıkabilir⁶¹³. Bu yasak, genel olarak, bir teşebbüsün iş ortağı konumundaki diğer bir teşebbüse, pazar gücü sayesinde, rekabete aykırı ticari koşullar dayatması hallerini kapsar⁶¹⁴.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması teorisi, Fransız hukukunda, iki taraflı olarak düzenlenmiştir.

⁶¹¹ Fiyat ve Rekabet Özgürlüğüne İlişkin 1 Aralık 1986 tarihli ve 86-1243 sayılı Kararname (Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), 9 Aralık 1986 tarihli FRG, s. 14773. Kararname'nin tam metni için bkz. www.legifrance.gouv.fr.

Bu düzenleme, Baladur KHK'sı adı ile de anılmakta olup, günümüz Fransız rekabet hukukunun esaslarını ortaya koymuştur. Fiyat ve rekabet özgürlüğünü genel bir prensip olarak kabul etmiş, Rekabet Konseyi'ni kurmuştur.

⁶¹² Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin en ikna edici doktrin Josserand'inkidir. Josserand'a göre, kötüye kullanma, hakkın amacına, ruhuna, sosyal işlevine, hedefine (finalité) aykırı bir işlemdir. Hakkın kötüye kullanılması, aykırı hareket amacı ile değil, yalnızca hakkın hedefinden saptırılması şeklinde de görülebilir. Bkz. Dalloz Action, **Droit de la Responsabilité et des Contrats, 2000/2001**, Paris 2000, s. 1085, p. 5864.

⁶¹³ Amiel-Cosme, s. 216-217, p. 233'den naklen M. Glais, “L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986: analyse économique,” Gaz. Pal. Paris 1989, s. 290 vd.

⁶¹⁴ Bkz. Philippe Marini, “La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques: Un texte qui reste à parfaire”, Petites Affiches, 4 Kasım 2001, n. 198, s. 4-14. Ayrıca bkz. Rekabet Otoritesi'nin 01-D-49 sayılı ve 31 Ağustos 2001 tarihli kararı, www.otoritedelaconcurrence.gov.fr.

Yasak, hem bir sağlayıcının dağıtıcısına olan bağımlılığını hem de bir dağıtıcının sağlayıcısına bağımlılığını düzenlemektedir.

Rekabet Otoritesi, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması teorisinin, ticari ilişkiler içerisinde yalnızca, üretici-satıcı ilişkilerine uygulanacağını kabul etmekte ve teoriyi bu esasa uygun olarak tatbik etmektedir⁶¹⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasının yasaklanması için, kötüye kullanan teşebbüsün hâkim durumda bulunması veya rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olması şart değildir. Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması başlı başına bir rekabete aykırılık hali olarak düzenlenmiştir⁶¹⁶.

Fransız Rekabet Otoritesi tarafından benimsenen ekonomik bağımlılık tanımı şöyledir⁶¹⁷:

“Bağımlı olduğu teşebbüs ile arasındaki ticari ilişkilerin (mal veya hizmet alım-satımı) sona ermesi halinde, teşebbüsün faaliyetinin ekonomik anlamda devamlılığı, bağımlılık söz konusu ise garanti değildir. Bir teşebbüsün ekonomik bağımlılık durumunun kötüye kullanılması nedeniyle cezalandırılabilmesi için, kurbanın ekonomik bağımlılık içinde olduğunun ve rekabete aykırı davranışlara maruz kaldığının belirlenmesi gereklidir.”

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, Fransız Rekabet Otoritesi ekonomik bağımlılığı, “bir teşebbüsün faaliyetinin devamının, bir başka teşebbüs ile arasındaki ticari ilişkilerin devamına tabi olması” olarak yorumlamaktadır.

Biz tanıma kısmen katılıyoruz. Bize göre tanım, ekonomik bağımlılık kavramını yalnızca, teşebbüsler arasındaki ticari ilişkilerin sona ermesi ve bu durumda bağımlı teşebbüsün faaliyetine devam edememesi ile kısıtlı tutulması nedeniyle eksiktir. Nitekim iki teşebbüs arasındaki ekonomik bağımlılık ilişkisi, sadece bu ilişkinin sona ermesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar değil, ilişkinin

⁶¹⁵ Bkz. Rekabet Otoritesi'nin 01-D-81 sayılı ve 19 Aralık 2001 tarihli, 00-D-81 sayılı ve 31 Ocak 2001 tarihli ve 06-D-16 sayılı ve 20 Haziran 2006 tarihli kararları.

⁶¹⁶ Bkz. Rekabet Otoritesi'nin 05-D-06 sayılı ve 23 Şubat 2005 tarihli kararı, www.conseildelaconcurrence.fr ve aynı görüşte, Allain/Chambolle, s. 9.

⁶¹⁷ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 97-A-04 sayılı ve 21 Ocak 1997 tarihli görüşü, Bkz. Fransız Rekabet Otoritesi'nin resmi internet sitesi, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

devam süresince gerçekleşen etkilerle de kendini gösterecektir. Örneğin, Alman hukukundaki, bir teşebbüsün alıcısı veya sağlayıcısına, sürekli bir şekilde ve ilgili pazarda mutad olmayan, diğer alıcı veya sağlayıcılarına uygulamadığı avantajlı ticari koşullar uygulaması hali gibi.

İki teşebbüs arasında ekonomik bağımlılık bulunmakta ise, ekonomik bakımdan güçlü olan teşebbüs, kendisine bağımlı konumdaki teşebbüse, olağan olmayan veya taraflar arasındaki ticari ilişkin kapsamında makul veya haklı bir karşılığı veya nedeni bulunmayan şartlar ileri sürebilmekte ve daha da önemlisi, bu şartlarını kabul ettirebilmektedir. Böylece, örneğin, ilgili pazarda olağan olmayan, çok yüksek indirimler, avantajlar, esnek ödeme şartları vd. şartlar elde edebilmektedir.

Tüm bu nedenlerle, Fransız Rekabet Otoritesinin ekonomik bağımlılık tanımının, ekonomik bağımlılığın ticari ilişkinin devamındaki görünümünü de içerecek şekilde genişletilmesi gerektiğini düşünüyoruz⁶¹⁸.

2.2.1.6.1 Unsurları

Ekonomik bağımlılık kavramının içeriği ve kıstasları içtihatlarla ortaya çıkmıştır⁶¹⁹. Ekonomik bağımlılığın dört kıstası bulunmaktadır. Bunlar; sağlayıcı veya dağıtıcının pazar payının önemi (1), ürünün tanınmışlığı (2), sağlayıcının veya dağıtıcının diğerinin cirosu içindeki önemi (3) ve alternatif bir çözümün mevcut olmamasıdır (4). Bu kıstaslar, ekonomik bağımlılığın her iki türü için de ortaktır.

Hemen belirtelim ki, bağımlılık durumunun iki teşebbüs arasındaki iki taraflı ilişkiden kaynaklandığı için, her bir somut olayda ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir⁶²⁰.

⁶¹⁸ Ekonomik bağımlılık kavramı ve unsurlarına ilişkin ek bilgi için bkz. Nathalie Brunetti, **Droit de la Concurrence et Droit des Contrats**, Yüksek Lisans Tezi, Montpellier 1997. Tezin tam metni için bkz. <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/brunetti.pdf>.

⁶¹⁹ Bkz. Amiel-Cosme, s. 217, p. 234.

⁶²⁰ Bkz. Rekabet Otoritesi'nin Suzuki'nin rekabet ihlallerine ilişkin 03-D-42 sayılı ve 18 Ağustos 2003 tarihli kararı, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

2.2.1.6.1.1 Sağlayıcının ve Dağıtıcının Pazar Payının Önemi

Rekabet Otoritesi'nin ekonomik bağımlılık tespitinde ele aldığı ilk kıstas, sağlayıcının veya dağıtıcının elinde tuttuğu pazar payının önemidir. Diğer bir ifadeyle, sağlayıcının veya dağıtıcının ilgili pazardaki pazar gücü ve konumudur. Bu kıstasın doğru sonuçlar vermesi için, öncelikle ilgili pazarın tam olarak tespit edilmesi gerekir.

Fransız Rekabet Otoritesi, Alım Merkezi Opera'nın rekabete aykırı uygulamalarını incelediği 03-D-11 sayılı ve 21 Şubat 2003 tarihli kararında, ilgili pazarı “yerel HTM pazarı” ve ülkesel HTM pazarı” olmak üzere iki alt pazar olarak ele almıştır⁶²¹.

Opera'nın kurucu teşebbüslerinden olan Casino'nun ülkesel pazardaki payı % 9,7 iken, Cora'nınki ise % 6'dır. Yerel pazarlar açısından bakıldığında ise, Cora'nın ve Casino'nun genellikle farklı bölgelerde faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. İki organize perakendeci grubun çeşitli ürün gruplarına ilişkin pazar payları incelendiğinde de, bunların genellikle % 10–15 ile sınırlı kaldığı görülmüştür.

Rekabet Otoritesi, Opera'nın pazar payının hiçbir ilgili pazar açısından sağlayıcılarının kendisine ekonomik bağımlılığının kabulü için yeterli olmadığına kanaat getirmiş ve sağlayıcıların Opera'ya ekonomik bağımlılık iddialarını reddetmiştir. Görülmektedir ki, Otorite dağıtıcının % 10–15 civarındaki bir pazar payını, sağlayıcının ona ekonomik bağımlılığının kabulü için yeterli görmemiştir.

2.2.1.6.1.2 Ürünün Tanınmışlığı

Otorite'nin üzerinde durduğu ikinci kıstas ise, ürünün tanınmışlıdır. Alman hukukunda “ürün gamından kaynaklanan tanınmışlık” (notoriété pour cause d'assortiment) ile aynı esasa oturan bu kıstas, Rekabet Otoritesi'nin 25 Mart 1987 tarihli J.V.C. kararında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir⁶²². Anılan kararda Otorite,

⁶²¹ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 03-D-11 sayılı ve 21 Şubat 2003 tarihli kararı, <http://www.autoritedelaconurrence.fr>

⁶²² Fransız Rekabet Otoritesi'nin 87-MC-03 sayılı ve 25 Mart 1987 tarihli kararı. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>

J.V.C markasının, tanınmışlığı nedeniyle, bir müzik seti satıcısının ürün gamında tüketicilerine sunmaktan kaçınamayacağı bir nitelik taşıdığı sonucuna ulaşmıştır.

Ürünün tanınmışlığı değerlendirilirken ele alınması gereken hususlardan biri de, üretici veya sağlayıcı teşebbüsün tanınmışlığıdır (raison sociale). Peki, ilgili pazarda tanınmış olmayan bir üretici veya sağlayıcı teşebbüsün, ilgili pazarda çok tanınmış, hatta must-stock halini almış ürünü söz konusu olduğunda nasıl bir değerlendirme yapılacaktır?

Fransız Rekabet Otoritesi'nin 21 Kasım 1989 tarihli Tonka kararı bu ihtimali değerlendirmektedir⁶²³. Otorite, o dönemde Fransa'da yaygın olarak satılmakta olan Trivial Pursuit isimli oyunun dağıtıcısı olan teşebbüsün, oyununun sağlayıcısı Kenner Parker Tonka France isimli şirkete ekonomik açıdan bağımlı olmadığına karar vermiştir. Otorite'nin bu değerlendirmesi, ürünün sağlayıcısı olan Kenner Parker Tonka France isimli şirketin Fransa'da tanınmamış teşebbüs olması, ürünün tanınmışlığının ise kısa süreli ve geçici olmasına dayandırılmıştı.

Otoritenin Tonka kararı doktrinde, çok tanınmış ve saygın bir ürünü pazarlayan tanınmamış teşebbüslerin, bu içtihat sayesinde dağıtıcılarını kendisine sürekli bir şekilde bağımlı tutabilecekleri nedeniyle eleştirilmiştir. Nitekim teşebbüsün tanınmış ürününe dayanan tanınmışlık ve saygınlığı, geçici, kısa süreli veya modağa bağılı olması önemli değildir. Bir ekonomik bağımlılık testinde, testin yapıldığı günün şartlar ve ilgili pazar üzerindeki etkiler önemlidir. Teşebbüsün veya markanın tanınmışlığının belirli bir süreye yayılmış olması aranmamalıdır⁶²⁴.

Bize göre, ekonomik bağımlılık kavramı ilgili pazar tanımı ve dağıtıcının perakende pazarındaki gücü ile de yakından ilgilidir. Nitekim büyük dağıtıcılar, üretici veya sağlayıcıları ile nadiren bir ekonomik bağımlılık ilişkisi içinde olurlar. Örneğin, güçlü dağıtıcılar, "lider" olarak adlandırılan markaların satış reyonlarında bulunmamasını bile göze alabilirler. Bu durumun somut bir örneği, Intermarché ile Danone arasında 1997 yılında yapılan sözleşme görüşmeleri sırasında yaşanmıştır. Intermarché 1997 yılında üretici Danone ile uzlaşmamış ve uzun haftalar boyunca

⁶²³ Bkz. Fransız Rekabet Otoritesi'nin 89-D-39 sayılı ve 21 Kasım 1989 tarihli kararı. Bkz. Fransız Rekabet Otoritesi'nin resmi internet sitesi, <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

⁶²⁴ Bkz. Amiel-Cosme, s. 220, p. 237.

Danone'nin Evian, Vovlic veya Badoit gibi mineral su markalarını satın almayı ve raflarında tüketiciye sunmayı reddetmiştir. Intermarché, bu eylemi neticesinde belirli oranda ciro kaybına uğramış ise de, Danone'nin kaydı daha yüksek olmuştur. Bu durum Intermarché'nin Danone ile yürütülen pazarlıklardaki gücünü artırmış ve kredibilitesini yükseltmiştir⁶²⁵.

2.2.1.6.1.3 Sağlayıcının veya Dağıtıcının Diğerinin Ciroyu İçindeki Önemi

Otorite'nin öngördüğü üçüncü kıstas, sağlayıcının yeniden satıcının ciroyu içindeki önemidir. Bu kıstas, Alman rekabet hukukundaki “iş ilişkileri nedeniyle bağımlılık” kıstasına denk gelmektedir⁶²⁶.

Otorite, bu kıstası ilk olarak 2 Mayıs 1989 tarihli Mercedes-Benz kararında kullanmış ve “bir dağıtım anlaşmasının zorunlu olarak ekonomik bağımlılık yaratmayacağı” kabul etmiştir⁶²⁷. Dağıtıcının, bir sağlayıcıya bağımlı kabul edilmesi için, cirosunun vazgeçemeyeceği ve vazgeçmesi halinde ekonomik faaliyetini devam ettiremeyeceği bir kısmının ilgili sağlayıcının ürünlerinin yeniden satışına dayanması gerekir⁶²⁸.

Sağlayıcının, bir dağıtıcısının taleplerine olan bağımlılık seviyesi, onun ilgili alıcı veya dağıtıcıya olan ekonomik bağımlılığını gösterir. Şöyle ki, bir sağlayıcının kendisinden mal tedarik eden her bir dağıtıcıya karşı ekonomik bağımlılığı söz konusu olmaz. En azından, sağlayıcının satışının önemli bir kısmını anılan dağıtıcıya yapıyor olması aranır.

Fransız Yargıtay'ı bir kararında, sağlayıcının dağıtıcıya ekonomik bağımlılığının kabulü için, dağıtıcının sağlayıcının satışları içinde % 64 ile % 88 arası bir payının olması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme ancak böyle bir payın, dağıtıcının sağlayıcı açısından “vazgeçilmezliği”ne neden olacağı kanaatindedir⁶²⁹.

⁶²⁵ Bkz. Allain/Chambolle, s. 9-10.

⁶²⁶ Bkz. Amiel-Cosme, s. 220-221, dn. 136.

⁶²⁷ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 89-D-16 sayılı ve 2 Mayıs 1989 tarihli kararı.

⁶²⁸ Amiel-Cosme, s. 220-221, p. 239 vd.

⁶²⁹ Yargıtay'ın 04-D-36 sayılı ve 23 Temmuz 2004 tarihli kararı, Kararın tam metni için bkz. www.courdecassation.fr.

Rekabet Otoritesi ise, satışının sırasıyla % 31, % 11, % 9 ve % 5'ini 4 dağıtıcısı vasıtasıyla yapan bir sağlayıcının, ekonomik bağımlılık durumunu incelediği bir kararında, sağlayıcının bu 4 dağıtıcısından hiçbirine ekonomik bağımlılığı olmadığına karar verilmiştir. Otorite, kararını dağıtıcıların sağlayıcının satışları içindeki paylarının düşük olması yanında, sağlayıcının mallarının dağıtımını yaptırmak için pek çok başka alternatifi bulunmasına da dayanmaktadır⁶³⁰.

2.2.1.6.1.4 Alternatif Bir Çözümün Mevcut Olmaması

Ekonomik bağımlılığın tespiti için öngörülen son kıstas, ilgili pazarda sağlayıcı veya dağıtıcının bağımlı olduğu teşebbüsten aldığı ürün veya hizmet ile alternatif bir çözümün mevcut olmamasıdır. Örneğin, bir yeniden satıcının, üretici veya sağlayıcıya ekonomik bağımlılığının kabulü için, üretici veya sağlayıcıdan tedarik ettiği ürünleri milli sınırlar içinde veya dışında yerleşik diğer tedarik kaynaklarından (sağlayıcılardan) tedarik etme imkânının bulunmaması gerekir.

Fransız Yargıtayı, ekonomik bağımlılık durumunu, «*bir dağıtıcının tedarik talebine teknik ve ekonomik şartlar itibariyle cevap verebilecek ikame bir sağlayıcı bulamaması ve bu durumun bir dağıtıcının tercihinden kaynaklanmaması*» olarak tanımlamıştır. Yine Yüksek Mahkeme'ye göre, dağıtıcının tedarikinin büyük bir kısmını veya tamamını bir teşebbüsten gerçekleştiriyor olması, ekonomik bağımlılığın kabulü için tek başına yeterli değildir⁶³¹. Yüksek Mahkeme, satışlarının % 100'ü aynı cep telefonu operatörünün ürünlerini içeren bir telefon hizmet dağıtıcısının, telefon operatörüne ekonomik bağımlılık içinde olduğu iddiasını, hizmet sağlayıcısının, başka bir operatör ile işbirliği kurmak üzere uygun girişimlerde bulunduğunu kanıtlayamaması ve ilgili pazarda başka operatörler ile çalışma ihtimalini bulunduğu gerekçeleriyle reddetmiştir⁶³².

Alternatif bir çözümün bulunmaması kıstası, Doktrinde Pedamon tarafından “yeterli bir alternatifin bulunmaması” ve “katlanılabilir bir alternatifin de

⁶³⁰ Bkz. Rekabet Otoritesi'nin 04-D-12 sayılı ve 7 Temmuz 2004 tarihli kararı.

⁶³¹ Bkz. Fransız Yargıtayı'nın 02-14.529 sayılı ve 3 Mart 2004 tarihli ve 04-D-44 sayılı ve 15 Aralık 2004 tarihli kararları, Kararların tam metni için bkz. www.courdecassation.fr.

⁶³² Bkz. Rekabet Otoritesi'nin 06-D-10 sayılı ve 12 Mayıs 2006 tarihli kararı.

bulunmaması” şeklinde açıklanmaktadır. Görüldüğü üzere, Pedamon’a göre bu kıstas ilki objektif, ikincisi sübjektif iki yöne sahiptir⁶³³.

Otorite 6 Aralık 1988 tarihli Philips kararında, sağlayıcının satış yapmayı reddetmesi üzerine kendisine Belçikalı bir toptancıdan büyük miktarlarda tedarik sağlayan Fransız yeniden satıcının, sağlayıcısına ekonomik bağımlılık içinde bulunduğu iddiasını, alternatif çözümün bulunabileceği gerekçesiyle reddetmiştir⁶³⁴.

Otorite, J.V.C. Vidéo-France’ın davranışlarına ilişkin bir kararında ise, JVC dağıtıcısının ekonomik bağımlılık iddiasını, *“her ne kadar bu nevi ürünlerde tüketici tercihi marka imajına büyük ölçüde bağlı ise de, ilgili pazarda J.V.C’nin söz konusu modelleri ile aynı üretim özelliklerine sahip diğer markalarda eşdeğer ürünlerin mevcut olmasının, inkâr edilemez bir eşdeğer ikame kaynağı teşkil ettiği”* ifadesiyle reddetmiştir⁶³⁵.

Sağlayıcının dağıtıcıya bağımlılığı, organize perakende sektöründe daha da yaygındır. Aynı şekilde, perakendeci markalarını üreten teşebbüslerin dağıtıcılara bağımlılığı da yüksektir⁶³⁶.

⁶³³ A. Pedamon, “L’Ordonnance du 1^{er} décembre 1986”, Rev. Conc. Consom. Özel Sayı, Paris 1987, n. 29.

⁶³⁴ Fransız Rekabet Otoritesi’nin N. 88-D-47 sayılı ve 6 Aralık 1988 tarihli Philips Kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

⁶³⁵ Fransız Rekabet Otoritesi’nin N. 91-MC-03 sayılı ve 10 Eylül 1991 tarihli ve 91-MC-03 sayılı ve 29 Kasım 1991 tarihli (Flodor Kararı) kararları. Kararların tam metni için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

⁶³⁶ Bkz. Allain/Chambolle, s. 10. Fransız doktrininde Vogel alım gücünün kötüye kullanılması teorisinin rekabet hukukunda uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre, rekabet hukuku kurallarının, diğer hukuk dallarının kuralları ile ve özellikle de sözleşmenin zayıf tarafının korunmayı hedefleyen medeni hukuk kuralları ile çelişmesi mümkün ise de, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanan ekonomik bağımlılık teorisi, birbiri ile çelişen amaçlara sahip bu iki hukuk dalı arasında bir uzlaşma sahası sağlayabilir. Vogel, iki hukuk dalı arasındaki uzlaşmanın formülünü kötüye kullanmanın başladığı yerde, rekabet hukukunun biteceği ve medeni hukukun başlayacağı şeklinde açıklamaktadır. Buna karşın, herhangi bir kötüye kullanma mevcut değil ise, pazar özgürdür ve rekabet hukuku kuralları uygulanır. Yazara göre rekabet hukuku iki teşebbüs arasındaki pazar ilişkisinde edinilen konumların korunması amacıyla uygulanamaz. Nitekim böyle bir şey onun esasına aykırı kullanılması anlamına gelecektir. Vogel’e göre sürekli bir sözleşmesel ilişkide feshin hâkim durumun kötüye kullanılması ile özdeşleştirilmesi ve bağımlılık ile ekonomik bağımlılık arasındaki bir yanlış anlaşılmayı ortaya koymaktadır. Nitekim ekonomik bağımlılık, 1 Aralık 1986 tarihli Kanun Hükmünde Kararname m. 8/II uyarınca pazarda eşdeğer bir çözümün bulunmaması şeklinde açıklanan objektif bir durumdur. Diğer bir ifadeyle, ekonomik bağımlılık teşebbüslerin iradelerinin bir sonucu değil, ancak onların pazardaki konumlarının objektif bir neticesidir. Nitekim Fransız Yargıtay’ı da ekonomik bağımlılık durumuna ilişkin objektif bir yaklaşım benimsemiştir.

Otorite'nin 97-A-04 sayılı Görüşünde de, sağlayıcılar bakımından ekonomik bağımlılık testi yapılırken, sağlayıcının dağıtıcısına bağımlı hale gelmesinin nedenlerinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁶³⁷.

“Analiz, sağlayıcının bağımlı hale gelmesinin nedenlerini de dikkate almalıdır. Eğer bu, örneğin hareket özgürlüğüne karşı teşebbüsün üretimini önemli derecede artırmak gibi, bilinçli bir seçimin sonucu ise, teşebbüsün sonradan ekonomik açıdan kötü sonuçlar doğuran bir stratejik tercihe dayanması mümkün olmamalıdır. Ancak, bağımlılık hali, teşebbüsün etkisi bulunmadığı konjonktürel veya yapısal unsurların sonucunda oluşmuş ise, bağımlılığa maruz kalınmıştır ve alternatif çözümlerin mevcudiyeti sorusu ortaya çıkar”

Sağlayıcının dağıtıcıya olan ekonomik bağımlılığı hallerine ilişkin hukuki analiz, bu kavramın yorumunun çok da kolay olmadığını göstermektedir. Nitekim Otorite de bugüne kadar hiçbir büyük dağıtım grubunu, sağlayıcılarından birinin ekonomik bağımlılığını kötüye kullandığı gerekçesiyle cezalandırmamıştır.

Otorite, Cora Grubu şirketlerinden Grands Magasins'in Avrupa Süpermarketler Şirketi'ni devralmasına ilişkin 93-D-21 sayılı ve 8 Haziran 1993 tarihli kararında, Cora Grubunun bazı sağlayıcılarının, ekonomik bağımlılıklarının kötüye kullanıldığı suçlamalarını kabul etmemiştir⁶³⁸. Karara konu olayda, Cora Grubu yoğunlaşma işlemi vesilesi ile pek çok dağıtıcısına ulaşarak, tedarik koşullarını tekrar görüşmek istemiş ve taraf olduğu birleşme işlemi nedeniyle karşı karşıya kaldığı bir takım masraflara katılımlarını (“düğün hediyesi”) talep etmiştir. Cora Grubunun sağlayıcılardan talep ettiği bu tutar, yoğunlaşma işlemi finanse etmek amaçlı bir reklam-promosyon katılım tutarı olarak isimlendirilmiştir.

Rekabet Otoritesi, Cora Grubunun karara konu uygulamalarının ilgili pazarda rekabeti bozduğu ortaya konulamadığına dayanarak, sağlayıcıların şikâyetlerini reddetmiştir.

⁶³⁷ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 97-A-04 sayılı görüşü. Kararın tam metni için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

⁶³⁸ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 93-D-21 sayılı ve 8 Haziran 1993 tarihli kararı, Kararın tam metni için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

Rekabet Otoritesi, deterjan üreticileri (Lever, Procter et Gamble, Henkel France et Colgate-Palmolive) ile organize perakendeci Intermaché'yi karşı karşıya getiren bir diğer kararında ise, bir sağlayıcının ekonomik bağımlılığının analiz ederken, somut olayda var olan “üretim sektörünün son derece yoğunlaşmış olması” ve “pazarda faaliyet gösteren yalnızca 4 üreticinin bulunması ve bu üreticilerin toplam pazar paylarının pazarın % 90'ından fazlasını kapsamasını” gibi kıstasların altını çizmiştir⁶³⁹. Deterjan üreticileri, organize perakende sektöründe gerçekleşen deterjan satışlarının toplam % 16,5'ünü elinde bulunduran Intermarché'ye ekonomik açıdan bağımlılığı olduklarını iddia etmişlerdir.

Rekabet Otoritesi, yürüttüğü soruşturma neticesinde deterjan üretim pazarının fazla yoğunlaşmış ve ürünlerin sahip olduğu marka gücü ve saygınlık nedeniyle deterjan üreticilerinin Internarché'ye bağımlı olduğu iddiasını reddetmiştir. Kararda, sağlayıcıların yüksek pazar gücü, dağıtıcıya ekonomik bakımdan bağımlı olmadıklarını gösteren kıstaslardan biri olduğu ve bu gücün sağlayıcı ve dağıtıcı arasında bir ekonomik dengesi sağladığı ifade edilmiştir.

2.2.1.6.2 Fransız Rekabet Hukuku Açısından Sonuç

Ekonomik bağımlılık ve ekonomik gücün kötüye kullanılması teorileri, Fransız rekabet hukukunda da, Alman rekabet hukukunda olduğu, öncelikle, geleneksel dağıtım ilişkilerinde, yeniden satıcı lehine uygulanıyordu. Teori, daha sonraları, özellikle organize dağıtım pazarında değişen güç dengeleri ve perakendeci gruplarını yüksek alım güçleri de dikkate alınarak, doktrinin de yönlendirmeleri ile sağlayıcılar lehine uygulanmasına başlandı.

Teorinin uygulama kıstasları, Fransız Rekabet Otoritesi, Yargıtay ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin 1980'li yıllardaki içtihatları ile ortaya çıkmış ve yeknesaklaşmıştır.

Teori, günümüz Fransız rekabet hukukunda, organize perakendeci grupların, sağlayıcıları ile olan ilişkilerine tatbik edilmektedir.

⁶³⁹ Fransız Rekabet Otoritesi'nin 94-D-60 sayılı ve 13 Aralık 1994 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

2.2.1.7 AT Rekabet Hukuku Uygulamasında Alım Gücü

AT rekabet hukukunda dağıtıcıların alım gücü ve buna dayanan sorunların kaynağında, bu sektörde görülen yoğunlaşma eğiliminin bulunduğunu düşünülmekte ve yoğunlaşmaların kontrolü ile sınırlı bir değerlendirme yapılmaktadır.

Komisyon'un organize perakendeci grupların alım gücüne ilişkin yaklaşımının görülmesi bakımından, perakende sektöründe gerçekleşen birleşme ve devralma işlemlerini incelediği iki kararı, Kesko/Tuko ile Rewe/Meinl kararları, özel bir önem taşımaktadır.

2.2.1.7.1 Kesko/Tuko Kararı

Komisyon'un Kesko Oy'un Tuko Oy'un kontrolünü devralması işlemini incelediği Kesko/Tuko kararında, devralma işleminin üç ayrı pazarda etkili olduğu tespit edilmiştir⁶⁴⁰. Bu pazarlar; "günlük tüketim malları perakende pazarı", "günlük tüketim malları toptan pazarı" ile "günlük tüketim malları tedarik pazarı"dır⁶⁴¹. Komisyon, kararda tespit ettiği üç ayrı ilgili pazara ilişkin olarak ayrıntılı rekabet analizleri yapmıştır.

Tuko Oy'un Kesko Oy tarafından devralınması ile, Kesko Oy'un günlük tüketim malları perakende pazarındaki pazar payı (lokal, bölgesel veya ulusal düzeyde) en az % 55'e yükselecek, teşebbüsün Finlandiya'da hâkim duruma gelmesi sözkonusu olacaktır. Komisyon'un ilk görüşü, işlemin ilgili pazarda giriş engeli teşkil edeceği ve üye ülkeler arasındaki ticareti ATA m.101 anlamında etkileyeceği yönünde olmuştur.

Komisyon, işlemin Finlandiya pazarındaki etkilerini değerlendirirken, tarafların perakende satış pazarındaki yüksek payları yanında, tedarik pazarındaki güçlü

⁶⁴⁰ Komisyon'un IV. M. 784 sayılı ve 20 Kasım 1996 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. www.ec.europa.eu.

⁶⁴¹ Günlük tüketim malları, yiyecek başta olmak üzere, içecek, tütün ve yiyecek dışı tüketim mallarını (temizlik ve çeşitli bakım ürünleri) kapsamaktadır. Bu malların ortak karakteristiği, tüketicilerin süpermarket ortamında bulabildikleri "günlük tüketim malları sepetinin" bir parçasını oluşturmalarıdır. Komisyon, küçük çapta perakendeciler, uzmanlaşmış perakendeciler, büfeler ve petrol istasyonları, günlük tüketim malları sepetini tüketiciye sunamadıkları için pazar tanımı dışında bırakmıştır.

konumlarını da dikkate almıştır. Nitekim Finlandiya'daki çoğu sağlayıcı, cirolarının % 50 - % 75'ini Kesko Oy ve Tuko Oy aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Bu tespit üzerine, Komisyon, Finlandiya'daki sağlayıcıların büyük çoğunluğunun Kesko Oy ve Tuko Oy'a ekonomik bağımlılık içinde bulduklarını kabul etmiş ve işleme bu hali ile izin veremeyeceğine karar vermiştir⁶⁴².

2.2.1.7.2 Rewe/Meinl Kararı

Komisyon'un alım gücüne ilişkin önemli yorum ve tespitlerini içeren bir diğer kararı da Julien Meinl AG ("Meinl")'in kontrolünün Rewe-Zentralfinanz ve Rewe-Zentral AG ("Rewe") tarafından devralınmasına izin başvurusunu incelediği 3 Şubat 1999 tarih ve IV/M.1221 numaralı Rewe/Meinl kararıdır⁶⁴³.

Rewe, Almanya'nın lider gıda perakendecisi olup, Avusturya'da 1996 yılından bu yana BML ("Billa") isimli iştiraki aracılığıyla faaliyet göstermektedir. Devralma tarihinde Avusturya'da gıda perakende pazarında hâkim durumda olan Billa ise, hipermarketler (Merkur), süpermarketler (Billa), daha küçük self servis mağazaları (Emma) ve indirim mağazaları (Mondo) ve hatta eczaneleri (Bipa) olan bir gıda perakende zincirine sahiptir. Meinl'nin ise hipermarketler (PamPam), süpermarketler (JuliusMeinl ve MeinlGourmet) ve indirim mağazaları (Jééé) bulunmaktadır.

Rewe/Meinl devralması Komisyona ilk bildirildiğinde, Meinl'nin kontrolünün tamamen Rewe tarafından devralınmasını içeriyordu. İşlem bildirilen bu ilk hali ile Rewe/Billa'nın Avusturya gıda perakende pazarındaki hâlihazırda % 30 olan pazar payını, % 37'ye çıkaracak ve % 26 pazar payına sahip olan en yakın rakibi (Spar) karşısında hâkim durumunu daha da güçlendirecekti⁶⁴⁴.

⁶⁴² Bkz. Komisyon'un IV/M.784 sayılı ve 19 Şubat 1997 tarihli Kesko/Tuko Kararı, ATRG, L 174, 2 Temmuz 1997.

Devralma işlemine daha sonra, tarafların verdiği taahhütler neticesinde izin verilmiştir. Buna göre, Kesko Oy, Tuko Oy'un günlük tüketim ürünleri işini üçüncü bir teşebbüse devredecektir (divestiture). Bu devir gerçekleştirilene kadar Kesko ilgili işkolu için bir bağımsız bir kayyım atanacaktır.

⁶⁴³ Komisyon'un IV/M.1221 sayılı ve 3 Şubat 1999 tarihli Rewe/Meinl Kararı, ATRG L 274, 23 Ekim 1999.

⁶⁴⁴ Komisyon, yukarıda Kesko/Tuko Kararında olduğu gibi, ilgili pazarları perakende pazarı ve tedarik pazarı olmak üzere iki ayrı pazar olarak belirlemiş ve gıda perakendeciliğinde ürün çeşidine ve büyüklüğe bağlı olarak değişen süpermarketleri ve hipermarketleri kapsayacak şekildeki gıda ve gıda dışı tüketim ürünlerinin satıldığı perakendecileri ayrı bir pazar olarak tanımlamıştır.

Komisyon soruşturması neticesinde, inceleme konusu yoğunlaşmanın, Avusturya gıda perakende pazarında Rewe açısından hâkim durum yaratacağı ve Rewe'nin dokuz ayrı günlük ihtiyaç maddesi tedarik pazarlarındaki mevzut hâkim durumunu daha da güçlendireceğini tespit etmiştir.

Tarafların taahhüt sunmaları üzerine işleme, Rewe/Billa'nın toplam 341 Meintl mağazasından yalnızca 162 adedini devralması, bu 162 mağazadan 45 adedinin ise Bipa eczanelerine dönüştürülmesi şartıyla izin verilmiştir. Karara göre, Meintl geriye kalan 179 mağazası ile Avusturya gıda perakende pazarında aktif bir rakip olarak varlığını sürdürmeye de devam edecektir.

Komisyon, devralma işlemine ilişkin analizinde Rewe'nin Meintl'i devralmasının rekabet üzerindeki etkilerini gerek perakende pazarı gerekse tedarik pazarı için ayrı ayrı ele almıştır⁶⁴⁵. Komisyon'un tespitlerine göre, Avusturya'da gıda perakendeciliği pazarında en büyük beş teşebbüs pazarın % 80'ini, en büyük iki teşebbüs ise pazarın % 60'ını kontrol etmektedir. Bu bakımdan Avusturya perakende pazarı yüksek seviyede yoğunlaşmış bir pazar görünümü sergilemektedir.

⁶⁴⁵ Komisyon'un perakende pazarı ile tedarik pazarına ilişkin değerlendirmeleri dikkat çekmektedir:

“Daha iyi alım şartları sağlayan alıcı gücünün kullanımı ekonomide per se olumsuz etkilere neden olmaz. Özellikle sağlayıcı tarafından yüksek bir yoğunlaşma ve ekonomik gücün bulunması ihtimalinde, alıcılar kendi satış pazarlarında etkin bir rekabet ile yüzleştikleri için, kendi müşterilerine herhangi bir kazanç aktarımında bulunamazlar. Alıcı gücü sağlayıcı tarafından monopol veya oligopol kârlarının edinilmesini engeller. Oysaki güçlü bir alıcı kendisi pazarda güçlü bir duruma sahip olduğu ve yeterli bir rekabet ortamına tabi olmayacağı için, tüketicilerine hiçbir kazanç aktarımında bulunmaz.

Perakende piyasasında, dağıtım pazarı ile tedarik pazarı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Perakendecilerin dağıtım pazarında pazar payları onların tedarik miktarlarını belirler: Perakendecinin dağıtım pazarındaki payı ne kadar büyükse, tedarik miktarı da o derecede büyüktür. Tedarik miktarı ne derece büyükse, tedarikçilerinden sağlayacağı alım koşulları da o derece avantajlı olacaktır. Avantajlı alım koşulları ise dağıtım pazarındaki durumunun iyileştirilmesi için pek çok şekilde (iç veya dış büyüme veya rakiplerine karşı düşük fiyat stratejileri ile) kullanılabilir. Dağıtım pazarındaki iyileşme, kendisini ileride alım şartlarında iyileşme ve devamı ile ortaya koyar.

Yukarıda açıklanan spiral etki, hem dağıtım hem de tedarik pazarında yoğunlaşmanın yüksek olduğu hallerde iyice etkili olur. Bu durum kısa vadede nihai tüketici lehinedir. Nitekim bu devrede güçlü alıcının sağladığı kazancı tüketicilerine aktarmasına neden olan yoğun bir rekabet söz konusu olabilir. Ancak bu durum herhalde bir yapı veya teşebbüsün dağıtım pazarında tüm rekabeti silmesine kadar devam edecektir. İşte bu dönemde zaten çok az tercih şansı kalan tüketicilerin yararı dikkate alınmayacaktır.

Alıcı gücü teşebbüslere pazara girecek ve böylece tüketiciler tarafından satın alınabilecek ürünleri tespit etmekte belirgin bir güç sağlar. Bu itibarla, hakim durumdaki alıcı tarafından satın alınmayan ürünler nihai tüketiciye ulaşma konusunda pratik olarak hiçbir şansa sahip olamayacaktır. Son olarak, hakim durumdaki alıcı yeni ürünlerin başarı veya başarısızlığını kendisi belirlemektedir.” Bkz. Karar, s. 18, p. 71-74.

Tedarik pazarında ise, Avusturya tedarik pazarının arz tarafının (üretici tarafın), talep tarafına (dağıtıcı) göre daha düşük bir yoğunlaşma oranına sahip olduğu belirlenmiştir. Komisyon bu tespitten hareket ederek, gıda perakendecilerinin tedarik pazarında üreticilere karşı daha güçlü konumda oldukları sonucuna ulaşmıştır. Kararda, işleme ilk hali izin verilmiş olsa idi, Rewe'nin Avusturya tedarik pazarında da hâkim duruma geleceği ve artan alım gücü sayesinde, sağlayıcılarından rakiplerine oranla çok daha elverişli tedarik koşullarına kavuşacak olduğunun da altı çizilmiştir⁶⁴⁶.

2.2.1.7.3. AT Hukukuna İlişkin Sonuç

Yukarıda da ele aldığımız üzere, AT rekabet hukukunda perakendeci grupların alım gücü, bu grupların rekabete aykırı tek taraflı davranışları değil, perakendeci grupları arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaları çerçevesinde ele alınıp, incelenmektedir.

Bu durum, Komisyon'un perkende pazarını iki yönlü, yani alt pazar (satış pazarı-satılan ürünlere ilişkin pazarlar) ve üst pazar (tedarik pazarı) olarak analiz etme yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Böylece Komisyon, perakendeci grupları arasında yoğunlaşmaları hem satış pazarında rakipleri, hem de tedarik pazarında sağlayıcıları ile olan ilişkiler bakımından değerlendirmektedir.

⁶⁴⁶ Komisyon Avusturya perkende pazarına ilişkin değerlendirmelerinde, Avusturya'da süpermarket ve hipermarket açılmasının resmi makamların iznine bağlı olduğunu da hatırlatarak, bu durumda yasal bir giriş engeli teşkil ettiğinin altını çizmiştir. Komisyon ayrıca Rewe'nin kendi markasını taşıyan ürünleri pazara sunduğu ve bu nedenle üreticilere karşı zaten sınırlı olan bağımlılığının, daha da azalacağını önemle belirtmiştir.

2.2.2 Perakendeci Markaları

2.2.2.1 Tanımı ve Gelişimi

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, perakende sektöründe son yıllarda yaşanan en önemli gelişmelerinden biri de, perakendeci markalarının yaygınlaşması ve bu markalardan bazılarının markalı ürünler ile rekabet edebilecek pazar gücüne kavuşmasıdır⁶⁴⁷.

Perakendeci markaları, perakendecilerin kendi mağaza isimleri veya sahip oldukları diğer markalar altında ürettirdikleri, genellikle orta kalitede ürünlerdir.

Amerika Birleşik Devletleri İngiltere, Fransa ve Almaya’da perakendeci markası uygulaması çok gelişmiştir. Yine bu ülkelerde, çok güçlü perakendeci markaları doğmuştur. Ülkemizde ise, organize perakende sektörünün gelişiminin henüz anılan ülkeler seviyesine ulaşamamış olması ve perakendeci markası uygulamasının yeni yeni yaygınlaşması nedeniyle, henüz güçlü perakendeci markaları ortaya çıkmamıştır.

Ülkemizde perakendeci markaları, tüketiciler tarafından kalite ve marka güçleri nedeniyle değil, uygun fiyatları nedeniyle tercih edilmektedir. Nitekim Perakende danışmanlığı firması Experian tarafından 2010 yılında yapılan bir araştırmanın sonuçları da bu durumu teyit etmektedir⁶⁴⁸. Araştırmaya göre, Türk tüketicilerinin tüketim alışkanlıklarında bazı önemli değişiklikler yaşanmaktadır. Bu değişikliklerden en önemlisi, tüketicilerin marka sadakatini azalması, fiyatlar konusundaki hassasiyetlerinin artması ve daha uygun fiyatlı ürünlere yönelmeleridir⁶⁴⁹. Tüketici alışkanlıklarındaki bu değişim, markalı ürünlere nazaran daha uygun fiyatlı olan perakendeci markalarının gelişimine imkân veren nedenlerden birini oluşturmaktadır.

⁶⁴⁷ Bkz. Erdoğan, “Organize Perakende”, s. 59.

⁶⁴⁸ Rapor, tüketici alışkanlıklarına ilişkin çarpıcı bir de örnek vermektedir. Buna göre, kuaförlere yapılan harcamalar her geçen gün düşerken, saç kurutma makinesi satışları % 47 artmıştır.

⁶⁴⁹ Raporun özeti için bkz. AMPD’nin internet sitesinde yer alan “Tüketici Alışkanlıkları Değişiyor” başlıklı yazı. Yazının tam metni için bkz. <http://www.ampd.org/gundem/default.aspx?SectionId=112&ContentId=857>.

2.2.2.2 Rekabet Üzerindeki Etkileri

Perakendeci markalarının rekabet üzerindeki etkilerine konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Rekabet Kurulu, değişik dönemler içinde her iki görüşü de savunmuştur. Şöyle ki, Kurul 2005 yılı öncesindeki görüşlerinde perakendeci markalarının perakende pazarının yapısını bozacağını ileri sürerken, daha sonraki karar ve görüşlerinde perakendeci markalarını rekabeti etkinleştiren ve tüketici tercihlerini artıran unsurlar olarak nitelendirmiştir.

Rekabet Kurumu, Büyük Mağazalar Görüşünde'nde perakendeci markalarının perakende pazarının yapısını bozacağını savunmuştur⁶⁵⁰. Görüş'te, büyük mağazaların, özellikle son yıllarda sağlayıcıların markalı ürünlerini satmak yanında, kendi markalarını taşıyan ürünleri de satışa sunmalarının, perakende sektöründeki rekabetin dokusunu değiştirdiği belirtilmiştir. Görüş'te ifade edildiği üzere, büyük mağazalar, perakendeci markaları uygulaması ile birden bire sağlayıcılarla doğrudan rekabet halinde olan pazar aktörlerine dönüşmüştür. Bu durum, taraflar arasında "müşteri-rakip çelişkisi"ni daha da artmıştır. Büyük mağazalar, sağlayıcılardan ürünleriyle ilgili olarak edindikleri indirim ve satış planlarını, kendi ürünlerini fiyat ve satış koşulları bakımından en iyi şekilde konumlandırmak ve kârlarını artırmak için kullanmaktadır.

Rekabet Kurumu 2005 yılı Faaliyet Raporu'nda yer verdiği Perakende Yasa Tasarısına ilişkin açıklamalarında, taslak düzenlemenin perakendeci markalarının sınırlandırılmasını öngören hükümünü, dağıtım sektörünün rekabetçi yapısına zarar vereceği gerekçesiyle eleştirmiştir. Kurum'a göre, perakendeci markalarının sınırlandırılması, ilgili pazarda iki yönlü zarar oluşacaktır. Bu sınırlamanın birinci zararı, tüketicileri ilgilendirmektedir. Nitekim tüketicilerin genellikle markalı ürünlere nazaran ucuza satın aldığı perakendeci markaları kısıtlanacaktır⁶⁵¹. Sınırlamanın ikinci zararı ise, perakendeci markalarının gelişimi sayesinde atıl durumdaki kapasitelerini çalışır hale getiren, istihdam artıran küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsleri ilgilendirmektedir. Nitekim perakendeci markalarının kısıtlanması ile, bu teşebbüslerin iş hacimleri de azalacaktır.

⁶⁵⁰ Bkz. dn. 523.

⁶⁵¹ Kaldı ki, perakendeci markalı ürünlerin raf payı, raf başı ücreti, geriye yürür indirimler vb. uygulamalar ile sağlayıcılar tarafından markalı ürünlere nazaran korunmakta ve anılan ekonomik zorlamalara maruz bırakılmamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun perakendeci markalarının gerek perakende sektörü, gerekse ekonominin geneli bakımından olumlu etkiler yarattığına ilişkin görüşü son yıllardaki kararları ile netlik kazanmıştır. Kurul, Büyükçekmece, Beylikdüzü ve Esenyurt ilçelerindeki zincir marketlerin pazar güçlerini kullanmak suretiyle küçük çaplı bölge esnafının faaliyetlerini zorlaştırdıkları iddiasını incelediği 09-35/891-214 sayılı ve 6 Ağustos 2009 tarihli kararında, zincir marketlerin kendi markalarını taşıyan ürünleri satışa sunmalarını, tüketicilerin uygun fiyatlı ürün satın almalarını sağlayan ve tüketici tercihlerini artıran bir gelişme sayılmıştır. Kararda, perakendeci markalarının sektörde artan rekabetin bir göstergesi olduğu da ifade edilmiştir. Kurul, yine aynı kararda, “rekabet hukukunun amacının mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetçi sürecin korunması ve piyasa ekonomisine işlerlik kazandırarak sosyal faydanın ve ekonomik etkinliğin azamileştirilmesi” olduğunun altını çizmiş ve tüketici refahını artırıcı bu sürece müdahale edilmesinin, piyasa ekonomisinin işlerliğine zarar verebileceği yönündeki kuşkularını dile getirmiştir.

2.2.2.3 Fason Anlaşmaları

Perakendeci markalarının gelişimi ile beraber, rekabet hukukunda önem kazanan bir diğer konu ise fason anlaşmaları ve bu anlaşmaların denetimidir.

Rekabet hukukumuzda fason anlaşmaları, Kurul'un Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuzu (bundan böyle “Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz” olarak anılacaktır) ile düzenlenmiştir⁶⁵².

Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'un amacı, Rekabet Kurulu'nun fason anlaşmalarına ilişkin içtihadını ve mehzaz AB mevzuatını dikkate alarak, fason üretim anlaşmalarına RKHK'nun anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin 4. maddesinin uygulanmasına ilişkin usulü belirlemektir⁶⁵³. Kılavuz, fason anlaşmalarının “farklı büyüklükteki teşebbüsler arasında yapılabilen, bu teşebbüsler arasında iş dağılımına

⁶⁵² Rekabet Kurulu'nun 08/04-55-M sayılı ve 10 Ocak 2008 tarihli Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuzu. Kılavuzun tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=kilavuzliste>.

⁶⁵³ Komisyon'un AET Anlaşması'nın 85. maddesinin (yeni m. 101) Bazı Fason Üretim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin 18 Aralık 1978 tarihli Kılavuzu, ATRG C 1, 3 Ocak 1979, s. 2-3.

imkân veren ve özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin gelişimine katkı sağlayan anlaşmalar” olduğunu belirtmektedir. Bu tür anlaşmalar yoluyla sağlanan iş dağılımı neticesinde, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler, büyük teşebbüslerce sağlanan teknoloji ve teçhizatı kullanarak üretim yaptıkları gibi, kendilerini geliştirme imkânına da kavuşmaktadır⁶⁵⁴.

Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, fason üretim anlaşmalarını yüklenici teşebbüsün, iş sahibi teşebbüs adına (ya da onun için), bu teşebbüsün talimatları doğrultusunda bir malın üretilmesi, bir hizmetin sunulması ya da bir işin yapılmasını üstlendiği anlaşmalar olarak tanımlamaktadır. Kılavuz, yalnızca dikey nitelikteki fason anlaşmalarını kapsamına almıştır. Kılavuz, yatay nitelikteki fason anlaşmalarına uygulanmayacaktır⁶⁵⁵. Kurul’un yatay anlaşmalara ilişkin yaklaşımının görülmesi bakımından Türk Henkel ile Hobi Kozmetik arasında imzalanan satın alma sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği 09-03/47-16 sayılı ve 20 Ocak 2009 tarihli kararı (“Türk Henkel/Hobi Kararı”) önemlidir⁶⁵⁶. Kararda, taraflar arasında anlaşmaya ilişkin rekabet analizinin, teşebbüsler arasındaki işbirliğinin niteliği ve bu işbirliğinin ilgili pazardaki etkilerini içermesi gerektiğinin altı çizilmiş, teşebbüsler arasındaki anlaşmanın yatay fason anlaşması olarak nitelendirilmesi nedeniyle, rakipler arasındaki işbirliklerine yönelik prensipler çerçevesinde (RKHK m. 4) değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Bkz. dn. 552, s. 1, p. 1.

⁶⁵⁵ Fason anlaşmaları diğer birleşik üretim anlaşmalarından (joint production agreements) hem yatay hem de dikey anlaşmalar olabilmeleri nedeniyle ayrılırlar. Komisyon, yatay fason anlaşmalarının Yatay Anlaşmalara İlişkin Kılavuz ([2001] ATRG C 3/2 p. 79) uyarınca inceleneceğini öngörmektedir. Bu konuda bkz. Ivo Van Bael/Jean-François Bellis, **Competition Law of the European Community**, Kluwer Law International, Lahey 2005, s. 510; Jones/Sufrin, **EC Competition Law**, s. 768, Rojer J Van Den Berg/Peter D Camesasca, **European Competition Law and Economics**, Oxford 2001 s. 378 ve Lennart Ritter/David W. Braun, **European Competition Law: A Practitioner’s Guide**, Kluwer Law International, Lahey 2005, s. 231; Whish, s. 666-667.

⁶⁵⁶ Rekabet Kurulu’nun 09-03/47-16 sayılı ve 20 Ocak 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Kararda, öncelikle teşebbüslerin satın alma, üretim, araştırma-geliştirme, pazarlama, dağıtım, satış, gibi alanlardaki işbirliklerinin, ağır rekabet sınırlamaları içermedikleri ve ilgili pazarda pozitif etkiler doğurdukları sürece korunduğunun altı çizilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu’nun 2003/2 sayılı ve 14 Ağustos 2003 tarihli Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 25212 sayılı ve 28 Ağustos 2003 tarihli RG ile 2008/2 sayılı ve 10 Ocak 2008 tarihli Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 26765 sayılı ve 23 Ocak 2008 tarihli RG

⁶⁵⁷ Rekabet Kurulu, taraflar arasındaki anlaşmanın bazı hükümlerinin RKHK m. 4’e aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, anlaşmaya menfi tespit verilemeyeceğini belirtmiş ancak RKHK m. 5 şartlarının tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

2.2.2.3.1 Fason Anlaşmalarında Öngörülebilir Kısıtlamalar

Bazı fason üretim anlaşmalarında yüklenici, anlaşmanın gereklerini yerine getirebilmek için, iş sahibi tarafından kendisine sağlanan teknoloji veya teçhizatı kullanır. Böyle durumlarda iş sahibi teşebbüs, yükleniciye sağladığı teknoloji veya teçhizatın ekonomik değerini korumak için, bu teknoloji veya teçhizatı yalnızca anlaşmanın amaçları doğrultusunda kullanmasını şart koşar. Bu veya benzeri sınırlamalar içeren fason üretim anlaşmalarının, RKHK m. 4'e aykırı olup olmadıkları uygulamada tereddüt yaratabilmektedir. Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, işte bu tereddütleri ortadan kaldırmak için, fason üretim anlaşmalarında yer verilebilecek kısıtlamalara ilişkin çeşitli içermektedir.

Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, teşebbüslerin taraf olacakları fason üretim anlaşmalarında yer verebilecekleri kısıtlamaları düzenlemiştir. Bu kısıtlamaları içeren anlaşmalar, bazı şartlarla RKHK m. 4 yasağına girmeyecektir. Bu sınırlamalar; iş sahibinin sağladığı teknoloji veya teçhizatın fason üretim anlaşmasının amaçları dışında kullanılmaması (1), bu teknoloji veya teçhizattan üçüncü kişilerin yararlandırılmaması (2), bu kullanılarak üretilen malların, sunulan hizmetlerin veya yapılan işin sadece iş sahibine (veya belirleyeceği teşebbüslere) tedarik edilmesine (3) ilişkin hükümlerdir⁶⁵⁸.

Bu kısıtlamaların, RKHK m. 4 yasağına girmemeleri için, anlaşmasının içerdiği teknoloji veya teçhizatın malların üretebilmesi, hizmetlerin sunabilmesi veya işi gerçekleştirebilmesi için gerekli olması şarttır⁶⁵⁹. Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, gerekliliğin nasıl değerlendirileceğini de öngörmüştür. Buna göre:

- Yüklenicinin iş sahibine ait veya onun kontrolünde bulunan patent, faydalı model, tescilli veya tescilsiz tasarımlar gibi fikri mülkiyet haklarını veya diğer başka hakları (1)

⁶⁵⁸ Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Kılavuzu da 2. maddesinde aynı esasları öngörmektedir.

⁶⁵⁹ İş sahibi tarafından sağlanan teknoloji veya teçhizatın gerekli olması, fason üretim anlaşması olmaksızın yüklenicinin bağımsız bir sağlayıcı olarak anlaşma konusu malları üretemeyeceği, hizmetleri sunamayacağı veya işi yapamayacağı anlamına gelmektedir.

- veya iş sahibine ait veya onun kontrolünde bulunan gizli bilgi veya know-how'ı (2)
- veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkı kapsamında olmasa veya gizlilik unsuru içermese dahi, biçim, işlev veya bileşim olarak piyasada üretilen veya tedarik edilen diğer mallardan farklı malların üretilmesine olanak tanıyan bilgiler ile ve iş sahibi tarafından veya onun için hazırlanmış çalışmalar, planlar veya belgeleri (3)
- veya iş sahibine ait olduğu belli olan boya, desen veya ekipman, alet veya aksesuarları (4)

kullanmaksızın anlaşma konusu malları üretmesi, hizmetleri sunması veya işi gerçekleştirme mümkün değilse, gereklilik şartının yerine geldiği kabul edilecektir.

Aynı şekilde, fason üretim anlaşmalarında yer verilen ve yüklenicinin iş sahibinden (veya göstereceği bir kişiden) hammadde gibi girdileri temin etmesini öngören hükümler, anlaşma konusu mal, hizmet veya işin belirlenen özellik, standart ve kaliteye uygun olması için gerekli olduğu ölçüde rekabeti sınırlayıcı sayılmayacaktır. Nitekim fason üretim anlaşmalarında iş sahibinin üretilecek mal, sunulacak hizmet veya yapılacak işin belirli bir standart veya kalitede olmasını temin etmek üzere makul tedbirlere yer verilmesi de mümkündür⁶⁶⁰.

Uygulamada fason üretim anlaşmalarında iş sahibinin yükleniciye sağladığı teknoloji ile bağlantılı olarak yükleniciye bazı kısıtlamalar getirdiği görülmektedir. Bu kısıtlamaların RKHK m. 4 karşısındaki durumları aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

2.2.2.3.1.1 Gizli Bilgileri İfşa Etmeme Yükümlülüğü

Fason üretim anlaşmalarında iş sahibinin yükleniciye kendisine sağlanan gizli nitelikteki bilgileri, kamuya mal olmadıkları sürece ifşa etmeme yükümlülüğü getirdiği durumlara sıklıkla rastlanmaktadır. Burada bahsedilen gizli bilgiler

⁶⁶⁰ Söz konusu teknoloji ve teçhizatın hâlihazırda yüklenicinin elinde bulunması veya yüklenicinin bunları başka kaynaklardan da makûl koşullar altında elde edebileceği hallerde, bu tarz kısıtlamalar hoş görülmeyebilir. Bkz. dn. 548, s. 7.

ekseriyetle üretim süreçleri ve know-how'a ilişkin bilgilere ilişkindir⁶⁶¹. Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, taraflar arasındaki bilgilerin “gizli” kabul edilmeleri için “aktarılan bilgilerin herkes tarafından bilinmemesi” veya “kolay ulaşılabilir olmaması” kısıtlarını benimsemiştir. İşte bu şarta uyulmak kaydıyla, iş sahibi yükleniciye kendisine aktarılan gizli bilgileri anlaşma süresince ve anlaşma sona erdikten sonra dahi, ifşa etmeme kısıtlaması getirebilecektir⁶⁶². Bu kısıtlama, aktarılan bilgilerin gizlilik nitelikleri devam ettiği sürece geçerli kalacaktır.

Bu düzenleme, iş sahibi tarafından yükleniciye aktarılan gizli bilgilerin, yüklenici tarafından haksız olarak kullanılması ve böylece yarar sağlanmasını önlemeyi hedeflemektedir. Nitekim iş sahibi, gizli bilgilerini yükleniciye aralarındaki fason üretim anlaşması çerçevesinde kendi talimatları uyarınca üretim yapılmasını sağlamak için vermektedir. Söz konusu bilgiler, taraflar arasındaki fason anlaşması sona erdikten sonra halen gizli niteliği taşıyor ise, artık yüklenici tarafından kullanılmamaları gerekecektir.

2.2.2.3.1.2 Teknik İyileştirmeleri İş Sahibine Bildirme Yükümlülüğü

Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, yükleniciye fason üretim anlaşması süresince gerçekleştireceği teknik iyileştirmeleri, iş sahibine münhasır olmayan bir şekilde aktarma yükümlülüğü getirebileceğini öngörmektedir⁶⁶³.

Aynı şekilde, anlaşmada, yüklenicinin teknik iyileştirmeyi aşan ve patent seviyesine ulaşan buluşlarının iş sahibinin sahip olduğu patentin süresi boyunca, iş sahibine münhasır olmayan lisans ile aktarılması da öngörülebilir⁶⁶⁴. Yapılan iyileştirmelerin veya buluşların, know-how veya patentten bağımsız kullanılabilir nitelik taşıyamaları halinde ise, iş sahibine münhasır lisans ile devredilmeleri şart kararlaştırılabilir.

⁶⁶¹ Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, bir fason üretim anlaşması kapsamında aktarılan bilgilerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan know-how tanımı kapsamında olması durumunda, know-how aktarılan tarafa ifşa etmeme yükümlülüğü getirilmesinin meşru kabul edileceğini ifade etmektedir.

⁶⁶² Bkz. dn. 552, s. 3, p. 8.

⁶⁶³ Bu düzenlemelerin amacı yüklenicinin iş sahibi tarafından kendisine aktarılan teknoloji üzerinde iyileştirmeler yapma güdüsünün güçlendirilmesi yanında, iş sahibinin yükleniciye kullanımını devrettiği know-how ve diğer gizli bilgilere dayanan iyileştirmelerin durumuna ilişkin endişelerinin ortadan kaldırılmasıdır.

⁶⁶⁴ Yüklenicinin bu buluşu, iş sahibinin buluşu üzerindeki iyileştirmelere ilişkin olabileceği gibi, iş sahibinin buluşunun yeni uygulamaları biçiminde de olabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin araştırma ve geliştirme faaliyetleri neticesinde ulaştığı ve iş sahibinin know-how ve patentinden bağımsız olarak kullanılabilir sonuçlar konusunda kısıtlama getirilemez. Böyle bir kısıtlama, RKHK m. 4 çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı kabul edilecek ve yasaklanacaktır.

Fason üretim anlaşması ile yükleniciye belirli bir ticari marka, ticari unvan veya biçim, görünüm, ambalaj kullanma yetkisi verilen hallerde, iş sahibinin, bu unsurların kullanımını sadece anlaşma kapsamındaki mallar, hizmetler veya işler ile sınırlandırması mümkündür⁶⁶⁵.

2.2.2.3.2 Dikey Fason Anlaşmaları ve Muafiyet

Fason Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz ile izin verilenler dışındaki rekabet kısıtlamalarını içeren anlaşmalar, bireysel muafiyet şartlarını taşımaları halinde, bireysel muafiyetten yararlanabilirler. Aynı şekilde, şartlarını taşıyorlarsa 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden de faydalanabilirler.

Burada 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar" başlıklı 1.2 maddesine değinmek istiyoruz. Nitekim fikri hakların kullanımını içeren anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ karşısındaki durumunu düzenleyen bu hüküm, satıcının (yüklenicinin) alıcıya (iş sahibine) fikri hak devrinde bulunması ihtimali üzerine kurulmuştur. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/IV, mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerle birlikte, fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmalara ilişkin bir düzenleme içermektedir. Hüküm şöyledir:

“Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerle birlikte fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmalar da, söz konusu fikri hakların anlaşmanın aslî konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin alıcı veya alıcının müşterileri tarafından kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olması ve bu fikri hakların devri veya kullanımının anlaşmanın esas amacını oluşturmaması kaydıyla, bu Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden

⁶⁶⁵ Bkz. Bellamy&Child, p. 6-195. Bkz. dn. 548 s. 4, p. 9. Aynı düzenleme Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Kılavuzu'nda da yer almaktadır (m. 3). Bkz. dn. 551, s. 2.

yararlanır. Ancak bu muafiyet, anlaşma konusu mallarla veya hizmetlerle ilgili olarak, söz konusu haklara ilişkin hükümlerin bu Tebliğ ile muaf tutulmayan dikey sınırlamalarla aynı amaç veya etkilere sahip rekabet sınırlamaları içermemesi şartıyla uygulanır.”

2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/IV'ün lafzından da anlaşıldığı üzere, bir fason üretim anlaşmasının grup muafiyetinden faydalanabilmesi için, anlaşma çerçevesinde yüklenicinin (sağlayıcı) iş sahibine (alıcı) know-how aktarımında bulunmuş olması gerekmektedir. Oysaki fason üretim anlaşmalarında, tam tersine iş sahibi yükleniciye know-how veya diğer gizli bilgiler aktarmaktadır. Bu nedenle, fason üretim anlaşmalarının 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyetinden faydalanmamaları pek de olası görünmemektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yükleniciye know-how veya gizli bilgilerin devredilmediği fason üretin anlaşmalarının (örneğin, iş sahibinin yükleniciye yalnızca anlaşma konusu ürün veya hizmetin tarif ettiği, fakat herhangi bir fikri hak devrinin söz konusu olmadığı haller), 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanmaları mümkün olabilir⁶⁶⁶.

2.3 Organize Perakende ve Türk Rekabet Hukuku

Türk rekabet hukuku mevzuatı perakende sektörüne yönelik özel hükümler içermemektedir. Rekabet Kurulu, Büyük Mağazalar Görüşü'nde bu durumu, sektörün ülkemizde henüz Avrupa ülkelerindeki yoğunlaşma oranlarına ulaşmamış olması, sektörde yüksek bir rekabetin bulunması ve fiyatların böylece tüketici lehine düşük kalması gerekçeleriyle açıklamıştır. Görüşün ilgili bölümü şöyledir⁶⁶⁷:

“Avrupa ülkelerinde bu konuda yaşanan gelişmelere bakıldığında, Avrupa ülkelerindeki yapılanmayla Türkiye'deki yapılanma arasında önemli farklılıklar görülmektedir. Söz konusu ülkelerde, sektörü denetlemeyi hedefleyen düzenlemeler, pazar belli bir seviyeye ve doyumluğa ulaştıktan sonra gündeme gelmiştir. Çünkü söz konusu büyük mağazalar yukarıda da ifade edildiği gibi, tüketicilere doğrudan fayda sağlamaktadırlar. Pazarın belli bir seviyeye gelmesinden sonra yapılan düzenlemeler ise, bu

⁶⁶⁶ Bkz. 552, s. 4.

⁶⁶⁷ Bkz. dn. 523, s. 5.

faedahaların uzun dönemde olumsuz etkiler yaratabileceği kaygısıyla yapılmıştır.

Avrupa ülkelerinde ülke bazında ilk dört veya beş büyük mağaza zincirinin ortalama pazar payı % 60-80 civarındadır. Avrupa ülkelerinden farklı olarak, ülkemizdeki ilk dört büyük mağaza zincirinin toplam pazar payı ise % 5 civarındadır. Bu oran dikkate alındığında, Türkiye'deki sektörün henüz belirli bir doğunluğa ulaşmadığı, aksine henüz başlangıç seviyesinde olduğu görölmektedir. Halen birçok yerli ve yabancı grubun, pazara giriş için çalışmalar yapıyor olması da, pazarın henüz bir doğunluk seviyesine ulaşmadığının önemli bir göstergesidir.

Günümüzde söz konusu marketler arasında yaşanmakta olan kıyasıya rekabet dikkate alındığında, rekabetin yeni teşebbüslerin pazara girmesiyle daha da artacağı, bunun faedahalarının da doğrudan tüketiciye yansıtacağı, özellikle yabancı sermaye aracılığıyla ülkemize bir kaynak girişi olacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Buna karşın, görüşümüz sorulan Tasarı Taslağı'nda olduğu gibi, pazara yasa yoluyla getirilmesi düşünölen ve giriş engeli olarak nitelendirilebilecek olan düzenlemeler, tüketicilerin söz konusu faydaya ulaşmalarını önleyecektir."

Rekabet Kurumu kapsamında perakende sektörü ve gelişimine yönelik olarak yapılan yegâne çalışma, rekabet uzmanları Aydın Çelen ve Tarkan Erdoğan'ın Erol Taymaz ile beraber hazırladıkları "Hızlı Tüketim Malları Sektöründeki Rekabet Şartları ve Politikalar" (2005) isimli çalışma metnidir ("Çalışma Metni")⁶⁶⁸. Çalışma Metninde, HTM pazarının yapısı ve işleyişine ilişkin bilgiler verildikten sonra, sonuç kısmında pazara ilişkin tespitler yapılmıřtır⁶⁶⁹. Çalışma Metni'nde ilgili pazarda birleşme ve devralmalar ile büyüyen organize perakendeci grupları ile pazar dışına itilen küçük perakendecilerin durumuna değinildikten sonra, Kurum'un perakende pazarındaki gelişmeleri yakından izlemesi gerektiği belirtilmiştir.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, gerek Türk kanun koyucusunun gerekse Rekabet Kurulu'nun organize perakende sektöründe sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki güç ilişkilerinde yaşanan değişime ve perakendecilerin gün geçtikçe artan güçlerine tepkisiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Rekabet Kurumu'nun 2.

⁶⁶⁸ Aydın Çelen/Tarkan Erdoğan/Erol Taymaz, **Fast Moving Consumer Goods**, TEPAV, Ankara 2005 (Çalışma metni İngilizce dilinde hazırlanmıştır).

⁶⁶⁹ Çalışma Metninde ilgili pazarın yapısı itibariyle, henüz ülkesel bir hâkim durum oluşumunun söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Bununla beraber, bazı perakendecilerin bölgesel pazarlarda hâkim durumda olabileceklerinin altı çizilmiştir

Yıllık Raporunda, organize perakende sektöründeki yoğunlaşma eğiliminin altı çizilmiş ve bu sektörün yakından izlenmesi gerektiği belirtilmiş ise de, Kurul bu konuda herhangi bir inceleme yürütmemiş veya bir düzenleme yapmamıştır⁶⁷⁰. Çalışmamızın Birinci Bölümünde, geleneksel dağıtım modeli üzerinden oluşturulan rekabet hukuku kurallarını, Topluluk Hukuku ile karşılaştırmalı bir biçimde ele alıp değerlendirdik. Bu bölümde ise, aynı değerlendirmeyi, organize perakendenin modern dağıtım modeli için yapacağız.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, Türk rekabet hukukunda, Fransa, Almanya ve İngiltere gibi Topluluk üyesi ülkelerden farklı olarak, perakendecilik sektöründe rekabeti düzenleyici özel kurallar bulunmamaktadır. Bu nedenle değerlendirmelerimiz halen yürürlükte olan rekabet hukuku mevzuatımıza dayanacaktır.

2.3.1 Rekabete Aykırı Anlaşma Yasağı ve Muafiyet Düzenlemeleri

Geleneksel dağıtıma ilişkin anlaşmalar gibi, organize perakendenin dağıtım anlaşmaları da, RKHK m. 4'deki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve bireysel muafiyet düzenlemelerine tabidir.

RKHK m. 4, birden fazla teşebbüsün aralarında yapacakları anlaşmalar – dikey veya yatay anlaşmalar arasında ayırım gözetilmeksizin - vasıtasıyla rekabeti sınırlamalarını yasaklamaktadır. Bu genel yasak, RKHK m. 5 ile yumuşatılmış ve bazı şartları taşıyan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların taraflarına, Rekabet Kurulu'na başvurarak, anlaşmalarının 4. madde yasağı hükümlerinden bireysel olarak muaf tutulmasını talep etme imkânı tanınmıştır.

Organize perakendenin dağıtım anlaşmaları da, geleneksel dağıtım anlaşmaları gibi dikey anlaşmalardır ve dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti düzenlemelerine tabi olacaktır. Bu itibarla, bu anlaşmaların, şartları var ise, Kurul'a bildirmeleri gerekmeksizin, grup muafiyetinden faydalanmaları mümkün olabilir.

⁶⁷⁰ Rekabet Kurumu İkinci Yıllık Raporu, s. 21-24. Raporun tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

2.3.1.1 Rekabete Aykırı Anlaşma Yasağı

Organize perakende dağıtım anlaşmaları, gerek taraflarının niteliği (sağlayıcı-dağıtıcı veya dağıtıcı-bir alt düzeydeki dağıtıcı), gerekse konu ve amaçları bakımından klasik dağıtım anlaşmalarında farklı değildir. Bu iki dağıtım modeli arasındaki fark, anlaşma tarafları arasında güç ilişkilerindeki yön değişimi ve bu değişime bağlı olarak anlaşmaların içerdiği rekabet kısıtlamalarının farklı olmasıdır.

RKHK m. 4 hükmünün kapsam ve şartları Birinci Bölümde ayrıntılı olarak incelendiği için, burada tekrar ele alınmayacaktır. Bu bölümde, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında sıklıkla yer verilen rekabet kısıtlamaları, RKHK m. 4 çerçevesinde değerlendirilecek ve bu rekabet kısıtlamalarına RKHK m. 4 uyarınca müdahale edilip edilemeyeceği araştırılacaktır.

2.3.1.1.1 Fiyatların ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

RKHK m. 4/II (a) bendi, teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları anlaşmalar vasıtasıyla fiyat veya diğer ticari koşulları belirlemelerini yasaklamıştır.

Gerek Rekabet Kurulu gerekse Komisyon içtihadında, bu hükmün yatay anlaşmalar bakımından uygulanmasına ilişkin pek çok örnek bulunmaktadır⁶⁷¹. Bu rekabete aykırılık hali, ilgili pazarda üretim veya dağıtımın aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerin aralarında anlaşarak fiyat veya fiyata etki edebilecek diğer ticari koşulları birlikte tespit etmeleri şeklinde yorumlanmaktadır.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, gerek RKHK m. 4 gerekse ATA'nın mehz 101. maddesi yatay veya dikey anlaşma ayırımı öngörmemiştir. Dolayısıyla, her iki düzenleme de, ilgili pazarda etkin rekabeti kısıtlama, ortadan kaldırma veya bozma

⁶⁷¹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09-23/494-120 sayılı ve 20 Haziran 2009 tarihli, 09-27/571-132 sayılı ve 11 Haziran 2009 tarihli ve 08-34/456-161 sayılı ve 20 Mayıs 2008 tarihli kararları. Kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Ayrıca bkz. Komisyon'un kalsiyum karbid ve magnezyum üreticilerinin fiyat tespiti uygulamalarına ilişkin COMP/39.396 sayılı ve 22 Temmuz 2009 tarihli kararı, ATRG, C 301, 11 Aralık 2009, s. 18–20, su hortumu üreticilerinin pazar paylaşma ve ortak fiyat tespiti uygulamalarına ilişkin COMP/39.406 sayılı ve 28 Ocak 2009 tarihli Marine Hoses kararı, ATRG, C168, 21 Temmuz 2009, s. 6–8, balmumu üreticilerinin pazar paylaşımı ve fiyat tespitine ilişkin COMP/C.39181 sayılı ve 1 Kasım 2008 tarihli Candle Waxes kararı, ATRG, C 295, 4 Aralık 2009, s. 17–21.

amaç veya etkisi taşıyan ve fiyat ya da diğer ticari koşulların tespitini öngören dikey anlaşmalara uygulanabilmelidir. Nitekim Birinci Bölüm’de incelediğimiz üzere, 2002/2 sayılı Tebliğ, dikey anlaşmalarda fiyat tespitine ilişkin kuralları içermektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen durum, bir sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki anlaşmalarda, dağıtıcının yeniden satış fiyatına ilişkin hükümlerdir. Organize perakende dağıtım anlaşmalarında yer verilen taraflar arasındaki satım fiyatının tespiti değildir. Bu konuyu aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

Peki, RKHK m. 4/II (a) organize perakendenin dağıtım anlaşmalarına nasıl uygulanacaktır?

Organize perakendenin dağıtım sözleşmeleri incelediğinde, perakendecilerin sağlayıcılarının tedarik fiyat ve şartlarına müdahalelerine sıklıkla rastlanır⁶⁷². Bu müdahaleler, daha çok belirli satış kotaları tayin edilmesi, perakendecinin bu satış kotalarına ulaşması halinde kendisine ek indirimler veya primler sağlanması, perakendecinin yılın bazı dönemlerinde önceden tarihi ve süresi belli olamayacak şekilde gerçekleştireceği indirimli satışlar veya dönemsel indirimler için sağlayıcıdan özel fiyat uygulamaları talep etmesi, ek satış kotaları ve ek prim, indirimler alınması, sağlayıcının dağıtıcı tarafından gerçekleştirilen promosyon çalışmaları ile gerek mağaza içi gerekse mağaza dışı tanıtım ve reklâm faaliyetlerine parasal katılımı ve bu amaçla bir fon oluşturulması gibi uygulamaları içerir⁶⁷³.

Sağlayıcılardan, ürünlerinin mağazalarda teşhiri için raf bedeli talep edilmesi, ürünlerinin rafların tüketiciler tarafından en kolay fark edilebilecek ve en kolay alım yapılabilecek noktalarına yerleştirilmesine ilişkin raf başı ücretlerinin (têtês de

⁶⁷² Dağıtım sözleşmeleri terimi, organize perakendeciler, satın alma grup veya merkezlerinin ürün tedariki için dağıtıcılar ile yaptıkları tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Uygulamada bu sözleşmeler farklı isimlerle anılır: Ürün tedarik anlaşması, ürün sağlama anlaşması, mal alım sözleşmesi vd. Bu sözleşmelere genellikle bir çalışma planı ya da dönemsel ya da daha uzun süreli satış ve indirim planları da eklenir.

⁶⁷³ Bu reklâm ve tanıtım faaliyetleri değişik olabilmektedir: Mağaza için tanıtımlar, ürün deneme standları söz konusu olabileceği gibi, sürekli, sezonluk veya özel günler için (yeni yıl ve bayramlar gibi) yapılan insert ve katalog çalışmalarına destek ödemeleri şeklinde olabilmektedir. Özellikle insert ve katalog çalışmalarına ilişkin düzenlemeler, hangi ürünün hangi katalog ve insertler çalışmasında, kaç kez, nerede ve ne boyutlarla yayımlanacağı ayrıntılı bir şekilde öngörülmektedir.

Bu katılımlar uygulamada aktivite primi, aktivite katılım fonu vd. şeklinde isimlendirilmektedir.

gondoles) talep edilmesi de organize perakendeciliğin yaygın uygulamaları arasındadır.

Organize perakendeciler ile üretici veya sağlayıcıları arasındaki anlaşmaların bir kısmında, özellikle ulusal çapta faaliyet gösteren grupların taraf oldukları anlaşmalarda, perakendecinin ürünleri satışa sunacağı mağaza sayısı, mağaza tipleri – boyutlarının (perakendecinin birden fazla tip ve boyutta satış noktası var ise), her bir mağaza tipi için uzlaşılan indirim, promosyon uygulamaları dahi belirtilmek suretiyle, tespit edilmektedir.

Tüm bu uygulamalar, organize perakende dağıtım anlaşmalarında satış fiyatı veya diğer ticari koşulların, büyük ölçüde dağıtıcı (perakendeci) tarafından tespit edildiği veya en azından bu koşullara tesir edildiğini ortaya koymaktadır.

Geleneksel perakende sisteminde (klasik dağıtım) ise, dağıtıcının yeniden satış fiyatını tespit ederek veya diğer ticari koşulları belirleyerek ilgili pazarda (satış - alt pazar) rekabeti kısıtlayan sağlayıcıdır⁶⁷⁴. Nitekim ilgili pazardaki faaliyeti sağlayıcıdan ürün tedarik edebilmesine bağlı olan dağıtıcı, oyunun şartlarını sağlayıcının belirlemesine genellikle izin vermektedir. Örneğin, geleneksel kanalda yaygın olan münhasır dağıtım modelinde, dağıtıcının tüm ticari faaliyeti ve cirosunun tamamı sağlayıcıdan tedarik ettiği ürünlerin yeniden satışına dayanır. Özellikle sağlayıcının önemli bir pazar gücüne sahip olduğu, dağıtıcının ürüne özel yatırımlarının (batık maliyetler) yüksek olduğu hallerde, sağlayıcıdan ürün tedariki dağıtıcı açısından daha da hayati hale gelir.

Organize perakende modelinde ise, geleneksel perakendenin aksine sağlayıcı, ilgili pazarda ürünlerinin dağıtımını sistemli, yaygın ve etkin bir şekilde sağlamak için dağıtıcıya bağımlıdır. Bu yeni modelde, dağıtıcının cirosunun yalnızca çok küçük bir bölümü (must-stock teşkil eden ürünler de dâhil olmak üzere, örneğin % 1'e bile ulaşmayan bir kısmı) bir sağlayıcıdan alınan ürünlerin yeniden satışına dayanır. Buna karşın, sağlayıcı açısından durum farklıdır. Dağıtıcı tarafından yapılan

⁶⁷⁴ Hukuk düzenleri, sağlayıcı tarafından yeniden satış fiyatı tespiti genellikle yasaklar. Buna karşın, her türlü fiyat tespiti hukuka aykırı sayılmaz. Örneğin, Amerikan hukukunda tavan fiyat tespiti rule of reason analizi ile tanınmış iken, tavsiye fiyatlar her zaman serbestti. Bkz. David Eric, La Complexité des Choses Simples: La Fixation du Prix de Revente et le Droit des Ententes, *Revue International de Droit Economique*, Sayı: 4 (t.XIX,4), Paris 2005.

alımların, sağlayıcının cirosunun % 20 – 30 ve hatta % 40'ına kadar çıkması mümkündür.

İşte başlı başına bu durum bile, sağlayıcının organize perakendeye olan ekonomik bağımlılığını ortaya koymakta ve perakendeci tarafından sağlayıcıya fiyat veya diğer ticari koşulları dayatabilmesini açıklar.

Organize perakendeciler tarafından sağlayıcıya dayatılan fiyat veya diğer ticari koşulların RKHK m. 4/II (a) çerçevesinde yasaklanabilmesi için, genel olarak, şu üç koşuldaki birinin varlığı aranacaktır. Bu uygulamaların, ilgili pazarda (alt - satış pazarı veya üst – tedarik pazarı) rekabetin sınırlandırılması, ortadan kaldırılması veya bozulmasını amaçlaması (1), bu uygulamaların ilgili pazarda (alt - satış pazarı veya üst – tedarik pazarı) mevcut rekabeti sınırlayıcı, ortadan kaldırıcı veya bozucu etkilere sahip olması (2) veya bu uygulamaların ilgili pazarda (alt - satış pazarı veya üst – tedarik pazarı) potansiyel rekabeti sınırlayıcı, ortadan kaldırıcı veya bozucu etkilere sahip olması (3).

Organize perakendeciler ile sağlayıcıları arasındaki anlaşmaların, fiyat veya diğer ticari koşulların tespitine ilişkin hükümlerinin ilgili pazarda rekabetin perakendeciler lehine sınırlandırılmasına imkân verdikleri açıktır. Nitekim bu uygulamalar ile, perakendeciler alt pazarda (satış pazarı) uygulayacakları fiyatları, çok düşük olarak belirleyebilmektedir⁶⁷⁵. Bu durum, alt pazarda diğer organize perakendecilerin veya geleneksel perakendecilerin (bakkallar, küçük marketler vd.) aleyhine rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara neden olmaktadır. Şöyle ki, sağlayıcıları ile geleneksel dağıtım ilişkisi içinde bulunan ve alım miktarı itibarıyla sağlayıcılarına benzer uygulamalar dayatamayan geleneksel perakendeciler, organize perakendeye nazaran ortalama % 20 - 30 daha yüksek olan satış fiyatları uygulayabilmektedir. Bu

⁶⁷⁵ Zararına satışlar (revente à perte) pek çok Avrupa rekabet hukukunda yasaklanmıştır. Bu yasak doktrinde bazı yazarlar tarafından tüketicilerin düşük fiyat ürün alım imkânlarının kısıtlanması nedeniyle eleştirilmektedir. Ülkemizde zararına satışlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, Büyük Mağazalara İlişkin Kanun Taslağında zararına satışların yasaklanması öngörülmektedir. Taslak düzenlemenin ilgili hükmü perakendeciler tarafından şiddetle eleştirilmektedir.

durum rekabet güçlerini azaltmakta, yavaş yavaş piyasadan çekilmek suretiyle yerlerini organize perakendeci gruplarına bırakmalarına yol açmaktadır⁶⁷⁶.

Bu durumun tüketiciler açısından sonucu ise, hem olumlu hem de olumsuz unsurları içermektedir. Tüketiciler, kısa veya orta vadede daha düşük fiyatlara kavuşurlar. Bununla beraber, geleneksel perakendenin pazardan çekilmesi ve yerini alan organize perakendecilerin yoğunlaşma eğilimi nedeniyle (daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ülkemizde faaliyette olan yalnızca dört ulusal perakendeci grubu bulunmaktadır) tüketici tercihleri kısıtlanır⁶⁷⁷.

Organize perakendenin bu uygulamaları, perakende pazarına girmeyi düşünen geleneksel perakendeciler ile bölgesel veya yerel organize perakendecilerin pazara girişini engellediği için, potansiyel rekabeti de kısıtlamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra, sorumuzu yinelemek istiyoruz. RKHK m. 4/II (a), organize perakendenin dağıtım anlaşmalarına uygulanabilir mi?

Doktrinde Aslan, rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin yasak hükümlerinin (RKHK m. 4 ve ATA m. 101) organize perakendenin dağıtım anlaşmalarına uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁶⁷⁸. Yazar bu görüşünü, anlaşmalarda yer alan rekabeti kısıtlayıcı şartları dağıtıcısının ekonomik baskısı altında kabul eden sağlayıcının cezalandırılmayacağı fikrine dayandırmaktadır.

Bize göre, burada asıl üzerinde durulması gereken husus, rekabete aykırılıklar karşısında, sağlayıcı veya üreticilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı değil, RKHK m. 4-5 hükümlerinin organize perakendenin dağıtım anlaşmalarına uygulanıp uygulanmayacağıdır.

⁶⁷⁶ Aynı olumsuz etkiler, bölgesel veya yerel organize perakende grupları açısından da ileri sürülebilir. Nitekim ulusal perakendeciler kadar elverişli tedarik şartları bulunmayan bölgesel veya yerel perakende grupları da, sürekli şekilde pazar kaybetmektedir.

⁶⁷⁷ Monopsonun ikinci dönemine ilişkin açıklamalarımız hatırlanmalıdır. Nitekim bu dönemde monopsoncu teşebbüs arzını düşürerek, satış fiyatını artırmaktadır. Bu olasılığın, organize perakende pazarı bakımından tüketicilerin zararına potansiyel etkilere neden olacağı ileri sürülebilir.

⁶⁷⁸ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, dn. 151 vd.

Daha önce RKHK m. 4'e ilişkin açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere, RKHK m. 4, yatay anlaşmalar söz konusu olduğunda, iki veya daha fazla sayıda teşebbüsün kendi aralarında anlaşarak, diğer bir teşebbüs veya teşebbüslere rekabete aykırı şartlar ileri sürmek veya davranışlarda bulunmak hususunda anlaşmalarını cezalandırır. Dikey anlaşmalarda ise, sağlayıcının dağıtıcının yeniden satış fiyatını veya diğer yeniden satış koşullarının belirlemesini yasaklar.

Organize perakendeci grupları ile sağlayıcıları arasındaki anlaşmalar ise, iki taraf arasında yapılan ve anlaşmanın bir tarafının diğer tarafına bazı şartlar ileri sürdüğü ve bu şartları kabul ettirdiği anlaşmalardır. Bu bakımdan, organize perakendeci grupları ile sağlayıcıları arasındaki anlaşmalar, RKHK m. 4 yasağı kapsamına girmez. Bu anlaşmalarda yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümler nedeniyle sağlayıcıların cezalandırılması da zaten söz konusu olamaz. Bu nedenle, Aslan'ın yukarıdaki görüşüne katılmıyoruz. Yazarın eleştirisininin RKHK m. 4 hükmünün yanlış yorumundan kaynaklandığını düşünüyoruz.

Hemen belirtmek gerekir ki, organize perakendeci gruplar, perakendeci markası altında üretimini yaptırdıkları ve mağazalarında satışa sunduğu ürünler bakımından, sağlayıcıları ile rakip konumundadır. Bu rakip teşebbüslerin, aralarında yapacakları anlaşmalar vasıtasıyla ürünlerin fiyatlarını ve diğer ticari koşulları belirlemeleri halinde, RKHK m. 4/II uygulanması söz konusu olabilir. Ancak bu halde, taraflar arasındaki dikey ilişki değil (tedarik), yatay işbirliği RKHK m. 4 yasağı çerçevesinde analiz edilecektir.

2.3.1.1.2 Üretimin Sınırlandırılması

RKHK m. 4/II (c) bendinde “mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi” yasaklanmıştır.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde de belirttiğimiz üzere, dikey anlaşmalarda ve dolayısıyla dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcı ile üretici veya sağlayıcıların ürünün pazardaki fiyatının yükselmesi veya düşmesinin önlenmesi için arz miktarını kontrol etmeye yönelik uygulamalarına genellikle rastlanmaz. Kaldı ki, organize perakendenin uygulamaları – genellikle – tüketicilere en ucuz fiyatı sağlayarak, pazar gücünü artırma hedefine yöneliktir⁶⁷⁹. Bu bakımdan, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında, sağlayıcının arz miktarını ürünlerin yeniden satış fiyatının yükseltilmesi amacıyla kısıtlayan düzenlemeler yer alması pek de olanaklı değildir. Bununla beraber, organize perakendecilerin geleneksel perakende karşısında daha da güçlenmesi ve perakende pazarındaki payını, pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi % 60-80’ler seviyesine çıkarması (bir veya birden fazla perakendeci grubunun ayrı ayrı veya birlikte hâkim durumda bulunması) halinde, üreticilerin veya sağlayıcıların üretim veya arzlarının sınırlandırılarak, ürünlerin yeniden satış fiyatlarının artırılmasına yönelik uygulamalara başvurulması söz konusu olabilir⁶⁸⁰.

Kanaatimizce böyle bir olasılıkta dahi, organize perakendenin ürünlerin yeniden satış fiyatını yükseltmek için sağlayıcının arz miktarını kontrol etmesi gerekmeyecektir. Nitekim bu durumda, perakende pazarı oligopol bir yapıya kavuşmuş olacağından, organize perakendecilerin yeniden satış fiyatlarını yükseltmek için arz miktarını kontrol etmekten ziyade, kendi aralarında uzlaşarak veya pazarın oligopol karakterine uygun olarak birbirlerine paralel davranışlar ile takip ederek yeniden satış fiyatlarını yüksek tutmaları yeterli olacaktır⁶⁸¹. Nitekim böyle bir ihtimalde geleneksel perakende de, organize perakende ile rekabet

⁶⁷⁹ Yukarıda ele aldığımız alım gücü ve monopson teorileri, bu hedefin kısa ve orta vadede, en azından bir perakendeci grubun hâkim duruma gelmesine kadar değişmeyeceğini öngörmektedir.

⁶⁸⁰ Nitekim Rekabet Kurulu da Büyük Mağazalar Görüşünde Avrupa Birliği ülkelerinde organize perakende sektöründeki yoğunlaşmanın yaygın olduğu ve ilk dört veya beş büyük mağaza zincirinin ortalama pazar payının % 60-80 civarında bulunduğu altını çizerek, ülkemiz için bu durumun söz konusu olmadığını, ülkemizdeki ilk dört büyük mağaza zincirinin toplam pazar payının çok düşük olduğu belirtilmiştir. Bkz. dn. 523.

⁶⁸¹ Yine benzer bir durumda, monopson gücüne sahip organize perakendeci grubunun, bu gücüne dayanarak kendi talebini ve alım fiyatını indirmesi söz konusu olabilir.

edemeyeceği için, satış fiyatlarının yükseltilmesi uygulamalarına karşı koyacak veya bu uygulamaları engelleyecek herhangi bir pazar parametresi de mevcut olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, RKHK m. 4/II (c)'de öngörülen “mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi” yasağının organize perakende dağıtım anlaşmaları bakımından uygulanabilir olduğunu düşünmüyoruz.

Kaldı ki, organize perakendeciler ile sağlayıcıları arasında üretimi sınırlandırıcı anlaşmalar yapılsa bile, yukarıda “fiyatların ve diğer ticari koşulların belirlenmesi”ne ilişkin bölümde açıkladığımız nedenlerle, RKHK m. 4 kapsamına girmeyecektir.

Organize perakendecinin, perakendeci markası altında üretimini yaptırdığı ve mağazalarında satışa sunduğu ürünler bakımından, sağlayıcıları ile yapacağı anlaşmalar ile üretim veya arz miktarlarını belirlemeleri söz konusu olabilir. Bu anlaşmalar bakımından RKHK m. 4/II yasağının uygulanması mümkündür.

2.3.1.1.3 Pazar Paylaşma

Geleneksel dağıtım sistemlerinde gerek dağıtıcıların gerekse üretici veya sağlayıcıların kurmak istediği dağıtım ağının özelliklerine göre, pazar veya müşteri paylaşımına ilişkin hükümlere yaygın olarak yer verilir. Bu kısıtlamalar, bazen dağıtıcılar tarafından, bazen de sağlayıcının dağıtıcıları arasında müşteri paylaşımı yapmak ya da marka içi rekabeti ortadan kaldırmak amaçlı ticari politikasından kaynaklanabilir ve şartlarını taşıyıcıları halinde bireysel veya grup muafiyetinden faydalanabilir⁶⁸².

Organize perakendecilik, özellikle son 20 yıl içerisindeki gelişimi itibariyle, ulusal hatta uluslararası grupların faaliyet gösterdiği bir sektör haline gelmiştir. Sektörün tüm aktörleri, satış noktaları bakımından en büyük yayılıma sahip olmayı

⁶⁸² Örneğin, yeni bir ürünün dağıtım ağına girerken, dağıtıcılar ağın münhasırlık ile korunmuş olmasını ve kendilerine tahsis edilen bölgede zaten markalar arası rekabette genellikle dezavantajlı durumda olacakları için, en azından marka içi rekabetten korunmuş olmayı talep edebilmektedirler.

hedeflemektedir. Bu nedenle, organize perakende ile sağlayıcılar arasındaki anlaşmalarda bölge veya müşteri paylaşımı hükümleri yer almaz.

Bununla beraber, organize perakendeci gruplar, perakendeci markası altında üretimini yaptıkları ve mağazalarında satışa sunduğu ürünler bakımından, sağlayıcıları ile rakip konumundadır. Bu rakip teşebbüslerin, aralarında yapacakları anlaşmalar vasıtasıyla pazar paylaşımı yapmaları ve ilgili ürüne ilişkin tedarik pazarını paylaşmaları söz konusu olabilir. Organize perakende dağıtım anlaşmaları, bu örnek bakımından RKHK m. 4/II kapsamına girebilir.

2.3.1.1.4 Pazara Girişlerin Engellenmesi

RKHK m. 4/II (d) bendi, rakiplerin pazara girişlerinin engellenmesi veya pazar dışına itilmeleri etki veya amacını taşıyan anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ile aynı araçlarla rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya kısıtlanmasını yasaklar.

Hemen belirtmek gerekir ki, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında pazara girişlerin engellenmesine veya rakip teşebbüslerin pazar dışına itilmelerine ilişkin hükümlere genellikle yer verilmez. Dolayısıyla, RKHK m. 4/II (d) bendinin organize perakendenin dağıtım anlaşmaları için uygulanması pek olanaklı değildir.

Bununla beraber, organize perakende dağıtım anlaşmalarında yer verilen fiyat ve diğer ticari koşulların tespitine ilişkin hükümler, organize perakendecilerin nihai tüketiciye satış fiyatlarını düşürmelerini sağladıkları için, potansiyel perakendecilerin piyasaya girişlerini engellemekte veya geleneksel perakendecilerin pazar dışına itilmelerine neden olmaktadır. Bu uygulamalar, ilgili pazarda hâlihazırda faaliyet gösteren geleneksel perakendecileri ve bölgesel veya yerel perakende gruplarının dahi piyasa dışına itilmesine, dolaylı olarak, yol açmaktadır.

Peki, bu dolaylı etkiler, anlaşmaların RKHK m. 4/II aykırılığına karar verilmesi için yeterli sayılacak mıdır?

Bu sorunun cevabı, Birinci Bölümde de bahsettiğimiz üzere, RKHK m. 4/II (d)'nin yeterince açık ve net olmayan ifadesinin yorumuna dayanır. Nitekim bu hüküm, teşebbüslerin her türlü rekabetçi davranışlarının yasaklanmasına neden olabileceği nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir⁶⁸³.

Biz, RKHK m. 4/I (d) bendinin teşebbüslere rekabet etme serbestisi bırakmayacak şekilde geniş yorumlanmaması ve bu hükme ilişkin olarak yorum yapılırken, analizin teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının altında yatan asıl amaç ve bu davranışların doğrudan etkileri ile sınırlı tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Bu kabulümüz bizi, anılan dolaylı etkilerin RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini sonucuna götürmektedir. Kaldı ki, kanaatimizce RKHK m. 4'ün dolaylı etkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması halinde dahi, organize perakende dağıtım anlaşmalarında yer verilen fiyat ve diğer ticari koşulların tespitine ilişkin hükümlerini ilgili pazarda satış fiyatlarının düşmesine ve böylece pazara girişlerin engellenmesine neden oldukları söylenemez. Nitekim taraflar anlaşmalarında yer alan fiyat ve diğer ticari koşulların tespitine ilişkin hüküm ile sağlayıcının perakendeci grubuna satış fiyatını ve şartlarını düzenlemektedir. İlgili pazarda rekabete aykırı etkiler yaratan ise (dolaylı da olsa) perakendecinin yeniden satış şartlarıdır. Taraflar arasındaki anlaşma, bu şartlara ilişkin herhangi bir tespit içermemekte olup, perakendeci kendi satış fiyatını belirlemekte her zaman serbesttir.

Son olarak, bir organize perakendeci grubun perakendeci markası altında üretim yaptırdığı ve ürünleri satışa sunduğu hallerde, bazı markalı ürün üreticileri ile anlaşarak, düşük fiyat vs. uygulamalar vasıtasıyla, aynı pazardaki başka bir üreticiyi pazar dışına çıkarmak için anlaşmaları da söz konusu olabilir. Bu anlaşma şüphesiz, RKHK m. 4/II kapsamına girecektir.

2.3.1.1.5 Ayrımcılık

RKHK m. 4/II (e) bendi, teşebbüslerin yaptıkları anlaşmalar vasıtasıyla ilgili pazardaki diğer teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmaları, yani eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki teşebbüslere, farklı şartlar uygulamalarını yasaklamaktadır.

⁶⁸³ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 238.

Organize perakende dağıtım sözleşmelerinde sağlayıcıların sıklıkla şikâyet ettikleri konuların başında, organize perakendenin kendilerine ve rakiplerine uyguladığı ticari koşulların farklı olması gelmektedir. Rekabet Kurulu'na yapılan pek çok şikâyet de, organize perakendeci gruplarının diğer üretici veya sağlayıcılar arasında ayrımcılık yaptığı ve eşit durumdaki üretici veya sağlayıcılara farklı koşullar uyguladığına ilişkindir.

Bu konuda genel eğilim, bu uygulamaların ancak hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde incelenebileceğidir. Örneğin Rekabet Kurulu'nun Paşabahçe kararında, farklı müşteri gruplarına yönelik olarak sözleşme yapılmış bayiler arasında ayrımcılık yapılabileceği kabul edilmiştir. Kurul, bir teşebbüsün başka bir teşebbüs ile arasında herhangi bir anlaşma söz konusu olmadan, kendi müşterilerine (bayilerine) ayrımcı davranmasının, RKHK m. 4 (e) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceğinin altını çizmiştir⁶⁸⁴. Nitekim bu uygulama, ancak şartları var ise, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Yürürlükteki rekabet mevzuatımız uyarınca, sağlayıcıların organize perakende gruplarına yönelik ayrımcılık şikâyetleri bakımından RKHK m. 4 (e) değil, ancak RKHK m. 6 uyarınca bir değerlendirme yapılabilir. Nitekim organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında, dağıtıcının rakip sağlayıcılara farklı koşullar uygulamasına ilişkin hükümler bulunmaz, bu uygulama sağlayıcı tarafından yapılır. Organize perakendeci grupları, eşit durumdaki sağlayıcılara farklı fiyat veya ticari koşulları uygularken tek başlarına aldıkları ticari bir karar dayanırlar. Dolayısıyla, burada bir anlaşma değil, tek yanlı davranış bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Uygulamada yaygın olmamakla beraber, sağlayıcı ile dağıtıcının, dağıtıcının belirli bir sağlayıcıya ayrımcı koşullar uygulaması üzerinde anlaşmaları düşünülebilir. Böyle bir anlaşmanın, şartları var ise, RKHK m. 4/II (e) bendi çerçevesinde cezalandırılması için herhangi bir engel yoktur. Keza bu ihtimalde Aslan'ın tarafından da ileri sürülen ayrımcılık yasağının uygulanması için ez az üç

⁶⁸⁴ Bkz. dn. 227. Anılan karar geleneksel perakende sistemine ilişkin olmasına karşın, Kurul'un dikey anlaşmalarda ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin genel görüşünü açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir.

tarafın (ayrımcılık yapılması hususunda anlaşılan teşebbüsler ve aleyhine ayrımcılık yapılan teşebbüs) varolması koşulu da gerçekleşecektir⁶⁸⁵. Biz Aslan'ın bu görüşüne kısmen katılıyoruz. Şöyle ki, ayrımcılık yasağından bahsedebilmek için üç tarafın bulunması gerektiği açıktır. Ancak bu gereklilik, ayrımcılık yasağını açıklayan bir şart değil, anlaşma vasıtasıyla ayrımcılık (RKHK m. 4) ile tek taraflı ayrımcı davranışları (RKHK m. 6) birbirinden ayıran bir unsurdur.

2.3.1.1.6 Ek Yükümlülük Yükleme

RKHK m. 4/II (f) bendi, iki veya daha fazla sayıda teşebbüsün aralarında yaptıkları anlaşmalar vasıtasıyla - anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak - diğer teşebbüslere bir mal veya hizmetle beraber diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının veya teşhir edilmesini zorunlu kılmaları veya diğer teşebbüslere satılan bir mal veya hizmetin tekrar satışına ilişkin şartlar ileri sürülmesini yasaklamaktadır.

Geleneksel perakende sistemlerinde, sağlayıcının dağıtıcılarına satın aldıkları belirli bir ürün ile birlikte diğer bir ürünü de satın almalarını, belirli bir ürün grubunu birlikte satın almalarını veya sağlayıcının tüm ürün gamını satın almalarını şart kıldığına sıklıkla rastlanmaktadır.

Organize perakende dağıtım anlaşmalarında da, perakendeci gruplarının sağlayıcılarına bağlı satış gibi (bir ürünün diğer ile beraber satılması) yükümlülükler öngörmeleri söz konusu olabilir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, bu tür yükümlülükler RKHK m. 4 kapsamına girmezler, nitekim bu anlaşmalarda anlaşmanın tarafı olan perakendeci grubun dayatması ile anlaşmada diğer taraf olan sağlayıcıya çeşitli ek yükümlülükler getirilmektedir.

Diğer rekabet ihlallerine ilişkin açıklamalarımızda da bahsettiğimiz üzere, perakendeci markası altında üretim yaptıran bir grup ile sağlayıcılarının, diğer markaların üreticisi teşebbüslere ek yükümlülükler yüklenmesi hususunda

⁶⁸⁵ Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 123.

yapacakları anlaşmalar, tabii ki RKHK m. 4 (f) kapsamına girebilir ve şartları var ise yasaklanırlar.

2.3.1.2 Genel Değerlendirme

Yukarıda her bir rekabet ihlâline ilişkin olarak da analiz ettiğimiz üzere, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında yer verilen sağlayıcı aleyhine hükümlerin, RKHK m. 4 yasağı kapsamında değerlendirilmesi genellikle mümkün değildir. Bununla beraber, taraflar arasındaki yatay ilişkiler, örneğin, perakendecinin aynı zamanda perakendeci markalarına sahip olması halinde, sağlayıcı ile anlaşarak, ikame ürün üreten veya sağlayan teşebbüsler aleyhine anlaşıkları kısıtlamalar RKHK m. 4'ün kapsamına girebilir.

Doktrinde bir görüş, RKHK m. 4 hükmünün organize perakendenin dağıtım anlaşmalarına uygulanmayacağı ve hatta rekabet kurallarının iki taraf arasındaki güç dengesizliğine dayanan organize perakendeci–üretici sorunlarına uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁶⁸⁶. Aynı görüşe göre, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarındaki kısıtlama hükümleri, rekabet kurallarından ziyade medeni hukuk ve borçlar hukuku müesseselerinin kapsamına girmektedir⁶⁸⁷.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki, bize göre rekabet hukukunun teşebbüsler arasındaki ilişkilerde güç dengesizliğinden kaynaklanan sorunlar ile ilgilenmediği ve rekabet hukukunun bu gibi durumlara müdahale edemeyeceği doğru değildir. Kanaatimizce, bu sorununun çözümü rekabet hukukunun amaçları bakımından bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Doktrinde genel olarak kabul gören görüş, rekabet hukukunun amacının etkin rekabeti korumak ve sağlamak olmasına karşın, bu kapsamda, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin korunması, tüketicinin korunması gibi yan hedefleri bulunduğunu kabul etmektedir⁶⁸⁸. Diğer bir görüş ise, rekabet hukukunun amacının dar yorumlanması ve etkin piyasa rekabetinin korunması dışındaki amaçlara itibar edilememesi ve rekabet hukuku kurallarının da bu çerçevede yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Bkz. Erdoğan, **Alım Gücü**, s. 14.

⁶⁸⁷ Medeni hukuk ve borçlar hukuku müesseselerinden hata, hile ve tehdit ile gabin yanında hakkın kötüye kullanılması yasağı üzerinde durulmaktadır.

⁶⁸⁸ Bkz. Erdem, “Haksız Rekabet”, s. 143, Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 8-10, Güven, s. 30-32.

⁶⁸⁹ Bkz. Gürkaynak, s. 98 vd.

Biz rekabet hukukunun amacının geniş yorumlanması gerektiğini kabul eden ilk görüşü benimsiyoruz. Kaldı ki, taraflar arasındaki ticari ilişkiler incelendiğinde de, organize perakendeci grupları tarafından üretici veya sağlayıcılarına dayatılan fiyat, ödeme, promosyon-tanıtım vs. şartların ikili ilişkilerde oluşan arızı bir durum olmadığı da anlaşılacaktır. Organize perakendeci grupları, pazar yeni giriş yapan veya alt pazarda çok kısıtlı pazar payına sahip üretici ve sağlayıcılara değil, yüksek pazar payı, geniş ürün gamı ve hatta must-stock markaları elinde bulunduran ve alt pazarda hâkim durumda bulunan üretici veya sağlayıcılara da kendi lehlerine olan anlaşma koşullarını kabul ettirebilmektedir. Perakendecilerin bu uygulamaları, yalnızca ikili ilişkiler değil, tedarik pazarının tamamına yayılmış, pazar işleyişi ve rekabetçi yapısında ciddi etkiler doğuran uygulamalardır.

Tüm bu nedenlerle, organize perakendenin dağıtım anlaşmalarında yer verilen haksız uygulamaların rekabet hukukunun uygulanma alanına girdiğini ve rekabet mevzuatımıza bu uygulamaların düzenlenmesine ilişkin kurallar eklenmesini uygun olacağını düşünüyoruz. Bu konudaki görüş ve önerilerimize ileride ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Organize perakende dağıtım anlaşmalarının RKHK m. 4 kapsamına giren ve bu hükme aykırılık taşıyan şartları bakımından bireysel muafiyete konu olabileceğinden şüphe bulunmamaktadır. Bu anlaşmalar, RKHK m. 5'te bireysel muafiyet şartlarını taşımaları halinde bireysel muafiyet alabileceklerdir.

Bireysel muafiyete ilişkin açıklamalarımız grup muafiyeti için de kabul edilebilir mi? Organize perakendenin dağıtım anlaşmaları tüm şartlarını taşımaları kaydıyla grup muafiyetinden faydalanabilir. Burada özellikle 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/III hükmüne dikkat edilmelidir. Bu hükme göre, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, kural olarak, 2002/2 sayılı Tebliğ'den ile tanınan muafiyetten yararlanamayacaktır. Bu yasağa tek bir istisna öngörülmüştür. Bu istisna ise, sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalardır.

Organize perakende dağıtım anlaşmalarında ise, tam aksi bir durum söz konusudur. Perakende markaları ile pazarın üretim seviyesinde de faaliyet gösteren organize perakendeci gruplarının sağlayıcıları ile aralarındaki anlaşmalar, rakipler arası anlaşmalar oldukları için, kural olarak, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına girmeyecektir. Bu anlaşmalar, sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olması şartını sağlasa bile, alıcının da bu mallarla rekabet eden malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar olduklarından grup muafiyetinden faydalanamayacaktır.

2.3.2 Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

2.3.2.1 Tek Başına Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Rekabet Kurulu'nun organize perakende pazarına ilişkin kararları incelendiğinde, birleşme ve devralmalarda izin kararlarının başı çektiği ve bu kararları maliyet altı satışlar ve ayırıcı fiyatlandırma uygulamaları ile geleneksel perakendecilerin (bakkallar veya küçük marketler vb.) pazar dışına itilmesine ilişkin şikâyetlerin izlediği görülmektedir.

İlk grup kararlar çalışmamızın konusuna dâhil olmadıklarından burada incelenemeyecektir. İkinci grup kararlardan maliyet altı satışlar, tek taraflı uygulamalar olmaları nedeniyle ancak RKHK m. 6/II (a), "hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazara girişleri engellemesi veya rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırması yasağı" çerçevesinde ele alınabilir. Bu durumda da, öncelikle belirlenmesi gereken husus, maliyet altı satış yapan organize perakendeci grubun ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığıdır.

Rekabet Kurulu'nun perakende pazarında hâkim durum incelemesi yaptığı kararlarında, organize perakende sektöründeki yoğunlaşma eğilimine karşın, perakendeci gruplarının pazar güçleri itibarıyla hâkim durumda olmadıkları sonucuna ulaşıldığı görülmektedir⁶⁹⁰. Bu kararlarda, ülkemizde ilgili pazarda yoğunlaşma oranlarının Avrupa ülkeleri ile kıyaslandığında halen düşük olduğunun altı çizilerek, pazarın yasal veya diğer giriş engellerinin bulunmayan, dinamik bir pazar olduğu belirtilmektedir. Örneğin, Tansaş-I kararında, şikâyet konusu yıkıcı fiyatlandırma uygulamasının RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşma ya da uyumlu eylem sonucu meydana gelmediği, bu nedenle bu madde kapsamında bir ihlalin söz konusu olmadığı kabul edilmiştir⁶⁹¹. Kurul, yıkıcı fiyatlandırma iddialarının ancak, RKHK m. 6 kapsamında incelenebileceğini belirttiğinden sonra, organize perakende sektörünün yapısının hâkim durum oluşumuna müsait olmadığı, zincir market ve marketlerin

⁶⁹⁰ Bkz. Kurul'un süpermarketlerin Coca-Cola'yı alış fiyatının altında satarak rekabete aykırı hareket ettikleri iddiasını değerlendirdiği 09-43/1099-279 sayılı ve 1 Ekim 2009 tarihli kararı ile Kurul'un perakendecilik sektöründe faaliyet gösteren CarrefourSa'nın mobil telefon satışlarında yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasını incelediği 09-14/292-70 sayılı ve 13 Nisan 2009 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerik&icld=101>.

⁶⁹¹ Bkz. dn. 512.

sayı ve pazar payı açısından büyüme eğilimi içinde olduğu ülkemizde, zincir marketlerin henüz pazarda yüksek paylara ulaşmadığının altı çizmiştir. Kararda, ülkemizde en büyük beş süpermarket zincirinin toplam gıda perakendecilik sektöründeki payının % 4 olduğu, bu nedenle de ilgili pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsten bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.

Kurul, Tansaş-II kararında, devralma işleminin alım (tedarik) pazarında hâkim durum yaratıp yaratmadığını incelemiştir⁶⁹². Kararda, perakende sektöründe yaşanan bir birleşme veya devralmanın, perakendeciler ile tüketicilerin iletişime girdikleri satım pazarı yanında, üreticiler ile perakendeciler arasındaki alım (tedarik) pazarında yoğunlaşmaya yol açacağına altı çizilmiştir.

Kararda, tarafların devralma sonrası toplam pazar paylarının Türkiye geneli itibariyle % 21 civarında olacağı ifade edilmiştir. Kurul, teşebbüslerin en yüksek pazar payına sahip olduğu iki pazar üzerinde ayrıntılı analizlere de yer vermiştir. Nitekim bu pazarlarda bir hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesi olası değilse, diğer ilgili pazarlar için evleviyetle gerçekleşmeyecektir.

Kurul, bu çerçevede, 16 ayrı alım pazarı içerisinde organize perakendede ağırlığı en yüksek iki pazar olan deterjan grubu ve dondurulmuş gıdayı seçmiştir. Deterjan grubunda Unilever ve P&G başta olmak üzere Henkel, Hes Kimya ve Hayat Grubu faaliyet göstermektedir. Devralma sonrası Migros/Tansaş'ın, teşebbüslerin toplam satışlarının yaklaşık % 10'unu tek başlarına gerçekleştirecekleri görülmektedir. Ayrıca zincir satışları içerisindeki tarafların toplam payı % 30'un üzerine çıkmaktadır. Kurul, tüm bu tespitler ışığında, devralma işlemi ile birlikte bu pazarda alım gücü artmış olsa bile bir hâkim durumun yaratılmasının mümkün olmayacağı kanısına varmıştır.

Kurul, dondurulmuş gıda pazarına ilişkin olarak ise, bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin toplam satışları içerisinde Migros/Tansaş'ın toplam payının % 18,1 düzeyinde olması nedeniyle, üreticilere karşı bir hâkim durumdan bahsetmenin mümkün olmayacağı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, her iki alım pazarına yönelik

⁶⁹² Bkz. dn. 559.

veriler bakımından, üreticiler ile perakendeciler arasındaki alım pazarında bir hâkim durum yaratılmasının söz konusu olmadığına karar vermiştir.

Anılan kararda, bildirim konusu işlemin yalnızca Türkiye çapındaki etkisi değil, özellikle Tansaş'ın pazar lideri olduğu Ege pazarı ile yoğunlaşmanın yüksek olacağı diğer alanlar açısından da ele alınmıştır. Bu kapsamda, yoğunlaşmanın yüksek olduğu bölgeler Çeşme, Edremit, Nazilli, Kuşadası, Marmaris, Eskişehir, Niğde ve Bolu olarak tespit edilirken, 1000 m²'den yüksek perakendecilerin oluşturduğu pazar dikkate alındığında tarafların pazar paylarının Çeşme, Nazilli ve Kuşadası için % 100'e ulaştığı belirlenmiştir. Tüm bu değerlendirmelerin ışığında Kurul, izne konu işlemin her ne kadar sözü edilen dört bölgede tarafların toplam pazar payları yüksek ise de, potansiyel rekabet koşullarının halen mevcut olduğu bu pazarlar açısından işleme izin verilebileceğini kabul etmiştir.

Bize göre, Kurul'un izne konu işlemin yukarıdaki dört bölge açısından hâkim durum yaratma ihtimali açık iken, bu hususu dikkate almayarak, potansiyel rekabetin varlığından hareketle işleme herhangi bir koşul dahi ileri sürmeksizin izin vermesi hatalıdır.

Kurul'un işlem neticesinde yüksek yoğunlaşma oranının ortaya çıkacağı bölgeler açısından, daha ayrıntılı bir rekabet incelemesi yapması uygun olurdu. Nitekim aynı ayrıntılı inceleme, ilgili coğrafi pazarlardaki potansiyel rekabet koşulları bakımından da yapılmalıydı.

Kararda potansiyel rekabete ilişkin olarak ileri sürülen argümanlar, herhangi bir veri ya da pazar incelemesine dayanmamaktadır. Kurul'un bu değerlendirmelerini nasıl gerekçelendirdiği de anlaşılmamaktadır.

Kanaatimizce, yoğunlaşma oranının çok yüksek olduğu bu dört bölge açısından asıl olan hâkim durumun yaratılması ve rekabetin ortadan kalacak olmasıdır. Bu bakımdan, potansiyel rekabetin mevcudiyeti gerekçesine dayanarak, yoğunlaşmanın % 100'e eşit veya çok yakın olduğu bölgeler açısından da işleme izin verebilmesi için, bu pazarlarda potansiyel rekabetin varlığının ya da varolma ihtimalinin daha somut verilerle (örneğin, ilgili bölgelerde pazara girmeyi planlayan teşebbüslerin

varlığı ya da Türkiye'nin diğer bölgelerinde faaliyet gösteren ve Ege bölgesinde de yayılma göstermeyi ciddi bir şekilde planlayan güçlü organize perakendecilerin varlığı gibi) desteklemesi isabetli olurdu.

Kurul kararının potansiyel rekabetin varlığına ilişkin herhangi bir somut göstergenin ortaya konulmaması ve işleme koşulsuz izin verilmesi bakımından hatalı olduğunu ve kararda yoğunlaşmanın çok yüksek olduğu dört bölge açısından bazı Tansaş veya Migros mağazalarının elden çıkarılması şartının öngörülmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabet Kurulu'na intikal eden ve organize perakende sektörüne ilişkin olan üçüncü grup kararlar, sağlayıcıların organize perakendeci grupları lehine uyguladıkları lehe fiyat ve satış uygulamalarına ilişkin geleneksel perakendeci şikâyetlerinden oluşmaktadır⁶⁹³.

Dikkat edilirse, yukarıda bahsettiğimiz ilk iki grup kararlarda ilgili pazar organize perakende pazarı, yani alt pazar (satış pazarı) iken, bu üçüncü grup ilgili pazar olan tedarik pazarı, diğer bir ifadeyle üst pazar (alım pazarı) bahis konusudur. Bu kararlarda, geleneksel perakendecileri ile organize perakendeci gruplarının işleyiş biçimleri, özellikleri vs. ayrıntılı olarak incelenmektedir. İki perakendeci tipi arasında, organize perakendecilerin geleneksel perakendeciler gibi bayilerde veya toptancılardan değil, doğrudan sağlayıcılardan ürün tedarik edebilmesi (aracı sayısının azalması) nedeniyle daha düşük alım fiyatlarına sahip olması (1), tek bir satış noktası için kısıtlı sayıda değil, tüm mağazaları için yüklü miktarda alım yapması nedeniyle daha uygun alım koşullarına sahip olması (2), sadece satış noktası fonksiyonları değil, geleneksel kanalda olmayan pek çok fonksiyonlar üstlenmesi ve hizmetler vermesi sonucunda bu hizmet bedellerine karşılık tedarik fiyatının düşmesi (3) gibi farklılıklara dikkat çekilmektedir. Kaldı ki organize perakendecilerin, mağaza büyüklüğü ve sayısı, alınan mal miktarı, ürün çeşitliliği ve sunulan hizmetler bakımından da geleneksel kanaldan önemli derecede farklılaştıklarının altı çizilmektedir.

⁶⁹³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 06-95/1192-358 sayılı ve 28 Aralık 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Organize perakendeciler ile geleneksel perakendecilerin RKHK m. 6/2 (b) bendi anlamında eşit durumda alıcılar kavramı çerçevesinde değerlendirilemeyecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin, Kurul’un Coca-Cola’nın Şenay Kaya Market’e tüm ürünlerini satmak zorunda bıraktığı ve hipermarketlere daha uygun koşullarda satış yaptığı iddiasını incelediği 06–95/1192–358 sayılı ve 28 Aralık 2006 tarihli kararında, Coca-Cola’nın ayırmacılık yaptığı iddiaları incelenmiş ve şikâyete konu ayırmacılık iddiası bakımından öncelikle hipermarketler ile bakkalların eşit konumda olup olmadıklarının tespitinin gerekeceği kabul edilmiştir⁶⁹⁴.

Kurul’a göre, bakkallar ile büyük marketlerin eşit konumda olmadığı kabul edilirse, RKHK m. 4 anlamında bir anlaşma uyumlu eylem ya da karar veyahut m. 6 anlamında bir hâkim durum tespitine gerek kalmayacak ve bu çerçevede iddia edilen ayırmacılık uygulamasının RKHK kapsamı dışında kalacağı belirlenecektir.

Anılan kararda, zincir mağazaların üreticiler için malların dağıtımının yanında başka fonksiyonlar üstlenmeleri, bu verdikleri hizmetler ile üreticiler için ek talep yaratmaları, geleneksel kanalda olmayan çeşitli hizmetlerin tüketicilere sunulmaları yanında, mağaza büyüklüğü ve sayısı, alınan mal miktarı, ürün çeşitliliği ve sunulan hizmetler gibi nedenler dikkate alınmak suretiyle, organize perakendenin geleneksel kanaldan önemli ölçüde farklılaştığının altı çizilmiştir. Kurul, tüm bu farklılıklar nedeniyle, organize perakende kanalda yer alan satış noktalarının, geleneksel kanal ile eşit konumda olmadıklarına karar vermiştir.

Bize göre, Kurul’un organize perakende ile geleneksel perakendenin RKHK m. 4 ve m. 6 anlamında “eşit durumda alıcı” olarak kabul edilmemesine ilişkin görüşü yerindedir. Nitekim organize perakende, geleneksel perakendecilere nazaran çok daha büyük miktarlarda ve düzenli alımlar yapabilen ve sırf bu niteliği ile geleneksel perakende ile objektif açıdan farklı konumda bir alıcı sayılır.

Burada herhangi bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek açısından, RKHK m. 4 ve m. 6’da kullanılan “eşit durumdaki alıcı” ile perakendeci ve üretici veya sağlayıcı ilişkilerinde, bu sefer organize perakendecilerin üretici veya sağlayıcılara

⁶⁹⁴ Bkz. dn. 498.

karşı hâkim durumlarını kötüye kullandığı iddiaları bakımından, organize perakende ve geleneksel perakendenin tek bir perakende pazarında yer aldıklarını kabulün birbiri ile çelişmediğini belirtmek istiyoruz.

Nitekim “eşit durumda alıcı” kavramı, aynı ilgili pazarda yer alan alıcıların birbirleri karşısında, diğer bir ifade ile satıcı ile ilişkileri bakımından eşit durumda olup olmamaları ile ilgilidir. Örneğin, tanınmış bir markanın iki dağıtıcısının aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösterdiği tartışılmaz bir gerçek ise de, bu iki dağıtıcıdan birinin diğerine nazaran daha geniş bir müşteri portföyüne sahip olması, daha çok satış yapması ve bu nedenle daha çok ve düzenli sipariş vermesi “eşit durumda alıcı” olarak değerlendirilmelerini engelleyecek ve daha çok satış yapan dağıtıcının, bu objektif gerekçe sayesinde diğerine nazaran daha yüksek indirim oranı veya daha çok bedava ürün vd. avantajlara sahip olması ayrımcılık olarak değerlendirilmeyecektir. Organize perakendeciler ile geleneksel perakendecilerin aynı ve tek bir ilgili pazarda faaliyet gösteren rakipler olmaları ise, pazar yapısı ve oluşumuna ilişkin, tarafların birbirlerine karşı durumundan bağımsız, tüketiciler bakımından ikame ilişkisine dayanan bir durumdur.

Rekabet Kurulu, perakendecilik sektöründe faaliyet gösteren CarrefourSa’nın mobil telefon satışlarında yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasını incelediği kararında, Carrefour’un haksız rekabet teşkil eden hareketleri nedeniyle cezalandırılması talebine ilişkin olarak, şikâyet dilekçesinde teşebbüsün internet sitesinde ürünün zararına satılması ile, TTK m. 57 bent 10 ve RKHK m. 6’nın ihlal edildiği iddiasını incelemiştir⁶⁹⁵. Kurul, TTK m. 57’nin haksız rekabete örnek teşkil eden uygulamaları sıraladığını, hükmün 10. bendinde ise, rakipler hakkında cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmeme’nin cezalandırıldığını belirtmiştir. Kararda, TTK kapsamındaki uygulamalar adli yargı bünyesindeki ticaret mahkemelerinin ve ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise, asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girdiğinin altını çizmiştir.

Kararda, CarrefourSA’nın Ocak 2009’dan beri yaklaşık 2 aydır her ayın sonunda cep telefonu fiyatlarında % 20 oranında, belirli cihazlarda % 25 oranında

⁶⁹⁵ Bkz. dn. 586.

indirim yaptığı, özellikle “Nokia” marka cep telefonlarının belli dönemlerde rayiç bedelin altında zararına sattığı iddiaları da incelenmiştir. Rekabet Kurulu’na göre, rekabetin tesisi ve serbest rekabet ortamının sağlanmasının en önemli unsurlarından biri, piyasada faaliyet gösteren ekonomik aktörlerin kendi özgür iradeleriyle ekonomik kararlar alabilmesi ve sundukları ürünlerin satış fiyatlarını istedikleri gibi belirleyebilmesidir. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüslerin rakiplerini pazar dışına çıkarma, pazara yeni girişleri engelleme veya piyasadaki oyuncuların faaliyetlerini zorlaştırma amaçlı faaliyetleri ve bu doğrultuda yıkıcı fiyat uygulamaları, RKHK kapsamında yasak teşkil etmektedir.

Şikâyete konu eylem de, ancak ve ancak CarrefourSA’nın ilgili ürün pazarında hâkim durumda olması ihtimalinde RKHK m. 6’nın ihlalini teşkil edecektir. CarrefourSA, 2008 yılı itibarıyla Türkiye’de 33 ilde 121 mağazaya ve perakende sektöründe % 13.6 pay ile Migros’tan sonra pazarda ikinci sıraya sahip ise de perakende cep telefonu satış hizmetleri pazarında sahip olduğu payın çok daha küçük olup, bu pazarda hâkim durumda değildir.

Yukarıda yer verdiğimiz Kurul kararlarında da görülmektedir ki, perakende pazarında herhangi bir organize perakendecinin hâkim durumda kabul edildiği herhangi bir örnek bulunmamaktadır. Bu durum, ülkemizde henüz çok yeni olan organize perakende ve hâlâ geneleksenel kanala dahil perakendecilerin varlıklarını sürdürmeleri nedeniyle dağınık olan perakende sektöründen kaynaklanmaktadır.

2.3.2.2 Birden Fazla Teşebbüsün Hâkim Durumda Olması ve Bu Durumun Kötüye Kullanılması

Organize perakendeci teşebbüsler tarafından, üretici veya sağlayıcılara yapılan uygulamaların pazarın tamamına yayılmış olduğu dikkate alındığında, organize perakendeci teşebbüslerin birlikte veya ayrı ayrı kötüye kullanmaları ihtimalinin veya birbirleri ile bir uyumlu eylem içinde olma ihtimallerinin de dikkate alınması gereği ortaya çıkmaktadır⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Bu çerçevede oligopolistik bağımlılık ve birlikte hâkim durum teorileri için bkz. Aydın Çelen, **Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Tez no. 10, Ankara 2003 ve Cengiz, s. 34 vd.

Birden çok teşebbüsün hâkim durumda olması, ayrı ayrı ve birlikte hâkim durum şeklinde olabilir⁶⁹⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki ihtimal de genellikle oligopolistik pazarlarda görülmektedir. Nitekim oligopolistik pazarlardaki teşebbüsler, pazar özellikleri nedeniyle, birbirlerine olan bağımlılıkları ve uyumlu eylem teşkil eden davranışları vasıtasıyla hâkim duruma gelebilmektedir⁶⁹⁸.

Birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olması, pek çok Komisyon ve ATAD kararlarında incelenmiş ise de, bu konuda henüz yerleşik bir içtihat oluşmamıştır.

Komisyon'un birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını incelediği ilk karar, Hollandalı şeker üreticilerinin bazı rekabete aykırı davranışlarını konu alan SuikerUni kararıdır⁶⁹⁹. Komisyon, soruşturma neticesinde Hollanda şeker pazarının % 85'ini ellerinde tutan bu şeker üreticilerinin, üretimde kullanacakları hammaddeyi birlikte belirledikleri, üretimlerini bir kotaya bağladıkları ve AR-GE faaliyetlerinde işbirliğine gittikleri tespit etmiştir. Komisyon, şeker üreticilerinin sayılan davranışlarının "*ilgili pazarda tek başlarına sahip oldukları bir güçten değil, hammadde tedarikçileri, rakipleri ve müşterilerine karşı birlikte sahip oldukları pazar gücü*"nden kaynaklandığının altını çizmiştir. Komisyon sonuç olarak, şeker üreticilerinin Hollanda şeker üretim pazarında birlikte hâkim durumda olduklarına ve hâkim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir.

⁶⁹⁷ Birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olması, AT içtihadında ve doktrinde, "joint dominance", "collective dominance" veya "shared dominance" olarak adlandırılır.

⁶⁹⁸ Komisyon birlikte hakim durum kavramını ilk olarak, 1973 yılında, 81(1) ve 82 nci maddeleri aynı anda uyguladığı European Sugar Industry kararında gündeme getirmiş ve Hollanda pazarında tüm faaliyetlerini işbirliği içerisinde gerçekleştiren şeker üreticileri Sugar Unie (SU) ile Centrale Suiker Maatschappij (CSM)'nin, Hollanda'ya yapılacak şeker ithalatını önlemek suretiyle birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir. Karar tarafların başvuruları ile ATAD'ın önüne gelmiştir. ATAD, kötüye kullanma eyleminin ispatlanamadığı gerekçesiyle kararı bozmuş ancak, bunu yaparken birlikte hakim durum kavramına değinmemiştir. ATAD'ın 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 sayılı ve 16 Aralık 1975 tarihli Suiker Unie k. Komisyon Kararı, [1975] ECR 1663.

ATAD, 1979 yılındaki Hoffmann-La Roche Kararında (ATAD'ın 85/76 sayılı ve 13 Şubat 1979 tarihli Hoffman La Roche k. Komisyon Kararı [1979] ECR 461). ATAD, 82 nci maddenin birden fazla teşebbüse uygulanamayacağını ve dolayısıyla oligopolistik pazarların bu maddeyle kontrol edilmesinin mümkün olmadığını açık bir biçimde belirtmiştir. 1981 yılındaki Zuchner Kararında da (ATAD'ın 172/80 sayılı ve 14 Temmuz 1981 tarihli Zuchner – Bayerische Vereinsbank Kararı, [1981] ECR 2021.) ATAD, bu görüşünü tekrarlamış ve 81/I maddede geçen "uyumlu eylem"nin iki taraflı davranışlara, 82. maddedeki "hakim durumun kötüye kullanılması"nın ise tek taraflı davranışlara uygulanabileceğini belirtmiştir.

⁶⁹⁹ Komisyon'un COMP/IV/26.918 sayılı ve 2 Ocak 1973 tarihli kararı, ATRG L 140, 23 Ocak 1973.

Komisyon'un birlikte hâkim durum teorisini uyguladığı ikinci kararı ise, İtalyan cam üreticilerinin bazı rekabete aykırı davranışlarına ilişkin Italian Flat Glass kararıdır⁷⁰⁰. Kararda, İtalya cam pazarının oligopol bir pazar olduğu belirlendikten sonra, İtalyan Cam Üreticileri Birliği ile birlik üyesi teşebbüslerce uygulanan ithalat kuralları, fiyat ve indirim şartları ve satış kotalarının, bu teşebbüslere tedarikçileri, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket etme imkânı tanıdığını kabul edilmiştir. Komisyon, İtalyan cam pazarının yaklaşık % 80'ini ellerinde bulunduran bu üreticilerin birlikte hakim durumda olduklarına karar vermiştir. Kararda, birlikte hâkim durum, *“iki veya daha çok teşebbüsün, ilgili pazarın yapısı, pazar güçleri ve pazar hareketleri itibariyle, tedarikçilerinden, rakiplerinden ve müşterilerinden (alıcı) bağımsız hareket edebilmeleri”* şeklinde tanımlanmıştır.

Komisyon'un bu kararı cam üreticileri tarafından yapılan başvuru üzerine ATİDM'de ele alınmıştır. ATİDM, kararında ilgili pazarda birden fazla teşebbüsün çeşitli vesilelerle birlikte hâkim durumda bulunabileceği şu ifadelerle belirtilmiştir⁷⁰¹:

“Prensip olarak iki ya da daha fazla teşebbüsün, aralarındaki ekonomik bağlantılar sebebiyle, belirli bir pazarda diğer teşebbüsler karşısında birlikte hakim durumda olmalarına engel bulunmamaktadır. Bu durum örneğin, iki ya da daha fazla teşebbüsün anlaşma veya lisans vasıtasıyla, rakiplerinden, müşterilerden ve tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranabilme gücünü sağlayan teknolojik liderliğe sahip olmaları halinde sözkonusu olabilir.”

Italian Flat Glass kararından kısa bir süre sonra, Komisyon'un French-West African Shipowners Committees kararında birlikte hâkim durum teorisinin tam bir uygulaması yapılmıştır⁷⁰². Komisyon, Fransa ile 11 Afrika ülkesi arasında gemi taşımacılığı ile uğraşan teşebbüslerin, kurmuş oldukları komiteler vasıtasıyla gemi taşımacılığı pazarını paylaştıklarını ve komite üyelerinin birlikte hâkim durumda olduklarını tespit etmiştir.

⁷⁰⁰ Komisyon'un IV/31.906 sayılı ve 7 Aralık 1988 tarihli Italian Flat Glass Kararı, ATRG L 33/44 sayılı Italian Flat Glass Kararı.

⁷⁰¹ ATİDM'nin 68/89, 77-78/89 sayılı ve 10 Mart 1992 tarihli Societa Italiana Vetro SpA vd. k. Komisyon Kararı, [1992] ECR II-1403.

⁷⁰² Komisyon'un 92/262 sayılı French West African Shipowners's Committees Kararı, ATRG, L 134/1, 1992.

Birden fazla işletmenin pazarda hâkim durumda olmasına ilişkin bir başka karar da, ATAD'ın Hollanda'da elektrik sağlayıcılarının uygulamalarını konu alan Almelo kararıdır⁷⁰³. Karara konu olay, Hollanda'da yerel elektrik dağıtıcısı olan Almelo Belediyesi'nin bölgesel sağlayıcılarının kendisine sözleşme ile getirdiği tekelden satınalma yükümlülüğünü şikâyet etmesidir. Davayı gören Hollanda Temyiz Mahkemesi, elektrik sağlayıcılarının birlikte hâkim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarının tespiti için ATAD'a danışma yolu ile başvurmuştur⁷⁰⁴. ATAD, “birlikte hakim durumun varlığından sözedebilmek için teşebbüslerin, pazarda aynı davranışı sergilemelerini sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı olmaları gerektiği”ni vurgulamış, somut olayda, elektrik sağlayıcıları arasında birlikte hakim durum tespiti yapmaya yetecek güçte bir bağlantı bulunup bulunmadığının Mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. ATAD'ın bu yaklaşımı, doktrinde birlikte hâkim durum teorisinin unsurları ile birlikte ortaya çıkmasını yavaşlattığı için eleştirilmiştir⁷⁰⁵.

Birden fazla teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının değerlendirildiği yukarıdaki Komisyon, ATIDM ve ATAD kararlarından hareketle bazı unsurlara ulaşmak mümkündür. Buna göre, bir pazarda birden fazla teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının ilk koşulu, bu teşebbüsler arasında paralel davranışların varlığıdır. Bu paralel davranışlar, benzer satın alma, ithalat, fiyat, indirim şartlarının uygulanması şeklinde görülebilir.

İkinci koşul ise, teşebbüslerin tek başlarına olmasa bile, birlikte iken ilgili pazarda rakipleri, müşteri ve tedarikçilerinden bağımsız hareket edebilecek bir pazar gücüne sahip olmalarıdır. Bu unsur ilgili pazarda hâkim durumun varlığını ortaya koyacaktır.

Üçüncü koşul, ilk koşul ile bağlantılı olarak, teşebbüslerin aralarında güçlü ekonomik bağların bulunmasıdır. Günümüze kadar olan Komisyon ve Topluluk Mahkemeleri içtihatlarında, “güçlü ekonomik bağlar” kıstasının nasıl anlaşılması

⁷⁰³ ATAD'ın 393/92 sayılı ve 27 Nisan 1994 tarihli Almelo – NV Energiebedrijf Ijsselmij Kararı, ATRG, I 1477, 1 Mayıs 1994.

⁷⁰⁴ Nitekim ülkedeki diğer elektrik sağlayıcıları da, dağıtıcılarına aynı yükümlülüğü öngörmektedir.

⁷⁰⁵ Bkz. Sigrid Stroux, **US and EC Oligopoly Control**, Kluwer Law International, Lahey 2004, s. 22 vd.

gerektiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla beraber, doktrin teşebbüsler arasındaki bir anlaşma veya ticari ilişkinin bu bağı teşkil edebileceği kanaatindedir⁷⁰⁶. Tabii ki, hangi tür anlaşmaların gerekli ekonomik bağlantıyı oluşturacağı her bir somut olayın kendi şartları içinde, anlaşmanın konusu ve hükümleri ile tarafları arasındaki ilişkiyi düzenleyiş biçimi analiz edilerek değerlendirilmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, organize perakende teşebbüslerinin birlikte hâkim durumda olmadıkları sonuca ulaşılmaktadır. Günümüze kadar Kurul kararına konu olan hiçbir olayda (organize perakendeci gruplarının sağlayıcılarına karşı ilgili pazarda benzer veya aynı davranışlarda bulunmalarına rağmen) organize perakende teşebbüsleri arasında birlikte hâkim durum yaratacak herhangi bir anlaşmanın varlığı konu edilmiştir. Kaldı ki, organize perakende pazarı incelediğinde, perakendeci gruplar arasında herhangi bir işbirliği veya birlikte hareketin kabulüne yol açacak herhangi bir anlaşma veya uyumlu eyleme de rastlanmamıştır. Ülkemiz perakende pazarının parçalı görünümü de (oligopol bir pazar değil), birlikte hâkim durum analizinin olumlu neticelenmesini engellemektedir.

Sonuç olarak, organize perakende teşebbüslerinin, sağlayıcılara yaptıkları rekabete aykırı uygulamalar için, birlikte hâkim durum teorisine başvurulmasının, bu davranışların RKHK m. 6 kapsamında yasaklanmasının söz konusu olamayacağını düşünüyoruz.

⁷⁰⁶ Bkz. Whish, s. 560-561.

2.3.3 Zorunlu Unsur Doktrini Çerçevesinde Değerlendirme

Bazı piyasalarda, bir alt pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, bir üst pazarda faaliyet gösteren diğer bir teşebbüs tarafından üretilen bir sınırlı kaynaktan (mal veya hizmet) faydalanması zorunludur. İşte bu gibi durumlarda, söz konusu sınırlı mal veya hizmeti üreten teşebbüsün, diğer teşebbüslere ürün veya hizmet sunmaya zorunlu olduğu kabul edilir. Bu zorunluluk, üst pazardaki faaliyetin gerçek ya da potansiyel bir alternatifinin olmaması ve buna ihtiyaç duyan teşebbüslerin makûl olarak aynı veya benzer ürün veya hizmeti üretecek tesis kuramayacak olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşım, hâkim durumda bulunan teşebbüsler için öngörülen anlaşma yapma yükümlülüğü kapsamına girmekte ve zorunlu unsur doktrini olarak adlandırılmaktadır⁷⁰⁷.

Zorunlu unsur doktrini, Amerika'da ortaya çıkmıştır. Doktrin, bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz unsurları belirleyen ve liberal ekonominin temelindeki akit yapma serbestisine istisna olarak öngörülmüştür⁷⁰⁸. Genellikle dikey bütünleşik piyasalarda uygulanan doktrin, borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi ilkesi ile rekabet hukukunun pazarda etkin ve sağlıklı rekabet ortamı sağlanması amacının kesiştiği noktada yer almaktadır.

Bir teşebbüsün sahip olduğu alt yapı, ürün ve hizmetlerin, özel nitelikleri ve özellikle tekrar üretilmelerinin çok külfetli ve/veya çok zaman alıcı olması halinde, ilgili pazara giriş için zorunlu ve başkaları ile değiştirilemez kabul edilirler. Zorunlu unsur doktrini, kamu hizmeti ile görevli olan veya olmayan, ancak zorunlu bir unsuru

⁷⁰⁷ Orjinal adı “essential facilities doctrine” dir. Türk rekabet hukuku literatüründe “temel kaynak faaliyet”, “esaslı/vazgeçilmez unsur kuralı” ve “elzem kaynaklar doktrini” şeklinde isimlendirildiği görülmektedir. Doktrin doğuşu ve gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Tekdemir, **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No:2, Ankara 2003, Hakan Suat Ölmez, **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 22, Ankara 2003 ve Osman Berat Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara 2006.

⁷⁰⁸ Amerika'daki en önemli zorunlu unsur doktrini davalarından biri MCI Communications Corp. V. AT&T (708 F.2d 1081, 1983). Karara göre, zorunlu unsurdan bahsedebilmek için dört unsurun varlığı aranacaktır: 1) zorunlu bir tesisin bir monopolün (tekel) elinde bulunması, 2) Rakiplerin söz konusu zorunlu tesisin pratik veya uygun olarak aynısını yapamaması, 3) Tesisin rakiplere kullanılmasının reddedilmesi, 4) Tesisi kullanılmasının mümkün olması.

elinde bulunduran bir teşebbüsün bu zorunlu unsuru rakipleri ile işbirliği içinde kullanmaya mecbur etmektedir⁷⁰⁹.

OECD'nin 1996 yılına ait Zorunlu Unsur Doktrini kitapçığında zorunlu unsurun kabulü için aynı unsurlardan bahsedilmektedir⁷¹⁰.

Zorunlu unsur doktrini Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda da tanınmaktadır. Komisyon'un bu doktrinden ilk bahsettiği karar, Sea Containers k. Stena Sealink kararıdır⁷¹¹. Kararda, Komisyon zorunlu unsurların sağlanması hususunda hâkim durumda bulunan ve kendisi de bu zorunlu unsurları kullanan (tesis veya rakiplerin giriş olanağı bulunmayan alt yapılar vd.) bir teşebbüsün, anılan tesislere rakip teşebbüslerin girişini objektif haklı nedenler olmaksızın reddetmesi veya rakiplerine kendisine sağladığı hizmet şartlarından daha az avantajlı şartlar öngörmesinin, ATA m.102'yi (eski m.86) ihlâl edeceği kabul edilmiştir.

Zorunlu unsur doktrininin tanımı, ilk olarak, ATİDM'nin European Night Services isimli T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 sayılı ve 15 Eylül 1998 tarihli (birleşik davalar) kararında verilmiştir⁷¹². Buna göre, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir imkân, tesis, altyapı vb. bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez ise ve bu unsurun alternatifinin oluşturulması hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün değilse, bu durumda bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açmak için zorunluluk getirilmektedir⁷¹³.

⁷⁰⁹ Marie Malaurie-Vignal, **Droit de la Concurrence Interne et Communautaire**, Paris 2005, s. 205. Türk hukukunda pek çok yasal düzenlemede sözleşme yapma zorunluluğu yer almaktadır. Örneğin, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, m. 10, İş Kanunu m. 30 ve m. 31.

⁷¹⁰ OECD, Politika Yuvarlak Masası: Zorunlu Unsur Doktrini, 1996. Bkz. www.oecd.org.

⁷¹¹ Komisyon'un 94/19/EC sayılı ve 21 Aralık 1993 tarihli Sea Containers/Stena Sealink Kararı, ATRG, L 15/8, 1993. Kararın tam metni için bkz. www.europa.eu.

⁷¹² Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi, 15 Eylül 1998 tarih ve T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 (birleşik davalar) sayılı European Night Services Kararı, [1988] ECR 3141. Kararın tam metni için bkz. www.europa.eu.

⁷¹³ "Anlaşma yapma yükümlülüğü Kıta Avrupası'nın klasik Medeni Hukukuna ve klasik Türk/İsviçre Medeni Hukuk sistemlerine yabancı bir müessese değildir. Klasik Medeni Hukukta sözleşme yapma borcu üç kaynaktan doğar. Bunlar; (1) Açık ve özel kanun hükmü (örn. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/1 "Satıcı teşhir ettiği malın satışından kaçınmaz"), (2) Ön sözleşme (örn. Gayrimenkul satış vaadi), (3) Medeni Kanun'un m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Klasik Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku literatüründe (hem İsviçre'de, hem Almanya'da hem de Türkiye'de), açık ve özel kanun hükmü olmaksızın, tüm özel hukukta uygulanması mümkün bulunan bir genel kural olarak, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının somut bir olaydaki koşulların

RKHK’da zorunlu unsur doktrinine yönelik herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, Kurul’un bu doktrine ilişkin kararlarındaki uygulaması AB rekabet hukukunda benimsenen şekliyle kabul edildiğini göstermektedir. Zorunlu unsur doktrini Türk rekabet hukukunda Biryay kararlarıyla oturmuştur⁷¹⁴.

Biryay-I kararında, dağıtım pazarında faaliyet gösteren aktörlerin tamamının bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da faaliyet gösteriyor olmaları ve birbirlerinin rakibi konumunda bulunmalarının yanısıra, BBD ve YAYSAT’ın, aynı pazarda kurmuş oldukları ortak girişim (BİRYAY) ve ortak başbayilikleri ve tali bayilikleri (son satıcıları) vasıtasıyla, yatay bir yapılanma içinde bulduklarını belirlenmiştir.

Kurul, dağıtım şirketlerinin bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında faaliyet göstermelerinden dolayı, herhangi bir yayını satmak isteyen bayinin, dağıtım şirketi konusunda bir seçeneğinin ve ilgili yayınları temin edebileceği alternatif temin kaynağının bulunmadığının özellikle altını çizmiştir.

gerektirmesi halinde sözleşme yapma zorunluluğunun bir kaynağı olabileceği (böylelikle de, bu genel kuralın sözleşme serbestisini anayasaya uygun olarak sınırlandıran bir kanun hükmü teşkil edeceği) haklı olarak ileri sürülmektedir.

Örneğin, 4054 sayılı Kanun yürürlükte değilken dahi, tekel konumundaki teşebbüslerin haklı sebep olmadıkça satıştan kaçınamayacakları (yani satım sözleşmesi yapmak zorunda oldukları) Medeni Kanun m. 2 hükmüne dayanılarak Medeni Hukuk literatürüne girmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Hukukundaki zorunlu unsur doktrininden kaynaklanan anlaşma yapma yükümlülüğünün, hukukumuz için çok yeni ve yabancı bir müessese olduğu şeklindeki tereddütlerin bir temelini olduğunu söylemek mümkün değildir. Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, 2002, s. 6. Mütalaanın tam metni için, bkz. www.rekabet.gov.tr.

Bununla birlikte yine Türk hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetine konu olan zorunlu geçit hakkını da sözleşme yapma yükümlülüğüne örnek olarak verebiliriz. Türk Medeni Kanunu zorunlu geçit başlıklı m. 747’de “Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir. Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceği olana karşı kullanılır. Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir” denilmektedir. Görüldüğü üzere gerekli koşullar sağlandığı ve anlaşma yükümlülüğünün zorunlu hale geldiği çeşitli durumlarda hukuk sistemine benzer hükümler konulmuştur. Kaldı ki hızla değişen ekonomik yapıları aynı hızda ayak uydurmak zorunda olan rekabet hukukunda buna benzer uygulamalar olması yadırganacak bir durum değildir. Rekabet hukuku açısından bu unsurun kullanılmamasının bir ihlal teşkil etmesi için hangi şartların gerektiği hususlarının açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

714

Rekabet Kurumu’nun pek çok kararında zorunlu unsur doktrininden bahsedilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu’nun 00-26/292-162 sayılı ve 17 Temmuz 2000 tarihli (Biryay-I) ve 00-49/529-291 sayılı ve 14 Aralık 2001 tarihli (Biryay II Kararı) kararları. Bkz. kararların tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

Rekabet Kurulu'nun Akmerkez Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.'nin sahibi olduğu Akmerkez Alışveriş Merkezi'nde Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd. Şti.'ne dükkan kiralamayı TAB Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile anlaşarak reddetmek ve Alışveriş Merkezindeki hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle RKHK m. 4 ve 6'nın ihlal edildiği iddiasını değerlendirdiği 06-90/1146-340 sayılı 14 Aralık 2006 tarihli kararında, zorunlu unsur doktrinine ilişkin önemli değerlendirmelere yer vermiştir⁷¹⁵. Kararda, hukukta esas olanın sözleşme yapma (ya da yapmama) özgürlüğü olduğu ancak rekabet hukukunda bu serbestinin zorunlu unsur (Essential Facility) öğretisi ile sınırlandırıldığı belirtilmiştir.

Sözleşme yapmanın reddinin, RKHK m. 6 madde anlamında bir ihlale yol açtığı tespit edilebilmesi için dört şartın bir arada bulunması aranır. İlk şart, üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse ait olan ve alt pazarda mal veya hizmet üretimine ya da sunumuna yarayan bir iktisadi varlığın mevcudiyetidir. İkinci şart, bu varlığın, rakibin söz konusu mal ve hizmetleri üretebilmesi ya da sunabilmesi için kendisinden mutlaka yararlanması gereken bir unsur olmasıdır. Üçüncü şart, zorunlu unsurun sahibi olan hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakibinin yararlanma talebini hiçbir haklı nesnel nedene dayanmaksızın reddetmesidir. Dördüncü ve son şart ise, hâkim durumdaki teşebbüsün yararlanma talebini reddetmesi üzerine, alt pazardaki rakibin rekabetinin olanaksız hale gelmesi ve böylece alt pazardaki rekabetin sınırlanmasıdır.

Kurul, bu unsurlar uyarınca, Akmerkez'in hızlı servis restoranları pazarı açısından bir zorunlu unsur teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. Kurul'a göre, Türkiye'de hızlı servis restoranları için sağlanan dükkânlar açısından zorunlu unsur olarak nitelenebilecek bir alışveriş merkezinden bahsetmek olası değildir. Akmerkez yeme içme bölümünün zorunlu unsur olarak kabul edilebilmesi için hızlı servis restoranlarının burada faaliyet göstermeden pazara giremiyor ya da pazarda tutunamıyor olmaları gerekir ki, böyle bir durumun mevcut olmadığı açıkça ortadadır. Hızlı servis restoranları pazarında çok sayıda teşebbüs Akmerkez'le ilişkili olmadan da pazara girebilmekte ya da pazardaki faaliyetlerine devam edebilmektedirler. Kaldı ki, Akmerkez GYO'nun bu pazarda dolaylı da olsa bir

⁷¹⁵ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 06-90/1146-340 sayılı ve 14 Aralık 2006 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

faaliyeti yoktur. Akmerkez GYO'nun sözleşme yapmama davranışının rekabeti kısıtlamak gibi bir amaç ile değil rasyonel ve haklı iş gerekleriyle açıklanabilmesi de mümkündür. Kurul, karara konu olay nedeniyle, hızlı servis restoranları pazarında rekabet kısıtlanmadığı kanaatindedir.

Rekabet Kurulu Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlardaki hâkim durumunu bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiasını incelediği 02-60/755-305 sayılı ve 2 Kasım 2002 tarihli (Türk Telekom Kararı) kararında bir tesisin zorunlu unsur kabul edilebilmesi aynı şartlar öngörülmektedir⁷¹⁶. Kurul'un Kırıkkale Şehirlerarası Otobüs Terminali Yapma ve İşletme Birliği (KİŞOT)'nin il otoparkında şikayetçiye yer tahsis etmemek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı ve Ankara-Kırıkkale hattında karayoluyla yolcu taşımacılığı pazarında rekabeti kısıtladığı iddiasını incelediği 09-27/596-140 sayılı ve 11 Haziran 2009 tarihli kararında, KİŞOT'un zorunlu unsur olup olmadığı tespit edilirken, aynı dört kurucu şart tespit ve analiz edilmiştir⁷¹⁷.

2.3.3.1 Kısıtları

Organize perakendenin üretici veya sağlayıcılar ile sözleşme yapmak için kendi ekonomik şartlarını dayatması ve bu şartları kabul etmeyen teşebbüslerin ürünlerini satın almama ve satış noktalarında satışa sunmamasının, zorunlu unsur doktrini çerçevesinde yasaklanması mümkün müdür? Organize perakendenin empoze etmek istediği şartları kabul etmeyen üretici veya sağlayıcıların ürünlerini satın almama eylemi, zorunlu unsur doktrini çerçevesinde kabul edilip, organize perakendeye her üretici veya sağlayıcının ürünlerini satma şartı getirilebilir mi? İşte bu noktadan hareketle, aşağıda zorunlu unsur doktrininin şartları, tek tek ele anılacak ve organize perakendenin dağıtım sözleşmeleri açısından yorumlanacaktır.

⁷¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 09-27/596-140 sayılı ve 11 Haziran 2009 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁷¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 02-60/755-305 sayılı ve 2 Kasım 2002 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

2.3.3.1.1 Hâkim Durumda Bulunma Kriteri

Rekabet Kurulu, Vitamin Eğitim Seti'ne sadece TNet kullanıcılarının ulaşabildiği iddiasını incelediği 09-33/767-185 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararı ile THY'nin Ankara merkezli yurt içi hatlarda Anadolujet markası ile yolcu taşımacılığı hizmeti sunmasının; tüketicilerin tercih seçeneklerini kısıtladığı, tüketicileri daha düşük bir hizmet kalitesiyle uçuş yapmaya zorladığı, yanıltıcı tanıtım yoluyla tüketicileri yanılttığı ve tüketiciler arasında ayrımcılığa yol açtığı iddiasını incelediği 08-47/668-262 sayılı ve 24 Temmuz 2008 tarihli kararında, bir unsurun zorunlu varlığının kabulü için, öncelikle bu unsura sahip olan teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunması gerektiğini belirtmiştir⁷¹⁸.

Komisyon'un Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Giriş Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Duyuru'sunda, zorunlu unsura girişi elinde tutan teşebbüsün hâkim durumda sayılacağı, ancak hâkim durumdaki her teşebbüsün zorunlu bir unsuru elinde bulundurmadığı belirtilmektedir⁷¹⁹. Buradan hareketle, bir unsurun zorunlu olduğu tespit edildiğinde o unsuru elinde tutan teşebbüsün, herhalde hâkim durumda kabul edileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁷²⁰.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ülkemizdeki perakende sektörünün hâlâ geleneksel yapısını, diğer bir ifadeyle bakkal ve diğer küçük perakendecilerin yaygın olarak bulunmaya devam ettiği ve pazarın halen yaklaşık % 70-80'ini ellerinde bulundurdukları yapısını sürdürmektedir. Perakende pazarında hiçbir organize perakendeci grubu hâkim duruma ulaşacak bir pazar payı ve pazar gücüne sahip değildir. Bu itibarla, zorunlu unsur doktrinin ilk şartı olan tesisi elinde tutan teşebbüsün hâkim durumda olması organize perakende sektörü bakımından gerçekleşmemektedir.

⁷¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 09-33/767-185 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli kararı ile 08-47/668-262 sayılı ve 24 Temmuz 2008 tarihli kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=karararama&icId=101&detId=102&ustId=101>.

⁷¹⁹ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector - framework, relevant markets and principles, ATRG, C 265, 22 Temmuz 1998, s. 2-28, p. 69.

⁷²⁰ Bu kıstas Amerikan hukukunda "zorunlu unsurun bir monopolcünün elinde bulunması" şeklinde isimlendirilmektedir. Bu çerçevede, unsurun bir monopolcünün kontrolünde bulunup bulunmadığı incelenmektedir.

2.3.3.1.2 Zorunluluk

Zorunlu unsur doktrininin uygulanma şartlarından ikincisi, rakiplerin kullanımına imkân tanınmayan tesisin, ilgili pazarda faaliyet gösteren veya göstermek isteyen teşebbüsler açısından zorunlu olması, diğer bir ifadeyle teşebbüslerin bu tesisten yararlanmamaları halinde faaliyetlerini sürdüremeyecek olmalarıdır.

Bu kıstas Amerikan hukukunda, “unsurun rakiplerin rekabetçi faaliyet hayatları için gerekli olması” şeklinde açıklanmaktadır. Nitekim rakip teşebbüslerin bu unsur olmaksızın etkin şekilde rekabet etmeleri mümkün değildir. Örneğin, Amerikan 10. Derece Temyiz Mahkemesi Apsen Highlands Skiing Company Corp. v. Aspen Skiing Co. Kararında, bir kayak merkezinin faaliyetinin devamı bakımından ulaşım tesislerine erişim imkânının mutlak bir gereklilik olduğu belirtilmiştir⁷²¹.

Burada bahsedilen zorunluluğun belirlenmesi bakımından, tesisin hem aşağı (ikincil) pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerini yürütmeleri için hayati bir önem taşıyor olması, hem de bu teşebbüsler tarafından ikame tesisin kurulmasının makûl ölçüler çerçevesinde mümkün olmaması aranacaktır. Nitekim zorunlu unsur doktrininin ileri sürüldüğü olaylarda, aşağı (ikincil) pazarda bu unsurdan faydalanmak isteyen, ancak bu izni alamayan teşebbüslerin, tesisin gerekli, hatta zarurî olduğunu ispatlamaları gerekir.

Peki, organize perakende sektörü ele alındığında, organize perakendeci grupların mağazalarının, üretici veya dağıtıcılar bakımından zorunlu unsur kabul edilmesi mümkün müdür?

Ülkemizde organize perakende sektöründe son yıllarda gerçekleşen birleşme ve devralmalar ile bir yoğunlaşma eğilimi içinde görülmekte ise de, pazarda birbirine yakın pazar gücü ve pazara girişi sağlayacak mağaza sayısına sahip 4-5 perakendeci

⁷²¹ Amerikan 10. Derece Temyiz Mahkemesi'nin Nos. 82-1407 sayılı ve 13 Temmuz 1984 tarihli Apsen Highlands Skiing Company Corp. v. Aspen Skiing Co. Kararı. Kararın tam metni için bkz. http://scholar.google.com/scholar_case?case=253850434500846422&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar.

grubu faaliyet göstermektedir. Bu nedenle de, bir perakendeci grubunun mağazalarının tek başına zorunlu unsur sayılması söz konusu olamaz.. Nitekim aynı işlevi yerine getirebilecek başka gruplar da bulunmaktadır. Güncel pazar güçleri ve dağılımları dikkate alındığında, tüm organize perakendeci grupların tek bir teşebbüs çatısında birleştirilmeleri halinde dahi, organize perakendenin toplam pazar payı % 15 - 20 seviyeleri geçemeyecetir.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, ülkemiz perakende sektörü içerisinde organize perakendenin zorunlu unsur kabul edilmesi mümkün olmadığı söylenebilecektir.

2.3.3.1.3 Alternatif Unsurun Kurulmasının İmkânsızlığı veya Rasyonel Olmaması

Unsurun zorunlu kabul edilmesi için, alternatif bir şekilde kurulmasının imkânsız olması gerekmektedir⁷²². Doktrinde, bu unsurun alternatifinin kurulmasının çok zor ve hatta imkânsız olması aşağıdaki kıstaslardan hareketle ortaya konulmaktadır⁷²³:

- Unsurun alternatifinin coğrafi ve topografik özellikleri nedeniyle yapılamaması,
- Unsurun alternatifinin kurulmasının hukuki sınırlamalar nedeniyle mümkün olmaması,
- Unsurun doğal tekel durumunda bulunması,
- Unsurun kurulması için uygun bir kamu desteğinin gerekmesi ve bu desteğin sözkonusu olmaması,
- Unsurun alternatifinin kurulmasının minimum bir pazar koşuluna bağlı olması,
- Teknolojik kısıtlamalar,
- Ekonomik kısıtlamalar,

⁷²² Bu unsur Amerikan hukukunda “rakibin pratik veya makul olarak tesisin alternatifini kuramaması” şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Jonathan Jacobson, **Antitrust Law Developments XI**, Cilt I, American Bar Association, Chicago 2007, s. 262-263.

⁷²³ Bkz. Ölmez, s. 8’den naklen, P. Areeda/H. Hovenkamp, “Antitrust Law (Supplement)”, Little, USA 1996, s. 736.

- Unsurun kurulumunun çok yüksek yatırım maliyeti gerektirmesi ve bu durumun piyasaya giriş engeli teşkil ederek, ilgili pazardaki rekabeti bozması.

Organize perakendeci gruplar tarafında ürünlerinin dağıtımını yapılmayan bir üretici veya sağlayıcıdan, benzer şekilde geniş ve etkin bir dağıtım sistemi kurmasını beklemek çok zor ve hâttâ imkânsız olacaktır. Nitekim bazı ürün grupları bakımından, üretici veya sağlayıcıların geniş ve etkin dağıtım ağlarına sahip olmaları mümkün ise de, organize perakende gruplarına benzer satış noktaları kurmalarını beklemek söz konusu değildir. Bu nedenle, organize perakende bakımından alternatif unsurun kurulmasının imkânsızlığı veya rasyonel olmaması kıstasının gerçekleştiği kabul edilebilir.

Bize göre, unsurun zorunluluğu kıstası ile alternatif unsurun kurulmasının imkânsızlığı veya rasyonel olmaması kıstasları birbiri ile bağlantılıdır. Nitekim zorunlu olmayan bir unsurun kullanılmaması nedeniyle, rakip teşebbüslerin alternatif bir unsur kurmaları gerekmeyeceğinden, bunun imkânsızlığı veya rasyonel olmaması da sözkonusu olmaz.

2.3.3.1.4 Reddetme Eyleminin Varlığı

Zorunlu unsuru elinde tutan teşebbüsün, müşterilerinin teşebbüsten faydalanma taleplerini reddetmesi ve reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmıyor olması aranır⁷²⁴.

Doktrin, bu reddetme eyleminin doğrudan mal satılmaması veya hizmet sunulmaması ile birlikte, rakiplerin zorunlu unsurdan faydalanabilmeleri içinde çok ağır, neredeyse imkânsız şartlar ileri sürülmesini şeklinde gerçekleştirebileceğini de kabul etmektedir⁷²⁵. Bu unsur Amerikan hukukunda “unsura erişime izin verilmemesi” veya “unsura erişimin yasaklanması” şeklinde açıklanmaktadır⁷²⁶.

⁷²⁴ Bkz. Ali Demiröz, “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Kayseri) 17-18 Nisan 2009, Ankara 2009 s. 319-332.

⁷²⁵ Bkz. Ölmez, s. 9.

⁷²⁶ Bkz. Jacobson, s. 265-266. Amerikan mahkemeleri bu unsura ilişkin geniş bir yorumu kabul etmiştir. Örneğin, Amerikan Dördüncü Derece Temyiz Mahkemesi (924 F.2d 539, 1991) Laurel Sand & Gravel, Inc. CSX Transportation davasında, sunulan hizmetlerde yapılan

Reddetme eylemine ilişkin olarak Topluluk rekabet hukukunda en çok tartışılan husus, üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün reddetme eyleminin hangi şartlarla hâkim durumun kötüye kullanılması sayılacağıdır. Burada tartışılan bir diğer konu ise, üst pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün, alt pazarda da hâkim durumda bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. Amerikan hukukunda üst pazarda monopol olan teşebbüsün, bu konumunu alt pazarda kötüye kullandığı sonucuna ulaşılabilmesi için, alt pazarda monopol gücüne sahip olması aranmamaktadır. Ancak yine de alt pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olunması gerektiği kabul edilmektedir.

Organize perakendeci grupların - yalnızca kendi satış pazarlama şartlarının kabul edilmemesi nedeniyle - bir üretici veya sağlayıcıdan ürün alımını durdurmaya karar vermesi, reddetme eylemi sayılabilir.

2.3.3.1.5 Objektif Gerekçelerin Olmaması İlkesi

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün elinde bulundurduğu zorunlu unsurdan diğer teşebbüsleri yararlandırmayı reddetmesi, *per se* rekabet ihlali sayılmaz. Teşebbüsün diğer teşebbüsleri zorunlu unsurdan yararlandırmamak için objektif ve haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Zorunlu unsur sahibi teşebbüsün haklı gerekçeleri mikro ve makro olmak üzere iki kategoride ele alınabilir: Mikro seviyedeki gerekçeler, doğrudan zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüse ve faaliyetlerine ilişkin olan sebeplerdir. Söz konusu teşebbüsün ticari riski, zorunlu unsurun kapasitesinin sınırlı olması, teknik ve fiziki imkânsızlıklar vs. gerekçeler mikro gerekçeler arasındadır.

Makro seviyedeki gerekçeler ise, doğrudan teşebbüsler ve aralarındaki ilişki değil, ilgili pazara ve rekabet düzenine ilişkin sebeplerden oluşmaktadır. Örneğin, ilgili pazarda teşebbüslerin yenilik ve yatırım yapmaya yatkınlıklarının azalması, genel ekonomik kaygılar gibi⁷²⁷.

beklenmeyen ve uygunsuz bir değişikliğin veya fiyatlardaki makûl olmayan bir artışın dahi, unsura erişime izin verilmemesi kapsamında değerlendirilebileceğini benimsemiştir. Mahkeme, burada sözü edilen “uygunsuzluk” veya “makûl olmama” kıstasını, davacının sübjektif bakış açısından ziyade, ilgili pazardaki rekabet şartları çerçevesinde analiz etmiştir.

⁷²⁷

Bkz. Tekdemir, s. 14.

Bize göre, organize perakendeci grupların, kendi satınalma şartlarını kabul etmeyen üretici veya sağlayıcıların ürünlerini satın almaması, gerek mikro gerekse makro objektif gerekçeler kapsamına girmemektedir.

2.4 Yabancı Hukuklarda Doğrudan Organize Perakendeye İlişkin Düzenlemeler

Yukarıda, Fransız ve Alman rekabet hukuklarında geliştirilen görelî hâkim durum ve ekonomik bağımlılığı kötüye kullanılması teorilerini incelemiştik. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu teorilerin çıkış noktası bir pazarda hâkim durumda bulunamamasına rağmen alıcıları veya sağlayıcıları üzerinde, adeta hâkim durumdaymış gibi tek taraflı davranışlarda bulunabilen teşebbüslerin de rekabet hukuku çerçevesinde cezalandırılması düşüncesidir. Bu teoriler çıkış noktaları itibariyle, doğrudan perakendeci grupların sağlayıcılarını hedef alan haksız uygulamalarını düzenlemek amacıyla gütmemişlerdir. Nitekim her iki teori de, ilk uygulama dönemlerinde klasik dağıtım ilişkisinde sağlayıcısına ekonomik açıdan bağımlı olan dağıtıcıların korunması için kullanılmıştır.

Ancak bazı rekabet hukuku sistemlerinde, doğrudan doğruya perakende sektörüne ve perakendeci grupların sağlayıcılarına karşı olan haksız uygulamalarını yasaklayan ve bu uygulamaların denetimini amaçlayan düzenlemeler de yapılmıştır. Bu düzenlemelerden en önemlileri Fransız ve İngiliz hukuklarında yer almaktadır⁷²⁸.

Çalışmamızın bu bölümünde, Fransız ve İngiliz rekabet hukuklarında yer alan bu özel düzenlemeler incelenecektir.

⁷²⁸ Portekiz hukukunda da ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması doktrinini benimsenmiş ve “haksız pazarlık uygulamaları”na karşı şikâyet olmaksızın dahi uygulanabilen *per se* yasaklar öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Portekiz Rekabet Otoritesi’nin resmi internet sayfasındaki açıklamalar, http://www.concorrencia.pt/Download/UNCTAD_Model_Law_2007_Portugal.pdf.

2.4.1 Fransız Hukukundaki Düzenlemeler

2.4.1.1 Satış Yapmayı Reddetme Yasağının Kaldırılması

Satış yapmayı reddetme yasağı ilk olarak, 21 Ekim 1940 tarihli Kanun'un 38. maddesi ile Fransız mevzutuna girmiştir. Bu hüküme göre, bir tacir, sanayici veya esnafın, satışa sunduğu ürün, mal veya yiyeceklerini, müşterileri tarafından yapılan ve anormal olmayan taleplere rağmen satmaması veya saklaması, fiyatların hukuka aykırı biçimde artırılması olarak değerlendirilecek ve cezalandırılacaktır. Bu yasak nihai tüketiciye satışta olduğu gibi, tacirler arası satımlarda da uygulanacaktır. Düzenleme, bu suçun işleyen tacir, sanayici veya esnafın, 2 aydan iki aya kadar hapsi cezası ve 16 Frank'tan 100.000 Frank'a kadar para cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir⁷²⁹.

Satış yapmayı reddetme yasağının kapsamı, 58-545 sayılı ve 24 Haziran 1958 tarihli Kararname daraltılmış ve alıcıların "ticari örlere uygun olmayan talep ve siparişleri"nin reddedilebileceğine ilişkin bir istisna öngörülmüştür⁷³⁰. Yasak, 1960 yılında Fontanet Sirküleri ile daha açık bir şekilde yeniden düzenlenmiştir⁷³¹. Bu düzenleme uyarınca, satış yapmayı reddetme eyleminin hukuka uygun sayılması için haklı bir nedene dayanıyor olması aranmalıdır.

1986 Kararnamesi'nin 36. maddesinin 1. fıkrasının ikinci bendi, Fontanet Sirküleri ile getirilen bu düzenlemeyi de değiştirmiş ve teşebbüslerin alıcılarına herhangi bir malı satmayı ve hizmeti sunmayı – mal veya hizmet talepleri anormal bir nitelik taşımadığı sürece - reddetmelerini yasaklamıştır⁷³². Bu hüküm, doktrinde satış yapmayı reddetme fiilinin rekabete aykırı olduğunu ispat külfetinin satın alma talebi reddedilen tarafa yani alıcıya ait hale getirildiği şeklinde yorumlanmıştır⁷³³.

⁷²⁹ Satış yapmayı reddetmeye yasağı, 1930'lu yılların sonu ve 1940'lı yılların başında Avrupa'da görülen tüketim malları kıtlığında, ellerinde mal olmasına rağmen yüksek fiyattan satmak için alım taleplerini reddeden perakendecilerin ve değişik seviyelerdeki toptancıların karaborsa uygulamalarına karşı hazırlanmıştır.

⁷³⁰ Bkz. 58-545 sayılı ve 24 Haziran 1958 tarihli Kararname, 148 sayılı ve 25 Haziran 1958 tarihli FRG, s. 5877, m. 37-1-a.

⁷³¹ Bkz. Rekabeti Kısıtlayıcı Ticari Uygulamalara İlişkin 31 Mart 1960 tarihli Sirküler, 79 sayılı ve 2 Nisan 1960 tarihli FRG, s. 3048.

⁷³² Bkz. dn. 507.

⁷³³ Bkz. Allain/Chambolle, s. 15.

Satış yapmayı reddetme yasağı, Galland Kanunu'nun 4. maddesi ile kaldırılmıştır⁷³⁴. Dolayısıyla, organize perakende ile üretici ilişkileri açısından bakıldığında, üreticilerin dağıtıcılarının veya diğer müşterilerinin her türlü satın alma talebini karşılama yükümlülüğü ortadan kaldırmıştır. Böylece üreticiler, hâkim durumda bulunanlar hariç olmak üzere, herhangi bir açıklama yapmaksızın, bazı dağıtıcılara (perakendeci gruplarına) tedarik yapmayı reddedebilecektir.

Bu durum, perakende sektöründe, özellikle büyük veya yüksek indirim (maxi discompte) mağazaları bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda da ele aldığımız üzere, bu mağazalar, kısıtlı satış alanı ve ürün portföyü ile az sayıda personel çalışan, müşteri ilişkileri, şikâyet veya müşteri ilişkileri gibi birimleri bulunmayan, ürünlerin ise bazen standar raflarda, bazen de kolilerin içinde satışa sunulduğu mağazalardır.

Bazı üreticiler, ürünlerinin, bu düşük perakende satış fiyatları uygulayan ve pazarlamasını yaptıkları ürünlere değer katmayan bu mağazalarda satılmasını istemezler. Bu üreticilere göre, bu tip bir pazarlama marka imajlarına ve bu nedenle ürünlerinin tüketici gözündeki değerine zarar vermektedir.

Satış yapmayı reddetme yasağı, onları ürünlerinin bu tip mağazalarda pazarlanmasına karşı çıkmalarını engellemektedir⁷³⁵. Bu yasağın kaldırılması ile üretici ve sağlayıcılar, perakendeci grupların yüksek indirim mağazaları için tedarik taleplerini reddetmek imkânına kavuşmuş olur.

Hemen belirtmek gerekir ki, satış yapmayı reddetme yasağının kaldırılmış olması, Fransız hukukunda bu fiilin her durumda cezasız bırakılmış olduğu anlamına gelmez. Nitekim bir sağlayıcı veya üreticinin satış yapmayı reddetmesi, şartları var ise, rekabet hukuku veya borçlar hukuku kuralları çerçevesinde cezalandırılabilir. Örneğin, bu fiil bir anlaşmadan kaynaklanıyor ise, rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin hükümler (ATA m. 81, Fransız Ticaret Kanunu L. 420) çerçevesinde cezalandırılması mümkün olabilir⁷³⁶.

⁷³⁴ Ticari İlişkilerin Asalet ve Dengesine İlişkin (loyauté et l'équilibre) 96-588 sayılı ve 1 Temmuz 1996 tarihli Kanun, 153 sayılı ve 3 Temmuz 1996 tarihli RG, s. 9983.

⁷³⁵ Bkz. Allain/ Chambolle, s. 15.

⁷³⁶ Fransız Ticaret Kanunu'nun rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlere ilişkin L 420-1 hükmü uyarınca yasaklanabilmektedir. Hüküm şöyledir:
"Pazarda rekabeti ortadan kaldırmak, kısıtlamak veya bozmak amaç veya etkisi taşıyan uyumlu eylemler, anlaşmalar, açık veya gizli sözleşmeler veya koalisyonlar yasaktır. Özellikle:

2.4.1.2 Zararına Satış Yasağı

Fransa’da tarife ve fiyat tespiti konusunda yapılan en sert düzenlemelerden biri 30 Haziran 1945 Kararnamesi olmuştur⁷³⁷. Anılan Kararname, piyasa fiyatının oluşumuna devlet müdahalesi, doğrudan veya azami fiyat tespiti gibi usulleri içermekteydi. 1963 yılında yapılan reform ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı ile beraber, zararına satış (alım fiyatının altında) yasağı da Fransız mevzuatına girdi⁷³⁸.

Düzenleme, zararına satış yasağını “bir ürünün maliyet fiyatının (etkin alım fiyatı) altında bir fiyatla satılması” şeklinde tanımlıyordu. Maliyet fiyatı ise, “fatura fiyatının ciroya uygulanan vergiler ile yeniden satışa özgü vergiler ve taşıma masrafları eklenmiş hali” idi.

Görüleceği üzere, hükümde ele alınan maliyet fiyatı, basit bir varsayımdan ibaret olup, dağıtıcıların fatura fiyatı üzerinden yaptıkları indirimler, ticari işbirliği bedelleri, raf başı ücretleri veya promosyon faaliyetlerine ilişkin bir sınırlama getirmediği için, uygulamada zararına satışları önlememekteydi. Böylece perakendeci grupları, indirim ve diğer tedarik şartları vasıtasıyla zararına satış yasağını kolaylıkla dolanıyordu.

Zararına satış yasağı düzenlemesi bazı istisnalar da içermiyordu⁷³⁹. Bu istisnaların ilki ve en önemlisi “yaklaştırma hakkı”ydı (droit d’alignement). Bu hak, bir dağıtıcının fiyatlarını, aynı faaliyet bölgesinde yer alan bir rakibinin tarifesine

Diğer teşebbüslerin pazara girişini veya serbestçe rekabet etmelerini sınırlamak amacını taşıyan

Yapay olarak fiyatların artması veya düşmesini sağlayarak, pazarda fiyatın serbest rekabet koşulları altında oluşmasını engellemek amacını taşıyan,

Üretim, dağıtım, yatırım veya teknik gelişmeyi kısıtlamak veya kontrol etmek amacını taşıyan,

Pazar veya kaynak paylaşımı amacını taşıyan anlaşmalar yasaktır.”

⁷³⁷ Bkz. 45-1483 sayılı ve 30 Haziran 1945 tarihli Kararname, 8 Temmuz 1945 tarihli FRG, s. 4150 Zararına satış yasağının ekonomik analizi için, Bkz. Laurent Benzoni, “Grande Distribution et Concurrence: Une Analyse Economique”, DGCCRF Rekabet Atölyesi, Paris 6 Aralık 2006, s. 3. Konuşmanın tam metni için bkz. <http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF>.

⁷³⁸ 63-628 sayılı ve 2 Temmuz 1963 tarihli Kanun, 3 Temmuz 1963 tarihli FRG, s. 5915. Bkz. Claire Chambolle, “Faut-il interdire la revente à perte?”, Cahier du LORIA, Ivry Eylül 2002, s. 2 vd, www.loira.fr. (Anılış: Chambolle, “Revente à Perte”)

⁷³⁹ Bkz. Fransız Ticaret Kanunu m. L. 442-4.

yaklaştırmak suretiyle, ürününü zararına fiyattan satmasına izin vermektedir.⁷⁴⁰ Zararına satış yasağının ikinci istisnası, sezonluk ürünlerdir. Düzenleme, sezonluk ürünlerin, ilgili sezon sonunda zararına fiyattan satılmalarına izin vermektedir. Yine bu çerçevede, tedarigi çok düşük fiyatlar üzerinden yapılan bazı özel ürünler veya teknik gelişme veya moda nedeniyle talep değişimine bağlı olarak satılamayan ürünler de zararına fiyat ile satılabilmektedir.⁷⁴¹

1996 Galland Kanunu, zararına satış yasağına ilişkin düzenlemeyi değiştirmiştir. Düzenleme, alım fiyatının güncel bir tanımına yer vermiştir:

“Alım fiyatı, fatura fiyatına eklenen birim vergi, yeniden satışa özel vergiler ve taşıma masraflarıdır.”

Galland Kanunu fatura içeriğine ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. Nitekim Galland Kanunu'na kadar, fatura bütün indirimleri (kabul edilmiş, ödeme zamanı ne olursa olsun, satış sırasında sayıya dökülebilir tutardaki indirimleri) içerebilirken, bundan böyle yalnızca “satış tarihinde alınmış olan ve bu satış işlemi ile doğrudan bağlı olan indirimler”in faturaya yansıtılması şart kılınmıştır. Ayrıca, zararına satış eşliğine ilişkin referans fiyatı da, alım fiyatının, vergiler ve taşıma ücretleri eklenmiş hali üzerinden hesaplanacaktır.⁷⁴²

Düzenleme, ticari işbirliği bedellerin, ancak üretici ve dağıtıcı arasında önceden belirlenmiş ve faturalandırılmış ise, zararına satış eşliğinin hesaplanmasında dikkate alınacağını öngörmektedir. Ayrıca, ürünlerin reyon başlarına yerleştirilmesi için

⁷⁴⁰ Büyük dağıtımdaki fiyat oluşumu ile kâr marjlarına ilişkin güncel ekonomik analizler için bkz. Jean-Christophe Caffet, “Concurrence et Prix dans la Grande Distribution: Quel Impact de la LME sur l’inflation?” Flash Economie 11 Juin 2008-N 247. Yazının tam metni için bkz. <http://gesd.free.fr/flas8247.pdf>.

⁷⁴¹ Bkz. Chambolle, “Revente à Perte”, s. 4.

⁷⁴² Fransız doktrininde, zararına satış uygulamaları, küçük ticaret ve özelleşmiş ticareti (petit commerce et commerce spécialisé) ortadan kaldırmayı hedefleyen yıkıcı fiyata benzetilmektedir. Zararına satış hallerinin büyük çoğunluğu gıda ürünleri satışı yapan büyük mağazalarda gerçekleşmektedir. Nitekim satışa sunulan sayısız çeşit ürün sayesinde, gıda ürünleri satışı yapan büyük mağazalar, bazı ürünlerdeki kayıplarını diğer ürünlerdeki kazançları ile, diğer bir ifadeyle değişik ürünler arasında çapraz sübvansiyon yaparak dengelemektedir. Ayrıca, zararına satış üreticilerin de dikkatini çekmektedir. Nitekim bir dağıtıcı çok düşük bir fiyat uyguladığında, diğer dağıtıcılar üreticiyi ilgili dağıtıcıya avantaj sağlamakla suçluyor ve kendi alım fiyatlarının da düşürülmesini talep ediyorlardı. Sonuç olarak, perakende pazarının tamamı düzensizlik riski ile karşı karşıya kalıyordu. Buna ek olarak, zararına satışların ürünlerin marka imajını zarara uğratması da mümkün olabilmektedir. İşte tüm bu nedenlerle, zararına satışların yasaklanması, bazen yatay amaçlı - büyük mağazalar ile küçük ticaret arasındaki rekabeti kısıtlayacağı gibi - bazen de, üreticilerden gelen şikayetlere cevap verdiği için, dikey amaçlıdır. Bkz. Allain/Chambolle, s. 13.

istenen bedeller, tanıtım faaliyetlerine ilişkin alınan ödeme veya indirimler, (reyon süslemeleri, tüketicilere gönderilecek katalogların basılması vs.) ayrı ayrı faturalandırılacaktır⁷⁴³.

Galland Kanunu ile getirilen düzenleme, dağıtıcıların zararına satış yasağını dolanmalarına engel olmuştur. Bu düzenleme sayesinde, perakendeci gruplarının, bazı tüketici çeken ürünler için toptan alım fiyatlarından düşük perakende fiyatları belirlemeleri ve zararlarını da üreticilere kabul ettirdikleri geriye yürür indirimler ile karşılamalarına kesin olarak yasaklamıştır⁷⁴⁴. Düzenleme, şimdiye kadar hep varsayımsal bir değer olan alım fiyatını da, daha belirgin ve hesaplanma biçimi daha açık bir değer haline getirmiştir⁷⁴⁵. Böylece, zararına satış yasağının istisnalarından olan, yaklaştırma hakkını iyice sınırlandırmış ve bu hakkı yalnızca 300 m²'nin altında satış alanına sahip gıda mağazaları ile 1000 m²'nin altında satış alanına sahip, gıda harici ürünler satan mağazalar için öngörülmüştür⁷⁴⁶.

Galland Kanunu ile düzenlenen diğer bir husus ise, indirim ve indirim dönemleridir. Kanun, indirim uygulamalarının sıklığı ve sürelerinin Bakanlıklar arası bir karar veya bu mümkün değilse, ilgili valilik kararı ile belirlenmesini öngörmektedir⁷⁴⁷.

2009 yılında yapılan kanun değişikliği ile mal veya hizmet üreten teşebbüslerin, aşağıdaki hallerde zararına satış yasağına tabi olmayacakları haller yeninden ve tek bir düzenleme içinde birleştirilmiştir⁷⁴⁸. Buna göre, aşağıdaki hallerde zararına satış yasağı uygulanmayacaktır: Sezon sonu veya demode ürünlerin satışı (1), geri kalmış teknik ve demode ürünlerin satışı (2), düşürülmüş fiyattan

⁷⁴³ Bkz. Allain/Chambolle, s. 14.

⁷⁴⁴ Nitekim Pau İstinaf Mahkemesi (21 Nisan 2005 tarih ve 04/00.970 sayılı kararı ile Mont de Marsan İlk Derece Mahkemesi'nin ünlü bir Fransız perakendecisinin müşteri çekmek amaçlı yaptığı zararına satış uygulamasını (yapılan kampanya ile bir şişe ketçap 1,11 Avro fiyatı ile her bir şişe için 0.69 Avro zararla) 2.500 Avro para cezası uygulanmasına ilişkin 30 Kasım 2010 tarihli kararını benimsemiştir. Karara iliklin ayrıntılı bir eleştiri için bkz. Daniel Fasquelle/ Laurent Roberval, "Interdiction de revente à perte: Rappel du caractère per se de l'interdiction (Scalandes)", E-competitions No 4-2005, www.concurrences.com.

⁷⁴⁵ Claire Chambolle, "Stratégies de revente à perte et réglementation", Document de travail du CREST, Paris 2000, s. 54 vd, www.crest.fr.

⁷⁴⁶ Bu önlem, özellikle fiyat çekiciliği stratejisi izleyen indirim mağazalarına (hard discount) karşı geleneksel dağıtımın korunması amacıyla öngörülmüştür.

⁷⁴⁷ Bkz. Allain/ Chambolle, s. 13.

⁷⁴⁸ Bkz. dn. 505. Aynı düzenleme, Fransız Ticaret Kanunu m. L.301-3'te yer verilen indirim tanımı, süreleri, dönemleri vs. de değiştirmiştir. Bu yeni düzenlemenin yürürlük tarihi 1 Ocak 2009 olarak belirlenmiştir.

tedarik (réapprovisionnement à la baisse) (3), aynı faaliyet bölgesinde 300 m²'den düşük satış alanına sahip yiyecek satış noktaları ile 1.000 m²'den düşük satış alanına sahip yiyecek harici satış noktalarının uyguladığı düşük fiyatlara yaklaştırma hakkının kullanılması (4), çabuk bozulabilir nitelikteki ürünlerin satışı (5) ve son olarak, Fransız Ticaret Kanunu L 301-3 uyarınca indirimdeki ürünlerin satışı(6)⁷⁴⁹. Düzenleme, zararına satış yapmanın cezasını, gerçek kişiler için 75.000 Avro ve tüzel kişiler için ise 375.000 Avro olarak tespit etmiştir. Zararına satış fiyatlarını gösterir reklâmların mahkeme kararı ile durdurulması da mümkün olacaktır.

Fransız doktrininde, zararına satış uygulamaları yıkıcı fiyat uygulamalarına benzetilmektedir. Nitekim zararına satış hallerinin büyük çoğunluğu, gıda ürünleri satışı yapan büyük mağazalarda gerçekleşmektedir. Satışa sunulan sayısız çeşit ürün sayesinde, gıda ürünleri satışı yapan büyük mağazalar, bazı ürünleri zararına fiyat üzerinden satışa sunsalar bile, bu ürünlerdeki kayıplarını üreticilerden talep ettikleri geriye yürür indirimler veya diğer ürünlerdeki kazançları ile dengeleyebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, büyük mağazalar değişik ürünler arasında çapraz sübvansiyon yaparak kâr ve zararlarını dengelemektedir.

Bu uygulama, küçük perakendeciler açısından bakıldığında, onları zaten rekabet edemedikleri perakendeci grupları karşısında rekabet güçlerini iyice ortadan kaldırmaktadır.

Zararına satış uygulamaları, üretici ve sağlayıcılar da zor durumda bırakmaktaydı. Perakendeci grupları, zararına satış fiyatı belirledikleri ürünlerde kaynaklanan zararlarını genellikle geriye yürür indirimler talep ederek üreticilere yansıtmaktaydı. Ayrıca, bir perakendeci grubun, bir üreticinin ürününü zararına satış sunması üzerine, diğer dağıtıcılar bu üreticiyi anılan gruba farklı ve daha iyi tedarik şartları sağlamakla suçluyor ve kendi tedarik fiyatlarının da benzer bir perakende fiyatı belirlemelerine imkân verecek şekilde düşürülmesini talep ediyorlardı. Üreticilerin, zararına satış fiyatı uygulamalarına karşı bir diğer eleştirisi de, bu uygulamaların ürünlerinin marka imajına zarar vermesiydi. Sonuç olarak, zararına

⁷⁴⁹ Bu düzenleme, yılda iki dönem olarak belirlenecek olan özel indirim dönemlerine işaret etmektedir.

satış uygulamalarını, perakende pazarının bir düzensizlik riski ile karşı karşıya bırakıyordu⁷⁵⁰.

Tüm bu açıklamalarımız da ortaya koymaktadır ki, zararına satışların yasaklanması ilgili pazarda iki yönlü bir etki meydana getirmektedir. Bu etkinin ilk yönü yatay, yani, büyük mağazalar ile küçük perakendeciler arasındaki ticari ilişkilerde, küçük perakendecilerin rekabet güçlerinin korunması ve ikinci yönü ise dikey yani, büyük mağazalar ile üreticiler arasında ilişkilerde üreticilerin korunmasıdır⁷⁵¹.

Fiyatlamaya ilişkin olarak Fransız rekabet hukukunda öngörülen bir diğer düzenleme ise, Fransız Ticaret Kanunu m. L 420-5'deki yıkıcı fiyat yasağıdır. Bu yasağın, üretici, sağlayıcı veya dağıtıcıların kötüye kullanma oluşturacak düşük fiyat uygulamalarını yasaklamaktadır. Fransız hukukunda kabul edilen yıkıcı fiyat tanımı, “üretim, taşıma ve satış-pazarlama masraflarının toplamından düşük fiyatlamadır”dır. Bu uygulamanın yasaklanması için, bir başka teşebbüs veya ürünlerini ilgili pazardan dışlamak veya bir teşebbüs veya ürünlerinin ilgili pazara girişine engel olmak amacıyla yürütülüyor olması gerekmektedir⁷⁵². Hüküm yalnızca doğrudan

⁷⁵⁰ Bkz. Allain/Chambolle, s. 13.

⁷⁵¹ Tüketiciler açısından bakıldığında, onların temel ihtiyaç maddesi birkaç üründeki çok fiyatlarla büyük mağazalara çekilmelerine ancak satın aldıkları diğer ürünlere piyasa üstü fiyat ödeyerek, kandırılmalarına yol açabilmekteydi.

⁷⁵² Fransız Ticaret Kanunu m. L. 420-5 fıkra 2 uyarınca, satış-pazarlama masrafları, malların güvenliğine ilişkin olarak alınan ve kanunen de alınması zorunlu yükümlülüklerle ilişkin masrafları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Fransız Rekabet Otoritesi, 08-D-01 sayılı ve 18 Ocak 2008 tarihli kararında, “yıkıcı fiyat uygulaması” kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

“Ticaret Kanunu L. 420-5 kötüye kullanma oluşturacak seviyede ve üretim, taşıma ve satış-pazarlama masraflarından düşük perakende fiyatı uygulamalarını yasaklamaktadır.

Nitekim Rekabet Konseyi de, 06-D-23 sayılı ve 21 Temmuz 2006 tarihli bir kararında, «yıkıcı fiyata ilişkin sınıflandırmanın üç koşulun bir arada bulunması halinde yapılabileceğini belirtmiştir: Bunlardan ilki, değerlendirme konusu fiyatın tüketiciye satış fiyatı olmasıdır. İkinci olarak, bu fiyatın, üretim, taşıma ve satış-pazarlama masraflarına nazaran düşük olmasıdır; Üçüncüsü ise, uygulamanın bir rakibi veya rakip ürünü piyasadan çıkarma isteğini ortaya koymasındır.

İlk koşula ilişkin olarak, Paris İstinaf Mahkemesi 3 Temmuz 1998 tarihli kararında (...), “tüketici” kavramını “anlaşma yaptığı konuya ilişkin olarak özel bir denetimi bulunmayan ve kendi özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket eden, aynı amaçla aldığı mal veya hizmeti kullanan bir gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır. (...)

Fransız Rekabet Otoritesi'nin 08-D-01 sayılı ve 18 Ocak 2008 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. www.autoritedelaconurrence.gov.fr

tüketicilere satılan değiştirilmiş ürünlere (produits transformés) ilişkindir⁷⁵³. Yıkıcı fiyat yasağı, zararına satış yasağı ile korunan yeniden satılmış ürünlere ilişkin olmadığı için burada ayrıca ele alınmayacaktır.

2.4.1.3 Sipariş ve Ödeme Şartlarına İlişkin Düzenlemeler

Galland Kanunu, büyük dağıtım tarafından üretici veya sağlayıcılardan talep edilen ve gerçek bir karşılığı bulunmayan indirim, prim veya ticari işbirliği bedeli gibi çeşitli adlarla anılan ödeme veya indirimlere ilişkin bir takım düzenlemeler öngörmüş ve büyük dağıtımın bu şartların kabul edilmemesi nedeniyle üretici veya sağlayıcı ile olan ticari ilişkilerini sona erdirilmesini yasaklamıştır. Bu düzenleme, Kanunun sağlayıcı - dağıtıcı ilişkilerinde bir denge ve süreklilik sağlama düşüncesi yanında, dağıtıcıların sağlayıcılardan talep edebilecekleri primlerin, indirimlerin vs. kontrolü fikrine dayanmaktadır.

Buna göre, dağıtıcılar sağlayıcılardan ancak ve ancak satın aldıkları ürün miktarı ile orantılı prim taleplerinde bulunabilecektir. Prim veya indirim taleplerinin, sipariş vermenin bir önkoşulu olarak ileri sürülmesi yasaklanmış ve alım miktarına orantılı olmayan ve herhangi bir yazılı belgeye bağlanmamış prim, indirimler elde etmek veya elde etmeye çalışmak da yasaklanmıştır⁷⁵⁴.

Kanun sipariş primi ödeyen üreticiye, dağıtıcının prim ile orantılı bir minimum alım yükümlülüğü üstlenip üstlenmediği hususunda sessiz kalmıştır⁷⁵⁵.

Aynı düzenleme ile, ticari ilişkilerin aniden kesilmesi tehdidi ile, genel satım şartlarına aykırı fiyat, vade, satış şekli, ticari işbirliği hükümleri veya ödeme koşulları elde etmek veya elde etmeye çalışmak yasaklanmıştır⁷⁵⁶. Bu yasak,

⁷⁵³ Bkz. Allain/Chambolle, s. 14-15.

⁷⁵⁴ Galland Kanunu m. 14, f. 3. Bu düzenleme günümüzde, Fransız Ticaret Kanunu'nun L 442-6-I 3. fıkrasında yer almaktadır. Bkz. dn. 734.

⁷⁵⁵ Bkz. Allain/Chambolle, s.15-16.

⁷⁵⁶ Genel satım şartlarının kapsamı Fransız Ticaret Kanunu L. 441-6'da öngörülmektedir. Buna göre aşağıdaki hususlar genel satış şartlarıdır:

- Satım şartları (mülkiyetin geçişine ilişkin şartları, teslimat vs.)
- fiyat tarifeleri
- fiyat indirimleri
- ödeme şartları

alıcıların sağlayıcılarına kendilerinden ürün tedarik etmeme (déréférencement) tehdidi ile baskı yapmaları ve kendi tedarik koşullarını kabul ettirmelerini engellemek için öngörülmüştür.

Düzenleme, kurulmuş (retablie) bir ticari ilişkinin, daha önceki ticari ilişkiler veya ticari örf-adetler dikkate alınmaksızın ihbarsız ve birden bire (brutalment) kesilmesini yasaklamaktadır⁷⁵⁷. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, kurulmuş bir ticari ilişkilerin kesilmesi, mutlaka makûl bir süre öngören yazılı bir ihbar ile yapılmalıdır. Düzenleme, kurulmuş bir ticari ilişkiyi bu şartlara uymaksızın sona erdiren tacir, diğer tarafın bu nedenle uğradığı zararları tazminle yükümlü tutulacağını ifade etmektedir.

Hemen belirtelim ki, ticari ilişkilerin kötüye kullanma teşkil edecek şekilde sona erdirilmesi yasağı, hem dağıtıcı hem de sağlayıcı tarafı bakımından öngörülmüştür.

Fransız Ticaret Kanunu, tacirler arası tedarik işlemlerinde fatura ödeme sürelerini de ayrı bir hüküm ile düzenlemektedir (L.441-6). Böylece, organize perakendecilerin, üretici veya sağlayıcılara diledikleri ödeme şartlarını kabul ettirmeleri engellemektedir. Kanun, tarafların kendi aralarında bir ödeme tarihi belirlemeleri ve belirlememeleri haline ilişkin farklı düzenlemeler öngörmektedir.

Taraflar arasındaki anlaşma bir ödeme tarihi öngörüyor ise, bu tarih 45 günü geçemez ve fatura tarihinden itibaren ise en geç 60 gün olabilir. Bu ödeme koşullarına uymayan tacirler paza cezası ile cezalandırılacaktır⁷⁵⁸.

Taraflar arasındaki ödeme tarihine ilişkin bir anlaşma bulunmuyor ise, mal veya hizmet bedelleri malların teslim ve hizmetlerin sunulmasından itibaren 30 gün içinde ödenmelidir. Bu kurala uymayan tacirler, 15.000 Avro tutarında para cezası ile cezalandırılacaktır.

Nitekim aynı Kanun L 442-6 I 9 hükmü uyarınca, her tacir, üretici, sanayici, her alıcısına ticari amaçla satın almak istediği mallara ilişkin genel satım şartlarını talebi halinde bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim ilgili mesleğin uygulamaları çerçevesinde yapılacaktır.

⁷⁵⁷

Bkz. Galland Kanunu m. 14, f. 4 ve f. 5. (dn. 734).

⁷⁵⁸

Tacir hakkında Fransız Ticaret Kanunu L. 442-6-III uyarınca kamu davası mahiyetinde bir dava açılacaktır. Bu dava neticesinde, tacirin 2.000.000 Avro'ya kadar bir para cezası ile cezalandırılmasına karar verilebilir.

Kanun, bazı bozulabilir gıda ürünleri için farklı vadeler belirlenmiştir. Buna göre, dondurulmuş etler, balıklar, pişirilmiş yemekler, konserve veya tütülenmiş balıklar gibi çabuk bozulabilir gıda maddelerinden yapılan ürünlerin bedelleri, teslim tarihinden itibaren en fazla 30 gün içinde (1), tüketim amaçlı satın alınan canlı hayvan veya taze etlerin bedelleri, teslim tarihinden itibaren en fazla 20 gün içinde (2), alkollü içkilerin bedelleri ise teslim tarihinden sonraki ayın son gününe kadar ödenmelidir⁷⁵⁹. Bu ödeme sürelerine uymayan alıcı teşebbüslere, 75.000 Avro para cezası uygulanacaktır.

2.4.1.4 Ayrımcı Hareketler Yasağı ve Ticari İşbirliği Anlaşmaları

Sözleşme özgürlüğü, ticaret hayatının ve özellikle de piyasadaki alım-satım ilişkilerinin özünde yatan bir kavramdır. Teşebbüslerin amacı, tedarik etmek istedikleri malları veya hizmetleri, rakiplerine nazaran daha avantajlı şartlarla edinmek ve böylece rakipleri karşısında maliyet bakımından öne geçmektir. Nitekim ticaretin özü, pazarlığa dayanır ve işte bu pazarlık da, pazardaki rakip teşebbüsler arasındaki eşitsizlikleri artırabilir ve ayrımcılık iddialarına neden olabilir.

Fransız hukukunda, ticari ilişkilerde ayrımcılık yapılmaması prensibi uzun bir süre herhangi bir yazılı hukuk kurala bağlanmamıştı. Bu hukuki boşluk 58-545 sayılı ve 24 Haziran 1958 tarihli Kararname ile doldurulmuştur⁷⁶⁰. Kararnamenin 37 maddesi, üretici, tacir, sanayici veya esnafın, ayrımcı satış şartları veya mal veya hizmetin geliş fiyatı ile uyumlu olmayan fiyat artışları uygulamalarını, sürekli olmaları kaydıyla, yasaklamıştır⁷⁶¹.

Anılan düzenleme daha sonra 73-1193 sayılı ve 27 Aralık 1973 tarihli Kanun ile değiştirilmiş ve üretici, tacir, sanayici ve esnafın, ilgili ürün veya hizmetlerin maliyet fiyatlarındaki farkları ile doğrulanmayan, ayrımcı fiyat veya satış koşulları uygulamaları yasaklanmıştır. Böylece, her üretici, tacir, sanayici ve esnaf, kendisinden fiyat ve satış koşullarını talep eden yeniden satıcılara bu bilgileri vermekle yükümlü kılınmıştır.

⁷⁵⁹ Aynı hüküm üzüm ve şarap satışlarına ilişkin de özel bir ödeme süresi düzenlemesi içermektedir.

⁷⁶⁰ Bkz. dn. 730.

⁷⁶¹ De Gaulle Hükümetinin bu düzenlemeyi getirirken amacı, Leclerc gibi süpermarketlerdeki yeni satış biçimini, üretici ve toptancıların - böyle mağazaların mal tedarikini engellemek amaçlı - ayrımcı uygulamalarına karşı korumaktır.

Bu düzenleme, daha sonra Rekabetin Geliştirilmesine ilişkin 85-1408 sayılı ve 30 Aralık 1985 tarihli Kanun ile basitleştirmiş, üretici, tacir, sanayici ve esnafın, bir ticari iş ortağından, rekabeti bozacak surette, ayrımcı fiyat veya satış koşulları, mal, para bağışi talep etmesi veya sağlaması hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Fransız mevzuatında yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri de, 1986 Kararnamesi'nin 36. maddesidir⁷⁶². Anılan düzenleme, teşebbüslerin ticari işbirliği içinde buldukları teşebbüslere, ayrımcı ve gerçek bir karşılığı bulunmayan fiyatlar, ödeme vadeleri, satış koşulları veya alım-satım şartları uygulamalarını veya böyle şartlar elde etmeye çalışmalarını ve böylece rekabette avantaj veya dezavantaj yaratmalarını yasaklamaktadır⁷⁶³. Bu düzenleme Galland Kanunu ile de muhafaza edilmiştir.

Anılan yasağ, son olarak 2010 yılının Temmuz ayında yeniden düzenlenmiş olup, günümüz itibariyle Fransız Ticaret Kanunu'nun L 442-6-I hükümde yer almaktadır⁷⁶⁴. Hüküm üç farklı ayrımcı uygulamayı yasaklamaktadır.

Bu uygulamalardan ilki, organize perakendeci gruplarının sağlayıcıları ile ilişkilerinden sıklıkla rastlanan ticari işbirliği anlaşmalarına ilişkindir. Kanun, sahte ticari işbirliği anlaşmalarını yasaklamaktadır.

Ticari işbirliği anlaşması, dağıtıcının sağlayıcısına bir bedel karşılığında sunduğu ürünlerin değerlerini artırıcı veya onların daha iyi koşullarla satılmalarını sağlamayı hedefleyen hizmetleri düzenleyen anlaşmalardır. Bu hizmetler arasında, ürün, mağaza afişleri, tanıtım faaliyetleri, raf başı düzenlemeleri vb. sayılabilir.

Fransız Ticaret Kanunu'nun L 442-6-I'in birinci fıkrası bir anlaşmanın sahte ticari işbirliği anlaşması olarak kabul edilmesi ve yasaklanmasının koşullarını öngörmektedir. Dağıtıcının sağlayıcısından ticari işbirliği kapsamında ödeme alması

⁷⁶² Nitekim 1986 Kararnamesi'nin ATA m.81'e (yeni m. 101) dayanan 36. maddesi benzer bir tanımı benimsenmiş iken, aynı düzenlenişini 7. ve 8. maddeleri ile pazarda serbest rekabeti bozma tehlikesi ortaya çıkaran rekabete aykırı uygulamaları yasaklanmıştır.

⁷⁶³ Üretim ve Ticaret Komisyonu tarafından sunulan 2072 sayılı ve 11 Ocak 2000 tarihli Dağıtımın Gelişimine İlişkin Bilgi Raporu ("Bilgi Raporu"). Raporun tam metni için bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rap-info/i2072.pdf>.

⁷⁶⁴ Tarım ve Avcılığın Modernizasyonuna İlişkin 2010-874 sayılı ve 27 Temmuz 2010 tarihli Kanun, 172 sayılı ve 28 Temmuz 2010 tarihli FRG.

ancak bu bedel (avantaj) karşılığında fatura edilecek bir hizmet vermemesi (1), bir dağıtıcının zaten faaliyeti kapsamında olan hizmetlere ilişkin olması, örneğin, ürünlerin reyonlara yerleştirilmesi (2), bedelin verilen hizmet ile açık bir şekilde orantısız olması (3) hallerinde, taraflar arasında sahte ticari işbirliği bulunduğu kabul edilecektir.

Kanun sahte ticari işbirliğinin, hangi hallerde sözkonusu olabileceğini, organize perakende uygulamalarında sıklıkla rastlanan örneklerle açıklamaktadır. Buna göre, bir ticari tanıtım, devralma, yatırım ilişkisine ilişkin hiçbir karşılığı bulunmayan bir finansman katkı payı ve özellikle mağaza yenilenmesi, bir mağazaya, alım merkezine giriş karşılığındaki ödemeler sahte ticari işbirliği kapsamına girecektir.

Fransız Ticaret Kanunu'nun L 442-6-I hükmü ile yasaklanan ikinci ayrımcı uygulama ise, bir ticari iş ortağının tarafların hak ve yükümlülükleri arasında büyük bir dengesizlik yaratacak yükümlülükler tabi tutulmasıdır. Bu düzenleme yalnızca perakende sektörü dikkate alınarak değil, ticari ilişkilerin tamamında dikkate alınmak üzere öngörülmüştür.

Anılan hükümde yer verilen üçüncü uygulama ise, sipariş vermenin yazılı bir anlaşmaya dayanmayan ve satın alınacak ürün miktarı ile orantılı olmayan bazı avantajların sağlanmasına bağlanmasıdır. Bu hükmü, yukarıda sipariş ve ödeme şartlarına ilişkin olarak incelemiştik.

2.4.1.5 Fransız Hukukuna İlişkin Sonuç

Fransız rekabet hukukunda, organize perakendecilerin sağlayıcılarına karşı olan uygulamalarının denetlenmesi ve haksız olanlarının önlenmesi için çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden en önemlileri, zararına satış yasağı ve sahte işbirliği anlaşmalarının yasaklanmasıdır. Nitekim bu kurullarla, sağlayıcılar organize perakendecilerin haksız ve karşılıksız ödeme taleplerinden korunmaya çalışılmıştır. Organize perakendecilere getirilen fatura ve ödeme kuralları da, sektörde yaygın olarak görülen keyfi ödeme geciktirmeleri vs. uygulamaların önlenmesinde önemli bir adımdır.

Tüm bu mevzuat çalışmalarına rağmen, Fransız pazarında büyük dağıtımın gelişimi devam etmiş, sağlayıcılar karşısındaki ekonomik güçleri artmış, haksız uygulamaları da engellenememiştir. Bu durum, son olarak Fransız Parlamentosu'na sunulan Bilgi Raporu'nda da her boyutu ile açıklanmıştır⁷⁶⁵. Rapor, büyük perakendeci grupların alım güçlerindeki artışın, perakendeci grupları arasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemler vasıtasıyla hız kazandığının altını çizmektedir. Rapor'a göre, perakendeciler sağlayıcıları karşısındaki pazarlık güçlerini artırmak için, ürün tedarikinde işbirlikleri ve satın alma merkezleri kurmaya devam etmektedir.

Tüm bu gelişmelere ek olarak, dağıtıcı markalarının (perakendeci markaları) oluşması ve yaygınlaşması da, üreticiler ile dağıtıcılar arasındaki güç ilişkilerinin değişmesine katkıda bulunmuştur⁷⁶⁶. Perakendeciler, artan pazarlık güçleri ile kendi ürünlerinin fason üretimini yapacak üreticilerin kontrolünü ele geçirebilecek kadar ileri gitmiştir.

Tüm bu gelişmeler de göstermektedir ki, Fransız hukukunda yer verilen düzenlemeler organize perakendecilerin haksız uygulamalarını engelleyeme ve sürekli artan alım güçleri karşısında sağlayıcıları korumakta yetersiz kalmaktadır.

⁷⁶⁵ Bkz. dn. 759. Bilgi raporu, Charié-Le Déaut Raporu adıyla da anılmaktadır.

⁷⁶⁶ Dağıtıcı markalarının ortaya çıkışı (Eurosat'a göre, 1998 yılı itibariyle hipermarket ve süpermarketlerin cirolarının %20.2'ünü teşkil eden), dağıtıcının üretici işine müdahale edebildiği - örneğin ürünü sipariş etmek ve üretim metodu zorlamak ya da giyim sektöründe üretim ve dağıtım arasındaki sınırın kaybolması gibi - daha karmaşık dikey oluşumların gerçekleşmesine yardım etmiştir.

2.4.2 İngiliz Hukuku

Organize perakendenin gerek pazarın geneli ve tüketiciler gerekse üretici veya sağlayıcılar ile olan ilişkileri, İngiliz rekabet hukukunda da pek çok inceleme ve düzenlemeye konu edilmiştir⁷⁶⁷. İngiliz hukukunda organize perakendecilerinin üreticiler karşısındaki ekonomik gücünü dikkate alarak, bu gücün kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla hazırlanan ilk kapsamlı düzenleme Süpermarket Davranış Kodu'dur⁷⁶⁸.

2.4.2.1 Süpermarket Davranış Kodu

Süpermarket Davranış Kodu, Rekabet Komisyonu'nun 2000 yılında hazırladığı "Süpermarketler Raporu" başlıklı kapsamlı çalışması esas alınarak, Adil Ticaret Ofisi tarafından hazırlanan ve 2002 yılında yürürlüğe giren bir düzenlemedir⁷⁶⁹. Adil Ticaret Ofisi bu düzenleme ile, organize perakendenin alım gücünden kaynaklanan olumsuz gelişmeleri engellemeyi amaçlamıştır⁷⁷⁰. Düzenleme, dağıtıcı-üretici

⁷⁶⁷ Ayrıntılı tespitler için bkz. House of Commons, International Development Committee, **Fair Trade and Development**, C.II, London 2007 ve David Burch/Geoffrey Lawrence, **Supermarkets and Agri-food Supply Chains: Transformations in the Production and Consumption of Foods**, Cheltenham 2007.

⁷⁶⁸ OFT, Supermarket Code of Practice Dealings with Suppliers, www.of.gov.uk.

⁷⁶⁹ Office of Fair Trading veya OFT adıyla anılır.

⁷⁷⁰ OFT, Süpermarket Davranış Kodunun hazırlanmasına yol açan gelişmeleri ve Kod'dan beklenen hedefleri Giriş bölümünde şöyle açıklamaktadır:

- " (a) *Rekabet Komisyonu süpermarketler ile tedarikçiler arasındaki ilişkilerin daha açık ve daha öngörülebilir temellere oturtulması için bir davranış kodu çıkarılmasını tavsiye etmiştir.*
- (b) *Rekabet Komisyonu, süpermarketlerin alım güçlerini süpermarketler raporunda açıklandığı üzere, uygun olmayan (gerekli olmayan) şekilde kullanmalarının kamu yararına aykırı etkiler doğurduğunu ortaya koymuştur.*
- (c) *Kurumumuz, süpermarketlerin de görüşlerini almak suretiyle, hem Rekabet Komisyonunun endişelerine cevap veren hem de süpermarketler ile tedarikçiler arasındaki sürekli menfaat ilişkisini zedeleden işbu Kodu düzenlemiştir.*
- (d) *Bu Kodun etkin uygulanması hem süpermarketler hem de tedarikçilerin ilişkilerinde uyumlu olmalarına bağlıdır.*
- (e) *Kurumumuz, işbu Kod çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin olarak arabuluculuğun en uygun çözüm yolu olacağını düşünmektedir.*
- (f) *Süpermarketler işbu Kodun amaçlarına tam olarak bağlı oldukları gibi, hükümlerini iyiniyetle yerine getirmeyi taahhüt etmişlerdir."*

ilişkilerinde yazılı şeklin hâkim olması, şeffaflığın artırılması gibi ilkelere dayanmaktadır.

2.4.2.1.1 İş Şartlarının Yazılı Olması ve Değişiklikleri Bildirilmesi

Süpermarket Davranış Kodunun 1. maddesi, süpermarketler ile sağlayıcıları arasındaki iş ilişkilerinin yazılı olarak yürütülmesini şart kılmıştır. Bu çerçevede, süpermarketler, genel satın alma şartlarını yazılı bir hale getirecek ve talep eden her tedarikçiye verecektir. Aynı şekilde, taraflar arasındaki satın alma özel şartları da ilgili tedarikçinin talebi üzerine yazılı olarak hazırlanacak ve bir nüshası sağlayıcıya teslim edilecektir.

Düzenlemenin 2. maddesi, süpermarketlerin genel satın alma şartlarındaki değişiklikleri, sağlayıcılara uygun bir zaman önceden bildirilmelerini öngörmektedir.

2.4.2.1.2 Fiyatlar ve Ödemeler

Süpermarket Davranış Kodu, süpermarketlerin mal bedellerini sağlayıcının faturasından itibaren uygun bir süre içinde ödemelerini öngörmektedir (m. 3). Düzenleme, uygulamada süpermarketler tarafından sıklıkla başvuru olan geriye yürür indirimleri de yasaklamıştır. Buna göre, süpermarketlerin sağlayıcılarından geriye yürür indirimler veya indirim talep etmeleri yasak olup, uygun bir süre önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla aksine düzenleme yapılabilir (m. 4)

Düzenleme, süpermarketlerin sağlayıcılarını doğrudan veya dolaylı olarak, yeni ve muhtemel tedarikçilere yapılacak alıcı ziyaretleri, sanatsal çizim ve paket dizaynı, müşteri veya pazar araştırmaları, yeni mağaza açılışı veya dekorasyonu, süpermarket çalışanlarına misafirperverlik gibi pazarlama harcamalarına katılmaya zorlayamayacaklarını öngörmektedir.

Düzenlemenin 6. maddesi, süpermarketlerin sağlayıcılarından, doğrudan veya dolaylı olarak, ürünlerin satışından planladıkları kadar kâr elde edememeleri nedeniyle herhangi bir tazminat talep edemeyeceklerini öngörmektedir. Şu kadar ki, taraflar arasında sözkonusu ürünlerin tedariki gerçekleştirilmeden önce bu konuda yapılmış yazılı bir anlaşma bulunsun.

Süpermarketlerin başarısız satış tahminleri nedeniyle sağlayıcıların uğrayacağı zararlardan ise, bizzat süpermarketler sorumlu tutulmuştur⁷⁷¹. Süpermarketin bu sorumluluktan kurtulabilmesi, tahminlerinin iyiniyete dayandığını ve gerekli özen gösterilerek hazırlandığını ispatlaması veya sağlayıcı ile arasında ürün tedariki gerçekleştirilmeden önce bu konuda yapılmış yazılı bir anlaşma bulunması gerekmektedir.

Süpermarket Davranış Kodu'nun 9. maddesi, sağlayıcıların uygulamada sıklıkla karşı karşıya kaldıkları ve en çok şikâyet ettikleri uygulamalardan biri olan "peşin ödemeler"e ilişkindir. Nitekim uygulamada, süpermarketler sağlayıcılardan onların ürünlerini portföylerine kabul etmek ve satmak için peşin ödemeler veya depolama bedelleri talep edebilmektedir. Düzenleme, süpermarketlerin sağlayıcılardan doğrudan veya dolaylı olarak, *stocking* (depolama) veya *listing* (*sergileme-ürünü portföyüne dâhil etme*) ücreti adı altında bir ödeme talep edemeyeceklerini öngörmektedir. Bununla beraber, bir tanıtım uygulaması çerçevesinde veya ürünün son 365 gün içerisinde sözkonusu süpermarket zincirinin mağazalarının % 25 veya daha fazlasında depolanmamış, satışa sunulmamış veya listelenmemiş olması halinde, sağlayıcıdan anılan ücretlerin talep edilmesi mümkündür.

⁷⁷¹ Kod'un 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, süpermarketler tahminlerinin şeffaf temellere dayanmasını sağlamalıdır.

Düzenleme, süpermarketlerin sağlayıcılarından raf başı ücreti veya ürünlerin sergi alanlarının artırılması, daha büyük standlarda sergilenmelerine ilişkin ücretler talep edemeyeceklerini belirtmektedir (m. 10). Mağazalarda yapılacak tanıtım uygulamalarına ilişkin olarak talep edilebilecek ücretler ise, bu hükümden istisna tutulmuştur.

2.4.2.1.3 Tüketici Şikâyetleri

Süpermarket Davranış Kodu, “Tüketici Şikâyetleri” başlıklı 5. bölümünde, süpermarketlerin tüketici şikâyetlerinde gereksiz ödemeler yaparak sağlayıcılarını zarara uğratmalarının engellemesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre, tüketicinin şikâyetlerinin satış fiyatının iadesi veya ürün değişimi yoluyla çözülebilmesi halinde, süpermarket sağlayıcıdan herhangi bir ödeme yapmasını istemeyecektir. Bununla beraber, süpermarket tarafından tüketiciye yapılan ödeme ürünün perakende satış fiyatını aşıyorsa, süpermarket tüketici şikâyetinin haklı ve tedarikçiden kaynaklanan bir nedene dayandığı kanaatinde ise ve bu durumu sağlayıcıya ihbar etmiş ise, tüketiciye yapılan ödemeden sağlayıcı sorumlu tutulacak ve süpermarkete ödediği tutarı iade edecektir.

Düzenleme, bir tüketici şikâyetinin mağaza içerisinde, bedel iadesi veya yeni ürün tedariki ile çözümlenememesi halinde dahi, süpermarket doğrudan veya dolaylı olarak sağlayıcıdan bu sorunun çözümü için ödeme yapmasını istemeyeceğini öngörmektedir. Ödemenin şikâyet nedeniyle süpermarketin katlandığı masraflara ilişkin olması, süpermarketin tüketici şikâyetinin doğruluğunu araştırmış ve bu şikâyetin sağlayıcıdan kaynaklandığına kanaat getirmiş olması halinde bu kural uygulanmaz⁷⁷².

⁷⁷² Süpermarket, tüketicinin haklı olduğuna ilişkin kanaatinin dayandığı hususları, tüketici şikâyetine ilişkin tam bir rapor (sorumluluk nedeni, kaynağı vb. açıklamaları da içeren) halinde sağlayıcıya iletir.

2.4.2.1.4 Diğer Düzenleme Konuları

Süpermarket Davranış Kodu'nun 22. maddesi, süpermarketlerin kendilerinin bir ödemeye hak kazanacakları durumlarda, sağlayıcılarını üçüncü kişilerden mal veya hizmet satın almaya zorlayamayacaklarını öngörmektedir. Bu düzenleme, süpermarketlerin, sağlayıcılarını belirli kaynaklardan tedarik yapmaya zorlayarak, kendilerine avantajlar sağlamalarını, prim, indirim vs. önlemeyi amaçlamaktadır. Sağlayıcının, alternatif mal veya hizmet kaynağının süpermarket tarafından talep edilen kalite standartlarını sağlayamaması veya süpermarket tarafından tavsiye edilen üçüncü kişiden daha yüksek ücret talep etmesi durumu bu kuraldan istisna tutulmuştur.

Süpermarket Davranış Kodu'nun "Çalışanların Eğitimi" başlıklı 7. bölümü, süpermarketin HTM satın alması ile iştigal eden tüm personelinin bu düzenlemenin bir fotokopisine sahip olması ve hükümlerine ilişkin eğitim almasını şart kılmıştır.

Düzenleme, süpermarketler ile sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere de yer vermiştir. Bu uyuşmazlıkların çözümünde süpermarketlere görevler yüklemiş ve sağlayıcılarına karşı iyiniyetle hareket etmeleri öngörülmüş olup, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı görüşmeler yaparak 90 gün içinde çözümleyememeleri halinde, bir arabulucu vasıtasıyla görüşmelere devam etmeleri istenmektedir⁷⁷³. Tarafların, arabulucu vasıtasıyla yapacakları görüşmeler sonunda da uzlaşamamaları halinde ise, bu durum süpermarket tarafından OFT'ye bildirilecektir.

⁷⁷³ Arabulucunun ücreti, süpermarket tarafından ödenecektir.

2.4.2.1.5 Uygulama ve Yeni Mevzuat Çalışmaları

İngiliz perakende pazarı incelendiğinde, bu pazarın Tesco, Asda, Sainsbury ve Morrison ve Safeway gibi beş güçlü perakendeci grubun faaliyet gösterdiği yoğunlaşmış bir pazar olduğu görülmektedir. Süpermarket Davranış Kodu, yaptırım içermemesi ve güçlü perakendeciler karşısında sağlayıcıları korumak amacıyla öngörülen düzenlemelerinin geniş istisnalar içermesi nedeniyle, özellikle sağlayıcılar tarafından eleştirilmektedir. Nitekim Kod, geniş istisnalar içeren düzenlemeleri nedeniyle işlerlik kazanamamıştır.

Adil Ticaret Ofisi, Süpermarket Davranış Kodu'na ilişkin sağlayıcı yorumlarına uygun olarak, Kod'un işlerliğini artırmak için, bazı öneri ve açıklamalar yayınlamış ise de, Kod hükümlerinde değişiklik yapmamıştır.

Adil Ticaret Ofisi 2004 yılında yaptığı bir pazar araştırması, İngiliz organize perakendeci grupların Süpermarket Davranış Kod'unun yürürlüğe girmesinden önce başvurdukları haksız uygulamaları büyük ölçüde sürdürdüklerini ortaya koymuştur⁷⁷⁴.

Anılan çalışma, geçen zaman içerisinde, sağlayıcıların süpermarketler karşısındaki ekonomik güçlerinin daha da zayıfladığını ve perakendeci grupları karşısındaki ekonomik bağımlılıklarının arttığını göstermiştir.

Adil Ticaret Ofisi tarafından 2005 yılında ayında yayınlanan bir raporda ise, perakendeci grupları ile sağlayıcılar arasındaki uyuşmazlıklara bağımsız bir denetim

⁷⁷⁴ OFT, The supermarkets code of practice: Report on the review of the operation of the code of practice in the undertakings given by Tesco, Asda, Sainsbury and Safeway to the Secretary of State for Trade and Industry on 18 December 2001, Şubat 2004. Düzenlemenin tam metni için bkz. http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/consumer_protection/oft697.pdf.

getirilmesi fikrinin kabul görmediği ve hatta Kodun uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerin uygulanmadığını belirtilmektedir⁷⁷⁵.

Tüm bu gelişmeler üzerine, Adil Ticaret Ofisi, 9 Mayıs 2006 tarihinde Şirketler Kanunu'nun "Adil Ticaret Ofisi'nin İncelene İsteme Yetkisi" başlıklı 131. maddesindeki yetkilerine dayanarak Rekabet Komisyonu'ndan Birleşik Krallık perakende pazarında perakendeci-sağlayıcı ilişkilerine ilişkin bir soruşturma yapmasını ve rapor hazırlamasını istemiştir⁷⁷⁶.

Komisyon, bu talep üzerine soruşturma yapmış ve yürürlükteki Süpermarket Davranış Kodu'nun etkilerine ilişkin görüşlerini de içeren raporunu 30 Nisan 2008 tarihinde duyurmuştur⁷⁷⁷. Raporunda, perakendeci gruplarının sağlayıcılarına gereksiz risk ve aşırı harcamalar yükledikleri belirtilerek, yeni bir Perakendeci-Sağlayıcı Davranış Kodu hazırlanmasını önermiştir.

2.4.2.2 Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu

Rekabet Komisyonu tarafından, Süpermarket Davranış Kodu'nun yerini almak üzere hazırlanan Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu 4 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Düzenleme, iki ayrı belgeden oluşmaktadır. Bu belgelerden ilki,

⁷⁷⁵ OFT, Supermarkets: The code of practice and other competition issue, Mart 2005. Tam metni için bkz. http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft783.pdf. Adil Ticaret Ofisi 2005 yılının Ağustos ayında yayınladığı bir diğer raporunda ise, sağlayıcılar ve temsilcilerinin, Süpermarket Davranış Koduna ve yukarıda bahsi geçen Mart 2005 tarihli raporuna yönelik eleştirilerini de ele almıştır. Adil Ticaret Ofisi, raporunda, yürürlükte Süpermarket Davranış Kodu'nun süpermarketlerin sağlayıcılar ile ilişkilerini düzenlemeye yeterli hükümler içerdiğini, ancak daha etkin uygulanması için gerekli tedbirlerin araştırılacağını belirtmiştir. Raporun ana fikri, sağlayıcıların eleştirilerinin yersiz olduğudur. OFT, Supermarkets: The code of practice and other competition issue, Conclusions, Ağustos 2005. Tam metni için bkz.

⁷⁷⁶ http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft807.pdf. Şirketler Kanunu'nun anılan hükmü, Adil Ticaret Ofisi'nin rekabetin etkin olarak işlemediği pazarlara ilişkin olarak Rekabet Komisyonu'ndan soruşturma yapmasını talep edebileceğini öngörmektedir. Kanun'un tam metni için bkz.

⁷⁷⁷ http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/2002/cukpga_20020040_en_19.

Duyuru ve raporun tam metni için bkz. http://www.competition-commission.org.uk/press_rel/2008/apr/pdf/14-08.pdf ve http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/538grocery.htm.

yalnızca büyük perakendeci gruplarına (Belirlenmiş Perakendeci) uygulanmak üzere hazırlanan “Tedarik Şartı”, ikincisi ise tüm perakendeciler için uygulanacak tedarik kurallarını “Tedarik Kodu’dur. Biz Çalışmamızda, yalnızca büyük perakendeci gruplarına uygulanan Tedarik Şartı’nı inceleyecek, Tedarik Kodu’nun kısa bir özetini yapmakla yetineceğiz.

2.4.2.2.1 Tedarik Şartının Esasları

2.4.2.2.2 Belirlenmiş Perakendeci

Tedarik Şartı, “Belirlenmiş Perakendeci” olarak isimlendirilen tedarikçilere uygulanmak üzere oluşturulmuştur. Belirlenmiş Perakendeci kavramının hangi perakendecileri kapsadığı, Şart’ın 4. maddesinde açıklanmaktadır. Buna göre, işbu Kod’un Ek-2’sinde belirlenen kişiler⁷⁷⁸ (1), Birleşik Krallık içerisindeki cirosu 1 milyar EURO’yu aşan ve OFT tarafından Belirlenmiş Perakendeci olarak tespit edilmiş perakendeciler⁷⁷⁹ (2) ve ilk iki sırada sayılan kişilerin işlerinin tamamı ve önemli bir bölümünü yürüten kişiler Belirlenmiş Perakendecilerdir.

2.4.2.2.3 Tedarik Sözleşmelerinin Uygunluğunun Sağlanması

Şart’ın 5. maddesi, Belirlenmiş Perakendeciler tarafından yapılacak satın alma sözleşmelerine ilişkin çeşitli kurallar içermektedir. İlk kural, Belirlenmiş Perakendecilerin, satın alma sözleşmelerine Tedarik Kodu ekleninceye veya sözleşmeleri Kod ile uyumlu hale getirilinceye kadar, herhangi satın alma sözleşmesi imzalamamaları ve imzalanmış sözleşmeleri de ifa etmemelerini öngörmektedir.

⁷⁷⁸ Ek-2’de verilen Belirlenmiş Perakendeci listesinde, Asda Stores Limited, Marks & Spencer plc, Wm Morrison Supermarkets plc, J Sainsbury plc, Tesco plc, Waitrose Limited, Aldi Stores Limited, Iceland Foods Limited ve Lidl UK GmbH bulunmaktadır.

⁷⁷⁹ Şart m. 4/II uyarınca, bu ikinci sırada sayılan Belirlenmiş Perakendeciler ancak OFT’nin tespit kararında ayrıca belirlenecek tarihten itibaren işbu Şart’taki kurallarla bağlı olacaktır. Nitekim aynı bent kapsamında perakende pazarına ilişkin cironun tespiti bir önceki finansal yıla ait hesaplar üzerinde yapılacaktır.

2.4.2.2.4 Sağlayıcılara Bilgi Sağlanması Görevi

Belirlenmiş Perakendeciler, Birleşik Krallık içerisinde bir malın yeniden satışı amacıyla bir sağlayıcı ile yaptıkları tüm sözleşme hükümlerinin yazılı olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu sözleşmeler ile ilgili veya tahtında yapılacak hertürlü ek sözleşme veya düzenlemeler de yazılı olacaktır.

Şart'ta Belirlenmiş Perakendeci ile sağlayıcıları arasında imzalanacak olan yazılı satın alma sözleşmelerinin yalnızca perakendeci tarafından hazırlanmış matbu bir belge niteliği taşıması, iki tarafın müzakereleri neticesinde ortak iradeleriyle hazırlanmış olması öngörülmektedir.

Bu sözleşmelerin bir nüshası sağlayıcıya verileceği gibi, bir nüshası da sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasından itibaren 12 ay süresince Belirlenmiş Perakendeci tarafından muhafaza edilecektir.

2.4.2.2.5 OFT'ye Bilgi Sağlanması Görevi

Şart'ın 7. maddesi, Belirlenmiş Perakendecinin OFT'ye bilgi sağlama görevinden bahsetmektedir. Buna göre, Belirlenmiş perakendeci, OFT'ye OFT'nin işbu düzenleme çerçevesinde denetleme ve inceleme görevlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyabileceği hertürlü bilgiyi sağlamakla yükümlüdür. Belirlenmiş Perakendeci, OFT tarafından tutması ve saklaması talep edilen hertürlü raporları da hazırlayacak ve OFT'ye sunacaktır.

2.4.2.2.6 Uyum Yükümlülükleri

Şart'ın 4. bölümü, Belirlenmiş Perakendecinin uyması gereken bir takım uyum yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu yükümlülüklerden ilki, Tedarik Kodu ve hükümleri bilen ve bunlara uygun davranan çalışanlar yetiştirme yükümlülüğüdür

(m.8). Bu yükümlülük Belirlenmiş Perakendecinin özellikle Satın Alma Departmanındaki çalışanlarını kapsamaktadır.

Belirlenmiş Perakendecinin ikinci uyum yükümlülüğü ise, bir Uyum Görevlisi istihdam etmektir. Belirlenmiş Perakendeci, sağlayıcıları ile ilişkilerinin Tedarik Kodu hükümlerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemesi ve gerekli düzenlemeleri yapması için bir Uyum Görevlisi istihdam edecektir (m. 9). Uyum Görevlisi, her finansal yıl sonunda Belirlenmiş Perakendeci ve faaliyetlerinin Tedarik Koduna uygunluk durumuna ilişkin ayrıntılı bir rapor hazırlayacak ve bu raporu OFT'ye sunacaktır.

2.4.2.2.7 Uyuşmazlıkların Çözümü

Tedarik Şartı'nın 5. bölümü, Belirlenmiş Perakendeci ile sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler içermektedir. Hüküm, Belirlenmiş Perakendeci'ye bazı görevler de yüklemektedir. Belirlenmiş Perakendeciye yüklenen ilk görev, tedarikçi ile arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde iyiniyetli hareket etmektir. Düzenlemeye göre, sağlayıcı Belirlenmiş Perakendecinin Tedarik Koduna aykırı olduğunu düşündüğü uygulamalarını, derhal Uyum Görevlisine bildirecektir (m.11). Uyum Görevlisi, kendisine yapılan bildirim üzerine, sağlayıcıya sözkonusu uyuşmazlığın çözümü için başvuru haklarını hatırlacaktır.

Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle ikili görüşmeler yapacaklar, uyuşmazlığın 21 gün içinde (ve herhalde uyuşmazlığın ortaya çıkmasından itibaren 4 takvim ayı içinde) çözülememesi halinde ise, tahkime başvuracaklardır.

Tedarik Şartı'nın 11. maddesine göre, tahkim, OFT tarafından atanacak bir kurul ve kurum tarafından yürütülecektir. OFT'nin burada bahsi geçen tahkim için birden fazla yetkili kurul veya kurum öngörmesi halinde, bunlar arasından sağlayıcı

tarafından seçilecek olanı yetkili olacaktır. Tahkim usulü, Kayıtlı Hakemler Enstitüsü Kuralları (Rules of the Chartered Institute of Arbitrators) veya atanan kurum veya kurul tarafından seçilecek başlak bir usule göre yürütülecektir. Tahkim yeri Londra veya sağlayıcının Birleşik Krallık içerisinde seçeceği başka bir şehir olacaktır.

Tedarik Şartı, yalnızca uyuşmazlıkların çözümü değil, tahkimin yürütülmesi sırasında da sağlayıcıları koruyucu bir yaklaşım sergilemektedir. Buna göre, tüm tahkim masrafları Belirlenmiş Perakendeci tarafından ödenecektir. Sağlayıcının, tahkim masrafları ile sorumlu tutulması, yalnızca talebinin kanuni sebepten yoksun ve tamamen haksız olması halinde sözkonusu olacaktır..

Tedarik Şartı, hakem kararlarının her iki taraf için de bağlayıcı olacağını öngörmektedir. Tarafların, 1996 Tahkim Kanunu m. 67- 69 uyarınca hakem kararının temyizini talep etmeleri mümkündür⁷⁸⁰.

2.4.2.3 Tedarik Kodunun Esasları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu'nun ikincisi bölümü İngiltere'deki tüm perakendecilere uygulanan Tedarik Kodudur. Kod, Tedarik Şart'nda da düzenlenen sözleşme değişiklikleri, fiyatlar, ödeme koşulları, indirimler vs. benzer konulara ilişkin olarak, tüm perakendecilere uygulanacak genel esasları koymaktadır. Tedarik Kodu ile getirilen hükümler genellikle emredici olmayan ve tarafların aksine sözleşme yapabildikleri kurallar içermektedir. Bu niteliği ile Tedarik Kodu, yürürlükten kaldırılmış olan Süpermarket Davranış Kodu'nu andırmaktadır.

⁷⁸⁰ Kanunun anılan hükümleri sırasıyla, kararın esas aykılığı (challenging the award: substantive jurisdiction), usule ciddi aykırılığı (challenging award: serious irregularity), kamu yararına-hukuka ayrılığı (appeal on point law) gibi temyiz nedenlerini öngörmektedir. İngiliz Tahkim Kanunu'nun tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

2.4.2.4 İngiliz Hukukuna İlişkin Sonuç

İngiliz hukukunda perakendeci-sağlayıcı ilişkileri, OFT ve Rekabet Komisyonu tarafından yürütülen çok sayıda mevzuat çalışmasına konu olmuştur. Bu çalışmalardan en önemlileri, Süpermarket Davranış Kodu ve Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu'dur. Bu düzenlemelerin önemli, İngiliz perakende pazarında perakendeci-sağlayıcı ilişkilerini her yönü ile ele almaları ve genel, kapsamlı, uygulamada ortaya çıkan soru ve sorunlara tek bir metin içinde cevap vermeleridir. Bu çerçevede, ilk düzenleme olan Süpermarket Davranış Kodu perakendecilerin uymaları gereken tedarik ve ödeme şartlarını düzenleyen yedek hukuk kurallarından oluşmaktadır. Nitekim taraflar aralarındaki anlaşmalarda, Süpermarket Davranış Kodu'nda öngörülen kurallara aykırı düzenlemeler getirebiliyorlardı.

Süpermarket Davranış Kodu'nun uygulamada kendisinden beklenen faydalar sağlamaması üzerine, Rekabet Komisyonu, yaptığı kapsamlı bir pazar araştırması neticesinde yeni bir mevzuat çalışması hazırladı. Süpermarket Davranış Kodu'nun yerini almak üzere hazırlanan bu çalışma Perakendeciler Tedarik Davranış Kodu'dur ve 4 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Perakendeciler Davranış Kodu yukarıda ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız üzere, iki ayrı düzenlemeden oluşmaktadır. Bu düzenlemelerde ilki, İngiliz perakende pazarının büyük perakendecilerine uygulanmak üzere hazırlanan "Tedarik Şartı", diğer ise, tüm perakendecileri kapsamına alan ve yedek hukuk kuralları içeren Tedarik Kodu'dur. Her iki düzenlemede henüz bu yılın başında yürürlüğe girdikleri için, pazardaki etkilerine ilişkin herhangi bir araştırma veya veri bulunmamaktadır.

Biz, Rekabet Komisyonu'nun Tedarik Şartı ile öngördüğü satın alma, sözleşme yapma ve ödeme kurallarının uygulamada perakendeciler tarafından gerçekleştirilen pek çok haksız uygulamanın önlenmesinde olumlu etkiler taşıyabileceğini düşünüyoruz. Aynı şekilde, perakendecilere getirilen OFT'ye bilgi sağlama görevi, ile OFT'nin denetimlerine izin verme yükümlülüğü de, büyük perakendeci

gruplarının uygulamalarının etkin bir şekilde denetlenmesine kolaylıklar sağlayacak niteliktedir. Düzenlemenin önemli bir özelliği de, perakendeciler ile sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkların, taraflar arasında karşılıklı görüşme ve uzlaşma yolu ile çözümünü, ancak bu yolla bir çözüme ulaşılamazsa tahkim usulünü öngörmesidir. Böylece, perakendeciler ile sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıklar hem daha kısa sürede hem de bu konuda bilgili bir hakem veya hakem heyeti tarafından çözülmesi sağlanacaktır.

Nitekim daha önce de ele aldığımız üzere, rekabet hukukumuzda organize perakendeciler ile sağlayıcıları arasındaki rekabet sorunlarının çözümü, mevzuat yetersizliği nedeniyle mümkün olamamaktadır. Bu durum ilgili pazarda organize perakendecilerin sürekli artan alım güçlerini, sağlayıcılarına karşı kötüye kullanmalarının önlenememesine neden olmaktadır. Bu sorunların çözümü için Türk rekabet hukukunda, Tedarik Şartı benzeri bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir.

2.5 Organize Perakende Sektörüne Yönelik Düzenleme Çalışmaları

2.5.1 Genel Olarak

Ülkemizde, organize perakende sektörüne ilişkin düzenleme çalışmaları 2000’li yılların başında başlamış ve ilk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın “Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı” ile somutlaşmıştır. Bu tasarı kanunlaşmamıştır. 2003 yılında, yine Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından “Büyük Mağazalar Kanun Tasarısı” adı altında yeni bir düzenleme çalışması yapılmıştır⁷⁸¹. Bu tasarı, Bakanlığın 6 Kasım 2003 tarih ve 1573 sayılı yazısı ile Başbakanlığa gönderilmiş ise de, TBMM’ne sunulmamıştır.

⁷⁸¹ Anılan Tasarının hazırlanmasına kaynaklık eden ekonomik gelişmeler dönemin Sanayi ve Ticaret Bakanı Sayın Ali Coşkun’un Büyük Mağazalar Kanun Tasarısı hakkındaki 17 Şubat 2004 tarihli basın bülteninde açıklanmıştır. Buna göre, ülkemizde 1990’lı yılların başlarında

Aynı tasarı daha sonra, Bakanlıklar ile kurumların yeniden görüşü alınmak suretiyle, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 12 Şubat 2004 yılında 215 sayılı yazı ile Başbakanlığa tekrar sunulmuştur. Tasarı üzerinde birkaç kez daha değişiklik yapılmış, ilgili kuruluşların da görüşü alındıktan sonra 31 Ocak 2008 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir. Tasarı, son olarak 2010 yılının Ocak ayında "Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarısı Taslağı" ("Taslak Kanun") adı ile Başbakanlığa iletilmiş olup, henüz Başbakanlık tarafından Türkiye Büyük Meclisine ("TBMM") sunulmamıştır.

Günümüz itibariyle TBMM'de organize perakendeye ilişkin olarak komisyonlarda görüşülen üç ayrı kanun teklifi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 5 Ocak 2006 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanlığı tarafından TBMM Başkanlığı'na sunulmuş olan "Büyük Mağazalar Kanun Teklifi"dir. Teklif halen Sanayi-Ticaret ve İçişleri, Adalet ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonlarında görüşülmektedir. İkincisi, 29 Mart 2008 tarihinde Milliyetçi Hareket Partisi TMBB Grup Başkanlığı tarafından TBMM Başkanlığına sunulan Perakende Ticaret, Alışveriş Merkezleri ve Büyük Mağazalar ile Esnaf ve Sanatkârlık Hizmetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Teklifi'dir. Sonuncusu ise, 30 Mayıs 2008 tarihinde

ivme kazanan marketleşme süreci, zamanla süpermarket, hipermarket ve grosmarket şeklinde adlandırılmak suretiyle büyük bir gelişim göstermiştir. Her türlü tüketim maddesi ve ihtiyaç malzemesinin perakende ticaretinin yapıldığı ve büyük mağaza diye adlandırılan bu alışveriş merkezlerinin sayılarının artması beraberinde bazı problemleri de ortaya çıkarmıştır.

Avrupa ülkeleri ve Amerika'da yapılan hukuki düzenlemelerle önlenen problemlerin, ülkemizde de önüne geçilmesi amacıyla; Bakanlığımızca, Büyük mağazaların kurulmaları, ticari faaliyette bulunmaları ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen "Büyük Mağazalar Kanunu Tasarısı" hazırlanmıştır.

Aynı bültende tasarının hazırlanması sürecine ilişkin olarak, tasarının hazırlanmasında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın resmi internet sayfasına iletilen kamuoyu görüşleri ile gerek resmi kurumları, gerekse sivil örgütlerin de fikir ve görüşlerinin alındığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, valilikler, büyük şehir belediye başkanlıkları, TÜSİAD, Alışveriş Merkezleri Perakendeciler Derneği (AMPD), büyük mağazalar, TESK, TESKOMB, Esnaf ve Sanatkârlar Federasyonları ve Esnaf ve Sanatkârlar Odaları, Birlikleri, TOBB, Ticaret ve Sanayi Odaları, tüketici vakıf ve dernekleri yetkilileri ile beş hafta süren periyodik toplantılar yürütüldüğü ve anılan tarafların tasarıya ilişkin görüş ve önerilerinin değerlendirildiğinin altı çizilmiştir. Bakanlık tasarının hazırlanmasında Fransa, Almanya ve Amerika mevzuatının göz önünde bulundurulduğunu ve İngiliz perakende şirketi TescoPLC ile Alman Metro AG'nin görüşlerinin alındığını belirtmiştir.

Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanlığı tarafından TBMM Başkanlığı'na sunulan Perakende Ticaret İle Esnaf ve Sanatkârlık Hizmetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Teklifi'dir⁷⁸².

2.5.2 Düzenlemenin Gerekçeleri

Ülkemizde organize perakende sektörüne yönelik yasal düzenleme çalışmalarının başlamasına yol açan gelişmeler, organize perakendenin güç kazanması ile paralel bir ilerleme göstermiştir.

Daha önce de açıkladığımız üzere, organize perakendeci gruplar, geleneksel perakendeye nazaran çok daha geniş mağaza ve satış alanları ile, belirli bir bölge veya ülkenin tamamı, hatta bazı durumlarda birden çok ülkeye yayılan, farklı boyutlardaki mağazaların birleşiminden oluşmaktadır. Organize perakendeci grupları, geleneksel perakendecilere nazaran çok yüksek olan alım tutarları sayesinde düşük fiyatlı ürün tedarik edebilmekte ve bu maliyet avantajlarını satış fiyatlarına da yansıtılabildikleri için, tüketiciler tarafından tercih edilmektedirler.

Organize perakendeciliğin gelişmesi ve geleneksel perakendeye karşı güç kazanmasının diğer nedenleri arasında, tüketicilerin ihtiyaç duyabilecekleri pek çok ürünü aynı satış noktasında birleştirmeleri, daha geniş ve rahat bir alışveriş ortamı sağlamaları, çoğu zaman otopark ve tüketici servisi gibi ulaşım kolaylıkları sunmaları, mağaza içi ve dışında gerçekleştirilen çeşitli reklâm-tanıtım etkinlikleri ile tüketici dikkatini ve alışveriş eğilimini canlı tutabilmeleri de sayılabilecektir.

Organize perakendeci grupları, her geçen gün büyüyen alım gücü ve pazar payı ile geleneksel perakendeciler için güçlü bir rakip haline gelmiştir. Geleneksel

⁷⁸² Kanun tekliflerinin her üçüne de TBMM'nin resmi internet sayfasından ulaşılabilir. Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic.

perakendeciler, organize perakendeci grupları karşısında sürekli pazar payı kaybetmekte ve satış noktaları yavaş yavaş kapanmaktadır.

Tüm bu gelişmeler, bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, ülkemizde de organize perakendeci gruplara karşı, geleneksel perakendecilerin korunmasını amaç edinen bir düzenleme yapılması tartışmalarını başlatmıştır. Bu tartışmaya, organize perakendecilerin, sağlayıcılarını kendi fiyat, indirim ve diğer ticari koşullarına uymaya zorlayan haksız uygulamaları da eklenmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz, organize perakendeci gruplara yönelik olarak hazırlanan düzenleme çalışmaları, bu sorunların çözümünü sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim Sanayi ve Ticaret Eski Bakanı Ali Coşkun'un "Büyük Mağazalar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Basın Açıklamasında, ülkemizdeki büyük mağaza sayısının artmaya devam ettiği, bu durumun kent planlaması bakımından sorunlara neden olabileceği, bu nedenle ülkemizde de Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, büyük mağazaların kurulmalarını izne bağlayan bir düzenlemenin yapılması gereğinin altı çizilmiştir⁷⁸³. Açıklama, büyük mağazaların haksız uygulamalarından, gerek geleneksel perakendecilerin, gerekse sağlayıcı ve tüketicilerin korunmasının önemi üzerinde de durmuştur.

Aynı şekilde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın resmi internet sitesinde yayınlanan Büyük Mağazalar Kanun Tasarısı Taslağı'nın Genel Gerekçe'sinde de tüm bu hususlara ek olarak, ticari hayatın daha sağlıklı hale getirilmesi, piyasa ekonomisi gereklilikleri ve bu alandaki çağdaş dünya örneklerinin ülkemizde de hayata geçirilmesi gereğinin altı çizilmiştir. Genel Gerekçe'nin ilgili kısmı şöyledir:

"Kanun Tasarısı ile, yukarıda açıklanan gerekçe ve beklentiler çerçevesinde; ticari hayatın daha sağlıklı hale gelmesi, geleceğe dönük bu alana ilişkin çağdaş dünya örneklerinin ülkemizde hayata

⁷⁸³ Bkz. dn. 781.

geçirilmesi, kamu yararının korunması, esnaf ve sanatkârlar ile büyük mağazaların piyasa ekonomisi gereklilikleri doğrultusunda ve Avrupa Birliği normları çerçevesinde çağdaş bir ortamda ticari faaliyetlerini sürdürmeleri için belirlenen ölçekteki büyük mağazaların kuruluşlarına ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi ve böylece bu konudaki yasal boşluğun giderilmesi amaçlanmıştır.”

TBMM’nde Komisyonlarda görüşülmekte olan her üç kanun teklifinin de genel gerekçelerinde, organize perakende sektöründeki düzenleme boşluğuna özellikle dikkat çekilmekte, büyük ölçekli organize perakende grupları karşısında geleneksel perakendecilerin ezilmelerinin önlenmesi gereği açıklanmaktadır⁷⁸⁴.

2.5.3 Düzenlemelerin Temel Esasları

Ülkemizde organize perakendeciliğin düzenlenmesine yönelik olarak yürütülen mevzuat çalışmaları 2003 yılından bu yana sürmekte beraber, çok sayıda taslak hazırlanmış, TBMM Başkanlığı’na çeşitli kanun teklifleri sunulmuş ise de, henüz hiçbir kanunlaşmamıştır.

Biz, bu düzenleme çalışmalarından, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından, diğer Bakanlıklar ile kurumların da görüşleri alınmak suretiyle hazırlanan en son tarihli (Ocak 2010) Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarı Taslağını (“Taslak Kanun”) ele alacak ve inceleyeceğiz⁷⁸⁵.

Yukarıda andığımız Büyük Mağazalar Kanun Teklifi, Perakende Ticaret, Alışveriş Merkezleri ve Büyük Mağazalar ile Esnaf ve Sanatkârlık Hizmetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Teklifi ile Perakende Ticaret İle Esnaf ve Sanatkârlık Hizmetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Teklifi’ni ise

⁷⁸⁴ Bkz. dn. 782.

⁷⁸⁵ Taslak Kanun’un tam metni Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın resmi internet sayfasında yayımlanmaktadır. Bkz. www.sanayi.gov.tr.

incelemeyeceğiz⁷⁸⁶. Her üç kanun teklifi de uzun zamandır TBMM Komisyonlarında beklemekte olup, benzer düzenlemeler içermektedir. Kısaca özetlemek gerekirse, her üç kanun teklifi de, büyük mağazaların kuruluşlarının izin sistemine bağlanması, bir büyük mağazalar sicili oluşturulması, otopark mecburiyeti, çalışma saatleri ve indirim dönemlerine ilişkin benzer düzenlemeler öngörmektedir.

2.5.3.1 Kapsam ve Amaç

Düzenlemenin amacı, organize perakende mağazalarının açılış şart ve usulünü tespit etmek ve organize perakendecilik faaliyetlerinin denetim altına alınmasını sağlamaktır. Bu husus Taslak Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde şöyle ifade edilmektedir:

“Bu Kanunun amacı, alışveriş merkezlerinin, büyük mağazaların ve zincir mağazaların kuruluşlarına, faaliyetlerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Aynı hüküm, Taslak Kanun'un hangi ad altında olursa olsun, büyük mağazalar ve zincir mağazalara uygulanacağını da öngörmektedir. Kanaatimizce, Taslak Kanun'un hangi ad altında olursa olsun, tüm büyük mağazaları ve zincir mağazaları kapsamına alması isabetli olmuştur. Nitekim yukarıda da değindiğimiz üzere, organize perakendeci grupları değişik isimler altında farklı tarz ve büyüklüklerde mağazalar işletmektedir.

Taslak Kanun, kapsamına aldığı büyük mağazaları 400 m2 ve üzeri satış alanına sahip satış noktaları ile sınırlamıştır. Bu yaklaşım, düzenlemenin geleneksel perakendecilere ait mütevazı satış noktalarını kapsamına almaması bakımından olumludur.

⁷⁸⁶ Bkz. dn. 782.

Aynı hüküm, bir taraftan olumlu ise de, organize perakendeci gruplarına ait olan 400 m²'nin altında satış alanına sahip mağazaların kapsam dışı bırakılması nedeniyle eleştirilebilirdi⁷⁸⁷. Ancak Taslak Kanun, bu eleştirileri önleyecek bir hüküm öngörmüş ve büyük mağazalar ile birlikte zincir mağazaları da kapsamına almıştır. Zincir mağazalar, Taslak Kanun'un 2. maddesinde şöyle tanımlanmaktadır:

“Zincir mağaza, satış alanı büyüklüğüne bakılmaksızın 400 m² ve altında satış alanına sahip, tüketim maddeleri ve/veya ihtiyaç malzemelerinin perakende ve/veya toptan satışının yapıldığı, aynı ticaret unvanı altında ve/veya işletme adı altında bir merkeze bağlı ez az on ticari işletmesi bulunan iş yerleri ile işletme sayısına bakılmaksızın büyük mağaza zincirlerini ifade eder”.

Böylece, organize perakendeci grupları tarafından işletilen ve 400 m²'nin altında satış alanına sahip mağazaların da Taslak Kanun'un uygulama alanına gireceği anlaşılmaktadır.

Taslak Kanun'un kapsamına ilişkin önemli bir husus da, büyük mağaza tanımından doğmaktadır. Nitekim Taslak Kanun'da yer verilen büyük mağaza tanımı, sadece organize perakendeci grupların 400 m²'den büyük satış alanına sahip mağazalarının değil, tüketim maddeleri ve/veya ihtiyaç malzemelerinin perakende ve/veya toptan satışının yapıldığı tüm mağazaları kapsamına almaktadır. Dolayısıyla, Taslak Kanun sadece organize perakendeci grupların mağazalarını değil, 400 m²'den büyük olması kaydıyla, market veya süpermarket işletmelerini kuruluş esaslarını ve faaliyetlerini ve hatta toptan satış yapılan mağazalara da uygulanacaktır.

Taslak Kanun'un “İstisnalar” başlıklı 8. maddesi bu düzenleme kapsamına girmeyen halleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir:

⁷⁸⁷ Nitekim Taslak Kanun'dan önceki son düzenleme (31 Ocak 2008 tarihli taslak), 400 m²'nin altında satış alanı sahibi mağazaları kapsamı dışında bırakmıştı. Bkz. dn. 783.

“Bu Kanunun uygulanması bakımından kuruluş izni almaya gerek bulunmadan belediyelerce izin verilen işyerleri, aşağıda belirtilmiştir.

- a) *Sadece ürettikleri mamulleri doğrudan halka satan ve üretim tesisi yanında kurulan bin metre kareyi aşmayan bir adet fabrika satış mağazası.*
- b) *Belirli bir alanda, bir proje veya plan bütünlüğü içinde, belirli bir ihtisas alanında ticari faaliyette bulunan işyerlerinden oluşan toplu işyerleri,*
- c) *Bir sokak, cadde veya meydandan, ayrı veya aynı sokaktaki cadde veya meydanlara üstü kapalı olarak geçit imkânı sağlayan ve çeşitli işyerlerini içine alan pasajlar ile çarşı olarak kullanılan çok katlı iş hanları ve buralardaki işyerleri,*
- d) *İlaç depoları ve eczaneler,*
- e) *Mahalli idareler tarafından oluşturulan semt pazarları,*
- f) *Balıkçı ve toptancı halleri,*
- g) *Lokanta, kafeterya, pastane, çay bahçesi, kahvehane, kiraathane ve benzeri işyerleri,*
- h) *Açık oto pazarları,*
- i) *Organize sanayi bölgeleri ve sanayi siteleri gibi üretim ve ticaret merkezlerinde yer alan ve bu merkezlerde üretilen malların satışının yapıldığı yerler,*
- j) *Fuarlar ve panayırlar.”*

2.5.3.2 Büyük Mağaza ve Zincir Mağaza Tanımları

Taslak Kanun’daki büyük mağaza tanımına yukarıda açıklamıştık. Buna göre, bir mağazanın büyük mağaza sayılıp sayılmadığının tespitinde, öncelikle satış alanının 400 m²’den büyük olup olmadığına bakılacaktır⁷⁸⁸. Satış alanı 400 m²’den büyük bir mağazanın, büyük mağaza sayılması için, tüketim ve/veya ihtiyaç malzemeleri satışıyla iştigal etmesi yeterlidir. Mağazanın perakende ve/veya toptan satış yapması önemsizdir.

⁷⁸⁸

Taslak Kanun’un 2. maddesi satış alanını, “münhasıran büro amaçlı kullanılan işyerleri ile konaklama, otopark, depolama, ve üretim tesis ve alanları hariç, ortak kullanıl alanları dahil, alışveriş merkezince yer alan işyerlerinin toplam alanlarını, büyük mağazaların ve zincir mağazaların doğrudan satış anaları ile aracı satıcılara kiraladığı alanların toplamı” şeklinde tanımlamıştır.

Perakende pazarına yönelik bir düzenlemenin, toptan satış yapan mağazaları da kapsamına alması, ilk bakışta eleştirilere neden olabilecek bir husus ise de, biz bu düzenlemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Nitekim büyük organize perakendeci gruplarının, perakende satış mağazaları yanında, özellikle küçük perakendecilere yönelik olarak toptan satış yapan, hatta her iki satış usulünü de uygulayan mağazaları da bulunmaktadır. Düzenleme, bu mağazaları da kapsamına almaktadır. Kanaatimizce, aynı satın alma merkezi vasıtasıyla alım yapan, aynı perakendeci grubuna ait farklı mağazaların, sağlayıcılar veya üreticiler ile ilişkileri bakımından aynı düzenlemelere tabi tutulmaları isabetlidir. Nitekim organize perakendeci gruplarının toptan satış yapan mağazaları kapsam dışı bırakılırdı, uygulamada sorunlara (örneğin, muhasebesel açıdan) ve neticede Taslak Kanun'da amaçlanan faydaların sağlanamamasına neden olabilirdi.

Büyük mağaza tanımı, yalnızca organize perakendeci gruplarının mağazaları değil, 400 m²'nin üstünde olması kaydıyla, aslında geleneksel perakende içinde kabul edilen market ve süpermarketleri de kapsamaktadır. Bu vesile ile geleneksel perakende içinde kabul edilen market ve süpermarketler de, Taslak Kanun ile getirilen düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Kanaatimizce, bu durum Taslak Kanun'un geleneksel perakendecileri koruma amaçları ile çelişmektedir. Bu düzenleme, organize perakendeci grupları gibi yüksek alım gücüne ve iş hacmine sahip olmayan bazı perakendecilerde işletmelerini, organize perakendeci gruplarının tabi olduğu ödeme şartlarına tabi tutulmalarına neden olacaktır. Bu ise, hâlihazırda organize perakendeci grupları karşısında rekabet etmeye çalışan işletmelerin rekabet gücünü daha da düşürecektir.

Tüm bu nedenler, biz Taslak Kanun'daki büyük mağaza tanımının yalnızca organize perakendeci grupları tarafından kurulan 400 m²'nin üstünde satış alanına sahip mağazaları kapsayacak şekilde değiştirilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Taslak Kanun zincir mağazaları da kapsamına almaktadır. Bu tanım uyarınca, aynı ticaret unvanı ve/veya işletme adı altında faaliyet gösteren 10 ve üzeri sayıdaki mağazalar, Taslak Kanun'un kapsamına girmektedir. Düzenleme, bir zincir mağazanın varlığına ilişkin olarak 10 mağaza sınırını öngörmektedir. Taslak Kanun'un gerekçesinde, bu sınırın herhangi bir pazar araştırmasına dayanıp dayanmadığı belirtilmemiştir. Bu sınırın Türk perakende pazarındaki oluşum karşısında, yerinde olup olmadığı ancak Taslak Kanun yürürlüğe girdikten sonra uygulama sonuçlarına bakılarak değerlendirilecektir. Kanaatimizce, belirli bir büyüklüğü ve alım gücünü göstermesi bakımından, mağaza sayısı sınırı ile beraber veya seçimlik olarak yıllık ciro sınırı getirilmesi de düşünülebilirdi.

2.5.3.3 Büyük Mağazaların Açılışının İzne Tabi Kılınması

Taslak Kanun'un "Kuruluş İzni" başlıklı 4. maddesi ile, büyük mağazaların ve zincir mağazaların kuruluş izinlerini farklı şekilde düzenlemiştir. İzin usulü, mağazaların büyüklüğüne ve bulunduğu bölgeye göre değişiklik göstermektedir.

Buna göre, satış alanı 400 m² ve altında olan zincir mağazaların kuruluş izinleri, genel hükümlere göre sınırları içinde bulunduğu belediye tarafından verilecektir.

Satış alanı 5000 m²'ye kadar olan büyük olan büyük mağazaların kuruluş izinleri, imar planlarında belirlenen ticaret alanlarında, kentsel ve bölgesel iş merkezlerinde ya da tali iş merkezlerinde doğrudan belediyeler tarafından verilecektir. İmar planlarında bu şekilde belirlenmiş alanlar bulunmuyorsa, bu izin Değerlendirme Komisyonu tarafından hazırlanan Rapora göre, yine belediyeler tarafından verilecektir. Büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan büyük mağazaların kuruluş izinleri ise büyükşehir belediyesi tarafından verilecektir.

Satış alanı 5000 m²'den büyük olan büyük mağazaların kuruluş izinleri ise, imar planlarında belirlenen ticaret alanlarında, kentsel ve bölgesel iş merkezlerinde ya da tali iş merkezlerinde doğrudan valilik tarafından verilecektir. İmar planlarında bu şekilde belirlenmiş alanlar bulunmuyorsa, kuruluş izni, Değerlendirme Komisyonu tarafından hazırlanan rapora göre ve yine valilik verecektir.

İmar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi belirlenmemiş olan yerlerde ise, Değerlendirme Komisyonu tarafından hazırlanan rapora göre, belediye veya valilik tarafından verilen izinler, ancak ilgili imar planına işlendikten sonra hüküm ifade edecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, kuruluş izni, büyük mağazanın faaliyete geçmesinin ön koşullarından birini teşkil etmekte olup, yoksa diğer mevzuat tarafından alınması gerekli olan izin ve ruhsatların yerine geçmeyecektir⁷⁸⁹.

Taslak Kanun, kuruluş izni verilirken yetkili mercii tarafından dikkate alınması gereken kıstasları da belirlemiştir. Buna göre, büyük mağaza kurulabilmesi için; öncelikle imar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi ayrılmış olması ve bu alanların büyük mağaza kurulmasına müsait bulunması şartı aranacaktır.

İzin talebi, faaliyet gösterilecek yerdeki yapı yoğunluğunun elverişliliği, nüfus ve trafik yoğunluğu, faaliyet gösterilecek yerdeki esnaf ve sanatkârlar ile küçük ve orta boy işletme yoğunluğu, satış alanları büyüklüklerine göre büyük mağazaların şehir yerleşim merkezlerine ve birbirlerine olan uzaklıkları, büyük mağazaların ulaşım, otopark, sosyal tesisleri ile şehir alt yapısına getireceği yükler ve çevre sorunları, mevcut yapıların büyük mağaza olarak kurulmasının talep edilmesi halinde, yapı kullanma izin belgesinin varlığı, yapı standardının büyük mağaza

⁷⁸⁹ Bu husus, düzenlemede ayrıca belirtilmiştir. Bkz. Taslak Kanun, m. 3.

kullanımına uygun olması, depreme dayanıklılık, yangın ve benzeri risk durumları için tedbirlerin yeterliliği kıstasları dikkate alınmak suretiyle değerlendirilecektir.

Madde Gerekçesi'nde yer verilen açıklamalara göre, büyük mağaza kurulabilmesi için öncelikle imar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi ayrılmış olması ve bu alanların büyük mağaza kurulmasına müsait bulunması şartı aranmış ve büyük mağazaların bu yerlerde kurulması esası benimsenmiştir. Anılan düzenleme, şehir planları yapılırken, bu tip alanların ayrılması gerekliliğine işaret etmektedir. İmar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi ayrılmış olması halinde, kuruluş izin talebinin maddede belirtilen koşullar çerçevesinde değerlendirilecek, imar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi ayrılmamış olması halinde, kuruluş izin talebinin maddede belirtilen koşullar yanında, yönetmelikle belirlenecek diğer koşulları içeren rapor çerçevesinde değerlendirilecektir.

Görüleceği üzere, kuruluş izin talebinin değerlendirilmesi bakımından ikili bir düzenleme öngörülmektedir. Ancak her iki durumda da talebin, faaliyet gösterilecek yerdeki yapı yoğunluğunun elverişliliği, nüfus ve trafik yoğunluğu, o yerdeki esnaf ve sanatkârlar ile küçük ve orta boy işletmelerin korunması amacıyla bunların o yerdeki yoğunluğu, büyük mağazaların şehir yerleşim merkezlerine ve birbirlerine olan uzaklıkları, alt yapı sorunlarına yol açmamak amacıyla ulaşım, otopark, sosyal tesisler ile şehir alt yapısına getireceği yükler ve çevre sorunları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, mevcut yapıların büyük mağaza olarak kurulmasının talep edilmesi halinde, yapı kullanma izin belgesinin varlığı, yapı standardının büyük mağaza kullanımına uygun olması, depreme dayanıklılık, yangın ve benzeri risk durumları için tedbirlerin yeterli olup olmadığı da incelenecektir.

Taslak Kanun, izin talebinin piyasa ekonomisi ve ticari kurallardaki gelişmeler ışığında, kamu yararı esas alınarak, yetkili makam tarafından değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Nitekim kuruluş izin talebinin kabulü veya reddi, gerekçeleri de belirtilmek suretiyle talep sahiplerine bildirilir. Kuruluş talebinin reddedilmesi halinde, bu red kararı dava konusu edilir ve bu dava da reddedilip karar kesinleşirse, aynı yer için yeniden yapılacak kuruluş talepleri artık, başka bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilebilir.

Taslak Kanun'a göre, imar planlarında ticaret alanı, kentsel ve bölgesel iş merkezi ya da tali iş merkezi ayrılmamış olması halinde, kuruluş izin talebi, yukarıdaki koşullar ile yönetmelikle belirlenecek diğer koşulları içeren Rapor çerçevesinde değerlendirilir. Yetkili mercii kuruluş talebinin uygun bulup bulmadığına ilişkin kararını kendisine başvurulma tarihinden itibaren 30 gün içinde vermelidir. Düzenleme, kuruluş izninin bu süre içinde verilmemesine, herhangi bir hukuki sonuç bağlamamıştır.

Taslak Kanuna göre, kuruluş iznine ilişkin belgenin içeriği ve şekli yönetmelikle belirlenecek olup, valilik tarafından tanzim edilecektir ve talep sahiplerine teslim edilecektir.

Kanaatimizce, düzenlemenin büyük mağazaların açılışını, mağazaların büyüklük ve açılış yerlerine göre farklı usullere bağlaması ve bunu yaparken de, ilgili demografik ve ekonomik özelliklerinin dikkate alınmasını öngörmesi isabetli bir yaklaşımdır. Nitekim büyük mağazaların faaliyet gösterecekleri yerlerdeki, nüfus ve trafik yoğunluğu, aynı bölgede faaliyet gösteren esnaf ve sanatkârlar ile küçük ve orta boy perakendecilerin varlık ve sayıları ile ulaşım, otopark, sosyal tesisler vs. gibi hususlar, ilgili bölgedeki pazarın yapısı ve şartlarının değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

2.5.3.4 Büyük Mağazaların Yükümlülükleri

Taslak Kanun, büyük mağazaların uymaları gereken birçok yükümlülük öngörmektedir. Bu yükümlülükler, otopark tahsisi, çalışma saatleri, kampanyalı veya indirimli satışlar, satış fiyatları, müşteri servisleri ve sağlayıcıdan alınan ücretlere ilişkin olup, aşağıda özetlenmektedir.

2.5.3.4.1 Otopark Yükümlülüğü

Taslak Kanun m. 6, büyük mağazaların inşaat yapı alanının yarısına (1), satış alanı 200–400 m² arasındaki mağazaların satış alanlarının % 30'una (2) ve satış alanı 200 m²'nin altındaki zincir mağazaların ise satış alanlarının % 25'ine (3) karşılık gelecek bir alanı müşterilerin ücretsiz kullanımı için otopark olarak düzenlemelerini öngörmektedir⁷⁹⁰. Bu hüküm çerçevesinde müşterilere tahsis edilecek otopark, mağaza ile aynı mahalde bulunmalıdır. Taslak Kanun'da "aynı mahal" ifadesi ile ne kastedildiği belirtilmemiş ise de, perakende pazarındaki yaygın uygulamalara göre bu mahallin, mağazaya bitişik, mağazadan doğrudan ulaşım sağlanabilen bir yeri işaret ettiği düşünülmektedir.

Giriş ve çıkışları mahalli idareleri tarafından araç trafiğine kapatılmış olan yerlerdeki büyük mağaza ve zincir mağazalar için aynı mahalde otopark ayırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Düzenlemede, anılan nedenle yükümlülüğün kapsamına girmeyen mağazaların, otopark yükümlülüğünden tamamen mi kurtulacakları, yoksa yakın başka bir mahalde de olsa otopark tahsis etmelerinin gerekip gerekmeyeceği anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce, Taslak Kanun'da bu konuda bir açıklık bulunmaması nedeniyle böyle bir yükümlülüğün olmayacağı yolunda yorum yapmak daha doğru olacaktır.

⁷⁹⁰ Taslak Kanun, alışveriş merkezleri için sanat galerisi ve atölyesi olarak kullanılmak üzere alan ayırma ve tanzim etme mecburiyeti getirmektedir.

2.5.3.4.2 Yasaklar

Taslak Kanun m. 12 büyük mağazaların faaliyetlerine ilişkin yasakları öngörmektedir. Bu yasaklar, perakendeci markaları, bazı hizmetler, indirimli ve zararına satışlar, çalışma gün ve saatleri ile tedarik ve ödeme şartlarına ilişkin olup, aşağıda değerlendirilecektir.

2.5.3.4.2.1 Perakendeci Markalarına İlişkin Sınırlama

Organize perakendeci grupları küçük veya orta büyüklükteki üreticiler ile fason üretim anlaşmaları yapmak suretiyle, mağazalarında satışa sundukları pek çok ürünü kendi markaları altında üretimini yaptırmaktadır. Günümüzde giderek yaygınlaşan ve perakendeci gruplarının ciroları içinde önemli bir yer tutmaya başlayan, perakendeci markaları, genellikle markalı ürünlere nazaran daha düşük fiyatlarla satılmaktadır.

Perakendeci markaları, perakendecilerin üretici veya tedarikçiler ile dikey düzlemde olan ticari ilişkilerine, yatay bir düzenleme eklemiş ve iki tarafı birbirine rakip hale getirmiştir.

Küçük veya orta büyüklükteki üreticiler için tam tersi bir durum söz konusudur. Nitekim küçük ve orta ölçekli üreticilerin kendi markalarına yatırım yapmaları ve büyük pazarlama maliyetlerine katlanmaları oldukça zordur. Ayrıca bilindiği üzere, üreticiler için raflarda bulunmanın bedeli de oldukça yüksektir. Bu nedenle, küçük üreticilerin kendi markaları ile zincir marketlerin raflarında yer bulmaları çok zor iken, perakendeci markaları yoluyla kolaylıkla giriş yapabilmektedir.

Taslak Kanun, büyük mağazaların tedarikçi veya üreticilere ürettirip satın aldıkları ürünleri kendi markaları altında satmaları halinde (perakendeci markaları), bu satışların ilgili ürün kategorisindeki cirolarının % 20'sini geçemeyeceğini şart koşmuştur.

Bize göre, perakendeci markalarına ilişkin olarak öngörülecek düzenleme, bu ürünlerin pazardaki etkileri dikkate alınmak suretiyle hazırlanmalıdır. Perakendeci markalarının ilgili pazardaki rekabeti bozucu etkileri, kendiliğinden değil, bu ürünlere perakendeciler tarafından yapılan özel uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, perakendeci markaları genellikle düşük fiyatlı, perakendeciler tarafından tanıtım yatırımına konu edilmeyen, hatta markalı ürün üreticilerinden talep edilen sergileme (listing) bedeli istenmeden satışa sunulan ürünlerdir. Perakendeci diğer markalı ürünlerin satışları vasıtasıyla tüketici eğilimleri ve değişimlerini yakından takip edebildiği için, bu ürünler için tüketici araştırmaları yapma gereği dahi bulunmamaktadır.

Perakendeci markaları, tüm bu açılardan, markalı ürünlere nazaran avantajlı durumdadır. Bu avantajlı durum, perakendeci markaları için bir nevi çapraz sübvansiyon etkisi yaratmakta ve pek çok maliyette arı olan bu ürünlerin rakiplerine nazaran daha ucuz fiyatlı kalmalarını sağlamaktadır.

Bizim kanaatimiz, perakendeci markalarına yönelik yapılacak düzenlemenin, bu ürünlerin üretim ve satışının kısıtlamaktan ziyade, perakendecilerin bu ürünler ile markalı ürünlere farklı uygulamalar yapmalarını engellemesi gerektiğidir.

Düzenlemenin bu hali kabul edilmesi, perakendeci markalı ürünlerin satışından elde ettikleri gelirler azalacak olan perakendecilerin, bu kayıplarını karşılamak üzere sağlayıcılarından daha da yüksek hizmet bedelleri talep etmelerini engellemeyecektir.

Sonuç olarak, Taslak Kanun'dan perakendeci markalarına sınırlama getiren düzenlemenin çıkarılması ve perakendeci-sağlayıcı ilişkilerindeki haksız uygulamaların ortadan kaldırılması için aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere, hizmet bedellerinin yasaklanması ve çok sıkı bir düzenleme ve denetime tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz.

2.5.3.4.2.2 Hizmetlerin Bedelsizliği

Taslak Kanun'un m. 10 (b) bendi, büyük mağazalar ve zincir mağazaların, sağlayıcılardan yeni mağaza açılışı veya tadilatı, sezon açılışı, yıl dönümü bedeli veya banka ve kredi kartı katılım bedeli talep etmelerini yasaklamaktadır.

Organize perakendecilerin sıklıkla başvurduğu ve "tadilat parası", "tadilata iştirak parası", "açılış parası", "market açılışı bedeli" adıyla da anılan bu uygulamalar, aslında perakendeci tarafından sunulan bir hizmete ilişkin olmayan, dolayısıyla herhangi bir karşılığı olmayan, tamamen keyfi şekilde belirlenen ödemelerdir. Bu nedenle, bu ödemelerin tamamı tedarik fiyatı üzerinde gerçekleştirilen indirim niteliği taşımaktadır.

Düzenleme, büyük mağazalar veya zincir mağazaların, sağlayıcılarından ancak aralarındaki sözleşmelerde öngörölmüş ise, hizmet, raf ve anons bedeli veya çeşitli adlar altında prim talep edilebileceğini belirtmiştir. Nitekim bu hallerde, talep edilebilecek toplam tutar, alışverişe konu malın yıllık cirosunun en fazla % 2'sine kadar olabilecektir.

Burada bahsedilen ödemeler, uygulamada perakendecilerin sıklıkla başvurduğu "raf bedeli", "insert bedeli", "gondol bedelleri", "iyi yer bedeli", "anons parası", "sergi parası" olarak anılan ödemelerdir.

Görüleceği üzere, Taslak Kanun bahis konusu uygulamaları tamamen yasaklamamıştır. Organize perakendecilerin, ancak sağlayıcıları ile aralarındaki sözleşmelerde öngörölmüş olması kaydıyla, bu hizmetlere ilişkin ödemeler talep edebileceklerini kabul etmiştir.

Taslak Kanun'un hizmet bedellerinin yazılı sözleşmeye bağlanmasına ilişkin düzenlemesinin, sağlayıcıları organize perakendecilerin dayatmalarından

koruyamayacağı açıktır. Nitekim organize perakendeciler sağlayıcıları ile yapacakları sözleşmelere, tedarigi kesme tehdidi ile, koydurabileceklerine şüphe yoktur. Yine de, perakendecilerin bu hizmetler için isteyebilecekleri tutarların, ilgili ürününün cirosunun belirli bir yüzdesi ile sınırlandırılması, sağlayıcıların da katlanacakları indirim veya ödemeleri önceden bilmeleri açısından isabetli olacaktır.

Kanaatimizce, Taslak Kanun'un bu hükmü perakendeciler tarafından sağlayıcılarından talep edilen tutarların ismen belirtilmesi yerinde değildir. Bu uygulamaların isim isim belirtilmesi yerine, “gerçek bir hizmetin karşılık olma” kıstasının benimsenmesi ve gerçek bir hizmete karşılık olmayan taleplerin yasaklanarak, bir hizmet karşılığı talep edilen tutarlara ise bir sınır benimsenmesi daha isabetli olurdu. Böylece uygulamada farklı isimler alabilen taleplerin bir hizmet karşılığında olup olmalarına göre değerlendirme yapılırdı. Örneğin, uygulamada organize perakendeciler sağlayıcılarından “konser parası”, “yardım parası” gibi hiçbir karşılığı bulunmayan tutarlar da talep edebilmektedir. Bizim önerdiğimiz düzenleme yapılırsa, bu nitelikte taleplerin tamamı, herhangi bir şüpheye mahal bırakmaz bir şekilde yasaklanacaktır.

2.5.3.4.2.3 Çalışma Gün ve Saatleri

Taslak Kanun m. 7, büyük mağazaların çalışma gün ve saatlerine ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, büyük mağazaların çalışma saatleri belediye sınırları içinde belediye encümeni, dışında ise il encümeni tarafından, mağazanın bulunduğu yerin nüfusuna, sosyo-ekonomik düzeyine ve mevsim şartlarına göre belirlenecektir.

Birçok ülkede perakende sektöründe çalışma saatlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Fransa'da büyük mağazalar boyutlarına göre haftanın iki (cumartesi - pazar) veya bir buçuk günü (cumartesi öğlenden sonra – pazar) kapalı tutulmaktadır. Bu düzenlemelerin genel amacı, en azından belirli günlerde ve günün

belli saatlerinde, geleneksel perakendenin, organize perakendenin rekabetçi baskısından kurtulmasıdır.

Ülkemizde de benzer bir düzenlemenin getirilmesi, geleneksel perakendecilerin korunması ve faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından fayda sağlayabilir.

2.5.3.4.2.4 Satın Alma ve Ödeme Kuralları

Taslak Kanun'un 9. maddesi, büyük mağazaların ve zincir mağazaların sağlayıcıları ile aralarındaki satın alma ve ödeme kurallarını düzenlemektedir. Buna göre, büyük mağazaların, alışveriş yaptıkları işyerleriyle aralarında ticari mevzuata ve teamüllere uygun olarak satın alma ve ödeme şartlarını yazılı olarak kararlaştırmaları esastır. Düzenlemeye göre, bu kurallar ancak taraf arasında yazılı bir sözleşme bulunmaması veya sözleşmede bu konuların öngörülmemiş olması halinde uygulanacaktır.

Bize göre, Taslak Kanun'da öngörülen ve yazılı olarak yapılması kaydıyla geçerli olan her türlü ödeme koşullarının, yalnızca taraflar arasında yazılı olarak yapılmış olmaları nedeniyle, üretici veya sağlayıcılar lehine olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim günümüzde de, organize perakendeci gruplar ile üretici veya sağlayıcıları arasında yapılan satım anlaşmalarının neredeyse tamamının, indirim - kota uygulamaları, diğer avantajlar vs. şartları çoğunlukla ile yazılı olarak yapılmaktadır.

Taslak Kanun'da öngörülen düzenlemeye göre, büyük mağazalar sağlayıcılarından satın aldıkları malların bedelini, malların kendilerine tesliminde itibaren en geç altmışıncı günde ödemek zorundadırlar.

Taslak Kanun'un eski halinde (31 Ocak 2008), büyük mağazaların sağlayıcılarından satın aldıkları malların bedelini, malların kendilerine tesliminde

itibaren en geç altmışıncı günde ödemeleri genel bir kural olarak kabul edilmekle beraber, bu düzenlemeye bazı ürün grupları (taze etler, süt, süt ürünleri, bozulabilen veya günlük kaydıyla satılan ürünler, yaş sebze ve meyve) için farklı düzenlemeler öngörülmüştü. Buna göre, taze etler ve et ürünleri ile süt ve süt ürünlerinin satış bedellerini teslim tarihinden itibaren en geç otuzuncu günde, yaş sebze ve meyve ürünlerinin satış bedellerinin teslim tarihinden itibaren en geç otuzuncu günde, otuz gün içinde bozulabilen veya günlük kaydıyla satılan besin ürünlerinin satış bedellerini teslim tarihinden itibaren en geç on beşinci günde, ödenecekti.

Taslak Kanun, bu yaklaşımı benimsememiş ve her ürün grubu için, aksi yazılı olarak kararlaştırılmamış ise, aynı ödeme süresinin geçerli olacağını öngörmüştür.

Ödeme şartlarına uyulmaması halinde, fatura tutarı üzerinden, “T.C. Merkez Bankası reeskont ve avans işlemlerinde uygulanan faiz oranı”nda gecikme faizi uygulanacaktır.

Taslak Kanun’un ifadesinden, faize ilişkin hükmün, m. 9/I’de olduğu gibi, taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin bulunmaması veya bulunuyorsa, bu sözleşmede faiz hükmü öngörülmemesi halinde uygulanmak üzere mi öngörüldüğü anlaşılmamaktadır. Hükümde öngörülen faiz düzenlemesi, bizce zaten ticari işlerde öngörülen kanuni temerrüt faizidir. Bu nedenle, anıla düzenleme hiç yapılmayıp da aynı sonuca ulaşılacaktı.

Bu durumda, iki şekilde yorum yapmak mümkündür. İlk yorum, Taslak Kanun’da öngörülen faiz düzenlemesinin kanuni düzenlemenin bir tekrar olduğu ve aynı yedek hukuk kuralını tekrar ettiği. İkincisi ise, bizim de katıldığımız, sağlayıcı lehine yorumdur. Biz, m. 9/I’de kanuni temerrüt faizi hükmünün tekrar edilmediği, farklı bir düzenleme getirilmek istendiğidir.

Kanaatimizce, bu hüküm taraflar arasındaki ilişkilerde, daha doğrusu sağlayıcılara yapılacak ürün bedeli ödemelerinde perakendecilerin temerrüde düşmeleri haline uygulanabilecek faiz oranının alt sınırını belirlemektir. Taslak Kanun, bu hüküm ile perakendecilerin sağlayıcılar ile yapacakları sözleşmelerde, kendileri lehine düşük temerrüt faizi tespit edilmesini sağlamalarına ve böylece m. 9/II ödeme süresi maddesini dolanmalarına engel olmayı amaçlamaktadır.

2.5.3.5 Cezai Müeyyideler

Taslak Kanun'un 11. maddesinde hükümlerine uymayan büyük mağazalar ve zincir mağazalar için ihlâl ettikleri düzenlemeye göre değişen para cezaları öngörülmektedir. Buna göre, kuruluş izni alınmaksızın kurulan ve ticari faaliyette bulunan büyük mağazalar veya zincir mağazalar, vali tarafından kapatılır ve bunların işletmecilerine satış alanları itibariyle yüz metrekare başına 50 Türk Lirası idari para cezası verilecektir. İzin almadan faaliyette bulunduğu için kapatılan büyük mağazalar veya zincir mağazaların, faaliyete geçmeleri ancak, cezalarını ödeyip gerekli izni almaları halinde mümkün olabilecektir.

Düzenlemeye göre, büyük mağazalarda veya zincir mağazalarda yapılacak denetimlerde kuruluş izni hilafına işlem yapıldığı ve tesis gerçekleştirdiği tespit edilirse, cezayı gerektiren durumun mevzuata ve kuruluş izin belgesindeki hususlara uygun hale getirilmesi bunların işletmecilerine yazılı olarak tebliğ edilecektir. İşbu tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde gerekli şartları yerine getirmeyen büyük mağaza veya zincir mağazanın her türlü faaliyeti ilgili ilin valisi tarafından durdurulur ve birinci fıkrada belirtilen para cezası uygulanacaktır.

Büyük mağazalar veya zincir mağazalar tarafından, Taslak Kanun'un 10. maddesinde belirtilen yasaklara aykırı davranılması, yapılacak denetim, inceleme ve araştırmalarda yetkili makamlarca ve görevli denetim elemanı tarafından istenen bilgi

ve belgelerin verilmemesi, eksik verilmesi veya yanıltıcı bilgi ve belge verilmesi hallerinde, işletmecilerine birinci fıkrada yazılı idari para cezası uygulanacaktır.

Düzenleme tarafından öngörülen para cezaları idari nitelikte olup, ilgili ilin valisi tarafından verilecektir. Fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde, her tekrar için, iki katı idari para cezası uygulanacağı gibi, büyük mağazaların veya zincir mağazaların faaliyetlerinin kontrolü ve denetimi amacıyla herhangi bir işlem başlatılması halinde zamanaşımı süresi kesilecektir.

2.5.3.6 Denetim

Taslak Kanun'un "Denetim" başlıklı 12. maddesi, Taslak Kanun'un uygulanmasına ilişkin denetleme, inceleme ve araştırma yetkilerinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nda olduğunu öngörmektedir. Bu yetkiler, valilikler veya belediyeler eliyle kullanılabilir.

Aynı hükmün 2. fıkrası ise, büyük mağazaların veya zincir mağazaların rekabeti bozucu nitelikteki uygulamalarının Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından Rekabet Kurumu'na bildirileceğini belirtmektedir.

Bu düzenleme herhangi bir yenilik getirmemektedir. Şöyle ki, RKHK'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesi, Rekabet Kurulu'nun kendisine yapılan ihbar, şikâyet veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine veya re'sen RKHK'un rekabete aykırılık hallerine ilişkin 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlâl edildiğini tespit ederse alabileceği tedbirlerden bahsetmektedir. Demek ki, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı RKHK m. 9 kapsamında da, Rekabet Kurumu'na rekabeti, bozucu, engelleyici veya kısıtlayıcı olduğunu düşündüğü uygulamaları, kaynağında hangi teşebbüsün bulunduğu önemli olmaksızın, bildirebilecektir.

2.5.4 Türk Hukukuna İlişkin Sonuç

Yukarıda incelediğimiz üzere, Ülkemizde perakende sektörü son 10-15 yıl içinde çok hızlı değişime girmiştir. Bu süreçte, güçlü organize perakendeci grupları oluşmuş ve yaygın mağaza ağları ile, büyük şehirlerden başlayarak, tüm ülkeyi sarmışlardır. Organize perakendeci grupların, geleneksel perakende karşısında artan pazar payları ve sağlayıcılar karşısında artan alım güçleri, pazarın her iki yönünde de (alım-tedarik yönü ve satım-ürün yönü) rekabeti bozucu etkilere yol açmaktadır. Buna perakendeci grupları, son yıllarda iyice yaygınlaşan perakendeci markaları ile sağlayıcılar ile rakip haline gelmesi de eklenmiştir.

Perakendeci grupların alım güçlerine dayanarak sağlayıcılarına karşı dayattıkları indirimler, primler, çeşitli isimler altındaki ödemeler (raf bedeli, iyi yer vadeli, gondola bedeli, yardım bedeli, yeni açılış ücreti, mağaza açılış ücreti, banka komisyonu katılım ücreti vs.) sağlayıcıların ekonomik güçlerinin daha azalmasına ve perakendeci gruplarına daha fazla bağımlı hale gelmelerine neden olmaktadır. Sağlayıcılar, perakendeci grupların, ticari ilişkilerin kesileceği, mal tedarik edilmeyeceği tehdidi karşısında, onların tüm haksız uygulamalarını kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Taslak Kanun, organize perakendenin uygulamalarının denetlenmesi ve bazı haksız uygulamalarının yasaklanması veya sınırlanması bakımından gerekli ve isabetli düzenlemeler öngörmüştür. Taslak Kanun'da yer alan büyük ve zincir mağazaların kuruluşlarının izne bağlanması, sağlayıcılardan istenebilecek ücretlere yasak ve sınır öngörülmesi, satın alma ve ödeme usulü getirilmesi yerindedir.

Taslak Kanun, perakende sektöründeki önemli bazı sorunları dışlamakta ve bu konularda herhangi bir düzenleme öngörmemektedir. Bu konuların başında indirimli satışlar gelmektedir.

Taslak Kanun'un eski halinde (31 Ocak 2008), indirimli satışlara ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Bu düzenleme, perakendecilerin son kullanma tarihini açıkça ambalaj üzerinde veya etiketinde belirtmeden tüketim mallarına ilişkin indirimli satış veya hediyeli satış düzenleyemeyeceklerini öngörmekteydi. Aynı maddesinin (d) bendinde ise, büyük mağazaların tüketicileri yanıltıcı biçimde, süresi belirlenmemiş indirimli satış kampanyası düzenlemeleri yasaklanmıştı. Hüküm, büyük mağazalar yalnızca, bayram ve özel günlerde, tasfiye, işyeri değişikliği, kış ve yaz mevsim değişimi hallerinde ve bağlı buldukları odadan süresi de belirlenecek şekilde izin almak kaydıyla indirimli satış yapabileceğini belirtmekteydi.

Kanaatimizce Taslak Kanun'un eski halinde yer verilen indirim kampanyalarının izne bağlanması ve bazı durumlarla sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme, gerek geleneksel perakendecilerin korunması gerekse sağlayıcıların büyük mağazaların indirim dönemi artan hizmet ücretlerine karşı korunmaları bakımından isabetli idi. Ancak bu düzenleme Taslak Kanun'un bu son halinde çıkarılmıştır.

Taslak Kanun'un değinmediği bir diğer konu ise, zararına satışlardır. Taslak Kanun'un eski halinde (m. 12 (e)), büyük mağazaların zararına satış yapmaları yasaklamaktaydı. Anılan hüküm şöyleydi:

“Büyük mağazalar, (...) diğer işletmelere zarar verecek ve haksız rekabet oluşturacak şekilde maliyetinin altında, zararına satışlar yapamazlar.”

Bu hükümden, “maliyet fiyatının altı” veya “zararına satış” kavramları ile ne kastedildiği anlaşılıyordu ve bu kavramlar düzenlemenin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde de yer almıyordu. Bu nedenle, zararına satış yasağına ilişkin hükmün düzenleme biçimi ile pek de kolay uygulanabilir olmadığı görülmekteydi. Yine de, eski düzenlemenin, maliyet altı fiyatla satış yasağının Türk mevzuatına girişi bakımından daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim Fransa'da da maliyet altı

satış fiyatının mevzuata alınmasından bu yana, uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak, çok kez hem düzenleme hem de maliyet altı satış sınırı ve unsurları değiştirilmiştir.

Kısaca açıklamak gerekirse, sararına satış yasağı ile engellemek istenen tehlike, RKHK m. 6'da hâkim durumun yıkıcı fiyat uygulamaları yolu ile kötüye kullanılması halinde olduğu gibi, ilgili pazarda finansal açıdan güçlü bir teşebbüsün, ürünlerini maliyetinin altında fiyatlarla satışa sunarak, tüketicileri kendi ürünlerine çekmesidir. Nitekim tüketicilerin maliyet altı fiyattan satılan ürünlere çekilmesi üzerine, aynı fiyat uygulamasına gidecek veya güçlü teşebbüs ile aynı süre bu uygulamayı yürütemeyecek olan güçsüz rakiplerini pazar dışına itecektir.

Organize perakendeci grupların zaman zaman uyguladıkları zararına satış politikalarına karşı geleneksel perakendeci teşebbüslerin hiçbir rekabetçi savunmaya sahip olamayacakları açıktır. Kanaatimizce, mevcut rekabet hukuku düzenlemelerimize aykırılık teşkil etmediği için cezalandırılmayan zararına satış yasağının rekabet hukukumuzda katılmasında herhangi bir sakınca veya hukuki engel de bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Taslak Kanun'a büyük mağaza ve zincir mağazaların zararına satış yapmalarını yasaklayan, maliyet ve maliyet altı fiyatın tanımı ve unsurları ayrıntılı ve herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya koyan bir madde eklenmesi uygun olacaktır.

Taslak Kanun'un eski halinde, büyük mağazaların tedarikçileri ve üreticiler ile yaptıkları sözleşmelerden doğan ihtilafların, taraflar arasındaki sözleşmede öngörülmesi halinde, büyük mağazanın kurulduğu yerdeki oda veya TOBB tahkim kurullarında çözüleceğini öngörmekteydi. Düzenleme, gerekli hallerde TOBB, bu konuda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın görüşüne başvurabileceğini ve bu durumda Bakanlığın görüşünü on beş gün içinde bildireceğini öngörmekteydi.

Biz bu düzenlemenin, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve uyuşmazlık konusunda bilgi sahibi hakemler tarafından çözümünü sağlanması bakımından yerinde olduğunu düşünüyorduk.

Oysaki Taslak Kanun'un bu son halinde, uyuşmazlıklar çözümüne ilişkin düzenleme çıkarılmıştır. Taslak Düzenleme, bu hali ile perakendeci grupları ile sağlayıcıları arasındaki sorunların çözümüne bir katlı sağlamaktan uzaktır. Kanaatimizce, Taslak Kanuna perakendeci grupları ile sağlayıcıları arasındaki uyuşmazlıkları tahkim usulü ile çözümü öngören ve İngiltere Tedarik Emri'ndeki düzenleme örnek alınarak, tahkim masraflarının perakendeci grupları tarafından ödenmesini öngören bir hüküm eklenmesi düşünülebilir.

2.5.5 Görüş ve Önerilerimiz

Taslak Kanun'a ilişkin değerlendirmelerimizden sonra, ülkemiz perakende pazarındaki perakendeci-sağlayıcı ve perakendeci-geleneksel perakendeci sorunlarının çözümünde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusundaki görüş ve önerilerimizi dile getirmek istiyoruz.

Taslak Kanun'a ilişkin değerlendirmelerimizde de belirttiğimiz üzere, Taslak Kanun bir rekabet hukuku düzenlemesi değildir ve bahis konusu rekabet sorununun çözümünde Rekabet Kurulu'na hiçbir yetki veya görev vermemektedir. Oysaki Çalışmamızın bu İkinci Bölümde ulaştığımız sonuçlar, perakende pazarında yaşanan dönüşümün, perakendecilerin sürekli bir şekilde artan pazar payları ve alım güçlerine dayanarak yürüttükleri haksız uygulamaların, pazarın genelinde rekabeti bozucu ve kısıtlayıcı etkiler yaratığını ortaya koymakta ve bu sorunun rekabet hukukunun düzenleme alanına girdiğini göstermektedir.

Bu açıklamalarımız ışığında ulaştığımız ilk sonuç, organize perakendeci gruplarına karşı yapılacak rekabet düzenlemesinin, ilgili pazarda etkin rekabetin

kurulması ve korunması amacı çerçevesinde, sadece sağlayıcılara veya sadece geleneksel perakendecilere değil, her iki gruba yönelik haksız uygulamaları (rekabet ihlallerini) ortadan kaldıracı kurallar içermesi gerektiğidir. Böylece düzenleme, hem alım gücünden kaynaklanan sorunlara, hem de rakiplerini pazar dışına itmeye yönelik uygulamalara karşı bir denetim mekanizması, önleyici kuralları ve yaptırımlar bütünü getirmelidir.

Peki, bu düzenleme Fransız veya Alman hukuku örnek alınarak, doğrudan RKHK'na hüküm eklenmesi şeklinde mi, yoksa İngiliz hukukundaki gibi ayrı bir kanun olarak mı şekillendirilmelidir?

İlk seçenek tercih edilirse, RKHK'na ekonomik bağımlılık teorisi dâhil edilerek, sadece perakende pazarındaki alım gücü sorunların değil, (hâkim durumda olmayan) sağlayıcının ekonomik gücü elinde tuttuğu dağıtım ilişkilerindeki ekonomik bağımlılık sorunlarına da cevap verilmesi mümkün olacaktır.

İkinci seçeneğin tercih edilmesi halindeyse, perakende pazarına ilişkin ayrıntılı hükümler içeren, gerek uygulama gerekse perakendeci gruplarının pazar davranışlarını düzenleyen, yasakları, kısıtlamaları ve yaptırımları açıkça ortaya koyan kanun yaratılacaktır.

Bu konuda bizim kanaatimiz, ikinci yolun tercih edilmesi ve İngiliz hukuku örneğinde olduğu gibi, perakende pazarı oyun kurallarını içeren bir kanunun hazırlanmasıdır. Bu tercihimizde, perakende sektörünün kapsamlı ve daha derli toplu bir kurallar bütünü ile düzenlemesi ihtiyacı yanında, ilk yolu seçmiş olan Fransız ve Alman hukuklarında yaşanan uygulama sorunları ve düzenlemelerin pazarda beklenen etkileri meydana getirmekte yetersiz kalmalarının da etkisi büyük olmuştur.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, İngiliz hukukunda perakende sektörüne ilişkin ilk kapsamlı düzenleme Süpermarket Davranış Kodu idi. Bu Kod,

perakendeciler ile sağlayıcılar arasındaki ilişkilere yönelik yedek hukuk kuralları içeriyordu ve düzenleme getirdiği konularda taraflara aksini kararlaştırma imkânı veriyordu. Anılan Kod ile getirilen düzenlemeler, perakendeci gruplarının alım güçleri vasıtasıyla sağlayıcılara diledikleri koşulları kabul ettirmeleri nedeniyle, uygulanma olanağı bulamamıştır. Bunun üzerine İngiliz Rekabet Komisyonu tarafından yeni bir düzenleme hazırlanmış ve Perakendeciler Tedarik Kodu adıyla yürürlüğe girmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hazırlanacak kanun, perakende pazarındaki sorunlara etkin bir düzenleme getirmeli, perakendeci gruplarına uygulanacak yasakları, kısıtlamaları ve yaptırımları içermelidir. Nitekim bizim önerdiğimiz düzenleme, Süpermarket Kodu gibi, aksi anlaşma ile öngörülebilir değil hükümler değil, emredici hükümler içeren bir kanun hazırlanmasıdır.

Anılan kanun, esas olarak dört konuyu düzenlemelidir: perakende gruplarının kurulmalarının izin usulüne bağlanması (1), perakendeci grupları tarafından sağlayıcılardan talep edilen hizmet bedellerinin düzenlenmesi (2), satın alma ve ödeme şartlarının sıkılaştırılması (3), indirimli satışların kısıtlanması ile zararına satışların yasaklanması (4). Düzenleme, ayrıca etkin bir denetim usulü ve hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımları da içermelidir.

Kuruluş İzinine İlişkin Düzenleme Önerimiz

Biz, kuruluş iznine ilişkin düzenlemenin, Taslak Kanun'un 4 ve 5. maddelerinde benimsenen sistem örnek alınarak yapılabileceğini düşünüyoruz. Böylece, perakende mağazalarının kuruluş izinlerinin alınması bakımından, mağazaların büyüklük ve açılış yerlerine göre ağırlaştırılmış bir düzenleme yapılabilir. Nitekim izin değerlendirmesini yapacak makam da, Taslak Kanunda da öngörüldüğü üzere, mağazanın kurulmak istendiği bölgenin, demografik özellikleri, ekonomik yapısı, ulaşım vs. olanakları, trafik yoğunluğu, aynı bölgede faaliyet

gösteren esnaf ve sanatkârlar ile küçük ve orta boy perakendecilerin varlık ve sayıları gibi unsurları dikkate alarak kararını verecektir.

Hizmet Bedellerinin Düzenlenmesine İlişkin Önerimiz

Daha önce de değindiğimiz üzere, perakendeciler sağlayıcılarından farklı isimler altında ödemeler talep edebilmektedir: Yıl dönümü bedeli, raf ücreti, iyi yer ücreti, banka komisyon katılımı, yeni mağaza açılışı bedeli, insert bedeli, anons ücreti, reklâm- tanıtım katkı payı, konser bedeli, yardım bedeli vs.

İsimlerinden de anlaşıldığı üzere, bu ödeme taleplerinden bazıları perakendeciler tarafından sağlayıcılara sunulan bir hizmetin karşılığını oluştururken, bazıları ise herhangi bir hizmetin karşılığı olmayan, keyfi taleplerdir. Bu ayırım, hazırlanmasını önerdiğimiz düzenlemede dikkate alınmalı ve perakendeci gruplarının sağlayıcılara yönelttikleri talepler “gerçek bir hizmetin karşılık olan” ve “gerçek bir hizmetin karşılığı olmayan” şeklinde iki ayrı kısımda incelenmelidir⁷⁹¹.

Düzenleme, gerçek bir hizmete karşılık olmayan talepler kesin olarak yasaklamalı, bir hizmet karşılığı talep edilen tutarlara ilişkin ise bir sınır getirmelidir. Böylece, perakendeci gruplarının keyfi ve çok yüksek hizmet bedelleri belirlemesi engellenmiş olacaktır. Anılan sınır belirlenirken, ürün veya sağlayıcı bazında bir eşik tespit edilmesi de düşünülebilir. Örneğin, ilgili ürünün yıllık cirosunun belirli bir yüzdesi veya sağlayıcının perakendeci grubuna ilişkin yıllık cirosunun belirli bir yüzdesi gibi.

⁷⁹¹ Böyle bir düzenleme, Fransız Ticaret Kanunu'nun L 442-6-I maddesinde öngörülen ticari işbirliği anlaşmalarına ilişkin tanımı ile de kısmen paralellik taşıyacaktır.

Satın Alma ve Ödeme Şartlarına İlişkin Önerimiz

Perakendeci grupları ile sağlayıcıları arasındaki ilişkilerin haksız uygulamalar içermeye nedenlerinden biri de, bu ilişkilerin çoğu zaman yazılı olmaması ve perakendeci gruplarının keyfi ile uygulamalarına bağlı olmasıdır. Bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması için ilk önerimiz, hazırlanmasını önerdiğimiz kanun ile taraflar arasındaki satın alma sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması şartının getirilmesidir. Bu sözleşmeler iki nüsha hazırlanmalı ve bir nüshası sağlayıcıda bir nüshası da perakendeci grupta kalmalıdır.

Aynı şekilde, perakendeci grupların genel satın alma şartları da yazılı olmalı ve talep eden tüm sağlayıcılara bir nüsha teslim edilmelidir.

Hazırlanmasını önerdiğimiz kanun, taraflar arasındaki yazılı sözleşmede bulunması gereken konuları da ayrıntılı bir şekilde içermelidir. Buna göre, sözleşme, uygulanacak olan indirimler, kota, bedelsiz ürün uygulamaları ile beraber, perakendeci grubu tarafından verilecek hizmetler ve bunlara ilişkin bedelleri de mutlaka düzenlemelidir. Bu kapsamda, sözleşmede düzenlenmemiş hususlarda, perakendeci grubun sağlayıcıdan herhangi bir ödeme talep edemeyeceği öngörülmelidir.

Bu düzenleme ile, sağlayıcılar, katlanacakları indirimleri, primleri, bedelsiz ürün uygulamaları ve hizmet bedellerinden, daha sözleşmenin kurulması aşamasında bilgi sahibi olmaları sağlanacaktır. Bu düzenleme, perakendeci grupların uygulamada sıklıkla başvurdukları geriye yürütür indirim taleplerini engelleyecektir⁷⁹².

⁷⁹² Önerdiğimiz düzenleme çerçevesinde, perakendeci grupların geriye yürütür indirim yapma olanakları tamamen ortadan kaldırılmış olduğu için, geriye yürütür indirimleri yasaklayan bir düzenleme yapma ihtiyacı da kalmayacaktır.

Uygulamada, sağlayıcıların şikâyet ettikleri uygulamalardan biri de, perakendeci gruplarının satın aldıkları ürünlerin bedellerini çok uzun vadelerle yapmalarıdır. Sağlayıcıların, perakendeci grupların bu uygulamalarını, ticari ilişkilerinin kesilebileceği tehdidi nedeniyle, kabul etmekten başka bir çareleri kalmamaktadır. Bizim önerimiz, hazırlanacak olan kanunda, Taslak Kanun ve İngiliz Perakendeci Tedarik Kodu'nda da öngörülen, perakendecilerin ürün bedeli ödemelerinin belirli bir vade ile sınırlanmasıdır. Ödeme sürelerinin belirlenmesinde, her ürün grubuna ilişkin olarak pazardaki özel uygulamaların (organize perakendeci grupların uygulamaları hariç olmak üzere) dikkate alınması uygun olacaktır. Bu vesile ile, her bir ürün grubu için farklı vade tespiti yapılabileceği gibi, böyle bir ayrıma gidilmeyerek, tüm ürün bedeli ödemelerinde uyulması gereken bir vade belirlenmesi de mümkündür. Düzenlemede, temerrüde düşen perakendeci grubunun ticari işlere uygulanan kanuni temerrüt faizinin 2, 3 katı gibi, caydırıcı bir temerrüt faizi ödemekle yükümlü tutulmasını öngörülebilir.

İndirimli Satışlar ve Zararına Satışa İlişkin Önerimiz

Hazırlanmasını önerdiğimiz kanunda, indirimli satışlara ilişkin tek düzenleme, perakendeci grupları tarafından düzenlenecek indirim kampanyalarının yılın belirli dönemleri ile sınırlanmasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Taslak Kanun'un eski halinde (31 Ocak 2008), perakendecilerin son kullanma tarihini açıkça ambalaj üzerinde veya etiketinde belirtmeden tüketim mallarına ilişkin indirimli satış veya hediyeli satış düzenleyemeyeceklerini öngörülmekteydi. Nitekim aynı hüküm ile, perakendecilerin tüketicileri yanıltıcı biçimde, süresi belirlenmemiş indirimli satış kampanyası düzenlemeleri de yasaklanmıştı. Biz düzenlenmesini öngördüğümüz kanunda, bu hükme yer vermemeyi tercih ediyoruz. Nitekim bu düzenleme ilgili pazardaki rekabet şartları üzerinde doğrudan etkisi olmayan ve tüketicinin korunması mevzuatı içinde ele alınması daha doğru olan bir konuya ilişkindir.

Yukarıda da ele aldığımız üzere, organize perakendecilerin rakipleri geleneksel perakendeciler karşısında pazar güçlerini artırmak için başvurdukları uygulamalardan biri de zararına satışlardır. Zararına satışların, perakende pazarındaki rekabeti kısıtlayıcı etkileri, geleneksel perakendecilerin pazar payı kaybederek, pazar dışına itilmeleri, sağlayıcıların ise ek maliyetlerle karşılaşmaları ve ekonomik bağımlılıklarının artması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim organize perakendeciler, indirim uygulamalarında olduğu gibi, zararına satışların da tüm mali yükünü sağlayıcılarına, geriye yürür indirim talepleri, ek hizmet bedelleri vs. vasıtalarıyla yansıtmaktadır.

Hazırlanmasını önerdiğimiz kanun, tüm bu nedenlerle, perakendeci gruplarına yönelik zararına satış yasağı içermektedir. Bu yasağın, maliyet fiyatı, maliyet unsurları ve maliyet altı fiyatı detaylı bir şekilde tanımlanmalıdır⁷⁹³.

Hazırlanmasını önerdiğimiz düzenlemenin uygulanmasına ilişkin olarak, özellikle hizmet bedelleri, satın alma ve ödeme şartları, indirimli satışların kısıtlanması ve zararına satışların yasaklanması bakımından, Rekabet Kurulu'na yetki verilmesi uygun olacaktır.

Yine bu çerçevede, önerdiğimiz kanuna, RKHK m. 8'de düzenlenen menfi tespit mekanizmasının bir benzerinin eklenmesi ve organize perakendecilerin gerek satın alma sözleşmeleri, gerekse genel satın alma şartlarının, yukarıda önerdiğimiz kanun hükümlerine uygunluğu konusunda Kurul'a başvurabilmelerinin öngörülmesi de isabetli olacaktır. Organize perakendecilerin kanun hükümlerini daha iyi anlamaları ve izin verilen veya yasaklanan uygulamaların daha ayrıntılı olarak açıklanması bakımından, Rekabet Kurulu'nun kanunun uygulanmasına ilişkin

⁷⁹³ Bu tanımların hazırlanmasında, perakende pazarındaki muhasebesel uygulamalar dikkate alınmalıdır.

esaları ortaya koyan bir kılavuz yayınlaması da önerilerimiz arasında yer almaktadır.

SONUÇ

Bir ürün pazarının farklı kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında alım-satım veya yeniden satımı düzenleyen her anlaşma gibi, dağıtım anlaşmaları da, ilgili pazarın arz, talep, fiyat vb. parametrelerini, yapısını, gelişimini, bu pazara giriş veya çıkışları az veya çok etkilemekte, ürün ile pazar özelliklerinden etkilenmektedir.

Bu anlaşmalar, ürün dağıtım ve pazarlamasında rasyonalizasyon sağlayıcı, markalar arası rekabeti artırıcı ve ilgili pazarda etkinlik yaratıcı olumlu etkileri yanında, marka içi rekabeti kısıtlayıcı, pazar paylaştırmacı, pazara girişleri güçleştirici olumsuz etkiler de doğurabilmektedir. İşte, bu iki yönlü etkilerinin dengelenmesi ihtiyacı, rekabet hukukunda dikey anlaşmalar ve özellikle dağıtım anlaşmalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur.

Rekabet hukukumuzda, RKHK'un rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin 4. maddesi yanında, dikey anlaşmalara ilişkin olarak hazırlanan pek çok tebliğ ve kılavuz da, hep bu ihtiyacın karşılamak amacına yönelmiştir. Tüm bu düzenlemeler, dağıtım sözleşmelerinde ekonomik gücü elinde tutan sağlayıcının (veya üreticinin), dağıtıcılarına kendi ticari şartlarını dayattığı düşüncesinden hareket etmektedir.

Günümüzde dağıtıcılar, ürün ve hizmetlerin alt kademe dağıtıcılar veya doğrudan tüketiciler ile buluşturulması yanında, başka görevler de edinmiştir. Bu değişimin en çarpıcı örneği, HTM perakendeciliği pazarında yaşanmaktadır. Bu pazarda ortaya çıkan büyük perakendeci grupları, tüketicilere sunmak üzere tedarik ettikleri ürünleri, tüketicilerin ulaşım ve alışveriş ortamı bakımından rahat edebilecekleri mağazalarda, özelliklerine uygun çeşitli boy ve standartlardaki raflarda satışa sunmakta, uygun depolarda saklamaktadır. Bu perakendeci grupları, tüm ülkeye yayılmış, çeşitli konsept ve büyüklükteki çok sayıda mağazaları ile kurumsallaşmış

bir yapı sergilemektedir. Bu durum, HTM perakendeciliği pazarında yeni bir dağıtım modelinin oluştuğu şeklinde yorumlanmaktadır.

İşte bu yeni dağıtım modelinde, dağıtıcılar (perakendeci grupları) ekonomik gücü elinde tutan taraf haline gelmiş olup, sağlayıcılara kendi ticari koşullarını dayatmaktadır. Dağıtım ilişkisinin kurulması dahi, dağıtıcının inisiyatifinde gerçekleşmekte, ürünün fiyatı, uygulanacak indirimler, teslim koşulları vs. dağıtıcı tarafından belirlenmektedir. Sağlayıcı, ürünlerinin dağıtımını sağlayabilmek için, dağıtıcı tarafından kendisine dayatılan tüm şartları kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Organize perakendeci grupların alım gücü, daha avantajlı alım koşullarına ulaşmak için kurdukları alım merkezleri ve ilgili pazarda gerçekleştirdikleri birleşme veya devralma işlemleri ile, katlanarak artmaktadır. Bu durum, perakendecilerin gerek sağlayıcılar, gerekse rakipleri geleneksel perakendeciler karşısındaki pazar güçlerini artırdığı için, pazar güçlerini artırmaktadır. Böylece, iki taraf arasındaki güç dengesizliği sağlayıcı aleyhine ilerlemeye devam etmektedir.

Dağıtım ilişkisinin iki tarafı arasında sürekli artan güç dengesizliği ve ekonomik bağımlılık, özellikle Alman ve Fransız hukuklarında tartışılmış, doktrin ve içtihatlar yoluyla geliştirilen teoriler çerçevesinde özel kurallara bağlanmıştır. Aynı şekilde, İngiliz rekabet hukukunda da, organize perakendeci grupların sağlayıcıları ile ilişkilerini düzenleyen özel kurallar hazırlanmıştır.

Ülkemiz HTM perakendeciliği pazarı son 10–15 yıldır çok hızlı bir değişim içindedir. Bu dönemde oluşan güçlü organize perakendeci grupları, yaygın mağaza ağları ile, büyük şehirlerden başlayarak, tüm ülkeyi sarmıştır. Organize perakendeci grupların, geleneksel perakende karşısında artan pazar payları ve sağlayıcıları karşısındaki alım güçleri, pazarın her iki yönünde de (alım-tedarik yönü ve satım-ürün yönü) rekabeti bozucu etkiler doğurmaktadır. Bu gelişmeye, perakendeci

gruplarının, perakendeci markaları nedeniyle, sağlayıcılar ile rakip haline gelmeleri de eklenmiştir.

Perakendeci gruplar, alım güçlerine dayanarak sağlayıcılarına karşı, indirimler, primler, çeşitli isimler altındaki ödemeler (raf bedeli, iyi yer bedeli, gondola bedeli, yardım bedeli, yeni açılış ücreti, mağaza açılış ücreti, banka komisyonu katılım ücreti vs.) talep etmektedir. Sağlayıcılar ise, perakendeci grupların bu haksız taleplerini, ticari ilişkilerin kesileceği, mal tedarikinin durdurulacağı tehdidi karşısında kabul etmek zorunda kalmaktadır. HTM perakendeciliği pazarını geneline yayılan bu uygulamalar, sağlayıcıların organize perakendecilere olan ekonomik bağımlılığının artması ile daha da şiddetlenmektedir.

Tüm bu gelişmeler, Türk rekabet hukukunda da, Alman, Fransız ve İngiliz hukuklarında gibi, özel bir düzenleme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Ülkemizde, organize perakende sektörüne ilişkin düzenleme çalışmaları 2000’li yılların başında başlamış ve ilk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın “Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı” ile somutlaşmıştır. Kanunlaşmayan bu taslaktan sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından farklı isimlerde ve çok sayıda mevzuat çalışması yapılmıştır. Bakanlık tarafından hazırlanan son düzenleme olan “Alışveriş Merkezleri, Büyük Mağazalar ve Zincir Mağazalar Kanunu Tasarısı Taslağı” (“Taslak Kanun”) Ocak 2010’da Başbakanlığa iletilmiş olup, önümüzdeki ay içerisinde Başbakanlık tarafından TBMM’ye sunulması beklenmektedir

Taslak Kanun, organize perakendeci grupların yukarıda değindiğimiz pek çok haksız uygulamasını yasaklayan veya sınırlandıran hükümleri itibariyle, gerekli ve isabetli bir çalışmadır. Taslak Kanun’da, büyük ve zincir mağazaların kuruluşlarının izne bağlanması, sağlayıcılardan istenebilecek ücretlere yasak ve sınır öngörülmesi, perakendeci gruplarının satın alma ve ödemelerine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler isabetlidir. Bununla beraber, çalışma, HTM perakende pazarındaki

önemli bazı sorunlara ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemesi bakımından yetersizdir.

Türk HTM perakendeciliği pazarında perakendeci grupların alım ve pazar güçlerinden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin olarak bizim önerimiz, İngiliz rekabet hukukundaki Perakendeciler Tedarik Kodu benzeri kapsamlı bir düzenlemenin yapılmasıdır.

Bu düzenleme asıl olarak dört konuya ilişkin kurallar içermelidir: Perakende gruplarının kurulmalarının izin usulüne bağlanması (1), perakendeci grupları tarafından sağlayıcılardan talep edilen hizmet bedellerinin düzenlenmesi (2), satın alma ve ödeme şartlarının sıkılaştırılması (3), indirimli satışların kısıtlanması ile zararına satışların yasaklanması (4).

BİBLİYOGRAFYA***KİTAPLAR**

- Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi no: 9, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2004.
- André, Marie-Elisabeth: Les contrats de la Grande Distribution, Paris 1991.
- Amiel-Cosme, Laurence: Les Réseaux de Distribution, Paris 1995.
- Akıncı, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından A.T. ve A.B.D. Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1988.
- Akıncı, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001.
- Areeda, Phillip/Kaplow, Louis: Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, New York 1997.
- Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4.Baskı, Bursa 2008 (Anılış: Aslan, Rekabet Hukuku).
- Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Bursa 2004 (Anılış: Aslan, Dikey Anlaşmalar).
- Aşçıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Badur, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi Serisi No: 6, Ankara 2004.
- Blair, Roger D./Harrison, Jeffrey L.: Monopsony in Law and in Economics, Cambridge 2000.
- Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

* Bu bibliyografyada kendilerine birden çok atıf yapılan eserler gösterilmiş ve metinde eserin tam künyesi tekrarlanmamıştır.

- Baumol, W., Panzar, J.C., Willig, R.D.: *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt, Brace, Jovanovich, 1982.
- Béhar-Touchais, M./Virassamy, G.: *Les contrats de distribution: Traité des contrats*, Paris 2001.
- Bishop, Simon/Walker, Mike: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londra 2006.
- Bishop, S./D. Ridyard: *E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy*, ECLR, 2002 C. 23.
- Campbell, David/Stonehouse, George /Houston, Bill: *Business Strategy*, New York 2004.
- Carlton, D.W./Perloff, J.M.: *Modern Industrial Organization*, Second Ed., Addison-Wesley 1994.
- Cengiz, Dilek: *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehzaz Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemlerinin Işığında*, İstanbul 2006.
- Decocq, André/Decocq, Georges: *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*, Paris 2004.
- Dobson Consulting: *Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union*, European Commission DGIV, Brussels 1999.
- Editions du Juris-Classeur: *Les Opérations Complexes de la Distribution*, Paris 2002.
- Ekdi, Barış: *Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 12, Ankara 2003.
- Erdem, H. Ercüment: *Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003 (Anılış: Erdem, Birleşme ve Devralmalar).
- Erdem, H. Ercüment: *Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler*, İstanbul 2008 (Anılış: Erdem, Makaleler).
- Erdoğan, Tarkan: *Rekabet Hukuku Açısından Perakende Sektöründe Alım Gücü*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 22, Ankara 2003 (Anılış: Erdoğan, Alım Gücü).

- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008.
- European Commission: “Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law”, OJ. C. 372, 9 December 1997.
- European Commission: Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Fall under Article 85(1) of the Treaty Establishing the European Community, OJ. 1997 C. 372.
- European Commission: Green Paper on Vertical Restraints in EU. Competition Policy (Executive Summary), COM (96) 721 final, (1997) 4 CML. Rev 519, 22 January 1997.
- European Commission: Commission Notice of 18 December 1978 Concerning its Assessment of Certain Subcontracting Agreements in Relation to Article 85 (1) of the EEC Treaty, OJ C. 1, 3 Ocak 1979.
- Faull, Jonathan / Nikpay, Ali: The EC Law of Competition, Oxford- New York 1999.
- Ferrier, Didier: Droit de la Distribution, Paris 2002.
- F.M Scherer/D. ROSS, Industrial Market Structure and Economic Performance, Boston 1990.
- Gatsi, Jean: Le Contrat-cadre, Paris 1996.
- Gatsi, Jean: Les contrats Spéciaux, Paris 1998.
- Gilliéron, Hubert Orso: Les Contrats Verticaux en Droit Communautaire et Suisse de la Concurrence, Friburg 2004.
- Gürkaynak, Gönenç: Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç”Tartışması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- Gül, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, İstanbul 1999.
- Gürzumar, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.
- Gürzumar, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.

- Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- Hartley, James E.: The Rule Of Reason, American Bar Association-Section of Antitrust Law-Monograph 23, Chicago 1999.
- Hildebrand, Doris: Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self Assessment, 2005 (Anılış: Hildebrand, Vertical Agreements).
- Hildebrand, Doris: The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Kluwer Law International, The Netherlands 2009 (Anılış: Hildebrand, Economic Analysis).
- ICC Model Selective Distributorship Contract , ICC no. 657, 2004.
- İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989
- Jacobson, M. Jonathan, Antitrust Law Developments XI, C. I, Chicago 2007.
- Jones, Allison/Sufrin, Barbara: EC Competition Law –Texts, Cases, Materials, Oxford – New York 2008.
- Jones, Alison/Sufrin, Brenda: EC Competition Law, 2007.
- Karakurt, Alper: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi no: 11, Ankara 2004 (Anılış: Karakurt, Münhasır Dikey Anlaşmalar).
- Karakurt, Alper: Ekonomik ve Hukuki Açıdan Piyasa Kapama Etkisi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 67 Ankara 2005.
- Koç, Ali Fuat: AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 68, Ankara 2005.
- Valentine Korah: Competition Law of Britain and Common Market, Dordrecht Hollanda 1982.
- Korah, Valentine/Rothnie, Warwick: Exclusive Distribution and the EEC. Competition Rules, 2. Basım, Londra 1992.
- Korah, Valentine/O’Sullivan, Denis: Distribution Agreements under the EC Competition Rules 2002.
- Lamy Droit Economique, Paris 2002.
- Leloup, J.-M.: La Franchise, Paris 1991.
- L’institute Français du Libre Service: Libre Service Annuaire, Paris 1974.

- Malaurie, Ph/Aynès, L.: Droit civil, Les contrats spéciaux, Paris 1997.
- Malaurie-Vignal, Marie: Droit de la Concurrence Interne et Communautaire, Paris 2005.
- Mathewson, G. Frank/Ralph Albert, Winter: Competition Policy and Vertical Exchange, 1986.
- Mathewson, G. Frank/Trebilcock, M.J.: The Law and Economics of Competition Policy, 1990.
- Mendelsohn, Martin/Rose, Stephen: Guide to EC Block Exemption for Vertical Agreements, Kluwer Law International, 2001.
- Mendelsohn, Martin: Guide to Franchising, 2004.
- Monti, Giorgio: EC Competition Law, Cambridge 2007.
- OECD: Annual Report 2000.
- OECD: Policy Round Tables, The Essential Facilities Concept, 1996.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006.
- Özsunay, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.(Anılış: Özsunay, Kartel)
- Ölmez, Hakan Suat: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- Özkazanç, Önder/Berberoğlu, C. Necat/Eren, Ercan/Parasız, M. İlker/Yıldırım, Kemal: İktisat Teorisi, Anadolu Üniversitesi Yayını No. 1456, Eskişehir 2006.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2007.
- Pride, William M./Hughes, Robert J./Kapoor, Jack R.: Business, Kaliforniya 2008.
- Quigley, Conor: European Community Contract Law, C. 2, 1998.
- Rawlinson, William/Cornwell, Malachy: “European Community Law, A Practitioner’s Guide”, 2. Basım, Londra 1994.
- Reardon, Thomas/Gulati, Ashok: The Rise of Supermarkets and and Their Development Implications, 2008.
- Rekabet Kurumu: 2. Yıllık Faaliyet Raporu, 2000.
- Rekabet Kurumu: 4. Yıllık Faaliyet Raporu, 2002.

- Ritter, Lennart/Braun, W. David: European Competition Law: A Practitioner's Guide, Kluwer Law International, 2004.
- Roger, Barry J./ McCulloch, Angus: Competition Law and Policy in EC and UK, Londra 2004.
- Roth, Peter/Rose, Vivien: Bellamy&Child: European Community Law of Competition, Oxford 2007.
- Sanlı, Kerem Cem: Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar: 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliğinde Eşik Sistemine Geçiş, Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2009.
- Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000. (Anılış: Sanlı, Geçersizlik).
- Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop/Tekinay: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul 1988.
- Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.
- Seth, Andrew/Randall, Geoffrey: The Grocers: The Rise and the Rise of Supermarket Chains", 2001.
- Seyidoğlu, H.: Ekonomik Terimler, Ankara 1992.
- Stroux, Sigrid: US and EC Oligopoly Control, Kluwer Law International, Lahey 2004.
- T. Pirkey, Louis: The Franchise Trademark Handbook, 1994.
- Tek, Ömer Baybars/Orel, Fatma: Perakende Pazarlama Yönetimi, İzmir 2009.
- Tercinet, Anne: Droit européen de la concurrence, opportunités et menace, Paris 2000.
- The Grocery Market: The OFT's Reasons for Making a reference to the Competition Commission, Londra, Mayıs 2006.
- Tomur, Kerem: Kobilere ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no. 55, Ankara 2004.

- Topçuoğlu, Metin: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.(Anılış: Topçuoğlu, Acentelik).
- Topçuoğlu, Metin: “Rekabeti Sınırlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004 (Anılış: Topçuoğlu, Rekabeti Sınırlayan).
- Ülgen, Özlem: Türk Perakendecilik Sektörünün Senaryolar Yardımıyla Analizi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 1999.
- Ünlüsoy, Kürşat: Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- Van Bael, Ivo: Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, 2004.
- Van Bael, Ivo: Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, 2005.
- Van Den Berg, Rojer J./Camesasca, Peter D.: European Competition Law and Economics, Oxford 2001.
- Virassamy, G.: Les contrats de dépendance économique, Essai sur les activités professionnelles dans une dépendance économique, th. Paris, L.G.D.J. 1986.
- Vogel, Louis: Droit de la concurrence, la pratique en 500 décisions, droit français et droit communautaire, jurisprudence-commentaires-textes, Paris 1997.
- Wijckmans, Frank/Tuytschaever, Filip/Vanderelst, Alain: Vertical Agreements in EC Competition Law, Oxford 2006.
- Whish, Richard: Competition Law, 4. Bası, Butterworths 2008.
- Yavuz, Şahin: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: Per Se veya Rule of Reason, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 6, Ankara 2003.

DERGİ VE MAKALELER

- Aeschlimann, Lionel/Palasthy, Andras: “Contrats de distribution et droit de la concurrence (L’Cart)”, Etude Schellenberg-Wittmer, Bulletin d’Information n.35- Mayıs 2002.
- Allain, Marie-Laure/Chambolle, Claire: “Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs: bilan et limites de trente ans de régulation”, INRA-LORIA (Laboratoire d’Organisation Industrielle Agro-alimentaire), Jillet 2002, Cahier n. 2002-10.
- Alman Rekabet Otoritesi: “Buyer Power in Competition Law – Status and Perspectives”, 18 Eylül 2008 tarihli Rekabet Hukuku Çalışma Grubu, Çalışma Notları.
- AMPD: Türkiye Perakende Sektöründe Düzenleyici Reform Hakkında AMPD Görüşü, İstanbul 2003.
- Aslan, İ. Yılmaz: “Rekabet Politikalarının KOBİ’lere Uygulanması, Yeni Gelişmeler”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Tes-Ar Yayını No: 20, Ankara 1996, s. 82 vd.
- Aşcıoğlu Öz, Gamze: “Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler” Perşembe Konferansları (3), Ankara Aralık 1999, s. 102-134.
- Barlas, Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Makalelerim C. I, İstanbul 2008, s. 90-112 (Anılış: Barlas, Çerçeve Sözleşme).
- Benzoni, Laurent: “Grande Distribution et Concurrence: Une Analyse Economique”, DGCCRF Rekabet Atölyesi, Paris 6 Aralık 2006,
<http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF>.

- Boztosun Omdan, Ayşe: “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?” Rekabet Dergisi, C. 11, S. 3 Temmuz 2010, s. 131-176.
- Caffet, Jean-Christophe: “Concurrence et Prix dans la Grande Distribution: Quel Impact de la LME sur l’inflation?” Flash Economie 11 Juin 2008-N 247, <http://gesd.free.fr/flas8247.pdf>.
- Chambolle, Claire: “Faut-il interdire la revente à perte?”, Cahier du LORIA, Ivry Eylül 2002, www.loira.fr (Anlış: Chambolle, “Revente à Perte”).
- Chambolle, Claire: “Stratégies de revente à perte et réglementation”, Document de travail du CREST, Paris 2000, s. 54 vd, www.crest.fr.
- Dalloz Action, 2000/2001, Droit de la Responsabilité et des Contrats, Paris 2000.
- Demiröz, Ali: “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 17-18 Nisan 2009 Kayseri, Ankara 2009 s. 317-395.
- Des Garets, Véronique/Lamarque, Eric/Plichon, Véronique: “La relation entreprise-clients: de la fidélité à la dépendance”, CAIRN, Revue Française de gestion 2003-3, n. 144, s.2-12.
- Dobson, Paul W./Inderst, Roman: “Differential Buyer Power and the Water Bed Effects: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?” OFT, Research Paper, 2000 Londra.
- Dobson, Paul. W./Waterson, M.: "Vertical Restraints and Competition Policy", Office of Fair Trading Research Paper No. 12, Aralık, Londra 1996.
- Dobson, Paul.W./Waterson, M./Chu, A.: "The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power", Office of Fair Trading, Research Paper No. 16, Temmuz, Londra 1998.
- Dobson, Paul W./Clarke, R./Davies, S./Waterson, M.: Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Distribution Sector of the European Union, Journal of Industry, Competition and Trade 2001, No. 3, s. 247-258.

- Erdem, H. Ercüment: “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, Prof Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 377-398 (Anılış: Erdem, “Haksız Rekabet”).
- Erdoğan, Tarkan: “Organize Perakende Sektöründeki Rekabet Sorunları”, Rekabet Dergisi, Sayı: 24, Ankara 2005, s. 55-86. (Anılış: Erdoğan, “Organize Perakende”).
- Eric, David: “La Complexité des Choses Simples: La Fixation du Prix de Revente et le Droit des Ententes”, Revue International de Droit Economique, Sayı: 4, Paris 2005, s. 10 vd.
- Fasquelle, Daniel/Roberval/Laurent: “Interdiction de revente à perte: Rappel du caractère per se de l’interdiction (Scalandes)”, E-competitions, No 4-2005, www.concurrences.com.
- Ferrier, Didier: “Distribution Sélective”, Encyclopédie Dalloz, 15 Nisan 1992.
- Gül, İbrahim: “Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999.
- Gürzumar, Osman Berat: “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi, Sayı 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 30-56. (Anılış: Gürzumar, “Geçersizlik”).
- Gürzumar, Osman Berat: “2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu, s. 79-145. (Anılış: Gürzumar, “Dikey Anlaşmalar”).
- Ilıcak, Ali: ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi, s. 4, http://www.actecon.com/Dikey_2008.pdf.
- Kerber, Wolfgang: “Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law”, Economic Theory and Competition Law, Cornwall 2009, s. 93-120.
- Peyer, Sebastian: “Myths and Untold Stories - Private Antitrust Enforcement in Germany”, University of East Anglia CCP, Çalışma Özeti, Temmuz 2010.

- Özsunay, Ergun: “A.E.T.”de Karteller ve Rekabeti Sınırlayıcı Diğer Uygulamalar”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. 27, 1980-81, S. 2, s. 63 vd.
- Ergun Özsunay: “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – III, Ankara 2005, s. 141-150.
- Estelle Morcello: Lois Galland et Raffarin, Contract de Progres: Leurs Conséquences sur la Logistique et le Transport de la Grande Distribution, Notes de Synthèse du SES, 1998 Mayıs-Haziran.
- İnan, Nurkut: “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, Batider, C. XVII, S. 2, s. 58 vd.
- Inderst, Roman: “Models of Vertical Market Relations”, http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/vertical_models_2009.pdf, 2009.
- İzmir Ticaret Odası: Perakende Pazarındaki Son Gelişmeler, AR&GE Bülten, 2008-Mayıs.
- Ghestin, J.: La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s’y attachent, JCP éd. E 1997. n. 3/4, s. 7.
- Gürzumar, Osman Berat: “2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I içinde, Rekabet Kurumu Yayınları No: 137, Ankara, 2003.
- Korah, Valentine: “Vertical Restraints in EC Competition Law”, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, 5-6 Ekim 1998, İstanbul.
- Pepperkorn, Luc: “Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu” (Competition Policy Newsletter 1998/Haziran sayısı) Rekabet Dergisi, Çeviren: Meltem Bağış, s. 77-88.
- Marini, Philippe; La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques: Un texte qui reste à parfaire, Petites Affiches, 4 Ekim 2001, n. 198, s. 4 -14.
- Mario Monti: Ön Yazı “La politique de concurrence en Europe, Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution”, Avrupa Komisyonu.

- Platin: Perakendede Boşlukları Dolduran Kazanacak, Yıl 7 (Temmuz 2004), s. 66-68.
- Rekabet Kurumu: 1. Yıllık Faaliyet Raporu, Ankara 2000.
- Rekabet Kurumu: 2. Yıllık Faaliyet Raporu, Ankara 2001.
- Rekabet Kurumu'nun Tüketim Maddeleri ve İhtiyaç Malzemelerinin Satışıyla İştigal Eden Büyük Mağazaların Kurulmaları Hakkında Kanun Tasarısı Taslağına ilişkin B.50.0.REK.0.03.00.00 sayılı ve 7 Mayıs 2001 tarihli Görüşü.
- Philips, Louis/Moras, Ireneo Miguel: The AKZO Decision: A Case of Predatory Pricing?, Journal of Industrial Economics, Blackwell Publishing, C. 41(3), s. 315-21, Eylül 1993.
- Ridyard, Derek: "An Economic Perspective on the EC Merger Regulation", ECLR 6, 1990, s. 62-93.
- Sanlı, Kerem Cem: "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri - Nisan 2003, s. 232 vd.
- Tekinalp, Ünal: "AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme: II Chiquita Kararı", İktisat Maliye Dergisi, 1980, C. 26, S. 12, s. 498 vd.
- Topçuoğlu, Metin: İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, Ankara 2004, s. 3-58.
- Vogel, Louis: Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe, ECLR, C. 19, No 1- Ocak 1998, s. 4-11.

KARARLAR DİZİNİ**REKABET KURULU KARAR ve GÖRÜŞLERİ DİZİNİ**

10-31/485-181 sayılı ve 15 Nisan 2010 tarihli karar

10-24/331-119 sayılı ve 18 Mart 2010 tarihli karar

10-24/338-122 sayılı ve 18 Mart 2010 tarihli karar

10-18/198-74 sayılı ve 18 Şubat 2010 tarihli karar

10-14/175-66 sayılı ve 8 Şubat 2010 tarihli karar

10-13/145-61 sayılı ve 4 Şubat 2010 tarihli karar

09-57/1386-359 sayılı ve 25 Kasım 2009 tarihli karar

09-52/1253-318 sayılı ve 4 Kasım 2009 tarihli karar

09-43/1099-279 sayılı ve 1 Ekim 2009 tarihli karar

09-41/994-251 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli karar

09-41/987-249 sayılı ve 9 Eylül 2009 tarihli karar

09-39/981-247 sayılı ve 26 Ağustos 2009 tarihli karar

09-39/946-233 sayılı ve 26 Ağustos 2009 tarihli karar

09-36/905-217 sayılı ve 19 Ağustos 2009 tarihli karar

09-34/786-191 sayılı ve 5 Ağustos 2009 tarihli karar

09-33/725-165 sayılı ve 15 Temmuz 2009 tarihli karar

09-30/635-149 sayılı ve 24 Haziran 2009 tarihli karar

09-23/491-117 sayılı ve 20 Mayıs 2009 tarihli karar
09-21/441-108 sayılı ve 6 Mayıs 2009 tarihli karar
09-20/403-98 sayılı ve 29 Nisan 2009 tarihli karar
09-14/292-70 sayılı ve 13 Nisan 2009 tarihli karar
09-20/403-98 sayılı ve 29 Mart 2009 tarihli karar
09-07/130-42 sayılı ve 18 Şubat 2009 tarihli karar
09-04/73-29 sayılı ve 4 Şubat 2009 tarihli karar
09-03/47-16 sayılı ve 20 Ocak 2009 tarihli karar
08-76/1229-467 sayılı ve 30 Aralık 2008 tarihli karar
08-67/1089-423 sayılı ve 27 Kasım 2008 tarihli karar
08-66/1060-415 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli karar
08-58/924-371 sayılı ve 16 Ekim 2008 tarihli karar
08-57/913-364 sayılı ve 9 Ekim 2008 tarihli karar
08-56/902-361 sayılı ve 25 Eylül 2008 tarihli karar
08-40/535-201 sayılı ve 20 Haziran 2008 tarihli karar
08-33/421-147 sayılı ve 15 Mayıs 2008 tarihli karar
08-32/395-132 sayılı ve 8 Mayıs 2008 tarihli karar
08-28/320-104 sayılı ve 10 Nisan 2008 tarihli karar
08-27/306-97 sayılı ve 2 Nisan 2008 tarihli karar
08-25/261-88 sayılı ve 20 Mart 2008 tarihli karar
08-19/192-63 sayılı ve 28 Şubat 2008 tarihli karar
08-09/105-33 sayılı ve 31 Ocak 2008 tarihli karar

- 08-08/88-28 sayılı ve 24 Ocak 2008 tarihli karar
- 07-79/980-378 sayılı ve 18 Ekim 2007 tarihli karar
- 07-70/864-327 sayılı ve 10 Eylül 2007 tarihli karar
- 07-30/297-113 sayılı ve 5 Nisan 2007 tarihli karar
- 07-02/28-8 sayılı ve 11 Ocak 2007 tarihli karar
- 06-95/1192-358 sayılı ve 28 Aralık 2006 tarihli karar
- 06-90/1146-340 sayılı ve 14 Aralık 2006 tarihli karar
- 06-36/462-124 sayılı ve 26 Mayıs 2006 tarihli karar
- 06-32/390-100 sayılı ve 4 Mayıs 2006 tarihli karar
- 06-24/301-69 sayılı ve 6 Nisan 2006 tarihli karar
- 05-88/1223-355 sayılı ve 29 Aralık 2005 tarihli karar
- 05-79/1082-309 sayılı ve 24 Kasım 2005 tarihli karar
- 05-76/1030-287 sayılı ve 31 Ekim 2005 tarihli karar
- 05-74/1000-280 sayılı ve 27 Ekim 2005 tarihli karar
- 05-70/970-267 sayılı ve 20 Ekim 2005 tarihli karar
- 05-65/928-250 sayılı ve 6 Ekim 2005 tarihli karar
- 05-64/925-248 sayılı ve 4 Ekim 2005 tarihli karar
- 05-57/850-230 sayılı ve 13 Eylül 2005 tarihli karar
- 05-55/836-228 sayılı ve 8 Eylül 2005 tarihli karar
- 05-46/669-171 sayılı ve 13 Temmuz 2005 tarihli karar
- 05-38/490-118 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli karar
- 05-38/487-116 sayılı ve 2 Haziran 2005 tarihli karar

- 05-36/453-106 sayılı ve 26 Mayıs 2005 tarihli karar
- 05-27/317-80 sayılı ve 22 Nisan 2005 tarihli kararı
- 05-12/136-49 sayılı ve 3 Mart 2005 tarihli karar
- 04-73/1066-265 sayılı ve 25 Kasım 2004 tarihli karar
- 04-60/856-200 sayılı ve 20 Eylül 2004 tarihli karar
- 04-46/593-144 sayılı ve 8 Temmuz 2004 tarihli karar
- 04-26/286-64 sayılı ve 15 Mart 2004 tarihli karar
- 04-01/9-6 sayılı ve 8 Ocak 2004 tarihli karar
- 03-75/909-384 sayılı ve 20 Kasım 2003 tarihli karar
- 03-73/883-382 sayılı ve 13 Kasım 2003 tarihli karar
- 03-64/770-356 sayı ve 2 Ekim 2003 tarihli karar
- 03-45/519-230 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihli karar
- 02-81/948-393 sayılı ve 26 Aralık 2002 tarihli karar
- 01-45/452-116 sayılı ve 27 Eylül 2001 tarihli karar
- 01-32/315-92 sayılı ve 10 Temmuz 2001 tarihli karar
- 01-31/313-91 sayılı ve 6 Temmuz 2001 tarihli karar
- B.50.0.REK.0.03.00.00 sayılı ve 7 Mayıs 2001 tarihli görüş
- 01-15/140-37 sayılı ve 3 Nisan 2001 tarihli karar
- 1-13/124-32 sayılı ve 28 Mart 2001 tarihli karar
- 01-08/73-21 sayılı ve 13 Şubat 2001 tarihli karar
- 01-06/47-12 sayılı ve 30 Ocak 2001 tarihli karar
- 00-35/393-22 sayılı ve 18 Eylül 2000 tarihli karar

00-49/529-291 sayılı ve 14 Aralık 2000 tarihli karar

00-48/507-275 sayılı ve 5 Aralık 2000 tarihli karar

00-25/260-142 sayılı ve 4 Temmuz 2000 tarihli karar

00-8/70-32 sayılı ve 24 Şubat 2000 tarihli karar

99-56/599-381 sayılı ve 8 Aralık 1999 tarihli karar

99-39/413-265 sayılı ve 24 Ağustos 1999 tarihli karar

99-38/400-256 sayılı ve 17 Ağustos 1999 tarihli karar

99-31/277-167 sayılı ve 22 Haziran 1999 tarihli karar

99-21/171-90 sayılı ve 28 Nisan 1999 tarihli karar

93/750-159 sayılı ve 26 Kasım 1998 tarihli karar

YABANCI REKABET OTORİTELERİNİN KARARLARI

Komisyon Kararları

COMP/39.396 sayılı ve 22 Temmuz 2009 tarihli karar

COMP/39.406 sayılı ve 28 Ocak 2009 tarihli Marine Hoses Kararı

COMP/C.39181 sayılı ve 1 Kasım 2008 tarihli Candle Waxes Kararı

COMP/M.5112 sayılı ve 3 Temmuz 2008 tarihli Rewe Plus/Discount Kararı

COMP/37.975 sayılı ve 16 Temmuz 2003 tarihli Yamaha Kararı

2001/711/EC sayılı ve 29 Haziran 2001 tarihli karar

COMP/M. 1684 sayılı ve 25 Ocak 2000 tarihli Carrefour/Promodes Kararı

COMP/M.1221 sayılı ve 3 Şubat 1999 tarihli Rewe/Meinl Kararı

COMP/IV/34.073, IV/34.395 ve IV/35.436 sayılı ve 11 Mart 1998 tarihli Van den Bergh Foods Kararları

COMP/IV/M.1085 sayılı ve 6 Şubat 1998 tarihli Promodes/Catteau Kararı
COMP/ IV. M. 784 sayılı ve 20 Kasım 1996 tarihli Tesco/Tuko Kararı
C-7/95 P sayılı ve 2 Haziran 1995 tarihli John Derek Kararı
IV/32.524 sayılı ve 19 Şubat 1991 tarihli Screensport k. EBU Kararı
COMP/IV/33.133-B sayılı ve 19 Aralık 1990 tarihli Soda-ash-Solvay Kararı
94/23/EC sayılı ve 21 Aralık 1988 tarihli PVC Kararı
COMP/IV/31.906 sayılı ve 7 Aralık 1988 tarihli Italian Flat Glass Kararı
87/407/EEC sayılı ve 13 Haziran 1987 tarihli Computerland Kararı
87/14/EEC sayılı ve 17 Aralık 1986 tarihli Yves Rocher Kararı
87/17/EEC sayılı ve 17 Aralık 1986 tarihli Pronuptia Kararı
82/267/EEC sayılı ve 6 Ocak 1982 tarihli AEG Kararı
26/76/EEC sayılı ve 25 Kasım 1977 tarihli Metro (I) Kararı

ATAD Kararları

74/04 sayılı ve 2 Haziran 2004 tarihli Komisyon k. Volkswagen Kararı
48/98 sayılı ve 13 Mart 1998 tarihli Acerinox k. Komisyon Kararı
393/92 sayılı ve 27 Nisan 1994 tarihli Almelo – NV Energiebedrijf Ijsselmij Kararı
7/89 sayılı ve 17 Aralık 1991 tarihli Hercules NV k. Komisyon Kararı
75/84 sayılı ve 22 Kasım 1986 tarihli Metro Kararı (Metro-II)
25/84 ile 26/84 sayılı ve 19 Eylül 1985 tarihli Ford AG k. Komisyon Kararı
234/83 sayılı ve 3 Haziran 1985 tarihli Binon Kararı
43/82 ile 63/82 sayılı ve 17 Ocak 1984 tarihli VBVB ve VBBB k. Komisyon Kararı

107/82 sayılı ve 25 Kasım 1983 tarihli AEG k. Komisyon kararı

172/80 sayılı ve 14 Temmuz 1981 tarihli Zuchner – Bayrische Vereinsbank Kararı

31/80 sayılı ve 11 Aralık 1980 tarihli L'Oréal NV, L'Oréal SA k. De Nieuwe AMCK Ouba Kararı

85/76 sayılı ve 13 Şubat 1979 tarihli Hoffman La Roche k. Komisyon Kararı

51/75 sayılı ve 16 Haziran 1976 tarihli EMI Records Ltd /CBS UK Ltd kararı

29/74 sayılı ve 13 Aralık 1974 tarihli BMW Kararı

17 Ekim 1972 tarihli 8/72 sayılı Cementhandelaren k. Komisyon Kararı

27/71 sayılı ve 10 Kasım 1971 tarihli Béguelin Kararı

41/69 sayılı ve 15 Temmuz 1970 tarihli ACF Chemiefarma k. Komisyon Kararı

5/69 sayılı ve 9 Temmuz 1969 tarihli Völk Kararı

56 ve 58/64 sayılı ve 13 Temmuz 1966 tarihli Consten Grundig k. Komisyon Kararı

56/65 sayılı ve 30 Haziran 1966 tarihli LTM k. MBU Kararı

ATİDM Kararları

T–208/01 sayılı ve 3 Aralık 2003 tarihli Volkswagen k. Komisyon Kararı

T-185/00 sayılı ve 20 Temmuz 2002 tarihli Métropole Télévision SA (M6) k. Komisyon Kararı

T–41/96 sayılı ve 26 Ekim 2000 tarihli Bayer k. Komisyon Kararı

T- 68/89, 77-78/89 sayılı ve 10 Mart 1992 tarihli Societa Italiana Vetro SpA vd. k. Komisyon Kararı

T-17/93 sayılı ve 4 Aralık 1991 tarihli Marta k. Komisyon Kararı

T-19/91 sayılı ve 7 Haziran 1991 tarihli Soci  t   Hygi  ne Dermatologique de Vichy k. Komisyon Kararı

Fransız Rekabet Otoritesi Kararları

08-D-01 sayılı ve 18 Ocak 2008 tarihli karar

03-D-11 sayılı ve 21 Şubat 2003 tarihli karar

94-D-60 sayılı ve 13 Aralık 1994 tarihli karar

93-D-21 sayılı ve 8 Haziran 1993 tarihli karar

91-MC-03 sayılı ve 29 Kasım 1991 tarihli Flodor Kararı

89-D-39 sayılı ve 21 Kasım 1989 tarihli Tonka Kararı

89-D-16 sayılı ve 2 Mayıs 1989 tarihli Mercedes-Benz Kararı

88-D-47 sayılı ve 6 Aralık 1988 tarihli Philips Kararı

87-MC-03 sayılı ve 25 Mart 1987 tarihli J.V.C. Kararı

ÖZGEÇMİŞ

Meltem Küçükayhan Aşcıoğlu, 5 Ocak 1979'da Aydın'da doğdu. 1997 yılında Aydın Adnan Menderes Anadolu Lisesi'nden mezun olan Küçükayhan Aşcıoğlu, aynı yıl Galatasaray Üniversitesi'nde hukuk eğitimine başladı.

Küçükayhan Aşcıoğlu, 2003 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu ve 2004 yılında da Paris IX Dauphine Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programını (DEA), Prof. Andrée Brunet başkanlığında yürüttüğü "Dağıtım Anlaşmalarında Fiyata İlişkin Kötüye Kullanmalar" başlıklı yüksek lisans tezi ile tamamladı.

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi olan Küçükayhan Aşcıoğlu, 2006 yılında bu yana İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapmakta ve özellikle Türk ve AB rekabet hukuku, birleşme ve devralmalar, özelleştirme ve dağıtım sözleşmeleri alanlarında çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI