T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMALARI

Hasan KARAKILIÇ

Danışman
Doç. Dr. Sevilay UZUNALLI

İZMİR – 2012

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2005800286

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Hasan KARAKILIÇ
Tez Başlığı : Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları

Savunma Tarihi : 26.11.2012

Danışmanı : Doç.Dr.Sevilay UZUNALLI

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Doç.Dr.Sevilay UZUNALLI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	GEDİZ ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oruç Hami ŞENER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Işıl ÖZKAN	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği ( )
Oy Çokluğu (X)

Hasan KARAKILIÇ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları**"başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum **"Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları"** adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

…./.../…

Hasan KARAKILIÇ

ÖZET

Doktora Tezi

Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları

Hasan KARAKILIÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, satıcının bir ürün ile birlikte bir diğer farklı ürün veya hizmetin de alınmasını öngördüğü davranışlar bağlama uygulaması olarak tanımlanmaktadır. Bağlama uygulamaları rekabeti sınırlayıcı davranışlar arasında yer almakta olup, hem AB Rekabet hukukunda ve hem de Türk Rekabet Hukukunda yasaklanmıştır.

Bağlama uygulamaları ya teşebbüsler arasındaki bir anlaşma yoluyla ya da hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışları ile ortaya çıkabilir. Teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir yatay (kartel) anlaşma ile ürünlerin bağlı satılması rekabete aykırıdır. Ancak dikey anlaşmalar açısından belirli koşullar altında muafiyet söz konusudur. Bu nedenle dikey bir anlaşmada yer alan bağlama şeklindeki bir sınırlama, anlaşmanın doğrudan rekabete aykırılığı sonucunu doğurmaz. Hakim durumdaki bir teşebbüsün bağlama uygulaması ile hakim durumunun kötüye kullanması da yasaktır. Öte yandan hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu paket satış şeklindeki indirimler de rekabete aykırıdır.

Bağlama uygulamaları alıcı veya tüketicilerin sözleşme ve seçme özgürlüğü yanında, üçüncü taraf teşebbüslerin de ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayan davranışlardır. Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki en önemli etkisi rakiplerin dışlanması nedeniyle tüketicilerin sömürülmesidir. Dışlayıcı etkiler pazar gücünün aktarılması ile de ortaya çıktığından, bağlama aynı zamanda bir pazara giriş engeli de yaratabilir.

Dışlayıcı ve engelleyici bir davranış olan bağlama uygulaması konusunda, teşebbüsler haklı nedenlere dayanabilirler. Bu nedenlerin en başında ürünlerin birlikte satılmasının objektif bir gereklilik olması bulunmaktadır. Öte yandan ürünlerin bağlı satılması alışılmış bir ticari

uygulama sonucu gerçekleşiyorsa, bu durum da haklı bir neden olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda etkinlik savunması da somut olay kapsamında bağlama uygulaması için haklı bir neden olarak değerlendirilebilir.
Anahtar Kelimeler: Bağlama Uygulaması/Bağlama Anlaşması, Aktarma Teorisi, Pazara Giriş Engelleri, Paket Satış ve İndirimler, Etkinlik

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Tying Practices in Competition Law

Hasan KARAKILIÇ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

An agreement in which seller conditions the sale of an additional product or service other than the object of the agreement, contrary to the legal nature of the agreement or commercial usage, is defined as "tying agreement". Such practices are considered as conducts restricting competition and prohibited both in European Union and Turkish Competition Law.

Agreements between companies or one-sided conduct of a dominant company may cause tying practices. Selling of tied products in accordance with horizontal agreements (cartel) which restrict competition is a violation of competition. However exemption may be granted for vertical agreements under certain conditions. Thus, a tying condition in a vertical agreement is not always regarded as a violation of competition. Package discounts of dominant companies their tying practices as if these are abuse of dominant position, are also prohibited.

Tying practices restrict; purchasers and consumers' freedoms of choice and contract and third party companies' freedom of trade. The most important effect of these practices on competition is exploitation of consumers as a consequence of exclusion of competitors from market. As a result of the fact that exclusionary effects come out with leveraging of market power, tying practices may also cause entry barriers to markets.

Companies may claim some justifiable causes for their exclusionary and prohibitive tying practices. Leading causes for these practices are; "objective justifications" of tying sales and "commercial usage". The "efficiency defense" may also be regarded as a just cause in a certain case.

Keywords: Tie-Ins/Tying Arrangement, The Leverage Theory Entry Barriers Package Discounts, Efficiency

REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMALARI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER vii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKU VE HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA BAĞLAMA UYGULAMALARI

I. REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMASI 10
A. Bağlama Uygulaması Kavramı 10
1. "Ürün" Bağlama 11
2. Paket Satış 12
B. Bağlama Uygulaması ve Kelepçeleme Sözleşmesinin Farkları 13
II. BAĞLAMA UYGULAMASININ GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ 14
A. Saf Paket Satış Uygulaması 15
B. Karışık/Karma Paket Satış Uygulaması 16
C. Statik Ürün Bağlama Uygulaması 17
D. Dinamik Ürün Bağlama Uygulaması 18
E. Teknolojik Bağlama Uygulaması 19
F. Ara Değerlendirme 19
III. TEŞEBBÜSLERİ BAĞLAMA UYGULAMASINA YÖNELTEN EKONOMİK NEDENLER 20
A. Bağlama Uygulaması ile Ölçümleme 21
B. Bağlama Uygulaması ile Fiyat Farklılaştırması 23
1. Fiyat Farklılaştırması ve Fiyat Ayrımcılığı Farkı 23
2. Fiyat Farklılaştırması İçin Bağlama Uygulaması 24
3. Fiyat Farklılaştırmasını Gizleme İçin Bağlama Uygulaması 26

4. Fiyat Farklılaştırması ile Fiyata Yönelik Algıyı Yönetme için Bağlama Uygulaması 29
C. Bağlama Uygulaması Nedeniyle Haksız Fiyatların Ortaya Çıkması 31
1. Ön Açıklamalar 31
2. Bağlama Uygulaması ile Yıkıcı Fiyatlama 33
D. Bağlama Uygulamasıyla Risk Paylaşımı 35
E. Bağlama Uygulamasıyla Kredi Sağlama 36
F. Bağlama Uygulamasıyla İşlem Maliyetlerinin Azalması 37
G. Bağlama Uygulamasıyla Kalite Kontrolü 38
H. Ara Değerlendirme 40
IV. REKABET HUKUKU ANLAMINDA BAĞLAMA UYGULAMASI VE UNSURLARI 41
A. Bağlayan Ve Bağlanan Ürün 42
1. "İki Farklı Ürün'ün Varlığı Konusunda Yaklaşımlar 44
a. AB Yaklaşımı 45
b. Rekabet Kurulu Yaklaşımı 47
c. Antitrust Hukuku Yaklaşımı 48
2. İki Farklı Ürünün Belirlenmesi Konusunda Yöntemler 49
a. Ürünün Birden Fazla Parçadan Oluşması Halinde Belirleme 50
b. Pazar Esas Alınarak Belirleme 51
(1) Ayrı Tüketici Talebi Testi 53
(2) Alışılmış Ticari Uygulama Testi 55
B. Alıcıların Bağlama Uygulaması İçin Zorlanması 58
1. "Zorlama"nın Niteliği 58
2. Hukuksal veya Aynı Zamanda Ekonomik Açıdan Zorlamanın Gerekliliği 60
C. Bağlama Uygulamasının Rekabeti Sınırlayıcı Etkileri Açısından Pazar Yapısının Önemi 62
D. Bağlama Uygulamasının Haklılığı Açısından Objektif Gereklilikler Ve Ticari Teamül Bulunması 65
V. REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMASININ ORTAYA ÇIKIŞI 68
A. Amerikan-*Antitrust* Hukuku'nda Bağlama Uygulamaları 68
1. Antitrust - Hukuku Düzenlemeleri 68
a. Sherman Kanunu 68
b. Clayton Kanunu 69
c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu 70

2. Ticaretin Sınırlanması Aracı Olarak Bağlama Uygulamaları 70
3. *Antitrust*-Hukukunda Bağlama Uygulamalarının Ortaya Çıkışı 71
B. Avrupa Birliği Hukuku'nda Bağlama Uygulamaları 74
1. AEUV Madde 101 Açısından Bağlama Uygulamaları 74
2. AEUV Madde 102 Açısından Bağlama Uygulamaları 75
C. Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Göre Bağlama Uygulamaları 76
1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylemler Yoluyla Bağlama Uygulamalarlı 76
2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yoluyla Bağlama Uygulamaları 76
VI. HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA BAĞLAMA UYGULAMALARI 77
A. Borçlar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Ve Bağlama Uygulamaları 77
1. Alıcıların Sözleşme Özgürlüğü Açısından Bağlama Uygulamaları 79
a. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi 79
b. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kapsamı 80
(1) Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü 80
(2) Sözleşmenin Konusunu Belirleme Özgürlüğü 84
(3) Sözleşmenin Tarafını Belirleme Özgürlüğü 85
2. Ara Değerlendirme 90
B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Bağlama Uygulaması 91
1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Tüketici Lehine Sınırlandırılması 91
2. Bağlama Uygulaması Yasağı 92
C. Haksız Rekabet Hukuku Açısından Bağlama Uygulamaları 96
1. Ön Açıklamalar 96
2. Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi 97
3. Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Amaç ve Terminoloji Yönünden Yakınlaşması 99
4. Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet Hükümleri 101
5. Haksız Rekabet Hukuku ve Bağlama Uygulamaları 103
6. Özellikle Satışları Destekleyici Nitelikte Bağlama Uygulamaları 104
7. Ara Değerlendirme 108

İKİNCİ BÖLÜM
BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABETE ETKİLERİ VE REKABET POLİTİKALARININ BAĞLAMA UYGULAMALARINA YAKLAŞIMI

I. BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ 110
II. ALICILAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ 111
A. Alıcıların Özgürlüğünün Sınırlanması 111
B. Kötüye Kullanma Yoluyla Alıcıların Sömürülmesi 112
III. RAKİPLER ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ 118
A. Pazar Gücünün Aktarılması 119
1. Rekabet Hukukunda Aktarma Etkisi 119
2. Aktarma Etkisi Konusunda Chicago Okulu Yaklaşımı 120
3. Aktarma Etkisi İçin Gerekli Koşullar 124
a. Teşebbüsün Pazar Gücü 124
b. Ürünler Arasındaki Talep İlişkisi 126
c. İkincil veya Alt Ürün Pazarı 131
4. Ara Değerlendirme 132
B. Rakiplerin Dışlanması 134
1. Ön Açıklamalar 134
2. Bağlama Uygulamasının Dışlayıcı Etkileri Açısından Gerekli Olan Koşullar 136
a. Teşebbüsün Pazar Gücü 137
b. Tüketicinin Ürünleri Birlikte Edinme Konusundaki İsteği 138
c. Alıcının Pazar Konumu 139
d. Talep Fazlası Miktarı 139
e. Tamamlayıcı Ürün Üreticileri Açısından Dışlayıcı Sorunlar 140
3. Dışlayıcı Etkiler Açısından Bağlama Uygulamasının Süresi 141
4. Ara Değerlendirme 143
C. Tekelleşme Sorunu 144
D. Pazara Giriş Engelleri 146
1. “Pazara Giriş Engelleri” Kavramı 147
2. “Potansiyel Rakipler” 148
3. Bağlama Uygulaması ile Pazara Giriş Engelleri 148
a.Bağlanan Ürün Pazarına Giriş Engelleri 150
(1) Bağlama Uygulamasının “Bağlayıcı Etkisi” 150

(2) Rakipler Açısından Çift Yönlü Pazara Giriş Zorunluluğu 152
b. Bağlayan Ürün Pazarına Giriş Engelleri 154
4. Ara Değerlendirme 157
IV. BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA YENİ YAKLAŞIMLAR 160
A. *Post*-Chicago Stratejik ve Ekonomik Yaklaşımlar 161
1. Rakibin Maliyetlerini Yükseltme 163
2. Oyun Teorisi 165
B. Asimetrik Bilgi Sorunu 170
1. Uygulamada Asimetrik Bilgi Sorunu 172
a. Kodak Kararı 172
b. Rekabet Kurulu "Siemens" Kararı 177
2. Asimetrik Bilginin Alıcıları Zorlayıcı Niteliği 180
C. Ara Değerlendirme 182
V. REKABET POLİTİKALARININ BAĞLAMA UYGULAMALARINA YAKLAŞIMI 183
A. Ön Açıklamalar 183
B. Avrupa Birliği Yaklaşımı 185
1. Pazar Yapısı ve Özgürlüğü Sorunu 185
2. Freiburg Okulu ve Ordoliberalizmin Avrupa Birliği'nin Yaklaşımına Etkileri 191
VI. BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN ANALİZİNDE YAKLAŞIM SORUNU 193
A. Per Se Yaklaşım 193
B. *Rule o Reason* Yaklaşımı 194
1. Rule of Reason Yaklaşımının Avantajları 194
2. Rule of Reason Yaklaşımın Dezavantajları 197
C. *More Economic Approach* 198
1. Komisyon Tartışma Metni 202
a. Tartışma Metninin Genel Çerçevesi 203
b. Bağlama Uygulamaları Konusundaki Yaklaşım 206
2. AEUV m. 102 Hakkında Komisyon Kılavuzu 209
3. Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı 212
D. Ara Değerlendirme 215

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TEŞEBBÜSLER ARASINDA BAĞLAMA ANLAŞMALARI YOLUYLA REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. REKABET HUKUKUNDA ANLAŞMA KAVRAMI VE ANLAŞMALARIN REKABETİ SINIRLAYICI ETKİSİ 218
A. Rekabet Hukunda Anlaşma Kavramı 218
1. Yatay Anlaşma 220
2. Dikey Anlaşma 221
II. YATAY VE DİKEY ANLAŞMA AYRIMININ NEDENİ 222
III. ANLAŞMANIN REKABETİ SINIRLAYICI ETKİLERİNİN HİSSEDİLİR OLMASI 223
IV. YATAY BAĞLAMA ANLAŞMASI 228
A. AEUV Madde 101/1 (e) Açısından Bağlama Anlaşması 232
1. Hükmün Uygulama Alanı 233
2. AEUV m. 101/1 (e) ve m. 102/d Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi 235
B. RKHK Madde 4 (f) Açısından Bağlama Anlaşması 237
1.Hükme Yönelik Eleştiriler 240
a. Genel Olarak 240
b. Hükmün Kapsamına Yönelik Eleştiriler 241
2. Ara Değerlendirme 244
V. DİKEY BAĞLAMA ANLAŞMASI 246
VI. DİKEY ANLAŞMALARIN REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ 246
VII. DİKEY SINIRLAMA OLARAK BAĞLAMA ANLAŞMASI 248
A. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Rekabet Üzerindeki Etkileri 251
B. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Olumsuz Etkileri 255
1. Fiyat Artışına Neden Olma 256
2. “Kilit Etkisi”ne Yol Açma 256
3. Marka İçi Rekabetin Azalması 257
4. Markalar Arası Rekabetin Azalması 258
5. Alıcıların Tercihlerinin Kısıtlanması 259
6. Pazara Giriş Engelleri ile Pazarın Kapanması Etkisi 260
C. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Olumlu Etkileri 264
1. Etkinlik Sağlama 264
2. Üretim ve Kalite Standartlarında Yeknesaklık Yoluyla Bedavacılık (free-riding) Sorununun Giderilmesi 266

3. Pazara Giriş Maliyetlerinin Azalması 268
4. Çifte Tekel Karını Önleme 268
VIII. DİKEY ANLAŞMALAR AÇISINDAN MUAFİYET SİSTEMİ 269
A. Genel Olarak Muafiyet Sistemi 269
B. Grup Muafiyet Sistemi 271
1. Teknoloji Transferi Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyeti 273
a.Teknoloji Transferi Anlaşmaları 273
b.Teknoloji Transferi Anlaşmaları Açısından Bağlama Uygulamaları 274
2. Motorlu Taşıtlar Pazarı İçin Grup Muafiyeti 278
a. Satış ve Servis Hizmetlerinin Bağlanması 280
b.Orijinal Parça Kullanma Yükümlülüğü Getirmek 281
C. Bireysel Muafiyet 281
D. Muafiyet Açısından Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Analizi 282
E. Muafiyetin Geri Alınması 285
1. Bireysel Bir Kararla Muafiyetin Geri Alınması 285
2. Birikimli Etki Nedeniyle Paralel Ağların Muafiyet Kapsamı Dışına Çıkarılması 285
a. Pazarda “Birikimli Etkiler” 285
b.“Delimitis” Kararı 288
3. Ara Değerlendirme 290
F. Muafiyet Sisteminin Değerlendirilmesi 291
1. Genel Olarak 291
2. Muafiyet Sisteminin Hukuki Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi 293
IX. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARIN YAPTIRIMI 295
A.Geçersizlik Yaptırımı 296
B. Geçersizliğin Sonuçları 297

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI VE TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

I. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI 301
A. Ön Açıklamalar 301
B. Kollektif ve Bireysel Bağlama Uygulamaları Sorunu 302

1. Kollektif Bağlama ve Bireysel Bağlama Uygulamaları Ayırımı 302
a. Kollektif Bağlama Uygulamaları 303
b. Bireysel (Münferit) Bağlama Uygulamaları veya Tek Yanlı Davranışlar 309
2. Tek Yanlı Davranışların Değerlendirilmesinde "Göreli Pazar Gücü"nün Esas Alınması 319
3. Muafiyetten Yararlanan Anlaşma İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması 320
II. HAKİM DURUM SORUNU 321
A. Hakim Durumun Tespiti Açısından İlgili Pazar 322
1. İlgili Ürün Pazarı 323
2. İlgili Coğrafi Pazar 325
3. Zamansal veya Dönemsel Pazar 327
B. Hâkim Durumun Tespiti Açısından Pazar Payı 328
1. Pazar Payının Belirlenmesi 328
a. Alman GWB Açısından Hakim Durumun Belirlenmesinde Spesifik Düzenlemeler 330
b. GWB Açısından "Haksız Engellemeler" ve Bağlama Uygulamaları 332
2. Hakim Durumun Tespiti Açısından Pazar Gücü 334
a. Pazar Gücünün Belirlenmesi 334
b. Hakim Durum ve Pazar Gücü İlişkisi 335
3. Hakim Durum Kavramı 336
a. Tek Başına Hakim Durum 338
b. Birlikte Hâkim Durum 338
C. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı 339
1. Hakim Durumun Değil, Kötüye Kullanmanın Yasak Olması 339
a. Kötüye Kullanma 340
b. Hakim Durum ve Kötüye Kullanma Arasındaki Nedensellik İlişkisi 343
2. Hakim Durumdaki Teşebbüslerin "Özel Sorumluluğu" 346
III. DIŞLAYICI DAVRANIŞ OLARAK BAĞLAMA UYGULAMASI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI 349
A. AB HUKUKU UYGULAMASI 350
1. Tetra Pak II Kararı 350
2. Komisyon Kılavuzu 352
B. REKABET KURULU'NUN YAKLAŞIMI 353

IV. BAĞLAMA UYGULAMASI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ BAZI GÖRÜNÜMLERİ 358
A. Fiyat Sıkıştırması Amacıyla Bağlama Uygulaması 358
1. Napier Brown/British Sugar Kararı 360
2. IRI/Nielsen Kararı 361
B. Şebeke/Ağ Etkisinden Yararlanmak Suretiyle Bağlama Uygulaması 362
1. Şebeke veya Ağ Etkisinin Önemi 362
2. Şebeke veya Ağ Etkisi Konusunda Bağlama Uygulaması Örnekleri 364
C. Yenilikçi Pazarlarda Ürün Geliştirme Yoluyla Bağlama Uygulaması 368
1. Yenilikçi Pazarlarda Teknolojik Bağlama Uygulaması 368
a. Teknolojik Bağlama Uygulamasının Rekabet Üzerindeki Etkileri 369
b. Ürün Geliştirme Yoluyla Teknolojik Bağlama Uygulaması 371
2. Microsoft Kararı 372
a. AB Komisyonu Kararı 372
(1) İlgili Pazarın Yapısı ve Microsoft'un Hakim Durumu 374
(2) Bağlama Uygulaması ve Kötüye Kullanma Niteliği 376
(3) "Rule of Reason" Yaklaşımı Açısından Değerlendirme 379
(4) Mevcut Yapının Ayrıştırılması 382
b. AB İlk Derece Mahkemesi Kararı 383
c. Microsoft Kararı Konusunda Yapılan Değerlendirmeler 384
V. BAĞLAMA UYGULAMASI GİBİ ETKİ GÖSTEREN TİCARİ UYGULAMALAR 388
A. İndirim Sistemi Şeklindeki Bağlama Uygulamaları 388
1. Ön açıklamalar 388
2. İndirim Sistemlerinin Rekabet Üzerindeki Etkisi 390
B. İndirim Yoluyla Bağlama Uygulamaları Türleri 391
1. Sadakat İndirimleri 397
a. Hoffmann-La Roche Kararı 399
b. Michelin II Kararı 401
c. Coca-Cola Kararı 402
2. Hedef İndirimler 405
a. Michelin I Kararı 406
b. "Fertigfutter" Kararı 407
c. Milchaustauschfuttermittel Kararı 409
C. Ara Değerlendirme 412

VI. “ALIM GÜCÜ”NÜN KÖTÜYE KULLANMASI İLE BAĞLAMA UYGULAMASI 413
A. Alım Gücü Kavramı 414
B. Alım Gücünün Kötüye Kullanılması 415
C. Alım Gücünün Rekabet Üzerindeki Etkileri 420
1. Üretici veya Satıcının Sömürülmesi 420
2. Rakiplerin Dışlanması 423
VII. TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ 423
A. Ticari Teamül Gereği Hukuka Uygunluk 424
1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar Açısından Ticari Teamülün Hukuka Uygunluk Hali Olması 424
2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Açısından Ticari Teamülün Hukuka Uygunluk Hali Olması 428
B. Objektif Gereklilikler 431
1. Genel Anlamda Objektif Gereklilik 431
2. Ürünün Niteliğine Özgü Objektif Gereklilikler 436
a. Ekonomik Gereklilikler 437
b. Ürün Güvenliği 437
c. Ürün Kalitesinin İyileştirilmesi 439
d. Ürün Kalitesinin Korunması 439
e. Ürünlerin İşlevselliği 441
C. Etkinlik Savunması 442
1. Etkinlik Savunmasının Yasal Dayanakları Konusunda Doktrindeki Tartışmalar 443
2. Tartışma Metni’ne Göre Etkinlik Savunması 448
3. Kılavuzu’a Göre Etkinlik Savunması 451
4. Rekabet Kurulu’nun Yaklaşımı 453
VIII. TİCARİ TEAMÜL VEYA OBJEKTİF GEREKLİLİKLERE RAĞMEN BAĞLAMA UYGULAMASININ YASAKLANMASI 452

SONUÇ 461
KAYNAKÇA 477

KISALTMALAR

ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt (Alman Federal Kartel Otoritesi)
CMLR	Common Market Law Review
dn	Dipnot
ECLR	European Competition Law Review (London)
EuG	Gericht erster Instanz beim EuGH (AB İlk Derece Mahkemesi)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
ff.	und folgende
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
m.	madde
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Numara
OLG	Oberlandesgericht
p.	paragraf
Rdnr.	Randnummer
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	Sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E Kartellrecht	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung zum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

GİRİŞ

Serbest rekabet olgusu, günümüzde genel olarak birçok modern ekonomik düzenin temel ilkelerinden birisidir. Bu anlamda rekabet ile üretimde etkinlik ve bu şekilde nihayetinde tüketici refahında da bir artış sağlanması esaslı bir hedeftir. Bu durum farklı hukuk sistemleri bağlamında da kabul edilen bir sonuçtur. Örneğin AB Rekabet Hukuku'nda da yasal sınırlar içinde, rekabetçi koşular altında, işleyen bir rekabet sistemi de gözetilerek toplumsal refahın arttırılması, rekabet politikasının önemli hedeflerden birisi olarak görülmektedir. Toplumsal veya toplam refahta artış aynı zamanda buna paralel olarak tüketici refahında da artış anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, rekabet hukuku açısından, işleyen bir rekabet düzenine ulaşmak için teşebbüslerin pazardaki davranışlarını kontrol etmeye yönelik düzenlemeler birçok ülkenin rekabet yasalarında yer almaktadır. Farklı hukuk sistemleri, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yanında, hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışlarına karşı da çeşitli yaptırımlar öngörmektedir. Örneğin Avrupa Birliği ve Alman rekabet hukukunda, kural olarak, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları yasaktır. Benzer durum 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) açısından da geçerlidir. AB hukukunda, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV)[1] m.101 hükmüne göre teşebbüsler arasında, iç pazar içinde rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip anlaşmalar yasak olduğu gibi, AEUV m. 102 hükmüne göre de hakim durumdaki teşebbüslerin iç pazarda hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Benzer şekilde Amerikan *antitrust*-hukukunda Sherman Kanunu 1.bölümde ticareti sınırlayan anlaşma veya sözleşmeler yasaklanırken, Sherman Kanunu 2. bölüm açısından ise tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme rekabete aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Aynı şekilde *antitrust*-hukukunda Clayton Yasası 3. bölüm ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu 5.maddesi kapsamında da bu tarz yasaklayıcı düzenlemeler yer almaktadır. Benzer yaklaşım 4054 sayılı RKHK açısından da geçerlidir. Gerçekten de RKHK m. 4 hükmü mehaz AEUV m. 101 hükmüne paralel olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu

[1] 2007 tarihli Lizbon Anlaşması, bütün üye ülkeler tarafından kabul edilmesini takiben 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Lizbon Anlaşmasının yürürlüğe girmesi ile daha önceleri Roma Antlaşması ve Amsterdam Anlaşması olarak kullanılan Avrupa Birliği Anlaşması'nın yeni adı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında anlaşma (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) olurken, madde numaraları da değişmiştir. Daha önceki 81.madde AEUV m.101 ve 82.madde ise AEUV m.102 olarak numaralandırılmakla birlikte, maddelerin içeriğinde herhangi bir değişiklik olmamıştır.

eylemleri yasaklarken, 6.madde de yer alan düzenleme ile de AEUV m. 102 hükmü ile paralel şekilde, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

Satıcının bir ürünün satışını, bu ürünle birlikte farklı bir diğer ürün veya hizmetin de kendisinden veya onun tarafından gösterilen başka bir satıcıdan alınması koşuluna bağlaması olarak da ifade edilen bağlama uygulamaları da rekabeti sınırlayıcı davranışlardır. Ancak bağlama uygulamaları bazı durumlarda etkinlik sağlayıcı özellikleri ile rekabet üzerinde olumlu etkilere de sahiptirler. Bununla birlikte çoğu zaman bu tarz davranışlar rekabeti sınırlayan ve sonuçta rakipler yanında tüketicilere de zarar veren davranışlar olarak değerlendirilmektedir. Çünkü bağlama uygulamaları rakipler açısından dışlayıcı ve tüketiciler açısından ise sömürücü etkileri olan davranışlardır. Her ne kadar bu tarz uygulamaların kısa vadede alıcılar ve nihayetinde tüketiciler açısından düşük fiyat, işlem ve üretim maliyetlerinde azalma gibi olumlu etkileri olsa da uzun vadede rakiplerin dışlanması ve rekabetin sınırlanması nedeniyle, tüketiciler açısından zararlı sonuçlar doğurmaya elverişli davranışlardır.

Bu nedenle de yukarda kısaca bahsedilen farklı hukuk sistemlerinde bu tarz davranışlar, kural olarak, yasaklanmıştır. Buna rağmen, bağlama uygulamaları günlük yaşamda yaygın ve bilinen ticari pratiklerdir. Bunlar çoğu zaman alışılmış bir ticari uygulama olarak da algılandığından, bu anlamda rekabete aykırı davranışlar olup olmadıkları alıcı veya tüketiciler tarafından da sorgulanmaz. Bu durumun bir nedeni ise günlük ticari yaşamda birçok ürünün bu şekilde bir ürün kombinasyonu dahilinde üretilmesi ve satılabilmesidir. Çoğu zaman kullanım kolaylığı, alıcı veya nihai tüketiciler tarafından daha az çaba veya masrafla ulaşma olanağı nedeniyle, ticari yaşamda bu uygulamalar olağan karşılanmaktadır. En basit örneğinden, bir çift ayakkabı ayrı olarak veya bağcıksız da satılabilir. Ancak alıcı açısından uygun diğer tekini veya uygun bir bağcığı bulmanın getireceği maliyet veya çabalar düşünüldüğünde, bunların birlikte satılması tercih edilir ve bu durum aynı zamanda ticari yaşamda alışılmış bir uygulamadır. Aynı zamanda bir otomobil açısından da benzer bir durumdan söz edilebilir: Otomobilin radyo veya CD çalar dahil, standart bir donanım paketi ve biri yedek olmak üzere dört lastik ile satılması alışılmış bir uygulama olup, bunun haklı olup olmadığı da pek sorgulanmaz. Çünkü alıcı veya tüketici bakış açısıyla bu tarz ürünler birbiriyle bağlantılı ve bir ürünü oluşturan münferit parçalar olup, nihayetinde tüketici açısından bütün bir ürün olarak algılanmaktadır.

Ancak, alıcı veya tüketicide, ürünlerin ayrı veya farklı pazarlara ait olduğu yönünde bir algı oluştuğu zaman durum farklılaşmaktadır. Örneğin bir yazıcı veya fotokopi makinesi kâğıt olmadan da, işlevsel olmamakla birlikte, satın alınabilir. Alıcı kâğıdı pazarda istediği başka bir satıcıdan ayrı olarak da alabilir. Fakat satıcı fotokopi makinesini kullanılacak kağıt ile birlikte satmaya başlarsa burada rekabet hukuku açısından dikkate alınması gereken bir davranış sözkonusudur. Aynı şekilde bir ürünün üretim tekniği konusunda daha pratik ve hızlı bir makine üreten teşebbüsün, makinenin satışını üretim sürecinde kullanılacak hammaddenin de kendisinden alınması şartına bağlaması, pazarda sadece hammadde üreten teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırıcaktır. Benzer sonuç daha hızlı ve seri etiket yapıştıran bir alet geliştiren teşebbüsün, bu alet için kullanılacak etiketlerin de kendisi veya onun belirleyeceği başka bir teşebbüsten alınması koşuluna bağlaması durumunda da geçerlidir.

Öte yandan, bütün bu farklı ihtimaller açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise teşebbüsün pazar konumudur. Hakim durumda olmadığı sürece, bir teşebbüsün kendi ticari politikası doğrultusunda, ürünlerini bağlı satması rekabet hukuku açısından sorun yaratacak bir davranış değildir. Bununla birlikte aynı teşebbüs ilgili pazarda hakim durumda olmasa bile, rakiplerine göre önemli bir pazar gücüne sahipse, bu durumda başvurduğu bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Keza teşebbüslerin kendi aralarında yapacakları anlaşmalar (yatay veya kartel anlaşmaları) yoluyla, anlaşmaya taraf olmayan üçüncü bir teşebbüsün ticari faaliyet özgürlüğünü engelleyecek şekilde bir bağlama uygulamasına gitmeleri de rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarını yasaklayan rekabet hukuku düzenlemeleri nedeniyle yasaktır. Daha spesifik örnek olarak, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, bir ürünün satışını bir diğer ürünün de kendisinden alınması koşuluna bağlayarak, başka bir ifadeye tek yanlı bir davranışla bir bağlama uygulamasına gitmesi, hakim durumun kötüye kullanılması halini oluşturabilir.

Bağlama uygulamalarının günlük yaşamda yaygın olmaları ve bazı durumlarda tüketici refahını olumlu yönde etkilemeleri nedeniyle, bazı haklı nedenlerin varlığı durumunda bunların doğrudan yasaklanmaması, rekabet ve bu anlamda pazar üzerindeki etkilerinin ayrıntılı analizinden sonra bir yargıya ulaşılması savunulmaktadır. Aynı zamanda AEUV m. 102 düzenlemesine göre, böyle bir uygulamanın anlaşmanın niteliği gereği olması veya bu yönde bir ticari teamülün varlığı, ilgili uygulama açısından birer hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır. Aynı

durum rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve teşebbüs birliği kararları kapsamında, AEUV m. 101 ve RKHK m. 4 açısından da geçerlidir. Hatta bu konuda, rekabet hukuku uygulamasında da yeni dönem rekabet politikaları açısından esasen tüketici refahının gözetilmesi ve bu anlamda etkinlik sağlayıcı davranışların dikkate alınması yönünde bir yaklaşım da bulunmaktadır. Buna rağmen, yine de uzun vadede dinamik bir rekabet ile ortaya çıkabilecek etkinlik kazanımlarının, kısa vadede tüketici lehine olan fiyat gibi avantajlara feda edilmemesi gerektiği de savunulmaktadır[2].

Rekabet hukukunda bağlama uygulamalarının genellikle birkaç ihtimal dahilinde ortaya çıktığı söylenebilir. Birinci ihtimal hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahip bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile bir mal veya hizmetin alınması yanında, başka bir mal veya hizmetin de alınmasını zorunlu turmasıdır. Hakim durumun bağlama uygulaması ile kötüye kullanılması olan bu davranış, aynı zamanda rekabet hukukunda bağlama uygulamalarının en fazla ortaya çıktığı durumdur. Çünkü hakim durumdaki bir teşebbüs, pazarda fiyat ve benzeri diğer parametreleri alıcı veya rakiplerinden bağımsız olarak rekabetçi seviyenin üzerinde belirleyebilir. Teşebbüse bu imkanı sağlayan ise hakim durum nedeniyle sahip olduğu pazar gücüdür.

Bağlama uygulamalarının ortaya çıkışı açısından ikinci bir ihtimal ise satıcı ile yeniden satıcı arasında dikey bir anlaşma kapsamında, üçüncü taraf teşebbüsler için getirilen sınırlamalar kapsamında, bir mal veya hizmetin alınmasının bir diğer mal veya hizmetin de alınması koşuluna bağlanmasıdır. Üretim ve dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki çeşitli dikey anlaşmalarda "bağlama" gibi dikey sınırlamalar yer alabilmektedir. Bu tarz kayıtlar esasen pazarda üçüncü taraf teşebbüslerin ticari faaliyet özgürülüğünü sınırlayan ve bu anlamda rekabeti de olumsuz yönde etkileyen durumlardır. Bununla birlikte dikey anlaşmaların rekabet üzerinde olumsuz etkileri yanında olumlu etkileri de bilinen bir olgu olduğundan, bu şekilde anlaşmalar açısından belirli koşullar altında grup veya bireysel muafiyet sözkonusudur. Ancak bu tarz anlaşmalar açısından muafiyet sisteminin varlığı bunların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin dikkate alınmayacağı anlamına da gelmediğinden, somut olay kapsamında anlaşmada yer alan bağlama gibi dikey sınırlamalar açısından, hem rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların

[2] Bkz. Immenga, Ulrich ve Ernst-Joachim Mestmäcker, **Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht,** 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, (Kommentar zum Deutschen Kartellrecht), GWB § 1, Rdnr. 111.

yasaklanması ve hem de hakim durumun kötüye kullanılması açısından bir değerlendirmenin yapılması mümkündür.

Rekabet hukuku açısından bağlama uygulamasının ortaya çıkabileceği bir diğer olası durum ise teşebbüsler arasında yapılan ve fakat dikey anlaşma niteliği de taşımayan bir anlaşmanın bulunmasıdır. Böyle bir anlaşma kapsamında, bir mal veya hizmet ile birlikte bir diğer mal veya hizmetin de satılması konusunda teşebbüsler bir anlaşmaya gidebilirler. Yatay veya "kartel" anlaşması olarak da adlandırılan bu tarz bir davranış ile bağlama uygulamasına gidilmesi rekabet hukukunda çok yaygın bir durum değildir.

Bununla birlikte, bağlama uygulamasının dikey nitelik taşımayan bir anlaşma kapsamında ortaya çıkması ihtimalinde, anlaşmaya taraf teşebbüslerin birbirinin rakibi olması veya birbirinin rakibi olmaması şeklinde iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Eğer anlaşma tarafları birbirinin rakibi olup da taraflar arasındaki anlaşma "birlikte hakim durum" yaratmıyorsa, bu durumda rekabet hukuku anlamında klasik bir bağlama uygulamasından çok, mal veya hizmetlerin arz koşullarının rakip teşebbüsler arasındaki bir irade uyuşması ile belirlenmesi şeklinde de tanımlanabilecek olan, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylemden söz edilebilir. Dolayısıyla bu tarz bir davranışın bağlama uygulaması olarak değerlendirilmesi de güçtür.

Bağlama uygulamasının teşebbüsler arasındaki bir anlaşma çerçevesinde ortaya çıkabileceği ikinci bir ihtimal ise, teşebbüslerin birbirinin rakibi veya sağlayıcısı olmadığı durumdur. Belirtmek gerekir ki, bu tarz bir yatay/kartel anlaşmanın uygulamada ortaya çıkması zayıf bir olasılıktır. Çünkü böyle bir durumda taraflar arasındaki anlaşma, ancak teşebbüslerden birisinin bağlayan ürün pazarında, diğerinin de bağlanan ürün pazarında faaliyet göstermesi ile mümkündür. Aynı zamanda bağlama uygulamasının rasyonelliği de yatay/kartel anlaşması ile hayata geçirilerek, nihayetinde elde edilen rantın paylaşılması durumunda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde teşebbüsler arasındaki anlaşma, bağlama uygulamasının etkinliği için zorunlu olduğundan, teşebbüsler arasındaki anlaşma ile bağlama uygulaması arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Çalışmamızda da bağlama uygulamaları değerlendirirken, bu olası ihtimallere paralel bir yöntem izlenmiştir.

a. Çalışmanın Kapsamı:

Rekabet hukuku açısından bağlama uygulamalarının farklı türlerinin pazarda ortaya çıkması her zaman mümkündür. Ancak çalışmamızda esasen, bir ürün ile birlikte bir diğer ürün veya hizmetin de alınmasının zorunlu tutulması şeklinde ortaya çıkan bağlama uygulamaları incelenmektedir. Bu durum hem teşebbüsler arasındaki yatay ve dikey anlaşmalar ve hem de teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından ele alınmıştır. Bu değerlendirmeler esasen Türk Rekabet hukuku ve mehaz AB rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde yapılmıştır. Bununla birlikte, yeri geldikçe bu konuda önemli bir içtihat geleneği olan Amerikan-*antitrust* hukuku uygulamaları ve Kara Avrupasının en eski rekabet kanunlarından birisine sahip olan Almanya'daki yasal düzenlemeler ve uygulamada ortaya çıkan kararlara da değinme zorunluluğu doğmuştur. Bu da ister istemez çalışmanın hacminin artmasına neden olmuştur.

Öte yandan yeri gelmişken belirtmekte yarar bulunmaktadır: Bağlama uygulamaları aslında sadece rekabet hukukuna özgü davranışlar da değildir. Bu tarz uygulamalar haksız rekabet hukuku alanında ortaya çıkabileceği gibi, bizdeki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK m.5/III)'un kapsamına da girebilir. Bununla birlikte, bağlama uygulamaları, borçlar hukuku alanında da, sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından değerlendirilebilir. Çünkü alıcı bağlama uygulaması ile çoğu zaman istemediği, ilgilenmediği veya o an ihtiyacı olmayan bir ürünü, satıcı karşısından fazla gücü olmadığından, almak zorunda kalmaktadır. Özellikle hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan bağlama uygulamalarında çoğu zaman alıcının alternatif tedarik kaynaklarına sahip olmaması ya da çok cazip veya reddedilemeyecek bir satış teklifi nedeniyle, adeta iradesi baskı altına alınarak bağlı ürünleri almaktadır. Dolayısıyla burada alıcı açısından sözleşme özgürlüğü ilkesi de zarar görmüş olmaktadır.

Ancak bu çalışmada, bağlama uygulamalarının farklı hukuk alanlarındaki görünümleri ve sözleşme özgürülüğü ilkesi bağlamında bunların alıcı veya tüketicilerin bu özgürlüğünü sınırlaması niteliği konusunda, genel açıklamalarla yetinilmiştir. Çünkü çalışmamızın asıl konusu rekabet (veya "kartel") hukuku kapsamında bağlama uygulamalarının incelenmesi ile sınırlı olduğu için, çalışmanın kapsamı da buna göre belirlenmiştir. Ayrıca TKHK'nın 5.maddesinde yer alan düzenleme de kendine özgü, özel bir kanunda yer alan bir bağlama uygulaması yasağı olması nedeniyle genel hatlarıyla ele alınmıştır. Bağlama uygulamalarının rekabet hukuku dışında en fazla görüldüğü alan olması nedeniyle, haksız rekabet

hukuku ile ilgili açıklamaların biraz daha ayrıntılı olmasına özen gösterilmiştir. Çünkü rekabet hukuku ("Kartellrecht) ile birlikte haksız rekabet hukuku (Lauterkeitsrecht) aynı zamanda "geniş anlamda rekabet hukuku"nu (Wettbewerbsrecht) oluşturmaktadır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde "bağlama uygulamaları" ile ilgili kavram analizi, rekabet hukuku açısından bir davranışın "bağlama uygulaması" olarak nitelendirilebilmesi için gereken unsurlar üzerinde durulmuştur. Öncelikle bağlama uygulaması kavramı, "ürün bağlama"ve "paket satış" çerçevesinde incelenirken, uygulamada en sık görülen bağlama uygulaması türleri ve bağlama uygulamasının analizinden belirleyici olan özellikle "iki farklı ürün" ve bunun somut olaylar açısından nasıl belirleneceği hususları üzerinde durulmuştur. Daha sonra teşebbüsleri bağlama uygulamasına yönelten ekonomik nedenler üzerinde durulmuştur. Amerikan-*antitrust* hukukunda bağlama uygulamaları kısaca incelendikten sonra AB rekabet hukuku ve RKHK açısından bağlama uygulamalarını düzenleyen hükümler incelenmiştir. Bu bölümde son olarak bağlama uygulamalarının rekabet hukuku dışında diğer hukuk alanlarında görünüş şekilleri haksız rekabet hukuku ve TKHK açısından ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir. Bu konuda öncelikle bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri alıcılar ve rakipler açısından değerlendirilmektedir. Bu kapsamda özellikle bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki en önemli etkilerinden birisi olarak kabul edilen "aktarma etkisi/teorisi" (leverage theory) ve bu bağlamda rakiplerin dışlanması sorunu, rekabet hukuku literatüründe önemli bir yeri olan Chicago Okulu'nun bu konuya yaklaşımı ve bu Okul taraftarlarının aktarma teorisine karşı geliştirdikleri argümanlar değerlendirilmiştir. Bu bölümde ayrıca *post*-Chicago ekonomik ve stratejik yaklaşımların bağlama uygulamalarına yaklaşımı ve genel olarak bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda benimsenen yaklaşımlar ele alınmıştır. Bu değerlendirme yapılırken, AB rekabet hukukunda son zamanlarda ortaya çıkan ve *more economic approach* yaklaşımı ile de açıklanan *ekonomik etki* temelli bir yaklaşımın geliştirilmesi açısından, Komisyon Tartışma Metni *(discussion papier)* ve AEUV m. 102 hakkında Komisyon Kılavuzu (Mitteilung)'nda bu konuda ortaya çıkan yaklaşım üzerinde durulmaktadır.

Üçüncü bölümde ise teşebbüsler arasında anlaşma yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulamaları ele alınmaktadır. Bu değerlendirmeler öncelikle teşebüsler arasındaki yatay (kartel) anlaşmalar açısından ele alınmaktadır. Daha sonra

bağlama uygulamaları dikey anlaşmalar kapsamında ele alınmaktadır. Aynı zamanda dikey anlaşmaların pazar üzerindeki olumsuz ve olumlu etkileri incelenirken, muafiyet sistemi üzerinde de durulmaktadır. Bu bölümde ayrıca grup muafiyeti açısından, teknoloji transferi anlaşmaları ve motorlu taşıtlar sektörü açısından da bağlama uygulamaları değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde ise hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları ele alınmıştır. Rekabet hukukunda bağlama uygulamalarının genellikle hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıktığı bilinen bir olgudur. Bu nedenle de, bu bölümdeki değerlendirmeler ister istemez daha ayrıntılı ve geniş ele alınmıştır. Bu sonuç zaten gerek rekabet otoriteleri ve gerekse yargısal makamlar tarafından verilen kararların çokluğundan da kolayca anlaşılabilecek bir durumdur. Bu konuda yapılacak değerlendirmeler açısından hakim durum kavramı incelenirken, aynı zamanda "hakim durum ve kötüye kullanma" arasındaki nedensellik ilişkisi ve hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu da, yeri geldikçe uygulamada ortaya çıkan somut bazı olaylar da değerlendirilmek suretiyle değinilmiştir. Bu bölümde aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüslerin şebeke/ağ etkisinden yararlanmak suretiyle bağlama uygulamalarına gitmesi, rakibini fiyat sıkıştırmasına zorlamak için bağlama uygulamasına başvurması gibi olası durumlar incelenmiştir. Ayrıca son dönemde bağlama uygulamalarının çok yaygın olarak ortaya çıktığı ve "teknolojik bağlama uygulamaları" olarak da tanımlanan yenilikçi pazarlardaki bağlama uygulamaları da AB Komisyonu'nun *"Microsoft Kararı"* ekseninde ele alınmıştır. Bu bölümde ayrıca hakim durumdaki teşebbüsler tarafından başvurulan ve rekabet üzerindeki etkileri bağlama uygulaması gibi değerlendirilen paket satışlar veya indirimlerin rekabet üzerindeki etkileri, bu konuda AB Komisyonu, ABAD ve Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan bazı emsal kararlar çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde ayrıca bağlama uygulamaları konusunda haklı nedenler, bir başka ifadeyle hukuka uygunluk halleri de incelenmektedir. Ticari teamül ve objektif gereklilikler yanında, etkinlik savunması kavramı da irdelenmiştir. Çünkü son dönemlerde Komisyon gerek Tartışma Metni ve gerekse engelleyici davranışlar konusunda ilkelerin yer aldığı Kılavuz ile hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı veya engelleyici davranışları konusunda somut bazı değerlendirme kriterleri belirlemeye çalışırken, "etkinlik savunması" bu kriterler açısından öne çıkmış durumdadır. Aslında bu şaşırtıcı bir gelişme de değildir. Çünkü bir davranışın etkinliği aynı zamanda tüketici fazlası ve haliyle de tüketici refahında bir artış

anlamına geliyorsa, bu durumda ilgili davranışın rekabete aykırı olmadığı veya en azından rekabeti sınırlayıcı etkilerine göre, rekabet açısından avantajlı yanlarının daha ağır bastığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla rekabet hukukunun nihai olmasa da asıl amaçlarından birisi de tüketici refahını artırmak olduğundan, dışlayıcı davranışlar açısından etkinlik savunmasının da dikkate alınması gerekmektedir.

Bu bölümde son olarak alıcı yönünden ortaya çıkan pazar gücü ile alıcının başvurduğu bağlama uygulamaları üzerinde durulmaktadır. Her ne kadar klasik anlamda bir bağlama uygulaması satıcı veya sağlayıcı teşebbüsler tarafından başvurulan bir davranış olarak görülse de, bazı durumlarda alıcının sahip olduğu hakim durum veya tekel konumu böyle bir uygulamaya zemin hazırlayabilir. Günümüzde ticaretin kazandığı boyut ve büyüklük düşünüldüğünde, özellikle de dağıtım sektörünün üreticiler karşısında sahip olduğu ekonomik güç, alım gücü nedeniyle ortaya çıkan bu tarz davranışların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin dikkate alınmasını gerektirmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKU VE HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA BAĞLAMA UYGULAMALARI

I. REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMASI

A. Bağlama Uygulaması Kavramı

"Bağlama uygulamaları", alıcı ile satıcı arasındaki ticari ilişki çerçevesinde ortaya çıkan ve anlaşmanın niteliğine ve ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılındığı uygulamalar olarak tanımlanabilir. Rekabet hukuku literatüründe de genellikle mal veya hizmet kavramı yerine daha kapsayıcı bir kavram olarak "ürün" kavramı kullanılarak bağlama uygulaması, bir ürünün satışının bu ürünle birlikte başka bir ürünün de alınması koşuluna bağlanması olarak da tanımlanabilir[3]. AB Komisyonu'nun 19.5.2010 tarihli Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz'una göre bağlama, alıcının bir ürün (yani bağlayan ürün) ile birlikte belirlenmiş başka bir ürünü (yani bağlanan ürün) satıcının kendisinden veya onun tarafından belirlenmiş başka bir teşebbüsten almak zorunda kalması[4] olarak tanımlanmaktadır. Benzer tanımlama 24.2.2009 tarihli, hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışları konusunda AEUV m. 82 (yeni 102)'nin engelleme yoluyla kötüye kullanma olaylarında uygulanması ile ilgili Komisyon Kılavuzu'nda da yer

[3] Herbert Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy-The law of competition and its practice,** 3nd. Ed., St. Paul, 2005, s. 397; Thomas Burkert, **Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 1992, s. 31; James D. Veltrop, "Tying And Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law", **CMLR,** Vol: 31, 1994, s. 549; Richard Whish, **Competition Law,** Fifth Ed. Oxford, 2005, s. 658; Barry, Nalebuff, **Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Part 1- Conceptual Issues,** DTI Economics Paper No. 1, Yale University, 2003 (Anılış: DTI Economics Paper No. 1), s. 11; Thomas Fischer, **Kopplungsgeschäfte im Europäischen und deutschen Wettbewerbsrrecht**, 2008, s. 19; Dimitris Riziotis, **Marktbeherrschung und Drittmarkt**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010, s. 3; Einer Elhauge ve Damien Geradin, **Global Competition Law and Economics**, Oxford, 2007, s. 498; Julian Langer, **Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law,** The Netherlands, 2007, s. 5; Udo Jansen, **Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,** Verlag Gehlen, Berlin 1968, s. 16; Doris, Hildebrand, **Economic Analyses of Vertical Agreements -A Self- Assessment,** The Hague 2005, (Economic Analyses of Vertical Agreements), s. 80; Wolfgang Nothhelfer, **Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht,** Nomos Verlag, Tübingen 2006, s. 29; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 17; Ulrich Immenga ve Ernst-Joachim Mestmäcker, **Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht,** 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, (Kommentar zum Europäischen Kartellrecht), Art. 82 EGV, Rdnr. 202; Mariel Hoch Classen, **Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht**, Schultess, Zürich 2003, s. 18-19; Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 180.

[4] **Europäische Kommission Leitlinien für vertikale Beschränkungen,** 19.5.2010, (Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz), ABl. C 130/1, Nr. 214.

almaktadır[5]. Çalışmamızda da kavram kargaşalığı sorunu yaratmamak açısından "ürün" kavramı, yerine göre mal veya hizmeti de kapsayacak şekilde tercih edilmiş ve kullanılmıştır.

Öte yandan bağlama uygulaması aynı zamanda fikri mülkiyet konusu haklar bağlamında da ortaya çıkabilir[6]. Bu durum daha çok paket satış şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde fikri mülkiyet konusu hak ile ilgili hukuki koruma, böyle bir hukuki korumadan yararlanamayan bir ürün üzerine de genişletilmek suretiyle, teşebbüsün başka bir bağlantılı veya yan pazardaki pazar gücü de sağlamlaştırılmış olmaktadır. Örneğin bir üretim patenti ile ilgili lisans sözleşmesinde, üretilecek ürünle ilgili hammaddenin lisans veren veya onun belirleyeceği başka bir teşebbüsten satın alınması koşulu yer alabilir. Benzer durum özellikle yazıcı ve toner örneğinde olduğu gibi bağlayan ve bağlanan ürün arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi olan durumlarda da farklı pazarlardaki koruyucu etkinin sağlamlaştırılması işlevi de görür[7]. Ancak bütün bu farklı durumlar açısından ortak olan husus, bir bağlama uygulamasının varlığı olup, yapılacak hukuksal analizler de benzer bir sürece tabidir.

Rekabet hukuku açısından bağlama uygulamalarının tipik görünüm şekilleri aslında klasik ürün bağlama (tying) ve paket satış (bundling) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak rekabet hukuku uygulamasında, bu iki kategori uygulamanın farklı görünümlerine rastlamak mümkündür. Aşağıda bağlama uygulamlarının farklı görünümlerine de kısaca değinilecektir.

1. "Ürün" Bağlama

Klasik ürün bağlama (tying, Kopplung), satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlamasıdır. Burada alıcı tarafından esas olarak talep edilen ürün "bağlayan ürün", bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne ise "bağlanan ürün" denmektedir. Bununla birlikte, bağlama uygulamasından bahsedilirken sadece iki ürünün bağlanması (tying, Kopplung) hali anlaşılmamalıdır. Bu durum bağlama uygulamalarının en yalın

[5] Bkz. **Mitteilung der Kommission** – Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG – Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU, 24. 2. 2009, (Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz), C 45/02, Nr. 48.

[6] Bu konuda bkz. Donatella Fiala, **Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006, s. 51.

[7] Christopf Wolf, **Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009, s. 81; Nicolas Gauß, **Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, s. 104.

halidir. Halbuki bağlama uygulamaları her zaman bu kadar belirgin veya yalın değildir. Çoğu zaman ilk bakışta hemen göze çarpmayan ya da bağlama açısından tartışmalı olan birçok karmaşık biçimde ortaya çıkabilmektedirler[8]. Böyle bir tanımlama konunun daha kolay anlaşılması açısından yapılmakta olup, pratikte bağlama uygulamasının farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gerçeği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin dar anlamda bir ürün ile birlikte bir hizmetin de alınması veya tersi durumda da bir hizmetin sunumunun bir ürünün alınması koşuluna bağlanması da sözkonusu olabilir. Fakat bütün bu farklı durumlar açısından dahi rekabet hukukunun rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda getirdiği yaklaşımda bir değişiklik olmayacaktır.

2. Paket Satış

Uygulamada iki veya daha çok ürünün birlikte satılması ise paket satış (Bundling, Bündelung) olarak tanımlanmaktadır. Günlük ticari yaşamda paket satışların farklı görünümleri ortaya çıkabilir. Bu durumlar aşağıda daha ayrıntılı ele alınacaktır. Bu anlamda bir paket içinde birden fazla ürün veya hizmet bir arada sunulabilir. Paket satışın en önemli özelliği ise genellikle paket içindeki ürünlerin ayrı ayrı fiyatlarının toplamının, paketin nihai fiyatından yüksek olmasıdır. Dolayısıyla paket satış ile alıcı fiyat açısından daha uygun bir sunum ile karşılaştığından, fiyat alıcının tercih özgürlüğü üzerinde belirleyicidir. Ancak paket satışlar da bazı durumlarda rakip teşebbüslerin farklı ürün pazarlarından dışlanmasına yol açarak tüketici refahını olumsuz etkileyebilmektedirler. Örneğin indirim şeklindeki paket satışlar ve özellikle de sadakat indirimlerinim dışlayıcı özelliği bilinen bir olgudur[9]. Nitekim Komisyon Kılavuzu'nda, paket satış veya indirimlerin, paket içindeki ürünlerden sadece birisini üreten eş etkinlikteki bir rakibin dahi, indirimin yüksekliği nedeniyle rekabet edememesi durumunda, bağlayan veya bağlanan ürün pazarında rekabete aykırı olabileceği belirtmiştir[10].

[8] Kürşat Ünlüsoy, **Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2003, s. 12.
[9] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/V vd.
[10] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

B. Bağlama Uygulaması ve Kelepçeleme Sözleşmesinin Farkları

Öte yandan uygulamada *"sözleşmede kararlaştırılan hükümlerden dolayı sözleşme taraflarından birinin, ekonomik özgürlüğünün genel ahlaka aykırı sayılacak kadar aşırı derecede sınırlanması ve bu sebeple diğer tarafın keyfine tabi olur hale gelmesi"*[11] olarak da tanımlanan kelepçeleme sözleşmeleri ile bağlama uygulamalarının farklı durumlar olduğunu belirtmek gerekir[12]. Kelepçeleme sözleşmeleri genellikle kişilik haklarını sınırlayan ve bu anlamda ahlaka aykırılık boyutu ile değerlendirilen sözleşmelerdir. Bu anlamda kelepçeleme sözleşmelerindeki en önemli husus, kişinin ekonomik özgürlüğü ve geleceğinin aşırı biçimde sınırlanması ve ekonomik hareket yeteneğinin neredeyse kalmamasıdır. Bu nedenle kelepçeleme sözleşmesi kavramının merkezini kişinin ekonomik özgürlüğünün ve ekonomik geleceğinin ciddi anlamda zedelenmesi oluşturmaktadır[13]. Ancak kelepçeleme sözleşmesi açısından kişinin ekonomik özgürlüğünün sınılanması yanında bir diğer belireyici kriter ise sözleşmenin süresidir. Bununla birlikte sözleşmedeki uzun süre, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına çoğu zaman yetmemekle birlikte, bu konuda önemli bir karine ve kriter olarak değerlendirilmektedir[14]. Dolayısıyla sözleşmenin uzun süreli olması halinin, ekonomik bağımlılık hali ile tamamlanması gerekir. Bu anlamda somut durumda sözleşmenin uzun süreli olması ile birlikte, kişinin ekonomik özgürlük alanında ölçüsüz bir risk altına girip girmediğine, diğer tarafa bağımlı hale gelip gelmediğine bakılması gerekir[15].

Rekabet hukukunda bağlama anlaşmaları, mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti sınırlayan veya ortadan kaldırabilen davranışlardır. Bağlama uygulaması teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem yoluyla ortaya çıkabileceği gibi, hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bu pazar gücünü kötüye kullanması ile de ortaya çıkabilir. Bu anlamda kelepçeleme sözleşmeleri

---

[11] Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 110. Ayrıca bkz. Veysel Başpınar, "Kişilik Hakları Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, Yıl: 56, Sayı: 1, s. 17-34.

[12] Öte yandan rekabet hukuku alanında daha önceki bazı çalışmalarda "bağlama uygulaması" kavramı yerine "ek yükümlülük" kavramı yanında "kelepçeleme sözleşmeleri" kavramı da kullanılmıştır. Bu şekilde kulanım için bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 120; Ulaş Kısa, s. 78; Nurkut İnan ve Mehmet B. Piker, **Rekabet hukuku El Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2007, s. 46. Ancak son dönemde uygulamada gerek Rekabet Kurulu kararları ve gerekse öğreride "ek yükümlülük" ve diğer kavramlar yerine artık yerleşik bir kullanım olarak "bağlama anlaşmaları" veya "bağlama uygulamaları" kavramının benimsendiğini söyleyebiliriz.

[13] Ünal, s. 120.

[14] Ünal, s. 134.

[15] Ünal, s. 136.

açısından, daha çok uzun süreli bireysel sözleşmeler bağlamında, sözleşmedeki edim-karşı edim dengesindeki oransızlık nedeni ile kişilerin ekonomik özgürlüklerinin tehlikeye girmesi hali sözkonusu olup, bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesi yanında, genel ahlaka da aykırı değerlendirilmektedir. Bağlama uygulaması ise mal veya hizmet piyasalarında ortaya çıkabilen daha genel bir durumu ifade etmektedir. Hatta bu konuda, kural olarak, hakim durumda olmamak koşuluyla bir teşebbüsün kendi ticari politikası ile ürünlerini bağlı satması ve tüketicilerinde kendi özgür iradeleri ile bu tarz sunumları kabul etmeleri rekabete aykırı değildir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, kelepçeleme sözleşmelerinde daha çok münferit bir sözleşme kapsamında, karşı tarafın ekonomik özgürlüğünün ve malvarlığının tehlikeye girmesi durumu sözkonusudur. Bununla birlikte, rekabet hukukunda da önemli bir uygulama yeri olan dikey anlaşmalar kapsamında özellikle de bayilik ve tek satıcılık sözleşmelerinde yer alan koşullar kelepçeleme sözleşmeleri açısından değerlendirilebilir. Örneğin bayilik sözleşmesinde yer alan yüksek orandaki cezai şart veya bayiye yüklenen uzun süreli rekabet yasağı[16] bu kapsamda değerlendirilebilir[17].

II. BAĞLAMA UYGULAMASININ GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Daha önce de belirtildiği üzere, bağlama uygulamalarının klasik biçiminde iki farklı ürünün bağlanması söz konusu olup, uygulamada bağlamanın en yaygın şekli de bu olmakla birlikte, bağlama uygulamaları her zaman bu kadar yalın değildir. Ticari yaşamda klasik ürün bağlama veya paket satışların farklı görünümleriyle

[16] Rekabet hukuku açısından bu tarz koşullar, dikey bir anlaşma türü olarak bayilik sözleşmesinin muafiyetten yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Gerçekten de Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nin, rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen 5.maddesine göre, "Bu tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülüklere uygulanmaz:
"Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü.
Rekabet etmeme yükümlülüğünün yuarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz sayılır.
Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürüken 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 ayni veta şahsi kullanım hakkının konusucolan bir tesiste sürdürecekse, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, sözkonus tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar." (m. 5/a).

[17] Benzer şekilde tek satıcılık sözleşmesinde yeralan uzun süreli rekabet yasağı, teşebbüsün ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayıp, onun ekonomik geleceğini elinden alıyorsa, bu durumda bir kelepçeleme sözleşmesi mevcuttur. Bununla birlikte, tek satıcılık sözleşmelerinde sözleşmenin süresinin çok kısa olması da kelepçeleme sözleşmelerine neden olabilir. Çünkü satımdaki sürümle kazanç elde edecek olan tek satıcı ciddi yatırımlar yapmakta ve bu yatırımlar için uzun sayılabilecek bir zamana ihtiyaç duymaktadır. Bkz. Ünal, s. 196.

karşılaşmak her zaman mümkündür[18]. Çoğu zaman, ilk bakışta hemen göze çarpmayan ya da bağlama açısından tartışmalı olan birçok karmaşık uygulamaya rastlamak da mümkündür. Örneğin alıcının her iki ürünü veya ürün ile birlikte alınması zorunlu tutulan hizmeti de satın almaktan kaçınması ve sadece asıl talep ettiği ürünü almakta direnmesi durumunda, alıcıya uygulanan fiyat ve diğer sözleşme koşullarında önemli bir farklılık ortaya çıkıyor ve her iki ürünün bir arada alınması alıcı açısından fiili bir zorunluluk haline geliyorsa, aslında bu uygulama da bir bağlamadır[19]. Benzer şekilde, iki veya daha fazla ürünün birleştirilerek tek bir fiyattan satılması şeklinde ortaya çıkan paket ya da takım satışlar da uygulamada oldukça yaygındır. Bununla birlikte, farklı adlarla anılsa da bu tarz davranışların rekabeti sınırlayıcı etkileri benzer olduğundan, rekabet düzenlemeleri karşısındaki konumları da aynıdır. Bir başka ifadeyle, rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olması durumunda aynı yaptırımlarla karşılaşırlar. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, uygulamada öğeti ve yargı kararlarından hareketle[20] bağlama uygulamalarının farklı görünümleri şu şekilde belirlenebilir.

A. Saf Paket Satış Uygulaması

Gerçek paket (echte Bündelung, pure bundling) olarak da tanımlanan bu tarz bir bağlama uygulamasında, paket içerisindeki ürünlerin belirli oranlarda birleştirilerek sadece paket halinde satışa sunulması sözkonusudur[21]. Bu tür bir satış stratejisinde ürünlerden herhangi birisinin tek başına satın alınabilmesi söz konusu değildir[22]. Örneğin A ve B ürünleri ayrı ayrı sunulmayıp, bir arada ve sabit oranlarda satılmaktadır. Böyle durumlar günlük ticari yaşamda oldukça yaygın olup, çoğu zaman bunun bir bağlama uygulaması olup olmadığı tartışma konusu dahi olmaz. Çünkü bu durum çoğu zaman alışılmış bir ticari uygulamadır. Örneğin bir ayakkabının sol ve sağ teklerinin birlikte satılması gibi. Benzer şekilde ayakkabılar bağcıkları ile birlikte de satılabilirler. Ya da bazı otellerin geceleme ile birlikte

[18] Bu anlamda bağlama anlaşmaları teşebbüsler tarafından bütün ürün çeşidinin alıcı tarafından alınmasının şart koşulduğu bir şekilde yapılabileceği gibi, belirli ürün ya da ürünlerin alımının şart koşulması şeklinde de yapılabilir. Bkz. Ünlüsoy, s. 5.

[19] Örneğin alıcının talep ettiği bilgisayarın, yazıcısıyla birlikte alınmasının şart koşulması veya talep edilen bir arabanın, klima olmaksızın satışından kaçınılması hallerinde, bağlama uygulamasının varlığından söz edilebilir. Alıcının bu tür bir sözleşmeyi kabule zorlanması, genellikle satıcının ekonomik açıdan üstün ve alıcının ürün ve satıcıya bağımlı olması ihtimalinde söz konusu olabilir. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 121.

[20] Barış Ekdi, "Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010 (Ürün Bağlama), s. 81; Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, ss. 13-16; Ünlüsoy, s. 3-4; Rekabet Kurulu, 9. 10. 2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar.

[21] Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu Yayını, Üçüncü Baskı, Ankara, 2010, s. 74.

[22] Rekabet Kurulu, 17. 11. 2011 tarih ve 11-57/1469-526 sayılı Karar, Nr. 270.

kahvaltı vermesi veya bir bilgisayarın sadece kurulumu yapılmış bir yazılım ile satılması gibi. Benzer şekilde bir arabanın yedek lastik dahil, diğer lastikleri ile birlikte satılması da bu duruma örnektir. Sonuç olarak ürünün niteliği açısından, alıcının bağlı ürünleri ayrı ayrı satın alabilme olanağının olmadığı durumlarda saf paket uygulamasından söz edilebilir.

B. Karışık/Karma Paket Satış Uygulaması

Karışık paketleme (mixed bundling, gemischten Bündelung) uygulamasında, ise paket içerisindeki ürünlerin paket halinde satışı yanında, ayrı ayrı satışa sunulması da mümkündür[23]. Örneğin A, B ve C ürünleri paket halinde satılmakla birlikte, bu ürünlerden bir veya ikisini ayrı ayrı satın alabilme olanağı da bulunmaktadır. Ancak ayrı ayrı satın alma durumunda ortaya çıkan toplam fiyat, paketin toplam fiyatından yüksek olduğu için, alıcı ekonomik açıdan daha cazip olan paket satışı kabul etmektedir[24]. Bu durum aynı zamanda tüketici açısından kolaylık da sağlamaktadır. Örneğin, Microsoft Word, Excel, Powerpoint ürünlerini ayrı ayrı satın almak mümkün iken bunları diğer bazı uygulamalar ile birlikte Microsoft Ofis paketi halinde satın almak da mümkün olup, bu durum alıcılar için ekonomik avantajlar da sağlamaktadır[25].

Karma paket uygulamasının bir diğer görünümü ise *commercial tying* olarak da adlandırılan yöntemdir. Bu tarz bir uygulamada ise dolaylı yoldan, sözleşme ile yapılan bağlama uygulaması ile aynı sonuca ulaşabilmek için, müşterilerin verilen hediye, indirim veya diğer ticari avantajlar ile bağlanan ürünün satın alınması için teşvik edilmesi söz konusudur. İndirim, prim ve bonus sistemleri bu amaçla kullanılırken, miktar ve hedef indirimlerinin yanında özellikle sadakat indirimlerinin rekabet üzerindeki etkileri bağlama uygulamaları gibi değerlendirilmektedir.

TTNet/Avea olayında[26], Rekabet Kurulu ilgili uygulamayı karma/(karışık) paket satış *(mixed bundling)* olarak değerlendirirken, *"karma paket satış*

[23] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 74.
[24] Langer, s. 5; Nothhelfer, s. 30; Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 9. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu, 17. 11. 2011 tarih ve 11-57/1469-526 sayılı Karar, Nr. 270.
[25] Ekdi, Ürün Bağlama, s. 81.
[26] TTNet A.Ş. ile Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından birlikte uygulanan "TümEvİşAvea320" ve "Şirketler için ADSL" kampanyaları aracılığıyla TTNet A.Ş.'nin; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından uygulanan "Ücretsiz Ev/İş Arama Fırsatı" kampanyası aracılığıyla da Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları ile yapılan önaraştırmada, somut olay indirim sistemleri açısından da değerlendirilmiştir. Şikayetçinin iddılarına göre, *(…)TTNet ve Avea tarafından ortak yürütülen kampanya ile internete TTNet ile bağlanan kullanıcılara, Avea faturalı hat sahibi olmaları durumunda Avea ve sabit hat numaraları ile 3 ay boyunca toplam 109 YTL'lik ücretsiz konuşma yapabilmeleri anlamına gelecek şekilde 960 dakikalık hediye verildiği, TTNet aboneleri için indirimin*

uygulamasında ürünlerin hem tek tek, hem de paket olarak satın alınabilmesi mümkün olmakla birlikte, paket satış için açıklanan fiyat düzeyinin, tüketicilerin söz konusu ürünleri ayrı ayrı olarak rakiplerden almasının önüne geçilmesine olanak sağladığını" belirtmiştir. Alıcılar açısından paket bağlamayı cazip kılan da ortaya çıkan fiyat farkıdır. Bu şekilde dolaylı yoldan da olsa, sözleşme yoluyla yapılan bağlama uygulaması ile aynı sonuca ulaşabilmek için, kullanıcılara verilen hediye, indirim veya diğer ticari avantajlar ile tüketiciler bağlanan ürünün satın alınması konusunda teşvik edilmektedir. Rekabet Kurulu'na göre, karma paket satış uygulamasına konu ürünlerden herhangi bir tanesinde hakim durumun tespiti, davranışın rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından dikkate alınması için yeterlidir. Bu durumda pazarın rakiplere kapatılması, yapılan indirimin büyüklüğü karşısında, etkin rakiplerin paket içerisinde yer alan ürünler için vermiş oldukları fiyat nedeniyle rekabet edemedikleri zaman ortaya çıkmaktadır[27].

C. Statik Ürün Bağlama Uygulaması

Statik ürün bağlama (contractual tying) esasen karışık paket bağlama ile bir tür münhasırlığın birleşimidir[28]. Bu tarz ürün bağlamasında bağlanan ürün alınmadan bağlayan ürünün satılması mümkün olmadığından, bağlayan ürünü almak isteyen alıcı bağlama uygulamasını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu durum aynı zamanda sözleşmesel bir yükümlülük olarak da ortaya çıkmaktadır[29]. Örneğin A ürününü satın almak isteyen alıcıya aynı zamanda B ürününü de satın alma şartı getirilirken, A ürünü tek başına satılmadığından, B ürününün tek başına satılabilmesi alıcının A ürününe olan ihtiyacı nedeniyle bağlamayı kabul etmesine neden olduğundan, böyle bir davranış bağlama uygulaması olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir durumda alıcılar ya sadece B ürününü ya da A-B

---

uygulandığı esas ürünün Avea aboneliği olduğu, bu indirime hak kazanabilmek için en az 1 yıl süre ile TTNet abonesi olunması gerektiği, dolayısı ile potansiyel GSM abonelerinin, Avea'ya daha ucuz abone olma vaadi ile TTNet abonesi olamaya teşvik edildiği, kampanya ile bu indirimden yararlanan kullanıcıların TTNet aboneliğinin 1 yıl boyunca garanti altına alınmasının amaçlandığı, bu şekilde rakiplerin benzer indirimleri veremeyeceğinden bahisle perkenede geniş bant internet erişim hizmetleri pazarındaki rekabetin engelleneceği, aynı zamanda bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinin c bendinde yer verilen bağlama uygulamalarına uygunluk göstermektedir". Bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar.

[27] Benzer yönde bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

[28] Ekdi, Ürün Bağlama, s. 81.

[29] Christian Ahlborn, David Bailey, Helen Crossley, "An Antitrust Analysis of Tying", **GCLC Research Papers on Article 82 EC,** (Ed. Damien Geradin) Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges, 2005, s. 168. Aynı zamanda bu tarz bir nitelemeye, AB Komisyonu tarafından bağlama uygulamalarının AB hukukunda bilinen en klasik örnekleri olan *Hilti* ve *Tetra Pak* olaylarında başvuruldu. Bkz. Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl. 1.3.1988, L 65/19. *"Hilti";* Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, ABl. 18.3.1992, L 72/1 *"Tetra Pak II".*

paketini satın almak zorundadırlar. Örneğin 2006 yılında Almanya da düzenlenen Dünya Kupası (WM) futbol karşılaşma biletleri satılırken, Almanya dışındaki satışlar için, satılan her bilet için bir çekiliş hakkı da verilmekteydi. Ancak çekilişe katılım hakkı verilen biletlerin *Mastercard* kredi kartı ile satın alınması gerekirken, bilet satışının sadece *Mastercard* ile yapılması ise sözkonusu değildi[30]. Benzer şekilde Tivibu Web TV aboneliği için TTNet Internet aboneliğinin şart koşulması da bir bağlama uygulamasıdır[31].

D. Dinamik Ürün Bağlama Uygulaması

Bu tarz bir uygulamada esas olarak A ürününü satın alanın B ürününü de satın alması gereklidir. Paket bağlama olarak da tanımlanan bu uygulama, satışın gereği olarak ürün bir diğeriyle birlikte satıldığında ortaya çıkar[32]. Ancak satın alınan B ürününü miktarı kullanıcıdan kullanıcıya değişmekte; miktar satış zamanında kararlaştırılmaktan ziyade, kullanım sıklığı veya oranına göre zamana yayılmaktadır. Bu şekilde farklı kullanıcılara yönelik farklı ürün paketleri oluşturulabilmektedir. Ölçümleme (metering, Zählfunktion) olarak da tanımlanan bu tarz uygulamalar, daha çok yazıcı fotokopi makinesi gibi asıl ürün ile bunlara yönelik toner, kartuş kağıt, servis hizmetleri gibi sarf malzemelerinin bağlandığı ve tamamlayıcı ürünler olarak da tanımlanan ürün grupları için söz konusu olmaktadır[33]. Benzer şekilde bir bilgisayar üreticisi müşterilerden bilgisayarı diskleri ve yazıcı gibi yardımcı ürünlerin tümü veya bir kısmıyla satın almasını isteyebilir.

Öte yandan kullanıcının toner, kartuş ve kâğıt gibi sarf malzemeleri olmadan asıl ürünü kullanamayacağı gerçeğinden hareketle, bu tarz uygulamalar aslında saf paketlemenin bir türü olarak da değerlendirilebilir. Ancak burada farklılık, ürünlerin sabit oranda alınmaması, bağlanan ürünün alımının bağlayan ürünün kullanım sıklığına göre değişmesidir. Sağlayıcı çoğu zaman bu tarz tamamlayıcı ürünler için başvurduğu ölçümleme yoluyla bağlama uygulamasını, fiyat farklılaştırması için kullanabilmektedir[34]. Bu şekilde bağlanan ürünün satış miktarından yararlanarak

[30] Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 15.
[31] Bkz. Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar. Keza ülkemixde sayısal yayıncılık alanında ortaya çıkan bir örnek olarak, Lig TV'den Süperlig maçlarını izlemek için Digitürk platformuna üye olmak gerekirken, Digitürk üyeliği için Lig TV üyeliği gerekmemekteydi. Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 81.
[32] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 74.
[33] Wolf, s. 81.
[34] Örneğin bir paketleme makinesinin, bu iş için kullanılacak olan paketlerin de makine satıcısından alınması koşuluyla satılması. Bkz. Nothhelfer, s. 30.

bağlayan ürünün kullanım sıklığını denetleyebilirken, aynı zamanda bağlayan ürün için en uygun satış veya kira bedelini de belirleyebilmektedir.

E. Teknolojik Bağlama Uygulaması

Rekabet hukuku uygulamasında daha önceleri fiziksel bağlama *(physical tie-ins)* olarak da tanımlana bu tarz bağlama uygulamaları da esasen saf paket uygulamasına benzer olmakla birlikte, burada teknik veya mekanik olarak bağlı ürünlerin kolayca ayrılması mümkün değildir. Bunun nedeni ise bağlanan ürünün, bağlayan ürünle fiziksel olarak bütünleşmiş olmasıdır[35]. "Yeni ekonomi" olarak da adlandırılan "yenilikçi" veya "inovasyon" pazarlarında ortaya çıkan bu tarz bağlama uygulamalarına özellikle donanım parçaları ve yazılımların bağlanması örnek gösterilebilir[36]. Örneğin AB Komisyonu'nun verdiği Microsoft kararı[37] bu konuda bilinen en klasik örnektir[38].

Teknolojik bağlama uygulamalarını diğer bilinen klasik ürün bağlama veya paket satışlardan ayıran en önemli husus, iki farklı ürün ayrımının bazen çok zor olmasıdır. Nitekim Rekabet Kurulu'da bu konuda verdiği bir kararında, ürünlerin bir arada sunulmasının bağlama mı yoksa normal bir uygulama mı olduğuna dair değerlendirmenin bazı ürünler için oldukça güç olabildiğini, yazılım gibi ürünlerin doğasının, işlevinin, bu ürünlere ilişkin tüketici algısının oldukça karmaşık bir nitelik arz ettiği pazarlarda, bu gibi değerlendirmelerin içinden çıkılması oldukça güç bir hal alabildiğini belirtmiştir[39].

F. Ara Değerlendirme

Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak bir ürün ile birlikte bir diğer ürün veya hizmetin de alınmasının zorunlu tuutlması şeklindeki davranışlar bağlama uygulaması olarak tanımlanmaktadır. Bağlama uygulaması açısından asıl belirleyici olan, alıcının satıcıdan iki veya daha fazla ürünü birlikte almak zorunda kalmasıdır. Bu konuda alıcıların kararlarıyla irade özerklikleri arasındaki ilişki, ortada bir bağlama uygulamasının olup olmadığı hususunda önemli bir göstergedir. Somut

---

[35] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 182.
[36] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 82.
[37] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792 *"Microsoft".* Öte yandan Microsoft kararı ve bu kapsamda teknolojik bağlama uygulamaları konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için aşağıda bkz. Dördüncü Bölüm/IV/C.
[38] Wolf, s. 82; Alison Jones ve Branden Sufrin, **EC Competition Law**, Oxford, 2004, s. 458.
[39] Bkz. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/407-154 sayılı Karar, Nr. 310.

bir olay bağlamında, alıcının satıcıdan iki farklı ürünü birlikte almak yönünde serbest iradesinin varlığı durumunda, esasen bir bağlama uygulamasından da söz edilemez. Dolayısıyla bağlama uygulaması ile ilgili durumun daha çok satıcının davranışından kaynaklandığı söylenebilir. Satıcı belirli bir şekilde, alıcıyı farklı iki ürünü birlikte almak konusunda etkiliyor, sahip olduğu pazar gücü ile alıcının iradesi üzerinde yönlendirici bir etkide bulunuyorsa, o zaman bir bağlama uygulamasından söz edilebilir[40]. Aksi durumda, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün kendi pazar stratejisi doğrultusunda ürünlerini birlikte satması olağan bir durum olup, burada kural olarak, rekabeti sınırlayıcı bir uygulamadan da söz edilemez.

Öte yandan ticari yaşamda bağlama uygulamalarının farklı görünümlerine rastlamak her zaman mümkündür. Somut bir olayda bu tarz uygulamalar bazen yalın, bazen de başka etkenler ile birlikte, karışık bir şekilde ortaya çıkabilirler. Dolayısıyla bunların rekabet üzerindeki etkileri de farklı olabilir. Ancak rekabet hukuku uygulamasında mahkeme veya rekabet otoritelerinin bu tarz uygulamaları, aralarındaki farklara bakılmaksızın, genel olarak paket satış veya bağlama başlığı altında değerlendirdiği hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim hakim durumdaki teşebbüslerin engelleyici davranışları hakkında Komisyon Kılavuzu'nda da, hakim durumdaki bir teşebbüsün bağlama *(Kopplung)* veya paket satış *(Bündelung)* ile rakiplerini pazardan dışlayabileceği belirtilirken[41], bağlama veya paket satışın rekabeti sınırlayıcı etkileri aynı şekilde değerlendirilmiştir. Çalışmamızda biz de bu tarz bir değerlendirmeyi tercih ederken, "bağlama uygulaması" kavramını ürün bağlama veya paket satışı da kapsayacak şekilde ve yukarda sayılan farklı ihtimal ve durumları da içerecek şekilde kullanmaktayız.

III. TEŞEBBÜSLERİ BAĞLAMA UYGULAMASINA YÖNELTEN EKONOMİK NEDENLER

Teşebbüsler farklı ekonomik gerekçeler ile bağlama uygulamalarına başvurabilirler. Bu ekonomik nedenler çoğu zaman teşebbüsler açısından bağlama uygulamaları konusunda birer haklı neden olarak da öne sürülmektedir. Öte yandan teşebbüsler bağlama uygulamalarının bu tarz işlevlerinden yararlanmak suretiyle, pazarda rakiplerine karşı rekabet açısından avantaj veya üstünlük sağlamaya da çalışırlar. Dolayısıyla teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten ekonomik

[40] Burkert, s. 31; Berta Ben- Zie, **Die Kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften**, Igel Verlag 2008, s. 6.
[41] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 47.

nedenlerin bir bölümü ise aynı zamanda etkinlik savunması olarak da ortaya çıkan durumlardır.

A. Bağlama Uygulaması ile Ölçümleme

Satıcı bağlama uygulamasından, bir ürünün verimlilik/ölçümleme işlevinin *(metering, Zählfunktion)* belirlenmesi için de yararlanabilir[42]. Bu durum daha çok asıl ürünle birlikte sarf veya kullanım malzemelerinin kullanıldığı tamamlayıcı ürünler açısından ortaya çıkmaktadır. Çünkü tamamlayıcı ürünler ancak sarf veya kullanım malzemesi ile birlikte işlevsel bir şekilde kullanılabilirler. Bu ürünler açısından, yazıcı-kartuş örneğinde olduğu gibi, ikincisinin işlevi daha çok birincisinin işlevine bağlıdır[43]. Böyle durumlarda sağlayıcı bir ürünün alıcılar açısından kullanım sıklığı veya yoğunluğunu tespit etmek isterse, bağlama uygulamasının ölçümleme işlevinden yararlanabilir. Uygulamada bu durum *dinamik ürün bağlama* olarak da tanımlanmaktadır[44].

Bu konuda daha somut bir örnek vermek gerekirse, ayakkabı bağcığı delikleri için düğme diken bir makinenin sahibi, makineyi kiraya vermeden veya satmadan önce, en uygun ücreti belirleyebilmek için makinenin ayakkabıya bir düğmeyi ne kadar sürede sabitlediğini ve bu şekilde makinenin verimliliğini tespit edebilmek için bağlama uygulamasından yararlanabilir. Sağlayıcı makineye mekanik bir ölçümleme aleti (örneğin bir sayaç) takmak suretiyle bu işi yapabileceği gibi, bu sonuca bağlama uygulaması ile de ulaşabilir. Bunun için makineyi, makinede kullanılacak düğmelerin de sadece kendisinden alınması koşuluyla kiralarsa, bu durumda mekanik bir sayaca ihtiyacı kalmayacaktır. Bu şekilde doğrudan kiralayanın verdiği düğme siparişi ile makinenin ne kadar düğme taktığını ve alıcının kullanım sıklığını da öğrenmiş olur. Bu tarz örnekler fotokopi makinesi ve kâğıt, yazıcı ve kartuş, etiket yapıştırma aleti ve kullanışacak etiket şeklinde çoğaltılabilir. Bütün bu örnekler açısından satılan sarf malzemesi veya tamamlayıcı ürün miktarı, satıcıya bağlayan ürünün kullanım sıklığı veya yoğunluğu hakkında bilgi vermektedir. [45].

Öte yandan mekanik olmayan bir ürün veya maddi olmayan mallar üzerindeki hakların kullanım veya yararlanma sıklığı da dinamik ürün bağlama

[42] Nothhelfer, s. 36; Ekdi, Ürün Bağlama, s. 82.
[43] Öte yandan bu tarz ürünler arasındaki bağlılık veya tamamlayıcılık ilişkisinde ortaya çıkacak sapma ölçüsünde, bağlamanın ölçme işlevinden de bir sapma ortaya çıkar. Burkert, s. 90.
[44] Whish, s. 659.
[45] Bkz. Burkert, s. 88; Nothhelfer, s. 36; Hovenkamp, s. 428.

uygulaması *(metering)* yoluyla belirlenebilir. Bu tarz maddi olmayan mallar üzerindeki haklara örnek olarak bir patent üzerindeki hak, teknik bilgi *(know how),* işletme sırrı verilebilir. Bu tarz haklarla ilgili mekanik bir ölçüm çoğu zaman yetersiz veya tamamen olanaksızıdır[46]. Örneğin Bolonya Sucukları *(Boulogner Würste)* ile ilgili yeni bir üretim tekniği patentine sahip olan bir lisans veren düşünelim. Böyle yeni bir buluş bu alandaki üretimi ciddi biçimde kolaylaştıracaktır. Bu durum geleneksel üretim tekniklerine göre daha az çalışma gücü gerektirecektir. Burada lisans veren ilgili lisans bedelini belirlemeden önce, lisans alan üreticilerin bu tekniği hangi yoğunlukta kullandıklarını bilmek isteyecektir. Bu şekilde en uygun lisans bedelini belirleyebilir. Bunun için de lisans sahibi genellikle teknik bilgi veya makine ile yapılacak üretim için gerekli olan hammadeyi de kendisinden veya belirleyeceği başka bir teşebbüsten alınması koşuluyla bir lisans sözleşmesi yaptığı zaman, alıcının hammade alım miktarı ile makine veya üretim tekniğinin kullanım yoğunluğunu da belirleyebilir[47].

Benzer şekilde Tetra Pak II olayında[48], teşebbüs aseptik olan ve olmayan karton ambalajların sıvı ve yarı katı gıda ürünleri ile doldurulması işleminde kullanılacak makineleri kiralamak veya satmak için alıcıdan, rakiplerin kartonlarının kullanılmaması ve satın alınan Tetra Pak kartonlarının miktarına bağlı olarak dolum sistemi kirasında diğer hizmetlerde indirim yapmayı vaad ederken, bağlama uygulamasını ölçümleme işlevi için kullanıyordu. Çünkü Tetra Pak alıcının karton tüketimini veya ihtiyacını ölçmek için, dolum sisteminin kiralanmasını kullanılacak karton ambalajın da kendisinden alınması koşuluna bağlıyordu[49]. Bu şekilde alıcının karton ihtiyacına göre üretimini de kontrol etmiş olacağından, makinenin kullanım sıklığı ile en uygun kira ücretini de belirleyecekti.

[46] Burkert, s. 89.
[47] Komisyon Kararı, 10.1.1979, *Vaessen/Moris,* ABl. 1979 L 19/32, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=379D0086 (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2012).
[48] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1.
[49] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1, Nr. 35.

B. Bağlama Uygulaması ile Fiyat Farklılaştırması

1. Fiyat Farklılaştırması ve Fiyat Ayrımcılığı Farkı

Bağlama uygulamalarından çoğu zaman fiyat farklılaştırması *(Preisedifferenzierung)* amacıyla da yararlanılabilir[50]. Burada fiyat farklılaştırması kavramı ile pratikte anlaşılması gereken husus, satıcının aynı ürüne farklı alıcılar için değişik fiyatlar belirlemesidir. Ancak bu ayrım, bilinen ve akla gelen ilk anlamı ile "ayrımcılık" değildir. Dolayısıyla rekabet politikası açısından, eksik pazarlarda *(unvollkommenen Märkten)* ortaya çıkan fiyat farklılaştırıması açısından yapılan değerlendirmelerde, ekonomik bir kavram olan fiyat farklılaştırması ile hukuksal bir kavram olan fiyat ayrımcılığının aynı olmadığını belirtmek gerekiyor[51]. Ekonomik bir kavram olan fiyat farklılaştırması iki yönlüdür. Birincisi aynı durumlar karşısında farklı davranmayı kapsar. Bu durum aynı zamanda dar anlamda hukuksal bir kavram olan fiyat ayrımcılığıdır. Öte yandan farklı durumlar karşısında aynı şekilde davranmayı da kapsayabilir[52].

Ekonomik bir kavram olan fiyat farklılaştırması, rekabet politikası açısından nötr bir kavram olarak kullanılmakta olup, bu anlamda rekabet üzerinde olumlu, olumsuz veya nötr etkileri olabilir. Ancak bu konuda asıl belirleyici olan rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir fiyat farklılaştırması ile etkin bir rekabet açısından ekonomik bir rekabetin göstergesi olan fiyat farklılaştırması arasındaki ayrımdır. Dolayısıyla yüksek bir pazar gücünün eşlik ettiği ve fiyat farklılaştırması ile gizlenen dışlayıcı bir pazar davranışının rekabet üzerinde tehlikeli sonuçlara yol açma ihtimali bulunmaktadır[53]. Bu nedenle de bu durum bazen fiyat ayrımcılığı olarak da

---

[50] Hovenkamp, s. 428; Einer Elhauge ve Damien Geradin, **Global Competition Law and Economics**, Hart Publishing, 2007, s. 498; Jones ve Sufrin, s. 453; Wolf, s. 82.

[51] "Ekonomik açıdan haklı gerekçelere dayanan "fiyat farklılaştırması" ile "ayrımcı fiyatlandırma" kavramları, farklı değerlendirilmelidir. Fiyat farklılaştırması veya farklı fiyatlandırmada, haklı nedenlere dayanan bir fiyatlandırma sözkonusu olabilirken, ayrımcı fiyatlandırma eşit koşullardaki müşteri veya bölgelere, bunlar arasında ayrım gözetilerek fiyatlandırma yapılması anlamına gelmektedir. Örneğin, coğrafi olarak uzak bir bölgeye yapılan mal sevkıyatıyla, daha yakındaki bir bölgeye yapılacak sevkıyat arasında fiyatlandırma açısından farklılık bulunması, haklı bir gerekçeye dayanmaktadır." Bu konuda bkz. Ulaş-Kısa, s. 58.

[52] Örneğin Alman rekabet (kartel) hukukunda bu durum genellikle GWB § 20 kapsamında bir ayrımcılık olarak değerlendirilmemekle birlikte, eşit olmayan durumlar karşısında aynı şekilde davranmak söz konusu olduğunda bu durumun GWB § 20 (1) kapsamında bir "haksız engelleme" *(unbillige Behinderung)* olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Ingo Schmidt, **Wettbewerbspolitik und Kartellrecht**, 9. Aufl. Oldenbourg Verlag, München, 2012, (Kartellrecht), s. 165 ve orada özellikle dpn. 344.

[53] Schmidt, Kartellrecht, s. 165.

tanımlanmaktadır[54]. Ancak fiyat ayrımcılığı hakim durum veya en azından önemli bir pazar gücüne sahip bir teşebbüs açısından söz konusu olabilir. Çünkü hakim durum bir teşebbüse rakip ve alıcılarından bağımsız hareket ederek pazarda fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleme gücü verir. Teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten etkenlerin ağırlıklı olarak ekonomik olduğu düşünülürse, bu başlık altında yapılan açıklamalar açısından, daha çok hukuksal bir kavram olan fiyat ayrımcılığı yerine, ekonomik bir kavram olan fiyat farklılaştırması tercih edilmiştir.

2. Fiyat Farklılaştırması İçin Bağlama Uygulaması

Fiyat farklılaştırmasının temelinde ekonomi biliminin, her alıcının ilgili ürüne olan ihtiyacı veya ürünün kendisi açısından taşıdığı değer oranında o ürün için uygun bir fiyat ödemeye hazır olduğu, şeklindeki teori bulunmaktadır. Bu durum aynı zamanda alıcının o ürüne olan ihtiyacının şiddeti ve ekonomik alım gücü ile de bağlantılıdır. Fiyat farklılaştırması ile satıcının ulaşmak istediği asıl sonuç da bu teoride yatmaktadır. Dolayısıyla tamamlayıcı iki ürünün bağlanması yoluyla, aslında alıcılar açısından en çok ihtiyaç duyulan ilk ürün üzerinden, yüksek bir fiyat ödemeyi göze alacak alıcılar açısından bir fiyat farklılaştırmasına gidilebilir[55]. Bu anlamda bağlama uygulamaları ve paket satış şeklindeki indirimler dolaylı fiyat ayrımcılığı olarak da tanımlanmaktadır. Ancak başarılı bir fiyat farklılaştırması/ayrımcılığı uygulamasının başlıca koşulları alıcılardan farklı fiyattan ödeme yapacakların belirlenmesi ve düşük fiyattan ödeme yapanın diğerine satış yapmaması için bu alıcı gruplarının ayrılmasıdır. Teşebbüsler bu sonuca ulaşmak için bağlama uygulamasından yararlanabilirler[56].

---

[54] Burkert, s. 92. Dağıtım maliyetlerindeki farklılık nedeniyle haklı görülmediği sürece teşebbüslerin aynı ürünü farklı alıcılara farklı fiyatlardan satmaları bir fiyat ayrımcılığıdır. Ancak bu tanımlama ayrıntılı olmayıp, teşebbüsler çok farklı şekillerde fiyat ayrımcılığına gidebilirler. Bu anlamda tüketicilerin gelirinden mümkün olduğu kadar yüksek bir pay kapmak için bir teşebbüsün fiyat veya ürün farklılaştırması ile müşterileri ayırması da bir fiyat ayrımcılığıdır. Bkz. Nothhelfer, s. 34.

[55] Langer, s. 16; Riziotis, s. 29; Fakat fiyat farklılaştırması başka işlevleri de bulunmaktadır. Örneğin satıcı kendi ürünlerinin satış kanallarını kontrol etmek isteyebilir. Böyle bir hedefe ulaşmak için ürünlerinin belirli bölgelere satışını engelleyebilir veya nihai satış fiyatlarını kontrol etmek isteyebilir. Bu durumda istemediği alıcılar için diğerlerine göre daha yüksek bir fiyat talep edebilir. Bu kapsamda bağlama uygulamaları sadece fiyat farklılaştırmasının gizlenmesi için rol oynayabilir. Bkz. Burkert, s. 92; Nothhelfer, s. 35; Thomas Paul, **Behinderunsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach"**, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, s. 262.

[56] Örneğin bir fotokopi makinesinin iki kullanıcısından birinin aylık ortalama 5000 fotokopi, diğerinin ise 25.000 fotokopi çektiğini düşünelim. Böyle bir durumda, yoğun kullanıcıdan daha fazla gelir elde etme olanağı bulunurken satıcının fotokopi makinesinin fiyatını olağan makine fiyatları ile belirlemesi zor olacaktır. Ancak eğer fotokopi makinesi satıcısı, makine için kullanılacak özel mürekkep ile birlikte makineyi satma yoluna gider (bağlama uygulaması) ve satış fiyatını belirlerken normalden daha yüksek bir kar marjı öngörürse, yoğun kullanıcıdan daha fazla gelir elde etmiş olacaktır. Böyle bir uygulamada,

Bağlama uygulaması ile fiyat farklılaştırmasının rasyonelliği, her şeyden önce satıcının bağlanan ürün pazarında elde edeceği rantın, bağlayan ürün pazarında karşılaşacağı olası kayba göre daha fazla olacağı ve aynı zamanda asıl ürüne yönelik talebi bağlanan ürüne de yöneltebileceği konusunda emin olmasıyla ilgilidir. Satıcı böyle bir sonuca ya teknik açıdan tamamalayıcı olan ürünleri bağlamak veya sözleşmesel koşullar getirmek ya da gayri maddi mallar üzerindeki koruyucu haklar yoluyla ulaşabilir[57]. Dlayısıyla alıcı bağlama uygulaması olmadan da karını artırmak için ya fiyatları düşürüp sürümü artıracak veya fiyatları yükseltip ürünün kendileri için vazgeçilmez nitelikte olduğu daha az sayıdaki alıcılardan elde edeceği kar ile yetinecektir. Bağlama uygulaması ile fiyat farklılaştırması ise böyle bir durumda ürüne yönelik talebi farklı boyutlarda olan alıcılar açısından en uygun fiyatın belirlenerek, toplam rantın en yüksek düzeye çıkarılabilimesi için işlev görmektedir[58].

Rekabet hukuku öğretisinde, fiyat farklılaştırması aracılığıyla bağlama uygulamaları konusunda Stigler'ın yaklaşımına göre, alıcıların farklı ürünlere farklı değerler atfettikleri durumlarda, satıcı paket satış yaparak toplam karını artırabilecektir[59]. Bowman'a göre ise sağlayıcı özellikle dayanıklı tüketim malı ile sarf malzemesini bağlamak suretiyle, bu şekilde dayanıklı tüketim malını daha ucuza satarak talebi arttırmakta, satıştan sonra ise kullanıcılardan sarf malzemeleri vasıtasıyla kullanım oranına göre bir bedel talep etmektedir[60]. Dolayısıyla burada, yukarıda da üzerinde durulan bağlama uygulamasının ölçümleme (metering) işlevine, bir anlamda fiyat farklılaştırması ile ulaşma hali sözkonusudur[61]. Bu tarz bir uygulamanın tüketiciler açısından faydası ise, asıl ürünün (örneğin yazıcı veya fotokopi makinesi gibi) görece daha ucuza satılması nedeniyle ürünü daha az kullanacak alıcıların da ürünü satın alabilmeleridir. Satıcı açısından bu uygulamanın yararı ise alıcının ürünü kullanma sıklığını tespit ederek, buna göre bir satış veya kiralama bedeli belirleyebilmesidir[62].

---

fotokopi makinesi malzemesinin satışı, makine içine yerleştirilmiş ve adeta ölçme işlevi gören bir alet niteliği kazanmaktadır. Bkz. Hovenkamp, s. 428; Nothhelfer, s. 36.

[57] Wolf, s. 89.

[58] Paul, s. 263.

[59] George, Stigler, **The Organization of Industry,** The University of Chicago Press, Chicago, 1968, s. 165.

[60] Ward Bowman, "Tying Arrangements and the Leverage Problem", **Economics of Antitrust Law**, (Ed. Benjamin Klein/Andreas V. Lerner), Volume II, An Elgar Referance Collection, UK/USA, 2008, s. 19.

[61] Burkert, s. 104; Nothhelfer, s. 36;

[62] Fiyat farklılaştırması *Antitrust*-Hukukunda özellikle Chicago Okulu taraftarlarının da üzerinde durduğu bir konudur. Bu anlamda bağlama yoluyla fiyat farklılaştırmasının alıcılar arasındaki farklılığı (heterojeniteyi) gidermek için etkili bir yöntem olduğu uzun zamandan beri savunulan bir görüştür. Chicago Okulu taraftarları bağlama uygulamaları ile tekel durumunun başka pazarlara aktarılmasını olanaksız gördükleri ve bu anlamda her pazar katılımcısının rasyonel davranışlar sergilediğini veya

Öte yandan, başarılı bir fiyat farklılaştırması öncelikle bağlı ürünlerin tamamlayıcı ürünler olma niteliği ile de yakından ilgili olduğundan, alıcı açısından bu ürünlerden yararlanma sıklığı bu açıdan önem kazanmaktadır. Bu konuda klasik örnek yazıcı ve kartuş gibi, işlevsellik ve verimlilik dereceleri birbirine bağlı olan ürünlerdir[63]. Tonere olan ihtiyaç yazıcının kullanım sıklığı ile bağlantılıdır. Böyle bir ürün açısından satıcı, benzer yazıcılar için alıcının farklı fiyatlar ödeyebileceğini, daha doğrusu ödemeye hazır olduğunun farkındadır. Eğer satıcı yazıcı fiyatını düşürürse, yazıcıya olan talep artacaktır. Ancak kendileri açısından yazıcı değerli olan veya yazıcıyı yoğun kullanan alıcılar daha az fiyat ödemiş olurlar. Eğer fiyat yükselirse, kendileri açısından yazıcı önemli olan alıcılar bu fiyatı ödemeye hazır olmakla birlikte, genel anlamda yazıcıya olan talep düşük kalacaktır. Çünkü böyle bir durumda diğer birçok alıcı açısından yazıcı yüksek maliyetli bir ürün olacaktır[64]. Satıcı bu durumda yazıcı fiyatını düşük tutup, yazıcı satışını toner satışına bağlarsa, bu şekilde yazıcıyı daha yoğun ve daha az kullanan müşterilere göre bir fiyat farklılaştırmasına gidebilir.

Örneğin Tetra Pak II olayında[65], Tetra Pak aseptik olan ve olmayan karton ambalajların sıvı ve yarı katı gıda ürünleri ile doldurulması işleminde kullanılacak makineleri kiralamak veya satın almak isteyen alıcılardan, rakiplerin kartonlarının kullanılmaması ve satın alınan Tetra Pak kartonlarının miktarına bağlı olarak ekipman kirasında ve diğer hizmetlerde indirim yapmayı vaad ederken, Komisyonun bu uygulama açısından rekabete aykırı gördüğü etkilerden birisi de bağlama uygulamasının dolum sistemleri pazarında fiyat ayrımcılığına yol açmasıydı. Tetra Pak, dolum ekipmanlarının satışı veya kiralanmasını kendi karton ambalajlarınının da alınmasına bağlayarak, fiyat ayrımcılığı yapmak suretiyle, alıcıların bağlanan ürün (karton ambalaj/kutu) alım miktarına göre, dolum sistemi ekipmanlarının kullanım yoğunluğunu da belirlemiş olmaktaydı.

3. Fiyat Farklılaştırmasını Gizleme İçin Bağlama Uygulaması

Satıcı bağlama konusu münferit ürünlerin fiyatlarını gizlemek için de bağlama uygulamasından yararlanabilir. Çünkü dışarıdan bakıldığı zaman, normal şartlarda tüketiciler tarafından algılanan fiyat bağlamanın toplam fiyatıdır. Böyle durumlarda

---

sergileyeceğini savundukları için, bağlama uygulamaları konusunda başvurdukları farklı açıklamalardan birisi de fiyat farklılaştırması olmuştur. Burkert, s. 92; Bowman, s. 19; Langer, s. 14.

[63] Benzer durum fotokopi makinesi ile kullanılacak kâğıt ve bakım hizmetlerinin bağlanması örneği için de geçerlidir. Bkz. Nothhelfer, s. 36; Wolf, s. 83.

[64] Riziotis, s. 30

[65] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. EG, 18.3.1992, L 72/1.

satıcı nadiren ürünlerin ayrı fiyatlarını belirtmektedir. Satıcı bu şekilde yıkıcı fiyat uygulamasına gitmek istediği ürünün fiyatını sanki aynı kalmış gibi göstermekle birlikte, buradaki asıl öngörüsü, diğer ürün için hesapladığı fiyat üzerinden bir fiyat savaşına girişmektir[66]. Başka bir ifadeyle, hakim durumdaki teşebbüs bağlı ürünlerden birinin fiyatını indirirken, bunu diğer ürünün fiyatı ile telafi edip, bu şekilde rakiplerine karşı bir rekabet avantajı elde etmeye çalışmaktadır[67].

Ancak bağlama uygulamasının fiyat farklılaştırması gizleme özelliği için, öncelikle satıcının fiyat farklılaştırmasına gitmenin gerekliliği konusunda bilgi sahibi olması gerekir. Başka bir ifadeyle bu konuda satıcının öncelikle ilgili ürün açısından hangi alıcıdan hangi fiyatı talep edebileceğini bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla satıcının fiyat farklılaştırmasına gitmek konusunda yeterli bilgiye sahip olduğu durumlarda, yapılacak fiyat farklılaştırması ile ortaya çıkan fiyatlar diğer alıcılardan ve rekabet otoritelerinden gizlenebilir. Alıcı bağlayan ürün için gitmek istediği fiyat farklılaştırmasında, bu ürünün fiyatını sayısal olarak aynı tutarken, bağlanan ürün üzerinden bir hesap çıkararak fiyat ayrımcılığını gerçekleştirir[68].

Örneğin satıcı S'nin bağlayan ürün A ile bağlanan ürün B'den oluşan bir bağlama uygulamasıyla müşterileri M1, M2 ve M3' e karşı fiyat farklılaştırmasını gizlediğini varsayalım. Her üç müşteriyle ilgili satışta A ürünü aynı fiyattan satılacak, fakat bağlanan ürün B ise her alıcı için farklı fiyattan satılacaktır. Bağlayan ürün B açısından M1 için F1, M2 için F2 ve M3 için F3 fiyatını talep ettiği zaman, A ürünü daima aynı fiyattan satılmasına rağmen, satıcı her üç durum açısından farklı bir fiyat uygulamış olacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda bağlayan ürün A açısından yapılacak bir fiyat karşılaştırmasında, herhangi bir fiyat farklılaştırması tespit edilemeyecektir[69].

Daha somut veriler kullanılarak şöyle bir örnek verilebilir. Bir teşebbüsün ayrı A ve B ürün pazarlarında hakim durumda olduğu ve her iki ürünün de marjinal maliyetinin "0" olduğunu varsayalım. Tekelci bu ürünleri müşterileri olan X ve Y'ye satmak istemektedir. X A için en fazla 900 TL ve B için ise 300 TL ödemeye hazırdır. Y ise A ürünü için en fazla 1000 ve B ürünü için ise 200 TL ödemeye hazırdır. Her iki alıcı da AB ürününe paket halinde en fazla 1200 TL ödemeye hazırdır.

---

[66] Fischer, s. 61; Burkert, s. 93.
[67] Wolf, s. 83.
[68] Burkert, s. 93.
[69] Bu durum yazıcı-kartuş örneği açısından da geçerlidir. Alıcı yazıcı ve kartuşu bağlayarak sattığı zaman, yazıcını fiyatı bir miktar düşecektir. Ancak bu durumda kartuşun fiyatı normal pazar fiyatının üzerinden olacağından, bu fiyat aynı zamanda yazıcının fiyatının da bir bölümünü içermiş olur. Dolayısıyla çok sayıda kartuşun satılmasıyla yazıcıya daha çok ihtiyacı olan, onu daha yoğun kullanan ve bu nedenle daha yüksek bir bedel ödemeye hazır alıcılar fazladan daha çok ödemiş olacaklarından, ödeme güçleri de ağırlaşmış olur. Bkz. Riziotis, s. 30.

Fakat tekelci bu ürünleri ayrı satmak istediği zaman, A ürününü her iki alıcıya da 900 TL den ve toplamda 1800 TL ye satabilecektir. B ürününü de 200 TL den ve toplamda 400 TL ye satabilecektir. A ve B ürünlerinin ayrı satışından elde edilen toplam kazanç bu durumda 2200 TL olacaktır. Eğer tekelci teşebbüs bu ürünleri bağlama uygulaması ile satmış olsaydı, paket uygulama ile her alıcıya 1200 TL ve toplamda 2400 TL ye satabilecekti. Sonuç olarak bağlama ile alıcılar arasında bir fiyat farklılaştırmasına gidip, yukardaki örnek kapsamında 200 TL daha fazla kazanç sağlayacaktır[70].

Benzer ürünler için farklı fiyatlar uygulayan satıcının bu durumu rekabet otoriteleri yanında, aynı zamanda ayrımcılık yaptığı müşterilerinden de saklamasının nedeni, zararın tesbiti durumunda kendi ticari itibarı ve olası müşterilerini kaybedeceği endişesidir. Olası bu tarz zorluklar nedeniyle satıcı bağlama uygulamasıyla varolan fiyat ayrımcılığını gizleme yoluna gidecektir. Bu amaçla satıcı ayrımcılık uygulaması açısından kullandığı bağlayan ürünün fiyatını sayısal olarak aynı tutup, fakat fiyat ayrımcılığının etkilerinin bağlanan ürün üzerinde ortaya çıkmasına neden olmaktadır[71]. Şüphesiz bağlanan ürünün fiyatının bütün satıcılar için aynı olduğu durumlarda bu tarz bir bağlama uygulamasının arkasında yatan asıl amacı görmek daha kolaydır. Fakat bağlama uygulamasına konu ürünler açısından ortaya çıkan ürün çeşitliliği, bağlama uygulaması ile ulaşılmak istenen hedeften daha ağır sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Satıcı bağlanan ürünler açısından fiyat farklılaştırmasına giderek, bu şekilde nihayetinde kendi müşterileri açısından her müşteri bakımından bağlayan ürün için farklı bir fiyat hedefine ulaşabilir. Bu şekilde satıcı, aynı zamanda bağlayan ürün açısından farklı bir fiyat belirlemek zorunda da kalmayacaktır[72].

[70] Langer, s. 15; Benzer açıklama ve örnekler için bkz. Elhauge ve Geradin, s. 499; Ayrıca Ekdi, Ürün Bağlama, s. 85; Paul, s. 260.
[71] Burkert, s. 93.
[72] Fakat satıcı sözleşme ile kolladığı sözleşme tarafları karşısında ayrımcılığı görülebilir hale getirebilir ve hesaplama açıkça ortaya konabilir. Bu yolla hakim durumdaki teşebbüs doğrudan rakip teşebbüslerin bu tarz tekliflerini engellemek suretiyle onları bu şekilde dışlayabilir. Hakim durumdaki teşebbüs fiyat farklılaştırmasını rakiplerin yararlanıcı müşteri grubuna karşı uygulayıp, bu şekilde onları sistematik olarak ayartıp kendine bağlayabilir ve bu yolla rakiplerinin ürünlerine olan talebi de düşürebilir. Bu tarz fiyat ayrımcılığı uygulamaları, bu yola başvuran teşebbüsler ile rakipleri arasındaki rekabet sorunlarını da kapsadığından, aynı zamanda ABA m. 102/2.b ve GWB §20(1) Nr.1 ile de ilgilidir. Bkz. Fischer, s. 66.

4. Fiyat Farklılaştırması ile Fiyata Yönelik Algıyı Yönetme için Bağlama Uygulaması

Satıcı bağlama uygulaması ile ürünlerin fiyatlarını gizlemek ve bu sayede tüketicinin daha az tercih edeceği ürünü daha yüksek bir fiyatla satma imkanına kavuşmak ya da tek başına satılan ürüne bilinçli olarak yüksek değer biçmek suretiyle ürünün kalitesine yönelik algılamayı da etkileyebilir[73]. Aslında bu şekilde bağlama uygulaması ile esasen fiyatta bir farklılaştırmaya gitmeden, fiyat farklılaştırması sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin Microsoft PowerPoint adlı ürünün pazara sunulması aşamasında fiyata yönelik algıyı değiştirmek için bir pazar politikası izlemiştir. Microsoft söz konusu dönem itibariyle standartların çok altında olan bu ürünü hem Ofis Paketi'nin içinde hem de ayrı olarak tüketicilere sunarken, ayrı olarak sunulan ürünün fiyatını daha yüksek belirlemiştir. Bu şekilde tüketicilerin bir yandan ürünün çok kaliteli olduğu, bir yandan da Ofis paketini satın aldıklarında çok yüksek bir indirim elde edecekleri veya ettikleri yönünde bir algıya sahip olmaları istenmiştir. Ancak ürünün liste fiyatından talep eden alıcı pek olmadığı için paket satışın olmadığı durumda ürünün fiyatının gerçekte ne olacağı ve indirimin gerçek mahiyetinin ne olduğunun bilinmesi engellenmiş olur[74].

Bu tarz durumlar için klasik bir örnek, sinema endüstrisinde "blok satış" *(block-booking)* olarak da adlandırılan film kiralama sistemidir. Bu konuda Hovenkamp şöyle bir örnek vermektedir: A ve B televizyon kanallarının Q film şirketinden Holywood filmleri kiraladığını varsayalım. Q'nün elinde *Casablanca* ve *Robinson Crusoe on Mars* filmleri bulunmaktadır. A ve B kanallarının farklı beğenilere sahip izleyici kitleleri bulunmaktadır. A televizyon kanalı *Casablanca* için 7000$ ve *Crusoe* için 3000$ değer biçmektedir. B kanalı ise *Casablanca* için 4000$ ve *Crusoe* için ise 6000$ değer biçmektedir.

Ancak Q burada karını en yüksek düzeye çıkarmak istemektedir. Bu amaçla Q *Casablanca* yı 7000$ A'ya, *Crusoe* yu 6000$ B ye kiralayarak toplam 13000$ gelir elde edebilir. Fakat buna alternatif olarak, fiyatı düşürerek her iki filmi her iki kanala da kiralayabilir. Bu durumda *Casablanca* için her kanaldan 4000$ ve *Crusoe* için de 3000$ isteyerek toplamda 14000$ gelir elde edebilir.

Fakat en sonunda Q paket veya "blok" satış yoluyla her iki filmi kanallara 10000$ dan satmayı önerebilir. A *Casablanca* için 7000$ ve *Crusoe* için de 3000$ ödemeye hazır olduğundan bu paketi satın alacaktır. B ise *Casablanca* için 4000$

[73] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 91.
[74] Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 62.

ve *Crusoe* için de 6000$ ödemeye istekli olduğundan o da paketi satın alacaktır. Bu şekilde Q nun geliri 20000$ çıkmış olacaktır. Bu durumda paketi her iki alıcıya da aynı fiyattan sattığı için, dışarıda bakıldığında hehangi bir fiyat ayrımcılığı da fark edilmeyecektir[75].

Bu şekilde daha düşük kalitedeki bağlanan ürünün, bağlama uygulaması nedeniyle gerçek olmayan, yani yapay bir değere ulaşması nedeniyle ortaya çıkan durumun rekabeti nasıl etkilediği de önemlidir. Fiyatın kalitenin bir sonucu olduğu ve müşterilerin tercihi açısından oynadığı belirleyici rol düşünülürse, büyük oranda bir satış, yani sürüm de yüksek fiyat ile benzer sonuçlara neden olmaktadır. Bu şekilde ikinci sınıf ve dolayısıyla daha az popüler olan filmlerin, birinci sınıf daha popüler filmlerle birlikte satılması ile ortaya çıkan bir bağlama uygulaması ile normalde fazla tutulmayan ikinci sınıf filmler de bağlama sayesinde yüksek bir talep ve bunun sonucunda adeta yapay bir değer kazanmış olurlar[76].

Bu yöntemin farklı ürünler açısından bağlama veya paket satışlar için de uygulanabilir olduğu söylenebilir. Bu yöntemde çok sayıda üründen oluşan kombine bir satış teklifi, ayrı ürünlerden oluşan ve aynı fiyatı taşıyan bir teklife göre daha fazla talep görmektedir. Çünkü ürünlerin ayrı satılması ile aynı oranda bir talep ancak her alıcı için farklı bir fiyat belirlenmesi, yani bir fiyat farklılaştırması ile mümkün olacaktır[77].

Ancak fiyat farklılaştırması ile bu özelliğin ortaya çıkabilmesi de bazı koşulların varlığına bağlıdır. Satıcının böyle bir uygulamaya başvurabilmesi için her şeyden önce geniş bir ürün yelpazesine sahip olması gerekir. Aynı zamanda münferit ürün veya parçalara yönelik alıcı talebinin şiddeti de farklı düzeylerde olmalıdır. Başka bir ifadeyle, aynı ürün için bütün alıcıların talebi aynı düzeyde olmamalı, her alıcının farklı ürünler için farklı bir ilgilenme veya hoşlanma derecesi olmalıdır. Münferit alıcıların bir ürüne yönelik güçlü bir talebi bulunurken, buna karşın başka bir ürüne yönelik daha zayıf bir talep olmalıdır. Dolayısıyla farklı talep esneklikleri bağlama uygulaması ile denkleştirilebilmelidir. Somut olayda bu koşullar bulunuyorsa, satıcı bu ürünleri kapsayan bir bağlama uygulaması ile fiyat farklılaştırması uygulamasına benzer etkilerin ortaya çıktığı bir sonuca ulaşabilir[78].

---

[75] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hovenkamp, s. 430; Ayrıca farklı örnekler için bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 91.
[76] Bkz. Riziotis, s. 77; Paul, s. 259.
[77] Burkert, s. 100.
[78] Burkert, s. 101.

C. Bağlama Uygulaması Nedeniyle Haksız Fiyatların Ortaya Çıkması

1. Ön Açıklamalar

Bağlama uygulaması ile birlikte pazarda normal rekabet koşullarında gerçekleşmeyecek fiyatların ortaya çıkması her zaman mümkündür. Rekabet hukuku uygulamasında bu tarz fiyatlar genel olarak yıkıcı fiyat uygulamaları olarak adlandırılsa da, çalışmamızın kapsamı açısından böyle bir ayrıntılı analize girmeyip, sadece bağlama uygulaması sonucunda ortaya çıkan aşırı yüksek ve düşük fiyatlar üzerinde durmayı tercih ediyoruz. Başka bir ifadeyle, yıkıcı fiyat uygulamasının niteliği ve sonuçları yerine, fiyat farklılaştırması ile pazarda ortaya çıkan ve "haksız fiyatlandırmalar"[79] olarak da tanımlanan fiyatların rekabet üzerindeki etkilerine değinmekle yetiniyoruz.

Genel olarak düşük fiyatlar tüketiciler açısından ortaya çıkan olumlu etkileri nedeniyle desteklense de[80], uzun vadede rakipleri dışlayıcı etkileri nedeniyle rekabet üzerinde olumsuz etkileri de bulunmaktadır. Aynı zamanda, dışlayıcı nitelikte başka bir kötüye kullanma veya sömürücü davranışın eşlik ettiği ve süreklilik arz eden düşük fiyatlar, pazar üzerindeki genel etkileri nedeniyle rekabeti sınırlayabilir. Dolayısıyla bağlama uygulamasının eşlik ettiği ve rakipleri dışlamaya yönelik bir ayrımcı fiyat politikası rekabet üzerinde hissedilir olumsuz etkilere neden olabilir. Çünkü hakim durum veya ciddi bir pazar gücüne sahip teşebbüsün bağlama uygulaması ile belirlediği maliyetin altındaki fiyatların alıcı üzerindeki çekim potansiyeli, rakiplerin rekabet yetenekleri zayıflatan ve bu anlamda onları dışlayıcı nitelikte davranışlardır.

AEUV m. 102/a'da yer alan düzenleme haksız fiyatların bir kötüye kullanma hali teşkil ettiğini belirtmektedir. Buna göre, "doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da haksız ticaret koşulları koyma" hakim durumun kötüye

---

[79] Örneğin İnan/Piker "yıkıcı fiyatlar" ve "fahiş fiyatları", "Haksız Fiyatlandırmalar" başlığı altında değerlendirmişleridir. Bkz. İnan ve Piker, s. 67. ABAD ise aşırı/haksız fiyatı *"ürünün ekonomik değeri ile orantılı veya makul bir şekilde ilişkili olmayan fiyat"* olarak tanımlamıştır. Bkz. EuGH, 14. 2. 1978, Slg. 1978, 207, 282, Nr. 250 *("United Brands").*

[80] Düşük fiyatların genellikle tüketicinin lehine olduğu düşünülse bile, bazı hallerde maliyetin altında satışlar rakipleri dışlama amaçlı olabilir. Hakim durumdaki teşebbüsün maliyetleri veya cari fiyatlarının altında fiyat uygulamak suretiyle maliyetlerin altında satışa uzun süre dayanabilecek yeterli finansal kaynakları bulunmayan bir rakibi, pazar dışına atmak için girişeceği bir fiyat rekabeti, aynı zamanda hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu anlamda düşük fiyatların en azından potansiyel rakipler için bir giriş engeli oluşturduğu kabul edlmektedir. Bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku,** 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, (Rekabet Hukuku), s. 436.

kullanılması olarak belirtilmiştir[81]. Ancak AB hukukunda yer alan bu düzenlemeye benzer bir hüküm RKHK'da yer almamaktadır[82]. Yıkıcı fiyat uygulamasının rakipleri pazar dışına itme, potansiyel rakiplerin pazara girişini engelleme niteliği dikkate alındığında, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulandığı zaman kötüye kullanma sayılacağından[83], 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi (a) bendinde yer alan düzenlemeye göre, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazara girişin engellenmesi gibi etkileri bağlamında kötüye kullanma nitelikli davranışlar olarak değerlendirmek mümkündür[84].

Fakat bu konuda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus ise hakim durumdaki teşebbüsün pazarda fiyat açısından başvuracağı ayrımcı uygulamaların yeknesak olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, hakim durumdaki teşebbüs dışlayıcı uygulamalar için her zaman maliyetin altında fiyatlar uygulamak zorunda değildir. Örneğin hakim durumdaki teşebbüs fiyat farklılaştırması ile ortalama maliyet fiyatlarının üzerinde ancak rakiplerine göre daha düşük fiyatlar da belirleyebilir. Bu şekilde seçici fiyatlamaya[85] da giderek, rakiplerinin rekabet yeteneklerini zayıflatıp onları pazarda dışlayabilir. Uygulamada her ne kadar seçici fiyatlamanın rekabeti sınırlayıcı etkileri tartışmalı olsa da, seçici fiyatlamaya kötüye kullanma nitelikli başka bir dışlayıcı davranışın (örneğin ürün bağlama) eşlik etmesi durumunda, bu uygulama birikimli etkileri nedeniyle rekabeti sınırlayıcı bir nitelik kazanabilir[86].

---

[81] "Tartışma Metni"nde de yıkıcı fiyatın AEUV m. 102 kapsamında bir ihlal olarak nitelenebilmesi için, hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumunu korumaya veya güçlendirmeye yönelik eylemlerde bulunması ve bu eylemlerini de genellikle hakim durumda bulunduğu pazarlarda gerçekleştirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, s. 30, Nr. 101, dpn. 67.

[82] Aslan'a göre, fiyatlarla ilgili bir düzenlemenin Kanun'da yer almaması demek yalnız yüksek fiyatların değil, aynı zamanda çok düşük fiyatların da bu kapsamda değerlendirilmemesi anlamına gelmektedir. Oysa ki, bir çok durumda, bir tekel veya hakim durumdaki teşebbüs, pazara yeni girişlerin olacağını sezdiği zaman, düşük fiyat politikası izleyerek potansiyel rakiplerin girişini engellemeye çalışacağı gibi, böyle bir uygulamayla rekabet açısından daha zayıf konumda olan küçük teşebbüsleri de pazar dışına çıkarmaya çalışacaktır. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 433.

[83] Bkz. Öz, s. 167; İnan ve Piker, s. 67.

[84] Nitekim Rekabet Kurulu da teşebbüslerin tek taraflı olarak gerçekleştirdikleri fiyat indirimlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında ele alınabildiğini, ancak bu tarz zararına satışların kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle sözkonusu teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması gerektiğini belirtmiştir. Mersin Forum Alışveriş Merkezinde Faaliyet gösteren MS İstanbul İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi (Media Markt) ve Teknosa İç ve Dış Ticaret A.Ş. (Teknosa)'nin düşük fiyat uygulamak suretiyle rakipleri zarara uğrattıkları iddiası ile açılan önaraştırma sonucu verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 13.10.2011, 11-52/1321-472 sayılı Karar, s. 3.

[85] Seçici fiyatlama, hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakip teşebbüse geçebilecek müşterilerine yönelik olarak, maliyet üstü, fakat diğer müşterilerine kıyasla daha düşük fiyat uygulaması biçimindeki fiyat ayrımcılığı stratejisi olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Fethullah Güler, Selen Yersu Şahin, Can Taneri, **"**Seçici Fiyatlama: İhlal mi, Değil mi?", **Rekabet Dergisi,** Cilt: 12, Sayı: 3, 2011, s. 39.

[86]Dolayısıyla, seçici fiyatlamanın dışlayıcı bir davranış ile aynı zamanda uygulanmış olması, bu tarz bir fiyatlama davranışının ancak böyle bir politikanın bir parçası olarak dışlayıcı politika ile açıkça ilişkiledirilebiliyor olması, fiyatlama davranışının rekabete uygun olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir. Bkz. Robert O'Donoughu ve A. Jorge Padilla, **The Law end Economisc of Article 82 EC**, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2006, s. 281.

Hâkim durumdaki teşebbüs bu şekilde bağlayan ürün pazarında fiyatları normal tutup, rekabetin daha yoğun olduğu bağlanan ürün pazarındaki fiyatları düşürmek suretiyle, etkin bir bağlama uygulaması ile rakiplerini pazar dışına çıkarmaya yönelebilir.

2. Bağlama Uygulaması ile Yıkıcı Fiyatlama

Yıkıcı fiyatlama, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin pazar dışına çıkarılmasını veya disipline edilmesini ya da potansiyel rakiplerinin pazara girişini engellemeyi amaçlayan düşük fiyat uygulaması olarak tanımlanabilir[87]. Bağlama uygulaması ile fiyat farklılaştırmasına giden teşebbüsün bu davranışı, pazarda yıkıcı bir fiyata da dönüşebilir[88]. Başka bir ifadeyle, bağlama uygulaması yıkıcı fiyat uygulamak amacıyla kullanılabilir ve bu şekilde rekabetçi bir pazarda ortaya çıkmayacak şekilde gerçekleşen fiyatlar nedeniyle rekabet sınırlanabilir. Dolayısıyla bağlama uygulamaları satıcının yıkıcı fiyatla ulaşmak istediği sonuca ulaşmasında ve aynı zamanda fiyatlar üzerindeki etkileri saklamak istemesi durumunda uygun bir yöntem olabilir[89]. Bu şekilde satıcı, tek bir ürünün fiyatını düşürmek yerine, bu ürünü başka bir ürünle birlikte paket olarak, ancak her iki ürünün satış fiyatı toplamından çok daha az bir fiyatla sunabilir[90].

Bağlama uygulaması ile ortaya çıkan yıkıcı fiyatlar özellikle (i) bağlayan ve bağlanan ürünün alıcı için kısmen ikame edilebilir olduğu, (ii) bağlama uygulaması ile müşteriler açısından fiyat farklılaştırmasına gidilmesi ve (iii) satış sonrası orijinal yedek parça veya ekipman kullanma yükümlülüğü getiren uzun süreli anlaşmaların sözkonusu olduğu olaylarda rekabeti sınırlayıcı etkilere yol açabilirler. Özellikle uzun süreli yedek parça, ekipman veya sarf malzemesi kullanma yükümlülüğü getiren anlaşmalar açısından alıcıların bağlamanın sonuçları konusunda öngörüde bulunmaları veya bu sonuçları hesaplamaları zor olduğundan[91] bu tarz yükümlülükler fiyatların rekabetçi bir pazarda olması gerekenden farklı düzeyde gerçekleşmesine neden olacaktır.

---

[87] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 93.
[88] Yıkıcı fiyat uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda daha ayrıntılı ve özgün bir çalışma için bkz. Sevilay Uzunallı, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, s. 59 vd.
[89] Hovenkamp, s. 428.
[90] Örneğin bir bilgisayar üreticisi *software* ürünlerini bilgisayar satışlarına bağlayarak ve bu ürünler için herhangi bir ücret talep etmeyerek rakipleri piyasa dışına çıkarmayı deneyebilir. Ünlüsoy, s. 32.
[91] Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 80.

Yıkıcı fiyat uygulamalarını, rekabetin doğası gereği ortaya çıkan genel anlamdaki düşük fiyat politikalarından ayıran özelliği ise, geçici karakteri ve arkasında yatan rakipleri engelleme veya en nihayetinde onları pazardan dışlama amacıdır[92]. Rekabet hukukunda bu tarz davranışların yasaklanmasının temelinde yatan bir diğer neden ise, özellikle de ABAD kararlarında da vurgulandığı üzere, hakim durumdaki her teşebbüsün ilgili pazarda etkin bir rekabetin korunması ve devamlılığı açısından özel bir sorumluluk taşıdığıdır[93].

Öte yandan teşebbüsün yıkıcı fiyatlamayı hakim durumda bulunduğu pazardan farklı bir pazarda uygulanmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için bu davranışın *komşu/bitişik* bir pazarda yapılması ve etkisinin de hakim durumun olduğu pazarda ortaya çıkması gerekmektedir. Bununla birlikte, hakim durumdaki teşebbüs bağlayan ürün pazarında fiyatlarını kısmen artırıp, bağlanan ürün pazarında yıkıcı bir fiyatlamaya da girişebilir. Bu şekilde hakim durumda olduğu pazardaki finansal gücünden, hakim durumda olmadığı bağlanan veya alt ürün pazarındaki yıkıcı fiyatlamayı finanse etmek için yararlanabilir. Ancak normal koşullarda hakim durumdaki bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği ancak hakim durumda olmadığı ilişkisiz bir pazardaki yıkıcı fiyat uygulaması, bu eylemin etkilerinin yalnızca söz konusu ilişkisiz pazarlarda görülmesi halinde, AEUV m. 102 kapsamında değerlendirilmeyecektir[94].

---

[92] Düşük fiyat stratejileri doğrudan veya dolaylı uygulanabilir. Örneğin müşterilere promosyon primleri, indirim çekleri, bedava ürün alabilme kartları verilmesi veya herhangi bir şekilde ayni ödemelerde bulunulması da bu kapsamdadır. Bu konuda önemli olan teşebbüsün rakibi dışlamak suretiyle rekabeti sınırlama niyetinin olup olmadığıdır. Örneğin bir alıcıya, rakibin ürünlerini satmaması karşılığında (bağlama) indirim sağlanması ve ya rakibin ürünlerini satması durumunda, birikmiş prim veya indirimlerin kaybedilmesi gibi. Bkz. Ünal Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), **Avrupa Birliği Hukuku,** 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, (AB Hukuku), s. 451, Nr. 160.

[93] EuGH, Slg. 1983, 3461, 3511 Rn 547, *"Michelin".* Aynı zamanda, bu konumdaki teşebbüslerin izlediği fiyat politikası onların pazar hâkimiyetini sağlamlaştıran veya rakipleri üzerinde dışlayıcı etkilerin ortaya çıkmasına izin vermemelidir. Çünkü sadece belirgin ekonomik güç değil, aksine diğer etkinlikle ilgili yetenek veya davranışları da bir teşebbüsün ilgili pazarda varolabilmesi için belirleyici olmalıdır. Bkz. Fischer, s. 61. Hakim durumdaki teşebbüslerin bu "özel sorumluluğu" hakkında bkz. Dördüncü Bölüm/§/10/I/I/C/2.

[94] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 101. Bu hususta Tartışma Metni'ne bir not düşülmüş ve yıkıcı fiyatlamanın, hakim durumun sözkonusu olmadığı pazarlarda gerçekleştirildiği ve etkisinin de yalnızca bu pazarlarda ortaya çıktığı durumlarda ABA madde 82 kapsamında bir ihlal olarak değerlendirildiği *Tetra Pak II* Kararı'nın istisnai olduğu belirtilmiştir. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 30, özellikle dpn. 67. Çünkü davaya konu pazarlar olan aseptik ve aseptik olmayan karton pazarları arasında güçlü bağlar bulunmakta olup, teşebbüs aseptik karton pazarında yarı-monopol ve bu pazarla yakın ilişki içindeki aseptik olmayan karton pazarında da yarı-hakim durumdadır. Bkz. EuGH, Slg. 1994, II-755, 827, Nr. 150 *"Tetra Pak II".*

D. Bağlama Uygulamasıyla Risk Paylaşımı

Bağlama uygulamaları bazı durumlarda satıcı ve alıcı arasında risk dağılımı sağlar. Özellikle yeni ürünler veya çok pahalı ve karmaşık bir makinanın alınması durumunda alıcı açısından maliyet ve ürünün kullanımı nedeniyle bazı risklerin ortaya çıkması mümkündür. Böyle bir ihtimalde satıcı kendi ürünü ile ilgili daha fazla bilgi sahibi olduğundan, ürünün güvenli kullanımını da daha iyi değerlendirebileceğinden, olası riskleri üstlenmesi de kolay olacaktır. Alıcının bu şekilde kullanım hatalarından doğabilecek olası riskleri üstlenmesi, aynı zamanda daha kolay ve fazla satış ile daha fazla müşteriye sahip olmasını da sağlayacaktır[95].

Aynı zamanda yeni bir pazara girişte alıcı açısından ortaya çıkabilecek olası riskleri azaltmak için de bağlama uygulamasından yararlanılabilir[96]. Bu duruma örnek olarak, bir girişimcinin üretim faaliyetinde kullanmak için almak istediği makinenin ilgili ürünün üretiminde kullanılan hammadde ile birlikte satılması olayı verilebilir. Eğer makine veya üretilen ürün yenilikçi bir pazardaysa, bu durumda pazarda başarı ve dolayısıyla tutunma şansı henüz belli olmadığından, bu durumda makine ve hammaddenin birlikte satılması, olası riskin alıcı ve satıcı arasında paylaşılmasını sağlar. Burada da sistem aslında fiyat farklılaştırması ile benzerdir: Sağlayıcı makineyi daha düşük fiyatla satmakla birlikte, hammadde fiyatı ile makinenin gerçek fiyatı da bir şekilde karşılanmakta ve sonuçta makine aslında normal piyasa fiyatı ve hatta üzerinde satılmış olmaktadır. Alıcı açısından bu yöntemin yararı ise alıcının güvenli olmayan bu iş yatırımı için başlangıçta daha az ödeme yapmak zorunda kalmasıdır. Ancak alıcı, başlangıçtaki olası rizikonun bir bölümünün satıcı tarafından üstlenilmesi karşılığında, hammadde fiyatı için zamana yayılmış bir şekilde fazladan ek ödeme yapmaktadır..

Oysa alıcı normalde bu ek fiyatı ancak makine ile üretilen ürün başarılı bir şekilde piyasaya sunulduğunda ödeyecekti[97]. Dolayısıyla burada bağlama uygulaması yoluyla, makinenin fiyatı ürünün satışı ile belirlenen kendi ticari değeri ile bağlanmış olmaktadır. Aynı zamanda makinenin fiyatı, yapılan üretim ile pazarda elde edilen başarının sonucu olan gerçek değerine en yakın bir şekilde piyasada belirlenmektedir. Etkinlik açısından bakıldığında ise, bu tarz bir bağlama uygulaması

[95]Nothhelfer, s. 33; Başka bir örnekte motorlu taşıt yedek parçaları, özellikle eski modeller için verilebilir. Yetkili servisin bu yetkisi, sadece üretici firmanın orijinal parçalarının bakım ve onarımda kullanılması koşuluna bağlanmış olabilir. Bunun için motorlu taşıt sağlayıcısı da orijinal yedek parçaları uygun bir fiyatla vermeyi taahüt edebilir. Bkz.Burkert, s. 114; Elhauge ve Geradin, s. 505.
[96] Jones ve Sufrin, s. 453.
[97] Burkert, s. 113 vd; Lawrence A. Sullivan ve Warren S. Grimes, **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**, Thomson West, 2 edition, USA, 2006, (The Law of Antitrust), s. 428.

fiyat farklılaştırmasına benzemektedir. Ortaya çıkan bu risk dağılımı yoluyla ürüne olan talep artışı ile bu şekilde aşırı hatalı yatırımlardan kaçınılmış olur. Satıcı bu tarz bir bağlama uygulaması ile riski üstlenmekle alıcının olası teknik veya finansal risklerini de üstlenmiş olmaktadır[98]. Örneğin sağlayıcının yeni bir üretim tekniği ile ilgili patent veya işletme sırrı bulunuyorsa, sağlayıcı bu durumda bu üretim tekniğini, üretim süreci için gerekli olan hammaddenin kendisinden alınması koşuluna bağlayabilir. Sağlayıcı aynı zamanda lisans yoluyla bir restoran için vereceği franşhise sisteminde, gerekli olan hammade ve gıda ürünlerinin de kendisinden alınması koşulu getirebilir. Taksitli bir satış olayında olduğu gibi satıcı burada tabiri caizse kredi veren konumundadır[99].

Öte yandan risk dağılımını mutlaka makinenin değeri ile ilgili düşünmemek gerekir. Makinenin hammadde alımı konusunda inhisari bir satış sözleşmesi kapsamında bağlanması, özellikle ürün temininde ortaya çıkabilecek olası sıkıntılara karşı da önceden bir güvence sağlanmış olur. Alıcı açısından hammadde fiyatı ve tedariği de önceden belirlenmiş ve garantiye alınmış olmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen risk paylaşımı da kendi maliyetini tekrar hammadde fiyatından çıkarırken, makine satıcısı aynı zamanda hammadde tedariki açısından da bir çeşit garanti sağlamış olmaktadır[100].

E. Bağlama Uygulamasıyla Kredi Sağlama

Bağlama uygulamasının kredi sağlama işlevi de aslında risk dağılımı işlevi ile benzerdir. Sağlayıcı asıl ürünü alıcıya çok uygun koşullarda veya ücretsiz olarak verebilir. Aradaki maliyet farkı burada daha çok tamamlayıcı, yani bağlanan ürün üzerinden telafi edilmektedir. Dolayısıyla burada bağlanan ürün için yapılan ödeme aslında bağlayan ürünün fiyatını da karşılamaktadır[101]. Aslında birçok durumda özellikle küçük teşebbüsler ve alıcılar, satın alacakları makine vb yüksek maliyetli ekipmanların maliyetini karşılama konusunda, finansal açıdan satıcıdan daha dezavantajlı durumdadırlar. Bu nedenle satıcının asıl ürünü düşük bir fiyatla satması onlar açısından pazara girişte önemli bir avantaj olmaktadır[102].

Ancak bu durumun normal bir kredi olayından farkı ise, özellikle teşebbüsün çok fazla miktarda üretim yoluyla krediyi ödemesidir. Bu tarz bir kredi ilişkisinde,

[98] Burkert, s. 116; Elhauge ve Geradin, s. 505.
[99] Riziotis, s. 31.
[100] Riziotis, s. 31.
[101] Burkert, s. 122; Elhauge ve Geradin, s. 505.
[102] Elhauge ve Geradin, s. 505.

sağlayıcı alıcının işletmesel risklerinin bir bölümünü üstlendiğinden bir kar bileşeni durumu sözkonusudur. Eğer işler iyi gider ve sağlayıcı çok fazla tamamlayıcı ürün satarsa, aynı zamanda verdiği kredi için de yüksek bir geri dönüş sağlamış olur. Fakat işler iyi gitmezse sağlayıcı bu sefer asıl ürün için dahi gerçek satış fiyatını elde etme olanağı bulamayabilir[103].

F. Bağlama Uygulamasıyla İşlem Maliyetlerinin Azalması

Bağlama uygulamaları konusunda, teşebbüsler tarafından öne sürülen bir diğer gerekçe ise birlikte üretim ve satış sayesinde işlem maliyetlerinin düşmesi ve bu şekilde tüketicilere de yansıyan bir etkinlik kazanımının ortaya çıkmasıdır. Bu aynı zamanda Chicago Okulu'nun bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki olumlu etkilerini göstermek için başvurduğu bir iddia olup, rekabet hukuku öğretisinde de önemli bir yeri bulunmaktadır. Öte yandan Komisyon da bağlama uygulamasının olası etkinlk avantajlarını değerlendirirken, maliyetlerde ortaya çıkan bu azalmanın tüketicilere sağladığı avantajlar üzerinde durmaktadır[104]. Buna göre ürünlerin birlikte üretilerek aynı şekilde bağlı satılması teşebbüsler açısından maliyetlerde düşme ve rekabet açısından da etkinlik sağlayıcı bir uygulamadır[105]. Özellikle tamamlayıcı ürünler açısından, çok sayıda ürünün bir paket halinde birlikte satılması sayesinde, işlem maliyetleri perakende satış kadar elverişli, yani düşük olur. Bu şekilde parça başına düşen maliyetler azaldığı gibi, nakliye maliyetlerinde düşüş olur. Bu aynı zamanda fiyatlandırma maliyetlerinde ve maliyet muhasebesinde de avantaj sağlar[106]. Örneğin fotokopi makinesi üreten bir teşebbüs aynı zamanda makine için gerekli kâğıt, mürekkep ve yedek parçaları da satıyorsa, bu tarz sarf malzemeleri ile yapılacak bağlama uygulaması maliyetleri düşüreceğinden, ortaya çıkan bu etkinlik kazanımı tüketiciler için de fayda sağlayabilir[107].

Ayakkabı ve ayakkabı bağcıklarının birlikte satılması örneğinde olduğu gibi, tüketiciler açısından bunların ayrı satılması hali dikate alınırsa, ayakkabı için uygun bir bağcık bulma ve bu süreçte ortaya çıkan toplam maliyet, bunların birlikte satılması, yani bağlama durumunda ortaya çıkacak toplam maliyetten daha yüksek

[103] Nothhelfer, s. 33.
[104] Komisyon, AEUV m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62.
[105] Langer, s. 7; Nothhelfer, s. 31; Paul, s. 256.
[106] Aynı zamanda birçok ürünün birlikte üretimi, maliyetler açısından tek tek üretiminden de daha avantajlıdır. Örneğin otomobil üreticileri ürettikleri araçlarda belli bir donanım paketi kullanmaktadır. Bu tarz donanım paketleri sayesinde çok sayıda farklı bileşen belli bir araç (markası) ile bağlanmaktadır. Burkert, s. 75; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 80.
[107] Whish, s. 659; Paul, s. 257.

olacaktır[108]. Bu tarz bağlama uygulamaları ayrıca *"efficient bundling"* olarak da adlandırılmaktadır[109]. Chicago Okulu'na göre bu şekilde iki farklı ürün bulunan durumlarda, ürünlerin ayrı ayrı satılması yerine birlikte satılması hem satıcı ve hem de alıcı açısından daha etkin bir yöntemdir. Bu duruma için tipik bir örnek bir otomobilin üretici firma tarafından, satışa hazır bir otomobil için vazgeçilmez olan radyo-CD çalar vs. gibi standart bir donanım paketi ile birlikte satılmasıdır. Tüketici açısından radyonun üretici tarafından otomobile monte edilmiş olması daha uygun olabilir. Çünkü bu şekilde bir donatım paketi ile ortaya çıkan uygulamalarda, satıcı tarafından yapılan standart bir paket yerine, alıcının kendi isteğine uygun bir donanım paketini bulması için daha çok emek ve zaman harcaması gerekecektir. Benzer sonuç arabanın lastikleri ile birlikte satılması örneği için de geçerlidir[110]. Sonuç olarak bağlama uygulaması bu tarz durumlar açısından tüketici için ortaya çıkacak arama maliyetlerini azaltarak, tüketiciler açısından olumlu etkiler yaratmaktadır[111].

G. Bağlama Uygulamasıyla Kalite Kontrolü

Hukuk ve ekonomi öğretisinde bağlama uygulamalarının kalite kontrolü veya güvencesi sağlama işlevi genelde kabul edilen bir durumdur. Ekonomik bakış açısına göre bağlama, üretim kalitesinin korunmasına hizmet edebilir[112]. Birçok durumda teşebbüsler bağlama uygulamaları ile ürünleri için standart bir kalite kontrolüne ulaşmak istemektedirler. Burada kalite kontrolü yoluyla, bağlı ürünlerin işlevselliği veya bağlayan ürünün daha önce sahip olduğu olumlu itibarı da korunmuş olmaktadır[113].

Fiyat farklılaştırması ve risk dağılımında olduğu gibi, bağlamanın kalite kontrolü sağlama özelliği de daha çok tamamlayıcı ürünler *(Komplementärgüter)* açısından geçerlidir. Dolayısıyla tamamlayıcı ürünler açısından kalite kontrolü veya ürün kalitesinin iyileştirilmesi sözkonusu olabilir. Bağlayan ürünün fiyatı, uygulamada çoğunlukla ortaya çıktığı gibi, bağlanan üründen daha yüksektir. Satıcı bu durumda,

---

[108] Elhauge ve Geradin, s. 504.
[109] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 426.
[110] Burkert, s. 75; Elhauge ve Geradin, s. 504.
[111] Langer, s. 8; Nothhelfer, s. 31.
[112] Langer, s. 9; Nothhelfer, s. 32.
[113] Bu tarz olaylarla ilgili ürünler, daha iyi işlev göstermek açısından, belirli kalitedeki başka bir ürünün de eklenmesine bağlıdır. Bu konu ile ilgili olarak bilinen *IBM* olayında *IBM* ürettiği hesap makinesinin işlevselliğini en iyi şekilde sadece belirli boyut ve güçteki gerekli delikli şeritlerin/kartların kullanılmasıyla mümkün kılmıştı. Bkz. Burkert, s. 68; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 81; Nothhelfer, s. 32; Jones ve Sufrin, s. 454; Wolf, s. 82.

kendi müşteri çevresinde ilk üründen dolayı oluşan olumlu imajının *(Goodwill)* tehlikeye girmesini engellemek için, alıcıları tamamlayıcı ürünlerin birbiri ile bağlantılı olduğu yönünde ikna etmek suretiyle, ortaya çıkan ürün bileşiminin alınması için onları zorlar[114].

Kalite kontrolü savunması yargısal kararlarda da söz konusu olan bir durumdur. ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) tarafından benzin pompası ve benzin satışı ile ilgili bir bağlama uygulamasında verilen bir kararda da bu durum işlenmiştir[115]. Bu olayda satıcı, kendi benzin pompasından alınan benzinin hakikiliğini garanti ederek bu şekilde alıcıların güvenini kazanmaya çalışıyordu. Aslında burada satıcının asıl amacı tekelci bir yaklaşımdan ziyade, kendi olumlu imajını korumaktır. Bu savunma da genellikle bağlayan ürünün daha değerli olup da üreticinin müşteri çevresinin koruması bakımından güçlü bir işleve sahip olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak olumlu imaj üretici açısından kendi ürünü ile ilgilenmek, onun kalitesini korumak açısından tek neden değildir. Çünkü üreticinin bir garanti sorumluluğu da üstlendiği durumlarda da böyle bir neden söz konusudur.

Bu durum özellikle franchise sözleşmelerinde özel bir önem taşımaktadır[116]. Çünkü burada asıl önemli husus, *know-how* ile bağlantılı ve lisans konusu olan bir markanın değerinin korunmasıdır. Bu nedenle lisans veren, lisans alanın ürettiği ürünlerin kalitesi ile yakından ilgilenmek ve hatta kontrol etmek durumundadır[117]. Bunu yapmadığı zaman franchise sözleşmeleri açısından ortaya çıkan önemli bir tehlike ise, *"free riders"(bedavacılık)* sorunu olarak da adlandırılan ve lisans alanın markadan yararlanması sonucu kısa zamanda ortaya çıkan kazanç ve müşteri çevresidir[118]. Bağlama uygulamasının hammadde tedariki ile ilgili bir lisans anlaşmasına konu olması durumunda lisans veren, üretilen ürün konusunda

---

[114] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 436; Burkert, s. 68.
[115] *FTC v. Sinclair Refining Co.,* 261 U.S. 463 (1923).
[116] Hovenkamp, s. 430.
[117] Franchise sözleşmesinde isans veren, kendi ürünü ile ilgili marka, işletme adı ve diğer karakteristik özelliklerin lisans alan tarfından kullanılmasına izin verdiğinden, ürün kalitesinin sağlanması açısından, üretim için gerekli olan hammaddenin bizzat kendisinden veya belirleyeceği başka bir tedarikçiden sağlanmasını lisans sözleşmesinde şart koşabilir. Bu şekilde örneğin bir restoran zincirinde aynı kalitede üretim olanağı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu tür durumlarda, lisans veren açısından ortaya çıkan dezavantajları gidermek açısından en uygun çözüm bağlama uygulamaları olmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Burkert, s. 72 vd. Ayrıca, Elhauge ve Geradin, s. 505.
[118] Franchise sözleşmelerinde franchise alanların hepsi ortak bir isim altında üretim yaptıkları için, bu durumda yeterli bir yatırım yapmadan, sadece markanın haklı ünü nedeniyle de belli bir müşteri kitlesi ve satış oranına ulaşılabilir. Bu durumda haksız bir kazanç ortaya çıkacaktır. Aynı zamanda ürün kalitesi il ve verilen hizmet ile ilgili sorunlarda şikâyetler marka için olumsuz bir imaj yaratabileceğinde franchise veren, ürün kalitesi ve hizmet konusunda farklı yerlerdeki şubeler arasında bir kalite standardı oluşturmak isteyecektir. Franchise ile ilgili bağlama uygulamaları konusunda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Benjamin Klein ve Lester F. Saft, "The Law and Economics of Franchise Tying Contracts, **Economics of Antitrust Law,** (Ed. Benjamin Klein/Andreas V. Lerner), Northampton, 2008, s. 113.

minimum bir kalite standardından emin olmak istemektedir. Dolayısıyla burada lisans veren açısından hammadde pazarında tekel durumuna gelmek aslında öncelikli bir hedef değildir[119].

Öte yandan bağlama uygulaması ile ürün kalitesinde de bir iyileşme ortaya çıkabilmektedir. Örneğin A ürünü B ürünü ile bağlandığında, bu şekilde ortaya çıkan yeni kombine ürün, ayrı ürünlerin sağladığı yarar ve işlevden daha fazlasını sağlayabilir. Bu durumda bağlama uygulamasıyla tüketiciler açısından ortaya çıkan toplam yarar, her parçanın sağladığı toplam yarardan daha fazla olabilmektedir[120]. Hatta bu etkinlik artışı, ürünlerin tamamlayıcı niteliği ile doğru orantılıdır. Tamamlayıcılık özelliği arttıkça kalite ve işlevsellik niteliği de artmaktadır[121].

H. Ara Değerlendirme

Teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten çeşitli ekonomik nedenler bulunmaktadır. Bu ekonomik nedenlerin başında ise şüphesiz satışları artırmak açısından çeşitli fiyat stratejileri bulunmaktadır. Bu stratejilerin temelinde ise, ekonomi bilimin tarafından da kabul edilen, her alıcı veya tüketicinin bir ürüne olan ihtiyacı veya ürüne atfettiği değere göre, ilgili ürüne uygun bir fiyat ödeyeceği yaklaşımı bulunmaktadır. Dolayısıyla satıcı farklı alıcı gruplarına yönelik bir fiyat politikası ile daha çok ürün satabilir. Bu anlamda alıcı fiyat farklılaştırması ile bu amacına ulaşmak için bağlama uygulamasından da yararlanabilir. Bağlama uygulaması ile daha az talep gören ürünü de alıcıya uygun bir fiyatla satabilir. Bu sonuca ulaşabilmek için de bağlama uygulamasını fiyat farklılaştırmasını gizleme veya fiyat farklılaştırmasını gerçekleştirmek için kullanır. Satıcı aynı zamanda ürünün kullanım veya yararlanma yoğunluğunu tespit edebilmek için bağlama uygulamasının ölçümleme (metering) işlevinden yararlanabilir. Bu sonuca ulaşmak için özellikle asıl ürün ile birlikte kullanılan tamamlayıcı nitelikteki sarf-kullanım malzemesi veya yedek parça gibi ürünlerin birlikte satışı yoluna gidebilir. Bu şekilde alıcının kullanım yoğunluğuna göre, satıcı kendi ürünü için en uygun satış veya kira bedelini belirleyebilir.

Teşebbüsleri bağlama uygulamasına sevk eden diğer ekonomik nedenler ise aynı zamanda alıcılar açısından da olumlu etkileri olabilen çeşitli amaçlardır.

---

[119] *International Business Maschines Corp. v. US,* 298 U.S 131 (1936); *International Salt Co. v. US,* 392 (1974). Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi'nin kabul ettiği bu gerekçeye, daha sonra verdiği başka kararlarda pek rastlanmadığı belirtilmektedir. Bkz. Riziotis, s. 33.

[120] Langer, s. 11.

[121] Bkz. Langer, s. 12; Nothhelfer, s. 32; Jones ve Sufrin, s. 454.

Örneğin pazara yeni giren bir teşebbüsün olası riskleri bağlama uygulaması ile dolaylı yoldan paylaşılabilir. Aynı şekilde bir üretim makinesinde kullanılacak hammaddenin de alıcıdan alınması koşulu getiren bir bağlama uygulaması ile alıcı, hammadde tedarikinde çeşitli avantajlar elde edebilir. Ürünlerin brlikte üretilip satılması işlem maliyetleri, paketleme ve nakliyat masrafları gibi diğer maliyetlerde de düşme ve dolayısıyla alıcılara da yansıyabilen çeşitli etkinlik avantajları sağlayabilir. Öte yandan birlikte üretim veya satış aynı zamanda ürün kalitesinde de iyileşmeler sağlar. Fakat bütün bu olumlu etkilere rağmen, rekabet hukuku uygulamasında ağırlıklı olan görüş, teşebbüslerarası bir anlaşma veya hakim durumun kötüye kullanılması halinin eşlik ettiği durumlarda, bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri olan davranışlar olduğudur. Dolayısıyla her somut olay bağlamında bu etkenlerin ayrıntılı analizi önem kazanmaktadır.

IV. REKABET HUKUKU ANLAMINDA BAĞLAMA UYGULAMASI VE UNSURLARI

Rekabet hukuku açısından bir davranışın bağlama uygulaması olarak değerlendirilebilmesi, somut olay açısından bazı koşulların varlığına bağlıdır. Öğretide ve uygulamada bu koşullar farklılık göstermekle birlikte, genel olarak üzerinde uzlaşılan belli başlı unsurların varlığından sözedilebilir. Bunlardan birincisi öncelikle iki farklı ürünün varlığıdır[122]. Gerçekten de bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı açısından belirleyici olan hususların başında, anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak iki farklı ürünün birlikte satılması yer almaktadır[123]. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği ürünlerin birlikte satılması aynı zamanda bağlama uygulaması açısından bir haklı neden olduğundan, bu durumda bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı sözkonusu olmayacaktır[124]. Bir diğer unsur satıcının bağlayan veya bağlanan ürün pazarında hakim durumda olmasıdır. Bu durum genellikle bağlayan ürün pazarı açısından aranmakla birlikte istisnai durumlarda bağlanan ürün pazarında da olabilir[125]. Üçüncü bir koşul ise alıcı

[122] Ancak sözkonusu ürünlerin ayrı pazarlarda bulunması zorunlu değildir.
[123] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 182; Burkert, s. 39; Langer, s. 142.
[124] Immenga ve Mestmäcker, (Kommentar zum Europäischen Kartellrecht), Art. 82 EGV, Rdnr. 205. Ancak hukuka uygunluk nedenleri konusunda önemli olan, alıcı veya satıcı tarafından öne sürülen subjektif haklı nedenlerden çok, ilgili somut olay bağlamında objektif kriterlerin varlığıdır. Bkz. Eugen Langen ve Herman Josef Bunte, **Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht**, Verlag Luchterhand/Wolters Kluwer, 10. Aufl., München, 2006, Art. 82, Rdnr. 157; Alfred Gleiss ve Martin Hirsch, **Kommentar zum EG-Kartellrecht**, 4. Aufl., Heidelberg, 1993, Rdnr. 95.
[125] Bkz. Komisyon, ABA m. 102 Hakkında Kılavuz, Nr. 50 ve özellikle dpn. 3.

veya tüketicilerin bağlama uygulamasını kabul etmek için hukuksal veya ekonomik yönden zorlanmış olmasıdır. Zorlama, genellikle teşebbüsün alıcılar karşısında sahip olduğu ekonomik güç nedeniyle onları istemedikleri bir sunumu kabul etmeleri şeklinde ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü, alıcı veya tüketicilerin sözleşme ve bu anlamda tercih özgürlüğünü sınırlayan bir etkiye neden olmaktadır[126]. Ancak teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylem ile bağlama uygulamasına başvurulması durumunda, belirleyici olan hakim durum ve bununla bağlantılı pazar gücünden çok, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin hissedilir olmasıdır.

Sonuç olarak, bir davranışın bağlama uygulaması olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle ortada iki farklı ürünün bulunması gerekmektedir. İkinci olarak teşebbüsün bağlayan veya bağlanan ürün pazarında hakim durumda olması gerekir. Üçüncü bir koşul ise bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri olmalıdır. Son olarak bağlama uygulaması açısından objektif gereklilikler, ticari teamül veya etkinlik artışı gibi haklı bir gerekçenin de bulunmaması gerekmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, teşebbüsler arasındaki bir yatay veya kartel anlaşması ile bağlama uygulamasına gidilmesi durumunda, hakim durum koşulu olmadan da böyle bir davranış rekabeti sınırlayıcı etkileri nedeniyle yasaklanabilecektir. Fakat bu son durum dışında yukarıda sayılan koşullar çoğu zaman bağlama uygulamasının rekabet karşıtı etkileri açısından değerlendirilmesi için de aranan koşullar[127] olduğundan, bunların daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

A. Bağlayan Ve Bağlanan Ürün

Klasik ürün bağlama uygulamalarında iki farklı ürün söz konusu olup, bu ürünlerden birisi "bağlayan" diğeri ise "bağlanan" ürün olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bağlama uygulamaları açısından yapılacak değerlendirmeler bakımından "bağlayan" ve "bağlanan ürün" ayrımı ve bununla bağlantılı olarak "iki

[126] Fakat somut olaylar veya teorik tartışmalar kapsamında bu kriterler farklılaşıp hatta çoğalabilse de, belirleyici olan kriterler her zaman iki farklı ürün, pazar gücü veya hâkim durum ve rekabeti sınırlayıcı etkilerdir. Örneğin hâkim durumun kötüye kullanılması açısından bağlama uygulamalarını inceleyen Ben-Zie'ye göre bu kriterler: (i) Bağlama uygulaması açısından iki farklı ürünün varlığı, (ii) Bağlama uygulamasına giden teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hâkim durumda olup olmadığı, (iii) Tüketici veya alıcıların bağlanan ürünü alma konusunda zorlanıp zorlanmadığı, (iv) Bağlama uygulamasının, bağlanan ürün pazarındaki rekabeti engelleyip engellemediği, (v) Bağlama uygulaması açısından haklı gerekçelerin bulunup bulunmadığı, gibi hususların ilgili somut olay bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ben-Zie, s. 10.

[127] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 183. Benzer şekilde bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50.

farklı ürün" sorunun belirlenmesi de önem kazanmaktadır. İster teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile isterse hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarıyla ortaya çıksın, tüm bağlama uygulamaları açısından öncelikle iki farklı ürünün varlığı gerekir.

Bununla birlikte, bağlama uygulamaları incelenirken hangi ürünün "bağlayan" *(kopplende Gut)* ve hangisinin "bağlanan" *(gekoppelte Gut)* olduğu, çoğu zaman somut olay açısından ele alınıp incelenmesi gereken bir durumdur. Ancak uygulamaya bakıldığı zaman, alıcı perspektifinden bağlanan ürün alıcının aslında almak istemediği veya en azından o anda ilgilenmediği ürün olmaktadır. Buna karşın bağlayan ürün ise alıcının asıl ilgilendiği, yani almak istediği üründür[128]. Satıcı perspektifinden bakılırsa, bağlayan ürün genellikle teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve hakim durumda olduğu pazara (asıl veya üst pazar) ait ürün olurken, bağlanan ürün ise teşebbüsün hakim durumda olmadığı, ancak pazar konumunu sağlamlaştırmak veya pazar gücünü yaymak istediği pazarda yer alan ürün olmaktadır. Teşebbüsler arasında bir anlaşma durumunda ise farklı ürünlerin birlikte satılması öngörülebilir.

Öte yandan bağlayan ve bağlanan ürün açısından yapılan bu ayrımın esasen teorik olduğunu da belirtmek gerekir. Uygulamada farklı somut olaylar bağlamında bu kavramsal tanımlama veya ayrım yer değiştirebilir. Dolayısıyla "bağlayan" ve "bağlanan" ürün kavramı açısından yapılan ayrım göreceli olup, somut olayda bu durum değişebilir. Nitekim *Van den Bergh Food* olayında da HB/Van der Bergh nihai dondurma satış noktaları ile yaptığı anlaşmalarda yer alan münhasırlık koşulları ile dondurucuları ücretsiz verirken (aynı zamanda ücretsiz servis sağlamayı da garanti etmekteydi), dondurucularda sadece kendi ürünlerinin satılması koşulunu getiriyordu[129]. Bu konuda yapılan bir pazar araştırmasında, perakende satış noktalarındaki dondurucuların %84'ünün dondurma üreticilerine ait olduğu, HB/Van der Bergh'in bunun içindeki payının ise %61olduğu ortaya çıkmıştır. Nihai satış noktaları açısından bakıldığında ise bu hakim durumun göstergesi olarak değerlendrildi[130]. Zorlama burada sadece dondurucu alınması durumunda ortaya çıkıyordu: Dondurucu almadan da dondurma alınması mümkün olmakla birlikte, dondurucunun ücretsiz verilmesi ve servis hizmetlerinin de ücretsiz olması

[128] Ben-Zie, s. 2.

[129] Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd./Kommission,* ABl. EG, 4.9.1988, L 246/1, Nr. 65.

[130] Çünkü uzun yıllar rakipleri daha düşük bir pazar payına sahipken, HB %75'in üzerinde bir pazar gücünü korumuştu. Ayrıca HB çok uluslu bir teşebbüsün iştiraki olup, kendi ürünlerinin dünya çapında üretim ve satışı konusunda bir *know-how*'a da sahipti. Aynı zamanda sahip olduğu büyüklük ve pazar payı açısından da büyük işletme avantajları rekabet açısından önemli bir rol oynamaktaydı. Bkz. Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.,* ABl. EG, 4.9.1988, L 246/1, Nr. 259.

perakende satıcılar için cazip bir sunum oluyordu. Dolayısıyla HB/Van der Bergh açısından burada asıl önemli olan, hakim durumda olduğu dondurucu pazarında üretim veya satışları artırmaktan ziyade, dondurma satışlarını artırmaktı. Sonuçta sözleşme açısından asli edim olan dondurma satışı somut olay açısından bağlanan ürün olurken, yan edim olan ücretsiz dondurucu verilmesi ise bağlayan ürün haline geliyordu. Benzer şekilde bir turist bir seyahat paketini, uçak bileti, otel ve yeme-içme dâhil satın almakla birlikte, otel dışında yemek yemeyi sevmesine rağmen, turist için yeme-içme (her şey dâhil sistemi) burada bağlanan üründür. Aynı örnek çerçevesinde, başka bir rakip havayolu şirketi ise, uçuşu bağlanan ve otel-konaklama yükümlülüğünü de bağlayan ürün olarak sunabilir[131].

1. "İki Farklı Ürün'ün Varlığı Konusunda Yaklaşımlar

Hem teşebbüsler arasındaki anlaşma, hem de tek yanlı davranışlar açısından ortaya çıkan bir bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri için, anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak farklı ürünlerin birlikte satılması gerekmektedir. Uygulamada genellikle "iki ürün sorunu" ("zwei-güter Frage") olarak da belirtilen farklı iki ürünün tespiti, aynı zamanda bağlama uygulamasının esaslı unsurlarından birisi olup, bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı ve bu anlamda pazar üzerindeki etkilerinin analizi bakımından belirleyicidir.

İki ayrı ürün sorununun çözülmesi kapsamında öncelikle bağlayan, yani asıl ürün ile bağlanan ürün arasındaki ayrımın yeterli olması gerekmektedir[132]. Örneğin çay, kahve veya tamir seti gibi birlikte satılan ürün bileşimleri açısından, münferit parçalar açısından ek bir ürünün bulunmadığı, genel bir uygulama olarak kabul edildiğinden, burada bir bağlama uygulamasının varlığından da söz edilemez. Bu ayrım konusundaki sorun daha çok bir makine veya araç gibi teknik açıdan daha karmaşık ürünler ve özellikle de teknolojik pazarlara özgü ürün bağlama uygulamalarında daha belirgin ve geçerlidir[133].

Bu nedenle muhtelif bir bütünün parçaları olan iki veya daha fazla üründen birinin diğerini bağladığının belirsiz olması halinde, bunu bir bağlama uygulaması

[131] Burkert, s. 36; Nothhelfer, s. 30.
[132] Bu anlamda, rekabet hukukunda bağlama, sadece teknik olarak ayrılabilir iki ürünün değil, iki ayrı teknik ürünün varlığını gerektirir. Örneğin bilgisayar programının sabit olarak donanıma entegre edildiği veya ticari dolaşımda bağımsız olarak bir değerinin olmadığı durumda birleşik (yeknesak) bir ürün mevcuttur. Diğer bir deyişle böyle bir durumda rekabet hukuku bakımından bağlama sorununun ortaya çıkmayacağı yeknesak bir ürün bulunmaktadır. Bkz. Sevilay Eroğlu, **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 160.
[133] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 207.

olarak değerlendirmek de zor olabilir[134]. Ya da alıcının satıcıdan ikinci bir ürünü almak ya da böyle bir satışı reddetmek konusunda iradesinin kısıtlanmadığı durumda da bir bağlama uygulamasından söz edilemez. Alıcı bir şekilde bağlanan ürünü alma konusunda bir zorunluluk hissetmeli ya da satıcı tarafından buna bir şekilde zorlanmış olmalıdır. Hovenkamp'a göre ürünlerin bu şekilde bağlı satışı farklı nedenlerden kaynaklanabilir. Örneğin (i) bağlı ürün olmadan bağlanan ürünün satışının mutlaka reddedilmesi, (ii) alıcının bağlanan ürünü de almak konusunda cazip bir teklif, indirim veya finansal teşvik baskısı altında kalması, (iii) ürünün teknolojik açıdan tasarımının bağlanan ve bağlayan ürünün ayrı satılmasını olanaksız kılması gibi[135].

a. AB Yaklaşımı

Komisyonun 19. 5. 2010 tarihli "Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz"una göre, bir olayda iki farklı ürünün varlığı, öncelikle tüketici talebi dikkate alınırak değerlendirilmelidir. Eğer bağlama uygulaması olmadan da tüketicilerin büyük bölümü, bağlanan ürünü satıcıdan almaksızın da bağlı ürünlerden birini alacaksa, bu durumda farklı ürünlerin varlığından söz edilebilir. Tüketici bağlayan ve bağlanan ürünü farklı tedarik kaynaklarından elde edebiliyorsa, bu durum iki farklı ürünün varlığına dair doğrudan bir göstergedir[136]. Benzer şekilde eğer bağlanan ürüne yönelik ayrı bir talep söz konusu ise bu durumda ürünlerin ayrı olduğu[137] ve bu anlamda bir bağlama uygulamasından söz edilebilir[138].

Dolayısıyla iki ürünün varlığı konusunda doğrudan bir ipucu, alıcının bağlayan ve bağlanan ürünü farklı satıcılardan tedarik edebilmesi veya bağlama uygulaması olmadan da bağlanan ürüne yönelik ayrı bir talebin olmasıdır. Öte yandan bazı durumlarda ürünün doğası gereği veya teknik nedenlerden dolayı ürünlerin birlikte satılması bir zorunluluk olabilir. Böyle bir durum aynı zamanda ticari bir uygulama olarak da ortaya çıkabilir. Bu açıdan bir değerlendirme yapılacak olursa, bağlama uygulamalarının rekabete aykırı davranışlar olup olmadığı

---

[134] Whish, s. 660.
[135] Bkz. Hovenkamp, s. 410.
[136] Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 215.
[137] Jean Christophe Schwaab, **Wettbewerbsbeschränkende Know-how-Lizenzverträge,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009, s. 175.
[138] Bağlama uygulamasının varlığı açısından önem kazanan "iki ayrı ürün"ün belirlenmesi açısından başvurulacak bu kriterler, Komisyonun 82. maddenin engelleyici davranışlar hakkında uygulanması konusundaki Kılavuzda da yer almaktadır. Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 51.

konusunda belirleyici olanın, ürünlerin niteliği ve ticari teamül olduğu da söylenebilir.

AB Komisyonu ve ABAD'ın konuyla ilgili kararlarında, çoğu zaman iki ürünün varlığı genel anlamda, sezgisel bir analiz yoluyla kabul edilmektedir. Birçok kararda bu konuda ayrıntılı ve uzun bir analize dahi girmeden, somut olay açısından iki farklı ürünün varlığı kabul edildi[139]. Örneğin bağlama ile ilgili ilk kararlardan birisi olan *Vaesen/Moris* olayında[140] sucuk ve sosis imalatı ve muhafazası alanındaki lisanslı sistem, *Velcro/Aplix* olayında[141] genel makine parçaları ve teknolojik patentin bağlanması, *Windsurfing* olayında[142] yelken ve sörf aleti açısından ayrım bu şekilde yapılmıştır. Daha sonraki kararlarda da, iki ürün sorununun benzer bir yaklaşımla ele alındığı görülmektedir. Örneğin *Télémarketing* olayında[143] televizyon yayın kanalı ve reklamlar açısından, *London European-Sabena* olayında[144] uçak rezervasyon sistemi ile havaalanı yer hizmetlerinden *(Handling)* yararlanma olayları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Ancak iki ürün sorunu bazı durumlarda, *Hugin*[145] olayında da olduğu gibi, mantıksal bir analiz ile de çözülebilmektedir[146]. Hugin yazar kasa ve bunlara uygun yedek parça üretirken, ona göre daha küçük bir teşebbüs olan *Lipton*, Hugin'in kendisine yedek parça vermekten kaçındığı iddiasıyla şikâyette bulundu. ABAD bu olay açısından ihtiyaç duyulan yedek parçaları talep eden müşterileri iki gruba ayırarak, iki farklı ürün pazarı belirledi. Bunlardan ilki asıl olarak yazar kasa ticareti ile uğraşıp bu nedenle yedek parçaya da ihtiyacı olan, dolayısıyla sadece yedek parça faaliyeti ile uğraşmayan müşteri grubudur. İkinci grup müşteriler ise, yazar kasa tamiri veya kullanılmış makinaların satışı veya bunların kiralanması alanında uzmanlaşmış bağımsız teşebbüslerden oluşmaktadır. Bu nedenle ilgili ürün pazarı, Hugin markalı yazar kasa yedek parçalarına dair oluşan talebin varlığı ve bunların diğer yedek parçalar ile ikame edilebilir olmaması nedeniyle, Hugin yedek parça pazarı olarak, yani iki farklı ürün olarak belirlenmiştir[147]. Ancak bazı durumlarda,

---

[139] Langer, s. 143.
[140] Komisyon Kararı, 10.1.1979, *Vaessen/Moris,* ABl.EG, 1979, L 19/32, *"Vaesen/Moris".*
[141] Komisyon Kararı, 12.7.1985, 85/410/EWG, *Velcro/Aplix,* ABl. EG, 30.8.1985, L 233/22.
[142] Bkz. EuGH, Slg. 1986, s. 648, Nr. 16, *"Windsurfing International".*
[143] Bkz. EuGH, 3. 10. 1985, Rechtssache C-311/84, *CBEM / CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261, *"Telemarketing".*
[144] Komisyon Kararı, 4.11.1988 tarih ve 88/589/EWG, *London European-Sabena,* ABl. EG 27.11.1988, L 317/47.
[145] Komisyon Kararı, *Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd v Hugin Kassaregister AB*, Case 68/78, OJ 1978, L 22/23.
[146] Langer, s. 143.
[147] Komisyon Kararı, *Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd v Hugin Kassaregister AB*, Case 68/78, OJ 1978 L 22/23. Nr. 7-8. Bir markaya ait yedek parçaların aynı zamanda ayrı bir ürün pazarı da teşkil edebileceğine dair yaklaşımlar; Komisyon Kararı, *Case 238/87, AB Volvo v. Erik Veng*

somut olayın yapısı gereği çok sayıda ürün ve bu anlamda farklı pazarlar söz konusu olabilir. Örneğin Tetra Pak II olayında Komisyon bağlama uygulaması açısından dört farklı ürün ve pazar belirledi. Bunlar aseptik olan ve aseptik olmayan karton pazarları ve her bir pazar için de ayrı bir dolum sistemleri pazarıydı[148].

b. Rekabet Kurulu Yaklaşımı

Rekabet Kurulu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'una göre, bir ürünün ayrı bir ürün olup olmadığının değerlendirilmesinde öncelikle alıcıların talebi dikkate alınır. Örneğin, müşteriler bağcıkla ayakkabıyı birlikte satın almak isteyeceklerinden, ayakkabı üreticisi için ayakkabı ile birlikte bağcıkları da temin etmesi ticari bir teamüldür. Dolayısıyla ayakkabının bağcıkla birlikte satılması bir bağlama değildir. Bu anlamda bir ürünün niteliğinin bir ürünün diğer bir ürün olmaksızın satışını teknik olarak zorlaştırdığı durumlarda bu uygulama kabul edilebilir niteliktedir[149].

Rekabet Kurulu daha önce verdiği bir Kararda[150], tek elden satın alma anlaşmasının ürünün doğası ve ticari kullanımı açısından birbiriyle bağlı olmayan birden fazla çeşit mal için yapılması durumunda, başka bir ifadeyle anlaşmada bağlama şartı bulunması halinde, grup muafiyetinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Kurula göre, ürünlerin aynı ürün yelpazesine ait olduğunun düşünülmesi için ilişkili olmaları gerekmektedir. Bu ilişki, teknik açıdan (örneğin, makine, aksesuar ve yedek parçalar) veya ticari açıdan (örneğin, çeşitli ürünlerin aynı amaçla kullanılması) veya ticarette kullanımı temeline göre (örneğin, genelde bir arada satışa sunulan farklı mallar) kurulabileceğini[151] belirtmiştir. Ancak Kurul bu konuda somut olaya göre farklı yöntemler izlenebileceğini belirtmekle birlikte, hangisinin daha etkin bir yöntem olduğunu belirtmemiştir.

[1998] ECR, s. 6211; Komisyon Kararı, Case- 53/87, *CICCRA v. Renault,* [1988] ECR, s. 6039 olayları ile ilgili kararlarda da söz konusu olmuştur.

[148] Komisyon Kararı, 24. 7. 1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. EG, 18.3.1992, L 72/1. *("Tetra Pak II").*

[149] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 204.

[150] Egemak A.Ş. ve Otoyol A.Ş.'nin Özdoku Otomotiv Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne karşı hakim durumlarını kötüye kullandıkları ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi'ne aykırı dikey sınırlamalar getirdikleri iddiası ile açılan önaraştırmada somut olayda "bağlama uygulaması" ile ilgili şikayet, Otoyol Pazarlama A.Ş. (Otoyol)'nin ithal "Daily" modellerinden almayan bayilere M 23 S olarak anılan otobüs siparişlerini stoklarda olmasına rağmen göndermeyerek bir malın alınmasını başka bir maldan da alınması koşuluna bağladığı ve böylece rekabeti bozduğu yönündedir. Rekabet Kurulu, 19.10.1999 tarih ve 99-48/524-329 ayılı Karar.

[151] Rekabet Kurulu, 19.10.1999 tarih ve 99-48/524-329 ayılı Karar, s. 5.

İki ayrı ürün sorunu, Rekabet Kurulu tarafından yapılan bir sektör araştırması[152] çerçevesinde de değerlendirilmiştir. Bu olayda üye işyerlerinin hem banka kartları ve hem de kredi kartları ile çalışmaya zorlanması sözkonusuydu. Başka bir anlatımla üye işyerleri için *Visa* ve *Mastercard* kredi kartlarının bağlanması ile bunların birlikte kullanılması zorunluluğu getirilmekteydi.

Rekabet Kurumu bu sektör araştırmasında kredi kartının diğer ödeme araçlarından ayırt edici özellikleri ve ikame olanakları dikkate alınarak, "kredi kartı ile ödeme hizmetleri pazarı" ve "banka kartı ile ödeme hizmetleri pazarı" olmak üzere iki ayrı pazar tanımına gitmiştir. Bununla birlikte, farklı markalı kredi kartlarının ayrı ürünler oluşturmadığına ve bu nedenle üye işyerlerine bir bankaya ait tüm kredi kartları ile çalışma zorunluluğunun getirilmesinin ürün bağlama anlaşması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır[153].

Rekabet Kurulu, Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. (Digitürk)'nin, HD yayınlarının izlenebilmesi için DigitürkPlus aboneliğini ve kendi sattığı *Pace* marka dekoderin satın alınmasını şart koşarak tüketicileri ve diğer HD receiver üreticisi ve ithalatçısı firmaları zarara uğrattığı iddiası ile yapılan ilk inceleme sonucunda verdiği Kararda[154], *"teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD receiverlarla ikame edilebilmesi mümkün olmayan DigitürkPlus set-üstü-kutusunun (dekoderinin) abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı",* bu nedenle konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir[155].

c. *Antitrust* Hukuku Yaklaşımı

Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda eğer bağlama konusu ürünlerden bağlayan ürün daha önceleri alışılmış, yani mutad şekilde ilgili pazarda tek başına satın alınabilmekte ise, bu durumda iki farklı ürünün varlığı kabul edilmektedir[156]. Burada asıl önemli ve belirleyici olan ürün, tüketici açısından daha değerli veya tercih edilen ürün olarak bağlayan üründür. Otomobil ve lastik örneğinde olduğu gibi, teorik

---

[152] Bkz. Rekabet Kurumu, 25.11.2009 tarihli, "Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27.maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması." (Anılış: Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması); http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/sektorraporlari/sektorrapor3.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi:20.10.2011).

[153] Bkz. Rekabet Kurumu, Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması, www.rekabet.gov.tr

[154] Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar *("Digitürk-IV").*

[155] Rekabet Kurulu bununla birlikte, Türkiye'de bu alanda *ex-ante* düzenleme yapma yetkisi bulunan sektör spesifik regülasyon otoritelerinin uygun hukuki düzenlemeleri yapması gerektiği vurgulamıştır. Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar *("Digitürk-IV").*

[156] Hovenkamp, s. 415.

olarak otomobil lastikleri ayrı olarak da satılabilirse de, lastiksiz bir otomobil düşünülemeyeceğinden, bu durumda, yani otomobilin lastik ile satılması bağlama uygulaması olarak değerlendirilmeyecektir[157]. Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) bu durumu; "*bir ya da iki ürünün olup olmadığı ile ilgili sorunun cevabı, iki ürün arasındaki işlevsellik ile ilgili olmayıp, aksine iki ürün ile ilgili talebin şekline bağlıdır" [158]* şeklinde açıklamıştır. Öte yandan, satıcı açısından iki ürünü etkin bir şekilde satabilmek konusunda yeterli bir talep de olmalıdır[159]. Bu durum aynı zamanda, bağlı iki farklı ürün veya yeni entegre bir ürünün mü söz konusu olduğunun her zaman kolayca söylenemediği yenilikçi ürün pazarlarında da sorunlara neden olmaktadır[160]. Bu nedenle de bu tarz olaylar açısından yapılacak değerlendirmelerde, rekabet otoritelerinin dikkat etmesi gereken husus, yeniliğin, bağlama yasağanın dolanılmasında teşebbüslere açık kapı bırakılmaması açısından bir engel olmadığıdır[161].

Sonuç olarak, bir davranışın bağlama uygulamasına dönüşmesinde neye dikkat edilmesi gerektiği hususunun belirlenmesi oldukça önemli bir durumdur. Bu aynı zamanda somut olayı kapsayan yasal bir çerçevenin oluşturulması açısından da gereklidir. Dolayısıyla iki ürün açısından, bir bağlama uygulamasının olup olmadığını ispat yükü somut olay açısından rekabet otoritelerine veya şikâyetçiye düşmektedir. Ancak ilgili teşebbüsler de bağlama uygulamasının haklı gerekçelere dayandığı veya rekabet sınırlamasının uygun/orantılı bir durum olduğunu, yani bunun bir ciddi rekabet ihlali oluşturmadığını ispat edebilirler[162].

2. İki Farklı Ürünün Belirlenmesi Konusunda Yöntemler

Bağlama uygulaması açısından belirleyici olan iki farklı ürünün belirlenmesi hususu ilk bakışta basit veya yalın gibi algılansa da, birçok somut olay açısından zor bir sorundur[163]. Hem AB ve hem de Amerikan-*antitrust* hukukunda bağlama uygulamasına konu ürünün tek bir ürün mü olduğu, yoksa farklı pazarlara ait ürünler

---

[157] Hovenkamp, s. 415.
[158] *"[…] the answer to the question whether one or two products are involved turns not on the functional relation between them, but rather on the character of the demand for two items".* Bkz. *Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde,* 466 U.S. 2, 19 (1984). Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Burkert, s. 39.
[159] *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.* 504 U.S. 451, 462 (1992).
[160] Hovenkamp, s. 416.
[161] Bkz. Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s.428.
[162] Bkz. Whish, s. 660.
[163] Hildebrand, s. 80.

mi olduğunun nasıl tespit edilebileceği tartışma konusu olmuştur[164]. Bu sorun ve tartışmalar özellikle de yenilikçi pazarlar olarak bilinen ve bağlama uygulamalarının yoğun olduğu teknolojik pazarlar açısından daha da önem kazanmaktadır. Bu nedenle de uygulamada farklı iki ürünün tespitine yönelik bazı yöntemler ortaya çıkmıştır. Bu yöntemlerden en çok kullanılanlar ise "münferit parçaların ayrılabilirliği" ve "pazar eksenli" analiz çerçevesinde yapılanlardır.

a. Ürünün Birden Fazla Parçadan Oluşması Halinde Belirleme

Münferit parçaların ayrılabilirliğine göre yapılan tanımlamaya göre, somut olayda ek ürün asıl üründen yeterli düzeyde ayrılabilir nitelikte ise, bu durumda iki fraklı ürün ve dolayısıyla bir bağlama uygulamasının varlığından söz edilebilir. Bu sınırlama çeşitli parçalardan oluşan bir kostüm veya takım elbise, bir kahve veya çay servis takımı gibi ürün birleşimleri açısından daha kolaydır[165]. Çünkü günlük ticari hayatta, bu parçaların bir arada satılması alışılmış bir ticari uygulamadır. Başka bir anlatımla bu konuda bir ticari teamülün varlığından söz edilebilir. Bu nedenle somut olayda münferit parçaların ayrılabilirliği yeterli düzeyde değilse, ek bir üründen de bahsedilemez. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde ortada bir bağlama uygulaması da bulunmamaktadır[166]. Ancak bu konuda asıl sorun bir makine veya araç gibi daha karmaşık ve teknik ürünlerle ilgili bağlama uygulamaları açısından ortaya çıkmaktadır[167].

Öte yandan münferit parçaların ayrılabilirliği açısından yapılan bir ayrım bazı tehlikeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan birisi, ayırt edilebilirlik sorunu ile yasal veya kabul edilebilir bir bağlama uygulamasının karıştırılması tehlikesidir. Bir diğer sorun ise münferit bir ürünün fiyatının gizlenmesi için bir gerekçe olarak, ürünün gerçek değeri ile ilgili sorunların da ortaya çıkmasına neden olmasıdır[168]. Bu durum aynı zamanda kombine ürün üreten teşebbüslere, bu ürünlerini olur olmaz her yerde, ayrı ürünler olarak satma olanağı da sağlar[169].

Benzer şekilde, arabanın lastik ve jantları ile birlikte satılması olayında da görüldüğü üzere, böyle bir davranışın bir bağlama uygulaması olmadığı da açık ve

---

[164] Langer, s. 142.
[165] Burkert, s. 43.
[166] Fischer, s. 33; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 207. Komisyon'a göre ise iki ayrı ürünün varlığı konusunda doğrudan kanıt, tüketicinin bağlayan ve bağlanan ürüne, farklı kaynaklardan ulaşabilme olanağıdır. Bu konuda dolaylı bir ispat aracı ise, ilgili ürünleri üreten başka teşebbüsün piyasadaki varlığıdır. Bkz. Komisyon, Dikey sınırlamalara İlişkin İlkeler, Nr. 215.
[167] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 207.
[168] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 207.
[169] Fischer, s. 34.

nettir. Aynı şekilde araba ile birlikte yedek bir lastiğin bulunması da bir bağlama olmadığı gibi, arabada bir radyo da bulunabilir. Bu durumda bir ihtimal bağlama uygulamasının varlığı akla gelebilir. Ancak uygulamada arabada bir radyonun bulunması alışılmış bir durumdur. Bununla birlikte araba satılırken, gerekli olan sigortanın (örneğin Kasko Sigortası), üretici veya sağlayıcı tarafından alıcıya, önceden belirlenmiş olan bir sigorta şirketinden yapılması koşulu getiriliyorsa bu durum büyük ihtimalle bir bağlama uygulaması olacaktır. Benzer şekilde, bir çift ayakkabının bağcıkları ile birlikte satışı bağlama uygulaması değildir. Ancak ayakkabı, gerekli boya/cila malzemesi ile birlikte satılıyorsa bu durumda da büyük ihtimalle bir bağlama uygulaması söz konusudur[170].

Microsoft[171]olayında, US Microsoft internet sağlayıcısı ve işletim sisteminin tek, yani bütünleşmiş bir ürün olduğunu, dolayısıyla ortada bir bağlama uygulamasının da bulunmadığını iddia etti[172]. Bununla birlikte yerel mahkeme internet sağlayıcı ve işletim sistemini "alıcıların gözünde ayırt edilebilir, yani ayrılabilir" olduğuna karar verdi. Çünkü bu iki ürünün etkin bir şekilde ve ayrı ayrı sağlanabileceği gerçeği, diğer üretici teşebbüslerin davranışları tarafından da ortaya konmuştu.

Ancak anlaşmanın niteliği gereği veya ticari teamül kriterleri açısından yeterli bilgi bulunmadığı zaman, "yeni ürün" ün bağlanan ürün olup olmadığı sorusunun cevabı konusunda, münferit parçaların ayrılabilirliğine göre yapılan tanımlama yetersiz kalmaktadır. Bu durum özellikle *multimedya* ve *innovasyon* teknolojileri (IT) gibi büyük pazarlar da üretilen ve tüketici açısından çok karmaşık olan teknik ürünler açısından da bir dizi ciddi sorun yaratabilir. Bu tür olaylarda, her şeyden önce, bağlama uygulamasının haklı hukuki amacından çok, öncelikle bağlama uygulamasının pazar üzerindeki etkileri ve daha sonra da bununla bağlantılı olarak rekabete olan etkileri üzerinde yoğunlaşılması da gerekebilir[173].

b. Pazar Esas Alınarak Belirleme

Münferit bileşen veya parçaların ayrılabilirliği açısından yapılan sınırlamanın barındırdığı ve yukarda anlatılan çeşitli sakıncalar nedeniyle, çoğu zaman iki ürünün

[170] Whish, s. 661; Burkert, s. 39; Bowman, s. 63.
[171] *US v Microsoft Corp* 87 F Supp 2d 30 (DDC 2000).
[172] ABD'deki davalarda, davalılar tarafından öne sürülen bu geleneksel iddia, *Jefferson Parish Hospital District No 2 v Hyde* 466 US 2 (1984) s. 19'da, ve *Eastman Kodak Co v Image Technical Services Inc* 504 US 451 (1992) ss. 466-467'de de öne sürülmüştür.
[173] Whish, 661.

varlığı konusunda pazar eksenli sıkı bir tanımlama yoluna gidilmektedir. Bu nedenle mevcut veya potansiyel pazarlar farklı olduğu zaman, ek bir üründen ziyade ortada kendine özgü, bağımsız bir ürünün varlığı söz konusudur. Dolayısıyla bu ürün bileşenlerinden sadece birisini satan satıcıların varlığı, aynı zamanda ayrı pazarların varlığının da kanıtı olmaktadır. Burada söz konusu olan durumla ilgili kanıt, bu ürün bileşenlerinden sadece birisine yönelik bir talebin varlığından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda ürünlerin satış veya arzının birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı yapıldığı konusu fazla bir önem taşımamaktadır[174].

Pazar eksenli tanımlama hem AB Komisyonu ve hem de AB Mahkemeleri tarafından da kullanılan bir yöntemdir. ABAD *Hilti* Olayı'nda çivi tabancası aletinin, çivi ve kartuşlar ile birlikte satılmasında, münferit bileşenlerin ayrı pazarlara ait olduğunu, sadece çivi üreten bağımsız üreticilerin de varlığından hareketle, iki farklı ürünün varlığını kabul etti[175]. Benzer nedenlerle yelken de sörf için ek ürün olarak görülmesine rağmen, bu konuda haklarında şikayet bulunan teşebbüsler bu durumu ortada standart, yani tek bir ürünün *(Stehsegler)* varlığı olarak savundular[176].

Ancak bazı durumlarda bağlayan ve bağlanan ürünün aynı pazarda olması veya benzer tüketicilere yönelik olması nedeniyle, bunların farklı iki ürün olup olmadıklarının tespiti oldukça zordur. Bu sorun *Sonntag Aktuell I* olayında[177] da ortaya çıkmıştır. Bu olayda birçok günlük gazete yayıncısı sadece haftasonu yayınlanmak üzere ortak bir gazete çıkarmaya karar verdiler. Bu gazete hafta sonu yayınlanmayan gazetelerden birine abone olunması durumunda bedava veya günlük gazetelerden birisinin hafta sonu sayısı ile birlikte ayrıca satın alınabilecekti. Alman Federal Rekabet Otoritesi *(BKartA)* hafta sonu gazetesinin bu şekilde günlük gazetelerin yayınına bağlanmasını ihtiyati tedbir kararı ile durdurdu.

Karara karşı yapılan itirazı görüşen Mahkeme *(Das Kammergericht)* olayda hâkim durumun kötüye kullanılması durumunun kanıtlanamadığı gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararını kaldırdı[178]. Mahkeme pazar gazetesinin ayrı bir ürün olmadığını, aksine günlük gazetelere benzer bir ürün olduğunu, bu nedenle uygulamanın bağlama olmadığını belirtti. Çünkü okuyucular açısından bakıldığında, günlük gazeteler ile karşılaştırıldığı zaman, pazar gazetesi tek başına satın almak için kendi başına yeterli bir farklılık taşımıyordu[179]. Mahkemeye göre ayrıca, her ne kadar diğer

[174] Fischer, s. 34; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 80.
[175] EuGH, 2.3.1994, Rechtssache C- 53/92 P, *Hilti/ Komission,* Slg. 1994, I-667, s. 698, Nr. 8 *" Hilti".*
[176] EuGH, Slg. 1986, s. 648, Nr. 16, *"Windsurfing International".*
[177] KG, 30.5.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2148 *("Sonntag Aktuell I").*
[178] KG, 30.5.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2149 *("Sonntag Aktuell I").*
[179] KG, 30.5.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2150 *("Sonntag Aktuell I").*

hafta sonu gazetelerinin pazardan dışlanması ihtimali söz konusu olsa da, bu şekilde günlük gazete abonelerinin bir pazar gazetesi satın alma istekleri fazla olmayacaktı. Çünkü bunlar hafta sonu gazetesini ya abone oldukları günlük gazete ile birlikte ek olarak veya tek başına ücretini ödeyerek de alabileceklerdi[180].

Ancak bu sonuç tartışmalı bulunmuştur. Çünkü pazar gazetesi yayıncısı aynı zamanda farklı günlük gazetelerin de yayıncısı olduğundan, bu durumda her bir gazete farklı bir ürün olarak değerlendirilebilir. Öte yandan bu hususta yanıtlanması gereken bir diğer soru da, bir gazetenin hafta sonu baskısı ile hafta içi baskısının birlikte satılmasının hangi durumlarda bir bağlama uygulaması sayılacağıdır. Somut olay açısından bakıldığında, pazar gazetesi ile hafta içi yayınlanan günlük gazetenin açıkça birbirinden farklı oldukları hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Aynı zamanda bağlayan ürün ile birlikte ortaya çıkan yeni ürünün (bağlanan ürün) aynı pazara ait olmasının, ilgili davranışın bağlama uygulaması karakterini de değiştirmeyeceği belirtilmiştir[181].

Farklı ürünler bağlamında pazar eksenli bir tanımlama yapılırken ayrı tüketici talep testi" (Separate Consumer-Demand-Test) ve "ticari uygulama testi" (Handelsbrauch-Test) olmak üzere iki test uygulanabilmektedir.

(1) Ayrı Tüketici Talebi Testi

Somut bir olay bağlamında, ortada gerçekten iki farklı ürünün olup olmadığı hususu "ayrı tüketici talebi testi" *(seperate consumer demand-Test, getrennte Nachfrage-Test)* ile de belirlenebilmektedir[182]. Bu yönteme Amerikan *antitrust*-hukuku'nda olduğu kadar AB hukuku uygulamasında da başvurulmaktadır[183]. Ayrı tüketici talebi testi ile yapılan incelemede önemli olan husus, iki ürünün bağlanması

---

[180] Benzer şekilde, eğer pazar gazetesi günlük gazetelerin yanında ek olarak verilmesi dışında pazar günleri ayrıca da satılmış olsaydı, aboneler bunu ücretsiz olarak da edinmiş olacaklardı. Gazetenin pazar baskısı GWB'nin amacı çerçevesinde, rekabet açısından sadece bir etkinlik (performans) artışı olacağından, ortada herhangi bir bağlama uygulaması da olmayacaktı. Bu durumda rakipler açısından ortada herhangi bir dışlayıcı davranış da olmadığından, GWB § 19 bağlamında kötüye kullanma durumu da bulunmuyordu. Bkz. KG, 30.5.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2151 *("Sonntag Aktuell I").*

[181] Riziotis, s. 139.

[182] Krşl. Kommission, Tartışma Metni, s. 56, Nr. 185; Langer, s. 84; Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda da bu test ilk defa Yüksek Mahkeme tarafından *Jefferson Parish* kararında uygulanmıştır. Bu olayda Mahkeme bağlama uygulaması açısından iki ayrı ürün sorununu değerlendirirken, hastane ve anestezi hizmetlerini bu teste göre ayırıp analiz etti. Bkz. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 7, 104 S. Ct. 1551, 1556 (1984),* Nr. 19. Benzer şekilde Yüksek Mahkeme *Kodak* Kararı'nda da fotokopi makineleri ve mikrografik ekipmanları için sunulan parçaların yalnız kendi ürünlerini tamir eden ya da kendi servis hizmetini kullanan alıcılara satımı şeklindeki bağlama uygulamasında da iki ürün olgusunu bu test bağlamında inceledi. Bkz. *Eastman Kodak Co. v. Image Technica Services, 504 U.S. 473, 112 S. Ct. at 2085,* Nr. 19.

[183] Langer, s. 146.

karşısında tüketicinin bunu iki farklı ürün olarak algılayıp algılayamadığı[184] ve bağlama durumunda dahi, pazarda hala bağlanan ürüne yönelik yeterli bir talebin olup olmadığıdır. Testin basit mantığına göre, eğer bu ürün bileşenlerini farklı satıcılardan ayrı ayrı temin etme yönünde herhangi bir talep varsa, ortada rekabet hukuku açısından da bir sorun bulunmaktadır[185].

Microsoft olayında Komisyon'a göre, bağlanan ürüne yönelik ayrı bir tüketici talebi bulunuyorsa, bu durumda iki ayrı ürün sö konusudur[186]. Komisyon bu olayda iki ayrı ürünün varlığı sonucuna, burada ayrı medya playerlar bulunduğu ve bunlara yönelik açıkça ayrı bir tüketici talebi bulunduğu yaklaşımından hareketle ulaşmıştır[187]. ABAD, Komisyonun bu yaklaşımını bazı somut olaylarda bağımsız satıcı veya tedarikçiler bağlamında destekledi. Örneğin *Hilti* olayında Mahkeme Hilti tarafından üretilen çivi ve kartuş şeritlerin birlikte satılmasını rekabete aykırı bir davranış olarak değerlendirdi ve bu anlamda bağımsız teşebbüslerin de bu çivi tabancası aletine uygun parça üretme hakları olduğunu belirtti[188]. Benzer şekilde *Tetra Pak II* Olayı'nda[189] bağımsız karton ambalaj üreticilerinin Tetra Pak'ın makineleriyle uyumlu aseptik olmayan karton kutu üretmelerini de bu çerçevede destekledi.

Ayrı tüketici talebi testi iki ürünün varlığının tespiti açısından basit ve kolay uygulanabilen bir yöntem olarak değerlendirilmekle birlikte, bu yönteme yönelik eleştiriler de söz konusudur. Bu eleştirilerden birisi yöntemin özellikle dinamik bir karakter taşıyan, yenilikçi veya teknolojik pazarlarda ortaya çıkan bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından yetersiz kaldığıdır[190]. Çünkü bu tarz pazarlar dinamik yapıları nedeniyle sürekli bir yenilenme içinde olup, bu yenilik ve gelişmeler karşısında tüketici talepleri de hızla değişebilmektedir. Microsoft olayında da görüldüğü üzere, özellikle teknolojik bağlama uygulamaları konusunda *ayrı tüketici talebi testi*'ne başvurulması bazen istenen sonucu da verememektedir[191]. Çünkü bu tarz ürün bileşimleri çok farklı işlevlere de sahip olabildiğinden, bu şekilde bir analiz ile bunların farklı ürünler olup olmadıklarının tespit edilebilmesi de zorlaşmaktadır.

---

[184] Burkert, s. 44.
[185] Langer, s. 147.
[186] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 803. *"Microsoft".*
[187] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 804.*"Microsoft".*
[188] EuGH, 2.3.1994 tarih ve Rechtssache C-53/92 P, *Hilti / Komission,* Slg. 1994, I-667.
[189] EuGH, 14.11.1996 tarih ve Rechtssache C-333/94, *Tetra Pak/Komisyon,* Slg. 1996, I-5951 *("Tetra Pak II").*
[190] Bkz. Jonathen Faull ve Ali Nikpay, **The EC Law of Competition**, 2nd.Ed., Oxford, 2007, s. 167.
[191] Hatta Microsoft olayında, Avrupadaki teşebbüsler kendi Windows Media Playerlerini, Windows İşletim Sistemi ile entegre edememiş olmalarına rağmen yine de ilgili pazarda etkinlik kazanımları ortaya çıktı ve işletim sistemi alanındaki teknolojik pazar yapısı değişti. Bkz. Ben-Zie, s. 120.

Bu konuda bir diğer önemli eleştiri ise yöntemin sadece tek faktör, yani tüketici talebinin analizi üzerinde yoğunlaşmasıdır. Oysa bazı durumlarda, bağlama ile birlikte ortaya çıkan teknolojik paket ve üretim avantajlarının, etkinlik sağlayıcı özelliklerinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir[192]. Çünkü tüketici talebi dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme, bazı durumlarda bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Öte yandan tüketici açısından ortaya çıkan bu durum, çoğu zaman günlük ticari yaşamda karışıklık ve çeşitli sorunlara yol açmaya da elverişlidir. Örneğin bir arabanın yedek lastik dahil bütün lastikleri ile birlikte satılmasında[193] olduğu gibi. Alıcı lastikleri sonradan da alma olanağına sahip olsa da, günlük ticari yaşamda artık bu yerleşik bir uygulamadır. Başka bir ifadeyle araba ancak lastikleri ile birlikte işlevsel bir ürün haline geldiğinden, araba ve lastikleri bileşik bir ürün oluşturmaktadır. Oysa bir bilgisayar yazılım olmadan da yine bilgisayardır. Yazılım onun daha da işlevsel kullanımı için gereklidir. Öte yandan endüstriyel tasarım hukukunda araba birleşik bir ürün olarak değerlendirildiğinden, lastikler de bu alamda ayrı bir parça sayılmayıp, bağımsız bir korumdan yararlanıyor. Çünkü bağlanma ile iki ürün işlevini tam yerine getirebilir[194]. Son olarak, tekrar araba-lastik örneği açısından olayı değerlendirmek gerekirse, tüketicinin sonradan araca uygun lastik ve jant alması, onları bir şekilde monte etmesi ve bu konuda harcayacağı zaman ve işlem maliyetleri düşünüldüğünde, aracın lastikleri ve standart bir donanım ile satılmasının her açıdan daha yararlı olduğunu söylemek mümkündür.

(2) Alışılmış Ticari Uygulama Testi

Ticari uygulama testi aslında Areeda ve Hovenkamp tarafından Amerikan-*Antitrust* hukukunda geliştirilen "evrensel uygulamalar" testinin, AB Hukuku

---

[192] Langer, s. 149.
[193] Bkz. Rekabet Kurulu, 28.8.2002 tarih ve 02-90/636-258 sayılı Karar, s. 34, Nr. 1320.
[194] Nitekim Tekinalp'e göre, *"(…) aynı zamanda monte edilen ürün, ana ürüne bağlanabilmesi için belli bir biçim ve boyutta üretilmeli ve ana ürün üzerine kilitlenme veya bağlanmayı sağlayan bir parçaya veya kısma sahip olmalıdır. Burada tasarım hukuku yönünden, monte edilen ürünün veya bağlamayı sağlayan parçasının da ana ürünün üreticisinin inhisarına mı bırakılacağı sorusu ortaya çıkar. Başka bir deyişle bağlamayı sağlayan parça da korunmalı mıdır? Bu soru olumlu cevaplanırsa bir çok sektörün yan sanayi ölüme mahkum edilir. Çünkü, monte edilecek ürünün bağlanacağı parçayı ya ana ürün üreticisi veya onun yetkilendirdiği kişi üretir veya üretilme hakkını istediklerine satar. İkinci çözüm ise, monte edilecek ürün üreticisine serbesti tanımaktır. Bu sebeple, monte edilecek ürün serbestçe ana ürüne bağlanabilmeli, bağlama parçası serbest olmalı, ana ürün üreticisi montajı önleyebilecek bir yetkiye sahip bulunmamalıdır. Evrensel çözüm bu yöndedir (…)".* Bkz. Ünal Tekinlap, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 681, Nr. 19.

bağlamında ortaya çıkan şeklinden ibarettir[195]. Bu test esasen AEUV m.101 ve 102'de yer alan düzenlemelere dayanmaktadır. Buna göre, iki ürünün birlikte satılmasıyla ortaya çıkan bağlama veya paket satışların alışılmış ticari uygumalar sonucu ortaya çıkması, bunların yasal sayılmasına neden olmaktadır[196]. Fakat bu alışılmış ticari uygulamanın, söz konusu iş veya bölge ile bağlı ve olduğu ve bununla sınırlanması gerektiği belirtilmektedir[197].

Komisyon da esasen bu testin iki ürünün tespitinde kullanılmasını kabul etmektedir. Komisyonun Dikey Sınırlamalar Kılavuzu'nda da bu duruma örnek olarak, alıcıların ayakkabı ile birlikte bağcıklarını da satın almalarının zamanla bir ticari teamül haline geldiği, dolayısıyla ayakkabı ve bağcıkların birlikte satılmasının bir bağlama uygulaması olmadığı belirtilmiştir[198]. Benzer yaklaşım Rekabet Kurulu Kılavuzunda[199] da yer almaktadır. Bununla birlikte Komisyon Kılavuzu'nda, alışılmış ticari uygulama testinin bütünüyle tatmin edici olmadığı da vurgulanmıştır[200]. Bu nedenle Komisyon *Microsoft* ve bazı başka kararlarında bu teste başvurmayı kabul etmedi[201]. Çünkü bu tarz bir tanımlama, yenilikçi pazarlarda ortaya çıkan ve ürünün doğası gereği şimdiye kadar ticari uygulamaya konu olup olmadığı konusunda yeterli bir bilgi olmayan bir ürünün bağlanan ürün olup olmadığının belirlenebilmesi için elverişli değildir. Bu durum özellikle yenilikçi pazarlara özgü çok kompleks ürünler açısından daha belirgindir. Dolayısıyla böyle durumlarda bağlamayı ilk başta görünür kılan özelliklerden çok, somut olayda bunun objektif bir gereklilik olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bağlamanın rekabet üzerindeki etkilerine yoğunlaşmak daha yerinde bir çözüm olabilir[202].

Alışılmış ticari uygulama testine yönelik eleştirilerden bir diğeri ise bazı pazarların rekabetçi bir özellik taşımaması nedeniyle bu tarz ticari kullanımların böyle pazarlar açısından fazla anlam ifade etmemesidir[203]. Bu anlamda bir diğer eksiklik ve eleştiri ise, testin pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu güce sahip

---

[195] Herbert Hovenkamp ve Philipp Areeda, **Fundamentals of Antitrust Law**, 2nd Ed., New York, 2002, s. 835.

[196] Bkz. Jones ve Sufrin, s. 454; Hesty Diyah Lestari, **Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften im Rahmen des Art. 82 EG-Vertrag**, Tübingen 2006, s. 143; Langer, s. 153.

[197] Jansen'e göre, bağlama uygulamalarının alışılmış ticari bir uygulama olduğunu genel olarak söylemek mümkün değildir. Çünkü bu tarz uygulamalar sektörlere ve bölgelere göre farklılıklar barındırabilirler. Bu nedenle alışılmış ticari uygulamayı bütün AB ekonomik alanı içinde geçerli olacak şekilde aramamak gerekiyor. Bunun yerine ifa yerindeki uygulamayı esas almak yeterlidir. Bkz. Jansen, s. 163.

[198] Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 215.

[199] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 204.

[200] Bkz. Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 216.

[201] Langer, s. 154.

[202] Whish, s. 661.

[203] Bkz. Valentine Korah, "The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition *Tetra Pak II,* **Current Legal Problems**, Volume 46, Part II, Oxford University Press, 1993, s. 148.

olmayanlara göre bağlama uygulamalarına farklı nedenlerle daha angaje oldukları ve bağlama ile farklı etkilere yol açtıklarını göz ardı etmesidir.

Öte yandan testin tek faktöre dayalı olması da bir diğer eleştiri konusudur. Bu şekilde diğer teşebbüslerin pazar davranışlarının da ilgili pazar açısından yapılacak değerlendirmelerde sahip olduğu bilgilendirici niteliğinin ve bu nedenle bu davranışların değerlendirilmesi gereğinin önemi gözden kaçırılmaktadır. Alışılmış ticari uygulama testini yetersiz kılan bir diğer neden de ispat gücünün bölünmesi ile ilgilidir. AEUV m. 102(d) hükmünün ticari teamülün ayrı ürün testi bağlamında düşünülmesi gerektiği veya bu tarz bir uygulamanın bağlamayı haklı gösterip göstermediğini tam olarak, açık ve net belirlemediği savunulmaktadır[204].

Eğer iki ayrı ürünün varlığı sorunu kapsamında ticari teamül dikkate alınacaksa, Komisyon bu tarz bir kullanımın olmadığını göstermek zorundadır. Bu şekilde Komisyon burada olumsuz bir gerçeği ispatlamak zorunda kalmaktadır. Aksi durumda, eğer ticari teamüller bağlama uygulaması için haklı gerekçe olarak alınırsa, bu konuda ispat yükü bağlama uygulamasına giden teşebbüslerin üzerinde olacaktır. Ancak bazı görüşlere göre ispat yükünün, ticari teamülü haklı bir gerekçe olarak gören ve bu konuda daha iyi aydınlatılmış olan taraflar üzerinde bırakılması daha yerinde olacaktır[205].

AB yargı organları da ticari teamül görüşünü bağlama uygulaması ile ilgili bazı kararlarda ayrıntılı olarak tartıştılar. Özellikle *Tetra Pak II*[206] olayında AB İlk Derece Mahkemesi Tetra Pak'ın uyguladığı yöntemin ticari teamül ile bağlantısını da değerlendirdi. İlk Derece Mahkemesi ürünlerin ayrı satılmaları da söz konusu olduğu sürece, bu konuda başvurulacak bir bağlama uygulamasının alışılmış ticari uygulama sayılamayacağını belirtti. Mahkemeye göre ilgili pazarda yüzde 12 oranında ürünlerin ayrı satışının varlığı, aseptik olmayan ürünler pazarında bağlamanın ticari teamül gereği olmadığı sonucuna varmak için yeterlidir[207]. Bu karar daha sonra ABAD tarafından da onaylandı[208].

AB Hukuku'nda, AEUV m. 102/d'de yer alan düzenlemeye göre, bağlayan ve bağlanan ürünün birlikte satılması ticari teamül gereği ise bu durumda bağlama uygulaması hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu anlamda ticari teamülün varlığı, objektif gereklilikler ile bağlama uygulaması açısından bir diğer hukuka uygunluk

[204] Langer, s. 154.
[205] Langer, s. 154.
[206] EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1994, II-755 *("Tetra Pak II").*
[207] EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1994, II-755, Nr. 82 *("Tetra Pak II").*
[208] EuGH, 14.11.1996 tarih ve Rechtssache C- 333/94, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1996, I-5951 *("Tetra Pak II").*

nedenidir. Bununla birlikte, bağlama uygulaması çerçevesinde "iki ürün sorunu" kapsamında ortaya çıkan asıl sorun, ayrı iki üründen çok, bağlama uygulamasının hukuka uygunluğudur. Bu nedenle, bağlama uygulamasının analizinde, bağlamanın hukuka uygunluğu iki ayrı ürünün varlığı durumunun reddine bağlı ise, bu konunun ilgili somut olay kapsamında ayrıntılı ve ciddi bir analize tabi tutulması gerekmektedir[209].

B. Alıcıların Bağlama Uygulaması İçin Zorlanması

1. "Zorlama"nın Niteliği

Zorlama *(coercion, Zwang),* dışlayıcı nitelikteki davranışların birçoğunun merkezinde yer alan bir kavramdır[210]. Bununla birlikte, hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabete aykırılığı hususunda, bağlanan ürünün alımı konusunda alıcı üzerinde bir zorlamanın gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bazı görüşler bağlama uygulamasının hukuka aykırılığı için bağlanan ürünün alımında "zorlama" unsurunu ararken, diğer bazı görüşler ise bunu gerekli veya zorunlu bir koşul olarak görmemektedirler. Bu durum uygulamada bazı somut olaylar kapsamında da ortaya çıkmıştır[211]. AB Komisyonu açısından, bağlanan ürünün alınması konusunda bir zorlamanın varlığından çok, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı amaç veya etkisi önem kazanmaktadır[212].

Bununla birlikte, bağlama uygulaması ile alıcı veya tüketicilerin zorlanması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. *Tetra Pak II* olayında Komisyon, teşebbüsün aseptik ve aseptik olmayan ürün pazarında sahip olduğu hakim durumunu kullanarak, müşterilerini sözleşmesel garantiler yoluyla kendisine güçlü bir şekilde bağladığı ve bu şekilde ilgili pazarlarda rekabeti sınırladığını belirledi[213]. *Hilti* olayında ise teşebbüs müşterilerini çivi ve kartuş şeritleri birlikte almaya zorlayarak, bir yandan kendi pazar konumunu sağlamlaştırıken, diğer yandan ise rakip bağımsız üreticilerin pazara girişini engellemeye çalıştı[214].

---

[209] Burkert, s. 45.
[210] Hovenkamp, s. 410.
[211] Bkz. *American Manufacturers Mutual Insurance Vo. v. American Broadcasting-Paramount Theatres Inc.* 404 U.S. 1063 (1972).
[212] Bkz. Komisyon Kararı, 24. 03. 2004, Case COMP/C-3/37.792, Nr. 832 *"Microsoft"*
[213] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1.
[214] Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl. 11.3.1988, L 65/19.

Antitrust hukuku uygulamasında bağlamanın zorlayıcı niteliği, satıcının, alıcıyı rekabetçi bir pazarda eşine pek rastlanmayacak türden zorlayıcı özel imkânlara sahip olması olarak belirtilmektedir. Alıcıyı aynı zamanda rekabetçi bir pazarda yapılamayacak türde bir davranışta bulunmaya zorlayan bu özel olanak ise genellikle "pazar gücü" *(market power)* olarak tanımlanmaktadır[215]. Yani pazar gücü olmadan, bağlama uygulamasının zorlayıcı *(coercion)* niteliği kuşkulu olacaktır. Çünkü pazar gücü satıcıya, alıcı ve tüketiciler gibi diğer pazar katılımcılarını belirli davranışlarda bulunmaya veya onlara belirli koşulları empoze etmeye olanak sağlar. Dolayısıyla, zorlamanın çoğu zaman satıcının pazar gücüne sahip olduğu durumlarda ortaya çıktığı da bir gerçektir. Ancak pazar gücü, teşebbüsün burada mutlak anlamda hâkim durum veya tekel konumunda olması şeklinde anlaşılmamalıdır[216]. Bu konuda satıcının, alıcıyı bir bağlama uygulamasını kabule zorlamaya yetecek düzeyde ekonomik bir güce sahip olması yeterlidir.

Bununla birlikte "zorlama" kavramı ile neyin tam olarak anlaşılması gerektiği pek açık olmadığından, kavram da mahkemeler tarafından somut olaylar bağlamında farklı yorumlanabilmektedir[217]. Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi bu durumu en basitinden, "satıcı tarafından, alıcının seçimini etkileyecek şekilde haksız bir zorlama olmadığı sürece, hukuka aykırı bir bağlama da olmayabileceği" şeklinde açıklamıştır[218]. Bununla birlikte, öğreti de bazı görüşlere göre zorlama kavramı bağlama uygulamalamalarının analizinde önemli olmakla birlikte yanıltıcı bir hal almaya başlamıştır[219]. Öte yandan Amerikan mahkemeleri "zorlama" kavramınıdan, bağlama uygulamaları konusunda bazı olası durumları açıklamak için de yararlanmıştır. Örneğin alıcıların gerçekten de bağlanan ürünü, bağlayan ürüne de sahip olmanın koşulu olarak almaya zorlanıp zorlanmadığı veya bağlayan ürünü tek başına satın alma olanağına sahip olup olmadıkları gibi. İki ürünün birbirine bağlı olup olmadığı açısından düşünürsek, zorlamanın bu ilk anlamı doğrudur. Örneğin A ürününün alıcısı B ürününü de alıp almamak konusunda serbestse, bu durumda ortada bir bağlama da olmadığından, yasal bir sorumluluk da olmayacaktır. Ancak, A ürününün bütün alıcı veya tüketicileri aynı zamanda B

---

[215] *"usually called market power".* Bkz. *Jefferson Paris Hospital dist. No. 2 v. Hyde,* 466 U.S. 2, 13.f (1984).
[216] *U.S.Steel Corp. v. Fortner Enterprises,* 429 U.S. 610, 620 (1977) *("Fortner II").*
[217] Hovenkamp, s. 410.
[218] American Mfrs. Mut. Ins. Co. v. American Broadcasting Paramount Theatres, Inc., 446 F. 2d 1131, 1137 (2d Cir.1971), 404 U.S. 1063, 92 S.Ct 737 (1972).
[219] Arthur D. Austin, "The Individual Coercion doctrine in Tie-In Analysis: confusing and Irrelevant", 65 **California Law Review**, Volume 65, 1977, s. 1143.

ürününü de almaları gerekiyorsa, bu durumda bir "zorlama"nın varlığından söz edilebilir[220].

Zorlama açısından ikinci bir durum ise, satıcının bağlayan ürün pazarında pazar gücüne sahip olup olmadığıdır. Zorlama için pazar gücü gerekli olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Örneğin tekel olan bir ayakkabı satıcısının, ayakkabıları sadece çift olarak satması durumunda, ayakkabının sağ tekini almak isteyen alıcıları sol tekini de almak konusunda "zorladığı" teorik olarak düşünülebilir. Bir ayakkabı tekeli için ayakkabıları bu şekilde, yani çift olarak satması hukuka aykırı olmadığı gibi, bu durum rekabet kurallarına riayet eden mükemmel bir rakip için de hukuka aykırı değildir[221].

Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre zorlama ya pazarda hâkim durumdan kaynaklanır veya ürünün kendine has özellikleri nedeniyle ortaya çıkabilir. Mahkemeye göre bağlama uygulaması satıcıyı, alıcılara karşı etkin bir rekabetin olduğu bir pazarda gözlenmeyecek türden davranışlarda bulunmaya zorlayacak düzeyde yeterli pazar gücüne sahip olması nedeniyle ortaya çıkıyorsa, bu yasaklanır nitelikte bir bağlama uygulamasıdır[222]. Dolayısıyla pazar gücü burada satıcının alıcı veya tüketicileri belli davranışlara zorlama veya istemediği koşulları onlara dayatmanın bir aracı olarak, onlara bu imkanı sağlayan bir unsur olarak işlev görmektedir.

2. Hukuksal veya Aynı Zamanda Ekonomik Açıdan Zorlamanın Gerekliliği

Zorlama esasen sözleşmesel bir yükümlülük veya ekonomik koşullar nedeniyle ortaya çıkabilir[223]. Ancak alıcının zorlanması hususunda, sadece hukuksal bir bağlamanın yeterli olup olmadığı veya bununla birlikte ekonomik bir bağlamanın da gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Ürünlerin bağlı satışı doğrudan sözleşmesel bir yükümlülük ile ortaya çıktığı zaman hukuksal bir bağlama söz konusudur. Ancak satıcının her iki ürünün de birlikte alınması konusunda kendi ekonomik gücünü alıcı üzerinde bir baskı unsuru olarak kullandığı durumlarda, ekonomik açıdan da zorlayıcı bir bağlama uygulaması sözkonusudur. AB hukukunda yapılan bu yorumun çıkış noktası olarak, AEUV m. 101/1(e) bendinde

[220] Hovenkamp, s.410.
[221] Hovenkamp, s.411.
[222] Bkz. *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 12, 104 S. Ct. 1551, 1558-1559 (1984).*
[223] Hovvenkamp, s. 410.

yer alan düzenlemenin lafzı gösterilmektedir. Çünkü düzenlemeye göre, sözleşmenin yapılması, ek ürünün de alıcı tarafından alınması "koşulu"na bağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla sadece ekonomik bir teşvik, örneğin indirim uygulaması ile iki ürünün birlikte satılması ihtimalinde, bu davranış bağlama uygulaması olarak değerlendirilmeyecektir[224]. Bu anlamda hukuksal veya aynı zamanda tamamen ekonomik bir bağlamanın da bulunması gerektiği sorunuyla ilgili asıl çıkış noktası "koşul" *(Bedingung)* kriterinde yer almaktadır[225].

Benzer bir sonucun düzenlemenin *ratio legis*'inden de çıkarılabileceği belirtilmiştir. Eğer ekonomik bağlama örnekseyici kurallar bağlamında vurgulanmasaydı, bu durumda AEUV m. 101/1(e) hükmü önemli bir uygulama alanından yoksun kalacaktı. Çünkü bazı somut durumlarda satıcının ekonomik gücü, alıcının bağlama konusu sunumu almaktan vazgeçemeyeceği kadar büyük olduğundan, bu konuda ekonomik baskı alıcı üzerinde adeta sözleşmesel bir yükümlülük gibi etki göstermektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda bağlama uygulamasına giden satıcı açısından sözleşmesel bir bağlamaya da gerek kalmayacaktır. Bu durumda ekonomik zorlama unsuru, AEUV m. 101/1(e) bağlamında rekabeti sınırlayıcı veya tamamen ortadan kaldıracak nitelikte rekabet sınırlamalarına dahi neden olacaktır[226].

Bu nedenle de cazip ekonomik sunumların eşlik ettiği bağlama uygulamaları da AEUV m. 101/1(e) kapsamında ele alınmaktadır[227]. Öte yandan ikinci ürünün alınmasının satıcının ekonomik baskısıyla meydana geldiği tipik bağlama uygulamaları, doğrudan AEUV m. 101/1(e) hükmü kapsamında ele alınmadığı zaman, bu durum yasal düzenlemenin amacıyla da çelişecektir. Bununla birlikte, her iki ürünün alımının indirim gibi cazip ekonomik sunumlar yoluyla ortaya çıktığı, dolayısıyla zorlayıcı nitelikte ekonomik bir baskının da söz konusu olmadığı durumlarda, esasen bir bağlama uygulamasından da söz edilemez[228]. Ürünlerin birlikte alınması açısından düşünüldüğünde, alıcının kararı tamamen cazip bir sunumun varlığı gibi ekonomik nedenlerden kaynaklanıyors, bu durumda artık ekonomik bir teşvikten söz edilebilir[229].

---

[224] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 323.
[225] Bkz. Fischer, s. 32; Jansen, s. 160.
[226] Jansen, s. 160.
[227] Fakat farklı değerlendirme için bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.
[228] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.
[229] Fischer, s. 33.

Ekonomik açıdan zorlayıcı bir bağlama uygulaması, bir taraftan özellikle düşük fiyat nedeniyle her iki ürünün birlikte alınması, diğer taraftan da indirim gibi kendine has ayrıcalıkların verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir[230]. Ancak hakim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan çeşitli indirim sistemlerinin de, çoğu zaman, hukuksal bir bağlamanın etkileriyle benzer etkilerin ortaya çıkmasına neden oldukları da unutulmamalıdır[231]. Bu şekilde her iki ürünün birlikte alınması konusunda sadece ekonomik bir teşviğin zorunluluğu da ortadan kalkar. Bu tarz indirimlerin bu şekilde açıklanması, ortada ekonomik bir bağlamanın mı, yoksa ekonomik açıdan cazip bir teşviğin mi olduğu şeklindeki soruya net bir cevap verilmesini zorlaştırmaktadır. Çünkü bazı durumlarda ekonomik bir bağlama ile basit bir ekonomik teşvik veya özendirme arasındaki ince sınır gerçekten de belirsiz bir hal alabilmektedir. Dolayısıyla çoğu zaman bu tarz rekabetçi davranışlar açısından, *per se* bir yasaklamadan ziyade, ilgili pazar bağlamında somut olay açısından bir değerlendirmenin gerekliliği önem kazanmaktadır[232].

C. Bağlama Uygulamasının Rekabeti Sınırlayıcı Etkileri Açısından Pazar Yapısının Önemi

Dışlayıcı veya engelleyici davranışların rekabet üzerindeki etkilerinin belirlenmesi, yapılacak olan değerlendirme ile doğrudan ilişkilidir. Çünkü teşebbüsler arası bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile ortaya çıkan davranışların rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından "danışıklı ilişki"nin varlığı zorunludur. Somut olayda böyle bir ilişkinin varlığı anlaşılıyor ve rekabeti sınırlayıcı etkiler hissedilir nitelikte ise, bu durumda ilgili anlaşma yasaklanacaktır. Burada rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından belirleyici olan teşebbüsler arasındaki bir "anlaşma"nın varlığıdır. Öte yandan dikey bir anlaşma açısından ise belirleyici olan anlaşmanın "ağır veya esaslı rekabet sınırlamaları"nı *(Kernbeschränkungen)* içermemesi koşuluyla, muafiyet için öngörülen pazar payı eşiklerinin altında olmasıdır. Muafiyet için gerekli pazar payı eşiğini geçen anlaşmalar için ise bireysel muafiyet koşullarının (AEUV m. 101/3, RKHK m.5) tümününün birlikte yerine getirilmesi koşuluyla, bireysel muafiyet olanağı da söz konusudur.

Oysa hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları açısından yapılacak analizin niteliği, rekabeti sınırlayıcı etkilerin belirlenebilmesi için büyük önem

[230] Hovenkamp, s. 413.
[231] Krşl. EuGH, Slg. 1979, s. 547, Rdnr. 111. *("Hoffmann-La Roche").*
[232] Fischer, s. 33.

taşımaktadır. Genel olarak dışlayıcı davranışlar ve bu anlamda bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde[233] öncellikle hakim durumdaki teşebbüsün pazar konumunun *(Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens)* incelenmesi gerekir[234]. Hâkim durum ne kadar kuvvetli veya belirgin ise ilgili davranışın rekabeti sınırlayıcı etkileri de o kadar büyük olacaktır. Bununla bağlantılı olarak ilgili pazar ağ etkileri, büyük işletme avantajları gibi pazara özgü koşullar *(Bedingungen auf dem relevanten Markt)* açısından değerlendirilmelidir. Bununla bağlantılı olarak rakiplerin pazar konumları *(Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens)* da pazarda etkin bir rekabetin devamlılığı açısından önem kazandığından, incelenemsi gerekir[235]. Aynı zamanda alıcıların pazar gücü *(Nachfragemacht)* ile bağlantılı konumları da dikkate alınmalıdır[236]. Çünkü hakim durumdaki teşebbüslerin söz konusu davranışları genellikle, olası bir rekabeti sınırlayıcı etkiyi arttıran ve rakipler için pazara giriş veya pazarda genişleme için çok önemli olan alıcı kitlesinin belli bir bölümüne yöneliktir.

Öte yandan kötüye kullanma nitelikli davranışların kapsam ve niteliği de önemlidir. Bu anlamda ilgili davranışın süresi, rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından belirleyicidir. Özellikle süreklilik kazanan veya düzenli olarak tekrarlanan bir davranışın rekabeti sınırlayıcı olası etkileri de daha büyük olacaktır. Dolayısıyla bağlama gibi dışlayıcı bir davranış açısından yapılacak pazar analizinde tüm bu hususların göz önünde bulundurulması önem kazanmaktadır.

Komisyon'a göre, bazı somut olaylarda, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının tüketiciler açısından zararlı etkilere neden olabileceğine, bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadan da karar verilebilir. Eğer hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının esasen sadece rekabeti engellemeye yönelik olduğu ve herhangi bir etkinlik avantajının da bulunmadığı yönünde emareler bulunuyorsa, bu durumda ilgili davranışın rekabet karşıtı olduğuna karar verilebilir. Hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerini rakiplerin ürünlerini denemekten alıkoyması veya müşterilerine bu ürünleri denememeleri için çeşitli ekonomik teşvikler sunması ya da bir müşteri veya yeniden satıcıya rakip bir teşebbüsün ürününün pazara sunumu veya teşhirini geciktirmesi için ödeme yapılması gibi olaylarda, böyle bir durumun varlığından söz edilebilir[237].

[233] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 13.
[234] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 20.
[235] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 20.
[236] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 18.
[237] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 22.

Bununla birlikte, bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda teşebbüsün pazar gücü belirleyicidir. Etkili bir bağlama uygulaması ancak hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulandığı zaman ortaya çıkabilir[238]. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler açısından böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte, özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması ve teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından bu durum daha belirgindir. Çünkü bağlama uygulamasının etkinliği, teşebbüsün özellikle bağlayan ürün pazarında sahip olduğu hakim durum ile yakından ilgilidir. Komisyon'a göre de bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması gerekirken, bu durum bağlanan ürün pazarı için zorunlu değildir. Paket satışlarda ise teşebbüsün paket içindeki ürünlerden birisine ait pazarda hakim durumda olması gerekir. Alt veya ikincil *(Sekundärmärkten)* pazarlarda ortaya çıkan bazı istisnai olaylarda ise teşebbüsün bağlayan ve/veya bağlanan ikincil ürün pazarında hakim durumda olması gerekir[239].

Hakim durum veya pazar gücü kavramlarının bir diğer önemi ise bağlama uygulamalarının yapıları gereği birden fazla pazarla ilgili olmaları nedeniyle, farklı pazarlar üzerinde rekabeti sınırlayıcı etkilerinin ortaya çıkabilme ihtimalidir. Hatta çoğu zaman bağlama uygulamasının pazar üzerindeki etkileri "üçüncü" pazar kavramı açısından da ele alınmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkacak bir diğer sorun hakim durumun sadece bir veya her ilgili pazar açısından aranıp aranmayacağı olsa da, bu konuda kesin olan husus, en azından birincil veya bağlayan ürün pazarında hakim durumun varlığıdır. İkincil, yani bağlanan ürün pazarında teşebbüsün hakim durumda bulunması hali özellikle bağlama uygulamaları açısından pazar gücünün genişletilmesi/aktarılması veya rakiplerin dışlanması konularında ciddi etkilerin ortaya çıkmasına neden olacak bir durumdur[240].

AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda daha önce Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Grubu *(Economic Advisory Group on Competition Policy-EAGCP)* tarafından, Tartışma Metnine dayanak olması amacıyla hazırlanan raporda, geleneksel hakim durum tespitlerinin yalnızca teşebbüslerin hakim durumda olup olmadıklarının göstergesi olduğu, ancak eğer *etki temelli* bir yaklaşım sonucunda yalnızca hakim durumda olan bir teşebbüsün yaratabileceği bir zararın

[238] Hakim durum ve bunun tespiti konusunda daha ayrıntılı değerlendiemeler için aşağıda bkz. Dördüncü Bölüm/I-II.
[239] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50, dpn. 3.
[240] Örneğin Amerikan *antitrust*-hukuku öğretisinde kabul edilen görüşe göre de bir teşebbüsün Sherman Yasası §1 ve genel olarak Clayton Kanunu § 3 kapsamında yasal olmayan bağlama uygulamasına gitmesi için teşebbüsün bağlayan ürün pazarında en azından pazar gücü seviyesinde bir gücünün olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Hovenkamp, s. 80.

varlığı ortaya konulursa, artık ayrıca hakim durumun tespit edilmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir[241]. Ancak daha sonra yayınlanan Komisyon Tartışma Metninde bu yaklaşım dikkate alınmadığı gibi, geleneksel yaklaşım benimsenerek, *kötüye kullanma davranışının belirlenmesinden önce, öncelikle ve ayrıca hakim durumun saptanması gerekliliği* belirtilmiştir[242].

Sonuç olarak bağlayan ürün pazarında hakim durumda olan bir teşebbüs açısından bağlama uygulamasına gitmek daha kolaydır. Bu şekilde bağlayan ürün pazarında yeterli rekabet ve etkin rakip veya rakipler de olmadığından, teşebbüsün alıcılardan ve rakiplerden bağımsız davranabilme yeteneği de söz konusudur. Bir teşebbüs sahip olduğu bu durum nedeniyle rekabetin daha yoğun olduğu, hakim durumda olmadığı için alternatif tedarik kaynaklarının da bulunduğu bağlanan ürün pazarı üzerinde de bu hakim durumunu rekabete aykırı bir şekilde kullanabilir. Eğer ürünler arasında tamamlayıcılık ilişkisi bulunuyor ve bağlama uygulaması alıcılar açısından cazip ise, bu durumda bağlanan ürün pazarındaki talep, bağlama uygulamasına giden teşebbüse dönecek, bu şekilde kar marjları düşen rakiplerin dışlanması ve nihayetinde pazarda rekabeti sınırlayıcı etkiler ile tüketicilerin de sömürülmesi sorunu ortaya çıkabilecektir.

D. Bağlama Uygulamasının Haklılığı Açısından Objektif Gereklilikler Ve Ticari Teamül Bulunması

Bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı, anlaşmanın niteliği ve ticari teamüllere aykırı olarak bir ürün ile birlikte bir diğer ürünün satılmasıdır. Dolayısıyla bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı değerlendirilirken, iki farklı ürünün tespitinden sonra üzerinde durulması gereken husus, uygulamada özellikle yargısal makamlar tarafından dar yorumlanan[243], bağlama uygulaması açısından objektif haklı bir neden ve/veya ticari teamül'ün varlığıdır[244]. Eğer somut olay açısından objektif bir gereklilik veya pazarda bu yönde bir ticari uygulama bulunuyorsa, bu durum bağlama uygulaması açısından haklı bir neden olabilir. Objektif gereklilik

[241] Öte yandan Ekonomik Danışma Kurulu Raporunda hakim durumun ayrıca saptanmasının rolünü azaltırken bizzat AEUV m. 102'nin metninden yola çıktığını, çünkü m. 102'nin bizzat hakim durumun kendisi ile değil, hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olduğunu vurgulamıştır. Bu anlamda, Kurul'a göre, 102. maddenin kendisinde dahi hakim durum tanımı yapılmadığından, bu tanımın yapıldığı içtihatlar yerine maddenin kendisinin uygulanmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir. Bkz. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), "An economic approach to Art. 82", 2005, (EAGCP Raporu), s. 14-15

[242] Komisyon, Tartışma Metni, s. 55, Nr. 188.

[243] Fiala, s. 50.

[244] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 102 EGV, Rdnr. 210; Nothhelfer, s. 77; Paul, s. 245.

savunması aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı ve ayrımcı davranışları açısından genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak da değerlendirilmektedir[245]. Objektif haklı nedenler veya gereklilikler, genellikle ilgili teşebbüsün ticari nedenler ile dayandığı ve diğer teşebbüsler açısından da geçerli olan durumlardır. Teşebbüsler burada objektif nedenleden dolayı, bağlama uygulaması olmaksızın ilgili ürünleri üretip, pazara sunamayacaklarını da kanıtlamalıdırlar. Örneğin ürünün yapısı gereği güvenlik veya sağlık gibi nedenler, bağlama uygulaması için objektif bir gereklilik olarak değerlendirilebilir[246]. Böyle durumlarda somut davranışın rekabete aykırı değerlendirilmesi mümkün değildir. Öte yandan bir davranışın engelleyici veya dışlayıcı niteliğinin ispatlandığı durumlarda aynı zamanda bir hukuka aykırılığın bulunduğu da söylenebilir[247].

ABAD'ın yerleşik uygulamasına bakıldığı zaman, daha önce de belirtildiği gibi, objektif haklı neden ve ticari teamül belirlenirken hangi kriterlerin esas alınacağı konusunda bir netlik bulunmamaktadır[248]. Dolayısıyla AB hukuku açısından somut olay bağlamında objektif haklı nedenler veya ticari teamül açısından haklı bir sebebin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin, ancak AEUV kapsamında öngörülen iç pazarı gerçekleştirme hedefinin, rekabet politikası bağlamında göz önünde bulundurulması ile mümkün olacağı belirtilmiştir[249]. Bu durumda iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşüren rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısındna haklı bir nedenden bahsetmek de güçleşecektir.

Ancak bağlama uygulamaları konusunda objektif gereklilikler ve ticari teamülün birer hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerçeği karşısında, somut olay bağlamında bu konuda yapılacak bir değerlendirme açısından, tarafların çatışan çıkarları arasında bir dengeye ulaşılması da önem kazanmaktadır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda, tüketiciler açısından bu uygulamanın olumlu etkilerinin rekabeti sınırlayıcı olumsuz etkilerine göre ağır basması durumunda, bu rekabet karşıtı bir davranış olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak bu konuda asıl önemli olan objektif gerekliliklerin gerçekten de "objektif açıdan haklı" olmasıdır. Yoksa teşebbüsler tarafından öne sürülen "sübjektif açıdan haklı" gerekçeler değil[250]. Dolayısıyla bağlama uygulaması açısından ürünler arasında bu anlamda

[245] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 28-29; Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[246] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 29; Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[247] Adrian Künzler, **Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008, s. 476.
[248] Burkert, s. 373.
[249] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 102 EGV, Rdnr. 209; Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 157.
[250] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 102 EGV, Rdnr. 209.

objektif bir bağlantı yoksa bu durumda somut olay açısından ürünlerin birlikte satılmasının ticari teamül gereği olup olmadığının incelenmesi gerekecektir.

AB Mahkemeleri ve Komisyonun bu konudaki uygulamasına bakıldığında ise bağlama konusu ürünlerin niteliğine özgü özellikler olarak ortaya çıkan teknik veya ticari gereklilikler bu anlamda hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilmekle birlikte[251], genellikle bu haklı gerekçelerin dar ve sınırlı bir şekilde yorumlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bir diğer sorun ise ticari teamül iddiasının bağlama uygulamasına giden teşebbüs tarafından tesis edilmiş olmamasıdır. Aksi durumda, pazardaki davranışları rekabet hukuku açısından inceleme konusu olan her teşebbüs, bu konuda doğrudan bir hukuka uygunluk nedenine dayanabilecektir[252]. Teşebbüsler tarafından öne sürülen ticari teamül savunmasının haklılığı konusunda, başka coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışları veya hakim durumdaki teşebbüsün, bu hakimiyetinden önce pazardaki davranışları da değerlendirilebilir[253]. Öte yandan ürünün özelliği veya niteliği gereği ortaya çıkan haklı nedenler de olabilir. Ürün kalitesinin korunması ürün güvenliği, ürün kalitesinin iyileştirilmesi, ürünlerin işlevselliği gibi nedenler de somut olaya göre bağlama uygulaması açısından objektif haklı nedenler olabilir[254].

Hem AB Rekabet Hukuku ve hem de Türk Rekabet Hukuku düzenlemeleri açısından objektif gereklilikler veya ticari teamül birer haklı neden olduğundan, bu tarz haklı nedenlerin yokluğu durumunda, bağlama uygulaması rekabete aykırı olacaktır. Bu sonuç hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulamaları açısından olduğu kadar, teşebbüsler arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından da geçerlidir. Bununla birlikte tekrar vurgulamak gerekirse, genel olarak dışlayıcı davranışlar ve bu anlamda bağlama uygulamaları konusundaki haklı nedenler sadece ticari teamül veya objektif gerekliliklerle sınırlı değildir. Hakim durumdaki teşebbüsler açısından, bağlama uygulaması[255] da dahil olmak üzere diğer dışlayıcı ve engelleyici davranışları konusunda bir diğer haklı gerekçe ise "etkinlik savunması"dır[256]. Bu anlamda hakim

[251] Burkert, s. 374; Ben-Zie, s. 115.
[252] Helmuth Schröter, Thinam Jakob ve Wolfgang Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, Art. 82, Rdnr. 242; Gleis ve Hirsch, Art 86 Rdnr. 95.
[253] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 186.
[254] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/§/13/II.
[255] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62; Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 205-206.
[256] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 30; Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 84.

durumdaki teşebbüs dışlayıcı bir davranış olan bağlama uygulaması konusunda etkinlik savunmasına da dayanabilir[257].

V. REKABET HUKUKUNDA BAĞLAMA UYGULAMASININ ORTAYA ÇIKIŞI

A. Amerikan-*Antitrust* Hukuku'nda Bağlama Uygulamaları

Bağlama uygulamalarının ilk ortaya çıktığı ve yargısal kararlara konu olduğu hukuk sistemi Amerikan-*Antitrust* hukukudur. *Antitrust*-Hukuk uygulamasında bu konuda ortaya çıkan uygulamalar ve bu çerçevede verilen mahkeme kararları ile doktriner tartışmalar, Atlantiğin Avrupa Yakasında da tartışma yaratmakla kalmamış, yasal düzenlemeler açısından bazen referans niteliği de kazanmıştır. Bu nedenle, bağlama uygulamaları konusunda yapılacak değerlendirmeler açısından, yeri geldikçe Amerikan-*Antitrust* hukuku uygulamalarıa da değinilecektir.

Amerikan *Antitrust*-hukuku uygulaması ve öğretisinde, bağlama uygulamaları daha çok hakim durumdaki teşebbüsler açısından, pazar gücünün başka bir pazara aktarılması veya yayılması ve bu şekilde olası potansiyel rakipler için bir giriş engeli oluşturması açısından değerlendirilmiştir[258]. Bu anlamda, örneğin A ürünü ile ilgili pazarda tekel olan bir teşebbüs bu ürünü yalnızca B ürünü ile birlikte satmaya başladığı zaman, A ürününün alıcıları aynı zamanda B ürününün de alıcıları olmaya zorlanacağından, bu şekilde A ürünü ile ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüs, aynı zamanda B ürünü ile ilgili pazarda da önemli bir pazar gücü elde edecektir.

1. Antitrust - Hukuku Düzenlemeleri

a. Sherman Kanunu

Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda, bağlama uygulamalarının rekabet aykırılığı ve bu anlamda yasaklanması konusunda esasen iki yasal düzenleme bulunmaktadır. 1890 tarihli Sherman Kanunu 1. bölümde ticareti kısıtlayan *("in restraint of trade or commerce")* anlaşma veya sözleşmeler yasaktır[259]. Bağlama uygulamaları da, alıcının birçok alternatif ürün arasında asıl istediği ürünü alma

[257] Öte yandan bağlama uygulamaları konusunda yasal bir haklı neden olan objektif gereklilikler ve ticari teamül ile birlikte diğer haklı gerekçeler ve "etkinlik savunması" konusundan daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/VII/A-C.
[258] Sulliven ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 424; Burkert, s. 57 vd.
[259] Hovenkamp, s. 397.

konusundaki seçme özgürlüğü kısıtlandığı ve bu yolla satıcının rakipleri açısından bağlanan ürün pazarının kapanmasına yol açtığı zaman, ticareti sınırlayan davranışlar olarak görülmektedir.

Antitrust-Hukuku'nda teşebbüslerin tek yanlı davranışları ise Sherman Kanunu 2. bölümde düzenlenmektedir. Buna göre tekel, tekel olmaya yönelik davranışlar veya işbirliği veya tekel olmaya yönelik gizli amaçlar, bu tarz tek yanlı davranışların yasaklanması için uygun gerekçelerdir[260]. Bağlama uygulamaları da bu düzenlemeler kapsamında, tekel durumu veya tekel olmaya girişimin bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Bu düzenlemelerin uygulama alanı ile ilgili koşullar ise, mevcut bir tekel durumunun varlığı veya tekel olma girişimi halinin olup olmadığına göre bir farklılık göstermektedir. Yasaklanır nitelikteki bir tekel, tekel durumunun varlığına ve bu durumun bilinçli bir şekilde elde edilmesi veya bu durumun sürdürülmesi varsayımlarına dayanmaktadır. Yasal nitelikteki bir tekel durumu ise etkinlik sonucu daha iyi bir ürünün üretilmesi, işletme yetenekleri ile ulaşılan veya tesadüfen ortaya çıkan tekel durumlarıdır.

b. Clayton Kanunu

Bu konuda ikinci yasal düzenleme ise, Clayton Kanunu 3. bölümde yer almaktadır. Bu düzenleme ile yasaklanan durum, tedarikçinin malları satmak veya kiralamaktan kaçınması durumunun rekabeti sınırlayan bir davranış veya tekel haliyle ortaya çıkmasıdır. Sherman Kanunu 1. bölümden farkı ise, burada sadece tüketime konu mallarının ticaretinin söz konusu olmasıdır. Bu nedenle, örneğin taşınmaz ve hizmetler açısından Clayton Kanunu 3. bölüm uygulanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, mal dışındaki ürünlere (örneğin hizmetler gibi) ilişkin bağlama uygulamaları, ancak Sherman Kanunu 1. bölüm ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu 5.maddesi açısından ele alınabilecektir. Her iki yasal düzenlemenin ortak noktası ise rekabet veya ticaret üzerinde etkileri olan anlaşmalar ile ilgili olmalarıdır. Münferit bir olayda hangi bakış açısına göre değerlendirme yapılacağı ise, her zaman somut olaydaki durum ve davanın dayandığı maddi ve hukuki sebeplerle ilgilidir[261].

[260] Hovenkamp, s. 397.
[261] Riziotis, s.4.

c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu

Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda her ne kadar rekabetçi bazı davranışlar açısından teşebbüslerin sorumluluğu ile ilgili Sherman Kanunu 2. bölüm ve 1. bölüm hükümleri arasında bir yarışma olsa da, bağlama uygulamaları genellikle Sherman Kanunu 2.bölüm çerçevesinde rekabete aykırı davranışlar olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte bağlama uygulamaları nadiren Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (FTC Act) 5. maddesi kapsamında da ele alınmaktadır. Burada yer alan düzenleme, Federal Ticaret Komisyonu'na, ticaretteki haksız davranış şekillerini (*unfair methods of competition in or affecting commerce)* yasaklama olanağı vermektedir. Bu koşullar kapsamında, bağlama uygulamaları, alıcının seçme özgürlüğünü sınırladığı veya ortadan kaldırdığı için, haksız olarak görülmektedir. FTC Kanununda yer alan yasaklama koşulları da, Sherman ve Clayton Kanunlarında yer alan yasaklama koşulları ile önemli ölçüde benzerlik göstermekle birlikte, FTC Kanunu'nda yer alan düzenlemeler daha genel nitelikte olup, bu tarz uygulamaların yasaklanması konusunda Federal Ticaret Komisyonu'na da yetki verilmektedir[262].

Antitrust-Hukuku düzenlemeleri bağlamında rekabeti bozucu davranışlar karşısında bu yasal düzenlemelerin uygulanabilmesi ancak somut olay açısından tekel gücü ve rekabete aykırı bir davranışın varlığı ile mümkündür. Tekel gücü kısaca, fiyatları kontrol etme veya rekabeti engelleme gücü[263] olarak da tanımlanmaktadır. Rekabete aykırı veya rekabeti bozucu davranış ile anlaşılması gereken ise rakiplere zarar vermeye elverişli olan ve tüketiciler açısından ya herhangi bir yarar sağlamayan ya da ortaya çıkan yararların zararları yanında önemsiz, yani pek kayda değer olmadığı davranışlardır[264]. Bu konuda baskın olan görüşe göre tekel durumu için varsayımsal bir yaklaşım veya faraziyenin söz konusu olmadığı, ilgili olay bağlamında bu durum somut olarak anlaşılıyorsa bunun dikkate alınması, aksi durumda bu konuda bir faraziyeden hareket edilmemesi gerektiğidir[265].

2. Ticaretin Sınırlanması Aracı Olarak Bağlama Uygulamaları

Amerikan *Antitrust*-Hukuku düzenlemeleri açısından, bağlama uygulamasının yasaklanması için gereken koşullar, aslında daha çok egemen olan

[262] Hovenkamp, 407.
[263] Bkz. *U.S v. I. duPont de Nemeours & Co.,* 351 U.S. 377, 391 (1956).
[264] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 115.
[265] Riziotis, s. 5.

iktisat bilimi teorileri tarafından geliştirilmiştir. Bu anlamda Sherman Kanunu 1. bölüm ve Clayton Kanunu 3. bölüm de yer alan düzenlemeler, burada yer alan koşulların benzerliği nedeniyle çoğunlukla birlikte de uygulanabilmektedirler[266]. Bu düzenlemelerin somut olaylara uygulanmaları sırasında mahkemeler yerine göre *per se* veya *rule of reason* yaklaşımlarına göre hareket edebilmektedirler.

Antitrust-Hukuku uygulamasında, rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından devletlerarası ticaretin etkilenmesi belirleyici bir koşuldur. *Northern Pasific*[267] ve *Times-Picayune*[268] kararlarında bağlanan ürün pazarında Federal Devletler arasındaki ticaret hacminin önemli bir ölçüde kısıtlanmasının yeterli sayılacağına karar verilmiştir. Bu anlamda *Antitrust*-Hukuku'nda bağlama uygulamasının rekabete aykırı olarak değerlendirilebilmesi açısından aranan devletlerarası ticaretin bu durum nedeniyle önemli ölçüde etkilenmiş olması koşulu[269], yerine göre aynı zamanda rekabet üzerinde önemli bir etkisi olmayan veya önemli bir etki doğurmayacak nitelikte olan bir bağlama uygulamasının da sebepsiz yere yasaklanmaması için önemli bir tür güvence oluşturan, deyim yerindeyse bir çeşit *"de minimis"* kuralı olarak da görülmektedir[270].

3. *Antitrust*-Hukukunda Bağlama Uygulamalarının Ortaya Çıkışı

Daha önce de belirtildiği üzere, bağlama uygulamaları konusunda bilinen klasik örnekler Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme (Supreme Court)'nin 1917 tarihli "*Motion Pictures"* Kararı[271], bu konudaki ilk kararlardan birisidir. Motion film şirketi patenti kendisine ait olan film projektörlerini satın almak isteyen müşterilerine kendi filmlerini de satın almalarını, rakip filmleri kullananların ise patent haklarını ihlal etmiş sayılacağı koşulu getirmekteydi. Yüksek Mahkeme ise rakip filmleri kullanmanın patent hakkının ihlali sayılamayacağına, aksine bu şekilde bir sınırlamanın film projektörleri pazarındaki tekel gücünün başka bir pazara da aktarılması anlamına geleceğini belirterek, bu uygulamayı rekabet karşıtı etkileri nedeniyle yasakladı. Bu olay aynı zamanda aktarma teorisinin

[266] Riziotis, s.6.
[267] *Northern Pasific Rwy. v. United States, 356 U.S.1, 6-8, 78 S.Ct.514, 518-519 (1985).*
[268] *Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872 (1953).* Ayrıca bkz. Hovenkamp, s. 399.
[269] *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.,* 504 U.S. 451, 461f. (1992), *Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde,* 466 U.S. 2, 11 ff (1984).
[270] *Fortner Enterprises v. U.S. Steel,* 394 U.S. 495, 502 (1969) *("Fortner I").*
[271] *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.,* 243 U.S. 502, 518 (1917).

(leveraging effect theory) Amerikan *antitrust*-hukukuna girdiği ilk olay olması açısından da önemlidir.

Bir diğer karar yine Amerikan Hukuku'nda 1931 yılında ortaya çıkan *Carbice* olayı hakkındadır. *Carbice* şirketi soğutma kabı patentine sahipti. Bu soğutma kabının satışını ise kendi ürettiği "kuru buz"[272]unda alınması koşuluna bağlamıştı. Ayrıca diğer "kuru buz"ların da *Carbice* ambalajlı bu paketlerde satılması koşulu getirmekteydi. Mahkeme bu tarz bağlama şeklinde koşullar öngören anlaşmaların rekabete aykırı ve bu nedenle de yasak olduğuna karar verdi[273].

1938 tarihli *Leitch* olayında ise, *Barber* şirketi *Leitch Manufacturing* şirketine karşı dava açtı. *Barber* şirketi, kaldırımlarda kullanılan ve patenti kendisine ait olan çimento ve bu çimento ile birlikte kullanılacak karışım/çözeltinin de kendisinden alınmasını şart koşmaktaydı. *Barber,* bu çözeltiyi satan rakip firmalardan *Leitch Manufacturing*'in kendi müşterilerine satış yapmasını engellemek için dava açtı. Fakat Mahkeme bu davayı reddetti[274]. Bu olayda Mahkeme, *Carbice* olayında savunduğu görüşü tekrarladı. Buna göre, patent korumasından yararlanan bir hakkın, böyle bir korumanın olmadığı bir pazardaki ürün veya hizmet bakımından bir tekel durumuna ulaşmak için, araç olarak kullanılması yasaktır[275]. Bu Karar, bağlama uygulaması ile fikri mülkiyet konusu bir hak üzerindeki hukuksal korumanın, böyle bir korumadan yararlanmayan başka bir pazardaki bir hak üzerine de yayılması veya genişletilmesi şeklinde ortaya çıkan ve çok sık karşılaşılan durumlara, Yüksek Mahkeme'nin bakışının değişmediği hususu açısından da önemlidir.

Bu konudaki önemli ve eski kararlardan bir diğeri ise 1942 tarihinde ortaya çıkan *Morton Salt* olayıdır. *Morton Salt*, müşterilerinin kendi patentli tuz kutularının sadece *Morton Salt'*ın tuz tabletleri için kullanılmasını istiyordu. Rakip bir teşebbüs ise, *Morton Salt'*ın makine patentinden doğan haklarını ihlal eden bir makine yaptı. Fakat bu olayda şikâyetçi, *Morton*'un sahip olduğu patenti, tuz kutuları ile bağlamak suretiyle kötüye kullandığı iddiasıyla davayı kazandı[276].

Times-Picayuna olayında[277] ise Yüksek Mahkeme, gazete yayımlayan bir teşebbüsün, reklam verenlerin ilan verebilmesini kendisine ait olan gazetelerin hem sabah hem de akşam baskılarında ilan yeri almaları koşuluna bağlamasını rekabet

[272] Karbondioksitin düşük sıcaklıkta katı hale getirilmesi ile elde edilen buz.
[273] *Carbice Corp. of Am. v. American Patents Dev. Corp.,* 283 U.S. 27, 32 (1931).
[274] Leitch, 302 U.S. at 460; Nalebuff, DTI Economics Paper No. 1, s. 72.
[275] Leitch, 302 U.S. at 460.
[276] Morton Salt, 314 U.S. at 490; Bkz. Louis Kaplow, "Extension of Monopoly Power Through Leverage," **Columbia Law Review**, Volume 85, 1985, s. 515.
[277] *Times-Picayune Pub. Co. v. United States,* 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872 (1953).

ihlali olarak görmedi. Uygulamayı Sherman Kanunu açısından ele alan Mahkeme, bağlama uygulaması ile ilgili yaklaşımların Sherman Kanunu ve Clayton Kanunu açısından farklı değerlendirmelere tabi olduğunu belirtmiştir. Bu değerlendirmeye göre, bağlama uygulaması eğer ilgili teşebbüs bağlayan ürün pazarında tekel gücüne sahipse ya da bağlanan ürün pazarındaki ticareti önemli ölçüde kısıtlıyorsa Clayton Kanunu uyarınca ihlal oluşturmaktadır. Sherman Kanunu'na göre ise, *International Salt* davasında olduğu gibi her iki durumun birlikte olması halinde rekabet ihlalinden söz edilebilecektir. Mahkeme aynı zamanda, ilgili teşebbüsün *(Times Picayuna)* sahip olduğu %40 civarındaki pazar payının hâkim durum değerlendirmesi için yeterli olmadığını belirtti. Öte yandan Mahkeme, gazetelerin sabah ve akşam baskılarındaki reklamların ayrı birer pazar oluşturmadığını, bu nedenle somut olayda bağlama anlaşması veya tekel gücünün bir başka pazara genişletilmesinden de söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır[278].

Northern Pasific Kararı'nda[279] ise, Amerika'nın kuzeybatı eyaletlerinde çok büyük arazilere sahip olan *Northern Pasific* Demiryolu Şirketi, bu arazilerin satışı veya kiralanması sırasında, ilgililere söz konusu arazilerde üretilecek ürünleri, taşıma fiyatı rakip demiryollarının uyguladığı fiyatlarla aynı olduğu sürece *Northern Pasific* Şirketi vasıtasıyla taşınması koşulu getirmekteydi. Yüksek Mahkeme dava konusu bu uygulamayı rekabet ihlali olarak değerlendirdi.

Yukarıda kısaca bahsedilen klasik bağlama uygulamaları, aynı zamanda Amerikan Antitrust-hukuk uygulamasında ortaya çıkan ilk ve bu anlamda emsal kararlar olması açısından da önemlidir. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, klasik dönemde mahkemeler bağlama anlaşmalarının ardındaki esas amacı pazar gücünün aktarılması kuramına *(leveraging theory)* dayanmak suretiyle, mutlak bir rekabet ihlali ve yasağı *(per se)* bağlamında değerlendirmişlerdir. Yapılan analizlerde ise, bağlama uygulamasına giden teşebbüsün pazar gücü, pazar gücünün bir diğer pazara aktarılması ve zorlama gibi unsurlar üzerinde durulmuştur[280]. Fakat daha sonra farklı alanlarda, farklı teorik tartışmaların eşlik ettiği birçok bağlama uygulaması da ortaya çıkmıştır. Örneğin bilgisayar firması IBM ve daha sonra Microsoft'a karşı açılan bir dizi dava ile gündeme gelen ve yenilikçi-teknolojik bağlama uygulamaları olarak da adlandırılan uygulamaları gibi. Aynı zamanda Chicago Okulu'nun etkisiyle *per se* veya mutlak ihlal yaklaşımından bir yumuşama ortaya çıkmış ve Chicago sonrası *(post-Chicago)* dönemde ise haklı

[278] Hovenkamp, s. 401; Langer, s. 83.

[279] *Northern Pac. Ry. Co. v. United States,* 356 U.S. 1 (1985).

[280] Ekdi, Ürün Bağlama, s. 96.

sebep *(rule of reason)* yaklaşımı gündeme gelmiştir. Bu dönemde aynı zamanda asimetrik bilgi ve oyun teorisi gibi *post*-Chicago ekonomik ve stratejik yaklaşımlar olarak da adlandırılan teoriler somut olaylar çerçevesinde tartışılmıştır. Ancak biz çalışmamızda bu tartışmalara daha sonraki bölümlerde daha ayrıntılı olarak değineceğimizden, yeri geldikçe bu konudaki mahkeme kararlarına da tekrar değineceğiz.

B. Avrupa Birliği Hukuku'nda Bağlama Uygulamaları

1. AEUV Madde 101 Açısından Bağlama Uygulamaları

Teşebbüsler arasında bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile bir bağlama uygulamasına gidilebilir. AEUV m. 101 hükmü rekabeti sınırlayıcı nitelikte bu tarz anlaşmaları yasaklıyor. Gerçekten de AEUV m. 101'de yer alan düzenlemeler rekabeti engelleme, kısıtlama ve bozma (kısaca rekabeti sınırlama) amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki teşebbüslerarası anlaşma, karar veya uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Bunlar genel anlamda rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak görülmektedirler. Bu düzenlemeler açısından yatay ve dikey anlaşmalar arasında bir ayrım söz konusu olmayıp, ilgili düzenlemeler her iki kategorideki anlaşmalar bakımından geçerlidir[281].

AEUV m. 101 hükmünde rekabeti sınırlayıcı nitelikte bazı davranışlar örnekseyici bir yaklaşımla ele alınmıştır. Bu nedenle somut olaylar kapsamında bunlara benzer başka rekabet sınırlamalarının ortaya çıkması da her zaman mümkündür. Öte yandan AEUV m. 101/1 (e) bendinde yer alan düzenleme ise bağlama uygulamaları ile ilgili olup, buna göre; *"sözleşmelerin yapılmasını, niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilişkisi olmayan ek yükümlülüklerin diğer taraflarca kabul edilmesi şartına bağlayan"* teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları üye devletlerarası ticareti etkilediği ve iç pazar içindeki rekabetin sınırlanması amacı veya etkisine sahip olduğu oranda yasaktır. Dolayısıyla AEUV m.101/1(e) hükmüne göre, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları yasaktır[282]. Bununla birlikte, AEUV m.

[281] EuGH, 13.7.1966, Verb. Rechtssache C- 56 ve Rechtssache C-58/64, *Consten und Grundig / Kommission,* Slg. 1966, 322, 387; Ayrıca EuGH, 13.7.1966, Rechtssache C-32/65, *Italien / Rat und Kommission,* Slg. 1966, s. 485; Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 22; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements s. 27; Classen, s. 151.

[282] Langen ve Bunte, Generelle Prinzipien, Art. 81, Rdnr. 96.

101/3'te yer alan koşulları yerine getiren veya grup muafiyeti kapsamında yer alan anlaşmalar açısından, bu yasaktan kurtulma olanağı bulunmaktadır[283].

2. AEUV Madde 102 Açısından Bağlama Uygulamaları

Bağlama uygulamaları teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem dışında, teşebbüslerin sahip oldukları hakim durumlarını kötüye kullanmaları nedeniyle de ortaya çıkabilir. Ancak uygulamada rekabet otoriteleri ve mahkeme karalarında da görüldüğü üzere, bağlama uygulamaları genellikle hakim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkmaktadırlar. AEUV m. 102 hükmü hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu hükümde, hakim durumdaki teşebbüslerin bu konumlarını rekabeti sınırlayıcı davranışlar yoluyla kötüye kullanmaları nedeniyle üye ülkeler arası ticaretin bundan olumsuz etkilenmesi düzenlenmiştir[284]. Fakat belirtmek gerekir mehaz AB rekabet hukuku hükümleri açısından yasak olan hakim durum olmayıp, aksine hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

AEUV m. 102 hükmünde örnekseyici bir şekilde sayılan hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında bağlama uygulamaları da yer almaktadır. Buna göre AEUV m. 102/2 (d) bendine göre, *"sözleşmelerin yapılmasını, bu sözleşmelerin konularıyla ne nitelik ne de ticari kullanım itibariyle bağlantılı olan yan edim borçlarının diğer taraflarca kabulü şartına bağlamak"* hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında yer almakta olup, yasaktır. AEUV m. 102/2 (d) bendi açısından bir bağlama uygulamasının yasaklanabilmesi için teşebbüsün ilgili pzarda hakim durumda olması gerekmektedir. Hakim durum ve bununla bağlantılı olarak pazar gücü konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler ise bağlama uygulamaları ile hakim durumun kötüye kullanılmasının incelendiği dördüncü bölümde[285] ele alındığından, burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

[283] Schmidt, Kartellrecht, s. 169; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 437.
[284] Gül Efem ve Emel Badur, **AT Rekabet Hukuku**, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2002, s. 91
[285] Bkz.Dördüncü Bölüm/I-II.

C. Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Göre Bağlama Uygulamaları

1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylemler Yoluyla Bağlama Uygulamalarlı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un 4. maddesi çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar hukuka aykırı ve yasaktır. RKHK nun 4. maddesinin (f) bendi bağlama anlaşmaları ile ilgili olup, uzun ve ayrıntılı bir düzenlemeyi içermektedir. Buna göre; *"Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmes"* hukuka aykırı ve yasaktır. Her ne kadar mehaz AEUV m. 101 düzenlemesine göre daha ayrıntılı ve biraz da özensiz bir ifade tarzı olduğu belirtilse de, bu düzenlemenin temelinde yatan asıl düşünce de alıcı konumundaki teşebbüslerin ticaret özgürlüğünün korunması ve aynı zamanda rekabeti dışlayıcı etkiler doğurabilecek çeşitli uygulamaların önüne geçilmesidir[286]. Bu anlamda AEUV m. 101/1 (e) bendi kapsamında yapılan değerlendirmelerin, RKHK m. 4(f) bendi açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yoluyla Bağlama Uygulamaları

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinin (c) bendine göre de bağlama uygulamaları yasaktır. RKHK'nın 6. maddesi hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili bazı örnek durumları belirtirken, (c) bendinde yer alan düzenleme hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusundadır. Buna göre; *"Bir mal veya hizmet ile birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi"* hukuka aykırı ve yasaktır.

RKHK'nin 6.maddesi hükmünün belirleyici özelliği, teşebbüslerin kendi tek yanlı davranışları veya birlikte davranışlar ile hakim durumlarını kötüye

[286] Güven, s. 81; Sanlı, Rekabetin Krunması, s. 77.

kullanmalarının yasaklanmasıdır. Genel olarak RKHK m. 6 hükmünün ve bu kapsamda bağlama uygulamaları ile ilgili (c) bendinde yer alan düzenlemenin asıl amacı, hakim durumdaki teşebbüs tarafından, özellikle pazar gücünden yoksun teşebbüslere karşı sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak dayatılan kötüye kullanma nitelikli davranışların önüne geçilmesidir. Bağlama uygulamaları da hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden olup, aynı zamanda pazarda rakipleri dışlayıcı ve nihayetinde tüketicileri sömürücü nitelikte rekabet karşıtı etkileri nedeniyle de yasaktırlar.

VI. HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA BAĞLAMA UYGULAMALARI

Bağlama uygulamalarının rakipleri dışlayıcı ve alıcıları sömürücü karakteri, haksız rekabet ve tüketici hukuku gibi farklı hukuk alanlarında da sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Bu etkiler pazar katılımcıları olarak da adlandırılan alıcı veya nihai tüketicilerin seçme özgürlüğünün sınırlanması veya ortadan kalkmasıyla da ilgili olduğu gibi, rakip teşebbüslerin bu tarz haksız ticari uygulamalara karşı korunması açısından da önemlidir. Çalışmamızın bu bölümünde bağlama uygulamaları konusunda öncelikle sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından borçlar hukuku alanında bir değerlendirmeden sonra, rekabet huku dışında bağlama uygulamalarının en sık görüldüğü alanlardan birisi olan haksız rekabet hukuku açısından da bir değerlendirme yapılacaktır. Bu bölümde son olarak bağlama uygulamaları konusunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un özellikle 5.maddesi kapsamında genel bir değerlendirmeye gidilecektir.

A. Borçlar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Ve Bağlama Uygulamaları

Rekabet hukuku ile borçlar hukuku arasında yakın bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Çünkü rekabet hukukunun temel sorunlarından birisi de kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Rekabetin sınırlanması sonucu tüketicilerin istediği kişi ile sözleşme yapma özgürlüğü de sınırlanmakta ve nihayetinde tüketicilerin farklı sunumlar arasında kendileri için en uygun olanı seçme hakları da fiilen ortadan kalkmaktadır. Bu durumda borçlar hukuku hükümlerine göre, sözleşmenin kurulması aşamasında gerekli olan irade özerkliğinin varlığı da şüpheli olacaktır. Bu anlamda rekabet hukuku, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikte

anlaşmalar yoluyla tüketicilerin seçme hakkını sınırlamalarını, hukuka aykırı olarak değerlendirmekte ve sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından da ortaya çıkan bir boşluğu doldurmuş olmaktadır[287].

Kişilerin hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile kendi sorumlulukları altında, diledikleri gibi düzenlemelerine olanak tanıyan yasal düzenlemeler vazgeçilmezdir. Bu düzenlemelerin önemli bir işlevi de hukuk sistemi açısından daha zayıf durumda olan alıcı veya tüketicilerin özgürlüğünün, hukuki işlemler sırasında daha güçlü olan taraflara karşı korunması düşüncesidir[288]. Benzer durum rekabet hukuku açısından da geçerlidir. Farklı rekabet hukuku sistemleri de pazar gücüne sahip teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarına karşı daha zayıf ve güçsüz konumda olan alıcı ve tüketicileri korumaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Örneğin Avrupa Birliği ve Alman rekabet hukukunda, tüketicilerin de dahil olduğu pazar katılımcılarının ekonomik faaliyet özgürlüğünün de güvence altına alınması rekabet politikası ve hukukunun en önemli amaçlarından birisi olarak görülmektedir. Çünkü işleyen bir rekabet düzeninin varlığı, aynı zamanda ekonomik gücün pazardaki davranışlarının kontrolü ile de yakından ilgilidir. Bu durum rakipler açısından dışlayıcı ve tüketiciler açısından sömürücü etkileri olan bağlama uygulamaları açısından da ayrı bir önem kazanmaktadır. Dışlayıcı etkilerin rekabet veya pazar üzerindeki bir diğer olumsuz sonucu ise alıcıların özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Satıcı iki ürünü birlikte satmaya başladığı zaman, bu durumda alıcının bağlı ürünler konusundaki tercih özgürlüğü de haliyle sınırlanmış olmaktadır[289].

---

[287] Ateş Akıncı, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001, s. 20.

[288] Ancak Serozan'a göre *"Giderek keskinleşen ekonomik, sosyal ve entellektüel bağımlılık ilişkileri içinde, beyin yıkayıcı, şartlandırıcı, çarpıtıcı pazarlama teknikleri karşısında, kredi (borç) sarmalında ve özellikle genel işlem koşulları tuzakları önünde, "eşit bireyler arasında eşit koşullar altında serbest ve adaletli sözleşme" hayali, iskambil kâğıdından kurulu şatolar gibi çökmüştür. Müşteri büyük işletmelerin karşısında pazarlık gücünden yoksundur".* Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 42.

[289] Benzer sonuç ve yaklaşımlar tekel veya tekelleşmeye yönelik davranışların yasaklandığı Amerikan-*antitrust* hukuku açısından da geçerlidir. Çünkü *antitrust*-hukuku için de rekabet yoluyla tüketici refahının artırılması önemli bir hedef olduğundan, bu hedefin dolaylı sonucu da tüketicilerin bundan yarar sağlamasıdır. Rekabet politikası ile öngörülen telkelleşme yasağı ile birlikte arzın kısıtlanması suretiyle aşırı fiyat artışına karşı pazarın korunması kaygısı da bu aklaşımın sonucudur. Bu konu ve ayrıca tekel ve tekelleşmenin neden olduğu sosyal maliyetlerin etkileri hususunda değerlendirmeler için bkz. Hovenkamp, ss. 18-19.

1. Alıcıların Sözleşme Özgürlüğü Açısından Bağlama Uygulamaları

a. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Kişilere hukuki ilişkilerini, serbest iradeleri ve kendi sorumlulukları altında, diledikleri gibi düzenleme imkânını tanıyan *irade özerkliği* ilkesinin borçlar hukuku alanındaki yansıması sözleşme özgürlüğüdür[290]. Sözleşme özgürlüğü ilkesi aynı zamanda özel hukukun temel ilkelerinden birisi olup, bu anlamda sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestîsini de ifade eder. Dolayısıyla borcun kaynağı olarak sözleşme, ancak kişinin kendi serbest iradesi varsa hak veya borç doğurabilir[291].

Sözleşme özgürlüğü ilkesi aynı zamanda anayasal bir haktır. 1982 Anayasası'nın 48.maddesine göre; *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."* Benzer şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26.maddesine göre de; *"Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."* Şüphesiz sözleşme özgürlüğü de diğer birçok hak ve özgürlük gibi mutlak veya sınırsız olmayıp, kanunda öngörülen sınırlamaları da bulunmaktadır[292].

Sözleşme özgürlüğü aynı zamanda serbest pazar ekonomisinin temel unsurlarından birisi olup, hem sözleşme yapıp yapmama ve hem de sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme özgürlüğünü de kapsamaktadır[293]. Buna göre sözleşme özgürlüğü kavramı bir yandan kişinin kendi iradesi ve isteği olmadan borç altına sokulmamasını ifade ederken, diğer yandan kişinin dilediği konuda ve koşullarda sözleşmeler yapabilme ve haklar elde edebilme özgürlüğünü de kapsar.

Rekabet hukuku açısından ise teşebbüslerin pazardaki davranışlarının çoğu zaman üçüncü tarafların sözleşme özgürlüğünü etkileme potansiyeli de bulunmaktadır. Bu anlamda bağlama uygulamaları da sözleşme özgürlüğünün hem satıcı ve hem de alıcı açısından sınırlanmasına elverişli ticari pratiklerdir. Satıcı

---

[290] Necip Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, 4 üncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 501.
[291] Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 501.
[292] Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 505.
[293] Sözleşme serbestîsi ilkesi ile devlet, özel hukuk ilişkilerinin düzenleyicisi olarak bu işin merkezinde yer almak suretiyle yerine getirmek zorunda kalacağı ağır bir yükümlülükten kurtulmuş olmaktadır. Devlet, yine, bu ilkeyi getirerek fertlerin ihtiyaçlarına, değişen koşullara bağlı olarak fertlerce şekillendirilen sözleşmelerle çözüm bulunmasını amaçlamaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Karşısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 28.

sahip olduğu girişim ve ticari faaliyet özgürlüğü kapsamında sürümünü ve dolayısıyla kazancını artırmak için, ürünlerini en uygun şekilde pazarlama ve satma özgürlüğüne sahiptir. Ürünlerini birlikte satabileceği gibi, ayrı ayrı veya olabildiğince farklı ürün bileşimleri şeklinde de satabilir[294]. Ancak satıcının böyle bir tercih veya ticari faaliyet özgürlüğü karşısında alıcının da belli bir sunumu almaya zorlanmaması gerekir. Bu nedenle satıcının ticari faaliyet ve bu anlamda sunum özgürlüğü karşısında, alıcının da bu farklı ve çeşitli seçenekler sunan satıcılar arasında kendisine en uygun sunumu seçme özgürlüğü bulunmaktadır. İşte pazarda ortaya çıkan bu çatışan çıkarlar arasındaki dengeye de ancak rekabet yoluyla ulaşılabilir. Bu anlamda pazardaki rekabet aynı zamanda alıcılara kendileri için en uygun sunumu seçme olanağı da sağlamalıdır[295].

b. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Kapsamı

(1) Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, her şeyden önce sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü kapsar. Kural olarak, kimse bir sözleşme yapmaya zorunlu değildir. Ancak bu genel kuralın dürüstlük kurallarından, kanundan veya anlaşmadan doğan istisnaları bulunmaktadır. Dolayısıyla sözleşme yapma zorunluluğu, bir yandan bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünün, diğer yandan da sözleşme yapacağı kimseyi seçme ve sözleşmenin içeriğini belirlemeye katılma özgürlüklerinin de bir istisnasını oluşturmaktadır[296]. Örneğin mal ve hizmetlerin üretiminde "tekel konumunda bulunan" kişi ya da kuruluşların sözleşme yapıp yapmama özgürlükleri söz konusu değildir[297]. Bu anlamda bireyler için "temel hizmet" veya AB hukukunda "evrensel hizmet" olarak da tanımlanan elektrik, su, doğalgaz, telekomünikasyon, internet gibi hizmetleri sunan tekellerin de sözleşme özgürlüğünden yararlanmaları, bu anlamda diledikleri kişilerle sözleşme yapıp, diledikleri kişilerle yapmama yetkisine sahip olmaları, bu hizmetlerden yararlanan tüketicilerin mağduriyetlerine

[294] Burkert, s. 143.
[295] Josef Drexl, **Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1998 (Die wirtschaftliche Selbstbestimmung), s. 27.
[296] Mehmet Murat İnceoğlu, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, 2000, s. 394.
[297] Kılıçoğlu, s. 74.

yol açacağından, bu tarz hizmetleri sunan teşebbüslerin dürüstlük kuralından kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir[298].

Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi, bazı durumlarda sözleşme taraflarından güçlü olanın zayıf olanı istismar etme aracı haline de gelebilir. İşte rekabet hukuku da, diğer bazı hukuk alanları gibi[299] bu tarz tehlikelere istinaden ortaya çıkmış, böyle durumlara müdahale eden kuralların yer aldığı bir hukuk dalıdır. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma nitelikli rekabeti sınırlayıcı davranışları ve teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar veya uyumlu eylemler yasaktır. Hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları yanında, kartel veya yatay anlaşmaların da yasaklanmasının gerisinde yatan düşünce, bunların alıcı veya tüketicilerin sözleşme ve seçme özgürlüğünü sınırlaması yanında, rakiplerin ticari faaliyet özgürlüğünü de tehlikeye düşürmesidir. Dolayısıyla burada rekabet hukukunun klasik üçlüsü olarak "pazar katılımcıları" arasında yer alan alıcı veya tüketiciler yanında, rakipler de bu tarz haksız davranışlara karşı korunmuş olmaktadır.

Bağlama uygulamaları ile alıcı çoğu zaman asıl ihtiyacı olan veya almak istediği ürün (genellikle bağlayan), yanında başka bir ürünü de almak zorunda kalır. Alıcı esasen bağlanan ürünü almak istememekle birlikte, satıcının sahip olduğu pazar gücü karşısında yeterli alternatif tedarik kaynağının olmaması veya alıcının ekonomik açıdan cazip veya etkili bir sunumu nedeniyle, bağlama uygulamasını kabul etmektedir. Bu anlamda satıcı karşısında daha zayıf konumda olan alıcı, çeşitli zorlayıcı nedenlerden dolayı istemediği bir ürünü de almakta ve bu anlamda sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü de sınırlanmış olmaktadır.

Daha önce de vurgulandığı üzere, rekabet hukuku açısından rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yanında hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma nitelikli davranışları da yasaktır. Ancak bu yasak hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme özgürlüğü ilkesinden yararlanamamaları

[298] Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 506. Ancak sözleşme yapma zorunluluğunun kanun ile öngörülmüş olması çok nadir olarak gözlenebilecek bir durumdur. Bununla birlikte, sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumlarda dahi, özel hukukta bir sözleşme yapma zorunluluğunun doğabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Özellikle tekel konumundaki teşebbüslerin, haklı bir neden bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, akdi takdirde sözleşme yapmama özgürlüklerini kötüye kullanmış olacakları kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. İnceoğlu, s. 399.

[299] Örneğin tüketicinin korunması hukuku ve bu anlamda özellikle TKHK m. 5 düzenlemesi.

anlamına da gelmemektedir[300]. Aksine bu özgürlük hakim durumdaki teşebbüsler için de geçerlidir. Ancak hakim durumdaki teşebbüsler sözleşme yapıp yapmayacaklarına karar verirken ya da sözleşmenin tarafını seçerken, bu konuda objektif haklı bir nedene dayanmayan bir ayrımcılık yapamazlar. Aynı zamanda özellikle zorunlu unsur *(essential facilities)* doktrini açısından sahip olduğu araçlardan yararlanmak isteyen, veya alt pazarda faaliyet göstermekle birlikte hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği üst pazardaki girdiyi kullanmak zorunda olan rakiplerin makul bir bedel ödemek koşuluyla bu araçlardan yararlanmalarını da engellememeleri gerekir[301]. Bütün bunların yanında, hakim durumdaki teşebbüs sözleşmenin karşı tarafı istemediği halde, sözleşmeye adil veya dürüst olmayan tarzda birtakım ek edimler dahil edemeyeceği gibi, anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak bir ürünün alımını başka bir ürün veya hizmetin de alımı şartına bağlamamalıdır[302].

ABAD *Télémarketing* Kararı[303]'nda, hakim durumdaki bir teşebbüsün farklı fakat komşu pazarlar üzerinde bir güç değişimi yoluyla tekelleşmeye ve ilgili pazarlardaki rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarını anlaşma yapmaktan kaçınmak *(Geschäftsverweigerung)* suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirdi[304]. Her ne kadar bu olayda şikayetçi bağlama uygulamasını öne sürmüş olsa da, Mahkeme bu davranışı klasik bir ürün bağlama olayından ziyade, anlaşma yapmaktan kaçınma hali açısından değerlendirdi[305].

Karara konu olan olayda, RTL televizyon kanalını işleten ve Belçika'daki *"reklamlara televizyon kanalı kullandırma (televizyon kanalında reklam için 'yayın zamanı satma') pazarı"* nda hakim durumda olan CLT, *"Télémarketing"* adı verilen (ve reklamı yapılan ürünle ilgili bilgi alınabilmesi veya sipariş gerçekleştirilebilmesi için reklamda belirtilen belirli bir telefon numarasının aranması sistemine dayanan)

---

[300] Seda Ulaş Kısa, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2004, s. 24.

[301] EuGH, 3. 10. 1985, Rechtssache C-311/84, *CBEM / CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261 *("Telemarketing");* EuGH, 6.3.1974, Verb. Rechtssache C-6/73, *Instituto Chemiotherapico Italiano und Commercial Solvents Corp./ Kommission,* Slg. 1974, s. 223 *("Commercial Solvents").*

[302] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak International SA/Komission,* ABl. 18.3.1992, L 72/1*("Tetra Pak II");* Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl.11.3.1988, L 65/19 *("Hilti")*; EuGH, 30.9.2003, Rechtssache C-T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-4071 *("Michelin II");* EUGH, 13.2.1979, *Hoffmann - La Roche/Kommission,* Slg. Slg. 1979, s. 461 *("Hoffmann - La Roche").*

[303] EuGH, 3. 10. 1985, Rechtssache C-311/84, *CBEM / CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261 *("Telemarketing").*

[304] "Zorunlu unsur doktrini" kapsamında bu olay hakkında bkz. Osman Berat Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 136. Ayrıca bkz. Burkert, s. 368.

[305] Yinede öğretide bu olay bir bağlama uygulaması olarak da değerlendirilmiştir. Bkz. Whish, s. 662.

reklamların kendi kanalında yayınlanmasını, kendi ekonomik bütünlüğüne dahil bir başka şirkete (IPB) ait *Télémarketing* hizmetinden yararlanması şartına bağladı. Daha önce RTL kanalında yayınlanan reklamlarda (CLT ile arasındaki anlaşma gereğince) kendi *Télémarketing* hizmetinden yararlanılan ve söz konusu anlaşma sona erdikten sonra, CLT'nin anılan kararı üzerine bu imkan elinden alınan Belçika CBEM, hem CLT hem de IPB'ye karşı Brüksel Ticaret Mahkemesi'nde açtığı davada, söz konusu şirketlerin *Télémarketing* sistemine dayalı ürün reklamlarını kendilerine ait *Télémarketing* hizmetlerinden yararlanma şartına bağlamalarının yasaklanmasını talep ederken, Brüksel Ticaret Mahkemesi ön karar usulü ile olayı ABAD'a götürdü.

ABAD bu uygulamanın, daha önce *Commercial Solvents* Kararında[306] da belirtildiği gibi, hâkim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar verdi. Mahkeme, *Commercial Solvents* olayına benzer şekilde, yayın kuşağında telefon santralindan yararlanmak yerine, hakim durumdaki teşebbüsün yavru şirketinden bu hizmetin satın alınmasını, rekabetin üçüncü bir teşebbüs tarafından komşu, fakat farklı bir *Télémarketing* pazarındaki davranışlar yolu ile ortadan kaldırılması ve bu nedenle bir kötüye kullanma olarak değerlendirdi[307]. ABAD yayıncı teşebbüsün davranışlarını, aynı zamanda anlaşma yapmaktan kaçınmak *(Geschäftsverweigerung)* suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirdi[308].

Böyle durumlarda, kamusal otorite rekabet hukuku düzenlemeleri ile diğer pazar katılımcılarının aleyhine sonuçlara yol açabilecek nitelikteki davranışlara karşı, tarafların çatışan çıkarları açısından ortaya çıkan güç dengesizliğini gidermek açısından müdahale etmektedir. Bu şekilde hakim durumdaki bir teşebbüs, pazardaki davranışları ile rekabeti bozmama konusundaki özel sorumluluğuna uygun davranmaya zorlanırken, aynı zamanda işleyen bir rekabet düzeni, pazarın şeffaflığı, alıcı veya tüketicilerin korunması zorunluluğu, hakim durumdaki teşebbüs açısından da geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesine tercih edilmektedir.

---

[306] EuGH, 6.3.1974, Verb. Rechtssache C-6/73, *Instituto Chemiotherapico Italiano und Commercial Solvents Corp./ Kommission,* Slg. 1974, s. 223 *("Commercial Solvents").*

[307] EuGH, 3. 10. 1985, Rechtssache C-311/84, *CBEM / CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261 *("Telemarketing"),* Nr. 26.

[308] "Zorunlu unsur doktrini" kapsamında bu olay hakkında bkz. Gürzumar, s. 136. Ancak bu olay açısından da kötüye kullanma, daha çok *Commercial Solvents* olayında olduğu gibi iş koşulları ile başvurulan ek edimler nedeniyle rakibin dışlanması şeklinde ortaya çıkmaktaydı. Çünkü böyle bir durumda bağlayan ürün pazarındaki hizmet (reklam yayınlama) olmadan veya bu hizmetten yararlanmadan *Télémarketing* pazarında faaliyet gösterebilmek, serbest alıcı oranının yetersizliği nedeniyle anlamsız ve hatta mümkün değildi. Bkz. Burkert, s. 372.

Hakim durumdaki teşebbüsler aynı zamanda sahip oldukları finansal güç ve diğer olanaklar sayesinde pazarda rekabet baskısı hissetmeden rakiplerden, alıcı ve nihai tüketicilerden bağımsız davranma olanağına da sahiptirler. Dolayısıyla sahip oldukları bu ekonomik hareket özgürlüğü rekabeti sınırlayıcı nitelikte davranışlara başvurmalarını da kolaylaştıran bir etkendir. Ancak rekabet hukuku düzenlemeleri bu tarz kötüye kullanma nitelikli davranışları yasaklamaktadır. Çünkü hâkim durumdaki bir teşebbüs, ticari faaliyet özgürlüğünü, sahip olduğu finansal güç ve diğer avantajlar yoluyla alıcılar ve tüketicilere karşı dışlayıcı veya sömürücü nitelikteki davranışlara başvurmak için kullanmamalıdır. Öte yandan, hâkim durumdaki teşebbüslerin, işleyen bir rekabet düzeninin devamlılığı açısından pazarda özel bir sorumluluk taşıdıkları hem AB hukuku öğretisi[309], hem de uygulamasında kabul edilen bir hususdur[310].

(2) Sözleşmenin Konusunu Belirleme Özgürlüğü

Kural olarak, hukuki bir ilişki bağlamında, taraflar sözleşmenin konusunu serbestçe belirleme özgürlüğüne sahip oldukları gibi, sözleşmenin tarafını, yani kişiyi de seçme özgürlüğüne sahiptirler. Bu anlamda, kişiler yasada düzenlenmiş olan ya da düzenlenmediği halde taraflarca kabul edilen bir sözleşme ile diledikleri konuda sözleşme yapma serbestîsine de sahiptirler[311]. Ancak bir kişi için sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün varlığı, bir anlamda sözleşme yapma zorunluluğunun da tek başına bir anlam ifade etmeyeceği sonucunu doğurur.

"Sözleşme Özgürlüğü" kenar başlığını taşıyan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26.maddesine göre; *"Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler"* diyerek, sözleşme özgürlüğü ilkesini "sözleşmenin konusu" açısından düzenlerken, "Kesin hükümsüzlük" başlıklı 27.maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür"* denmek suretiyle, bir anlamda ilkenin sınırları da çizilmiş olmaktadır.

Bağlama uygulaması ile alıcının sözleşmenin içeriğini veya genel anlamda sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü sınırlanabilir. Bağlama uygulamasının

[309] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 123.
[310] EuGH, 9. 11. 1983 tarih, Rechtssache C- 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission,* Slg. 1983, s. 3461, Nr. 57 *("Michelin I").*
[311] Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 527.

sözleşmesel bir yükümlülük olarak ortaya çıktığı durumlarda, örneğin A ürününün satışının yalnzca B ürünü ile birlikte yapılması durumunda olduğu gibi, alıcının seçme özgürlüğü sınırlanmaktadır. Bu durumda alıcı veya tüketici sözleşmenin içeriğini özgür iradesi ile belirleyememektedir. Çünkü alıcı, B ürününü başka bir teşebbüsten de alabileceği gibi, ihtiyacı olmadığı zaman almak dahi istemeyebilir. Aslında bu tarz sözleşmeler açısından alıcının sözleşmeyi yapıp yapmamak konusunda teorik anlamda bir seçme hakına sahip olduğu söylense de, sorun burada bağlama uygulamasına satıcının pazar gücünün de eşlik ettiği ve alıcı açısından ikame ürün olanaklarının kısıtlı olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Satıcının alıcı karşısında hâkim durumda olduğu veya teşebbüsler arasındaki bir kartel anlaşması ile bir bağlama uygulamasına gidildiği zaman, yeterli alternatif tedarik kaynakları olmayan alıcının sözleşmenin içeriği ve koşullarını belirleme özgürlüğü de sınırlanmaktadır. Burada alıcı ilgili ürünü ikinci defa ödeme yapmaksızın başka bir satıcıdan alma olanağını kaybeder. Bu durumda alıcı şekli anlamda seçme özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, maddi anlamda bu özgürlüğünü kaybetmiştir.

(3) Sözleşmenin Tarafını Belirleme Özgürlüğü

Alıcı veya tüketicinin sözleşmenin tarafını belirleme ve bu anlamda istediği sağlayıcıdan ürün veya hizmet alabilme olanağı bağlama uygulaması nedeniyle sınırlanabilir. Örneğin, fikri mülkiyet konusu bir hak kapsamında yapılan bir lisans sözleşmesinde, bir makinenin satılması aynı zamanda bu makine ile yapılacak üretim sürecinde kullanılan hammaddenin de hak sahibi veya onun göstereceği üçüncü bir kişiden alınması koşuluna bağlanabilir. Böyle bir durumda bağlama uygulaması ile alıcının sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğü sınırlanmaktadır. Bu tarz lisans sözleşmeleri ile getirilen münhasır alım koşulları da alıcının uzun süre belli bir satıcıya bağımlı kalması nedeniyle, üçüncü taraf teşebbüsler ile daha uygun koşullarda sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlamaktadır[312].

[312] Alıcının sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğünün sınırlanması, bağlama uygulaması nedeniyle dolaylı yoldan da gerçekleşebilir. Birçok durumda böyle bir sınırlama daha çok ekonomik açıdan zorlayıcı etkenlerin alıcının serbest iradesini bertaraf etmesiyle de gerçekleşir. Burada alıcı aslında her iki ürünü birlikte veya ayrı almak konusunda şekli anlamda bir serbestliğe sahip olmakla birlikte, bu iradesi satıcının uyguladığı saldırgan veya cazip bir satış politikası veya çeşitli ek edimler veya kaybedilecek avantajlar nedeniyle sakatlanmaktadır. Bu satış politikası sonucunda alıcı her iki ürünü birlikte alması durumunda önemli bir avantaj elde edeceği veya ürünleri ayrı alma olanağı olmakla birlikte, bu şekilde davrandığı zaman bu avantajlı durumu kaybedeceği şeklinde bir düşünceye kapılmaktadır. Alıcı burada deyim yerindeyse bir ikilem ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Bkz. Burkert, s. 141; Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung, s. 293.

Alıcıların ürün (veya hizmet) seçme ve bu anlamda sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğünün dolaylı yoldan sınırlandığı uygulamalar günümüzde özellikle yenilikçi pazarlar veya bilgi teknolojileri açısından daha yaygındır. Sürekli bir yenilenme içinde ve oldukça dinamik bir karakter taşıyan bu pazarlarda, teşebbüsler hem müşteri potansiyellerini kaybetmemek ve hem de yeni ürünlerinin satışını desteklemek için farklı pazarlama tekniklerine başvurmaktadırlar. Örneğin son yıllarda önemli bir gelişme gösteren "sayısal yayıncılık" pazarı bu kapsamda değerlendirilebilir. Özellikle spor müsabakaları gibi geniş bir tüketici kitlesine seslenen etkinliklerin yayın haklarını ihale ile alan teşebbüsler, yaptıkları yatırımın karşılığını almak adına, birçok durumda tüketici refahını olumsuz etkileyen davranışlara da başvurabilmektedirler. Bunlar çoğu zaman tüketicilerin seçme özgürlüğünü de sınırlayan davranışlardır.

Geçtiğimiz yıllarda da özellikle sayısal yayıncılık konusunda ve futbol karşılaşmalarının yayın hakları bağlamında, bazı şikayetler Rekabet Kurulu'nun da önüne gelmekle birlikte, Kurul tüketici refahı üzerine yoğunlaşmadan, bu somut davranışlar bakımından rekabeti sınırlayıcı bir durum olmadığına karar vermiştir. Türkiye de sayısal yayıncılık alanında futbol karşılaşmaları yayın hakkı konusunda sistem şu şekilde çalışmaktadır: Türkiye Superlig futbol karşılaşmaları naklen yayın hakkını elinde bulunduran Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), yayın haklarını ihale ile bir yayıncı kuruluşa devretmektedir. Yayıncı kuruluş bu karşılaşmaların hem canlı yayın ve hem de özet görüntüler pazarında tekel durumundadır. Yayıncı kuruluş yüksek ihale bedelini karşılamak veya daha fazla kar elde edebilmek için abonelerine bazı yükümlülükler getirmektedir. Örneğin bir önceki ihale farklı bir yayıncı kuruluş tarafından alınmış ise bu durumda önceki teşebbüsün abonelere verdiği uydu alıcısı, uzaktan kumanda ve *digital kart* gibi paket satış ile verilen ürünleri kabul etmeyip, yerine kendi markası veya tavsiye ettiği bir marka uydu alıcısı, kumanda ve kartı vermektedir. Burada aynı zamanda farklı abone tipleri öngörülürken, bu abone türleri arasındaki geçişlerde de çeşitli maliyetler ortaya çıkmaktadır. Başlangıçta ücretsizmiş gibi görünen ürünler ya abonelik fiyatı içinde zamana yayılarak veya abonelik sona ererken veya değiştirilirken ödenen fiyat farkı ile telafi edilmektedir. Fakat sonuçta çoğu zaman işlevsiz kalan veya kullanılamayan ürünler nedeniyle tüketici refahı olumsuz etkilenmektedir.

Rekabet Kurulunun önüne gelen *"Digitürk Olayı"*nda şikayetçi, Digitürk'ün Turkcell Süper Ligi müsabakalarının naklen yayın hakları konusunda tekel konumunda olduğu, Digitürk'ün yalnızca maç yayınlarını içeren paketi olan Lig TV'ye

abone olduğu ve Vestel marka uydu alıcısı kullanmakta olduğu, ancak bu marka alıcının kalitesinden memnun olmadığından Next&Next Star marka uydu alıcısı kullanmak istediğini, bu durumu yayıncı kuruluşa ilettiğinde ise yayıncı kuruluşun alıcıya takılan Lig TV kartının kullanılabilmesi için gerekli bir ana birim niteliğinde olan modülü satmayı reddettiğini, başka marka bir uydu alıcısı ile yayınlar izlenmek isteniliyorsa mevcut aboneliğin iptal edilip yeniden abonelik, kart ve aktivasyon bedeli ödenerek modül alınabileceğinin söylendiğini belirtmiştir[313].

Rekabet Kurulu, Digitürk'ün bu davranışlarının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceğine karar verdi[314]. Kurul bu sonuca ulaşırken, Teşebbüs yetkililerinin raportörlere verdiği beyanları büyük ölçüde dikkate almıştır. Digitürk abonelik işlemlerini yürüten Planet İç ve Dış Ticaret A.Ş. yetkilisi de Raportörlere, "Digitürk tarafından sağlanan yayınların izlenebilmesi için gereken abonelik koşullarını sağlayan bir kimsenin, alıcısını değiştirdiği zaman yeni alıcıda kullanmak üzere herhangi bir bayiden veya teknik servisten sadece modül satın alabildiğini, alıcı değiştirildiği için yeniden abonelik tesisine gerek olmadığını, aboneliğin sonlandırıldığı tek durumun normal Digitürk aboneliğinden Lig TV aboneliğine (modüllü aboneliğe) geçiş halinde olduğunu" beyan etmiştir[315].

Ancak kanatimizce bu tarz bilgi teknolojisi pazarlarına özgü bağlama uygulamalarının değerlendirilmesinde, tüketici refahına yönelik analizlere ihtiyaç

---

[313] Şikayetçi ayrıca, hali hazırda yasal abone olan bir kişiye tek başına modül satılmamasının, modül satışının kart ve abonelikle birlikte paket halinde satılmasının ve abonenin buna zorlanmasının hukuken kabul edilemez olduğunu, Digitürk'ün bu konudaki tutumunun 'hangi marka alıcı ile izlemeye başlamışsanız onunla devam edin' şeklinde olduğu ve burada bahsi geçen markaların Vestel ve Bosch'tan ibaret olduğu, şikayet konusu durumun bu iki marka ile diğer markalar arasındaki rekabeti sınırlandırdığı ve bu iki marka alıcıyla aboneliğe başlayan tüketicilerin daha sonra diğer markalara geçişinin engellediğini belirtmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Karar, s. 3 *(Digitürk-III").* Burada sorun farklı paketlere abone olan tüketicilerin abone türlerini değiştirmek istedikleri zaman ortaya çıkmaktadır. Başlangıçta Digitürk üyesine ihtiyacı olan uydu alıcısı, kumanda ve DigiKart gibi ekipmanlar bedelsiz verildiğinden, kullanıcı daha sonra abonelik ve diğer koşullarda değişiklik yapmak istediği zaman ek koşullar öne sürülmektedir. Örneğin, alıcının Digitürk tarafından sağlanan alıcıyı kullandığı birinci tip abonelikten modüllü abonelik olarak adlandırılan ikinci tür aboneliğe geçmesi durumunda uydu alıcısı ve Digikart müşteriden geri alınıp mevcut abonelik iptal edilmekte, müşteri yeni paket için yeniden abone yapılmaktadır. Bu durumda müşteri Digitürk'e yalnızca kart ve modül ücreti ödemektedir. Burada aboneliğin yenilenmesinin sebebi modülü de içeren alıcının ve kartın aboneye Digitürk tarafından bedelsiz olarak verilmesi ve müşterinin piyasadan kendi isteğine göre temin edeceği alıcıda kullanmak üzere yeni bir modül ve yeni bir kartın gerekmesidir. Bu tür geçişler çoğunlukla ekstra bir paket olmadan yalnızca Turkcell Super Lig maçlarını seyretmek isteyen müşterilerden oluşmaktadır. Modüllü abonelikten birinci tip aboneliğe geçişte ise mevcut aboneliğin iptali gibi bir durum olmamakta, müşteri aradaki fiyat farkını ödeyerek diğer abonelik modeline geçiş yapabilmektedir. Mevcut aboneliğin iptal edilip tekrar istenilen abonelik türüne göre abone yapılmasını içeren bir durumda abonelik iptalinin nedeni, Digitürk'ün yayınların izlenmesi için gerekli olan ekipmanları bedelsiz olarak sağlıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Rekabet Kurulu, 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Karar, s. 3-6 *(Digitürk-III").*

[314] Rekabet Kurulu, 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Karar, s. 6 *(Digitürk-III").*

[315] Rekabet Kurulu, 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Karar, s. 6 *(Digitürk-III").*

duyulmaktadır. Çünkü bunlar aynı zamanda geniş kitleleri ilgilendiren ve tüketici refahını doğrudan etkileyen davranışlardır. Sayısal yayıncılık Türkiye'de göreli yeni bir pazar olmakla birlikte önemli ilerlemeler katettiği söylenebilir. Özellikle çeşitli futbol karşılaşmalarının canlı yayın tekelini elinde bulunduran teşebbüsler, bu tarz hizmetlerin alıcısı için ikamesinin pek olmaması ve bu nedenle çoğu zaman vazgeçilmezliği nedeniyle önemli oranda kitlelere ulaşabilmektedirler. Teşebbüsler açısından bu alanı cazip kılan asıl etken ise birçok kişi için vazgeçilmez olan futbol karşılaşmalarının canlı yayınıdır. Her ne kadar somut olayda olduğu gibi teşebbüsler bu alanda farklı izleyici gruplarına yönelik paket programlara da sahip olsalar, yayıncı teşebbüs için belirleyici veya sürükleyici olan çeşitli kategorilerdeki (Süper Toto Süperlig, UEFA Şampiyonlar Ligi veya UEFA Avrupa Ligi gibi) futbol müsabakalarıdır. Futbol maç yayınları ihale ile alınan ve yasal tekelin sözkonusu olduğu bir pazardır. Bu maç yayınları da genellikle bir paket halinde sunulduğundan, abone olmak isteyen tüketiciler için çeşitli paket veya ürün bağlama uygulamalarına gidilebilmektedir. Bunlar farklı paket abonelikleri için gidilen fiyat farklılaştırmaları olabileceği gibi, yayınların izlenmesi için gerekli olan uydu alıcısı ve modül için gerekli olan kartın belirli bir teşebbüsten veya yayıncı teşebbüsten alınması koşulunu öngören paket satış şeklindeki bağlama uygulamaları da olabilmektedir.

Bu durum naklen yayın ihalesininin yenilendiği durumlarda daha da belirgindir. Aynı zamanda batık maliyet sorunu olan bu türden pazarlarda önceki yayıncı kuruluş yaptığı yatırımı ve sektörün cazibesini de düşünerek, ihaleyi almak için gerçek bedelinden daha yüksek bir ihale bedeli vermektedir. Bu aynı zamanda genel olarak futbola ve futbol karşılaşmalarına tüketiciler tarafından atfedilen değerin de bir sonucudur. Nitekim son ihale de bu şekilde olmuştur. Burada asıl amaç, deyim yerindeyse işi şansa bırakmamak, daha önce yapılan yatırımın karşılığını almaya çalışmaktır. Çünkü ihalenin kaybedilmesi, yayıncı kuruluş için sürükleyici ürünün de kaybı ve bu anlamda sektörde rekabet edememe sorunu anlamına gelmektedir. Geçmişte de Türkiye'de *Cine 5* ve *Teleon* gibi yayıncı kuruluşlar bu durumu yaşamıştır. Dolayısıyla ortaya çıkan bu yüksek ihale bedeli ve diğer maliyetlerin bir bölümünü karşılayabilmek açısından teşebbüs, reklam vb gibi gelirler dışında abonelik sistemi ile de gelirini artırmak için, paket satış şeklinde bağlama uygulamaları da dahil olmak üzere, farklı pazarlama tekniklerine başvurmak zorunda kalmaktadır. Bu tarz uygulamalar nedeniyle ilgili pazarda tüketiciler çok sayıda set üstü dekoderin maliyetine katlanmak zorunda kaldıkları gibi, ortaya çıkan ek

maliyetler sömürücü etkilere de neden olacaktır[316]. Sonuç olarak tüketici tercihleri ve bununla bağlantılı olarak tüketici refahı üzerinde önemli etkileri olan bu tarz pazarlar için özellikle de sektör düzenleyici kurumlar tarafından belirli düzenlemelerin yapılması kaçınılmazdır.

Nitekim ABAD'ın kısa bir süre önce verdiği, ancak tartışmalara da neden olan bir kararda, futbol maçlarının yayın hakları kapsamında şifreli yayın yapan televizyonların dekoder ve kartlarının Avrupa Birliği sınırları içinde satılmasına yönelik yasağı doğru bulmadı. Bu olayda İngiltere'de bir bar işletmecisi, İngiltere Premier Lig maçlarını müşterilerine izletmek için İngiltere'deki futbol karşılaşmalarının canlı yayın hakkını elinde bulunduran *Sky* ve *ESPN* şirketlerine ait dekoderlerin yerine, Yunanistan'dan aldığı bir dekoderi kullanmaya başladı. İşletmeci İngiliz yayıncı *Sky*'a 480 Pound ödemek yerine Yunanistan televizyonu *Nova*'ya ayda 118 Pound ödüyordu. Bar işletmecisi bu davranışı nedeniyle 8 bin Pound ceza aldığından, mahkemeye başvurdu. ABAD yaptığı değerlendirmede, yabancı dekoderlerin ithal edilmesini, satışını ve kullanımını yasaklayan İngiltere ulusal yasalarının "hizmet sağlama özgürlüğü"ne zarar verdiğini belirtti. ABAD digital dekoder kullanıcılarının, Avrupa Birliği üyesi ülkeler içinde, istedikleri dekoder ve kartları satın alma, kullanma hakkına sahip olabileceğini ifade etti[317].

[316] Öte yandan AB hukukunda da bu tarz sorunların en aza indirilmesi, nihai kullanıcılar ve bu anlamda tüketicilerin çok sayıda dekoderin maliyetlerine katlanarak zarar görmelerinin engellenmesi için bir "çerçeve direktif" yayınlanmıştır. AB telekomünikasyon hukukunda yer alan Erişim Direktifi 5.maddesinde yer alan düzenlemeye göre, ulusal düzenleme otoriteleri Çerçeve Direktif'in 8.maddesi ile belirlenen amaçlara uygun olarak, Direktifteki ilgili hükümler uyarınca, sürdürülebilir rekabeti destekleyecek ve son kullanıcılara maksimum fayda sağlayacak şekilde, gerekli erişim ve ara bağlantının sağlanmasını ve hizmetlerin karşılıkı çalışabilirliğini teşvik etmek ve hatta gerektiğinde sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere, aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde ayrıca ve açıkça (etkin pazar gücüne sahip teşebbüslere karşı Direktif'in 8.maddesi uyarınca alınabilecek diğer tedbirler saklı kalmak üzere) tüm işletmecilere uygulanmak üzere alınacak tedbirlerden birisi olarak; üye devletlerce belirlenecek dijital radyo ve televizyon yayımcılığı hizmetlerinin son kullanıcıları için, erişimin temnin edilebilmesi için gerekli olduğu ölçüde, işletmeciler (operatörler) üzerine Uygulama Programı Arayüzü ile Elektronik Programlama Rehberi'ne adil, makul ve ayrımcı olmayan koşullarda diğer işletmecilerin erişiminin sağlanması yükümlülüğünün getirilebileceği düzenlenmiştir. Uygulama Programı Arayüzü ile Elektronik Programlama Rehberi'ne erişimin sağlanması farklı platform işletmecilerinin ve yayıncıların aynı koşullu erişim sistemini birlikte kullanarak son kulanıcıya erişebilmelerine olanak sağlamaktadır. Böylece şifreli yayıncılık alanında hem yayıncılar/platform işletmecileri bakımından "darboğaz" niteliği taşıyan bu engel aşılmış olmakta hem de son kullanıcıların ve bu anlamda tüketicilerin çok sayıda set-üstü dekoderin maliyetine katlanarak zarara uğraması engellenmiş olmaktadır. Bkz. AB 7.3.2002 tarih ve 2002/19/EC sayılı Direktif (Erişim Direktifi), L 108/7, OJ 24.4.2002.

[317] Bkz. EuGH, PRESSEMITTEILUNG Nr. 102/11, Urteil in den Rechtssachen C-403/08 und C-429/08, 4. 10. 2011, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-10/cp110102de.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 16.01.2012)

2. Ara Değerlendirme

Rekabetin işleyişi açısından, alıcı veya tüketicilerin seçim özgürlüğünün korunması önem kazanmaktadır. Çünkü rekabet ancak ekonomik hareket özgürlüğünün sınırlanmadığı pazar koşullarında ortaya çıkabilir[318]. Pazar katılımcılarının ve bu anlamda tüketicilerin hareket özgürlüğü ile rekabet özgürlüğü birbiriyle bağlantılı olup, bunlar ayrılabilir durumlar değildir[319]. Bu nedenle bireylerin ekonomik hareket özgürlüğünün sağlanması, aynı zamanda rekabetin de ortaya çıkmasının temel koşuludur. Bu durum, teşebbüslerin pazara serbestçe girip faaliyet göstermeleri ve ürünlerini sunma özgürlüğü yanında, tüketicilerin de farklı sunumlar arasında en uygununu seçme özgürlüğünü de kapsamaktadır.

Bağlama uygulamaları da mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti olumsuz etkileyen ve aynı zamanda alıcıların seçme özgürlüğünü sınırlayabilen davranışlardır. Ancak bazı görüşlere göre ortaya çıkan bu tarz olumsuz etkiler, alıcı açısından yüksek işlem maliyetlerinin ortadan kalkması veya azalması yoluyla telafi edilebilir. Çünkü alıcı bağlama uygulaması olmadığından bağlanan ürünü satın alamamış olsaydı, bağlayan ürünün fiyatı bu durumda daha yüksek olacaktı. Benzer durum, bağlanan ürünün alıcının beklentilerini karşılayamadığı ve alıcının bu nedenle bağlanan ürünü başka bir teşebbüsten aldığı durumlar için de gerçerlidir[320]. Bağlama uygulaması alıcıların beklentilerini karşılayabiliyorsa, bu durumda alıcı ürünleri ayrı satın alması durumunda ödemek zorunda kalacağı işlem maliyetlerinden kurtulacaktır. Bu durumda alıcının seçme özgürlüğünün sınırlanması ile ortaya çıkan bağlamanın olumsuz etkileri, etkinlik kazanımları ile telafi edilebilir. Bu anlamda her bağlama uygulamasının sözleşme özgürlüğünü sınırlaması ve borçlar hukuku hükümlerine göre batıl olması gibi bir durum da söz konusu değildir.

Ancak alıcı açısından işlem maliyetlerinin azalması veya ortadan kalkması her zaman pazardaki rekabeti artıran bir durum değildir. Birincisi işlem maliyetlerinde ortaya çıkan bu tasarrufların tüketicilere de yansıması gerekir. İkincisi, bağlama uygulaması rakiplerin dışlanmasına neden oluyorsa, bu durumda kısa vadede tüketiciler açısından ortaya çıkan bazı avantajlar, uzun vadede etkin bir rekabetin sağlayacağı daha büyük avantajlara tercih edildiğinden, bu rekabet politikası açısından yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü rekabet politikasının bir diğer önemli işlevi de teşebbüslerin ekonomik hareket özgürlüğünün, rekabet

[318] Künzler, s. 129.
[319] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 1, Rdnr. 14; Roger Zäch, **Schweizerischer Kartellrecht**, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, Rdnr. 237.
[320] Nothhelfer, s. 76.

sürecinde rakipler tarafından sınırlanmasına karşı gerekli güvenceleri sağlamaktır. Bu iki boyutlu bir sorundur: Bir yandan üçüncü tarafların rekabeti sınırlayıcı davranışlarına karşı özgürlüğü koruma, diğer yandan ise özgürlüğü kollektif davranışların kendisine karşı korumak[321].

Bu anlamda rekabet hukukunun sözleşme özgürlüğüne müdahalesinin temelinde aynı zamanda işleyen bir rekabet düzeninin devamlılığı da önem kazanmaktadır. Çünkü pazar ekonomisinde, pazarın açıklığı ve rekabetin devamlılığı aynı zamanda tüketiciler lehine etkinlik avantajları sağlayan bir durumdur. Rekabetin korunması, bir anlamda dolaylı yoldan sözleşme özgürlüğünün de korunması sonucu doğuruyor.

Öte yandan rekabet hukukunun bir sözleşmeye veya onun içeriğine müdahalesindeki amaç ile borçlar hukukunun sözleşmenin içeriğine müdahalesindeki amaç arasında farklılıklar olduğu da bilinen bir gerçektir. Fakat hukuki sonuç açısından olaya bakıldığında, her iki alanda da ilgili işlemin geçersizliği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak rekabet hukukundaki yaptırım uygulama yöntemi ile borçlar hukuku alanındaki yaptırım uygulama yöntemlerindeki farklılığa dikkat edilmelidir. Çünkü rekabet hukukunda, belirli koşullar altında, aslında rekabeti sınırlayıcı kayıtlar (örneğin bağlama gibi) içeren bir anlaşma, rekabet üzerindeki olumlu etkileri nedeniyle ve rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bu kayıtlara rağmen, muafiyet sistemi ile geçerli hale gelebilmektedir[322].

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Bağlama Uygulaması

1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Tüketici Lehine Sınırlandırılması

Ticari faaliyet veya girişim özgürlüğü açısından satıcının ürünlerini bağlı veya ayrı satma özgürlüğü olmakla birlikte, bu genel kuralın istisnaları da bulunmaktadır.

---

[321] Künzler, s. 129.

[322] Örneğin RKHK'nun 4. maddesine aykırılık nedeniyle, RKHK 56. maddesi hükmünde açıklandığı gibi "geçersiz" olan bir sözleşme veya karar, eğer Kurul'un vereceği bir kararla (idari işlemle) bireysel muafiyet alırsa, muafiyet m.4 hükmüne aykırılığa bağlanan sonuçlardan kurtulmak anlamına geldiğine göre, bunun özel hukuktaki sonucu, o hukuki işlemin geçersizlikten kurtulmasıdır. Benzer şekilde, yine Kanun'un 4.maddesine aykırı bir sözleşme, herhangi bir grup muafiyeti tebliğinin kapsamına giriyorsa ve onun muafiyet şartlarını taşıyorsa, bu sözleşme de, 4.maddeye aykırı olduğu halde, yararlandığı grup muafiyeti nedeniyle geçerlidir. Bu durumda, ilgili sözleşme yapıldığı anda grup muafiyeti şartlarını taşıyorsa yapıldığı anda zaten geçerli olup; eğer yapıldıktan sonra grup muafiyeti şartlarına uydurulmuşsa, o zamanda geçerliliği sonradan kazanmış olmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Osman Berat Gürzumar, **"**Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlkişkin Taslak Sempozyumu Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2006, (Özel Hukuk Açısından), s. 119 vd.

Rekabet hukukunda bağlama uygulamaları konusundaki yasak buna örnektir. Ancak ekonomik güç sahibi teşebbüslerin bu güçleri karşısında, daha zayıf olan tüketicileri koruma kaygısı nedeniyle, bazı özel yasalarda tüketiciler lehine bu tarz koruyucu hükümlere de yer verilebilmektedir. İşte sözleşme özgürlüğü ilkesinin tüketici lehine sınırlandığı durumlardan birisi de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'nun "Satıştan Kaçınma" kenar başlıklı[323] m. 5 hükmüdür.

Daha önceden de vurgulandığı üzere, kural olarak, kişiler bir sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda zorlanamayacakları gibi, belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya ya da yapmamaya; sözleşmenin içeriğini belirli koşullar altında ve sözleşmeyi belirli biçime bağlı olarak yapmaya da zorlanamazlar. Genel kural böyle olmakla birlikte, bazı durumlarda sözleşme taraflarından güçlü olanın zayıf olan tarafı baskı altına almasını ve onun iradesini bu şekilde sakatlamasını önlemek amacıyla, belirli ölçülerde sözleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

Özellikle tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, her açıdan güçlü durumda olan satıcının, sözleşmenin koşullarını ve sözleşme yapıp yapmama hususunu keyfi ve tek yanlı olarak belirleyip, tüketiciye de bunları dayatmasını engellemek amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesine bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu anlamda TKHK'nin 5.maddesinde yer alan düzenlemler ile tüketicilerin satıcıların bu tarz keyfi davranışlarına karşı korunması öngörülmüştür[324].

2. Bağlama Uygulaması Yasağı

TKHK m. 5 fıkra 3 hükmünde yer alan düzenleme ise aynı zamanda bağlama uygulamaları konusundadır. Buna göre;

"Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa, satıcı bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz."[325]

TKHK m. 5 fıkra 3'te yasaklanan durum, tipik bir bağlama uygulamasıdır. Ancak tüketicinin bu malları ya da hizmetleri söz konusu satıcıdan veya hizmeti

[323]Kanunun 5.maddesinin kenar başlığının "Satıştan veya Hizmet Sunmaktan Kaçınma" olarak değiştirilmesi gerektiği yönünde yerinde bir görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 521, dpn. 48.

[324] Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 151.

[325] 4077 sayılı TKHK'nin ilk metninde iki fıkra olarak düzenlenen bu hüküm, 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile tek fıkra olarak düzenlenmekle birlikte içeriğinde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Bkz. Resmi Gazete, 14.3.2003, Sayı: 25048.

gören kişiden ayrı ayrı elde etme olanağı bulunduğu sürece, mal ve hizmetlerin bir kampanya içerisinde bir arada satılması yasak kapsamına girmemektedir[326].

Bu düzenleme ile satıcının bir mal veya hizmetin satışını başka bir mal veya hizmetin satın alınması koşuluna ve aynı malın veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen oranda satın alınması koşuluna bağlayamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece özellikle tüketicilerin, yoğun tüketime konu olan ve zaman zaman arz sıkıntısı çekilen malları satın alırken, ihtiyaç duymadıkları diğer bir malı veya aynı malın yüksek bir miktarını satın almak zorunda kalmalarının önüne geçilmiştir[327]. Bu aynı zamanda tüketicilerin sömürülmesinin de önüne geçilmesidir.

TKHK m. 5 fıkra 3 açısından hukuka uygunluk nedenleri ise, *"aksine bir teamül, ticari örf veya âdet"* in varlığıdır. Başka bir anlatımla bir mal ya da hizmetin, belirli miktar, sayı, ebat ya da süre koşuluyla satılması teamül, ticari örf ve adetten ise, böyle bir ihtimalde yapılan satış bağlama uygulaması olarak değerlendirilip yasaklanmayacaktır. Ancak bu hukuka uygunluk nedeni sadece miktar, sayı, ebat veya süre ile ilgili koşullar açısından geçerlidir. Yoksa mal veya hizmet sunumunun bir diğer mal veya hizmetin de alınması ("ürün bağlama") koşuluna bağlanması durumunda bu tarz bir hukuka uygunluk hali de söz konusu değildir[328]. Örneğin, takım halinde satılan mutfak eşyaları, özellikle yemek takımları, oda takımlarının birlikte satılması[329]; bir takım elbisenin ceketinin pantolonu ile birlike satılması; otel, pansiyon vb. konaklama yerlerinde birkaç saat kalınsa bile 24 saat üzerinden ücretin hesaplanması gibi durumlar bu zorunluluğun dışında bırakılmıştır[330].

Ancak seyahat acentelerinin seyahat sigortası da sattıkları durumlarda farklı bir uygulamanın varlığından söz edilebilir. Seyahat acentelerinin sattığı paket tur kapsamında seyahat sigortasının zorunlu olduğu durumlarda acentler seyahat (uçak

---

[326] Mehmet Murat İnceoğlu, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, 2000, s. 423.

[327] Burada satışı satıcı tarafından belirlenen belli bir miktar, sayı, ebat gibi koşullara beraberinde başka bir hizmet veya malın satın alınması şartına bağlanması halinde, örneğin 10 kilodan aşağı deterjan satın almamak veya 10 kilo deterjan almadan çamaşır makinası satmamak gibi hallerde yapılan satışlar bu düzenlemeye aykırıdır. Bkz. Cengiz İlhan, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006, s. 95; İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006, s. 107; Esasen tüketicilerin satışa sunulan maldan ne kadar alacaklarını kendilerinin belirleme hakları bulunmakla birlikte, bu hakkın kullanılmasının, bir pazarlama ve satış tekniği olarak, satıcının belirli bir miktarın üzerinde ürün satın alan tüketicilere farklı bir fiyat (indirim) uygulamalarına engel olmadığı yönünde görüş için bkz. Yahya Deryal, **Tüketici Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 57.

[328] Nitekim İnceoğlu'na göre de sözleşmenin konusunun miktarını, ebadını ve süresini dayatma yasağı için 4.fıkrada öngörülmüş olan istisna, ek yükümlülükler açısından geçerli değildir. Bu anlamda satıcının ek yükümlülükler öngörmesi teamüle, ticari örf veya âdete uygun olsa bile, bu tür yükümlülükler butlan yaptırımı ile karşılaşacaktır. Bkz. İnceoğlu, s. 426.

[329] İlhan, s. 96; Ankara Barosu, **Tüketici Hukuku,** Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 43.

[330] Zevkliler ve Aydoğdu, s. 154; Örneğin süresi bir hafta olan gazete aboneliği veya toptan satış yapan bir mağazadan perakende satış yapmasının istenmesi gibi haller. Bkz. Deryal, s. 57.

veya otobüs bileti, konaklama vb) ücretlerini düşük tutarak ve hatta reklamlarında sigorta maliyetlerine değinmeyerek müşterileri kendine çekmekte; ancak sigorta için rekabetçi pazarda olacağından daha fazla bedel talep etmek suretiyle maliyet altında fiyat biçtikleri seyahat paketlerini bu şekilde finanse edebilmektedirler[331]. Ekdi'ye göre, böyle durumlarda sözkonusu uygulamaya giden teşebbüsün iki pazardan herhangi birinde hakim durumda olmadığı ihtimalde, seyahat hizmeti ile sigorta hizmetinin paket olarak birlikte satılması şeklindeki bu uygulama, rekabet hukukundan ziyade tüketici hukukunun konusunu oluşturmaktadır[332].

Böyle bir uygulamayı paket satış veya bağlama şeklinde değerlendirdiğimiz zaman, bu davranışın rekabeti sınırlayıcı olası etkileri açısından teşebbüsün paket içindeki ürünlerden en azından birisi ile ilgili pazarda hakim durumda olması gerekir. Aynı zamanda paket satış ile ortaya çıkan indirimin yüksekliği nedeniyle, paket içindeki ürünlerden sadece birisini üreten eş etkinlikte bir rakibin dahi bu durumda rekabet edememesi halinde, rekabeti sınırlayıcı etkileri olacaktır[333]. Ancak böyle bir etkinin tespiti de her şeyden önce hakim durum kriterine takılacaktır.

Gerçekten de bu tarz davranışları bir tüketici işleminden hareketle, TKHK m. 3/III kapsamında değerlendirmek mümkün olsa da yerine göre böyle bir davranış aynı zamanda RKHK kapsamında rekabeti sınırlayıcı da olabilir. Çünkü Rekabet Kanunu'nun amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1). Benzer şekilde TKHK da esasen tüketicilerin korunmasını hedef almaktadır. Ancak her iki hukuk alanının koruyucu hedefi aslında birbirinden farklı olmaktan ziyade, tamamlayıcı olup, bu anlamda tüketici refahının korunmasıdır.

Dolayısıyla böyle bir ihtimal karşısında, bu tarz uygulamaların pazardaki yaygınlığına bakmak bir çözüm olabilir. Eğer böyle bir uygulama pazarda diğer rakiplerin de benzer uygulamaları nedeniyle belli bir yaygınlığa ulaşmışsa bu durumda rekabeti sınırlayıcı etkileri ortaya çıkabilir. bu durumda ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yeterli bir rekabet gerçekleşmeyecektir. Bu durumda rekabetçi bir pazar yapısında farklı düzeyde gerçekleşebilecek fiyatlar nedeniyle, tüketici refahı da olumsuz etkilenebilir. İlgili pazarda rekabetin hem tur, hem de sigorta bölümünde de gerçekleşmesi, tüketici lehine avantajlar sağlayabilir.

[331] Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 62.
[332] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 91.
[333] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

Bu şekilde tur fiyatları da rekabetçi bir ortamda olması gereken fiyat düzeyinde gerçekleşeceğinden, rekabet fiyattan çok hizmetin kalitesine doğru kayacaktı. Bu durum ise tüketici refahını da olumlu yönde etkileyecektir.

TKHK m.5 fıkra 3 bağlamında, satıcının bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, başka bir malın ya da hizmetin de satın alınması koşuluna bağlaması yasaklanmış ise de, bu hükmün geniş olarak yorumlanması ve tüketici açısından bu tarz bağlama uygulamalarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Örneğin alıcının ilerde aynı maldan satın almak istemesi durumunda, bu malın yine kendisinden alınması gerektiğini şart koşmak, ne satılan malın miktarının veya ebadının satıcı tarafından belirlenmesi, ne de bir malın alınmasının başka bir malın satın alınması koşuluna bağlanması olarak kabul edilecektir. Çünkü ileride tüketicinin aynı maldan almak isteyip istemeyeceği hususu belli değildir. Ancak maddenin korumak istediği menfaatin içerisine bu durum da girmektedir. Bu nedenle bu gibi ek yükümlülüklerin de yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[334].

Bu düzenlemeler tüketiciler açısından önemli bir hizmet olan ve AB hukukunda "evrensel hizmet" olarak da tanımlanan telefon, internet, doğal gaz vb. gibi hizmetler açısından da değerlendirilebilir. Bu tarz hizmetler açısından aylık veya yıllık belli bir konuşma süresi, belli bir tüketim miktarı veya zamanı getiren (hangi birim üzerinden düzenlenmişse alt sınır tüketimi şart koşan) abone sözleşmeleri bakımından da önem kazanmaktadır. Maddenin bu gibi sözleşmeleri de kapsadığı savunulmaktadır[335].

Eğer böyle bir somut olay bağlamında, ticari teamül, örf ve adet bulunmadığı halde, satıcı ek koşullar dayatarak bunları tüketicilere kabul ettirmişse, bu gibi koşullar geçersizdir. Çünkü TKHK m. 5 fıkra 3 hükmü gerek ifadesi, gerekse amacı

[334] Buna benzer örnekler özellikle bilgisayar pazarında çok sık ortaya çıkmaktadır. Bilgisayar firmaları genellikle teslim etmiş oldukları bilgisayarların özelliklerinin yükseltilmesini, ancak kendilerine ait parçalar kullanılarak yapılabileceğini, aksi takdirde bilgisayarın garantisinin sona ereceğini tip sözleşmelere şart olarak koymaktadırlar. Aslında bu şartlarda bir anlamda bağlama uygulaması kapsamında hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla satıcıların, TKHK'un 13. maddesinde öngörülmüş olan zorunlu garanti süresi sona ermediği sürece, başka marka parçaların kullanılmış olduğu gerekçesi ile böyle bir tamireden kaçınmaları haklı değildir. Bu durumun istisnası, arızanın kullanılan başka marka parçanın uyumsuzluğundan kaynaklanmış olması hali olabilir. Bkz. İnceoğlu, s. 425.

[335] Örneğin en az konuşma zamanı şartı getiren telefon aboneliği sözleşmeleri en az tüketim miktarı getiren elektrik veya doğal gaz abonelik sözleşmelerinde en azı belirleyen, başka deyişle tüketilmesi şart koşulan en az miktar üzerinden, tüketilmese de ödeme koşulunun bu madde hükmüne göre geçersiz olması gerektiği yönünde görüş için bkz. İlhan, s. 96.

nedeniyle emredici bir düzenlemedir[336]. Emredici yasa kurallarına aykrı sözleşme şartları da 6098 sayılı Borçlar Kanununun 27. maddesi gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır[337]. Fakat yasal düzenlemenin amacının tüketiciyi korumak olduğundan hareket edilirse, bu gibi durumlarda sözleşmenin tümünü değil de, tüketicinin çıkarı açısından, sadece dayatılan ek koşulları 6098 sayılı Borçlar Kanununun 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre kısmen geçersiz saymak, daha yerinde bir çözüm olacaktır. Böyle bir durumda satıcı, sözleşmede kararlaştırılan bu gibi ek yükümlülükleri yerine getirmesini alıcıdan isteyemeyecektir. Ancak kendisi, malı satmak veya hizmeti sunmak zorunda kalacaktır[338]. ,

C. Haksız Rekabet Hukuku Açısından Bağlama Uygulamaları

1. Ön Açıklamalar

Serbest ekonomi sistemi olarak da adlandırılan piyasa ekonomisi, esasen *rekabet özgürlüğü* ilkesine dayanır. Rekabet özgürlüğü ile her girişimci, pazara sunduğu ürünlerinin benzerlerinden daha iyi ve daha ucuz olarak üretmek ve çeşitli pazarlama veya ticaret yöntemleri ile tüketicilere sunarak daha fazla kar elde etmeye çalışır. Böyle bir pazar yapısının genel anlamda tüketicilerin de yararına olduğu söylenebilir. Çünkü rekabet özgürlüğü sayesinde, pazara sürülen ürünlerin kalitesinde iyileşme, fiyatlarda düşme ve ortaya çıkan pazarlama olanakları ile daha geniş bir tüketici kitlesine daha fazla ve daha kaliteli ürün sunma olanağı da ortaya çıkmaktadır[339]. Ancak pazar ekonomisinin bu olumlu yanları kadar, büyük finansal güce sahip teşebbüsler karşısında daha zayıf konumda olan alıcı veya nihai satıcılar açısından birçok olumsuz etkileri de bulunmaktadır.

Bu anlamda her hak gibi rekabet hakkının da kötüye kullanılması mümkündür. Bu durum, bazen *"rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler*

---

[336] Öte yandan TKHK m.5 fıkra 3'te yer alan bağlama uygulaması ile ilgili yasak konusunda dikkati çeken bir husus ise birinci fıkraya aykırılıktan farklı olarak bir para cezası yaptırımının olmamasıdır. Ancak burada satıcının, malın ya da hizmetin miktarını, ebadını veya süresini kendi başına belirlemek suretiyle, tüketicinin talep ettiği sözleşmeyi yapmaktan kaçındığı ve böylece birinci fıkraya da aykırı davranmış olduğu ileri sürülebilse de, bu varsayım her zaman doğru değildir. Çünkü 5.maddenin üçüncü fıkrasında, birinci fıkradan farklı olarak malın teşhir edilmesi koşulu öngörülmemiştir. Bu nedenle, üçüncü fıkra, birinci fıkraya oranla daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Malın teşhir edilmemiş olduğu durumlarda, artık satıcının bir sözleşme yapmaktan kaçındığını ileri sürmek mümkün değildir. Bkz. İnceoğlu, s. 427.

[337] M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 185.

[338] Zevkliler ve Aydoğdu, s. 154.

[339] Ergun Özsunay, **Kartel Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 3.

arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerde aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar" (TTK m. 54/2) olabileceği gibi, bazı durumlarda da belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlamaya yönelik teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin kararları (RKHK m. 4, AEUV m. 101/1) veya bir mal veya hizmet pazarındaki hâkim durumun kötüye kullanılmasıyla (RKHK m.6, AEUV m. 102) da ortaya çıkabilir. İşte bu tarz olumsuz etkileri en aza indirmek ve pazar katılımcılarının çatışan menfaatleri arasında bir dengeye ulaşmak açısından RKHK ve TTK'deki haksız rekabet hükümleri de somut olayın niteliğine göre uygulanabilir.

Rekabet hukukunun asıl amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1). Haksız rekabet hukuku açısından da artık günümüzde benzer yönde bir eğilimden söz edilebilir. TTK m. 54'te haksız rekabet hükümlerinin amacının, "bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" olduğu açıkça belirtilirken, aynı zamanda haksız rekabet hükümlerinin amacının da tıpkı RKHK'de olduğu gibi sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması olduğu gerçeği ortaya konmuştur.

2. Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi

Rekabet hukuku, rekabet özgürlüğünü korur ve bu anlamda teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarına karşı önlemler alır. Rekabet hukukunun bir diğer amacı da rekabet kuralları içinde işleyen bir "pazar ekonomisi" sisteminin kurulmasıdır. Rekabet hukuku bu nedenle de teşebbüslerin rekabeti sınırlayan veya ortadan kaldıran davranışlarına karşı uygulayacağı yaptırımlarla bunları engellemeye çalışır. Bu aynı zamanda ekonomi politikasının doğasının da gereğidir. Dolayısıyla rekabet hukuku bütün pazar katılımcıları açısından asgari ve aynı zamanda etkin bir serbest rekabet düzeninin de teminatıdır[340].

[340] Öte yandan Alman öğretisinde bu konuda yapılan tartışmalarda GWB'nin koruyucu hedefinin hem bir kurum olarak rekabet ve hem de bireysel ticaret özgürlüğü olduğu belirtilirken, kurum olarak koruma amacı ve bireysel koruma amacının aynı seviyede olduğu belirtilmektedir. Yine burada tüketicilerin korunmasının ise, kurum olarak korumanın dolaylı bir sonucu olarak ortaya çıkan bir durum olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz. Philipp Daniel Pichler, **Das Verhaltnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, s. 69.

Rekabet ve haksız rekabet hukuku kuralları, ekonomik rekabet düzeninin tekliği bağlamında iki alan olarak işlev görmekle birlikte, rekabet hukuku kurallarının kamu hukuku ağırlıklı yapısına karşın, haksız rekabet hukuku düzenlemeleri ağırlıklı olarak özel hukuk kurallarından oluşmaktadır[341]. Ancak her iki hukuk alanı farklı konuları düzenlemekle birlikte, aralarında sistematik bir zorunluluk ve bu anlamda karşılıklı bir bağımlılık/etkileşim ilişkisi bulunduğu söylenebilir. Pazar ekonomisinde rekabetin özgür ve dürüst olması gerekliliği konusunda herhangi bir sorun olmadığı gibi, bu durum zaten baştan kabul edilen bir olgudur. Dolayısıyla "özgürlük" ve "dürüstlüğün" korunması, karşılıklı olarak birbiriyle etkileşim halinde olması gereken düzenlemeler kapsamında söz konusu olabilecek hukuksal koruma yollarıdır[342].

Öte yandan rekabet özgürlüğü bir yandan yeterli bir hareket alanına sahip olmak zorundayken, diğer yandan da gereğinden fazla soyut bir haksız rekabet hukuku kavramıyla sınırlanmaması gerekir. Bununla birlikte haksız veya dürüst olmayan davranışların da rekabet özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Rekabet konusundaki bir önlemin haksızlığı konusunda yapılacak bir değerlendirme, ancak sosyal pazar ekonomisi ve rekabetin anlamı ve özellikle bunun ekonomik ve toplumsal işlevinin hesaba katılması ile söz konusu olabilir. Bu anlamda haksız rekabet hukuku alanındaki yasaklayıcı düzenlemeler, rekabet hukukuyla garanti altına alınan rekabet özgürlüğünün tek yanlı sınırlamaları olarak anlaşılmaktan ziyade, rekabet hukuku ile bağlantılı asgari bir koruma sağlayan normlar olarak da değerlendirilebilir[343].

Rekabet ve haksız rekabet hukuku arasındaki etkileşim, haksız rekabetin ayrı bir kanunla düzenlendiği Alman hukukunda da, "Alman Haksız Rekebet Kanunu" (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) ile "Alman Rekabet Kanunu" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) arasındaki ilişkinin niteliği açısından tartışmalara konu olmuştur. Alman Rekabet Kanunu (GWB) hakim durumdaki teşebbüler dışında, belirli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüslerle ilgili özel düzenlemelere de yer vermektedir[344]. GWB § § 19, 20(1) ve (4)'te yer alan

[341] Pichler, s. 88.
[342] Wolfgang Hefermehl, Helmut Köhler, Joachim Bornkamm, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb -UWG Einführung**, C.H.Beck, München, 2007, Rdnr. 6.11
[343] Hefermehl ve diğerleri, UWG Einführung, Rdnr. 612.
[344] Rekabet ve haksız rekabet hukuku alanında önemli bir düzenleme geleneği bulunan Alman hukuk sisteminde de, her iki yasa kapsamında "rekabet" (Wettbewerb) kavramı ile ilgili somut bir tanıma gidilmemiştir. Bu kavram, her iki yasa açısından bir "referans" kavram niteliğinde olup, kavramın içeriğinin doldurulmaya ihtiyaç veya en azından buna olanak bulunduğu ve bu anlamda "rekabet" kavramı ile neyin anlaşılması gerektiğinin süregiden bir tartışma olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Pichler, s. 27.

düzenlemeler bu duruma örnektir[345]. Öte yandan, Alman hukukundaki görüşler açısından, bir teşebbüsün pazardaki davranışları GWB'de yer alan rekabeti sınırlayıcı davranışlar kapsamında değerlendirilemiyorsa, bu durumda başka bir koşula gerek olmaksızın bu davranışlar UWG bağlamında da bir ihlal olarak değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla UWG'de yer alan hükümlerle GWB ile yasaklanmayan rekabet alanına müdahale edilmemesi gerektiği ve bu anlamda GWB'de yer alan olguların, UWG karşısında bir tür bariyer işlevi gördüğü belirtilmektedir[346]. Başka bir anlatımla GWB hükümleri, teşebbüslerin pazar gücü ile bağlantılı ortaya çıkan sorunlarda verilecek kararlar açısından UWG karşısında özel bir maddi norm olarak ortaya çıkmaktadır[347].

Öğretide Emmerich'e göre, rekabet ve haksız rekabet hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişki çok yönlü bir sorundur. Her iki yasada da farklı durumlar özel çıkarlar bağlamında, olumlu veya olumsuz anlamda, düzenlenmiştir. UWG ve GWB hükümleri de teşebbüslerin rekabetçi davranışları konusunda benzer bir yaklaşım içindedirler. Bu nedenle birçok olay açısından, her iki yasada yer alan hükümlerin devamlı surette birbirine yakınlaşması nedeniyle, gittikçe artan bir şekilde, birçok somut olayda her iki yasada yer alan hükümler yan yana uygulanabilir nitelikte görülmektedir. Çünkü bu tarz olaylar kapsamında ortaya çıkan sorunlara karşı pratik bir çözüm bulunması konusunda, başından beri ne UWG'nin ve ne de GWB'nin herhangi bir öncelik talebinin bulunmadığı belirtilmiştir[348].

3. Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Amaç ve Terminoloji Yönünden Yakınlaşması

Rekabet ve haksız rekabet hukuku düzenlemelerinin gittikçe birbirine yakınlaşması terminoloji yönünden de geçerlidir. Bu nedenle haksız rekabet

[345] Örneğin GWB § 20 (4) bu konuda yerinde bir düzenleme yer almıştır. Buna göre, küçük ve orta ölçekli işletmelerden daha üstün bir pazar gücüne sahip olan teşebbüsler, bu pazar güçlerini onlara karşı köyüye kullanamazlar. Böyle bir rakibin doğrudan veya dolayılı yollarla engellenmesi haksızdır. Küçük ve orta boy teşebbüsler "rekabet politikasının yeni favorileri" olarak da adlandırılmaktadırlar. Özellikle böyle pazar gücüne sahip teşebbüslerin temel tüketim maddelerini maliyet fiyatının altında satmaları haksız bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. Aynı şekilde bu teşebbüslerin diğer malları veya ticarete konu hizmetleri de arasıra olmamak üzere maliyet fiyatı altında satmaları da haksz bir uygulama olup, bu durumun istisnası bu tarz bir satış objektif açıdan haklı olmasıdır. Rekabet ve haksız rekabet hukuku arasındaki ilişkiler açısından bir değerlendirme için bkz. Volker Emmerich, "Überlegungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrechts aus deutscher Sicht", **Die Europäsierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht,** (Ed. Susanne Augenhofer), Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, s. 76.

[346] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19 Rdnr. 262; Hefermehl ve diğerleri, UWG § 4, Rdnr. 12. 2.

[347] Fischer, s. 215.

[348] Emmerich**,** s. 77.

hukukuna özgü bazı kavramlara, rekabet hukuku ile ilgili düzenlemelerde de rastlamak mümkündür. Örneğin GWB § 20'nin kenar başlığı "ayrımcılık yasağı, haksız engellemenin yasaklanması" şeklinde iken, bu düzenlemenin birçok yerinde "haksız" *(unbillig)* kavramı geçmektedir. Çünkü her iki hukuk alanı açısından da pazar katılımcıları *(Marktteilnehmer)* benzer olup, bu anlamda onların çatışan menfaatleri arasında "rekabet" yoluyla bir dengeye ulaşma amacı bulunmaktadır.

Haksız rekabet hukukundaki bu yeni yaklaşımlarla birlikte, Alman Haksız Rekebet Kanununun (UWG) koruyucu amacı da 2004 ve 2007 yılında yapılan UWG reformu ile daha açık ve bağlayıcı bir niteliğe kavuşturuldu[349]. Yeni düzenlemelerle birlikte, haksız rekabet ile ilgili yasal düzenlemelerin sadece rakip teşebbüsleri korumaya yönelik olduğu şeklindeki normatif yaklaşım bir yana bırakılmış ve işlevsel rekabet anlayışına paralel olarak, haksız rekabet hukukunun tüketici menfaatlerini de esas aldığı açıkça vurgulanmıştır[350]. Alman UWG § 1 hükmünde Kanunun amacı, rakiplerin ve tüketicilerin çıkarları yanında aynı zamanda bütün katılanların, yani kamunun yararına bozulmamış bir rekabetin sağlanması olarak belirtilmiştir[351]. Benzer şekilde 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanununun[352] amacı da aynı şekilde kamu, ekonomi ve tüketicilerden oluşan klasik üçlünün korunması olarak ifade edilmiştir.

Haksız rekabet hukuku açısından tüketicilerin korunması sadece rakiplerin korunması yanında veya karşısında ortaya çıkmış bir olgu değildir. Her ne kadar haksız rekabet düzenlemeleri ve bu anlamda UWG tüketicinin korunması ile ilgili özel bir kanun olmasa da, tüketiciyi koruma amacı kendine özgü bir düzenleme olarak UWG § 1 cümle 1 bağlamında zaten sözkonusudur. Aynı zamanda burada rakiplerin korunması konusunda da herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Hatta çoğu zaman bu iki grubun çıkarları temelde aynı yöndedir. Bu konuda en açık ve bilinen bir örnek UWG §§ 3 ve 5'te yer alan yanıltıcı reklamlar ile ilgili yasaktır. Çünkü hem tüketicilerin hem de rakiplerin çıkarları bu tarz yanıltıcı reklamlarla, bu reklamlarla hedeflenen amaçlarla bağdaşmamaktadır[353]. Sonuçta bu tarz yanıltıcı

---

[349] Pichler, s. 108. UWG değişikliği ve bu anlamda UWG'nin yeni koruyucu hedefleri ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Hans-Georg Koppensteiner, "Das UWG nach der Novelle 2007", **Die Europäsierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht**, (Ed. Susanne Augenhofer), Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, s. 85.

[350] Koppensteiner, s. 86. Ayrıca bkz. Yaşar Can Göksoy, "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 144.

[351] Emmerich, s. 75.

[352] Bundesgesetz vom 19 Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb ("Haksız Rekabete Dair Federal Kanun"), Yürürlük Tarihi, 1 Mart 1988, http://www.admin.ch/ch/d/sr/c241.html

[353] Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung, s. 27.

reklamlar her iki kategorideki pazar katılımcıları için olumsuz sonuçlar doğuran, onların menfaatlerine aykırı haksız davranışlardır.

4. Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet Hükümleri

Haksız rekabet hukuku alanında ortaya çıkan yeni yönelimler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nun haksız rekabet hukuku konusundaki düzenlemelerini de etkilemiştir. Yeni sistem, rekabeti ve haksız rekabeti temelde aynı amaca hizmet eden müesseseler olarak kabul eden, konuyu tüm katılanların yararına ele alan, dürüst ve bozulmamış rekabet[354] ortamını sağlamayı hedefleyen ve böylece İsviçre ve Alman[355] düzenlemelerine paralel ilke ve amaçlar içeren bir sistemdir[356].

6762 sayılı Ticaret Kanunu (TK)'nun 56. maddesi haksız rekabet kavramını "suistimal" kavramı ile tanımlarken, "genel hüküm" niteliğindeki bu düzenleme, aynı zamanda bir tanımlama hükmü işlevi de görmekteydi. 6102 sayılı TTK da yer alan yeni düzenlemler açısından bakıldığında ise, 6762 sayılı Kanunda "suistimal" de bulunan anlam ağırlığı, yeni Kanunda "dürüstlük kuralı"na geçmiştir. Yeni düzenlemeler ile haksız rekabetin tanımı kaldırılmış ve onun yerine haksız rekabetin "amaç ve ilke" sinin belirleyici olduğu vurgulanmıştır. Bu yaklaşımın sonucunda da haksız rekabetin beirlenmesindeki temel ilkenin, "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar" olduğu belirtilmiştir[357].

Bu yaklaşım aynı zamanda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 54. maddesi birinci fıkrasında *"Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün*

---

[354] Kendigelen'e göre, "TTK 54/I'de kullanılan *"bozulmamış rekabet"* kavramı ve bu maddeye ilişkin gerekçedeki açıklamalar, aynı zamanda rekabetin kötüye kullanılmasının başka bir boyutunu, tabiri caizse madalyonun diğer yüzünü ifade eden "rekabet sınırlamalarına" yönelik olup rekabet hukukuna ve bu nedenle de tamamen farklı bir kanunun (RKHK) uygulama alanına ilişkindir. (…) Dolayısıyla ilkin bu konuda bir ayrım yapılmasına gerek olup olmadığı tartşılmaksızın, esasen özelde başka hukuk dallarını ilgilendiren bazı kavramlara haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde yer verilmesi eleştirilebilir." Bkz. Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 64 ve özellikle dn. 32.

[355] Hatta bu düzenlemelerin kavramsal düzeyde de bir paralellik taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de 54.maddenin madde gerekçesinde "dürüst" terimi için kaynak Almanca metninde "saf, karışık ve katışık olmayan" anlamına gelen "lauter" sözcüğü için kullanıldığı belirtilmiştir. Ancak, hüküm yorumlanırken bu sözcüğe Almacadaki "saf, karışık ve katışık olmayan" anlamının da verilmesi, ayrıca dürüst kelimesinin sadece doğru veya kanunlara uygun şeklinde anlaşılmaması belirtilmiştir. Burada kast edilen saf, geniş anlamda, kurallara uygun, dürüs rekabettir. Bkz. TTK Tasarısı, Ankara 2005, Gerekçe, s. 17.

[356] İsmail Kayar ve Özlem İlbasmış-Hızlısoy, **"**Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IX**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2011, s. 77.

[357] Tamer Pekdinçer, "Türk Borçlar Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, 2011, s. 75.

katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" olarak somutlaştırılmıştır. Yeni düzenlemeler, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliğini ifade etmekle, hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır. Burada dürüst davranma kuralı artık haksız rekabetin tanınmlanmasında belirleyici kavramdır. Dolayısıyla hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında (ortamın her zaman piyasa olması şart değildir) tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kuralına göre hareket edeceğine güvenmelidir. Dürüstlük kuralını ihlal eden, bu güvene aykırı hareket etmiş olur; bu da haksız rekabet oluşturur[358].

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı hukuka uygun ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Bu rekabet bütün katılanların menfaatine sağlanır. Burada tüm katılanlar ile rekabet hukukunun "ekonomi", "tüketici" ve "kamu" dan oluşan bilinen *"klasik üçlü"*sü kastedilmektedir. Bu hükmün aynı zamanda haksız rekabet hükümlerinin iki taşıyıcı kolonundan[359] birisi olduğu da söylenebilir. Benzer yaklaşım Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG)'nda da yer almakta olup, UWG § 4 Nr.1'e göre tüketici veya diğer pazar katılımcılarının karar verme özgürlüklerini baskı yoluyla sınırlamaya elverişli rekabet karşıtı davranışlar haksızdır. UWG § 2 paragraf 1 Nr.2 de de "pazar katılımcıları" *("Marktteilnehmer")* kavramı, rakipler ve tüketiciler yanında, alıcı veya satıcı olarak mal veya hizmetlerle ilgili faaliyet gösteren bütün kişiler olarak tanımlanmıştır. Haksız rekabet hukuku alanında "katılanlar" gibi çok geniş bir kavramın kullanılması ile haksız rekabet hukuku kurallarının sadece rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır. Artık rakipler yanında alıcılar ve daha dar anlamda tüketiciler de haksız rekabet hukukunda suje konumundadırlar.

6102 sayılı TTK açısından haksız rekabet ile ilgili düzenlemeler alanında bir diğer ilke ve aynı zamanda ikinci taşıyıcı kolon ise "dürüst davranış kuralı"dır. Dürüstlük kuralını ihlal eden aynı zamanda bu güvene aykırı hareket etmiş olur. Bu da haksız rekabet oluşturur. Dürüstlük kuralına aykırılık iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı veya kandırıcı davranışlarla ya da ticari uygulamalarla olur. Bunlar rekabetin işlevsel kurallarını zedeler, rekabetten beklenen sonuçların alınmasını engeller. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar rekabetin işlevsel kurallarını zedeler, rekabetten beklenen sonuçların alınmasını engeller. Bu nedenle TTK m. 54 fıkra (2)'de bu

[358] TTK Genel Gerekçe, s. 17.
[359] TTK Genel Gerekçe, ss. 14-15.

durum; *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı"* olarak belirtilmiştir.

Sonuç olarak, TTK'deki haksız rekabet hükümleri düzenlenirken, haksız rekabet hukukunun temel amacının bütün katılanların menfaatine olacak şekilde dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu belirtilerek, bir anlamda da, rekabet ve haksız rekabet kurallarının temelde aynı amaca hizmet eden hükümler olduğu vurgulanmıştır.

5. Haksız Rekabet Hukuku ve Bağlama Uygulamaları

Bağlama uygulamaları hem rekabet ve hem de haksız rekabet hukuku hükümleri kapsamında ortaya çıkabilirler[360]. Bu anlamda haksız rekabet hukuku alanında ortaya çıkan bağlama uygulamaları da aslında tüketicilerin ticaret ve sözleşme özgürlüğü ile birlikte karar alma özgürlüklerini de sınırlayan davranışlardır[361]. Herşeyden önce tüketiciler alışveriş kararlarını verirken hangi sunumu kabul edip, hangisini reddedecekleri konusunda kendileri değerlendirme yapabilmelidir. Rekabet, tüketicilere kendileri için en elverişli sunumu seçme hakkı da vermelidir. Tüketici karar, satıcı ise cevap vermelidir. Bu anlamda pazarda tüketici egemenliği hüküm sürmelidir[362]. Bu ise ancak serbest rekabet ortamında ortaya çıkabilecek bir durumdur. Tüketicilerin karar verme özgürlüğünün korunması açısından önemli olan, hukuka uygun sınırlamaların sınırları ve tüketicilerin serbest karar vermelerinin etkilenmesi bağlamında karşılıklı çıkarların dengelenmesidir[363]. Burada her şeyden önce tüketicilerin çıkarlarına özgü, özellikli bir bilgi modeli sözkonusudur. Bu bir yandan tüketicilerin yanlış veya eksik değil, aksine doğru bilgilendirilmelerine dayanırken, diğer yandan tüketicilerin satın alma kararlarının temelinde yatan belirleyici unsur olarak yeterli derecede bilgiye ulaşmalarındaki çıkarlarıdır[364]. Öte yandan tüketicilerin karar verme özgürlüğü açısından ikinci koruyucu boyut ise kendi başlarına serbestçe karar verme sürecinin korunmasından oluşmaktadır. Bu durum ise ancak zorlama ve mecburiyet yanında, "saldırgan satış yöntemleri" olarak da belirtilen davranışlara karşı korunmaları ile mümkündür[365].

---

[360] Burkert, s. 377.
[361] Hefermehl ve diğerleri, UWG § 1, Rdnr. 13.
[362] Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung, s. 26.
[363] Hefermehl ve diğerleri, UWG, § 1, Rdnr. 14.
[364] Bkz. Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung, s. 27.
[365] Axel Beater, **Unlauterer Wettbewerb**, Mohr Siebeck GmbH KG, Tübingen, 2011, § 16, Rdnr. 1; Pichler, s. 139.

6102 sayılı TTK'da da haksız rekabet hukuku alanında bu tarz davranışları önlemeye yönelik düzenlemeler de yer almaktadır. TTK'nın 55 inci maddesinde, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 3 ile 8 inci maddelerine uygun olarak altı kategori halinde, dürüstlük kuralına özellikle aykırı sayılan haksız rekabet davranışları düzenlenmiştir. Bu kategoriler aynı zmanda dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticari uygulamaların, yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanılan halleri, yani görünüş şekilleri olarak da tanımlanmaktadır.

TTK'nın 55 inci maddesinin (7) numaralı alt bendi, *"müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak"* halini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin konusu, müşteriye armağanlar, primler ve rabatlar (indirimler) gibi avantajlar vaad ederek, vererek veya tanıyarak müşterileri malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürmeden, onun yönlendirilmesidir. Burada düzenlemenin merkezi, müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır. Bu bent dürüstlüğe aykırı iki davranışı düzenlemektedir: Birincisi, müşterinin karar verme özgürlüğünün yanılma ile etkilenmesidir. İkincisi ise malın değeri armağanlar, bedelsiz verilen eşantiyon, ilave vs ek mallarla saklanmakta, müşteri bunu düşünmekten alıkoyulmaktadır.

6. Özellikle Satışları Destekleyici Nitelikte Bağlama Uygulamaları

Haksız rekabet hukuku alanında bağlama uygulamaları daha çok satışları destekleyici önlemler kapsamında ortaya çıkan, özellikle promosyon tarzı davranışlardır. Teşebbüslerin ürün veya hizmetlerine yönelik tüketici talebini artırmak için promosyon faaliyetlerinden de çok yoğun bir şekilde yararlandıkları bilinen bir durumdur. Bu anlamda promosyonlar tüketicilerin bir ürün veya hizmete yönelik talebini artırmak için etkili bir yöntemdir.

Bununla birlikte, satışları destekleyici önlemler *(sales promotion)* kavramı altında, ürün veya hizmetlere yönelik talebi desteklemeye ve kazanç sağlamaya elverişli her türlü durum anlaşılmalıdır. Satışları destekleyici nitelikte bir promosyon uygulaması özellikle alıcıları bir ürünü almaya veya bir hizmetten yararlanmaya teşvik ettiği veya neden olduğu ölçüde yararlıdır. Çünkü böyle bir durumda öngörülen veya vaat edilen indirimi sağladığı için bu uygulama yararlı görülmektedir[366]. Bu anlamda esasen münferit ürün fiyatı konusunda açıklama veya bilgi olmaksızın da, uygun bir şeffaflık olması koşuluyla ürün bağlama uygulaması

[366] Fischer, s. 124.

haksız rekabet sayılmayacaktır. Örneğin cep telefonu ile birlikte hattın satılması[367], kayak tatilinin kayak takımı veya kursu alınmasına bağlanması[368] veya dergi ile birlikte güneş gözlüğü verilmesi[369] de hukuka aykırı bir bağlama uygulaması olmayacaktır. Ancak bu etkiler her zaman olumlu yönde olmayıp, çoğu zaman tüketicilerin aleyhine sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir[370]. Haksız rekabet hukuku alanında da bağlama uygulamalarının farklı türlerine rastlamak her zaman mümkün olmakla birlikte, bunların hepsinin ayrı ayrı incelenmesi bu çalışmanın kapsamı ve amacını aşacağından, burada uygulamada en çok karşılaşılan bağlama uygulamaları değerlendirilecektir.

Haksız rekabet hukuku alanında bir bağlama uygulaması açık ve gizli bağlama satış şeklinde gerçekleşebilir. Bu bir anlamda farklı ürün veya hizmetlerin birleştirilerek toplam bir fiyatla satılmasıdır. Burada asıl ürün veya yan ürünler bir çeşit paket satış ile tüketiciye sunulmaktadır. Tüketici açısından asıl sorun edimin gerçek değeri hakkında yeterli bilgisi olmadan sunumu kabul etmesidir[371]. Eğer satıcı ürünlerin ayrı fiyatı yerine sadece toplam fiyatı beyan ediyorsa bu durum "gizli bir bağlama" sunumu olarak görülmektedir[372].

Bazı durumlarda ise bağlama uygulaması standart bir asıl ürün yanında, genellikle işletmesel ve ticari uygulama bakımından bu asıl ürüne yabancı veya farklı bir yan ürünün, özel bir fiyatla satılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Fakat bu konuda belirleyici olan husus, yan ürünün asıl ürün olmaksızın elde edilememesidir. Aynı zamanda burada çok sayıda ürünün birbiri ile bağlanmasından ziyade, asıl ve yan üründen oluşan bir ürün bağlama sözkonusudur. Benzer şekilde, sadece ürünler değil, hizmetler de sürükleyici bir promosyon uygulamasına konu olabilir[373].

Öte yandan, bir ürün veya hizmet ile birlikte, ücret karşılığında satılan bir asıl ürünün özel bir fiyat olmadan satılması ve sözleşme konusu ek ürünün elde edilmesi ile ilgili işlemin asıl ürüne bağlı olması durumunda da bir eşantiyon veya ek bulunmaktadır[374]. Burada yan ürünün elde edilmesinin asıl ürünle birlikte satılmasına bağlı olduğu ve sunumun bu bağlılık nedeniyle objektif açıdan uygun olduğu

---

[367] BGH, **GRUR**, Heft: 10, 2002, s. 979 "Koppelungsangebot I".
[368] BGH, 27.2.2003, **BGHZ** 154, s. 105 "Gesamtpreisangebot".
[369] BGH, **GRUR**, Heft: 2, 2006, s. 161.
[370] Bununla birlikte haksız rekabet hukuku alanında ortaya çıkan bağlama uygulamalarının hukuka aykırılığına kara verilirken bu durumun dar yorumlanması gerektiği de belirtilmektedir. Bu yönde bir görüş için bkz. Hönn Günter, **Examens-Repetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, s. 46, Rdnr. 137.
[371] Burkert, s. 390.
[372] Bkz. Hefermehl ve diğerleri, UWG § 1 Rdnr. 127; Fischer, s. 124.
[373] Fischer, s. 124.
[374] BGH, **GRUR**, Heft: 3, 1999, s. 271 *"Umtauschrecht II";* BGH, **GRUR**, Heft: 6, 1998, s. 501, *"Skibindungsmontage".*

yolunda, müşterilerin asıl ürünü alma konusundaki algıları ve kararları üzerinde etki yapan bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır[375]. TTK m. 55/(7) hükmü bu durumu *"müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak"* şeklinde düzenlemiştir. Burada öncelikle müşterinin karar verme özgürlüğü yanıltma ile etkilenirken, ikinci olarak ürünün gerçek değeri armağanlar, eşantiyonlar veya ilaveler vb ek edimler ile gizlenmekte, müşterinin de bunu düşünmesinin önüne geçilmektedir[376]. Örneğin bir kahve satıcısının 20 kg kahve için bir masa örtüsüne, 40 kg kahve alınması durumunda ise bir kahve makinesine veya her iki ek ürün yerine %3 indirime hak kazanılacağını söylemesi olayında, ek ürünler ile edimin gerçek değeri gizlenmiş olmaktadır[377].

Ürünler, hizmetler ve haklar da herhangi bir şekilde eşantiyon konusu olabilirler. Öte yandan bir ürünle ilgili garanti süresinin normal durumdan çok fazla, yani aşırı uzatılması da fiilen bir eşantiyon niteliği kazanabilir. Bu durumda ürünün teslimi sırasında var olan eksiklikler yanında, normal yıpranmalar veya başka hasar veya zararlar da ortadan kaldırılmalıdır. Bu hususta belirleyici olan, garantiden bahsedilirken veya garanti sözü verilirken, normal kullanım veya diğer nedenlerden dolayı ortaya çıkan bu tarz kusur veya eksikliklerin de garanti kapsamında olduğu şeklinde bir anlam çıkarılmasıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda bağımsız, yani serbest bir garanti ve bu nedenle de bir eşantiyon sözkonusudur[378].

Alıcıların korunması açısından bakıldığında, eşantiyon şeklindeki promosyonlarda teşebbüslerin ilgili ürünün maliyetini açıklamadıkları gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle alıcılar açısından ilgili sunumun gerçek piyasa değerini tespit etmek gerekliliği gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Eşantiyonların yerine getirilmesi konusunda müşteriler sadece asıl ürünle ilgili bir değerlendirme yapmak durumunda kalmayıp, aynı zamanda buna ek olarak az veya çok, yan edim veya ürün ile ilgili de bir değerlendirme yapmak durumundadır[379]. Bu şekilde istenmeyen bir ek edimle ilgili değerlendirme veya değer biçme gerekliliği aynı zamanda tüketici açısından gereksiz işlem maliyetlerine de yol açar[380].

Müşteri bağlama sistemleri de satışları destekleyici nitelikte uygulamalar olmakla birlikte, bunlar da çoğu zaman bağlama uygulaması gibi işlev görürler.

---

[375] Fischer, s. 124.
[376] Burkert, s. 391.
[377] Eşantiyonlar açısından yan edim veya ürün bedelsiz olmalıdır. Aynı zamanda ilgili hukuki ilişkinin kapsamında da bu ortaya konabilir. Satıcı asıl edimin fiyatını belirlerken eşantiyonun fiyatını da hesaba kattığından, müşterinin gerçekten eşantiyon için de ödemede bulunması bu nedenle önemli değildir. Bkz. BGH, **GRUR**, 1971, s. 583 *"Kopplung im Kaffeehandel".*
[378] Fischer, s. 125.
[379] Jochen Glöckner, **Europäischer Lauterkeitsrecht,** Verlag C. H. Beck, München, 2006, s. 387.
[380] BGH, **GRUR**, Heft: 10, 2002, s.981, "Kopplungsangebot II".

Burada amaç tüketicileri alışveriş veya zaman süreci açısından, satışa konu bir ürün veya onlara yönelik bir hizmetle bağlamaktır[381]. Ürün veya özellikle hizmetlerle ilgili sayı ve satış miktarı açısından ortaya çıkan müşteri bağlama sistemleri tüketiciler açısından ürünün fiyatı veya niteliği konusunda çeşitli avantajlar da sağlayabilir. Fiyat açısından ortaya çıkan avantajlar da aslında bir çeşit indirim *(Rabattgewährung)* gibi olmaktadır[382].

Bir ürünle ilgili tipik müşteri bağlama uygulamalarına örnek olarak kredi kartı veren teşebbüslerin uyguladığı *"Bonus mil"* sistemi verilebilir. Bonus mil sistemi, kredi kartı sözleşmesi yanında özel bir yan edim olarak görülse de, bunların ek veya eşantiyon olarak değerlendirilmesi tartışmalıdır. Her ne kadar ürünle ilgili müşteri bağlama sistemleri çoğu zaman bunların aşırı karmaşık yapıları nedeniyle haklılığını gösterse de, bunlar daha dar anlamda kullanılmaları nedeniyle eşantiyonlardan da ayrılırlar[383].

Haksız rekabet hukukunda bağlama uygulamaları genellikle alıcının edimin gerçek değeri hakkında yanıltılması ile ortaya çıkarlar. Bu şekilde tüketicinin psikolojik/psişik/ahlaki yönden alış veriş yapmaya yönlendirilmesi bir bağlama uygulaması olarak değerlendirilebilir[384]. İndirimli veya eşantiyon bir hediyenin başka bir ürün veya hizmet ile bağlanmak suretiyle müşterinin alışverişe yöneltilmesi hedefine, çoğu zaman psikolojik yollarla ulaşılmaya çalışılır[385]. Satıcı sahip olduğu imkânlar, mevcut koşullar yoluyla alıcıların karar verme özgürlüğünü etkilemeye çalışır. Öyleki, böyle durumlar karşısında alıcı açısından çoğu zaman tek seçenek ilgili sunumu kabul etmektir[386]. Bu aynı zamanda bir çeşit psikolojik bir satın alma zorunluluğu yaratılması anlamına gelmektedir[387]. Böyle bir psikolojik satın alma zorunluluğu, alıcının en başta bedelsiz bir eşantiyon veya hediye aldığı durumlarda belirgindir. Böyle durumlarda çoğu zaman müşteri bir ürünü kalite veya uygun fiyatından çok, nezaketen de satın almaktadır[388].

Bu psikolojik zorlama, alıcının karşılıksız hediyeler yoluyla müşterileri kendisine çekip adeta cezp ettiği, örneğin müşterilere ücretsiz servis hizmeti

---

[381] Burkert, s. 393.
[382] Fischer, s. 125.
[383] Fischer, s. 126.
[384] Psişik zorlamalar yanında, psikolojik alım zorunlulukları da yasal değildir. Psişik zorlamalar açısından doğrudan, hemen etki gösteren bir durum sözkonusu olmasına rağmen, psikolojik satın alma zorunluluğu daha keskin, ancak ince bir etkiyle ortaya çıkar. Bkz. Glöckner**,** s. 381.
[385] Burkert, s. 202.
[386] BGH, **GRUR**, Heft: 8, 1989, s. 757 *"McBacon".*
[387] Burkert, s. 392.
[388] Bu durumda müşteri, girdiği işyerinden herhangi bir ürün almadan veya bir sipariş vermeden çıkmış olsaydı bu durumun hoş karşılanmayan, hatta utandırıcı bir davranış olacağı düşüncesinden hareketle, alışveriş yapmaktadır. Bkz. Glöckner**,** s. 382; Burkert, s. 392.

sağlanması olayında olduğu gibi, bir hizmet sunumu yoluyla da gerçekleşebilir[389]. Öte yandan psikolojik alım zorunluluğu, bazı durumlarda müşteri için yapacağı alışveriş karşısında bir şans oyunu veya ödüllü yarışmaya ücretsiz katılım hakkı sağlanması[390] şeklinde de ortaya çıkabilir[391].

7. Ara Değerlendirme

Rekabet hukuku dışında bağlama uygulamalarının en sık görüldüğü hukuk alanı şüphesiz haksız rekabet hukukudur. Rekabet hukukunun asıl hedefi mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışları engellemek suretiyle etkin ve sürekli bir rekabetin gerçekleşmesini sağlamaktır. Haksız rekabet hukuku alanında da artık günümüzde benzer yönde bir eğilimin varlığından söz etmek mümkündür. Nitekim 6102 sayılı TTK m. 54 hükmünde de haksız rekabet hükümlerinin amacı, "bütün katılımcıların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla haksız rekabet hükümlerinin amacı da tıpkı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da olduğu gibi sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması olarak ortaya konmuştur. Öte yandan haksız rekabet hukuku alanında "katılanlar" *(Marktteilnehmer)* gibi geniş ve kapsamlı bir kavramın kullanılması ile birlikte haksız rekabet hukuku kuralarının sadece rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolu kapatılmıştır. Rakipler yanında alıcılar ve daha dar anlamda tüketiciler de haksız rekabet hukukunda suje konumundadırlar.

Haksız rekabet hukukuna özgü bağlama uygulamaları aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalardır. TTK m. 55(7) hükmüne göre, *"müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak"* da böyle bir davranış ve ticari uygulamadır. Gerçekten de haksız rekabet hukuku alanındaki bağlama uygulamaları daha çok alıcı veya tüketiciyi çeşitli armağanlar, primler, indirimler vaad etmek veya vermek suretiyle, müşterinin ürünün kalitesi, tazeliği veya sağlamlığı konusunda fazla düşünmeden sunumu kabul etmesini sağlamaktır. Kısacası alıcı, sağlanan ek edimler ile sunumun gerçek değeri konusunda yanıltılmak suretiyle, bir anlamda rasyonel olmayan bir kararla sunumu kabul etmektedir. Alman hukukunda da aldatıcı veya saldırgan ticari uygulamalara

[389] Burkert, s. 393.
[390] Glöckner**,** s. 575; Hönn, s. 46. Rdnr. 137.
[391] Bir bağlama uygulaması türü olarak psikolojik satın alma zorunluluğu kamuoyu içinde yöneldiği kişileri müşteri olarak kazanma niyeti ile ayırt edici bir uygulamadır. Burada müşteriler diğer rahatsız edici, sıkıntı verici veya tacizkar durumlardan kurtulmak için gerekirse alışveriş yapmaktadırlar. Bkz. Fischer, s. 127.

ilişkin yasaklama veya mesleki özeni ihlal ederek hukuka aykırı olarak alıcıları etkilemeye yönelik bağlama uygulamaları haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan Alman hukukunda kabul edilen yaklaşım, somut bir rekabet ihlalinde çoğu zaman her iki hukuk alanına ait hükümlerin de uygulama yeteneği olduğudur[392]. Bununla birlikte farklılık aykırılığın dayandırıldığı kriterler açısındandır: Rekabet (kartel) hukukunda özellikle hakim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkan bağlama uygulamalarında hakim durumun bağlanan ürün pazarı üzerinde kullanılması belirleyici olmaktadır. Buna karşın haksız rekabet hukuku açısından yapılan değerlendirmelerde tüketicinin satın alma konusunda rasyonel bir karar verme yeteneği dikkate alınmaktadır[393]. Dolayısıyla edimin gerçek değeri konusunda ciddi biçimde bir yanıltma bulunuyor ve makul düzeyde bir tüketici dahi münferit ürünlerin fiyatı konusunda aydınlatılma beklentisi içinde bulunuyorsa, bu durumda bağlama uygulamasının UWG §1 hükmüne aykırı olacağı belirtilmektedir. Sonuçta her iki değerlendirme kriteri birbirini tamamlamaktadır[394].

[392] Bu yönde kararlar için bkz. BGH, 4.11.2003 tarihli karar, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 1206 "Strom und Telefon I"; BGH, 4.11.2003 tarihli karar, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 1210 "Strom und Telefon II".

[393] BGH, 30.11.1995 tarihli karar, **GRUR**, Heft:4, 1996, s. 363 vd. "Saustarke Angebote"; BGH, 4.11.2003 tarihli karar, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 1206, "Strom und Telefon I".

[394] Bundeskartellamt, "Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht", 27. 09. 2004, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/04_AKK.pdf, adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 1.09.2012).

İKİNCİ BÖLÜM
BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABETE ETKİLERİ VE REKABET POLİTİKALARININ BAĞLAMA UYGULAMALARINA YAKLAŞIMI

I. BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Rekabet hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bağlama uygulamalarının etkinlik sağlayıcı bazı olumlu yanlarına rağmen, genel olarak rekabet üzerinde olumsuz etkilere neden olduğudur[395]. Rekabeti sınırlayıcı bu etkiler genel olarak alıcı veya tüketiciler açısından sömürücü, rakipler açısından ise dışlayıcıdır. Alternatif temin kaynakları ve bununla bağlantılı seçme özgürlüğü sınırlanan alıcılar için bağlama uygulaması, rekabetin ortadan kalkması ile sömürücü etkilere de neden olur. Rakipler üzerindeki olumsuz etkileri ise pazar gücünün aktarılması ile bağlantılı olarak rakiplerin dışlanmasıdır. Aynı zamanda bağlama uygulamaları pazara giriş engellerine de neden olduğundan, bu durum pazarda bir tekelleşmeyle de sonuçlanabilir.

Öte yandan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken, genellikle hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışları esas alınarak bu yapılmaktadır. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere bağlama uygulamaları sadece hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkmaz. Uygulamada genellikle bu şekilde ortaya çıksa da, teşebbüsler arası anlaşma, karar veya uyumlu eylemler yoluyla da bağlama uygulamaları ortaya çıkabilir. Bu anlamda, teşebbüsler arası yatay (kartel) anlaşmalar gibi, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar yoluyla da bağlama uygulamasına gidilebilir.

Çalışmamızın bu bölümünde bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri, uygulamada en çok ortaya çıkan şekli ile hakim durumun kötüye kullanılması esas alınarak incelense de, bu sonucun rekabeti sınırlayıcı etkileri olan örneğin RKHK m.4 kapsamındaki bir bağlama uygulaması için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

[395] Schmidt, Kartellrecht, s. 165.

II. ALICILAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

A. Alıcıların Özgürlüğünün Sınırlanması

Etkin bir bağlama uygulaması ile rakiplerin pazardan çıkarılması veya bağlama uygulaması ile yıkıcı fiyatlamaya girişilmesi rekabeti olumsuz yönde etkiler. Yeterli rekabetin olmadığı bir ortamda ise alıcı veya tüketiciler hakim durumdaki teşebbüse bağımlı hale gelir ve bu şekilde alternatif tedarik kaynaklarının yokluğu nedeniyle hem sözleşme hem de tercih özgürlükleri sınırlanmış olur.

Alıcıların özgürlüğünü sınırlaması (Freiheitsargument) ve bu anlamda bağlamanın rekabet üzerindeki etkileri konusunda satıcının bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücü belirleyicidir. Dolayısıyla rekabet hukuku düzenlemeleri ile hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma nitelikli davranışlarına müdahalenin temelinde de pazar katılımcılarının çatışan çıkarları arasındaki dengenin ancak rekabet yoluyla sağlanabileceği düşüncesi yatmaktadır. Çünkü rekabet hukuku aynı zamanda bireyin bir teşebbüs ve bu anlamda sözleşmenin güçlü olan tarafı karşısındaki bağımlılığını azaltır. Bu şekilde pazar katılımcısı olarak tüketicilerin karar verme özgürlüğü konusunda hareket alanları genişlemiş olur. Bu anlamda, bağlama uygulamasına giden satıcının sınırsız bir ticaret özgürlüğüne sahip olmadığı gerçeği ortaya çıkarken, alıcı da tamamen onun egemenliği altında değildir[396]. Teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu durumlarda bağlama uygulamasının alıcıların özgürlüğünü sınırlayıcı niteliği aynı zamanda zamansal bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda bağlamanın süresi uzadıkça, rekabet ve tüketiciler açısından ortaya çıkacak sorunlar da ağırlaşacaktır.

Satıcının bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücü nedeniyle diğer rakiplerle yeterli bir rekabet ortaya çıkmıyorsa, bu koşullar altında pazar katılımcılarının çatışan çıkarları arasındaki dengenin rekabet yoluyla yeterli ölçüde gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu ortaya çıkacaktır. Satıcının bağlayan ürün pazarındaki pazar gücü ne kadar büyükse, alıcıların sözleşme ve bu anlamda seçme özgürlükleri de o oranda güçlü bir şekilde kısıtlanmış olacaktır. Çünkü satıcının pazar gücü büyüdükçe rekabet baskısından kurtulup, alıcılara karşı bir bağlama uygulamasına gitmesi ve bu anlamda alıcılar üzerinde bu uygulamayı rahatlıkla gerçekleştirmesi de kolaylaşacaktır. Satıcı bu şekilde alıcıları ekonomik veya psikolojik bir baskı altında bırakmaktadır. Çünkü alıcılar bu durumda, bağlama

[396] Burkert, s. 144.

uygulaması ile daha uygun koşullarda ürünlere sahip olma veya bağlamayı kabul etmedikleri zaman bu ekonomik avantajlardan mahrum kalma gibi bir ikilem içinde kalmaktadırlar[397].

Sonuç olarak bağlama uygulamaları ile ilgili somut bir olayda, teşebbüsün pazar gücü de devreye girdiği zaman, AB rekabet hukuku özgürlükçü bakış açısından hareketle bu uygulamaya müdahale edebilmektedir. Böyle bir müdahalenin temel dayanağı ise, rekabetin sadece etkinlikle ilgili bir olgu olmadığı, aksine aynı zamanda alıcıların sözleşme ve bu anlamda tercih özgürlüğünü de güvence altına alması gerektiğidir[398]. Örneğin bağlama uygulamaları konusundaki klasik örnek olan *Hilti* olayında Komisyon bağlama uygulamasını, dışlayıcı etkileri nedeniyle, tüketiciler açısından onların alternatif tedarik kaynaklarının ellerinden alınması ve bu şekilde tercih özgürlüklerinin sınırlanması olarak değerlendirdi[399].

B. Kötüye Kullanma Yoluyla Alıcıların Sömürülmesi

Hakim durumdaki teşebbüslerin, etkin rekabetin olduğu pazarlarda makul bir fiyat uygularken, rekabetin olmadığı, dolayısıyla müşterilerin alternatif temin kaynaklarına sahip olmadığı pazarlarda aşırı fiyat uygulayarak onları ekonomik bakımdan sömürmeleri, sahip oldukları pazar gücünün kötüye kullanılması suretiyle alıcıların sömürülmesi olarak kabul edilmektedir[400]. Öte yandan kötüye kullanma görüşü, alıcının seçme özgürlüğü ile de bağlantılıdır.

Bağlama uygulamaları aynı zamanda pazar gücünün kötüye kullanılması suretiyle, tüketicilerin sömürülmesine neden olan rekabet karşıtı davranışlardır. Çünkü alıcı bağlama uygulaması ile normal rekabetçi bir pazarda olması gerekenden daha "yüksek" bir fiyat ödemek zorunda kaldığında veya ortaya bir fiyat ayrımcılığı çıktığında, bu durum aynı zamanda pazar gücünün kötüye kullanılması yoluyla alıcının sömürülmesidir. Örneğin Hilti olayında da Komisyon, bağlama uygulamasının rekabet karşıtı etkilerinden birisini de alıcıların sömürülmesi olarak

---

[397] Fischer, s. 30.

[398] Bkz. Kommission, **Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse** (Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi Hakkında Komisyon Kılavuzu), ABRG 5.2.2004, C 31/3, Nr. 8; EuGH, 13.2.1979, Rechtssache C-85/76, *Hoffmann-La Roche / Kommission,* Slg. 1979, s. 461, Nr. 90; EuG, 23.20.2003, Rechtssache T-65/98, *Van Den Bergh Foods Ltd. / Kommission,* Slg. 2003, II-4653, Nr. 160.

[399] *Hilti* olayında Hilti çivi tabancası, çivi ve kartuş şeritleri de üretmekte olup, çivi tabancası pazarında hakim durumdaydı. Hilti izlediği satış poltikası ile çivi tabancasını kartuş ve çivilerin de kendisinden alınması koşuluna bağladı. Oysa pazarda Hilti'nin çivi tabancasına uygun çivi üreten bağımsız üreticiler de bulunmaktaydı. Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABRG 11.3.1988, L 65/19, Nr. 74.

[400] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 448.

gördü[401]. Çünkü bağlama uygulaması ile alternatif tedarik kaynaklarının azalması ile rekabet sınırlanacağından, bu durum dolaylı yoldan alıcıların sömürülmesiyle sonuçlanacaktır. Öte yandan hem kötüye kullanma hem de özgürlük iddiası aynı bakış açısından hareket etmektedirler: Satıcının ilgili pazarda rekabetin sınırlanması ile elde ettiği kazanç, nihayetinde tüketicilerin sömürülmesi ile sonuçlanmaktadır[402].

Alman hukukunda verilen *"Handpreisauszeichner"* kararında[403] portatif bir etiketleme aleti geliştiren üretici, bu aletin satışını gerekli olan etiketlerin de beş yıl süreyle kendisinden alınması koşuluna bağladı. Alman Federal Kartel Ofisi (BKartA)'nin bu olayda bağlama uygulamasını yasaklamasının bir nedeni de, bağlamanın aynı zamanda bağlayan ürün pazarındaki alıcılar üzerinde sömürücü bir araç olarak kullanılmasıydı. Satıcı sahip olduğu hâkim durum nedeniyle etkin bir rekabetle karşı karşıya olmadığından, alıcılar açısından zararlı sonuçlar doğuran dezavantajlı bir durum söz konusuydu. Dolayısıyla bu tarz sarf veya kullanım malzemeleri ile ilgili bağlama uygulamalarının, pazarda pek normal veya alışılmış durumlar olmadığı sonucu ortaya çıkıyordu. Ayrıca bağlı etiketlerin fiyatları pazardaki fiyatlarla karşılaştırıldığında açıkça daha yüksekti. Çünkü rekabetçi pazarda bunların fiyatı % 30-40 daha ucuzdu. Öte yandan kalite güvenliği iddiasıyla yapılan savunma BKartA tarafından ikna edici bulunmadığı gibi, etiket satışı ile servis hizmeti arasında haklı bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmuyordu. Dolayısıyla hiçbir alıcı, beş yıl boyunca sürecek olan ve açıkçası ne sıklıkta ihtiyacı olacağı dahi belli olmayan bir servis hizmeti için bu ücreti ödemeye yanaşmayacaktı. Federal Kartel Ofisi'ne göre bir aletin satılmasını başka bir yükümlülük ile bağlayan bu tarz uygulamalar, hiçbir koşul altında altı ayı aşan bir süreyi öngörmemelidir[404].

Bağlama uygulaması esasen çoğu zaman alıcıları normal rekabet koşullarında başvurmayacakları veya yapmayacakları davranışlarda bulunmaya da zorlar. Bu şekilde çekici bir sunumla alıcılar bağlama uygulamasını kabul ederken, bazı durumlarda bu davranış sömürücü bir etkiyle sonuçlanır. Bu konuda ilginç bir örnek, bağlı bilet satışı (gekoppelter Kartenverkauf) şeklinde ortaya çıkmıştır. Alman Futbol Ligi *(Bundesliga)* takımlarından 1.FC Köln'ün, birincisi 1 Şubat 1985 tarihinde Bundesliga takımlarından Braunschweig, ikincisi ise 20 Mart 1985 tarihinde UEFA Kupası'nda Inter Milan ile olmak üzere iki karşılaşması bulunuyordu. 1.FC

[401] Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABRG 11.3.1988, L 65/19, Nr. 35.
[402] Burkert**,** s. 150.
[403] BKartA, 20.10.1967 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKart, s. 1189, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*
[404] Bu zaman aralığını belirlerken, Kurum bir yandan o zaman yürürlükteki BGB kurallarına göre yasal garanti süresinin altı ay olması, diğer yandan bu tarz aletler ile ilgili olası hatalı üretimlerin (defolu ürünlerin) altı ay içinde tespit edilebilir olmasından hareket etti. BKartA, 20.10.1967 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E-D BKart, s. 1195, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*

Köln klübü biletleri satarken, Bundesliga da oynanacak Braunschweig karşılaşması için bilet alan herkesin UEFA Kupası'nda oynanacak olan Inter Milan karşılaşması için de bir bilet kazanacağını belirterek, her iki karşılaşmanın biletlerini bağlı satmaya çalıştı. Nordrhein-Westfalen (NRW) Eyalet Rekabet Otoritesi, 25.000'den fazla bilet satıldıktan sonra bu uygulamayı GWB § 19'a göre kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak değerlendirip, uygulamayı durdurdu. Karara karşı yapılan itiraz ise Düsseldorf OLG tarafından reddedildi[405]. Ardından NRW Eyalet Rekabet Otoritesi bu durumu, verdiği nihai karar ile de kabul etti. Bu karara karşı 1.FC Köln Kulübü'nün Alman Federal Mahkemesi nezdinde yaptığı başvuru da sonuçsuz kaldı.

OLG Düsseldorf'a göre, somut olayda bir futbol karşılaşması giriş bileti ne televizyonda canlı yayın ve ne de başka bir futbol karşılaşmasını izlemek suretiyle ikame edilebilirdir. Bu durumda 1. FC Köln ile Inter Milan arasında oynanacak futbol karşılaşması giriş bileti pazarında 1.FC Köln hakim durumdaydı. Mahkemeye göre kötüye kullanma, her iki karşılaşmanın bağlanmasıyla, taraftarlar açısından fazla çekici olmayan Bundesliga'da Braunschweig ile oynanacak karşılaşmaya olan talebi, UEFA Kupası'ndaki karşılaşmanın popülaritesinden yararlanmak suretiyle yapay bir şekilde artırmaktı[406]. Bu iki karşılaşmaya yönelik talebin yapay şekilde desteklenmesi ancak ve sadece 1.FC Köln'ün başka bir futbol karşılaşması bilet pazarında sahip olduğu hakim durum yoluyla bir bağlama uygulamasını kabul ettirmesi ile mümkündü. Dolayısıyla bağlama uygulaması tipik bir hakim durumun kötüye kullanılması haliydi. Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda, Eyalet Rekabet Otoritesi'nin kararını doğru bulmakla beraber, bu aşamaya kadar satılan yaklaşık 40.000 biletten, 25.000'nin bağlı olarak satılmasını uygun buldu. Bilet miktarının bu şekilde belirlenmesi, Köln ve Braunschweig arasında oynanan karşılaşmadaki ortalama seyirci sayısı ve Kulübün yasal çıkarları açısından, kendi sadık taraftar kitlesine yönelik bir hizmet, onları bir anlamda desteklemeye dayanıyordu[407].

[405] OLG Düsseldorf, 22.1.1985, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3335, *"Inter Mailand-Spiel".*
[406] OLG Düsseldorf, 22.1.1985 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3340 *("Inter Mailand-Spiel").*
[407] Ancak bu tarz bir çözüm de eleştirilmiştir. Çünkü 25.000 bağlı biletin seyirciler tarafından alınmasının uygun görülmesi, ya bütün biletlerin aşırı pahalı sayılması ya da hiçbirinin sayılmaması gerektiği düşüncesiyle bir çelişki olarak görülmüştür. Fakat Mahkeme bu 25.000 bilet, takımın sadık taraftarları için bunların Braunschweig karşılaşmasını da izlemek düşüncesiyle satın alındığı varsayılan biletlerdir. Akla daha yatkın bir çözüm olmakla birlikte, bu biletlerin gerçekten de sadık taraftarların elinde olup olmadığı da ayrı bir sorundur. Ancak bu gruptaki taraftarların nasıl olursa olsun her durumda Braunschweig ile oynanacak karşılaşmayı da izlemeye gidecekleri düşünülecek olursa, aslında bunların stismar edilmediği de düşünülebilir. Bkz. Burkert**,** s. 399, Riziotis, 145.

Alman Federal Mahkemesi karara karşı yapılan itiraz reddetti[408]. Federal Mahkemenin yaklaşımı da, Inter Milan karşılaşmasına ilgi gösteren seyircilerin Braunschweig karşılaşmasının biletlerini de almaya zorlandığı yönündeydi. Sonuçta, ortada haklı bir nedene dayanmayan yapay bir talep artışı ile birlikte, haksız bir kazanç elde edilirken[409] bu durum aynı zamanda alıcılar açısından sömürücü bir etki yaratmaktaydı[410]. Alıcıları bağlama uygulamasını kabul etmeye sevk eden güdü ise, bağlanan ürünün (Inter Milan karşılaşması) bağlayan ürüne (Braunschweig karşılaşması) göre onların gözünde daha cazip olmasıydı[411].

Satıcı bazı durumlarda bağlama uygulaması yoluyla, özellikle fiyat unsurunun kötüye kullanılması çerçevesinde, bağlanan ürün için normal rekabetçi pazar yapısında ortaya çıkabilecek fiyatlardan daha yüksek fiyatlar belirlemek suretiyle tüketicileri sömürebilir. Ancak bu durum daha çok birincil, başka bir deyişle bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücünü, bağlama uygulamasıyla alıcılar üzerinde empoze etmeye çalışan hakim durumdaki teşebbüslere yönelik bir iddiadır. Böyle bir ihtimalde alıcı esasen bu konuda haksız ve kötüye kullanma niteliğindeki yüksek fiyatların farkında olmakla birlikte, bağlayan ürüne olan ihtiyacı vaya bağlama uygulamasının cazip olması gibi ekonomik nedenlerle bağlama uygulamasını kabul etmektedir[412]. Yeterli alternatif tedarik kaynaklarına sahip olmayan alıcı açısından bağlamayı kabul etmesi, sözleşmesel veya ekonomik

---

[408] BGH, 26.5.1987 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 10, 1987, s. 928,*("gekoppelter Kartenverkauf").*

[409] BGH, 26.5.1987 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 10, 1987, s. 930 *("gekoppelter Kartenverkauf").*

[410] Benzer yönde bir dğer bağlama uygulamasında ise *Bundesliga* (Federal Lig)'da finale yükselerek play of oynamaya hak kazanan Köln Buz Hokeyi Takımı, en fazla 3 karşılaşmadan oluşan play-of biletlerini, her karşılaşma ayrı olmasına, ikinci veya üçüncü karşılaşmayı oynayıp oynamayacağı dahi kesin olmamasına rağmen, biletleri ayrı ayrı satmak yerine, bir arada satmaya çalıştı. Fakat Kulübün ugulamasına göre, eğer üçüncü maç oynanmazsa, bilet sahibi gelecek sezondaki bir maç için indirim kazanacak veya aynı takımlar arasında oynanacak sonraki bir *Bundesliga* karşılaşması için bedava giriş hakkı olacaktı. Bunlara ek olarak bilet ücretlerinde de önemli bir indirim yapılmaktaydı. NRW Eyalet Rekabet Kurumu bu olayı GWB § 19 çerçevesinde sömürücü nitelikte bir kötüye kullanma olarak değerlendirip, ihtiyati tedbir kararı ile durdurdu. Burada her üç karşılaşmanın da final kategorisine ait olması haklı bir hukuki gerekçe olarak değerlendirilebilirdi. Ancak play of (eleme) sisteminde bir takımın bütün karşılaşmaları oynayıp oynamayacağı tam belli değildir. Öte yandan play-of döneminde Bundesliga'da başka karşılaşma da olmadığından burada ilgili pazar, eleme usulü oynanan üç karşılaşmadan oluşan play-of karşılaşmaları olup, bu durumda Köln Buz Hokeyi Takımı, her karşılaşma için hakim durumda oluyordu. Dolayısıyla bağlama uygulaması ile ikinci veya üçüncü karşılaşmanın oynanıp oynanmayacağı belli olmamasına rağmen, bu karşılaşmalara ait biletler de önceden satıldığından, bu konuda olası rizikonun da taraftarlar üzerinde bırakılması sonucunda, bu durumda sömürücü nitelikte bir kötüye kullanma sözkonusuydu. Bkz. LKartB NRW, 4.3.1986, **WuW,** WuW/E LKartB, s. 268 *("Eishockey-Meisterschaft").*

[411] Burkert, bu olay açısından rekabet otoritelerinin bu tarz olaylara müdahalesinin yerindeliği ve aynı zamanda hakim durumun tespiti açısından belirleyici olan ilgili pazarın sadece belli bir futbol karşılaşması açısından ve bir anlamda dar tanımlanmasını eleştirmektedir. Yazar'a göre bağlama uygulamasının sömürücü olarak değerlendirilmesi yerinde olmadığı gibi, Mahkeme hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının daima yasal olmadığı yönündeki önyargıları da pekiştirmiştir. Dolayısıyla bu önyargı herhangi bir farklılık içermediği için yanlıştır. Bkz. Burkert, s. 399.

[412] Fischer, s. 70.

nedenlerle zorunlu bir hale gelebilir. Bu nedenle yüksek fiyatlar ile ortaya çıkan bir bağlama uygulaması, alıcılar için aynı zamanda sömürücü nitelikte bir davranıştır.

Burada kötüye kullanma görüşü sadece bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücünü bağlama uygulaması yoluyla kullanan satıcıyla ilgilidir. Bu durumda bir zorlama ile karşı karşıya olan alıcı ya her iki ürünü birlikte alacak ya da hiçbirini almayacaktır. Fakat kötüye kullanma görüşü satıcının pazar gücüne sahip olup da alıcının serbest iradesiyle kabul ettiği bir bağlama uygulamasına karşı olumsuz bir yaklaşım içinde değildir. Böyle bir durumda alıcının bağlama uygulaması ile ortaya çıkan fiyatı, ürünün işlevselliği çerçevesinde uygun gördüğü kabul edilmektedir[413].

Rekabet Kurulu da *Eureko Sigorta* Kararı[414]nda, bağlama uygulamalarının rekabet hukukunda yasaklanmasının altında yatan temel kaygıyı, "bu uygulamaların tüketici refahını azaltması ihtimali" olarak belirtirken, bu durumun aynı zamanda rakiplerin pazardan dışlanması sonucu rekabetin bozulmasının uzun vadede tüketiciler açısından ortaya çıkan sonucu olduğunu vurgulamıştır. Kurul'a göre tüketici refahının azalması ise iki şekilde ortaya çıkabilmektedir: Birincisi, bağlayan ürün pazarında tekel konumunda bulunan (veya en azından hakim durum seviyesinde bir pazar gücü olan) teşebbüsün, bağlama uygulaması yoluyla bu pazardaki tekel konumunu korumasıdır. İkincisi ise bağlayan ürün pazarında tekel konumunda olan teşebbüsün bağlama yoluyla bağlanan ürün pazarındaki rakiplerini dışlaması ve böylece bir pazardaki gücünü diğer bir pazara aktarmasıdır[415].

Rekabet Kurulu Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. (Digitürk)'nin, HD yayınlarının izlenebilmesi için DigitürkPlus aboneliğini ve kendi sattığı *Pace* marka dekoderin satın alınmasını şart koşarak tüketicileri ve diğer HD receiver üreticisi ve ithalatçısı firmaları zarara uğrattığı iddiası ile yapılan ilk inceleme sonucunda verdiği

[413] Bağlama uygulamalarının kalite kontrolü, risk paylaşımı veya kredi işlevi ile ilgili durumlar açısından bu sonuç kabul edilebilir. Bkz. Burkert, s. 150.

[414] Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar. *("Eureko Sigorta").*

[415] Ancak Kurul'a göre, bağlama uygulamalarından tüketici zararının ortaya çıkmasının ön koşulu, bağlama uygulamasını gerçekleştiren teşebbüsün bağlayan ürün pazarında önemli ölçüde pazar gücüne sahip olmasıdır. Ancak bunun yanında, şikâyet konusu olayın niteliğine bağlı olarak uygulamanın pazardaki yaygınlığı, bağlama uygulamasına maruz kalan müşteriler dışında bağlanan ürün pazarına girişin mümkün olup olmadığı gibi hususlara da bakılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 230 *("Eureko Sigorta")*. Benzer yönde değerlendirmelerin yer aldığı ve yine sigorta sektörü ile ilgili bir başka Rekabet Kurulu kararı da, sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin ve bu arada T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Mudanya Şubesi ile Vakıfbank Basmane Şubesi'nin kredi kullandırdığı müşterileri sigorta poliçesi almaya yönlendirerek sigorta acenteleri aleyhine haksız rekabet oluşturduğu iddiası ile açılan önaraştırma sonucunda verilen karardır. Bkz. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar, Nr. 180. *("Garanti Bankası").*

Kararda[416], *"teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD receiverlarla ikame edilebilmesi mümkün olmayan DigitürkPlus set-üstü-kutusunun (dekoderinin) abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı"* belirtilerek konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğini[417] belirtmiştir. Kurul'a göre, Digitürk'ün HD yayınlarının izlenebilmesi için DigitürkPlus'a abone olunarak DigitürkPlus dekoderinin satın alınması koşulunun getirilmesinin, Türkiye'de yeni başlayan HD yayıncılık piyasasına yeni bir ürün/hizmetin sunulmasına yönelik bir pazarlama ve satış yöntemi olarak kabul edilmesinin uygun olacağı sonucuna varılırken, bu durumun bir bağlama uygulaması olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir[418].

Ancak bu olayda aslında tüketici tercihilerini sınırlayan, hatta bu anlamda tüketiciler üzerinde rekabeti sınırlayıcı etkisi olan bir bağlama uygulaması bulunduğu kanaatindeyiz. Öncelikle TFF'nin yaptığı ihale sonucunda *Süperlig* Futbol Karşılaşmaları Yayın Haklarını elde eden Digitürk ilgili pazarda yasal bir tekel konumundadır. Dolayısıyla yasal düzenleme nedeniyle pazar yeni girişlere kapalıdır. Bu durumda Digitürk'ün maç yayınlarının izlenmesi için gerekli olan dekoder'ın kendisinden veya kendi tercih ettiği bir başka teşebbüsün ürettiği markanın alınması zorunluluğu getirmesi en başta tüketicilerin, daha doğrusu abonelerin seçme özgürlüğünü ortadan kaldıran ve dolaylı olarak sömüren bir davranıştır. İkinci bir husus ise, bu tarz sözleşmelerin periyodik ihaleler ile yapılmasıdır. Dolayısıyla başka bir sezon için başka bir teşebbüs naklen yayın ihalesini kazandığı zaman, o da abonelerine kendi sattığı veya önerdiği dekoder'ın kullanılması zorunluluğu getireceğinden, daha önce satın alınan dekoder veya modem işlevsiz kalacaktır. Aynı zamanda 1.Lig futbol müsabakalarının canlı yayınının tüketiciler açısından çekiciliği ve bu anlamda ikamesinin olmaması da düşünüldüğünde, yeni yayıncı kuruluş tüketici açısından yeni abonelik ve dekoder alınması anlamına gelmektedir. Oysa sayısal yayıncılık alanında da yapılması gereken, tıpkı GSM pazarında "numara taşınırlığı" olayına benzer şekilde, dekoder'ların da başka marka makine ve

[416] Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar. *("Digitürk-IV").*
[417] Rekabet Kurulu şöyle demiştir: "(…) Türkiye'de halihazırda aynı set-üstü-kutunun birden fazla yayıncı tarafından birlikte kullanılmasına ilişkin ex-ante nitelikli sektöre özgü hukuki düzenlemeler yapılmamıştır. Bunun yanı sıra, Türkiye'de HD yayıncılık yeni başlayan bir faaliyet olup bu alanda henüz olgunlaşmış bir piyasadan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu aşamada, yukarıda bahsi geçen teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD *receiver*larla ikame edilebilmesi mümkün olmayan DigitürkPlus set-üstü-kutusunun (dekoderinin) abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır". Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar *("Digitürk-IV").*
[418] Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar, Nr. 130 *("Digitürk-IV").*

yayınlarda da kullanılabilmesinin önünün açılmasıdır. Aksi bir yaklaşım ve uygulama ise tüketici refahını olumsuz yönde etkileyen bir durumdur. Çünkü tüketiciler her yayıncı için ayrı bir *receiver* almak durumunda kalabilmektedirler. Bu uygulama aynı zamanda sayısal yayıncılık pazarına girmek isteyen potansiyel rakipler için de önemli bir giriş engeli olabilecek niteliktedir. Çünkü yeni bir cihazın maliyetine katlanmayı istemeyen tüketiciye bunun bedava veya indirimli sağlanması, pazara yeni giriş yapacak teşebbüs için giriş maliyetlerini artıracağından, önemli bir giriş engeli olacaktır. Her ne kadar Kurul bu olayla ilgili değerlendirmesinde bu modemin birden fazla yayıncı tarafından ortak kullanılmasını ilgili spesifik sektörel düzenlemenin yapılmamasına bağlasa da, Kurul'un ilgili pazarda tüketici refahını destekleyici yönde, bu sorunun çözümü hususunda etkin bir yaklaşım getirmesi gerekmektedir.

III. RAKİPLER ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Dışlayıcı bir davranış açısından, hakim durumdaki teşebbüsün kendi davranışları ile rakiplerini rekabet açısından engellemesi veya onları pazardan çıkarmaya çalışması söz konusudur. Fakat bu durum, hakim durumdaki teşebbüsler açısından meşru sayılan etkinlik artışı ile ortaya çıkan bir sonuç değildir. Kaldı ki pazardaki konumunu geliştirmek ve bu şekilde rakiplerin önünde olmak her teşebbüsün nihai amaç veya isteğidir. Dolayısıyla "kötüye kullanma yasağı", esasen bir teşebbüsün rakiplerini destekleme yükümlülüğü olduğu gibi bir anlama da gelmemektedir[419]. "Etkinlikte rekabet" *(Leistungswettbewerb),* teşebbüslerin tüketicilere yarar sağlayan bir üretim için rekabet etmeleridir. Bu durum, pazar gücünden veya büyük finansal araçlardan yararlanmak yerine, daha iyi kalite, düşük fiyat, büyük etkinlik artışı veya yenilikler yoluyla rakiplerine üstünlük sağlamakla gerçekleşmelidir[420]. Bu aynı zamanda rekabetin doğası gereği, rekabet sürecinden beklenen bir gelişmedir. Dolayısıyla burada söz konusu olan rekabet karşıtı etkiler, etkinlikte rekabet dışında ortaya çıkan durumlardır.

[419] Komisyon Kararı, 29.7.1987, 87/500 EWG, *BBI/Boosey&Hawks,* ABl. 1987/L 286/36, Nr. 19
[420] Bkz. Fiala, s. 50.

A. Pazar Gücünün Aktarılması

1. Rekabet Hukukunda Aktarma Etkisi

Dışlayıcı veya engelleyici davranışların en önemli özelliği rakiplerin pazarda engellenmesi veya dışlanması sonucu rekabetin bozulmasıdır. Bağlama uygulamaları, indirim sistemleri veya yıkıcı fiyat uygulamaları gibi davranışlar, pazarda aktarma etkisine elverişli ticari pratiklerdir[421]. Aktarma etkisi ile bağlama uygulaması sonucunda pazar gücünün bir diğer pazara da aktarılması suretiyle rekabetin bozulması mümkündür. Bu anlamda aktarma etkisi/teorisi *(leverage, Hebelwirkung)*[422], bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri açısından hiç şüphesiz en çok tartışma yaratan konuların da başından gelmektedir. Aktarma etkisi, genel olarak bir pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün bu gücünü başka bir pazarda kötüye kullanması olarak tanımlanabilir[423]. Fakat aktarma etkisi konusunda, hakim durumda olunan pazar ile kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği pazarların bağlantılı pazarlar olması belirleyici olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu durumun gerçekleşebilmesi açısından teşebbüsün bu konuda bir güdüsü veya amacı da bulunmalıdır. Dolayısıyla bu durum daha çok asıl ürünle birlikte kullanılan tamamlayıcı ürün veya sarf malzemelerinden oluşan ürün bileşimleri açısından söz konusu olabilir[424].

Aktarma teorisi aynı zamanda pazar gücü veya tekel gücü yoluyla, belirli bir pazarda rekabeti engelleme veya zorlama ve bu şekilde kendi lehine bir rekabet avantajı elde etme yöntemi olup, hâkim durum veya pazar gücüne sahip bir teşebbüs bu durumundan yararlanmak suretiyle pazarda yeni veya ikinci bir tekel oluşturabilir[425]. Zira aktarma teorisi açısından bakıldığında, pazarda hakim durumda olan satıcının bağlama uygulamasına gitmesinin temelinde, bu davranışın sonucunda ikinci bir ürün pazarında tekel durumu veya en azından güçlü bir pazar konumuna ulaşma amacı bulunmaktadır[426]. Öte yandan aktarma teorisi, belirli bir

---

[421] Giorgi Monti, **EC Competition Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 186.
[422] Whish, s. 659; Jones ve Sufrin, s. 452; Elhauge ve Geradin, s. 498; Langer, s. 17; Nothhelfer, s. 40; Paul, s. 246.
[423] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 49.
[424] Örneğin ürettiği çivi tabancalarının satışını, aynı zamanda gerekli çivi ve kartuş şeritlerin de kendisinden alınması koşuluna bağlayan Hilti kararında böyle bir etki sökonusuydu. Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABRG 11.3.1988, L 65/19.
[425] Bowman, s. 20; *Virgin Atlantic Airways, Ltd. v. British Airways,* 257 F. 3d 256 (2d Cir. 2001), Nr. 272. Ayrıca, Ben-Zie, s. 43; Langer, s. 19.
[426] Hovenkamp, s. 420; Amerikan Antitröst hukuk uygulamasında bağlama uygulamaları uzun yıllar boyunca yeni bir tekel durumu yarattıkları için rekabete zararlı, dolayısıyla *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirilip yasaklanıyordu. Ancak son yıllarda ortaya çıkan yeni eğilimler, bu tarz uygulamaların *per se* yasaklanmak yerine, uygulamanın rekabet üzerindeki etkilerini ayrıntılı analiz eden *rule of*

pazar üzerinde veya daha sonraki zaman sürecinde amaçlanan bir rekabet avantajı elde etmek için, tekel gücünden yararlanma olarak da açıklanmaktadır[427].

Aktarma etkisi açısından bağlama uygulamaları, bu konuda somut ilk örneklerin ortaya çıktığı hukuk düzeni olan Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda, daha çok pazar gücünün *(Marktmacht)* üçüncü bir pazar *(Drittmarkt)* üzerinde kullanılmasının bir aracı olarak değerlendirilmiştir[428]. Özellikle hâkim durumda olan bir teşebbüs, ürettiği A ürününü sadece B ürünü ile birlikte satarsa, A ürününün alıcıları aynı zamanda zorunlu olarak B ürününün de alıcısı olacağından, satıcı burada B ürünü açısından da önemli bir pazar gücü elde etmektedir. Yargısal kararlarda da olduğu gibi, burada üzerinde durulan asıl husus, rekabetin bozulması *(Wettbewerbsverfälschung)*[429] ve bununla bağlantılı olarak alıcıların da seçme özgürlüğünün kısıtlanmasıdır[430].

2. Aktarma Etkisi Konusunda Chicago Okulu Yaklaşımı

Rekabet hukukunda aktarma etkisi veya teorisi denilince akla gelen ilk şey şüphesiz Chicago Okuludur. Bu durumun en önemli nedeni ise Chicago Okulu'nun aktarma etkisini kabul etmemesidir. Chicago Okulu tarafından rekabet hukuku ve politikası açısından savunulan görüşler genellikle liberal bir yaklaşımın sonucudur[431]. Bu yaklaşım ağırlıklı olarak belli başlı rekabeti sınırlayıcı davranışlar üzerinde yoğunlaşırken, yeni bakış açıları altında bu tür davranışları mikro ekonomik bir yöntemle analiz etmeye çalışmıştır[432]. Chicago yaklaşımı esasen neoklasik fiyat teorisi, statik tekel ve tam rekabet modellerinin karşılaştırmasına dayanır[433]. Bu anlamda Chicago Okulu o zamana kadar olan yerleşik rekabet politikasını, getirdiği yeni yaklaşımlardan özellikle üçü ile şiddetli bir şekilde eleştirdi.

---

reason yaklaşımı bağlamında değerlendirme yapılması yönündedir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Bowman, s.61.

[427] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 388.

[428] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 424; Burkert, s. 57.

[429] *Standard Oil Co. Of California v. U.S.,* 337 U.S. 293, 305 (1949).

[430] *Times - Picayune Publishing Co. v. U.S.* 594, 605 (1952). Zaten bağlama uygulaması aynı zamanda aktarma teorisi ile birikte ortaya çıkıp, alt/ikincil pazardaki rekabeti engelliyorsa, bu şekilde tüketicilerin seçme özgürlüğünü ortadan kaldırıyor ve hem üst ve hem de alt pazarda pazara giriş engelleri yaratıyorsa, bu durum rekabete aykırı olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Ben-Zie, s. 20.

[431] 1950'li yılların sonlarına doğru ortaya çıkan, hukukçu ve ekonomistlerden oluşan Chicago Okulu, başta bu akımın teorisyenlerinden ve Chicago Üniversitesi profesörlerinden Aaron Director olmak üzere, genel olarak bütün *Antitrust*-Hukuku ve o zaman kadar ki ABD rekabet politikasına sert eleştiriler yöneltmiştir. Bkz. Langer, s. 19; Whish, s. 19; Monti, s. 63.

[432] Florian Jofer, **Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, s. 55.

[433] Künzler, s. 49.

Bunlardan birincisine göre, pazarda yer alan bütün katılımcılar öncelikle rasyonel (akılcı) ve bu anlamda karlarını maksimize edecek şekilde davranışlar sergileyeceklerdir[434]. Bu durum hem teşebbüsler ve hem de tüketiciler açısından geçerlidir. Rekabeti sınırlayıcı bir politika, bağlayan ürün veya tekelci ürünün tüketicilerin gözünde sahip olduğu değeri sıradanlaştırıp, tüketicilerin gözünde daha az çekici hale getiren bir sonuç da yaratabilir. Bu nedenle tekelci ikincil, yani tamamlayıcı ürün pazarındaki tam rekabetçi durum nedeniyle sadece kendi çıkarı üzerinde yoğunlaşacağından, ikincil pazarda rekabeti sınırlayıcı bir davranış konusunda istek veya amacı da olmayacaktır[435]. İkinci hareket noktası ise açık ve işleyen bir pazar sisteminde, dışarıdan, yani kamusal bir müdahale olmadan pazar katılımcıları arasındaki ilişkilerin en iyi şekilde gerçekleşeceğidir. Üçüncü olarak, uzun bir zaman dilimini kapsayan uygulamalar açısından, modelden geçici nitelikteki sapmaların önemsiz olabileceğidir[436].

Chicago Okulu'nun piyasa olayları ile ilgili değerlendirmeleri esasen fiyat teorisine dayanmaktadır[437]. Başka bir anlatımla, onların mikro ekonomik dünya modeli ile çevrelenmiş bu yaklaşımında ağırlık noktasını kar maksimizasyonu, fiyat oluşum kuralları, etkinlik artışı ve rekabet sınırlamaları oluşturmaktadır. Buna göre rekabet sınırlamalarını düzenleyen hukuk kurallarının asıl amacı üretim ve kaynak dağılımındaki etkinlik ile ulaşılabilen "tüketici refahının artırılması" *(Maximierung der Konsumentenwohlfahrt)'*dır[438]. Her türlü piyasa davranışı bu iki etkenle açıklanabilir. Dolayısıyla rekabetin desteklenmesi tüketici refahında artış anlamına gelirken, rekabeti sınırlayıcı davranışlar da tüketici refahını azaltıcı etki yapar.

Büyük işletmeleri gerek yatay ve gerekse dikey anlaşmalar açısından rekabet için bir tehlike olarak değerlendiren birçok rekabet teorisinin aksine, Chicago Okulu bu teşebbüsleri piyasada kendi başına bırakma taraftarıdır. Çünkü tekellerin birleşmelerinin yasaklanmasına istisna tanınmadığı zaman ortaya çıkan etkinlik kaybı, bunun yasaklanmaması halinde oluşacak kayıptan daha yüksek olacaktır[439].

---

[434]Chicago Okulunun *Microsoft* olayında da tartışma konusu olan klasik yaklaşımına göre, tekelci teşebbüsün ikincil, yani bağlanan ürün pazarında rekabeti sınırlayıcı bir isteği olmayacaktır. Çünkü her şeyden önce böyle tamamlayıcı bir ürün sözkonusu ise, bağlama uygulamasına gittiğ zaman ayrı ürün satışından mahrum kaldığı için kendisi de bundan zarar görecektir. Dolayısıyla hiçbir tekelci teşebbüs tamamalayıcı bir ürünle tekeleşmeye giderek kendi karını artıramayacaktır. Bkz. Nothhelfer, s. 41; Hovenkamp, s. 63.

[435] Ben-Zie, s. 122;

[436] Hovenkamp, s. 63; Künzler, s. 50.

[437] Robert H. Bork, **The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself, 2nd Ed. with a new introduction and epilogue**, New York, 1993, s. 116; Paul, s. 249.

[438] Bork, s. 91; Künzler, s. 50; Jofer, s. 55.

[439] Bork, s. 91; Riziotis, s. 27. Chicago Okulu yaklaşımına göre bu anlamda rekabeti yasaklayıcı davranışlar olarak yatay fiyat tespiti, pazar paylaşma ve zorunlu unsura erişimin engellenmesi verilebilir. Bkz. Künzler, s. 51.

Piyasadaki belirli davranışların analizi açısından bu varsayımlar üzerinde durulurken, Chicago Okulu yaklaşımlarının temelinde pazara girmek isteyen "yeni rakipler" *(Newcommer)*'de merkezi bir öneme sahiptir. Çünkü bunların davranışlarının yardımıyla pazarın işlevselliği de gösterilmiş olacaktır. Bir teşebbüsün rekabete aykırı davranışlarda bulunduğu her olayda, aslında ilgili pazara giriş yapmak isteyen potansiyel bir rakip de bulunmaktadır. Bu nedenle rekabete aykırı davranışlarda bulunan bir teşebbüs de aslında bu durumun farkındadır. Fakat başlangıçta, ilk bakışta etkin ve rasyonel olan davranışına rağmen bu duruma tekrar başvuruyor veya bu davranışı sürdürüyorsa, bunun anlamı pazara yeni girecek rakiplerden çekinmediğidir. Yeni rakipler, pazarın şeffaflığı açısından, bir tedarikçinin yüksek fiyatlar isteyeceği zaman veya koşulları bilmek isterler. Bu anlamda giriş engellerinin yetersizliği daima pazara girişleri kolaylaştırır. Dolayısıyla yüksek pazar gücüne sahip bir teşebbüsün rekabete aykırı davranışlarda bulunması, aynı zamanda potansiyel rakiplere pazara giriş için bir davet anlamına da gelmektedir. Rasyonel davranışlar sergileyen hiçbir teşebbüs böyle bir davranış içine girmeyeceğinden, bu anlamda pazara giriş engelleri sorunu da sözkonusu olmayacaktır[440]. Sonuç olarak her girişimci istediği pazara, bu pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin engellemeleri olmadan girebilir.

Bütün bu yaklaşımlar aynı zamanda Chicago Okulu'nun bağlama uygulamaları açısından yaptığı değerlendirmelerde de kullandığı temel ilkelerdir. Fakat bu analizlerin eleştiriye açık yanı, uzun vadeli pazar gözlemleri ile ortaya çıkan pazara giriş engellerinin göz ardı edilmesidir. Aynı zamanda Chicago Okulu yaklaşımı, pazar katılımcılarının rasyonel davranışlarına dayanan, kusursuz işleyen bir pazar yapısından hareketle bağlama uygulamaları ve diğer pazar davranışlarını tamamen yeni ve farklı bir bakış açısı ile incelemekle birlikte, bu yaklaşımlar fazla gerçekçi bulunmadılar[441]. Bu nedenle de *post*-Chicago stratejik ve ekonomik yaklaşımlar genel anlamda teşebbüslerin pazar davranışları ve aynı zamanda bağlama uygulamaları konusunda daha farklı analiz ve bakış açıları geliştirmeye çalıştılar.

Chicago Okulu'nun tipik yaklaşımına göre hiçbir teşebbüs, gerek faaliyet gösterdiği ve gerekse de bir diğer pazarda, rekabete aykırı tek yanlı davranışlar yoluyla kendi pazar payını artıramayacaktır. Teşebbüsler farklı nedenlerden dolayı bağlama (tying) uygulamalarına gidebilir, ancak bu durum pazar gücünün başka bir

[440] Bork, s. 310 vd; Riziotis, s. 27; Monti, s. 64; Paul, s. 249.
[441] Künzler, s. 51.

pazara aktarılması anlamına gelmemektedir[442]. Aynı zamanda pazar gücüne sahip teşebbüsler açısından aktarma yoluyla satışların desteklenmesi, bu konuda bilinen en klasik ve basit yöntemlerden birisidir. Hatta bu yöntem belki de daha çok kısa vadede satışları destekleyen bir yöntem olup, uzun vadede ise yarardan çok zarar getiren bir yöntemdir. Çünkü satıcı bu şekilde zamanla bir imaj kaybı da yaşayabilir. Aynı zamanda alıcılar da zamanla bağlamanın zorlayıcı karakterini fark edip, bu durumdan hoşnut kalmayacaklardır. Bu hoşnutsuzluk özellikle istemeden satın aldıkları bağlanan ürün açısından yoğunlaşır. Pazarda tüketiciler açısından ortaya çıkan bu hoşnutsuzluk aynı zamanda potansiyel rakiplerin girişine de zemin hazırlar[443]. Dolayısıyla pazar gücüne sahip olup da bu konumunu uzun süre devam ettirmek isteyen bir teşebbüs açısından, bağlama uygulaması ile pazar gücünün aktarılması rasyonel olmadığı gibi, cazip bir davranış da değilidir[444].

Sonuç olarak bir kez daha belirtmek gerekirse, Chicago Okulu açısından hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama ya da paket indirim gibi uygulamalara başvurmayacağı ya da bağlama veya paket indirim gibi uygulamalarla daha fazla kar elde edilemeyeceğini savunmaları gibi bir durum sözkonusu değildir. Bu yaklaşım, daha çok hakim durumdaki bir teşebbüsün, sadece bağlama uygulaması ile pazardaki tekel konumunu diğer bir pazara aktarmak suretiyle karını artıramayacağını, bunun hakim durumdaki teşebbüsler için rasyonel bir davranış olamayacağını göstermeye çalışmıştır[445].

Bütün bu analizlerden sonra akla gelebilecek soru, pazar gücüne sahip teşebbüslerin neden böyle davranışlara başvurduğudur. Bu konuda akla gelen en makul cevap, bağlama uygulamalarının bütün bu olumsuz yanlarına rağmen, yine de sonuçta buna değmeleridir. Başka bir anlatımla hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulanan bir bağlamanın pazardaki etkileri, çoğu zaman sadece pazar gücünün aktarılması ile sınırlı olmayacaktır. Birçok durumda pazar gücünün aktarılması yanında rakiplerin maliyetlerini yükseltmek suretiyle onların pazardan çıkarılması veya maliyetleri yükselterek potansiyel rakiplerin pazara girişinin önlenmesi gibi diğer rekabet karşıtı amaç ve etkiler de sözkonusudur[446]. Örneğin

[442] Wolf, s. 86.
[443] Burkert, s. 58.
[444] Paul, s. 250.
[445] O'Donoughu ve Padilla, s. 484. Aksine teşebbüsler çok farklı nedenlerden dolayı bağlama uygulamalarına başvurabilirler. Bkz. Wolf, s. 86.
[446] Dolayısıyla birçok somut olay çerçevesinde pazar gücünün aktarılması tali bir anlam ifade etmekte olup, bu durum bağlama uygulamasına giden teşebbüsün bağlamaya karar vermeden önceki karar verme durumu ile ilişkilidir. Bkz. Burkert, s. 59; bağlama uygulamalarının pazar gücünün aktarılması dışında başka etkileri, kuramsal çalışmalarla da ortaya çıkmış bir durumdur. Bkz. Riziotis, s. 115.

Microsoft[447] olayında, bağlamanın rekabete aykırılığı tespit edilmesine rağmen, yargısal süreç sonuçlanıncaya kadar bağlama uygulaması rakipleri pazardan dışlayacak şekilde ağır sonuçlara çoktan ulaşmıştı. Dolayısıyla bu tarz bir pazar stratejisi iyi planlandığı zaman, rakipleri dışlamak suretiyle pazarın kapanmasına neden olabilecek şekilde rekabet karşıtı sonuçlara yol açtığından, hâkim durumdaki teşebbüsün istediği amaca ulaşmasını da sağlayabilmektedir.

3. Aktarma Etkisi İçin Gerekli Koşullar

a. Teşebbüsün Pazar Gücü

Bağlama uygulaması ile bir pazardaki gücün bir diğer pazara aktarılabilmesi için teşebbüsün en azından bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması gerekir. Bağlayan ürün pazarında hakim durum koşulu, zaten bağlama uygulamalarının değerlendirilmesinde adeta bir önkoşul gibidir. Nitekim Komisyon'un engelleyici davranışlar konusundaki Kılavuzu'nda da bağlama uygulaması için bağlayan ürün pazarında hakim durumun gerekliliği vurgulanırken, bağlanan ürün pazarında böyle bir koşulun zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Paket satışlarda ise paket içindeki ürünlerden en azından birisine ait pazarda hakim durumun varlığı gereklidir. İkincil ürün pazarındaki bağlama uygulaması ile ilgili bazı özel durumlarda ise teşebbüsün bağlayan ve/veya bağlanan ikincil ürün pazarında hakim durumda olması gerekir[448].

Öte yandan her bağlama uygulamasının pazarda bir aktarma etkisine neden olacağı da düşünülmemelidir. Çünkü bazı durumlarda teşebbüsler bağlama uygulamasından pazar konumunu korumak veya sağlamlaştırmak için de yararlanabilir. Dolayısıyla aktarma etkisi rakiplerin dışlanması, pazarı kapama ve tüketicilerin sömürülmesi gibi bağlamanın rekabet karşıtı etkilerinden veya sonuçlarından birisidir. Bu konuda yine *Hilti* kararına dönülecek olursa, *Hilti* çivi tabancaları ile birlikte bu tabancalarda kullanılmak üzere gerekli olan çivi ve kartuş şeritleri de üretirken, İzlediği pazar politikası sonucu, kendi çivi tabancasına uygun bağımsız üreticilerin çivileri de bulunmasına rağmen, kartuş satışını çivi alımına bağladı. Komisyon'a göre bu durum, Hilti'nin tabancası ile uyumlu diğer bağımsız çivi üreticilerinin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle, çivi pazarındaki konumunu sağlamlaştırmaya yönelik bir davranış olup, bu durum aynı zamanda

[447] *US v. Microsoft Corp.,* 253 F.3d 34, 84 (D.C.Cir. 2001) *("Microsoft III").*
[448] Bkz. Komisyon, AEUV m. 102 Hakkında Kılavuz, Nr. 50, özellikle dpn. 3.

aktarma etkisine neden olmaktadır. Aslında Hilti, bu olay açısından Komisyon'un belirlediği ilgili ürün pazarlarının tümünde (çivi tabancası, kartuş ve çivi) hakim durumda olup, rekabetin asıl ortaya çıktığı pazar olan çivi ürünleri pazarındaki konumunu sağlamlaştırmak, bir anlamda güvenceye almak istiyordu[449]. Hilti asıl/birincil ürün pazarında sahip olduğu pazar gücünü, ikincil veya tamamlayıcı ürün pazarı olan çivi pazarına genişletmek suretiyle, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaktaydı.

Ancak yukarıda kısaca bahsedilen Hilti olayı, Chicago Okulu'nun klasik yaklaşımına göre değerlendirilirse, burada herhangi bir rekabete aykırılık ve dolayısıyla pazar üzerinde dışlayıcı bir etki de söz konusu değildir. Çünkü tekelci bir teşebbüs ancak bir defa tekel karı elde edebilir ve bağlama bu anlamda çifte tekel karını engelleyen bir uygulamadır[450]. Teşebbüsün tamamlayıcı ürün pazarında tekelleşmeye yönelmesi, asıl ürün pazarında satışların düşmesi ile sonuçlanacaktır[451]. Çünkü Chicago Okulu'nun "tek tekelci karı teorisi"ne göre, bağlayan ürün pazarında tekel konumunda bulunan bir teşebbüsün, bağlanan ürün pazarında da tekelleşmek suretiyle karını artırması mümkün değildir. Hatta pazar durumuna bağlı olarak karının azalması dahi sözkonusu olabilir.

Örneğin A ürünü ile ilgili pazarda tekel konumunda olan bir teşebbüsün bu ürünü tam rekabetçi bir pazarda tamamlayıcı ürün B ile bağlayarak, AB paket ürünü şeklinde satışa sunduğunu varsayalım. Bu durumda teşebbüsün "çift tekel karı" elde edebilmesi için, paket içindeki ürünlerden B'nin fiyatını artırması gerekmektedir. Fakat B ürününün fiyatını marjinal maliyetin üzerine çıkaran her bir fiyat artışı, tüketicilerin gözünde AB paketinin fiyatındaki bir artış olarak algılanacak ve böylece tüketicilerin pakete ve dolayısıyla A ürününe ilişkin talebi artacaktır. Bu durum karşısında karını artırmak isteyen teşebbüs açısından tek yol, tekrar B ürününün fiyatını düşürmek olacaktır. Dolayısıyla, hakim durumdaki bir teşebbüsün, komşu pazarlardaki karını artırmak suretiyle tekelleşmesi pek mümkün değildir[452]. Ancak daha öncede vurgulandığı gibi, Chicago Okulu'nun bu yaklaşımları da fazla gerçekçi olmadığı için eleştirilmişlerdir. Dolayısıyla somut olayın özelliğine göre, dışlayıcı bir davranış olarak bağlama uygulaması pazar gücünün aktarılmasına neden olabilir.

---

[449] Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABRG 11.3.1988, L 65/19. *Hilti".*
[450] Wolf, s. 86.
[451] Bkz. Posner, Antitrust Law, 2. Ed. 2001, s. 1999.
[452] O'Donoughu ve Padilla, s. 484; Langer, 2007, s. 19.

b. Ürünler Arasındaki Talep İlişkisi

Bağlama uygulaması ile aktarma etkisinin ortaya çıkabilmesi, teşebbüsün pazar gücü yanında, bağlayan ve bağlanan ürün pazarları arasındaki pozitif talep ilişkisiyle de ilgilidir[453]. Böyle bir talep ilişkisi üç farklı şekilde ortaya çıkabilir. Öncelikle kullanılabilirlik açısından kısmen veya tamamen birbirine bağlı olan ürünler arasında bu tarz bir talep ilişkisinin varlığından sözedilebilir. Teknik tamamlayıcılık olarak da adlandırılan bu ilişkide, bağlayan ürün temel bir işlev sağlarken, bağlanan ürün de bu işlevi artırır. Örneğin bir bilgisayara varolan sürücünün yanında bir diğerinin yüklenmesi gibi. Ürünler arasında talep ilişkisi açısından bir diğer durum ise tamamlayıcı ürünlerdir. Bu tarz ürünlerde genellikle bağlayan ürünün işlevselliği bağlanan ürüne bağlı olup, bağlanan ürün olmadan bağlayan ürün işlevsiz kalmaktadır. Masaüstü bir bilgisayar ve onun monitörü veya yazıcı ve toner örneği gibi[454]. Bu konuda üçüncü bir ürün grubu ise aralarındaki ticari bağlantı nedeniyle talep ilişkisi olan ürünlerdir. Bu ürünleri satıcılar, alıcılardan gelen talep nedeniyle kendi ürün yelpazesi arasında bulundurmak zorundadırlar. Burada talep ilişkisi münferit müşteriler bağlamında ortaya çıkmamaktadır. Aksine satıcılar, bütün müşterilerinin taleplerini yerine getirebilmek, onları memnun edebilmek için, bu ürünleri portföylerinde bulundurmak zorundadırlar. Bu nedenle birçok alıcı sadece kahve veya sadece çay tüketmesine rağmen, her süpermarkette kahve ve çay bulunur. Ancak müşteriler çoğunlukla ya kahve ya da çay içtiğinden her iki ürüne ait çeşitleri bulundurmak bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır[455].

Rekabet Kurulu'nun sayısal yayıncılık pazarıyla ilgili verdiği ve karışık (karma) paket bağlamanın sözkonusu olduğu 28.2.2002 tarihli *Digitürk-I* Kararı[456] aktarma etkisi açısından incelenmeye değer bir karardır. Karar aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüsün bir pazarda sahip olduğu tekel konumu nedeniyle başka bir pazardaki rekabeti engelleyici davranışları açısından da önemlidir. Bu uzun ve ayrıntılı Karar incelendiğinde, aslında karma bir paketler bütünü ortaya çıkmaktadır.

---

[453] Bu şekilde bir talep ilişkisinin varlığı, bağlama uygulamasına giden tekelci teşebbüse pazar gücünü diğer pazarlar üzerinde kullanarak, hem pazara giriş ve hem de rakiplerin dışlanmasına olanak sağlar. Bu konuda bkz. Nothhelfer, s. 46; Burkert, s. 230; Wolf, s. 84.

[454] Bu duruma, aralarında teknik bir kullanım ilişkisi olmadığı halde, ayırt edicilik olarak aralarında ekonomik bir bağlantı olan ve tüketiciler tarafından sıklıkla birlikte tüketilen sinema bileti ile bir paket *pop-corn* da örnek verilebilir. Bkz. Nothhelfer, s. 47; Wolf, s. 85.

[455] Nothhelfer, s. 47.

[456] Karar'a konu somut olay ise, futbol kulüplerinin lig maçlarına ilişkin yayın haklarını bir bütün olarak Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) devretmeleri, TFF'nin bu hakları ihale yolu ile münhasıran bir yayın kuruluşuna satması, ilgili yayın kuruluşunun da bu maçlara ilişkin görüntüleri paket halinde satışa sunması ve aynı yayın grubuna bağlı bir diğer televizyon kanalı lehine ayrımcılık yapmasıdır. Bkz. Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar *("Digitürk I").*

Burada öncelikle her bir kulübün sahip olduğu farklı nitelikteki yayın haklarını (canlı yayın, özet görüntü, sayısal yayın, analog yayın vb.) paketlemesinden, ardından da kulüplerin sahip oldukları yayın haklarını bir paket halinde bir araya getirip satmasından söz etmek mümkündür. Ancak, her iki hususta da, lig maçlarına ilişkin yayın haklarının kulüpler tarafından paket halinde ve münhasıran satışı[457], bir idari düzenlemeye dayanması nedeniyle 4054 sayılı RKHK kapsamında değerlendirilmemiştir[458]. İhaleyi kazanan ve bu alanda tekel konumuna gelen Digitürk'un paketleme uygulamaları ise hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik iki eylemden birisini oluşturmaktadır: İhale sözleşmesi uyarınca Digitürk'e talep etmeleri halinde diğer yayıncılara *"dakika başına bedeli 4000 ABD Doları'ndan fazla olmamak ve 3 dakika ile sınırlı olmak kaydıyla haber amaçlı görüntü temin etme yükümlülüğü"* getirilmiştir. Digitürk, bunun üzerine "üç dakikadan az görüntü satmamak" ve "hafta boyunca oynanan dokuz maça ilişkin görüntüleri paket halinde satmak" suretiyle diğer yayıncılardan hafta başına 27 dakikalık görüntü bedeli olarak 108.000 ABD doları talep etmiştir[459]

Digitürk'ün davranışını "bağlama uygulamaları" kapsamında da değerlendiren Rekabet Kurulu'na göre paket satışın anlamı, birden fazla ürünün birleştirilerek tek bir fiyattan satılmasıdır. Bu duruma daha çok üzerinde fikri mülkiyet konusı haklara sahip olunan ürünlerde rastlanılmakla birlikte, Kurul'a göre bu tipteki uygulamaların rekabet kuralları karşısındaki konumu klasik biçimde olanlarla aynıdır[460]. Belirtmek gerekir ki, bu yerinde bir tespittir. Çünkü hem Tartışma Metni ve hem de Komisyon Kılavuzu'nda paket satışlar da bağlama uygulaması başlığı altında değerlendirilmiştir[461].

Kurul yaptığı değerlendirmeler kapsamında öncelikle her hafta oynanan 9 maçın her birinin görüntülerinin ayrı birer ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; başka bir ifade ile ortada tek bir ürünün mü (her hafta

---

[457] Rekabet Kurul'u şöyle demiştir: *"(…) Münhasırlık tesis eden sözleşmeler, rekabeti kısıtlama potansiyelleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmektedir. Bu bağlamda, rekabeti kısıtlayan münhasır anlaşma hükümlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için anlaşmanın Kanun'da belirtilen süreler içerisinde Kurum'a bildirilmesi gerekmektedir. TFF ile Digitürk/Atlas arasında yapılan sözleşme de bu anlamda incelenmiştir. Ayrıca TFF Yayın Talimatının 7.maddesi TFF'nin ihale yapmak suretiyle hakları tek bir yayıcıya vermesini düzenlemektedir. Dolayısıyla dayanağını doğrudan Yayın Talimatı'ndan alan söz konusu düzenlemeye 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi kapsamında müdahale edilmesi mümkün görünmemektedir. Yayın Talimatı'nın bazı hükümlerinin içerik ve kapsam bakımından 3813 sayılı Kanun ile TFF'ye verilmiş olan yetkilerin kapsamında olup olmadığı ise Rekabet Kurumu tarafından çözüme kavuşturulabilecek bir konu değildir."* Bkz. Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar, s. 18, Nr. 1190 *("Digitürk I")*.

[458] Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar, s. 33, Nr. 1240 *("Digitürk I")*.

[459] Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar, s. 18, Nr. 630 *("Digitürk I")*.

[460] Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar, s. 34, Nr. 1300 *("Digitürk I")*.

[461] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 177-181; Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59-61.

oynanan maç görüntülerinin tamamı) olduğu yoksa birden fazla ürünün mü (ayrı ayrı 9 maçın görüntüleri) olduğu hususunu değerlendirmiştir. Uygulamada yayıncıların maç başına görüntü talep ettikleri ve önceki dönemde yayın hakkına sahip olan yayıncıların da görüntüleri maç bazında satışa sundukları dikkate alınarak, ortada dokuz ayrı ürün olduğu sonucuna ulaşılmıştır[462].

Buna göre Digiturk'un ilgili pazarda hakim durumda olduğu ve bu davranışları ile bağlama uygulamasına gittiği tespit edilmiştir. Ancak, burada dikkat çeken husus, Digitürk'ün bu uygulamasının ardında yatan nedenin ürünleri paket halinde satarak daha çok gelir elde etmeye çalışmasından ziyade, paketleme uygulaması nedeniyle görüntülerin karasal yayıncılık alanındaki kardeş kuruluşu Show TV'ye rakip olan yayıncılar tarafından temin edilmesini zorlaştırması olup, bu davranış 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi açısından hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Digitürk/Atlas Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının yayın haklarını tek yayıncı olarak devralmakla, aynı karşılaşmaların banda kaydedilmiş görüntüleri pazarında sahip olunan hakim durumun, açık televizyon yayınları pazarında kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Benzer sonuç Show TV lehine yapılan ayrımcılık açısından da geçerlidir. Bu konuda da Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüleri pazarında sahip olunan hakim durum, açık televizyon yayınları pazarında kötüye kullanılmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun bu kararına karşı Digitürk ve Atlas tarafından iptal istemiyle dava açılmış ve Danıştay, 13.Dairesi 29.6.2005 tarih ve 2005/5534 Esas ve 2005/3339 Karar ile 29.6.2005 tarih, 2005/5535 Esas ve 2005/3340 Karar Sayılı Kararları ile *"Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu"* gerekçesi ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine yeniden toplanan Rekabet Kurulu aynı konuda 7.9.2006 tarihli yeni bir Karar[463] vermiştir. Bu Karar açısından da daha önceki iddia ve savunmalar yeniden ele alınıp değerlendirilmiştir. Rekabet Kurulu, Digitürk/Atlas'ın görüntüleri paket halinde satmak yoluyla haber amaçlı görüntü teminini zorlaştırmasının, Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmalarının yayın haklarını tek yayıncı olarak devralmakla 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüler pazarında sahip olunan hakim durumun açık televizyon yayınları pazarında kötüye kullanılması olduğuna karar verilmiştir. Benzer şekilde, Digitürk/Atlas'ın görüntü temininde Show TV lehine ayrımcılık yapmasının, Türkiye

[462] Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar, s. 36, Nr. 1370 *("Digitürk I").*
[463] Rekabet Kurulu, 7.9.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Karar *("Digitürk-III").*

1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüleri pazarında sahip olunan hakim durumun, açık televizyon yayınları pazarında kötüye kullanılması olduğuna ve bu nedenle Digitürk ve Atlas hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesine aykırı davranışları nedeniyle idari para cezası uygulanmasına oybirliği ile karar verilmiştir[464].

Aynı konuda verilen her iki karar açısından da Rekabet Kurulu'nun yaklaşımının yerinde olduğu söylenebilir. Çünkü Digitürk/Atlas Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmalarının yayın haklarını tek yayıncı olarak devralmakla 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüler pazarında hakim durumdan öte, tekel konumundadır. Bu karşılaşmalara ait özet görüntüleri belirlenmiş ücret karşılığında yayınlamak isteyen televizyon kanallarına paket halinde satması ise bu tekel konumunu açık televizyon yayınları pazarında kötüye kullanması anlamına gelmektedir. Benzer şekilde kendi yan kuruluşu Show TV lehine de, maç özet görüntülerini daha erken vermek suretiyle, pazardaki diğer teşebbüsler karşısında açık bir ayrımcılık uygulanmaktadır. Bu durumda Digitürk/Atlas yayıncı kuruluşunun davranışları, bir pazarda sahip olunan hakim durumun, başka bir pazarda kötüye kullanılması niteliğinde olup, bu durum aynı zamanda pazar gücünün de aktarılmasıdır.

Pazar gücünün aktarılması bağlamında ürünler arasındaki talep ilişkisi konusunda Rekabet Kurulu tarafından "Web TV hizmetleri pazarı" ile ilgili verilen karardan da bahsedilebilir. Bu olayda asıl şikayet konusu TTNet'in internet servis sağlayıcılığı hizmeti ile *Tivibu* isimli Web TV hizmetini bağlayarak bir pazardaki hakim durumunu başka bir pazarda kötüye kullandığı yönündedir[465]. Kurul TTNet'in "perakende geniş bant internet servis sağlayıcılığı (ISS)" pazarında piyasa gücüne sahip olduğunu belirtirken, olayı pazar gücünün aktarılması açısından da değerlendirmiştir. Kurul'a göre *"bir teşebbüsün bağlama uygulamasındaki amacı, bağlayıcı (bağlayan) ürünün bulunduğu pazardaki piyasa gücünden faydalanarak bağlanan ürünün bulunduğu pazarda belli bir güç elde etmek olduğu düşünüldüğünde, TTNet'in ISS hizmeti almak isteyen bir tüketiciye, Web TV hizmeti almayı zorunlu hale getirmesi durumunda, Web TV hizmetleri pazarının bu durumdan olumsuz yönde etkilenmesi mümkün olabilecektir. Ancak somut olaydaki uygulamanın bunun tam tersi olduğu, yani Web TV hizmetlerinden faydalanmak için TTNet internet servis sağlayıcılığı hizmeti alma zorunluluğu olduğu görülmektedir.*

[464] Bkz. Rekabet Kurulu, 7.9.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Karar, s. 36, Nr. 1570-1580, *("Digitürk-III").*
[465] Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar.

Dolayısıyla, TTNet'in hakim durumda olduğu sonucuna varılamayan ve yaygın bir hizmet olmayan Web TV hizmetleri pazarındaki gücünü kullanarak, perakende ISS hizmetleri gibi bir pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkilemesinin söz konusu olamayacağı kanaatine varıldığı"[466] belirtilmiştir. Kurul'un bu yönde bir karar için dayandığı gerekçelerden bir diğeri ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)'den gelen ve *" Tivibu hizmetinin yaygınlığının düşük oranda olması nedeniyle, söz konusu hizmetin perakende geniş bant internet erişim piyasasına olası etkilerinin düşük kalacağı"* şeklindeki görüş[467] olmuştur.

Somut olay ile ilgili bir diğer iddia olan TTNet'in tüketiciyi yanıltıcı bir şekilde Tivibu Web TV hizmetinin 1 TL olduğuna yönelik reklam yaptığı, ancak Tivibu Web TV hizmetinden yararlanabilmek için TTNet abonesi olma şartının arandığı şeklindeki iddia ise *"gerçeği yansıtmayan reklamlar dolayısıyla oluşan tüketici mağduriyetini konu alan kısmının 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı sonucuna varıldığı"* gerekçesiyle incelenmemiştir[468]. Kurul bu gerekçesinin maddi dayanağı olarak ise RKHK m.2 hükmünü göstermektedir. Kanaatimizce bu yerinde ve doğru bir gerekçe değildir. Her ne kadar tüketicileri yanıltan bir reklam nedeniyle rakip teşebbüslerin haksız rekabet hükümlerine göre yasal hakları bulunsa da, böyle bir davranış nihayetinde mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti etkileyen bir davranıştır. Aynı zamanda TTNet perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında hakim durumdadır[469].

Rekabet Kurulu'nun aktarma etkisi açısından değerlendirdiği bir diğer karar ise araç muayene hizmetleri pazarında hakim durumda olan Reysaş'ın bu hakim durumunu sigortacılık pazarında kötüye kullandığı iddiasının incelendiği olaydır[470]. Kurul teşebbüsün davranışlarını bağlama uygulamaları açısından RKHK m.6/(c) kapsamında incelerken, değerlendirmelerini aktarma etkisi açısından yapmıştır.

---

[466] Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar, Nr. 190.
[467] Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar, Nr. 190.
[468] Öte yandan böyle bir davranış haksız rekabet konusundaki hükümlere de aykırılık oluşturabilir. Gerçekten de 6102 sayılı TTK m. 55(1) 7 bendine göre, "müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak" dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar arasında yer almakta olup, yasaktır. Bu olayda da bağlama uygulaması ile ürüe yönelik talebi arttırmak için fiyat düşük tutulmakta, ancak internet aboneliği sağlanmak suretiyle ortaya çıkan gelir kaybı başka bir pazardaki faaliyet ile sübvanse edilmektedir.
[469] Bu konuda, daha önce Rekabet Kurulu tarafından verilen bir kararda da belirtildiği gibi, TTNet perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında hakim durumdadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Karar. Öte yandan *"2009 verilerine göre pazar payı ve abone sayıları açısından TTNet pazar gücüne sahiptir."* Bkz. Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar, Nr. 160.
[470] Somut olayda reysaş TÜVTURK'ten aldığı "alt işletim sözleşmesi" çerçevesinde araç muayene hizmetlerini belirlenen bölgede yerine getirirken, hakim durumda olmakla birlikte, bağlanan ürün pazarı olan sigorta hizmetleri pazarında faaliyet göstermediği gibi, hakkında şikayet olan Sanset Sigorta Acenteliği Ltd. Şti. ile doğrudan bir bağlantısı da bulunmamaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009 tarih ve 09-58/1405-367 sayılı Karar *("Reysaş").*

Oysa yukarıda yapılan değerlendirmelerde de görüldüğü üzere, aktarma etkisinin gerçekleşmesi için, hakim durumdaki teşebbüsün bir pazardaki gücünü, bir diğer pazarda da rekabet karşıtı davranışlar yoluyla kötüye kullanması gerekmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda aktarma etkisinin gerçekleşmesi söz konusu değildir. Zaten böyle bir davranış rasyonel de olmayacaktır. Çünkü somut olayda aktarma etkisi için gerekli olan koşullar bulunmamaktadır. Her ne kadar zorunlu trafik sigortası araç muayene hizmetleri için zorunlu olduğundan, bu durum ürünler arasında bir talep ilişkisini akla getirse de, somut olay açısından böyle bir durum gerçekleşmemiştir. Bu anlamda eğer Sanset hakim durumdaki teşebbüs Reysaş ile hukuksal veya fiili bütünlük içinde bir teşebbüs olsaydı, bağlama uygulaması aktarma etkisi açısından değerlendirilebilirdi. Ancak somut olayda böyle bir bağlantı tespit edilemediğine göre bağlama uygulamasının RKHK m.4(f) veya RKHK m.6(c) açısından, ancak aktarma etkisi dışında diğer rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından da incelenmesi gerekirdi[471].

c. İkincil veya Alt Ürün Pazarı

Bağlama uygulaması ile aktarma etkisinin ortaya çıktığı pazarlar aynı zamanda ikincil veya alt ürün pazarı *(Sekundärmärkten)* yapısının sözkonusu olduğu pazarlardır. Bu durum daha çok fotokopi makinesi, yazıcı gibi kullanımı belirli bir ürün (sarf malzemesi) veya hizmetle bağlantılı tamamlayıcı ürünler açısından ortaya çıkmaktadır. İkincil ürünler genellikle asıl ürünü tamamlayan veya işlevsel kullanımına olanak sağlayan, fakat asıl ürün olmadan da fazla bir değer taşımayan, bu anlamda teknik tamamlayıcı ürünlerdir. Birincil ve ikincil pazar arasındaki bu sıkı bağlantı nedeniyle, asıl ürün üreticisinin sahip olduğu üretim bilgileri veya yedek parça sağlama durumuyla ortaya çıkan dikey ilişki sonucunda, onun ikincil pazarda da faaliyet göstermesi zorunlu hale gelir[472]. Böyle bir durumda ise tamamlayıcı ürünler bağlamında bir bağlama uygulamasına gitmek satıcı açısından daha kolay olacaktır.

Novo Nordisk olayında[473] da Danimarkalı ilaç firması Novo Nordisk, insülin enjeksiyonu konusunda, "insülün kalemi" *(Insulinpensystem)* olarak da adlandırılan yeni bir yöntem geliştirdi. Uyuşmazlık ile ilgili karar tarihinde, diabet hastalarının yaklaşık üçte bir bu yöntemi kullanmaktaydı. Bu kalem, bir enjeksiyon aleti, tek

[471] Bu karar ile ilgili daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Üçüncü Bölüm/§8.
[472] Nothhelfer, s. 49.
[473] Komisyon, Rekabet Politikası Hakkında XXVI Rapor, Avrupa Komisyonu Yayını, Brüksel-Lüksemburg 1996, s. 156, Nr. 35.

kullanımlık bir kartuş ve yine tek kullanımlık iğnelerden oluşmaktaydı. İnsülün kalemi üreten başka teşebbüsler de olduğu gibi, bu ürün bileşiminin parçaları ayrı da satılmaktaydı. Hatta bu bileşenlerden bazıları Novo Nordisk'in insülin kalemi ile de uyumluydu. Öte yandan Novo Nordisk hem insülin ve hem de bu otomatik enjeksiyon için gerekli olan ürün bileşenleri pazarında hakim durumdaydı. Novo Nordisk, kendi aleti diğer üreticilerin ürettiği parçalar takılmak suretiyle kullanıldığında ortaya çıkan arıza durumlarında, ya garantiden kaçınmakta veya ürünü geri çağırmaktaydı. Fakat bu geri çağırma, kullanıcılar açısından diğer üreticilerin parça veya bileşenlerini kulanmanın tehlikeleri konusunda gereksiz bir panik veya tedirginliğe neden olurken, kullanıcılar açısından da bu ürün ile ilgili bir çeşit güvensizlik ortaya çıkmaktaydı. Komisyon bu olayda Novo Nordisk'in davranışlarını hakim durumunu kötüye kullanılması olarak değerlendirdi.

Bu olay da aslında farklı ürün parçalarının, kalite güvenliği savunması adı altında bir sistemin parçları şeklinde birleştirilmeleri suretiyle ortaya çıkan tamamlayıcı bir ürün ile ilgili tipik bir bağlama uygulamasıydı. Fakat burada bağlama uygulaması, alıcıları ürünleri birlikte almaya zorlamak şeklinde değil, aksine garantiden kaçınmak ve üçüncü kişi üreticilerin bileşenlerine karşı tüketiciler nezdinde bir güvensizlik yaratmak suretiyla ortaya çıkmaktaydı. Dolayısıyla bu tarz bir uygulamanın nihai amaç ve etkisi, zorlayıcı nitelikte bir bağlama uygulaması gibiydi. Komisyon, Novo Nordisk'in uygulamasını yasaklamakla bu tarz bağlama uygulamaları konusundaki katı tutumunu bir kez daha göstermiş oldu[474].

4. Ara Değerlendirme

Bağlama uygulamaları ile pazar gücünün aktarılması rekabet hukukunda önemli bir tartışma konusudur. Bazı olaylarda pazar gücünün aktarılması açıkça ortaya konurken, bazılarında ise bu durum sadece bir şüphe veya varsayımdan ibaret kalmaktadır. Bu konuda teşebbüsün hakim durumda olması yanında, ürünler arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi, ikincil ürün pazarının niteliği yanında, teşebbüsün bu konuda bir amacının olması da aktarma etkisi açısından önemlidir. Bununla birlikte, tekrar vurgulamak gerekirse, aktarma etkisi açısından belirleyici olan teşebbüsün pazar gücüdür. Pazar gücünün olduğu tamamlayıcı ürünler açısından bu etkinin ortaya çıkması daha kolay olmakla birlikte, bağlama uygulamasının her durumunda aktarma etkisine yol açmasını beklemek de gerçekçi değildir.

[474] Riziotis, s. 97.

Şebeke etkisi veya yasal tekeller gibi piyasaya özgü yapısal nedenler veya piyasa aksaklıkları da, *De Post-La Poste* olayında[475] da görüldüğü üzere pazar gücünün aktarılmasına neden olabilmektedir. Burada genel posta hizmetleri alanında yasal bir tekel olduğu gibi, *business-to-business* (B2B) posta hizmetleri pazarında da bir şebeke etkisi bulunmaktaydı. Benzer bir durum *Télémarketing* olayı[476] için de geçerlidir. Bu olayda da televizyon kanalları pazarında sahip olunan yasal tekel, ilan veya reklam hizmetlerinden oluşan "Télémarketing hizmetleri" gibi alt veya komşu pazarlara bu tekel gücünün aktarılmasını mümkün kılıyordu. Burada tekelci ürünün diğer ürünlerle bağlı olarak satılmasının asıl amacı şüphesiz ikinci ürünün satışını desteklemekti. Komisyonun Microsoft Kararında[477] da vurgulandığı gibi, Microsoft sahip olduğu ağ etkisini, kritik bir orandaki kullanıcının kendi işletim sistemine erişimini sağlayarak bu şekilde çoklu ortam içerikleri *(Multimedia-Inhalten)* üreticilerinin de kendi dosyalarını WMP *(Windows Media Player)* formatında saklamaları için zorlayıcı bir unsur olarak kullanmaktaydı.

Sonuç olarak, bağlama uygulamalarının pazar gücünün aktarılmasına uygunluğu açısından yapılacak değerlendirmelerde dikkat edilmesi gereken en önemli husus şüphesiz teşebbüsün pazar gücüdür. Bununla birlikte ekonomi biliminin kuramsal yaklaşımlarının da gösterdiği gibi, ürünlerin tamamlayıcı niteliği, asimetrik bilgi (bilgi eksikliği) sorunu, pazardaki batık maliyet oranının yüksekliği ve şebeke (ağ) etkisi gibi etkenlerin de dışlayıcı davranışların rekabet karşıtı etkileri açısından dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bağlama uygulamasının her durumda pazar gücünün aktarılmasına olanak sağladığını söyleme güçlüğüne karşın, yine de çoğu olayda böyle bir etkinin olası olduğunu belirtmek gerekiyor. Pazar gücüne sahip teşebbüsler bu davranışları ile öncelikle hakim durumda oldukları pazardaki konumlarını, rakiplerin rekabet baskısından korurlar. Bununla birlikte ürünler arasındaki talep ilişkisi, pazarın yapısı gibi etkenlerle de bağlantılı olarak, pazar gücünün aktarılması suretiyle bağlanan ürün pazarındaki konumlarını da sağlamlaştırabilirler.

[475] Komisyon Kararı, 5.12.2001 tarih, 2002/180/EG, *De Post-La Poste,* ABl. 2.3.2002, L 61/32.
[476] EuGH, 3.10.1985 tarih, Rechtssache C-311/84, *CBEM / CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261, *"Télémarketing".*
[477] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.428, *"Microsoft".*

B. Rakiplerin Dışlanması

1. Ön Açıklamalar

Bağlama uygulamalarının rekabet karşıtı en önemli etkilerinden bir diğeri de rakiplerin dışlanması *(Verdrängungsargument)* durumudur[478]. Rekabeti sınırlayıcı bu etkiler farklı hukuk sistemleri tarafından da kabul edilmektedir[479]. "Dışlayıcı" etki esasen bağlama uygulamasının rakipler üzerindeki etkileriyle ilgili olup, aynı zamanda pazar gücünün aktarılması ile de bağlantılıdır. Aslında bunlar bir anlamda bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki farklı sonuçlarıdır. Çünkü pazar gücünün aktarılması ile aktarma etkisinin ortaya çıktığı pazarda rekabetin sınırlanması da sözkonusudur. Bununla birlikte, bağlama uygulamasının "pazara giriş engelleri" oluşturması ile ilgili görüş açısından satıcının "potansiyel rakipleri" öne çıkarken, dışlama görüşünde "mevcut, yani aktüel rakipler" ön plandadır. Bu şekilde hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarındaki rakipler dışlanabilir[480].

Nalebuff, bir teşebbüsün ürün yelpazesinde bulunan tamamlayıcı iki ürünü paketlemek veya tamamlayıcı ürün üreticisi ile bir paketleme anlaşması yaparak rakiplerini dışlayabileceğini belirtmiştir. Yapılan fiyat simülasyonu ile paketleme uygulamasını yapan teşebbüsün karı düşmesine rağmen rakibine daha çok zarar vermeyi başarabildiği görülmüş ve bu nedenle paketleme uygulamasının rakibi dışlama amacıyla da kullanılabileceği sonucuna ulaşılmıştır[481].

Ancak bağlamanın dışlayıcı etkileri konusunda, farklı hukuk sistemlerine özgü yaklaşım farklılıklarının varlığı da bilinen bir durumdur. Örneğin Amerikan-*antitrust* hukukunda toplam refah bağlamında tüketici refahının artırılması öncelikli iken, Avrupa Birliği hukukunda bu durum rekabet yeteneği olan ve bu anlamda işlevsel bir pazar yapısının devamının da sağlanması olarak öne çıkmaktadır. Bu farklılık aynı zamanda bağlama uygulamasının doğrudan sömürücü bir karakteri olmadan rakiplere karşı ortaya çıktığı durumlarda da sözkonusu olup, bu durum

---

[478] Whish, s. 659; Nothhelfer, s. 76; Paul, s. 255; Wolf, s. 91.

[479] Örneğin Alman hukukunda bu yönde bazı kararlar için bkz. BGH, 4.11.2003, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 1206 "Strom und Telefon I"; BGH, 4.11.2003, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 1210 "Strom und Telefon II"; BGH, 30.3.2004, **GRUR**, Heft: 8, 2004, s. 707 *"Der Oberhammer".*

[480] Burkert, s. 223. Öte yandan bağlama uygulaması, bağlanan ürün pazarındaki rakipleri engelleyici bir şekilde ortaya çıktığı zaman, pazar yapısının kötüleşmesi ve rekabetin zayıflaması nedeniyle bir kötüye kullanma olarak görülmektedir. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 198; Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 82 EG, Rdnr. 238.

[481] Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 62.

atlantiğin her iki yakasında da benzer olgularla ilgili mahkeme kararlarında da ortaya çıkmaktadır[482].

Bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri konusunda AB hukukunda yapılan değerlendirmeler açısından dikkate alınması gereken önemli kararlardan birisi daha önce de değindiğimiz *Hilti* olayıdır[483]. Hilti ürettiği çivi tabancasına uygun çivilerin satışını, kartuş şeritlerin de kendisinden alınması koşuluna bağlamıştı. Komisyona göre bu olayda Hilti'nin davranışlarının yasaklanması için esaslı iki neden bulunmaktaydı: Birincisi çivi pazarı açısından alıcıların seçme özgürlüklerinin ortadan kaldırılması, ikincisi ise bağımsız çivi tabancası üreticilerinin pazardan dışlanmasıydı[484]. Hilti'nin savunmasına göre bağlama uygulaması ürün güvenliği nedeniyle gerekliydi. Ancak AB İlk Derece Mahkemesi'ne göre sağlık ve güvenlik standartlarının belirlenmesi ve korunması, yetkili makamların görevidir. Hakim durumdaki teşebbüslerin, pazardaki ürünlerin dışlanmasına yol açacak şekilde, bu konuda haklı veya haksız tedbirler almaları veya bu ürünleri düşük kaliteli olduğu yönünde kendiliğinden bir karşılaştırmaya gitmeleri söz konusu olamaz[485].

Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı gibi hem Komisyon ve hem de AB İlk Derece Mahkemesi, çivi üreticisi diğer rakip veya bağımsız teşebbüslerin de ilgili pazarda faaliyet göstermesini, onlar açısından bir hak olarak görmektedir. Rekabet politikası açısından bu yaklaşıma bakılırsa, burada rekabet hukukunun asıl amacının sadece tüketicilerin korunması olarak değil, aynı zamanda pazarın açıklığı ilkesi bağlamında, rakiplerin de korunması olarak anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde ise rakiplerin rekabetten korunmasından çok, rekabet yoluyla çok sayıda teşebbüsün pazarda faaliyet göstermesinin, nihayetinde

---

[482] Gerçekten de Amerikan Yüksek Mahkemesinin bu konuda verdiği son kararlardan birisi olan ve yedek parça ile servis hizmetlerinin bağlandığı *Kodak* olayında bu yaklaşımın izleri bulunmaktadır. Mahkeme bu olayı değerlendirirken bağlama uygulamasının rekabetçi niteliği konusunda fazla bir tartışmaya girmedi. Tartışma daha çok Kodak'ın hâkim durumunun yedek parça ve servis hizmetleri alanındaki alt pazarlara etkisi ve bu anlamda bağlama uygulamasının tüketiciler açısından ürün ve yedek parça açısından sağladığı avantaj ve servis hizmetlerinin sunulmasında sağlanan finansman olanakları konusundaydı. Her iki durumda da Kodak'ın davranışlarının rekabet açısından değerlendirilmesinde tüketiciler doğrudan belirleyici olmakla birlikte, bağımsız servislerin dışlanması üzerinde durulmadı. Dolayısıyla bu olay açısından rekabete zararlı bir etki olarak ortaya çıkan ve Kodak'ın pazar gücünü mevcut rakiplerini yedek parça ve servis hizmetleri alt pazarlarından dışlamak için kullanması sorunu dahi yargılamada fazla öne çıkmazken, Yüksek Mahkeme daha çok bağlama uygulamasının tüketiciler üzerindeki etkilerine odaklandı. Mahkeme'ye göre, bağlama uygulamasının tüketiciler açısından getirdiği risk paylaşımı, ödeme kolaylığı gibi bazı avantajlar olası kilitleme etkisi (*lock-in Effekt)* gibi dezavantajlara göre ağır basıyorsa, bu durumda somut davranışın rekabeti destekleyici etkileri kabul edilebilirdi. Bkz. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, 479 (1992). Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Drexl, Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, s. 159; Riziotis, s. 169-170; Wolf, s. 90.

[483] Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EG, *Eurofix-Bauco / Hilti,* ABRG. 11.3.1998, L 65/19.

[484] Komisyon Kararı, 22.12.1987 tarih ve 88/138/EG, *Eurofix-Bauco / Hilti,* ABRG. 11.3.1998, L 65/19, Nr. 75.

[485] EuG, 12.12.1991 tarih ve Rechtssache T-30/89, *Hilti / Kommission,* Slg. 1991, II-1439, Nr. 118-119.

tüketicilere de yarar sağlayacağı düşüncesi yatmaktadır. Çünkü işlevsel bir rekabet düzeni ancak çok sayıda teşebbüsün birlikte pazarda faaliyet göstermesi ile sağlanabilir[486].

Tetra Pak II kararında, Komisyon bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkilerinden bir diğerini, sadece karton veya sadece dolum sistemi satan rakiplerin pazardan dışlanması olarak belirtti. Çünkü bağlama uygulaması nedeniyle sadece bir pazarda faaliyet gösteren rakiplerin pazarda kalmaları zorlaşacaktı. Bu olayda da aslında birçok olgu *Hilti* olayı ile benzerlik taşırken, AB Komisyonu, AB İlk Derece Mahkemesi ve ABAD bağımsız karton üreticilerini de korumaya yönelik bir yaklaşım sergilediler[487]. Çünkü bağımsız karton veya dolum sistemi üreticilerinin pazardan dışlanması, aynı zamanda rekabetin işleyişinde de bir kötüleşme anlamına gelmekteydi. Bu sonuç, karton ürünleri pazarında yetersiz rakiplerin olması nedeniyle hem doğrudan ortaya çıkarken, uzun vadede de dolum sistemleri pazarının kendine özgü teknik yapısından kaynaklanan giriş engelleri nedeniyle, yeni rakiplerin pazara girememesi anlamına gelmekteydi[488].

Benzer sonuç Alman Hukukunda ortaya çıkan *"Handpreisauszeichner"* Kararı[489] için de geçerlidir. Etiket yapıştırma aletinin, bu işlem için kullanılacak etiketler ile birlikte satılması şeklindeki bağlama uygulaması tek başına sadece alıcıların sömürülmesi ve seçme özgürlüklerinin kısıtlanması değil, aynı zamanda diğer bağımsız etiket üreticilerinin de ilgili pazardan dışlanması anlamına gelmekteydi. Bu davranışta hem dışlayıcı ve hem de sömürücü etkileri nedeniyle yasaklandı[490].

2. Bağlama Uygulamasının Dışlayıcı Etkileri Açısından Gerekli Olan Koşullar

Bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı ve bu anlamda dışlayıcı etkileri açısından teşebbüsün hakim durumu belirleyicidir. Bu anlamda bağlayan ürün pazarında hakim durum genellikle yeterli olurken, bu durum bağlanan ürün pazarı için zorunlu değildir[491]. Ancak, özellikle paket satış şeklindeki bağlama uygulamlarında, hakim durumdaki teşebbüs paket içindeki ürünlerden birden fazla

[486] Riziotis, s. 170.
[487] Ernst-Joachim Mestmäcker ve Heike Schweitzer, **Europäisches Wettbewerbsrecht,** 2. Aufl., Verlag C. H. Becks, München, 2004, s. 420.
[488] Riziotis, s. 97.
[489] BKartA, 2.10.1967 tarihli Karar, **WuW**, WuW/E BKartA, s. 1196, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*
[490] KG, 18.2.1969 tarihli Karar, **WuW**, WuW/E OLG, s. 995, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*
[491] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50, dpn. 3.

ürün pazarında hakim durumda olabilir. Böyle durumlarda dışlayıcı etkiler daha belirgin ortaya çıkabilir. Komisyona göre de paket içindeki ürünlerin sayısı ne kadar artarsa, pazarın kapanması gibi olası rekabeti sınırlayıcı etkiler de o kadar güçlü olacaktır. Rekabeti sınırlayıcı etkiler, özellikle paket konusu ürünleri benzer bir paketle tek başına veya başka biriyle birlikte sunmakta zorlanan rakip bir teşebbüs açısından da geçerlidir[492].

a. Teşebbüsün Pazar Gücü

Pazar gücü bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri açısından önemlidir. Komisyon Kılavuzu'na göre de, hakim durumdaki bir teşebbüs, bağlama veya paket satış ile rakiplerini pazardan dışlamaya çalışabilir[493]. Bağlama uygulamasının etkinliği açısından bağlayan ürün pazarında varolan pazar gücü yeterli olmakla birlikte, bazı durumlarda bu tarz etkiler için teşebbüsün bağlanan ürün pazarında da pazar gücüne sahip olması gerekebilir. Fakat bu durum daha çok spesifik olaylar açısından sözkonusu olup, bağlayan ürün pazarında hakim durum, dışlayıcı etkilerin değerlendirilmesi için yeterlidir. Nitekim Komisyon Kılavuzu'nda teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması gerektiği belirtilirken, bağlanan ürün pazarında böyle bir zorunluluk olmadığı, ancak ikincil pazarlarda ortaya çıkan bağlama uygulamaları ile ilgili bazı özel durumlarda teşebbüsün bağlayan ve/veya bağlanan ürün pazarında da hakim durumda olması gerektiği belirtilmiştir[494].

Öte yandan alıcıların bağlama uygulaması olmadan bağlanan ürünü rakip bir teşebbüsten ayrıca satın alma olanaklarının olmadığı durumlarda, bağlama uygulamasının rakipler için dışlayıcı olduğu söylenebilir[495]. Bağlama uygulaması ile bu şekilde ortaya çıkan olası bir tehlike de alıcıların bu durumda bağlanan ürünü ayrıca satın almak yerine, aksine bağlayan ürüne sahip olmak için bağlamayı kabul etmeleridir. Bu durumda rakip teşebbüsler kendi müşteri potansiyelini ve pazar paylarını kaybedebilirler. Bağlama uygulaması sırasında rakip ürünlere yönelik talep kaymasının düşüklüğü, bağlama uygulamasının etkinliğinin de artmasına yol açar. Aynı zamanda teşebbüsün bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücüyle orantılı olarak, bu durum daha belirgin bir hal alabilir[496]. Öte yandan rakipler açısından dışlayıcı bir etki için, ilgili pazarlardan sadece birisinde varolan bir hâkim

[492] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 54.
[493] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 47.
[494] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50 ve özellikle de dpn. 3.
[495] Burkert, s. 227.
[496] Alıcılar açısından kısa vadede kendi ihtitaçlarını gidermeye yetecek kadar ürünün olmaması da pazar gücünün varlığı ile ilgilidir. Bkz. Nothhelfer, s. 48.

durum da yeterli olabilir[497]. Bu nedenle genellikle bağlayan ürün pazarında teşebbüsün sahip olduğu hakim durum, somut olayda bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri için yeterli olabilmektedir.

b. Tüketicinin Ürünleri Birlikte Edinme Konusundaki İsteği

Bağlama uygulamasıyla ortaya çıkan rekabet sınırlaması ve dışlayıcı etkiler, bağlı ürünlere yönelik tüketici talebi ilişkisiyle *(der Nachfragezusammenhang)* de bağlantılıdır. Çünkü bağlama uygulamasında bağlanan ürün pazarı bağlayan ürün pazarına, öncelikle alıcıların talebi üzerinden bağlanmak durumundadır. Bağlayan ürünün alıcılarının aynı zamanda bağlanan ürünü de almak konusunda bir istek veya ilgileri varsa, bu durumda bağlı ürünler ile talep arasındaki ilişkinin varlığından bahsedilebilir. Tüketici talebinin yoğunluğu aynı zamanda ürünlerin tamamlayıcı niteliği ile de ilgilidir. Çünkü tamamlayıcı ürünlerden birisi olmadan diğerine sahip olmak bazen ürünün işlevselliği nedeniyle anlamsız veya yetersiz kalabilmektedir. Ya da asıl ürünün tam işlevselliği tamamlayıcı ürünle birlikte kullanıldığında ortaya çıkmaktadır[498]. Örneğin fotokopi makinesi-toner veya yazıcı-kartuş gibi tamamlayıcı ürünler[499] arasında her zaman bu yönde bir talep ilişkisinin varlığından behsedilebilir. Bağlı ürünlere yönelik talebin yoğunluğu ne kadar güçlü olursa, bağlama uygulaması yoluyla rakibin dışlanması da o kadar etkili olur.

Dolayısıyla bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri için bağlanan ürün pazarındaki pazar gücünden başka, bağlanan ürünün alıcıların talep ve isteklerine uygun olması, başka bir anlatımla onların ihtiyaçlarına cevap vermesi de önemlidir. Bağlanan ürünün alıcılar açısından vazgeçilmez veya önemli olduğu durumlarda, alıcıların bağlamayı kabullenmesi daha kolaydır. Dolayısıyla düşük kaliteli, tüketicilerin taleplerine cevap vermeyen bir ürün, tüketicilerin bağlanan ürüne yönelik olası taleplerinin daha kaliteli başka bir ürüne kaymasına da neden olur. Bu durumda bağlanan ürün pazarında herhangi bir dışlayıcı etki de ortaya çıkmayacaktır[500].

---

[497] Burkert, s. 228.
[498] Markus Lenßen, **Das kartellrechtlich relevante Markt**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, s. 167.
[499] Tamamlayıcı ürünler arasındaki ilişki AB hukukunda, uçak ve uçak motorları konusunda bir Komisyon kararına da konu olmuştur. Bkz. Komisyon Kararı, 3.7.2001, COMP/M. 2220, Nr. 9 vd. *"General Electric/Honeywell".*
[500] Ancak bazı görüşlere göre, bağlama uygulamasının dışlayıcı ve aynı zamanda tekelleşme yaratan etkisi açısından gerekli olan koşullardan bir diğeri de bağlanan ürünün mevcut bütün ürünler arasından gerçek bir ikame özelliğine sahip olması gerektiği ve pazarda gerekli olan kapasiteyi tam olarak karşılaması ile mümkün olabileceğidir. Bu nedenle hâkim durum çoğu zaman bu stratejinin hedefe ulaşması için yeterli bir etken olarak gösterilemez. Bu konuda bkz. Nothhelfer, s. 49.

Öte yandan bağlama uygulaması tüketici talebini büyük ölçüde kendisine çekiyorsa, bu durumla bağlantılı olarak ilgili pazarda "aktarma teorisi"nin etkileri de daha şiddetli ortaya çıkar[501]. Bağlanan ve bağlayan ürünün alıcı kitlesi aynı olduğu zaman, bağlama uygulaması ile bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin dışlanması aktarma teorisi nedeniyle güçlü bir etki yaratabilir. Çünkü bu durumda ortada "serbest alıcı" olarak da tanımlanan bir alıcı kitlesi de kalmayacaktır[502]. Ancak ürünler arasında tamamlayıcılık veya talep ilişkisi bulunmuyorsa, bu durumda bağlı ürünlere yönelik yoğun bir tüketici talebi de sözkonusu olmayacaktır. Bu durumda "aktarma etkisi" bağlamında pazar gücünün yayılması da gerçekleşmeyecektir[503].

c. Alıcının Pazar Konumu

Bağlama uygulamasının pazarda dışlayıcı etkileri, satıcının pazar gücü yanında alıcıların pazar gücü (Nachfragemacht) ile de yakından ilişkilidir. Alıcıların satıcı karşısında önemli bir ekonomik güce sahip olduğu durumlarda, herhangi bir etkinlik avantajı sağlamayan bir bağlama uygulaması da etkili olamayacak, yani alıcılar tarafından kolayca kabul edilmeyecektir. Buna karşın, ilgili ürün pazarında alıcının satıcı karşısındaki konumu ne kadar zayıfsa, satıcının ekonomik gücü zorlayıcı bir niteliğe de kavuşacağından, bu durum karşısında alıcının bağlama uygulamasını daha kolay kabul edecektir. Bu şekilde hakim durumdaki teşebbüsün bağlama uygulaması ile öngördüğü hedefe ulaşması daha kolay olur[504].

d. Talep Fazlası Miktarı

Bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri açısından "talep fazlası" veya "artık talep" *(Restnachfrage)* kategorisindeki tüketicilerin oranı büyük önem taşımaktadır. Pazarda normal şartlar altında alıcıların sadece belirli bir bölümünün bağlama konusu ürünlerle ilgileneceği düşünülürse, geri kalanlar yine de ürünleri ayrı ayrı satın almayı tercih edeceklerdir. Dolayısıyla kalan alıcılara yönelik özel bir pazar veya satış stratejisi, bağlama uygulaması nedeniyle dışlayıcı etkilere maruz kalan

[501] Fischer, s. 31.
[502] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Burkert, s. 227.
[503] Posner, s. 199.
[504] Fakat satın alma gücü bağlamında olaya bakıldığında, önemli alıcılar, bağlama ile ortay çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarından kısmen de olsa faydalanmadıkça bu bağlama uygulamasını kolayca kabul etmeyeceklerdir. Bununla birlikte, alıcıların önemli bir satınalma gücüne sahip olmadığı durumlarda, etkinlik kazanımına dayalı bir bağlama aynı zamanda bir risktir. Bkz. Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 80.

teşebbüsü bu duruma karşı koruyabilir. Bu durum aynı zamanda aktarma etkisi açısından da geçerlidir. Birçok ürün pazarı açısından, bağlama veya paket satışa konu ürünleri almaya istekli alıcıların, aynı zamanda başka bir teşebbüsten ilgili ürünleri ayrı almaları da olasıdır. Bu durum özellikle teşebbüsün tüketicilere ürünlerini bağlı ürünlere göre ek yarar veya avantajlarla sunabildiği durumlarda söz konusudur. Dolayısıyla bu konuda başarılı bir ürün farklılaştırması rakip teşebbüsü, bağlama uygulamasına başvuran teşebbüsün dışlayıcı davranışına karşı koruyabilir[505]. Bunun sonucunda bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri ortaya çıkmayabilir.

e. Tamamlayıcı Ürün Üreticileri Açısından Dışlayıcı Sorunlar

Bağlama uygulamalarının rakipleri dışlayıcı etkileri konusunda üzerinde durulması gereken son bir husus ise özellikle yedek parça-servis hizmeti gibi tamamlayıcı ürünler veya sarf malzemeleri sunan bağımsız teşebbüslerin ticari çıkarlarının tüketiciler gibi hangi oranda ve ne kadar koruma göreceği, başka bir anlatımla korunmaya değer olup olmadığıdır. Bu sorun özellikle *Hilti* ve *"Handpreisauszeichner"* kararlarında da olduğu gibi, rakiplerin hakim durumdaki teşebbüsün asıl ürünü ile birlikte kullanılmak üzere sadece tamamlayıcı bir ürün ürettikleri olaylar açısından ortaya çıkmaktadır. Bu tarz olaylarda ABAD her teşebbüsün, başka bir teşebbüsün ürettiği ürünlerle birlikte kullanılmak üzere tamamlayıcı veya sarf malzemeleri *(Treibladungen)* üretme hakkı olduğunu belirtti[506].

Ancak bu hak bazı durumlarda tartışmalara da neden olabilmektedir. Çünkü rakiplerin bu davranışı, hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerinin kullanımı ile kendi ürünlerinin satışını artırarak bu şekilde hâkim durumdaki teşebbüsün ürününden veya yeniliğinden yararlanmak olarak da görülebilir[507]. Hatta yeniliklerin riskini taşımadan, tamamlayıcı ucuz ürünleri daha düşük bir maliyetle üretmek suretiyle başkasının yeniliği ile yaşamak, başka bir ifadeyle bir tür parazitsel yaşam tarzı olarak da değerlendirilebilir[508]. Bu durum karşısında örneğin etiket üreticilerinin kendi etiket yapıştırma aletlerini, keza çivi üreticilerinin de kendi çivi tabancalarını geliştirmeleri gerektiği de savunulabilir. Ancak bu yaklaşım dahi her durumda

[505] Nothhelfer, s. 47.
[506] EuGH, 2.3.1994 tarih ve Rechtssache C- 53/92 P, *Hilti / Komission,* Slg. 1994, I-667.
[507] Riziotis, s. 172.
[508] Bkz. *Eastmann Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, 485 (1992).

sorunlu olurken, aksi durumda da bilinen şekliyle bedavacılık sorunu (*free-rider problem)*[509] ortaya çıkmaktadır.

AB hukukunda bu tarz olaylar açısından etkinlik düşüncesiyle bir hukuka uygunluk halinin varlığı söz konusu değildir. Bu, herkesin istediği pazarda faaliyet gösterme özgürlüğü kapsamında, bu konuda bir girişim hakkına sahip olduğu yönündeki bir faraziyeden de kaynaklanmaktadır. AB rekabet hukukuna göre, bağlama uygulamalarıyla tamamlayıcı ürünlerin veya asıl ürün ile birlikte kullanılan sarf malzemelerinin bağlanması, müşterilerin rakiplerin ürünlerinden uzak kalması nedeniyle haksız bir davranış olup, *Hilti*[510] ve *Van den Bergh Foods*[511] kararlarında da belirtildiği üzere, bu durumda etkinlik kazanımı da haklı bir neden değildir[512]. Komisyona göre de, bağlanan ürün, bağlayan ürünün alıcıları için önemli olan tamamlayıcı bir ürünün söz konusu olduğu durumlarda, bağlanan ürün satıcılarında bir azalma olabilir ve bu şekilde bu ürünün yetersizliği bağlayan ürün pazarına girişleri zorlaştırır[513].

3. Dışlayıcı Etkiler Açısından Bağlama Uygulamasının Süresi

Bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi açısından uygulamanın sürekliliği de önemli bir rol oynamaktadır. Etkili bir bağlama uygulaması yoluyla rakipler, bağlama uygulamasının devam ettiği süre zarfında engellenebilir ve bu şekilde bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin artması da mümkündür[514]. Bu anlamda alıcılar bağlama uygulaması ile satıcının ürünü ile ne kadar uzun süre bağlı kalır veya bu ürünle ilgilenirlerse, o kadar rakip teşebbüslerin etki alanından, başka bir ifadeyle ürünlerinden uzak kalacaklardır. Komisyona göre de, rekabeti sınırlayıcı nitelikte pazar kapama tehlikesinin büyüklüğü, hakim durumdaki teşebbüsün süreklilik kazanan bir bağlama uygulaması

---

[509] Bedavacılık (free rider/riding) sorunu, herhangi bir ödeme yapmaksızın veya maliyete katlanmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün faaliyetlerinden yarar sağlamasıdır. Diğer bir tanıma göre ise bir ticari faaliyetin gerektirdiği masraf veya külfete katlanmaksızın o faaliyetin ticari kazancının elde edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Özellikle dikey anlaşmalar açısından ortaya çıkan bu sorun nedeniyle bedavacılık yapan yeniden dikey satıcı *showroom,* nitelikli personel, test aracı vb. maliyetlere katlanmaksızın satış yapabilecek ve dolayısıyla uygulayabileceği rekabetçi fiyat sayesinde pazar payını artırabilecektir. Bkkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 57.

[510] Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABRG 11.3.1988, L 65/19.

[511] Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1.

[512] Riziotis, s. 172.

[513] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 58.

[514] Zaten uzun süreli, örneğin birkaç yılı kapsayan, anlaşmaların daha kısa süreli anlaşmalara göre rekabet ve AB hukuku bağlamında üye devletlerarasındaki ticaret üzerindeki olumsuz etkileri kabul edilen bir durumdur. Bu anlamda örneğin süresi sadece bir yıl olan münferit bir anlaşmanın dışlayıcı etkisi önemsiz olabilir. Bkz. EuGH, 7.12.2000, Slg. 2000, I-11121, 11151 Rn. 35, *"Neste".* Ayrıca; Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 124.d.

ile daha büyük bir olasılıktır. Bu durum örneğin, ancak yüksek maliyetlerle üstesinden gelinebilen teknik bağlama uygulamalarında daha belirgindir. Bu şekilde teknik ürünlerle ortaya çıkan bağlama, münferit bileşenlerin yeniden satışını zorlaştıracaktır[515].

Bağlama yoluyla rakiplerin de ürettiği bağlanan ürüne olan talep, bağlama uygulamasına giden satıcının ürününe kaydırılabilir. Bu durum bağlama uygulamasının "çekim gücü" veya "emme etkisi" *(Sogwirkung)* olarak da adlandırılmakta olup, bu etkinin neden olacağı dışlayıcı sonuçların büyüklüğü bağlama konusu ürünlerin alıcı profiliyle bağlantılı olduğu kadar, bağlama uygulamasının süresiyle de ilgilidir. Alıcılar açısından vazgeçilmez önemde olan veya büyük önem atfedilen ürünler bağlamanın etkinliğini de artırcağından, bağlama uygulamasının süresi arttıkça dışlamanın boyutu da artacaktır[516].

Dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüs tarafından pazarda yaygın bir şekilde ve yeterince uzun bir süre başvurulan bir bağlama uygulaması sonucunda fiili veya potansiyel rakiplerin dışlanması ve nihayetinde tüketici refahının azalması mümkündür. Bununla birlikte, bağlama ugulaması sonucunda rakiplerin dışlanması ve pazarın kapatılması için rakipler açısından bağlama uygulamasına maruz kalan müşteriler dışında pazara etkin bir girişin de mümkün olmaması gerekir[517].

Sonuç olarak hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından başvurulan bir bağlama uygulaması, yaygın ve yeterince uzun süre uygulanırsa, tüketici refahında bir azalmayla da sonuçlanacaktır. Dolayısıyla sağlayıcı hakim durumda olduğu zaman, bağlama uygulaması rakipler üzerinde ciddi dışlayıcı etkilere *(Verdrängungseffekt)* de neden olabiliceğinden, yasaklanması en uygun çözüm olacaktır[518]. Ancak bu sonuç bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri nedeniyle yasaklanması için uzun süre uygulanmasını beklemek gerektiği anlamına da gelmemektedir. Öte yandan bu sonuç dışlayıcı etkileri olan bağlama uygulamalarının her durumda yasaklanması anlamına da gelmemektedir. Çünkü bu

[515] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 53.
[516] Burkert, s. 225.
[517] Sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin ve bu arada T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Mudanya Şubesi ile Vakıfbank Basmane Şubesi'nin kredi kullandırdığı müşterileri sigorta poliçesi almaya yönlendirerek sigorta acenteleri aleyhine haksız rekabet oluşturduğu iddiası ile açılan Önaraştırma. Bkz. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 220.
[518] Ekdi'ye göre de Rekabet Kurulu Kararı, değerlendirmede tekel konumunun korunması, rakipleri dışlama ve aktarma kuramı iç içe geçmiş olsa da, hem bağlama uygulamalarının olumlu yönleri de olabileceğinin kabul edilmesi açısından, hem de bu uygulamaların ihlal sayılması için dışlayıcı nitelikte olmaları gerektiğinin belirtilmesi açısından önemlidir. Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 111.

tarz olaylarda, somut olay bağlamında ilgili davranışların pazar üzerindeki etkilerinin kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi büyük önem taşımaktadır[519].

4. Ara Değerlendirme

Bağlama uygulamalarının rekebet karşıtı etkilerinden birisi de şüphesiz rakiplerin dışlanmasıdır. Dışlayıcı etkiler ise öncelikle teşebbüsün hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahip olduğu durumlarda söz konusu olmakla birlikte, bu tarz bir etki ürünler arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi ve bağlamanın süresi ile de yakından ilgilidir. Özellikle pazar gücünün aktarılması ile bağlantılı ortaya çıkan rakiplerin dışlanması, aynı zamanda pazar kapama etkisi yarattığı zaman, üçüncü taraf pazar katılımcıları açısından da bu olumsuz etkiler söz konusu olacaktır. Böyle bir sonuç ise rekabet hukuku açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Çünkü bu durumun ortaya çıkması, etkinlik yoluyla veya bağlanan ürünün kalitesinden çok teşebbüsün ekonomik gücünü alıcılar üzerinde kullanması ile ilgilidir. Bu durum ise esasen bütün pazar katılımcılarının ekonomik hareket özgürlüğüne dayanan rekabetin temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır[520].

Komisyon hem Tartışma Metni ve hem de Kılavuz ile bağlama uygulamasının dışlayıcı etkileri konusunda somut bir yaklaşım geliştirmeye çalışmıştır. Komisyon'a göre, bağlanan ürün için pazardaki satış veya sürüm hacmi, bağlama uygulamasının tehlikeli olarak değerlendirilebilmesi için daha güvenli bir yaklaşım oluşturulabilmesi açısından önemli olup, bu durum ekonomik yaklaşımlara da uygundur. Bağlanan ürün pazarındaki alıcı aynı zamanda hakim durumun olduğu bağlayan ürün pazarıyla da ilişkili veya bağlıysa, bu durumda bağlanan ürüne yönelik talep kaymasında kısmi bir artış olacağından, bağlamanın dışlayıcı etkisi de önemsiz olacaktır. Örneğin bağlanan ürün pazarındaki müşterilerin ancak üçte biri her iki ürünü de satın alıyorsa, bağlama uygulaması pazarın üçte birini içerdiğinden, olası dışlayıcı tehlikesi de düşüktür[521]. Komisyon bu konuda bağlama uygulamasına giden satıcının rekabet açısından bir stratejiye sahip olup olmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Fakat burada da sorun rekabet ve bu anlamda bağlama uygulamasının dinamik niteliği veya özelliğidir. Bu nedenle pazar gücünü yayma çoğunlukla bir defada meydana gelip bu şekilde sona eren bir olay olmayıp, aksine süreklilik taşıyan ve bu anlamda dinamik bir süreçtir.

[519] Riziotis, s. 140.
[520] Fischer, s. 31.
[521] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 198.

Bağlanan ürün açısından satış hacmi dışında başka bir etken de dışlayıcı etkilere olanak sağlayabilir[522]. Dolayısıyla bu hususta sadece gerçek olgulardan hareketle bir sonuca ulaşmak çoğu zaman yeterli olmayıp, aksine farklı durumların veya ihtimallerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bağlama uygulaması ile pazar gücünü genişletmenin başarısı, özellikle şebeke/ağ etkilerinin olduğu pazarlarda daha belirgin bir şekilde görülebilir[523]. Komisyon bu durumu *Microsoft* olayında da tespit etti. Satış hacmi önemli bir boyuta ulaştığı ve bağlama uygulamasına giden teşebbüs tarafından pazara hakim olunması halinde, her iki pazar açısından artık rekabet için geçtir. Bu anlamda özellikle şebeke etkileri olan bir pazarda, sadece pazar verileri üzerinden yapılan bir analiz yerinde müdahaleler için yetersiz kalabilir. Özellikle tüketici talebinde bağlama uygulaması yönünde ciddi bir kayma olmuşsa, artık pazara müdahale konusunda da bir gecikme ortaya çıktığından, rekabet hukuku açısından bu müdahale beklenen sonuçları vermeyecektir.

C. Tekelleşme Sorunu

Tekelleşme aynı zamanda aktarma *(leveraging)* teorisi ile de bağlantılı bir durumdur. A ve B ürünleri pazarında faaliyet gösteren hakim durumdaki teşebbüs, A pazarında sahip olduğu pazar gücünden B pazarındaki rekabeti sınırlamak için yararlandığı zaman, hakim durumda olduğu A pazarı yanında B pazarında da bir tekelleşmeye gidebilir[524]. Öte yandan satıcı bağlama uygulaması ile bağlayan ürün pazarında sahip olduğu hakim durum veya pazar gücünü sağlamlaştırırken, bağlanan ürün pazarında da rekabeti sınırlayıp tekelleşmeye çalıştığı için bu tarz davranışlar yasal görülmemektedir[525]. Burada da esasen bir çeşit aktarma durumu sözkonusu olduğundan, aslında tekelleşme görüşünün de bir ölçüde dışlama görüşüne benzediği, hatta dışlamanın nicel ve nitel bir görünümü olarak ortaya çıktığı da söylenebilir[526].

---

[522] Bundeskartellamt, Written Statement on the DG Competition Discussion Paper, 2006, s. 15.
[523] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 199.
[524] Bkz. Bowman, Tying Arrangements and the Leverage Problem, s. 20; Langer, s. 17.
[525] Örneğin Amerikan-*antitrust* hukukunda tekelleşme yasağı Sherman Yasası 2.bölüm de yer alan düzenlemelere göre özel bir öneme sahiptir. Sherman Yasası 2. Bölüm tekelleşme yanında bu tekelleşmeyi yayma veya varolan tekel durumunu sürdürmeyi de yasaklamaktadır. Öte yandan bir pazarda varolan bir tekel durumu, bu tarz bir yasaklama için tek başına yeterli değildir. Tekelci fiyatlar bağlamında kısa vadede ortaya çıkan böyle bir durum, serbest rekabet sisteminin önemli bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Eğer ilgili pazarda tekelleşmeye yönelik özel bir niyet bağlamında rekabete aykırı davranışlar ortaya çıkıyor ve bu durumun tekelleşmeyle sonuçlanması konusunda yüksek bir olasılık bulunuyorsa, bu durumda tekelleşme yasağına yönelik bir ihlalin varlığı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Nothhelfer, s. 72.
[526] Burkert, s. 268.

Bağlama uygulaması sonucunda tekelleşme olgusu hem bağlanan hem de bağlayan ürün pazarında ortaya çıkabilir. Fakat böyle bir etkinin özellikle bağlanan ürün pazarında ortaya çıkması bazı koşullara bağlıdır. Bu anlamda öncelikle bağlayan ve bağlanan ürün pazarları arasında sıkı bir talep ilişkisi olmalıdır. Bağlayan ürün ile onun yedek ve tamamlayıcı parçalarının sadece bağlanan ürünle birlikte işlevsel olarak kullanılabilmesi durumunda böyle bir talep ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. Bu varsayım aynı zamanda bağlanan ve bağlayan ürünlerin karşılıklı bağımlılık ilişkisine de dayanmaktadır[527]. Tamamlayıcı ürünler açısından böyle bir ilişkinin varlığından söz edilebilir[528]. Bu konuda bir diğer önemli husus ise satıcının aynı zamanda bağlayan ürün pazarında hâkim durumda olmasıdır[529].

Bu konuda Carlton ve Waldman'ın modeline göre, bağlama uygulamalarının rekabetçi olan pazarda daha yüksek fiyat elde etmek için değil, aksine tekelci pazara girişi engellemek için kullanılabileceğini göstermektedir. Bu modele göre; tekelci pazarda üretilen asıl ürüne rekabetçi pazarda üretilen tamamlayıcı ürünün bağlanması sözkonusudur. Burada tekelci ürün tek başına kullanılabilir iken, tamamlayıcı ürünün ana ürün ile birlikte kullanılması gerekmektedir. Tekelci teşebbüsün tamamlayıcı ürün pazarını da tekelleştirmesi durumunda ekstra kar elde etmesi pek mümkün olmamasına rağmen, tamamlayıcı ürün üreten rakiplerin asıl ürün pazarına girebileceği yönünde bir tehdit algıladığı takdirde bu pazardaki rakiplerini dışlama amacıyla bağlama uygulamasına başvurması ve bunda başarılı olması mümkündür[530].

Fakat bütün bu teorik açıklamalara rağmen, bu yaklaşımlar yine de eleştirilmiştir. Çünkü talep ilişkisi bu konuda önemli olmakla birlikte, bağlayan ürün pazarında buna rağmen varolan serbest alıcılardan kaynaklanan yeterli miktarda "artık talep/talep fazlası" *(Restnachfrage)* hususu göz ardı edilmemelidir. İşte bu serbest alıcılar bağlayan ürün pazarındaki rakiplerin ürünleri için de potansiyel alıcılardır. Dolayısıyla serbest alıcıların varlığı, ilgili pazarda ortaya çıkabilecek tekelleşme sonucunu da etkileyecek, hatta zorlaştırabilecektir. Böyle bir durumda bağlama uygulamasına giden teşebbüs pazar gücü elde edebilir, fakat bunu tekelleşmeye çevirmesi zor olabilir[531].

---

[527] Burkert, s. 273.
[528] Paul, s. 254.
[529] Burkert, s. 269; Nothhelfer, s. 49.
[530] Dennis Carlton ve Michael Waldman, "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", **The Rand Journal of Economics**, Volume 33, Nr. 2, 2002, ss. 194-220.
[531] Bkz. Ben-Zie, s. 27.

Öte yandan gerek tekelleşme sorunu ve gerekse pazara giriş engelleri sorunu açısından ortaya çıkan teorik yaklaşımlar çerçevesinde verilen örnekler, gerçek yaşamda çok rastlanmayacak türden sınırlama getiren öneri ve varsayımlara dayanmaları nedeniyle uygulanabilirliklerinin sınırlı olması ve aynı zamanda ağırlıklı olarak rekabeti sınırlamaya odaklanmaları ve bu yüzden aynı süreçte ortaya çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarını göz ardı etmeleri nedeniyle eleştirilmiştir[532].

Sonuç olarak, tekelleşme yaklaşımı açısından, bağlama uygulamasına giden teşebbüsün bağlayan ürün pazarındaki pazar gücü, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından normatif bir koşul olarak görülmektedir. Satıcı bağlayan ürün pazarında sahip olduğu pazar gücünü, bağlama uygulamasını kabul etmeleri için alıcılar üzerinde zorlayıcı bir unsur olarak kullandığı zaman, bağlama uygulaması yasaklanabilir bir davranıştır[533]. Dolayısıyla böyle bir yasaklama için gerekli pazar gücünün tespiti aynı zamanda yapılacak değerlendirmenin sonucunu da etkileyecektir. Böyle bir durumda satıcı ne kadar "pazar gücü"ne sahip olarak tanımlanmaya yakın belirleniyorsa, bağlama uygulamasının izin verilebilir bir davranış olarak değerlendirilmesi de o oranda azalmış olacaktır[534].

D. Pazara Giriş Engelleri

Bağlama uygulaması nedeniyle pazara giriş engelleri sorunu aslında yukarıda bahsedilen "rakiplerin dışlanması" ve "tekelleşme" sorunlarıyla da bağlantılıdır. Burada söz konusu olan bir yandan potansiyel rakiplerin dışlanması, diğer yandan ise satıcının pazar gücünü pekiştirmesi veya sağlamlaştımasıdır[535]. Bağlama uygulaması nedeniyle hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarında potansiyel rakipler açısından ciddi pazara giriş engelleri ortaya çıkabilir[536]. Pazara giriş engelleri sorunu aynı zamanda Chicago Okulu'nun bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerini reddeden görüşlerine karşı, dışlayıcı davranışların

---

[532] Bkz. Christian Ahlborn, David Evans ve A. George Padilla, "The Antitrust Economics of Tying: a Farewall to per se Illegality", **Antitrust Bull. 49,** 2004, s. 41.

[533] Kodak Kararında Mahkeme tekel yasağına başvurulması konusunda, bu tarz davranışlar ilgili pazarda bir tekelleşmeye yol açmasalar da, aktarma yoluyla rekabetin bozulmasının yasal olmadığına karar verdi. Mahkeme bu kararını *tying (bağlama)* doktrinine dayandırdı. Buna göre bağlama (tying) bağlanan ürün pazarında bir tekelleşmeye yol açmasa da bir kötüye kullanmadır. Dolayısıyla bu durum Sherman Yasası 2.bölümün uygulanması açısından da geçerli olmak zorundadır. Bkz. *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.,* 603 F.2d 263, Nr. 275-276 (2d Cir. 1979). Ayrıca, Nothhelfer, s. 73.

[534] Burkert, s. 275; Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) başka bir kararında tekelleşmeye yönelik bir davranışın Sherman Yasası 2.bölüm kapsamında yasaklanabilmesi için daha belirgin standartlar belirledi ve pazarda bir tekel durumu veya bu konuda yüksek bir olasılığı yeterli gördü. Bkz. *Spectrum Sports Inc. v. Mc Quillan,* 506 U.S. 447, 459 (1993); Nothhelfer, s. 74.

[535] Jones ve Sufrin, s. 452; Barry Nalebuff, "Bundling as an Entry Barrier," **Economics of Antitrust Law**, Volume II, (Ed. Bnejamin Klein ve Andreas V. Lerner), Northampton, 2008, s. 176.

[536] Hovenkamp, s. 423; Monti, s. 191; Wolf, s. 91.

rekabeti sınırlayıcı etkilerini göstermek açısından da ortaya çıkan bir yaklaşımdır. Özellikle *post-Chicago* yaklaşımlar, ilgili ürün pazarlarından en azından birisinde tekel olan bir teşebbüsün, paket satış veya bağlama uygulaması ile potansiyel rakiplerin olası pazara giriş denemelerini engelleyebileceğini göstermiştir[537].

1. "Pazara Giriş Engelleri" Kavramı

Pazara giriş engelleri kavramı ile anlaşılması gereken hususlar, rekabet hukuku düzenlemelerinde yeterince açık ve net tanımlanmış değildir. Bu durum AB rekabet hukuku açısından da geçerlidir. Bununla birlikte Komisyon, Tartışma Metni'nde dışlayıcı kötüye kullanma kapsamında pazara giriş engelleri kavramı üzerinde de durmaktadır. Buna göre pazara giriş engelleri, pazara girişi olanaksız hale getiren veya karlı olmayan bir duruma getiren ve giriş aşamasındaki bir teşebbüs açısından fiyatları rekabetçi seviyede tutmayı olanaksız hale getiren etkenler olarak açıklanmıştır[538]. Yatay Birleşmeler Kılavuz'unda[539] ise Komisyon pazara giriş engellerini, yerleşik teşebbüse rakipleri karşısında avantaj sağlayan pazara özgü özel durumlar olarak tanımlamıştır. Buna göre, Komisyon'un yeni rakip veya tedarikçilerin ortaya çıkmasını engelleyen veya azaltan bütün olası rekabet karşıtı durumları pazara giriş engeli olarak değerlendirdiği sonucuna varılabilir[540].

Stigler'a göre pazara giriş engelleri sorunu, bir teşebbüsün pazara giriş için uğraşmasına rağmen, ilgili pazarda varolan rakipler nedeniyle bu girişin gerçekleşememesidir[541]. Bazı yazarlara göre ise, pazara giriş için gerekli olan giriş maliyetleri, etkin olmayan bir dağılıma neden oluyorsa bu durumda da bir pazara giriş engeli sözkonusudur[542]. İlgili pazarda hâlihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler pazarı yeni rakiplerin girişine karşı koruduklarından, bu durumda yeni rakiplerle ortaya çıkacak rekabet engellendiğinden, bu şekilde etkin olmayan dağılım sorunu ortaya çıkar. Çünkü böyle bir koruma nedeniyle başka bir rakip pazara giremeyeceğinden, mevcut teşebbüs rekabet baskısından kurtulduğu için, uzun vadede fiyatları ortalama maliyet fiyatlarının üstünde tutabilir[543].

---

[537] Paul, s. 252.
[538] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 38.
[539] Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizanteler Zusammenschlüsse, ABl.EG, 2004, C 31/5, Nr. 70.
[540] Gauß, s. 101.
[541] George Stiegler, **The Organization of Industry**, The University of Chicago Press, Chicago, 1968, s. 167.
[542] Nothhelfer, s. 42.
[543] Joe Bain, **Industrial Organization**, Wiley, 2nd ed., 1968, s. 252.

2. "Potansiyel Rakipler"

Pazara giriş engelleri denilince şüphesiz akla "potansiyel rakip/rakipler" gelmektedir. "Potansiyel rakip", fiyatlarda küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda, gerekli dönüştürme maliyetlerine katlanarak veya zorunlu yatırımları yaparak pazara girme olasılığı (ve isteği) bulunan teşebbüs olarak tanımlanabilir[544]. Rekabet Kurulu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'una göre ise, *"halihazırda rakip mal üretmeyen, ancak sözkonusu ürünün fiyatlarında göreceli olarak küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda bir yıl içerisinde gerekli yatırımları yaparak piyasaya girebilecek teşebbüsler, söz konusu ürün pazarında faaliyet gösterme potansiyeline sahip teşebbüs olarak değerlendirilecektir."* Ancak Kurul'a göre, herhangi bir teşebbüsün bu tarz bir yatırım yaparak yeni bir pazara girme ihtimalinin olup olmadığı tespit edilirken teorik bir yaklaşımdan ziyade gerçekçi bir yaklaşım ortaya konacaktır. Bu nedenle, finansal gücü ne kadar büyük olursa olsun herhangi bir teşebbüs, hâlihazırda faaliyet gösterdiği ürün pazarıyla hiçbir ilişkisi olmayan başka bir pazar için potansiyel bir rakip olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak teşebbüsün söz konusu yeni pazara girmeyi planladığı açıkça biliniyorsa, o takdirde bu pazar için potansiyel bir rakip sayılacaktır[545].

Öte yandan pazara giriş engelleri sorunu "potansiyel rakipler" bağlamında ele alınmakla birlikte bu kavram ile anlaşılması gereken sadece daha önce ilgili pazarda hiç faaliyette bulunmamış teşebbüsler, başka bir anlatımla yeni gelenler veya pazara giriş yapanlar *(Newcommer, Neueinsteiger)* olarak tanımlanan rakipler değildir. Kavram aynı zamanda daha önce ilgili pazarda faaliyet göstermekle birlikte, bağlama uygulaması nedeniyle pazardan dışlanan ve yeniden eski pazar konumlarını elde etmek isteyen satıcı veya rakipleri de kapsamaktadır[546].

3. Bağlama Uygulaması ile Pazara Giriş Engelleri

Bağlama uygulaması ile teşebbüsler bir yandan pazarı potansiyel rakiplerin olası girişine karşı güvence altına almaya çalışırken, diğer yandan ise ortaya çıkan giriş engelleri sayesinde karlarını yükseltme veya en azından mevcut konumlarını sürdürme olanağı bulurlar[547]. Dolayısıyla bağlama uygulaması, pazar gücünün

[544] Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 78.
[545] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 5, Nr. 5.
[546] Burkert, s. 292.
[547] Örneğin A ve B ürünleri pazarında tekel olan bir teşebbüse rağmen, bu ürünlerden B pazarına girmek isteyen yeni bir rakip ortaya çıktığında, tekelci teşebbüs burada ürün bağlama olayına giderek

bağlanan ürün pazarı üzerinde kullanılması ve bu pazara giriş engelleri ile rekabetin sınırlanması için uygun bir davranıştır[548]. Örneğin hem sabah ve hem de akşam gazetesi yayınlayan bir teşebbüs, sadece sabah yayınlanmak üzere gazete çıkarmayı düşünen bir rakibin pazara girişini engellemek için sabah gazetesinde yayınlanan reklamların aynen akşam gazetesinde de yayınlamak üzere müşterilerine cazip bir fiyat sunabilir. Böyle bir durumda potansiyel rakibin sadece sabah çıkan gazetesinde reklam yayınlamak yerine, birçok müşteri önceki gazeteye yönelecek veya gazetesini değiştirmeyecektir. Çünkü bu şekilde reklamları hem gündüz ve hem de akşam gazetesinde çıktığı için daha fazla kitleye ulaşabilecektir[549].

Bağlama uygulaması nedeniyle sözleşme ve seçme özgürlükleri sınırlanan alıcı sayısının artması sonucunda, ikincil pazarda ürünlerinin satış yolları tıkanan üçüncü bir teşebbüsün dışlanması da hızlanır[550]. Pazarın kapanması ile potansiyel ve mevcut rakiplerin ortadan kalkma tehlikesi bulunmakla birlikte, burada pazar kapamanın derecesi en başta ikincil pazardaki rekabetçi davranışlara bağlıdır. Eğer ikincil pazarda güçlü bir ölçek ekonomisi özelliği varsa bu etki özellikle yüksek olur. Çünkü böyle bir pazar yapısında özellikle üretilen ve satılan ürün miktarından bağımsız olarak ortaya çıkan sabit maliyetler yüksektir. Bağlama ile satıcı ikincil pazardaki tüketici talebini büyük ölçüde kendi ürününe yönlendirdiği zaman, rakipler kendi sabit maliyetlerini karşılamakta zorlanacaktır. Sonuçta mevcut rakipler açısından pazarda kalmak gittikçe zorlaşırken, potansiyel rakipler için de böyle bir pazara giriş, artan maliyetler nedeniyle riskli olacağından, bunlar pazara girişten vazgeçerler[551].

Bu konuda Whinston'un öne sürdüğü modele göre A ve B ürünlerine ilişkin iki pazarda tekel konumunda olan bir teşebbüs, bağlama uygulamasından yararlanarak, ölçek ekonomileri gerektiren B ürünü pazarına girmek isteyen potansiyel rakibin bu asgari ölçeğe ulaşmasını engelleyebilir. Tekelci teşebbüs bağlama ve düşük fiyatlama stratejisi ile pazara girişi engelleyebilir. Ancak buna rağmen Whinston teşebbüslerin çok farklı nedenlerle bağlama uygulamasına

---

yeni bir rakibin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Burada olaya tüketiciler açısından bakılıdığında hem tekelcinin ürettiği B ve hem de yeni rakibin ürettiği ürün için tercih özgürlükleri olmasına rağmen, bağlama nedeniyle sabit fiyat karşısında talebin önemli bir bölümünü B ürünü çekecektir. Bu duruma "bağlama etkisi" *(pure bundling effect)* adı verilmektedir. Bkz. Nothhelfer, s. 42.

[548] Bkz. Wolf, s. 91.

[549] Hovenkamp, s. 423.

[550] Wolf, s. 92.

[551] Ahlborn ve diğerleri, s. 331; Wolf, s. 93.

gidebileceğini ve bu kuramsal senaryoların gerçek yaşamdaki ve özellikle tüketici refahı üzerindeki etkilerini tam olarak kestirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir[552].

Sonuç olarak bağlama uygulaması ile potansiyel rakiplere her iki pazar kapatılmakta veya en azından rakiplerin bu pazarlardan birisine girişi zorlaştırılmaktadır[553]. Satıcının pazar gücüne ulaştığı durumlarda ise bu durum pazara giriş engellerini daha da pekiştirir. Ancak bağlama uygulaması etkin değilse, pazara giriş engellerinin ortaya çıkması da pek olası değildir[554]. Dolayısıyla pazara giriş engellerinin ortaya çıkması bağlama uygulamasının etkinliği ile de ilgili olup, bu durum hem bağlanan ve hem de bağlayan ürün pazarı açısından sözkonusu olabilir.

a.Bağlanan Ürün Pazarına Giriş Engelleri

Bağlama uygulaması ile hakim durumdaki teşebbüsün çoğunlukla asıl hedefi bağlanan ürün pazarındaki rekabeti sınırlamak suretiyle pazarı domine etme isteğidir. Çünkü böyle bir teşebbüs zaten bağlayan ürün pazarında hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahiptir. Öte yandan bağlanan ürün pazarında ortaya çıkan pazara giriş engelleri iki yönlü olabilir. Biri bağlama uygulamasının "bağlayıcı etkisi" *(Bindungswirkung),* diğeri ise "çift taraflı pazara giriş zorunluluğu"dur.

(1) Bağlama Uygulamasının "Bağlayıcı Etkisi"

Bağlanan ürün için potansiyel alıcılar bağlama uygulaması ile hakim durumdaki teşebbüse bağlanırlarsa, bu durum pazara girişi zorlaştırıcı veya engelleyici bir nitelik kazanabilir. Dolayısıyla bağlanan ürün pazarına giriş açısından engelleyici bir bağlama uygulaması, aynı zamanda bağlayan ürün pazarı için de koruyucu bir işlev görmektedir. Özellikle tamamlayıcı ürünler açısından bu şekilde pazar gücüne sahip teşebbüs, bağlayan ürün pazarındaki konumunu da

---

[552] Michael Whinston, "Tying, Foreclosure, and Exclusion",**The American Economic Review**, Volume 80, 1990, s. 838.

[553] Bağlama uygulaması aynı zamanda bağlanan ürün pazarına olası girişleri de engellemek suretiyle, bağlayan ürün pazarını dahi rakiplere karşı koruyucu bir işlev görmektedir. Wolf, s. 93.

[554] Örneğin cıvata ve somun üreten tekel bir teşebbüsün, her ikisini bağlamak suretiyle satmaya çalıştığını düşünelim. Cıvata rekabetçi bir pazarda 25 Kuruşa, somun ise 10 Kuruşa satılabilecektir. Üretimde bir etkinsizlik bulunmasına rağmen teşebbüs paketi 38 Kuruşa satmaya çalışmaktadır. Burada giriş engelleri artmayacaktır. Bu durumda daha verimli üretim yapan bir teşebbüs, cıvata pazarına tek başına girebilir ve verimli bir somun üreticisi de olabilir. Eğer tekel olan cıvata üreticisi cıvata-somun paket satış fiyatını düşürürse, bu durumda her iki pazardan sadece cıvata pazarına girmek isteyen teşebbüs aynı anda rekabetçi olabilmek için her iki pazara da birlikte girmek zorunda kalacaktır. Bu durumda rakip için her iki pazara birden giriş yapma zorunluluğu bir giriş engeli olacaktır. Bkz. Hovenkamp, s. 424.

sağlamlaştırmaktadır[555]. Gerçekten de bağlama uygulaması alıcılar açısından tatmin edici olduğu, başka bir ifadeyle onların beklentilerini karşıladığı ve bu şekilde alıcıların da bu durumu benimsedikleri sürece, böyle bir etkinin varlığı daha belirgin olur ve bağlama uygulaması potansiyel rakiplerin pazara girişini zorlaştırır. Burada bağlamanın dışlayıcı etkisi bağlayıcı etki olarak ortaya çıkarken, bu durum aynı zamanda hukuksal veya maddi nedenlerden de kaynaklanabilir[556].

Öte yandan alıcı veya tüketicilerin tercihi özellikle paket satışlar şeklinde ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etlkileri konusunda büyük önem taşımaktadır. Tüketicilerin paket içerisinde yer alan tüm ürünler hakkındaki pozitif değerlemeleri, ilgili ürünler tamamlayıcı olmasalar dahi, pazar kapama etkisini artırır. Bu anlamda bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin ürünleri hakkındaki kuvvetli tercihlere (pozitif değerlemelere) sahip olan alıcılar, hakim durumdaki teşebbüsün bağlanan ürününü tercih etmeyecekleri için, bağlayan ürünün olduğu pazardaki rakiplerin ürünlerini seçmeleri de mümkün olmaktadır. Bu durumda özellikle karışık paket satış uygulamalarının dışlayıcı potansiyeli, kullanıcıların hem hakim durumun mevcut olduğu hem de rekabetçi pazardaki ürün hakkındaki değerlemelerine, bu ürünlere yönelik algılarına bağlı olmaktadır. Kullanıcıların çoğunluğunun her iki ürüne yönelik değerlemelerinin yüksek olduğu durumlarda, uygulamanın etkisinin rakipler için çok daha yüksek olması muhtemeldir[557].

Alıcı açısından bağlanan ürünü bağlayan ürün ile birlikte satın alma yükümlülüğü bulunuyorsa, bu durumda bağlama uygulamasının bağlayıcı etkisi hukuksal nedenlerden kaynaklanmaktadır. Burada pazara giriş engelleri ise zamansal bir sorun olarak ortaya çıkar. Satın alma yükümlülüğü ne kadar uzun süreli olursa, bağlamanın pazar üzerindeki etkisi ve dolayısıyla giriş engellerinin işlevselliği ve dolayısıyla rekabet karşıtı etkileri de o kadar büyük olacaktır[558].

Bağlama uygulamasına giden alıcı bağlanan ürün pazarındaki konumunu, ilgili pazarda uzun zamandan beri faaliyet göstermesi nedeniyle pekiştirmişse, bu durumda bağlama uygulamasının bağlayıcı etkisi maddi nedenlerden kaynaklanmaktadır. Teşebbüs bu şekilde güçlü bir müşteri çevresine *(Goodwill)*

---

[555] Bu tarz etkiler özellikle büyük işletme avantajları veya şebeke etkisinin olduğu pazarlar açısından daha belirgindir. Wolf, s. 93; Paul, s. 252.

[556] Burkert, s. 292.

[557] Bu değerlendirmeler açısından bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı karar, s. 16, Nr. 680. (TTNet A.Ş. ile Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından birlikte uygulanan "TümEvİşAvea320" ve "Şirketler için ADSL" kampanyaları aracılığıyla TTNet A.Ş.'nin; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından uygulanan "Ücretsiz Ev/İş Arama Fırsatı" kampanyası aracılığıyla da Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları ile açılan önaraştırma).

[558] Burada alıcıların sözleşmeyi sona erdirme olanakları veya potansiyel rakipler için olası teşvikler göz ardı edilmektedir. Bkz. Burkert, s. 293.

sahip olabilir. Hatta bu müşteri çevresi dışlanan rakiplerden gelen müşterileri de kapsayabilir. Öte yandan bu zaman sürecinde ilgili teşebüs ticari açıdan yararlı bir teknik bilgi *(know-how)* de elde etmiş olabilir. Böyle bir durumda pazara giriş yapacak olan rakiplerin öncelikle bu tarz sorunların üstesinden gelmesi gerekir[559]. Fakat araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin sonuçta yüksek bir yatırım gerektirmesi nedeniyle, bu durumun üstesinden gelmek aynı zamanda rakiplerin maliyetlerini artıracaktır. Dolayısıyla araştırma ve geliştime harcamaları pazara girişi zorlaştıran bir etki yaratacaktır[560].

Oliofiat olayı[561] nda, bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin pazara girişini engellemeye yönelik tipik bir bağlama uygulaması söz konusuydu. Bu olayda İtalya'nın en büyük motorlu taşıt üreticisi olan Fiat-Oto, bayileri ve yetkili servisleri ile imzaladığı bir anlaşmayla, bakım/servis hizmetlerinde kullanılacak madeni yağlar ve diğer tamamlayıcı servis/bakım ürünlerinin sadece Oliofiat markalı ürünlerden seçilmesi koşulu getirmişti. Bu ürünler aynı zamanda Fiat tarafından da üretilmekteydi. Komisyon bu uygulamayı, İtalyan pazarına girmek isteyen rakip yağ üreticileri için pazarın bu bölümüne giriş açısından ciddi bir engel olarak gördü. Bu olay, bağlanan ürünlerin yedek parça veya tamamlayıcı ürün olarak belirlendiği ve aynı zamanda çok sayıda pahalı üründen oluşan bir kombinasyonla kullanıldığı klasik bir bağlama uygulamasıydı. Fiat-Oto tarafından bağlama için hiçbir haklı gerekçe belirtilmemeiş olmakla birlikte, bağlama uygulamasına giden teşebbüsün kalite kontrolü ve müşteri çevresine *(goodwill)* dayanarak rekabeti komşu pazarlarda ortadan kaldırmaya yönelik tipik bir davranış sözkonusuydu. Komisyonun harekete geçmesiyle birlikte Fiat, kendi bayi ve yetkili servislerine gönderdiği bir talimatla, Oliofiat veya başka üreticilerin uygun ürünlerinin de kullanabileceğini belirtti.

(2) Rakipler Açısından Çift Yönlü Pazara Giriş Zorunluluğu

Eğer bağlama uygulamasının tek başına bir bağlayıcı etkisi bulunmuyorsa bu durumda bağlayan ürüne özgü çekicilikler, bağlanan ürün pazarına girişi zorlaştırıcı veya engelleyici bir rol oynayabilirler. Böyle bir durumda her iki ürünü de almak isteyen alıcılar, yeni gelen rakiplerin münferit ürünlerini, ancak bunlar bağlama

[559] Gauß, s. 106.
[560] Ancak Burkert'e göre, bütün bu olaylarda pazara giriş engelleri aslında her yeni giriş yapan teşebbüsün üstesinden gelmesi gereken zorluklardan pek de farklı değildir. Tek fark bağlama uygulamasına giden teşebbüsün pazara daha önce girişinden kaynaklanmaktadır. Burkert, s. 293; Ayrıca bkz. Komisyon, 15. 6. 2005 tarihli karar, COMP/37.507/F3, Nr. 565 *("Astra-Zeneca").*
[561] Komisyon, XVII. Rekabet Politikası Hakkında Rapor, Nr. 84.

uygulamasına giden teşebbüsün sunumundan daha iyi koşullarla ortaya çıktığı zaman tercih edebilirler. Bu durumda bağlayan ürünün çekiciliği aynı zamanda ürünün kendine özgü cazip fiyatından da kaynaklanabilir[562].

Böyle durumlarda potansiyel rakibin bağlanan ürün ile rekabet edebilmek için, bağlayan ürünün çekim etkisinin *(Sogwirkung)* üstesinden gelmesi gerekir. Birçok durumda potansiyel rakibin genelde bağlayan ürün pazarına girmek konusunda zorlandığı ortaya çıkar. Dolayısıyla bu durumun üstesinden gelebilmek için çoğu zaman bağlanan ürün ile birlikte alıcılar açısından daha cazip bir ürün sunmak zorunda kalır. Burada rekabet münferit satışlardan bağlama uygulamaları düzlemine doğru yer değiştirmektedir[563].

Örneğin, yalnızca Microsoft Word'e rakip bir ürünü üretebilen şirketin tüm Ofis paketi karşısında başarı şansı düşecektir. Bu nedenle, tüm pakete rakip bir ürün ortaya koyamadığı sürece sınırlı sayıda müşteriye hitap edebilecek ve ayakta kalabilecek ölçeğe ulaşması da pek mümkün olamayacaktır[564]. Benzer şekilde Microsoft'un Internet Explorer'ı öntanımlı olarak Windows işletim sistemine eklemesi Netscape'ın kullanım oranını, dolayısıyla da Netscape için yazılacak uygulamaların sayısını azaltabilecektir[565].

Çift yönlü pazara giriş zorunluluğu, çok sayıda farklı şekilde pazara giriş engellerini temsil edebilir. Bu durum her şeyden önce pazara giriş için gerekli olan yatırım maliyetlerini yükseltir. Örneğin fotokopi makinelerine ilişkin servis hizmetlerinin makinelere bağlanması durumunda, bir yandan bağımsız servis hizmeti sunan teşebbüsler pazardan çıkmak durumunda kalacağı gibi, diğer yandan da fotokopi makinesi üretmek isteyen potansiyel bir rakip kendi dağıtım ağını kurmak zorunda kalabilir[566]. Çünkü böyle bir durumda potansiyel rakip bağlayan ürün pazarına girmek zorunda kalacağından, bu çözüm giriş maliyetlerini ister istemez yükseltecektir. Sonuçta bu riski göze alamayan potansiyel rakipler büyük bir ihtimalle pazara girmekten vazgeçeceklerdir[567]. Ancak buna rağmen, bütün bu koşullar altında dahi potansiyel rakipler açısından pazara giriş için olası bir seçenek,

---

[562] Burkert, s. 293.

[563] Burada önemli olan bağlama uygulamsının toplam çekiciliğidir. Bu durum bağlayan ürün fiyat açısından daha cazip hale getirilerek veya fiyat açısından cazip bir bağlayan ürünle benzer cazip bir bağlanan ürün aynı zamanda satılmak suretiyle pekiştirilebilir. Bkz. Burkert, s. 294.

[564] Paul, s. 253; Ekdi, Ürün Bağlama, s. 89.

[565] Paul, s. 254; Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 54.

[566] Nalebuff, DTI Economic Papers, No. 1, s. 55.

[567] Özellikle tamamlayıcı ürünler açısından bağlama çoğunlukla rakiplerin pazara girişini zorlaştırır. Çünkü Pazar gücüne sahip teşebbüs bağlam ile rakiplerini her iki pazara birden girmeye zorlar. Böyle bir pazar aynı zamanda batık maliyet *(sunk costs)* sorunu bulunan bir pazar yapısına sahipse, bu durumda bağlama pazara girmek isteyen potansiyel rakipler açısından ciddi bir caydırıcı uygulama olacaktır. Bkz. Monti, s. 191; Ayrıca, Whinston, Tying, s. 837.

öncelikle hakim durumun olmadığı bağlanan ürün pazarına girmek, daha sonra da asıl (bağalayan) ürün pazarına girmeyi denemek olabilir[568].

Fakat bütün bu senaryolar açısından en önemli husus, bir pazardaki tekel gücünün başka bir pazarı da tekelleştirmek için kullanılmasından ziyade, her iki pazarda tekel olan bir teşebbüsün, bu durumunu devam ettirmek amacıyla bağlama uygulamasına başvurmasıdır. Böyle stratejik davranışların ortaya çıktığı bir pazar yapısında ise, potansiyel rakip her iki pazara da aynı anda girmeye zorlanmaktadır. Çünkü pazarda faaliyet gösteren teşebbüs, bağlama ile rakip teşebbüsün pazarda tutunabilmesi için gerekli olan asgari ölçeğe ulaşmasını engellemiş olmaktadır.

Tetra Pak II olayında[569], Komisyon bağlama uygulamasının rekabete zararlı etkilerinden birisinin de sadece karton veya dolum sistemi pazarında faaliyet gösteren rakiplerin dışlanması olarak belirtmiştir[570]. Çünkü bağlama uygulaması nedeniyle bu rakiplerin sadece bir pazarda faaliyet göstermeleri artık olanaksız olurken, bu durum özellikle de karton üreticileri açısından belirgin bir hal alacaktı. Dolum tesisleri pazarı zaten yapısı gereği teknik açıdan yüksek giriş engellerinin olduğu bir pazardı[571]. Dolayısıyla sadece dolum sistemleri üreten rakiplerin karton üretimine de geçmeleri, sadece karton üretenlerin dolum sistemleri de üretimine geçmelerine göre daha kolaydı. Böyle bir pazar yapısında, bağlama uygulamasına giden ve hakim durumda olan teşebbüs ile rekabet edebilmek için fiili veya potansiyel rakiplerin her iki pazarda da faaliyet göstermekten başka seçenekleri kalmıyordu.

b. Bağlayan Ürün Pazarına Giriş Engelleri

Bağlama uygulaması bağlayan ürün pazarı açısından da giriş engellerine neden olabilir. Bu durum özellikle bağlayan ürün pazarındaki rakiplerin sürekli bağlama uygulamasına gittikleri ve pazardaki rekabetin bağlama uygulaması düzleminde ortaya çıktığı zaman söz konusudur. Aynı şekilde bağlayan ürün pazarında hâkim durumdaki bir teşebbüs sürekli bağlama uygulamasına gidiyorsa da bu durum ortaya çıkabilir. Bu şekilde ortaya çıkabilecek giriş engelleri de iki yönlüdür. Bir yandan münhasırlık koşulları içeren bir anlaşma nedeniyle bağlama

[568] Wolf, s. 93.
[569] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1.
[570] Bu karar hakkında değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/III/A/1.
[571] Öte yandan Tetra Pak dolum sistemi ekipmanları için, her küçük yenilemenin büyük ölçüde mutlak bir hukuksal korumadan yararlandığı patent sistemi, ona pazarda rahat davranma olanağı tanırken, somut olayda bağlama uygulamasının asıl hedefi karton pazarını dolum sistemleri pazarına bağlamaktı. Bkz. Riziotis, s. 94.

uygulaması kendiliğinden bir giriş engeli haline gelirken, diğer yandan bu durum bağlanan ürün pazarından bağlayan ürün pazarına doğru yansıyan bir etki olarak da ortaya çıkabilir[572].

Bağlama uygulamasının sürekliliği, alıcıların istek ve beklentilerine cevap vermesiyle ilgilidir. Dolayısıyla alıcılar açısından tatmin edici bir bağlama uygulaması, bağlayan ürün pazarında giriş engelleri yaratabilir. Ancak bu durum bağlayan ve bağlanan ürün pazarları arasında yoğun bir talep ilişkisinin varlığını gerektirir. Burada bağlanan ürün pazarında ortaya çıkan durumun tersi geçerlidir. Bağlayan ürünün bağlanan ürün olmadan kullanılamadığı durumlarda, böyle bir kullanım ilişkisi talebin yoğunluğunu da sağlar. Örneğin fiyat etiketi yapıştırma aleti ve etiket olayında olduğu gibi. Burada asıl önemli olan, bağlayan ürün pazarında sadece pazar gücüne sahip bir teşebbüsün bulunması veya çok sayıda rakibin faaliyette bulunup bulunmamasından çok, her iki ürün pazarı arasındaki bağlantı, dolayısıyla talep ilişkisidir[573].

Benzer bir durum daha önce AEUV m. 101 kapsamında analiz edilen *Schöller*[574] ve *Langnese-Iglo*[575] olayında olduğu gibi, Komisyon tarafından hem AEUV m. 101 ve hem de AEUV m. 102'ye göre incelenen Van den Bergh Food Kararı[576] açısından da geçerlidir. Van den Bergh Food ve onun ardılı HB, dondurma üreticileri olup, perakende satış noktaları ile yaptıkları anlaşmalar ile ücretsiz verdikleri ve aynı zamanda ücretsiz servis hizmeti sundukları soğutuculardaki sadece kendi ürünlerinin bulundurulması zorunluluğu getirmekteydiler. Van der Bergh aynı zamanda İrlanda da nihai tüketime yönelik dondurma *(kleines/Impulseis)* pazarında hakim durumdaydı[577]. Aynı zamanda HB/Van der Bergh'in iç yazışmalarından çıkan sonuca göre, dolap münhasırlığı pazarda faaliyet gösteren rakipler açısından büyük bir önem taşımaktaydı[578]. Hatta bu konuda yapılan bir pazar araştırmasına göre, perakende satış noktalarındaki dondurucuların %84'ü dondurma üreticilerine ait olup HB'nin bunun içindeki payı %61 dir[579].

---

572 Burkert, s. 297.
573 BKartA, 20.10.1967 tarihli Karar, WuW/E BKart, s. 1189, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*
574 Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/405/EWG, *Schöller Lebensmittel GmbH,* ABl. EG. 26.7.1993, L 183/19.
575 Komisyon Kararı, 23.12.1993, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG. 26.7.1993, L 183/19.
576 Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1.
577 Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1, Nr. 65.
578 Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1, Nr. 65.
579 Öte yandan nihai tüketime yönelik (Impuls-Speiseeis) dondurma pazarı açısından bakıldığında bu hakim durumun göstergesidir. Çünkü uzun yıllar rakipleri daha düşük bir pazar payına sahipken, HB %75'in üzerinde bir pazar gücünü korumuştu. Ayrıca HB çok uluslu bir teşebbüsün iştiraki olup, kendi ürünlerinin dünya çapında üretim ve satışı konusunda bir Know-how'a da sahipti. Aynı zamanda sahip

HB/Van den Bergh'in bu kötüye kullanma nitelikli davranışına bakıldığı zaman, dondurucusu olmayan satıcıların dondurucuyu firmadan bedelsiz alması, aslında münhasırlık koşulları nedeniyle bedelli oluyordu. HB'nin pazardaki hakim durumu nedeniyle münhasırlık koşulları, perakende satış noktalarına başka rakiplerin girmesini zorlaştırdığından, pazarda etkin bir rekabetin ortaya çıkmasını da engelliyordu. Öte yandan perakende satıcılar için yer sorunu, ikinci bir dolap koyma konusunda ciddi bir zorluktu. Aynı zamanda HB'nin sahip olduğu pazar payı nedeniyle, HB'nin ürünlerinin satışı konusunda belli bir oranda garanti satışı ve dolayısıyla cirosu olan satıcılardan, tedarikçilerini değiştirmelerini beklemek zordu. HB'nin satıcılara ücretsiz dondurucu sağlama uygulaması satıcılar üzerinde oldukça etkiliydi. Çünkü dolapların hem ücretini hem de onarım masraflarını üstlenmek, aynı zamanda satıcıları olası bir riskli yatırımdan da kurtarıyordu. Bununla birlikte Komisyon'a göre bu tarz uygulamalar perakende satıcıların, sağlayıcılarını ürünlerin kalitesi yardımıyla seçme haklarını sınırlıyordu. Bu şekilde sadece pazara girmek konusunda fazla şansları kalmayan rakipler değil, aynı zamanda perakende satıcıların satacakları ürünlerle ilgili tercih hakları ve nihayetinde alternatif ürünler arasında seçme şansları kalmayan tüketiciler de zarar görüyordu[580].

Bağlayan ürün pazarında faaliyet gösteren ve bağlamanın hedefinde olan potansiyel rakipler için bu tarz uygulamalar pazara girişi veya pazarda etkin rekabeti güçleştiren davranışlardır. Çünkü alıcılar pazardaki diğer teşebbüslerin de benzer uygulamalara girişmesi yönünde bir beklenti içine gireceklerdir. Rakip teşebbüsler açısından pazarda oluşan bu beklentileri karşılamak ya bir bağlama uygulaması yoluyla veya başka bir uygun yolla mümkün olabilir. Hatta bazı durumlarda alıcıların tamamen bu tarz bir beklenti içinde oldukları da söylenebilir. Bu durum özellikle birlikte satışların müşterilere de yansıyan maliyet avantajları sağladığı veya birlikte alımın alıcıların satın alma maliyetlerini düşürdüğü durumlar için de geçerlidir[581].

Van den Bergh Food olayı belki de ilk bakışta klasik bir bağlama uygulaması olarak da değerlendirilmeyebilir. Hatta HB'nin perakende satıcıları kendi soğutucularını kullanmak hususunda zorlayıcı bir tavır içinde olmadığı da düşünülebilir. Ancak burada zorlama, davranışın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü soğutucunun sadece HB ürünlerini satmak koşuluyla verilmesi, HB'nin

---

olduğu büyüklük ve pazar payı açısından da büyük işletme avantajları rekabet açısından önemli bir rol oynamaktaydı. Bkz. Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.,* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1, Nr. 259.

[580] Komisyon Kararı, 11.3.1998 tarih, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.,* ABl. EG. 4. 9. 1998, L 246/1, Nr. 266.

[581] Burkert, s. 298.

dondurma pazarında sahip olduğu pazar gücü dikkate alındığında, münhasırlık koşulları nedeniyle kendiliğinden bir zorlayıcılığa dönüşmektedir. Zorlama bağlayan ürün olan soğutucunun alınmasında ortaya çıkmaktadır. HB açısından önemli olan soğutucu üretimi ve satışı değil, aksine dondurma satışıdır. Soğutucu dolaplar, dondurma satışını desteklemek için kullanılmıştır. Hatta bu olayda bağlama uygulamasının pazar üzerindeki tipik etkilerinden birisi olan pazar gücünün aktarılması hususu da yoktur[582]. Aksine, bağlama uygulaması ile pazar girmek isteyen potansiyel rakiplerin engellenmesi, onların bu girişlerinin zorlaştırılması sözkonusudur. HB bu uygulama ile dondurma pazarındaki konumunu rakiplerin olası rekabetçi davranışlarına karşı korumuş oluyordu.

Hakim durumdaki teşebbüsün bağlama uygulaması ile pazarı baskıladığı böyle durumlarda potansiyel rakipler için iki yol bulunmaktadır: Birincisi alıcıların bu konudaki beklentilerini değiştirmeye çalışmaktır. Bu bir şekilde reklam veya çeşitli fiyat stratejileri ile üstesinden gelinebilecek, ancak odukça zahmetli bir yoldur[583]. İkinci yol ise, kendisinin de benzer şekilde bir bağlama uygulamasına gidebilmek için, her iki pazara da birden girmeyi denemesidir. Bu durumda rakipler kendi dondurmalarını satabilmek için perakende satış noktalarına ücretsiz soğutucu sağlamak zorunda kalacaklardır. Ancak bu çözüm de sonuçta rakiplerin maliyetlerini artıracaktır. Aynı zamanda HB'nin soğutucular için ücretsiz servis ve bakım hizmeti de sağladığı düşünüldüğünde, potansiyel rakiplerin giriş maliyetleri daha da artmış olacaktır. Bu şekilde potansiyel rakip veya rakipler de hakim durumdaki teşebbüse uyarak, ilgili pazarda onun belirlediği davranışları benimsemiş olacaklardır[584].

4. Ara Değerlendirme

Chicago Okulu'nun bağlama uygulamalarının pazar üzerindeki etkileri konusundaki yaklaşımı özellikle Harvard Ekonomi Okulu etrafında şekillenen görüşler tarafından da eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden birisi de, Chicago Okulu'nun

---

[582] Riziotis, s. 101.

[583] Harward Okulu'nun geleneksel bakış açısına göre, reklamlar yeni rakiplere karşı onların ancak ciddi harcamalar ile üstesinden gelebilecekleri etkili bir savunma aracıyken, Chicago Okulu yandaşlarına göre ise reklamlar sadece bilgilendirme özelliği taşımaktadır. Bkz. Richard Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis", **University of Pennsylvania Law Review**, Volume 127, 1979, s. 925. Aynı zamanda yine Chicago Okulu taraftarlarına göre rasyonel tüketiciler bilgilendirici bir reklam için harcama yapmayacakları gibi benzer şekilde sadece reklam nedeniyle de sözkonusu ürün için yüksek bir fiyat ödemeyi kabul etmeyeceklerdir. Bunlar ancak belli bir ürünle ilgili reklam kendilerine zaman ve enerji açısından tasarruf sağlıyorsa daha yüksek bir fiyat ödemeye yanaşacaklardır. Bkz. Bork, s. 318.

[584] Burkert, s. 298.

pazara giriş engellerinin[585] varlığını önemsememesidir. Chicago Okulu taraftarlarına göre pazara giriş engellerinin niteliği, aslında sanıldığından çok daha önemsizdir. Ancak rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, bu görüşün pek de gerçekçi ve yerinde olmadığı söylenebilir. Örneğin *Bain* bu durumu bir çalışmasında açıklama yoluna gitmiştir[586]. Buna göre pazar tecrübeleri de dikkate alındığında, pazara yeni girecekler ile halen pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler karşılaştırıldığında, bu durum yeni girecek rakipler açısından ciddi bir dezavantajdır. Bir teşebbüs açısından yeni bir pazara girmek en başta yüksek maliyetler nedeniyle her zaman risklidir. Fakat ilgili pazarda daha önceden faaliyet gösteren bir teşebbüs açısından bu risk her zaman hesaplanabilir olduğundan, maliyetleri de düşürür[587].

Öte yandan büyük işletme avantajları (Betriebsgrößenvorteilen, economies of scale) konusunda da Chicago ve Harvard Okulları farklı bakış açılarına sahiptir. Chicago Okulu'na göre bu etkinlik için önemli bir göstergedir. Geleneksel teorilere göre büyük işletme avantajları, etkin teşebbüsler için avantajdır. Ancak Bain'e göre bu durum yeni bir rakip için önemli bir pazara giriş engeli olacaktır. Her şeyden önce yeni gelen rakip bu durumun üstesinden ancak yüksek bir üretim kapasitesiyle gelebilecektir. Yüksek bir üretim kapasitesine ulaşmak ise başlangıçta yüksek risk niteliğinde olan bir yatırım yapılması anlamına gelmektedir. Aksi takdirde yerleşik teşebbüs ile girişeceği fiyat rekabetinin üstesinden gelmesi çok zordur[588]. Bu nedenle büyük işletme avantajları nedeniyle pazara giriş aynı zamanda büyük bir mali külfet de getireceğinden, bu durum rakipler açısından pazara girişte önemli ve caydırıcı bir etki yaratabilecektir[589]. Dolayısıyla büyük işletme avantajları veya diğer yasaklar potansiyel rakipler açısından pazara girişi engellediği veya çok zorlaştırdığı zaman, giriş engelleri iddiası ciddi olabilir[590]. AB Komisyonu'na göre de işletme

---

[585] Pazara giriş engelleri kısaca karlılık oranları yüksek olan alanlara yeni teşebbüslerin girememesidir. Giriş engellerinin varlığı, genellikle uzun dönemde fiyat ile ortalama maliyet arsındaki farkın büyüklüğü ile ölçülmektedir. Bu fark ne kadar büyük ve kalıcıysa (yani süreklilik arzediyorsa) giriş engellerinin de o ölçüde etkili olduğu söylenebilir. Bkz. Erdal Türkkan, **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, ss. 264-265.

[586] Joe Bain, **Barriers to New Competition**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1956 (Barriers to New Competition); Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 80.

[587] Bain, Barriers to New Competition, s. 15; Gauß, s. 102.

[588] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 107.

[589] Bu tarz bir savunma stratejisi yukarıda verilen örnek açısından düşünüldüğünde, piyasaya yeni girmek isteyen rakibi, piyasada rekabet açısından daha uygun bir pozisyon elde etmek için hem A ve hem de B ürünü pazarına aynı zamanda girmek zorunda bırakabilir. Örneğin B pazarı için bir ürüne sahip olan rakip için, A pazarı için herhangi bir tecrübesi yoksa bu pazara giriş imkânsız olmamakla birlikte riskli ve maliyetli bir yatırım olacaktır. Bu durumda rakip teşebbüs, A pazarına girmek için bu pazara başka bir teşebbüs ile girmeyi deneyecektir. Fakat bir teşebbüsün kendi geliştirdiği strateji ile başarılı olmak yerine, başka bir teşebbüsün geliştirdiği tecrübelerden yararlanması böyle bir projenin başarı şansını düşürecektir. Bkz. Nothhelfer, ss. 43-44.

[590] Bu durum için klasik örnek yasal bir tekelin yasal tekel korumanın kapsamına girmeyen bir ürünü bağlamasıdır. Örneğin telefon hatları üzerinde yasal bir tekel korumadan yararlanan bir telefon şirketi,

avantajları hakim durumdaki teşebbüs lehine belirli avantajlar sağladığı zaman pazara giriş engelleri olarak değerlendirilebilir[591]. Bu durum özellikle minimum bir işletme ölçeğine *(minimum efficient scale)* ulaşmadan yeni bir ürünle pazara girişin zor olduğu durumlarda geçerlidir[592].

Ancak Chicago Okulu teorisyenlerine göre bütün bu rekabet dezavantajları yeni rakiplerin pazara girişi açısından bir engel değildir. Çünkü onlara göre bu tarz "giriş engelleri", sadece "pazara girmeyi engellemeye" yönelik davranışlar olup, rakipler için aslında çok da caydırıcı etkenler değildir. Bu anlamda rakiplerin istek ve davranışları dışında ortaya çıkan nesnel pazara giriş engelleri, ya işletmesel faaliyetler gibi içkin durumlardan veya büyük bir etkinlik artışının göstergesi veya sonucu olarak ortaya çıkabilirler. Ancak her iki durumda da bu olgular *Antitrust*-hukukunun amacı ve uygulama alanı dışında kalmaktadırlar[593]. Dolayısıyla pazara girişi zorlaştıran her davranışın, aynı zamanda bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesine de dikkat edilmelidir. Bu anlamda özellikle pazarın yapısı gereği ortaya çıkan giriş engelleri açısından, pazardaki teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı önemsizdir[594].

Fakat Chicago Okulu dışındaki hukukçu ve ekonomistler, pazara girişten bağımsız olarak bu tarz giriş engellerinin rekabeti bozmaya yeterli olup olmadıklarını da incelemeye çalıştılar. Bu anlamda rakiplerin isteklerinden bağımsız, özellikle doğal pazara giriş engelleri de söz konusu olabilir. Pazara giriş engelleri, eğer somut olayda kolay tespit edilemiyorsa, bu durum pazarın hareketliliğinden kaynaklanan yapısal bir sorunun sonucu da olabilir. Dolayısıyla her sektöre özgü farklı zorluk derecesindeki giriş engelleri nedeniyle, eşit orandaki pazar payları her bir farklı pazar açısından da farklı değerlendirmelidir[595]. Her girişin bir maliyeti vardır ve bu maliyetler çoğu zaman batık maliyet *(sunk costs)* sorunu nedeniyle pazardan çıkma durumunda ikame edilebilir değildir[596]. Eğer ortada batık maliyet sorunu varsa,

---

bu hatları kullanmak isteyen diğer teşebbüslere, kullanım ücreti yanında kendi telefon cihazlarının alınması koşulu da getirebilir. Bu durum bağlanan ürün pazarı açısından etkili bir giriş engeli oluşturacaktır. Eğer telefon şirketi regüle edilmiş fiyat üzerinden bir fiyat simülasyonu yaparak bu tarz bir bağlama uygulamasına giderse, bu kendisi için çok daha karlı olacaktır. Bkz. Hovenkamp, s. 424.

[591] Komisyon, ABA m. 102 Hakkında Kılavuz, Nr. 17.

[592] Gauß, s. 104.

[593] Bork, s. 311.

[594] Bkz. Gauß, s. 107.

[595] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 206.

[596] Batık maliyet *(sunk costs)* bir piyasada faaliyet gösterebilmek için yapılan, piyasadan çıkarken elden çıkarma yoluyla tekrar paraya dönüştürülemeyen ya da geri kazanılamayan veya başka bir faaliyet alanında kullanılamayan maliyetlerdir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 56.

potansiyel rakipler açısından bu durum pazara girişte karar vermeyi zorlaştıracak, hatta caydırıcı bir etki dahi yapacaktır[597].

Bütün bu nedenlerden dolayı, bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri açısından yapılacak bir pazar analizinde, pazara giriş engellerinin de dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla Chicago Okulu taraftarlarınca öne sürülen ve alıcı her iki ürünü de satış fiyatı üzerinden almak isteyeceği için, satıcıya aşırı kar sağlamaya elverişli aşırı yüksek satış fiyatlarının, potansiyel rakipler açısından pazara giriş yönünde bir cazibe veya teşvikten öte bir anlam taşımadığı ve bu nedenle de bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı davranışlar olmadığı şeklindeki yaklaşım, bu durumda geçerli olmayacaktır. Bu anlamda aktarma etkisi, rakiplerin dışlanması, pazarın kapanması ve tekelleşme sorunu yanında, pazara giriş engelleri de hakim durumdaki bir teşebbüsün başvurduğu bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki olumsuz etkileridir. O halde burada şu sonuca ulaşılabilir: İlgili ürünün fiyatının yüksekliği potansiyel rakipler açısından pazara giriş için bir cazibe olsa bile, pazara giriş engelleri nedeniyle potansiyel rakipler mevcut teşebbüs için ciddi bir tehlike oluşturamayacaktır. Öte yandan pazara girişi engelleyici nitelikteki davranışlar sadece bağlama uygulamalarıyla sınırlı olmayıp, bunlar farklı şekillerde de ortaya çıkabilirler. Ancak pazara giriş engellerinin bağlama uygulamasıyla birlikte ortaya çıkması durumunda rekabeti sınırlayıcı etkilerin daha hissedilir olması mümkündür[598].

IV. BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA YENİ YAKLAŞIMLAR

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda ortaya çıkan tartışmalar bu konuda farklı yaklaşımları da beraberinde getirmiştir. Özellikle Chicago Okulunun teşebbüslerin bağlama uygulamalarına yönelmesini rasyonel görmeyen ve bu anlamda aktarma teorisi ile pazar gücünün genişletilemeyeceği şeklindeki yaklaşım, ciddi eleştirilerle karşılaştı. Bu konuda Harward Endüstri Okulu çevresinde ortaya çıkan yeni yönelimler teşebbüslerin pazardaki davranışlarını ve

[597] Schmidt'e göre bu durumda bir pazardan çıkış engeli *(Marktaustrittschranken, barriers to exit)* de pazara giriş için potansiyel rakipleri engelleyici bir etki gösterebilir. Bu nedenle, yapısal veya stratejik pazar engellerinin özel veya kamusal nitelikli olup olmadığı konusunda bir ayrım zorunludur. Limit fiyat, kapasite üstü strateji ve ürün farklılaştırma stratejileri aynı zamanda birer stratejik pazara giriş engelleridir. Benzer şekilde, örneğin dikey anlaşmalar yoluyla potansiyel rakiplerin satış veya dağıtım pazarına girişleri zorlaşacaktır. Schmidt, Kartellrecht, ss. 69-71.

[598] Eğer burada Chicago Okulu'nun yaklaşımı benimsenecek olursa, örneğin fiyat tespiti açısından ilgili pazarda herhangi bir düzenlemeye de ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü böyle bir ihtimalde yeni rakipler her durumda otomatik olarak devreye girecek ve fiyatlar da bu nedenle düşük kalacaktır. Ancak rekabetin dinamik bir süreç olması nedeniyle bu düşünceler çoğu zaman teorik düzeyde geçerli olup, uygulamada bu durum çok nadir ortaya çıkmaktadır. Bkz. Riziotis, s. 40.

bunların rekabet üzerindeki etkilerini açıklamak için farklı yöntem ve argümanlar geliştirmeye çalıştılar. Ortaya çıkan bu yeni yaklaşımlar farklı bakış açıları nedeniyle, her ne kadar tek bir okul veya ekol olarak tanımlanmasalar da, genel olarak "*post*-Chicago ekonomik ve stratejik yaklaşımlar" başlığı altında değerlendirilmişlerdir.

A. *Post*-Chicago Stratejik ve Ekonomik Yaklaşımlar

Post-Chicago ekonomik ve stratejik yaklaşımların belirgin özelliği, pazar analizlerinde teorik yaklaşımlardan çok, ampirik gözlemlere ağırlık vermeleridir[599]. Özellikle seksenli ve doksanlı yıllardan itibaren asimetrik bilgi *(Informationsasymetrie),* şebeke/ağ etkisi *(Netzwerkeffekte),* büyük işletme avantajlarının olumsuz etkisi *(negative Auswirkungen von Betriebsgrößenvorteilen, economies of scale)* vb gibi gittikçe artan sayıda yeni etkenler pazar analizlerinde daha çok dikkate alınmaya başlandı.

Bu yaklaşımlara göre pazar olayları Chicago Okulu'nun savunduğundan daha karmaşık bir yapıda olduğundan, bu konuda yeni bir yaklaşım veya değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. *Post*-Chicago yaklaşımların bu konuda dayandığı en önemli iddia, bir davranışı rekabete zararlı veya yararlı olarak tanımlamadan önce pazar üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bir analizin gerekliliğidir[600]. Bu anlamda rakiplerin pazar davranışları ile ilgili analizlerin büyük bölümünün esasen "*post*-Chicago economics yaklaşımlar"a dayandığı söylenebilir. Bununla birlikte, *post*-Chicago yaklaşımların sadece bir okul'un tüm ilke ve görüşleri olarak ele alınıp, bu görüşler için ortak bir üst kavram geliştirilmesi pek mümkün olmamıştır. Çünkü, her ne kadar bu yeni yaklaşımlar rekabet hukuku açısından yeni görüş ve anlayışlar geliştirmiş olsalar da, bunlar kısmen de olsa birbiriyle çelişen, hatta bazen birbirini reddeden görüşler olarak da görünmektedirler[601].

Post-Chicago yaklaşımlar açısından öne çıkan noktalar rekabet kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında ekonomik analizlerin önem kazanmasıdır. Bu durum özellikle AB hukukunda ortaya çıkan ve "ekonomiye önem veren yaklaşım" *(more economic approach)* için de geçerlidir. Bu anlamda teşebbüslerin davranışlarının rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde somut olay bağlamında davranışın pazar üzerindeki etkileri gözden kaçırılmamalıdır. Bu aynı zamanda AB rekabet politikasında ortaya çıkan "pazar eksenli yaklaşım"la da

[599] Jones ve Sufrin, s. 21; Paul, s. 252.
[600] Monti, s. 69.
[601] Bkz. Harry First, "Theories of Antitrust in the United States and Japan", **Competition Policy in the Global Trading System**, (Ed. Clifford Jones ve Mitsuo Matsushita), The Hague, 2002, s. 175.

bağlantılıdır. Bu şekilde bir analiz, rekabetçi davranışların soyut bir yaklaşımla incelenmesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sakıncaları bertaraf etmeye yöneliktir. Dolayısıyla rekabet hukuku uygulayıcıları artık günümüz koşullarında hukuk ve ekonomi biliminin tecrübelerinden birlikte yararlanmalıdırlar. Öte yandan günümüz koşullarında rekabet politikasının karmaşık ve farklılaşmış niteliği, hukuk güvenliği ve rekabet hukuku düzenlemelerinin uygulama yeteneğini de tehdit eden bir durumdur[602]. Bu durumda bir davranışın rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde baştan olumlu veya olumsuz yargılardan çok, somut olay bağlamında yapılacak bir pazar analizi büyük önem taşımaktadır.

Bu nedenle de *post*-Chicago Yaklaşımların Chicago Okulu'na yönelik en önemli eleştirilerinden birisi pazar analizlerinde zaman faktörünün gözden kaçırılmasıdır. Piyasa dinamik bir nitelik taşımasına rağmen, Chicago Okulu'nun analizleri durağan bir nitelik taşımaktadır. Oysa *post*-Chicago ekonomik yaklaşımlar pazar analizlerinde, zamanla değişiklik gösteren başka faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır. Chicago Okulu aynı zamanda sadece fiyat teorisinden hareketle ve tüketici refahı ön planda olmak üzere pazar analizlerine yoğunlaştı. Bu anlamda ekonomik analizler rekabet hukukunun her alanında öne çıkarken, etkinlik azalmasına yönelik davranışlar doğru bulunmamaktadır. Dolayısıyla üretim etkinliği tüketici refahı açısından belirleyici bir etken olmaktadır[603].

Post-Chicago yaklaşımların pazar analizlerinde üzerinde durdukları bir diğer konu ise teşebbüslerin pazardaki stratejik davranışlarıdır[604]. Bunlar aynı zamanda rakiplerin, tüketiciler açısından etkinlik sağlayıcı faaliyetlere girişme potansiyellerini de azaltmaya yönelik davranışlardır. Örneğin yıkıcı fiyat uygulamaları da, bilinen bu tarz rekabete aykırı ve çok tartışmalı konulardan birisidir. Teşebbüslerin bu kategorideki stratejik davranışları açısından, henüz kısmen bilinen ve üzerinde pek

[602] Chicago Okulu'na göre hâkim durum, pazar içinde kendiliğinden çözülecek bir sorundur. Çünkü bir teşebbüsün hâkim durumu aynı zamanda yeni rakiplerin pazara girişi yönünde de teşvik edici bir etken olduğundan, bu durum uzun süre devam edemez. Aynı zamanda teşebbüslerin büyümesi, gelişmesi ve hatta hakim duruma gelmesi pazarda etkinlik ile ilgili bir gösterge olup, pazara giriş engelleri de kamusal otorite tarafından konulanlar dışında sözkonusu dahi olamaz. Bu nedenle rekabet hukuku, etkinlik sağlayıcı davranışlara karşı olmamalıdır. Bu konuda daha ayrıntılı tartışmalar için bkz. Künzler, s. 5; Wernhard Möschel, "Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen", **Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag**, Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, s. 705; Wolfgang Wurmnest**,** "Wettbewerbspolitik, Industriepolitik und der "more economic approach", **ZWeR**, Heft: 1, 2005, s. 111.

[603] Ingo Schmidt ve Jan Rittaler, **Die Chicago School of Antitrust Analysis**, Baden-Baden, 1986, s. 17; Bork, s. 116. Ancak Chicago Okulu yaklaşımına egemen olan bu temel ilkeler tek yanlı ve gerçek hayatta sınırlı uygulama alanı olan ve fiiliyatta pek gerçekleşmeyen teorik yaklaşımlar olarak değerlendirilip, eleştirilmişlerdir. Riziotis, s. 41.

[604] Jones ve Sufrin, s. 21.

durulmayan, ancak rekabetçi bir davranışın etkinliğini azaltıcı yönde sonuçları olan, farklı nitelikte birçok davranış için hareket yeteneği de bulunmaktadır.

Ekonomik analizlerin de gösterdiği gibi, bu tarz rekabete zararlı davranışlar sadece rakipleri dışlamaya yönelik olmayıp, çoğu zaman rakiplerin pazardaki durumunu zorlaştırmak veya onların pazardan çıkmaları ya da pazara hiç girmemeleri konusunda caydırıcı bir rol oynarlar. Dolayısıyla bu tarz davranışları rekabete aykırı olarak değerlendirmek için bunların mutlaka kusursuz işleyen bir rekabet düzenini ortadan kaldırmayı hedeflemesi de gerekmiyor. Bu anlamda Chicago Okulu rekabete zararlı birçok davranışın rakipleri dışlamak için yeterli olmadığını ispatlamaya çalıştı[605]. Fakat bu konuda Chicago Yaklaşımı'nın asıl farkı, rekabeti engelleyici veya rakibi dışlayıcı etkileri olan davranışları rekabet için zararlı görmemesidir. *Post*-Chicago stratejik davranışlarla ilgili teorilerin avantajı ise dışlayıcı davranışlar açısından mutlak ve kesin bir etken belirlememiş olmalarıdır. Bu yaklaşımlar, genel anlamda rekabet karşıtı olup, rekabeti sınırlayıcı nitelikte engelleyici davranışların etkilerinin, rekabeti bozmaya yeterli olup olmadığını incelemekle yetindiler. Bu nedenle de teşebbüslerin davranışlarını, belirli davranış şekilleri üzerinde yoğunlaşmadan analiz etmeye yönelik bir yaklaşım geliştirmeye çalıştılar[606].

1. Rakibin Maliyetlerini Yükseltme

Post-Chicago ekonomik-stratejik yaklaşımların teşebbüslerin pazardaki davranışları ve bu anlamda bağlama uygulamalarının analizi konusunda üzerinde durdukları önemli hususlardan birisi de rakibin maliyetlerini yükseltme (raising rival's costs) sorunudur. Stratejik davranışlar ile tekelci bir teşebbüs, tek yanlı davranışları ile rakiplerinin pazardaki maliyetlerini kolayca yükseltme olanağına sahiptir. Bu yolla tekelci teşebbüs, rakiplerini ortaya çıkan bu yeni yüksek maliyetleri karşılamak için fiyatlarını yükseltmek zorunda bırakıp, kendisi için bir rekabet avantajı elde etmektedir[607]. Bu etki için tek koşul, maliyet artışının etkilerinin ilgili teşebbüs açısından hissedilir olmamasıdır. Bu durum genellikle geniş bir ürün yelpazesi bulunduğu için maliyet artışlarını çok sayıda ürünün satış fiyatlarına yayarak karşılama olanağına sahip, yüksek bir pazar payı ve düzenli ve büyük bir satış

[605] Bork, s. 144; Posner, Antitrust Law, s. 212.
[606] Herbert Hovenkamp, "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique", **Columbia Businiss Law Review**, Volume 257, 2001, s. 319.
[607] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 123. Aslında bu durum aynı zamanda rakibi fiyat sıkıştırmasına zorlamayla benzerdir.

hacmine sahip teşebbüsler açısından ortaya çıkmaktadır. Ancak daha küçük teşebbüsler bu açıdan dezavantajlı oldukları için, bunların ortaya çıkan yeni durum karşısında maliyetlerini karşılamaları için gittikleri fiyat artışı nispeten daha yüksek olur ve bunun sonucunda rekabet yetenekleri de zamanla dramatik bir şekilde azalır.

Ürün yelpazesi geniş ve büyük işletme avantajlarına sahip teşebbüslerin pazarda ortaya çıkan değişikliklere uyum yetenekleri, bu tarz avantajlara sahip olmayan teşebbüslere göre daha yüksektir. Örneğin büyük teşebbüsler tarafından belirlenen endüstri norm ve standartlarına uyum zorluğu da böyledir. Küçük teşebbüsler açısından, büyük işletme avantajlarından *(economies of scale)* yoksun olmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan bu yeni norm ve standartlara uyum zordur. Bu tarz gelişmeler küçük rakiplerin maliyetlerini artıran unsurlardır. Oysa büyük teşebbüsler açısından bu standart ve normları yakalamak hem çok kolay, hem de bunlar sahip oldukları ürün yelpazesi ile bu duruma çoğu zaman zaten çoktan uymuşlardır. Bu tarz davranışlar, potansiyel rakipler tarafından algılandığı zaman dahi tehlikeli olabilmektedirler. Çünkü potansiyel rakipler açısından bu davranışlar, onları pazara girmekten alıkoyan, caydırıcı bir etken olarak da görev yapar. Aynı zamanda yeni bir girişin olası riskleri açısından bakıldığı zaman, özellikle giriş maliyetlerini yükselten bir etken olarak "batık maliyet" sorunu, hâkim durumdaki teşebbüs açısından, pazara yeni girmek isteyen rakipleri daha baştan engellemeye elverişli bir işaret olabilir[608].

Komisyon'un *London European-Sabena ("Sabena")* Kararında[609], Belçikalı havayolu şirketi *Sabena* uçuş hizmetleri yanında aynı zamanda Belçika'nın en büyük "bilgisayar işletim sistemli havayolu rezervasyon sistemi" olan SAPHIR'in de işletmecisiydi. Bu firma aynı zamanda dağıtım, taşıma ve kullanma gibi havaalanı yer *(Handling)* hizmetleri de vermekteydi. *London Europa* ise Londra ve Brüksel arasında düşük fiyatla hava taşımacılığı yapan özel bir Britanya hava yolu şirketi olup, Sabena'nın havayolu rezervasyon sistemine dahil olmak istiyordu. Sabena ise London Europa'nın SAPHIR'e dahil olmasının ancak Sabena'nın yer hizmetlerini *(Handling)* de satın alması ile mümkün olabileceğini açıkladı. Bu olay açısından asıl sorun, havaalanı yer hizmetlerinin satın alınmasından ziyade, Sabena'nın bürosunda yapılan incelemede elde edilen belgelerde yer alan ve Sabena'nın London Europa'yı uçuş fiyatlarını yükseltmek için zorlamaya yönelik pazar stratejisiydi. London Europa, Sabena'nın *Handling* hizmetlerini de kullandığı zaman,

[608] Riziotis, s. 43.
[609] Komisyon Kararı, 4.11.1988 tarih ve 88/589/EWG, *London European-Sabena,* ABl., 27.11.1988, L 317/47.

artan maliyetler nedeniyle daha ucuza hava taşımacılık hizmeti veremeyecekti. Çünkü Sabena'nın *Handling* hizmetleri için uyguladığı fiyatlar, London Europa'nın maliyet ve pazar politikasını değiştirecek ve onun açısından ister istemez bir fiyat artışına yol açacaktı. Komisyon, Belçika havayolu pazarındaki rezervasyon sisteminde Sabena'nın hakim durumda bulunduğunu tespit ettikten sonra, ona karşı bir para cezası yaptırımına gitti. Rakiplerin uyguladığı uçuş fiyatları üzerinde, yapay müdahalelerle bir artışa neden olabilecek davranışlara kalkışmak, serbest rekabet ile bağdaşmıyordu. Komisyon aynı zamanda Sabena'nın SAPHIR sistemine dahil olmayı Handling hizmetlerinin de kendisinden alınması koşuluna bağlamasını, hakim durumun bağlama uygulaması ile açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirdi. Sabena'nın asıl amacı, Komisyonun da vurguladığı üzere, sadece bağlanan ürün pazarında tekel olmak değildi. Bununla birlikte, bağlama uygulamasını olabildiğince yaygınlaştırıp, bunu pazarda genel bir ticari politika haline getirmekti[610]. London Europa'nın karşılaştığı bu davranışlar, bağlama uygulamasının rakibin maliyetlerini yükseltme *(raising rival's costs)* aracı olarak kullanılmasına klasik bir örnektir.

2. Oyun Teorisi

Stratejik-ekonomik yaklaşımlar bağlamında teşebbüslerin davranışlarının analizinde "oyun teorisi" *(Spieltheorie, game theory)* önemli katkılarda bulundu. Oyun teorisine göre, pazarda her teşebbüsün davranışı bir diğerinin davranışları üzerinde etkiye sahip olduğundan, her teşebbüs kendi davranışları sonucunda bir diğerini ödüllendirir veya cezalandırır[611]. Teori temelde hâkim durum veya tekel konumunda olan iki oyuncu ve kısa bir zaman sürecinde pazara girmeye hazır potansiyel rakiplerin davranışlarına dayanır. Teorinin asıl can alıcı noktası, hâkim durumdaki teşebbüsün bağlama uygulamasıgibi stratejik davranışları ile giriş yapma niyetinde olan potansiyel rakiplerin gerekli maliyetleri karşılayamayacaklarına inandırmasıdır. Bu anlamda oyun teorisi esasen ikinci oyuncunun (yani yeni gelen) birincinin tehditlerine nasıl tepkiler göstereceği ve ikinci oyuncuyu pazara girişten alıkoymak için ilk oyuncunun ne tür davranışlara ihtiyaç duyduğunu incelemektedir[612].

---

[610] Komisyon Kararı, 4.11.1988 tarih ve 88/589/EWG, *London European-Sabena,* ABl., 27.11.1988, L 317/47, Nr. 11.

[611] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Raphael Brütsch, **Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003, s. 26.

[612] Oyun teorisi ve özellikle bu teorinin oligopol pazarlardaki uygulanma halleri ile ilgili bir analiz için bkz. Daniel Zimmer, "Kartellrecht und neue Erkenntnisse der Spieltheorie", **ZHR**, Heft: 154, 1990, s.

Oyun teorisi savunucularının önemli bir bölümü, bağlama uygulamalarının pazara yeni girecek potansiyel rakipler karşısındaki direnci üzerinde yoğunlaştılar. Bağlama uygulamalarının pazara giriş engeli olma niteliği hususu aslında uzun süre tartışılmış olmakla birlikte, daha sonra bu durum oyun teorisi yaklaşımı esas alınarak ispatlanmaya çalışıldı. Buna göre rakiplerin karını kapmak için iki ürünün bağlanması elverişli bir yöntemdir. Çoğunlukla bu durumun ortaya çıktığı modelde, bağlayan ürün pazarında bir tekelci ve bir de rakip bulunurken, bağlanan ürün pazarında ise potansiyel bir rakip sözkonusudur[613]. Pek çok modelin de gösterdiği gibi, tekel durumundaki teşebbüsün gittiği bağlama uygulaması, bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin er ya da geç ilgili pazardan çekilmeye zorlayacak düzeyde onların karlarının düşmesine neden olabilmektedir[614].

Burada şöyle bir durum ortaya çıkacaktır: İlgili teşebbüs tamamlayıcı ürünler için her iki pazarda da ürünleri birlikte kullanmak, faaliyet göstermek ve her iki pazarda da tekelci pozisyonunu korumak zorunda kalır. Ayrıca her iki ürüne ait pazarlardan birisi için potansiyel bir rakip de olabilir. Bu durumda potansiyel rakipler açısından pazarda kalabilmek için en kolay yol, kendi ürünlerini tekelci teşebbüsten daha ucuza satmak olacaktır. Fakat tekelci teşebbüs bağlama yoluyla ürünleri birlikte satmaya başlarsa, rakiplerin ürünlerine olan talep de ciddi bir biçimde azalır. Bu durumda rakiplerin ürünlerini ancak ürünün kendisine fiyattan daha fazla değer biçen (veya en azından ürünün öneminin fiyatına değeceğini düşünen) alıcılar alabilir. Fakat bu senaryo açısından, tekelcinin ikinci ürünü alıcılar açısından fiyatından daha fazla değer biçilen bir ürün de olmamalıdır.

Benzer bir yaklaşımın izlerini Komisyon Kılavuzu'nda da görmek mümkündür. Komisyon'a göre, bağlayan va bağlanan ürün bir üretim sürecinde farklı oranlarda girdi olarak kullanılabilir. Alıcılar bağlayan ürünün fiyatındaki bir artışa, bağlanan ürüne yönelik bir talep artışı ve aynı zamanda bağlayan ürüne yönelik taleplerinde de bir düşmeyle tepki gösterebilirler. Hakim durumdaki teşebbüs bu durumun üstesinden gelebilmek ve en nihayetinde kendi fiyatlarını yükseltecek bir durumda olabilmek için, bağlama uygulaması ile her iki ürünü de birlikte satmaya çalışacaktır[615].

---

470. Ayrıca bkz. Zafer Kahraman, **Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 19.

[613] Barry Nalebuff, "Bundling", **Yale International Center for Finance Working Paper No. 99-14**, 1999, (Bundling), s. 6.

[614] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Keith Hylton ve Michael Salinger, "Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach, **Antitrust Law Journal**, Volume 69, 2001, s. 488.

[615] Bkz. Komisyon, AEUV m. 102 Hakkında Kılavuz, Nr. 56.

Öte yandan oyun teorisi savunucularının geliştirdiği matematiksel hesaplama yöntemlerine göre tekelci teşebbüs bağlama yoluyla rakiplerin müşteri potansiyelini %50'ye kadar azaltabilmektedir[616]. Aynı zamanda, tekelcinin her fiyat indiriminde rakipler de ürünlerinin rekabet yeteneği için fiyatlarını çeyrek birim indirmek zorunda kalmaktadırlar. Fiyat indirimi yoluyla tekelcinin her azalan karına karşılık, rakiplerin de karı çoğu zaman azalmaktadır[617]. Bütün bu zorlukları bilmek aynı zamanda batık maliyet *(sunk cost)* riski ile birleştiği ve yeni bir yatırımın doğasında olan belirsizlik de buna eşlik ettiği zaman, bu potansiyel rakipleri pazara girişten vazgeçirmek, bu konuda onlara bir gözdağı vermek için yeterli olmaktadır.

Örneğin A ve B ürünlerini üreten tekelci bir teşebbüsün, bu ürünleri bağlama veya paket satış yoluyla daha düşük bir fiyatla satmaya başladığını varsayalım. Bu stratejiyi oyun teorisi çerçevesinde değerlendiren Nalebuff, "Nash Dengesi"nde[618] yerleşik, yani pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün fiyat indirimine giderek rakibin pazara girişini engelleme ve olası bir giriş sonrasındaki duruma oranla daha fazla kar elde etme olanağı yakalayabileceğini savunmaktadır. Şöyle ki, yerleşik teşebbüsün belirli bir ölçekte ve optimumda fiyatlama yaptığını, ancak bağlama veya paket satışlar nedeniyle yeni girecek teşebbüse pazarın görece küçük bir kısmını bıraktığını dikkate alırsak, yerleşik teşebbüsün fiyat indirimleri yeni gelen rakibi ürün satış fiyatında daha yüksek oranda indirim yapmaya zorlayacak, yeni girenin karları yerleşik firmaya oranla daha keskin bir şekilde düşecektir[619]. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde bağlama uygulaması pazara girişi engellemek açısından etkin bir strateji olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda başka bir yaklaşım da, tamamlayıcı ürünlerle ilgili *düopol*[620] yapıdaki pazarlar açısından düşünülebilir. Rakipler kendi münferit ürünlerini ayrı satarken, başka bir satıcı kendi ürünlerini tamamlayıcı ürünler olarak satmaya başladığı zaman, kendi sunumu rakiplerine göre daha uygun olduğundan, kendi nihai satış fiyatını önceden hesaplayabilir ve bu şekilde pazarda bir avantaj da yakalayabilir. Bu durumda eğer her rakip tamamlayıcı ürünün farklı bileşenlerini

---

[616] Nalebuff, Bundling, s. 6.
[617] Nalebuff, Bundling, s. 10.
[618] Nash dengesi rakibinin stratejileri verili iken (oyuncunun rakipleri ile etkileşimde bulunma imkanının olmadığı durumda) her oyuncunun yapabileceğinin en iyisini yaptığına ilişkin bir stratejidir. Dolayısıyla hiçbir oyuncunun seçimini değiştirerek kazancını arttıramadığı durum Nash dengesi olarak tanımlanabilir. Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Kahraman, s. 13.
[619] Bkz. Nalebuff, "Competing Against Bundles", **Yale School of Management Working Paper Series,** 2000, (Competing Against Bundles), s. 10
[620] Bir malın yalnız iki satıcısının bulunduğu piyasa yapısıdır. Böyle bir piyasada her üretici fiyat ya da üretim miktarında yapacağı bir değişiklik konusunda rakibinin de tepkisini genellikle dikkate almak zorundadır. Rekabet sadece iki teşebbüs arasında olduğu için bunların birbirine bağlılık dereceleri de oldukça yüksektir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 79.

satıyorsa, kendileri açısından en uygun satış fiyatlarını belirleyebilecekleri pazar konumunu kolayca yakalayamazlar. Aynı zamanda her bileşenin tamamlayıcı ürün içindeki işlevselliğinin boyutu oranında, bağlamanın etkisi de artacaktır[621]. *Cournot-Effect* olarak da adlandırılan bu durum, dikey anlaşmalar açısından çifte tekelci fiyatlama *(doppelten Marginalisierung, double marginalisation)*[622] sorununu ortaya çıkarır. Bazı görüşlere göre böyle bir durum karşısında, tamamlayıcı iki ürün açısından ortaya çıkan bir bağlama uygulaması, aynı zamanda çifte tekelci fiyatlamayı da önleyebilecektir[623]. *Cournet etkisi*ne göre, tamamlayıcı ürünler olan A ve B ürün pazarlarında tekel durumunda olan bir teşebbüs, bağlama ile ürünleri birlikte satarsa, bu ürünlerin her biri için tekel durumunda olan farklı iki teşebbüsün yapabileceğinden daha düşük bir fiyat belirleyebilir. Cournet'a göre, tamamlayıcı ürünlerden birisi için tek bir tekelin varolması, bu tekelin bağımsız davranışları verimsiz ve yüksek fiyatların ortaya çıkmasına neden olacaktır[624].

Bu modelde genellikle üzerinde durulan konu, pazarların ilk defa ele geçirilişi gibi potansiyel rakiplerin caydırılmasıdır. Tekelcinin ürün tasarımı yoluyla gelecekte kendi ürünlerini bağlı olarak satacağı yolunda oluşturduğu imaj, potansiyel rakipleri pazara girmekten vazgeçirme ve onları pazar dışında tutmak için yeterlidir. Bağlama uygulaması, potansiyel rakiplerin pazara giriş için yapacakları yatırım üzerinde de benzer etkilere sahiptir. Ürünler tamamlayıcı bir özellik taşıdıkları zaman bağlama, pazara girişi zorlaştırıcı bir etki yaratacaktır. Bu şekilde potansiyel rakibin tamamlayıcı olmayan fakat ayrı olarak da satılamayan ürünü tüketici açısından yararsız olacaktır. Bu durumda bilinen olgu, potansiyel rakiplerin pazarda varlık gösterebilmek için her iki ürünü birlikte satmak zorunda kalmaları, başka bir ifadeyle çift yönlü pazara giriş zorunluluğudur. Ancak özellikle dinamik, yani yüksek yatırımların, yeni teknoloji ve sürekli bir gelişimin bulunduğu bir pazar yapısı varsa, bu aynı zamanda giriş engellerinin de olduğu bir pazar yapısı demektir[625]. Böyle bir durumda potansiyel rakip için alternatif bir çözüm olarak, ikinci bir teşebbüs yoluyla ikinci ürünü satmak üzere pazara girmek olabilir. Ancak bu ihtimalde de, potansiyel iki rakip teşebbüs arasında riskli bir bağımlılık durumu ortaya çıkacaktır. Yani

---

[621] Nalebuff, Competing Against Bundles, s. 9.

[622] Dikey anlaşmaya taraf olan iki teşebbüsün de tekel olduğu bir durumda, üretici/sağlayıcı ürünü yeniden satıcıya marjinal maliyetinin de üzerinde tekelci bir kar koyarak satacak, yeniden satıcı da bu fiyatın üzerine kendi tekelci kar marjını koyarak ürünü nihai kullanıcılara satacaktır. Bu durumda çifte tekelci fiyatlama ortaya çıkmaktadır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 67; Langer, s. 12.

[623] Ahlborn ve diğerleri, s. 42.

[624] Ahlborn ve diğerleri, s. 43. Bu durumun nedeni ise, her münferit ürün sahibi teşebbüsün, yapılacak bir fiyat indiriminin diğer teşebbüsün tamamlayıcı ürününe olan talebi artırabileceği gerçeğini göz ardı etmesidir. Eğer bunlar fiyatlarını bütünleştirip veya koordine edebilselerdi, bu durumda fiyatları düşük olacak ve bunun sonucunda yüksek karlar elde edeceklerdi. Bkz. Langer, s. 12.

[625] Wolf, s. 91.

başarılı bir üründen dolayı bir teşebbüsün pazarda sahip olduğu başarı, diğer teşebbüs için başarısızlık ve bununla bağlantılı oarak pazar da varlığını sürdürememe tehlikesi yaratacaktır. Böyle bir belirsizlik ise potansiyel rakibin ilgili pazara giriş için ciddi bir yatırım yapmaktan kaçınması için yeterli olacaktır.

Benzer bir model ise bağlama uygulamalarının zamansal etkisi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bağlanan ürün açısından potansiyel rakipler iki şekilde (öncelikle yan veya alt pazar, daha sonra asıl pazar olmak üzere) pazara girişte engellenmektedir. Dolayısıyla bu şekilde iki aşamalı bir giriş, olası giriş risklerini paylaştırmak için de iyi bir yöntem olabilir. İlk aşamada küçük yatırımlarla alt pazara giriş yapıldıktan sonra, daha sonra asıl pazara girmeye ve pazarı ele geçirmeye hazır bir teşebbüs ortaya çıkacaktır. Çünkü bağlamanın pazara giriş engeli oluşturma özelliği, en basitinden bağlanan ürün pazarına girişe yönelik olduğundan, bu anlamda bağlayan ürün için pazarda koruyucu bir rol de oynayabilir. Bu şekilde her iki pazarda ortaya çıkabilecek olası bir iki aşamalı giriş stratejisi de engellenmiş olacaktır. Birçok olayda da, hatta oyun teorisinin yaklaşımları dikkate alınmadan Microsoft olayında da görüldüğü üzere, yan veya asıl pazarın coğrafi olarak küçük bir bölümüne giriş, hakim durumdaki teşebbüs için hızlı bir pazar payı kaybına yol açabilmektedir. Dolayısıyla birçok teşebbüs olası bu tarz girişleri önlemek ve bir pazarda varolan tekel durumlarını korumak için de bağlama uygulamalarına gidebilmektedir. Bağlama, aynı zamanda bu tarz tehlikelere karşı koruyucu bir önlem de olmaktadır[626].

Fakat *post*-Chicago ekonomik-stratejik yaklaşımlar açısından da bazı sorunlar söz konusudur. Çünkü her model tarafından dikkate alınan bu farklı ve değişken etkenler, gerçek bir pazar koşullarındaki prametreleri bütünüyle yansıtmamaktadır. Oyun teorisi eksenli yaklaşımlar aynı zamanda kesin yargılar içermeyen ve kırılgan yapısı ile bilinen modeller olup, aynı zamanda karmaşık yapıları nedeniyle, hukuksal açıdan da uygulanması zor modellerdir[627]. Bazı durumlarda gerçek olgularla da fazla bağdaşmadıklarından, "dünya ötesi" modeller olarak dahi değerlendirilmişlerdir. Fakat her şeye rağmen bütün bu teorik çalışmaların sağladığı asıl yarar ise, stratejik davranışlar ve rakiplerin maliyetlerini yükseltilmenin birer ticari pratik olarak ilk defa dikkate alınmış olması ve bu bakış açısı altında bağlama uygulamalarının da daha yakından incelenmiş olmasıdır.

[626] Hatta bazı yazarlar bu durumu bir "aktarmacı savunma" (defensive leveraging) olarak da tanımlamaktadırlar. Bu konuda bkz. Robin Cooper Feldman, "Defensive Leveraging in Antitrust", **Georgetown Law Journal**, Volume 87, 1991, s. 2079; Monti, s. 114.

[627] Herbert Hovenkamp, "Antitrust Policy After Chicago", **Michingan Law Review**, Volume 84, 1985, s. 261.

Bütün bunlara rağmen yine de bu yaklaşımların en büyük zaafı, daha öncede vurgulandığı üzere, gerçek pazar koşullarında teşebbüslerin davranışları açısından önemli bir rol oynayan diğer parametrelerin göz ardı edilmesidir. Örneğin marka bağımlılığı, sahip olunan iyi bir ticari ün ve teşebbüslerin pazarlama stratejileri gibi oyun teorisinin ulaştığı sonuçlar açısından şüpheler yaratan etkenleri, değerlendirmelerinde pek dikkate almadılar.

Chicago Sonrası *(post-Chicago)* yaklaşımların rekabet literatürüne kattığı bir diğer önemli bilgi kazanımı da, bağlama uygulamalarının çoğu zaman potansiyel rakipleri yıldırmaya yönelik birer savunma aracı olduğudur[628]. Gerçekten de bağlama uygulamaları daha çok bağlayan ürün pazarında var olan pazar gücünü ve tekel durumunu korumaya hizmet etmektedir. Aktarma teorisinin *(leveraging theory)* üzerinde durduğu ve alıcının ikinci ürünü almaya zorlanması açısından tek nedenin bu olmadığı, diğer bazı modeller tarafından da tesbit edildi. Buna karşın, aktarma teorisi ile ilgili olan ve sadece alıcının bağlama konusu ürünü almaya zorlanması üzerine yoğunlaşan daha önceki teorilerin aksine, bu yaklaşımlar bağlama uygulamasının rakipleri piyasaya girmekten caydırmanın bir sonucu olduğu ve ağ etkileri gibi fazladan pazara giriş engelleri ortaya çıkaran bir durum olduğuna dikkatleri çektiler[629].

B. Asimetrik Bilgi Sorunu

Post-Chicago yaklaşımların üzerinde durduğu bir diğer pazar sorunu ise asimetrik bilgi *(Informationsasymmetrie)*'dir. Asimetrik bilgi, işlem taraflarından birisinin sahip olduğu yetersiz veya eksik bilgi anlamına gelmektedir[630]. Aynı zamanda tam rekabetçi pazar teorisine eleştirel bir bakış olan asimetrik bilgi yaklaşımı, mal veya hizmetle ilgili her türlü bilginin satıcı tarafından bilinmesine rağmen, alıcının ise sadece satıcının belirttiği veya sunduğu bilgilerle yetinmek zorunda kalması durumudur. Bu durum ticari ilişkilerde güç dengesizliğine neden olur.

Asimetrik bilgi, ürünün yedek parça ve servis hizmetleri konusunda ortaya çıkabileceği gibi, ileri teknoloji ürünlerin arıza tespit ve onarımı konusunda gerekli teknik bilgilere sahip olunmaması nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu şekilde teşebbüsler özellikle pahalı olan yüksek teknoloji ürünlerin bakım, yedek parça,

---

[628] Riziotis, s. 47.
[629] Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), **An economic approach to Art. 82**, 2005, s. 23.
[630] Schmidt, Kartellrecht, s. 39; Wolf, s. 90.

arıza tespit ve servis hizmetlerinin de kendisinden alınması şartına bağlayıp rekabeti engelleyebilirler. Ancak bu uygulama çok belirgin ve yalın bir şekilde yapılmayıp, alıcı veya müşterileri buna yönlendirmek için çeşitli zorlayıcı uygulamalar söz konusudur. Örneğin yedek parça fiyatları yüksek tutulduğu gibi, bazı durumlarda ilgili üründe ortaya çıkan arızanın tespiti için gerekli olan özel alet veya yazılımların (diagnostic equipment / software) kullanılması zorunluluğu, buna sahip olmayan alıcı veya bağımsız servis hizmeti sunan teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıracaktır[631]. Ancak bazı durumlarda bu tarz ürünler için gerekli olan özel alet veya yazılımların üretici teşebbüste kalması olağan karşılanabilse de, bu durumun somut olay bağlamında iyi araştırılması ve arıza tespit, servis ve bakım hizmetleri pazarındaki rekabeti ortadan kaldıracak sonuçlara yol açmamasına da dikkat edilmelidir.

Öte yandan bu tarz bağlama uygulamalarının ortaya çıktığı pazarların önemli bir özelliği de, teşebbüslerin faaliyette bulundukları ürün pazarı ve bu ürünlere ilişkin yedek parça ve servis hizmetleri pazarındaki uygulamaların esasen birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olmasıdır. Ana ürün ve o ürüne ilişkin yedek parça, servis ve bakım gibi ürün ve hizmetler, farklı zamanlarda ihtiyaç duyulan tamamlayıcı nitelikteki ürünlerdir. Birincil ve ikincil ürünlerin fiyat ve talebi, bu ürünlerin tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle karşılıklı bir etkileşim içindedir. Bununla birlikte, üreticiler ürünlerinin bağımsız servis sağlayıcıları tarafından tamir edilmesi halinde, kötü tamiratların firmalarının ticari itibarını zedeleyebileceği düşüncesini de taşımaktadırlar. Ya da servis ve bakımdan sonra dahi kullandığı üründeki sorunlar devam eden müşteri, bağımsız servis sağlayıcıların verdiği hizmetin kalitesi yerine, ürün kalitesinin düşük olduğu şeklinde bir yargıya ulaşabilir.

Böyle bir durumda satıcı, kendi servis ağı dışına yedek parça sağlamamak suretiyle ürününe ilişkin servis hizmetini sadece kendisi vermek isteyebilir. Ancak bu tarz yaklaşım veya pratikler çoğu zaman pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilere yol açabimektedirler. Çünkü bağımsız servis veya yedek parça sağlayan teşebbüslerin yokluğu, aynı zamanda ikincil veya alt pazar olarak tanımlanan yedek parça veya servis hizmetleri pazarında ortaya çıkan fiyatların şeffaflığını veya gerçekliğini etkileyecektir. Çoğu zaman rekabetçi bir pazarda gözlenemeyecek türden yapay fiyatların ortaya çıkması ve nihayetinde alıcıların üreticiye bağımlı kalmasına neden olacaktır.

Asimetrik bilgi temelinde ortaya çıkan bu sorun, aynı zamanda "tam rekabetçi piyasa" yaklaşımına bir eleştiri, ondan bir farklılaşma anlamına da gelmektedir.

[631] Bkz. Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar *("Siemens")*.

Çünkü asimetrik bilgi sorunu, bağlama uygulaması ile asıl ürün pazarında esaslı bir ekonomik güç olmadan dahi "pazar gücü"nün başka bir pazar üzerinde kullanılabileceğini göstermiştir[632]. Bu konudaki tartışmalar açısından üzerinde durulması gereken önemli kararlardan birisi de Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court)'nin *Kodak* kararıdır[633]. Öte yandan, bu bölümde Kodak kararı ile birlikte, benzer şekilde Rekabet Kurulu tarafından 18.2.2009 tarihinde tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren firmaların davranışları ile ilgili verilen "Siemens" Kararı[634] üzerinde de durulmuştur.

1. Uygulamada Asimetrik Bilgi Sorunu

a. Kodak Kararı

Rekabet hukuku uygulamasında bilgi asimetrisi konusunda en önemli kararlardan birisi hiç şüphesiz Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court)'nin Kodak Kararıdır[635]. Kodak olayında şikâyetçi, fotokopi ve mikro grafik makineleri üretmekteydi. Kodak ise esasen fotokopi makineleri üretmekle birlikte, aynı zamanda kendi makinelerinin yedek parçalarının da kendisinden servis hizmeti alınması koşuluna bağlamıştı. Ancak Kodak'ın ürettiği fotokopi makinelerine uygun yedek parçalar rakipler tarafından üretilmediği gibi, Kodak tarafından üretilen yedek parçalar da rakiplerin makinelerine uymuyordu. Öte yandan bu makineler için gerekli olan bütün yedek parçalar da Kodak tarafından üretilmiyordu. Bazıları, Kodak'la yapılan anlaşmalar çerçevesinde, bağımsız orijinal yedek parça üreticileri (Original Equipment Manufacturers, OEMs) tarafından üretilmekteydi. Satış sözleşmeleri Kodak makinelerinin bakımını içermeyip, aksine bu durum için ayrı sözleşmeler ile farklı ücretler öngörmekteydi[636].

---

[632] Wolf, s. 91.

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

[634] Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren firmaların, bu cihazların teknik servisi pazarında şifre uygulaması ve yedek parça teminindeki davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin incelenmesi ile ilgili bu olay, aslında Siemens San. ve Tic. A.Ş. (Siemens) hakkında yürütülen bir önaraştırma kapsamında görevli raportörlerin yaptıkları yerinde inceleme ve görüşmeler esnasında, Siemens ile ilgili olan ve yukarda özetlenen davranışların benzerlerinin, pazardaki diğer teşebbüsler tarafından da yapıldığına dair bulgular üzerine ilgili pazarda Rekabet Kurumu tarafından yapılan önaraştırmadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar *("Siemens").*

[635] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, 462 (1992).

[636] Riziotis, s. 49; Aslında bu olay ilk bakışta klasik bağlama uygulamalarına paralel olarak Kodak'ın servis hizmetleri pazarını da tekelleştirme çabası olarak algılanabilecek iken, durum daha farklıydı. Kodak kendi yedek parçaları üzerinde tekel konumunda olmasına rağmen, fotokopi makinesi pazarının rekabetçi niteliği ve Kodak'ın bu pazarda pazar gücüne sahip olmaması bu olayı diğer klasik bağlama uygulamalarından farklılaştırmaktaydı. Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 98.

Ancak çok geçmeden, bu makineler için servis hizmetleri sunan bağımsız teşebbüsler *(Independent Service Organizations, ISOs)* ortaya çıkmaya başladı. Bu teşebbüsler (ISOs), kendi bakım faaliyetleri çerçevesinde müşterilerine onarımı sadece ISOs'lar tarafından yapılmak üzere orijinal yedek parça sağlama olanağı tanıyorlardı. Bu gelişmeler üzerine Kodak işletme politikasını değiştirerek, yedek parçaların sadece Kodak'ın münhasır yetkili servislerinden satın alınabilme koşulu getirdi. Bu şekilde ISOs'ların orijinal yedek parça pazarına girişleri engellenmek istendi. Kodak dışında üçüncü bir kişiye hiçbir yedek parça sağlanmadı. ISOs'lar bunun üzerine, bakım hizmeti ile yedek parçaların birlikte sunulmasını Sherman Kanunu 1.bölüm kapsamında yasak bir bağlama uygulaması olduğu ve servis hizmetleri pazarında tekelleşmeye teşebbüs durumunun da yine Sherman Kanunu 2.bölüm kapsamında rekabete aykırı olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurdu[637].

Kodak'ın savunmasına göre, bakım hizmetleri ve yedek parça sağlanması ayrı hizmetler olmadığından[638] bir bağlama uygulaması da söz konusu değildi. Aynı zamanda asıl/üst pazar *(Upstream Market)* olan fotokopi ve mikrofilm aletleri pazarında yoğun bir rekabet olduğundan, alt pazarda *(Downstream Market)* da herhangi bir tekel durumu söz konusu değildir. Kodak ayrıca, servis hizmetleri pazarına ISOs'ların yetersiz kalmaları durumunda ortaya çıkabilecek olası hizmet aksaklıklarını gidermek için girdiğini açıkladı. Çünkü bakım hizmetleri konusunda ortaya çıkabilecek olası bir aksaklık durumunda, müşteriler bu sorunların Kodak'tan kaynaklanmadığı, aksine ISOs'lardan kaynaklandığı hususunda tam bir değerlendirme yapabilecek durumda olmayabilerlerdi. Benzer yaklaşım Hugin Kararı[639]nda *Hugin* tarafından da savunulmuştur. *Hugin*, bakım, onarım ve servis hizmetlerinin ayrı bir pazar teşkil edemeyeceğini, çünkü bu hizmetlerin, birincil pazarlardaki rekabet çerçevesinde sağlanması gereken hususlar olduğunu ve bu hizmetleri kendi ticari itibarının bir sonucu olarak gördüğünü öne sürmüştür. Başka

[637] Elhauge ve Geradin, s. 532.

[638] Bu tarz pazarlarda ortaya çıkan bağlama ugulamaları konusunda teşebbüsler genellikle ortada iki ayrı ürün olmadığından, bir bağlama uygulaması da bulunmadığı savunmasına başvurmaktadırlar. Ancak birincil bir ürünün, ikincil ürünlerini içeren ikincil pazarın tek başına ilgili pazar olarak değerlendirilmemesi ancak şu iki koşuldan en az birisinin varlığı durumunda sözkonusu olabilir: Birincisi, diğer üreticiler tarafından üretilen ikame ikincil ürünlerin varlığı, ikincisi başka bir birincil ürünün ikame ürün olması nedeniyle ikincil pazarda fiyatların yükselmesinin engellenmesidir. İkinci ihtimal değerlendirilirken, değiştirme maliyetlerinin de ayrıca hesaba katılması gerekmektedir. Özellikle birincil ürün fiyatının, ikincil ürün fiyatına göre çok yüksek olduğu durumlarda birincil ürünü değiştirmek pek kolay değildir. Bu durumda ayrıca ürünü daha önce almış olan müşteriler ile gelecekte alacak olanlar arasında da bir ayrım yapmak gerekmektedir. Ürünü ileride satın alacak olanlar ikincil ürün pazarında dezavantajlı koşullar sunan markaları tercih etmeyebilirler. Ancak ürünü zaten almış olanlar eğer cazip koşullarla ellerindekini satamayacaklarsa, bu imkana da sahip değillerdir. Bu konuda bkz. Elhauge ve Geradin, s. 297.

[639] Bkz. Komisyon Kararı, *Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd v Hugin Kassaregister AB*, Case 68/78, OJ 1978 L 22/23.

bir ifadeyle Hugin bu hizmetleri kendi ürün ve marka kalitesinin bir sonucu olarak algıladığını belirtmiştir. Hatta bu konuya atfettiği önemin, bu hizmetlerden zarar etmesine rağmen, yine de bu hizmetleri sağlamaya devam etmesine neden olacak kadar büyük olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle de bakım, onarım ve servis hizmetlerinin sadece kendi yetkili servisleri tarafından sağlanmasının makul karşılanması gerektiğini öne sürmüştür.

Kodak Kararında da Yüksek Mahkeme, sadece yedek parça ya da bakım hizmeti talep edecek yeteri kadar alıcı bulunduğundan ve daha önceden de yedek parça ve bakım hizmetleri ayrı olarak da sağlandığından, bu koşullar altında ortada iki farklı pazarın bulunduğunu belirtmiştir[640]. Buna rağmen, bağlama uygulaması açısından bağlayan ürün pazarında pazar gücünün varlığının, bağlama ugulamasının rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından kaygı verici olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olduğunu belirtmiştir[641]. Kodak olayında ilgili pazar, servis hizmetleri pazarıydı. Kodak'a göre kendileri makine pazarında pazar gücünden yoksun olduklarından, servis hizmetleri pazarında da pazar gücüne sahip olmaları söz konusu değildir. Bu iddiasıyla Kodak, pazar gücünün tespitinde belirleyici bir unsur olan fiyatları tek başına belirleme gücünden yoksun olduğunu, dolayısıyla bakım hizmetleri pazarında ortaya çıkan yüksek fiyatları belirleme gücü olmadığını, bu durumun makinelerin normal yüksek fiyatından kaynaklandığını vurgulamaya çalıştı. Kodak'a göre fotokopi makineleri pazarında yoğun bir rekabet bulunduğundan, bu durumda yüksek fiyat gibi bir sorun da söz konusu olmayacaktır. Ancak mahkemeye göre, rekabet hukuku ile ilgili yargısal kararlar şekilsel farklılık veya etkenlere dayanmaktan ziyade, gerçek pazar koşullarını göz önünde bulundurmak zorundadırlar[642].

---

[640] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, 462 (1992). Benzer şekilde Komisyon'un Hugin Kararının temyizi üzerine ABAD, ilgili pazar analizini yaparken Hugin'in *"iki pazarda ürünleri farklı kişilere satmasının önemi"* üzerinde durmuştur. Buna göre, Hugin birincil pazarda ürünün kendisini doğrudan tüketiciye satarken, ikincil pazarlarda yedek parça talebi bakım-onarım ve ikinci el yazarkasa satışı gibi faaliyetlerle uğraşan teşebbüslerden gelmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme ortada tek pazar bulunduğunun iddia edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, hakim durumun tespitinde de pazardaki diğer teşebbüslerden bağımsız hareket edebilme kriterini kullanmıştır. Mahkemeye göre bu bağımsızlık, hakim durumun en büyük kanıtıdır. Öte yandan Mahkeme Hugin'in objektif haklı gerekçesi kapsamında bir değerlendirmeye girmemiştir. Mahkeme iddia edilen davranışların, üye ülkeler arası ticaret üzerinde etki doğurup doğurmadığına bakmış ve böyle bir etkinin doğmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bkz. EuGH, 31.05.1979 tarih, Rechtssache C- 22/78, Slg. 1979, s. 1869 *"Hugin/Kommission".*

[641] Mahkeme burada *Jefferson Parish Hospital* kararına atıf yaparak, bağlama uygulamasının *per se* rekabete aykırı olarak değerlendirilebilmesi için satıcının alıcıları normal rekabetçi bir pazarda yapılamayacak türden zorlayıcı bazı davranışlarda bulunması gerektiğini belirtirken, bu taz davranışlara girişebilmek için de teşebbüsün özel bir yeteneğe, yani bilinen anlamında "pazar gücü"ne sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Elhauge ve Geradin, s. 534; Whish, s. 659.

[642] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, Nr. 466 (1992).

Benzer bir yaklaşımın izlerini AB Komisyonu'nun rekabet politikası konusundaki bir raporunda da görmek mümkündür[643]. Rapor'a göre, ikincil ürünlere ilişkin bağlama ya da mal vermeyi reddetme şeklindeki uygulamalar değerlendirilirken, gerek birincil ürün pazarındaki rekabetin, ikincil ürün pazarındaki rekabeti sınırlayıcı davranışları her durumda engelleyeceği yönündeki yaklaşımın, gerekse ikincil ürünlerdeki yüksek pazar payının, her durumda hâkim durum teşkil ettiği görüşünün *per se* kabulünün doğru olmadığı belirtilmiştir. Raporda hâkim durum rakiplerden ve müşterilerden kayda değer ölçüde bağımsız hareket edebilme yeteneği olarak tanımlandığından, satış sonrası ürün/hizmet pazarlarında pazar gücü değerlendirilirken, bu iki pazar arasındaki bağlantının göz önünde bulundurulmasının ve somut olay bağlamında analiz yapmanın gerekliliği ifade edilmiştir. Öte yandan Rapor'a göre, firmanın satış sonrası ürün/hizmet pazarında hakim durumdan kaynaklanan herhangi bir kötüye kullanma davranışının var olup olmadığı araştırılırken, birincil ürün ve ikincil ürün pazarları arasındaki ilişkinin de dikkate alınması ve firmanın birincil ürün pazarından bağımsız bir şekilde, ikincil ürün pazarındaki fiyatlarını artırıp artıramayacağının sorgulanması gerektiği belirtilmiştir[644].

Kodak olayında Yüksek Mahkeme, alıcı açısından makineyi servis hizmetleri için de bir bedel ödemek koşuluyla satın almanın alışılmış bir ticari uygulama olmadığını belirtti. Aynı zamanda alıcı açısından makinenin bakım ve servis hizmeti ücretleri ile birlikte alınması için gerekli olan bilginin elde edilmesi için harcanacak araştırma maliyetlerinin yüksekliği de alıcı açısından caydırıcı olabilir. Çünkü bu tarz bir bilginin elde edilmesi için gerekli olan maliyet, makinenin ne sıklıkla kullanılacağı, kullanım sürecinde ortaya çıkacak bir zararın hangi boyutta olacağı, bu arızayı giderme süresi ve nihayetinde ileride yedek parça fiyatlarının ne kadar olacağı gibi değişik faktörlere bağlıdır. Dolayısıyla bu "belirsiz" maliyetler alıcıların kararları üzerinde etkili olmakla birlikte, aynı zamanda önceden öngörülmesi çok zor olan[645] ve bu nedenle de makineyi almaktan caydıran etkenlerdir.

Yüksek Mahkeme bu olayda bilgi eksikliği, geçiş maliyetleri *(switching costs)* gibi pazar aksaklıkları nedeniyle orijinal ürün (fotokopi makineleri) pazarında var olan rekabetçi yapının, satış sonrası hizmetlerde ortaya çıkabilecek tekelleşmeyi önlemek açısından yeterli olamayabileceği kanaatine ulaşmış ve Kodak'ın

[643] Kommission, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995), Brüssel-Lüxemburg 1996, Nr. 86.
[644] Aynı zamanda benzer yönde değerlendirmelerin yer aldığı AB Komisyonu'nun *Pelikan/Kyocera* kararı için bkz. Bkz. Kommission, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995), Nr. 87.
[645] Wolf, s. 87.

uygulamalarını rekabete aykırı bulmuştur[646]. Mahkeme bu nedenle bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı için gerekli koşulardan birisi olan bağlayan ürün pazarında hâkim durum olgusunu bu olay açısından geniş yorumlayıp, alıcıları zorlamaya elverişli her türlü yöntemi, bu anlamda dolaylı pazar gücü, asimetrik bilgi veya "kilit etkisi"ni bu kapsamda değerlendirmiştir[647].

Sonuç olarak, Kodak kararı bağlamında ortaya çıkan tartışmalar ekseninde bu tarz uygulamaları tekrar değerlendirmek gerekirse, önceden bilgilendirilmiş ve bilgilendirilmemiş müşterilerinden farklı bakım ücretlerinin talep edilmesi de bir diğer ihtimal veya çözüm olarak düşünülebilir. Ancak bilgilendirilmiş müşteriler, toplam müşteri grubunun sadece küçük bir bölümünü oluşturduğu zaman bilgilendirilmemiş müşterilerin sömürülmesi yine de engellenemeyecektir. Dolayısıyla burada aslında şu sonuca ulaşılmaktadır: Bu tarz pazarlara ait böyle bir ürünün satın alınması alıcı açısından uzun vadeli bir yatırım olarak da değerlendirilebilir. Bu anlamda bakım ücretlerinde ortaya çıkacak fazladan bir artış Kodak veya sağlayıcının insafına kalmaktadır. Bu durumun tek istisnası, alıcıların kendi yatırımının kayba uğramasını kabullenmesi ve rakiplerin alternatif ürünlerine yönelmesidir. Ancak böyle bir durumda ortaya çıkacak değiştirme/geçiş maliyetleri *("switching costs")*[648]'nin yüksekliği nedeniyle bu yönelme kolay olmayacaktır[649]. Aynı zamanda bu durum rekabet hukuku uygulamasında kilitleme etkisi *(lock-in-Effekt*[650]*)* olarak da

[646] Ekdi, Ürün Bağlama, s. 99.
[647] Riziotis, s. 53.
[648] Değiştirme (geçiş) maliyetleri *(switching costs, Wechselkosten)* müşterinin yeni bir sağlayıcıya geçme aşamasında karşılaştığı, sağlayıcının mal ya da hizmetine ödeyeceği fiyatın dışında kalan her türlü maliyettir. Örneğin, operatörler arasında numara taşımanın mümkün olmadığı durumlarda, müşterinin hâlihazırdaki GSM operatörünü değiştirmesi, telefon rehberindeki kişileri numara değişikliğinden haberdar etme maliyetini doğurur. Geçiş maliyetlerinin ortaya çıkma nedenleri olarak sağlayıcı değiştirmede karşılaşılan işlem maliyetleri, yeni ürünü kullanma kabiliyeti, mevcut ekipmanla uyuşabilir olma gerekliliği, denenmemiş markaların kalitesine ilişkin belirsizlik, indirim programları ve sözleşme benzeri araçlarla yaratılan maliyetler ve psikolojik maliyetler sayılabilir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 70.
[649] Değiştirme maliyetleri alıcıların davranışları üzerinde etkilidir. Örneğin kullandığı cep telefonu dışında başka bir marka satın alan alıcı öncelikle bu telefonun işlevsel kullanımı ile ilgili bilgileri öğrenme maliyetlerini üzerinde taşımaktadır. Birincil ve ikincil pazarda ortaya çıkan ve zamanla sınırlı bir bağlama, bu anlamda rakipler için dezavantajlara neden olacaktır. Çünkü böyle bir zamansal sınırlama, değiştime maliyetleri nedeniyle, yeni bir rakibin ürünlerine yönelik talebi azaltacaktır. Dolayısıyla değiştirme maliyetleri ikincil pazarda rakileri dışlayıcı bir etki yaratacaktır. Değiştirme maliyetlerinin rekabet üzerindeki etkileri konusunda daha fazla bilgi için bkz. Nothhelfer, s. 50.
[650] "Kilit etki" *(Lock-in-Effekte),* müşterilerin daha önceden verdikleri karar nedeniyle, yeni bir ağ ve ya şebekeye ortaya çıkan önemli maliyetlere katlanmadan geçemeleri durumudur. Bu aynı zamanda gerçek anlamda bir bağlanmanın sonucudur. "Kilit etki", yeni bir teknoloji ile ortaya çıkan bir ürünü almak için katlanılması gereken işlem maliyetleri (Transaktionskosten) ile ortaya çıkan değiştirme maliyetlerinin *(switching costs)* olduğu pazarlarda daha da güçlü bir şekilde hissedilir. Bu durum özellikle yenilikçi ürün pazarları açısından bir pazara giriş engeli niteliğindedir. Bu hususta bkz. Gauß, s. 106; Wolf, s. 90.

tanımlanmaktadır[651]. Sonuçta alıcılar değiştirme maliyetlerine katlanmak yerine, büyük oranda mevcut tedarikçileri ile bağlı kalmaya devam edeceklerinden, bir anlamda da satıcının insafına terk edilmiş olmaktadırlar.

b. Rekabet Kurulu "Siemens" Kararı

Benzer tartışmalar Rekabet Kurulu'nun tıbbi görüntüleme cihazları ile ilgili bir Kararında da gündeme gelmiştir[652]. Kurul, teşebbüslerin cihazların arıza tespitleri ve bakım-onarım faaliyetlerinde şifre uygulamasına gitmelerini, normal koşullar altında tıbbi cihazlara tamir ve yedek parça hizmeti sunabilecek olan teşebbüslerin faaliyetlerini engelleyici davranışlar olarak değerlendirmiştir. Kurul'a göre bu durumda yedek parça üretimi, cihaz üreticisi firmanın tekelinde olup, tıbbi görüntüleme cihazını değiştirme maliyeti de, cihaz fiyatlarının yüksekliği nedeniyle oldukça yüksektir. Bu nedenle Kurul ilgili ürün pazarını her bir teşebbüs için, dolayısıyla her marka için, ayrı ayrı *"tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı"* olarak belirlemiştir[653].

Rekabet Kurulu ayrıca tıbbi görüntüleme ve teşhiz cihazları pazarı birincil, bu cihazlara ait yedek parça ve teknik servis ise ikincil ürün pazarı olarak tanımlandığında, görüntüleme cihazlarının üreticilerinin söz konusu cihazların yedek parçalarının tek üreticisi olmaları ve müşterilerin büyük bölümüne servis hizmetinin de üretici firmalar veya distribütörleri tarafından verilmesi sonucunu doğurduğunu belirtmiştir. Kurul ayrıca tıbbi görüntüleme ve teşhiz cihazlarının fiyatlarının yüksek olması, yedek parça fiyatlarının yayınlanmaması (şeffaf olmaması)[654] ve yedek parça fiyatlarının bu cihazların fiyatlarına oranının düşük olması nedeniyle cihazı bir kez alan müşterinin yüksek yedek parça fiyatlarına rağmen cihazı değiştirmemesi gibi pazara özgü durumlar nedeniyle birincil ürün pazarından bağımsız şekilde ikincil ürünün fiyatının artırılabileceği hususu göz önüne alındığında, her bir markaya ait tıbbi görüntüleme ve teşhiz cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarında, bu markaların yetkili teşebbüslerinin hâkim durumda olduklarını belirtmiştir[655].

---

[651] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services,* 504 U.S. 451, 476 (1992). Ayrıca bkz. Hovenkamp, s. 99.
[652] Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar. *"Siemens".*
[653] Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar, Nr. 210. *"Siemens".*
[654] Yedek parça fiyat listeleri hiçbir teşebbüs tarafından ilan edilmemektedir. Buna gerekçe olarak cihazların karmaşık olması, çok sayıda yedek parça bulunması gibi nedenler öne sürülmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar, Nr. 360.
[655] Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar, Nr. 320.

Rekabet Kurulu nihayetinde tıbbi görüntüleme cihazları pazarındaki bazı teşebbüslerin kendi markası altında bulunan tıbbi cihazların yedek parçalarındaki hâkim durumundan faydalanarak müşterilerini bağlamaya ve rakip servis sağlayıcıların faaliyetini zorlaştırmaya yol açabilecek uygulamalarda bulunduklarını belirtmiştir. Kurul'a göre bu uygulamalar rakipleri dışlayıcı olabileceği gibi, müşterileri kendisine bağımlı hale getirmeye yönelik de olabilir. Öte yandan bu ayrımcı uygulamaların rakip firmaları pazar dışında tutmaya yönelik veya rakip servislerle anlaşan müşterileri cezalandırma anlamına gelecek politikalar şeklinde olması rekabet açısından sakıncalı olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle tıbbi görüntüleme cihazlarının bakım ve onarım hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan yedek parçaların satışında firmaların kendi servis departmanları ile diğer servis firmaları arasında objektif kıstaslara dayanmayan ayrımcılık yapılması durumunda veya yedek parça satışını servis satışına bağlamaya zorlaması gibi uygulamalar olması durumunda, bu uygulamanın rekabet açısından önemli sakıncalar doğuracağı ve bu durumun 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında ihlal unsuru oluşturabileceği sonucuna varırken, teşebbüslere bu konuda görüş yazısı gönderilmesine karar vermiştir[656].

Rekabet Kurulu'nun bu konuda benzer daha eski bir Kararında[657] ise Hewlett Packard Bilgisayar ve Ölçüm Sistemleri A.Ş. (HP) yazıcı sarf malzemeleri ve yedek parça fiyatları ile satış sonrası hizmetler kapsamında bakım ve onarım bedellerini yüksek belirlemek, satış sonrası hizmetlerde STREP programının kullanılmasını zorunlu tutmak, yetkili servisler dışındaki kişilere yedek parça satmamak yoluyla 4054 sayılı RKHK'nın hükümlerini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak yapılan önaraştırmada Kurul; HP'nin kendi ürünlerinin servis ve yedek parçalarına ilişkin

---

656 *"(1)En çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerini Internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan etmesine, (2) Hastaneler tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılım koşullarının sağlanabilmesi açısından) müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerini en geç 3 (gün) işgünü içerisinde cevaplandırmasına, (3) Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin etmelerine (4) Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye teslim etmelerine, (5) Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlemelerine, (6)Cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda verilen hususlar konusunda müşterileri yazılı olarak bilgilendirmelerine, (7) Yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapmaktan kaçınmalarına,"* aksi halde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağına karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar, Nr. 590.

657 Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar (*"Hewlett Packard")*.

pazarda hakim durumda olduğuna[658] karar vermiş ve *"…yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiği"* ni belirtmiştir[659].

Rekabet Kurulu bu kararı açısından önemli bir eksiklik, uyuşmazlığın esas noktasını oluşturan STREP uygulaması[660] ve bu uygulama ile klasik servis hizmeti sunma arasındaki farklar ve benzerlikler ve tüketici açısından ortaya çıkan avantaj ve dezavantajlar konusunda fazla ayrıntıya girilmemesidir. Oysa Kodak olayında Yüksek Mahkeme'nin de vurguladığı üzere, tüketiciler çoğu zaman bu tarz ürünleri satın alırken ürünün ilerde olası maliyetlerini bilecek veya araştıracak durumda değildirler. Eğer satıcı bu konuda gerekli bilgileri de vermemişse, başka bir ifadeyle tüketiciler bilgilendirilmemişse, bu konuda yaptıkları seçimin getireceği olası maliyetleri önceden tahmin etmeleri de zordur. Çünkü alıcı ürünü ne kadar sıklıkla kullanacağı ve bu anlamda ne oranda tamamlayıcı ürüne veya sarf malzemesine ihtiyaç duyacağını önceden tahmin edemeyebileceği gibi, ilerde ortaya çıkacak bu tarz ihtiyaçların maliyetlerini de genellikle ürünün satışı sırasında hesaplayacak durumda değildir.

Öte yandan Kararda da vurgulandığı üzere HP ürünlerinde kullanılan yedek parça ürünleri pazarında HP A.Ş. hakim durumdadır. Her ne kadar Karar'da, *"…HP ürünleri kullananların STREP dışındaki servis programları kapsamında satış sonrası servis hizmetleri almalarının önünde herhangi bir engel bulunmadığı"* belirtilse de, ileri teknoloji gerektiren bu tür ürünlerde asıl üreticinin servis hizmetlerini belirli bir paket halinde sunma konusunda tüketicileri zorlaması bir bağlama uygulaması niteliğindedir. Çünkü daha öncede açıklandığı üzere, alıcı açısından daha sonra

---

[658] HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar hâlihazırda, HP'nin kontrolü altında üretilmektedir. Ürünlerin teknolojik nitelikleri gereği çok çabuk demode olması, bir ürünün yerini alan yeni ürünün fiyatının daha düşük olmasına rağmen daha fazla performansa sahip olması, üretimde ileri teknoloji gerektiren üretim proseslerin kullanılması ve bu sebeple yüksek başlangıç maliyetinin gerekmesi, HP dışındaki teşebbüslerin HP ürünlerinde kullanılmaya uygun yedek parça üretimi yapmasını genel işletmecilik ilkeleri açısından zorlaştırdığından, HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar pazarında HP A.Ş. hâkim durumdadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar *("Hewlett Packard").*

[659] Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar (*"Hewlett Packard").*

[660] Rekabet Kurulu'nun bu kararına temel teşkil eden STREP uygulaması olması, Karar'ın "Kötüye Kullanmalar" başlığı altında yapılan değerlendirmelerden anlaşıldığı kadarıyla; "Her ürün için sabit bir tamir bedelinin belirlenmesi ve eski parçanın geri verilmeyerek yurtdışında bulunan geri dönüşüm merkezine gönderilmesi"dir. Ayrıca HP yetkililerinin açıklamalarına göre, STREP programı kapsamında kullanıcılara bildirilen fiyatların eski parçanın geri verilmemesi halinde geçerli olduğu, ancak eski parçanın iadesi talebinin hurda değerinin ödenmesi şartıyla kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar (*"Hewlett Packard").*

yararlanacağı hizmetlerin maliyetini önceden tahmin etme ve buna göre ilgili sunumu kabul edip etmeme konusunda baştan bir karar vermek zordur. Bu durumda HP A.Ş kendi ürünleri ile ilgili yedek parça üretimi konusunda sahip olduğu hakim durumunu, STREP programı aracılığıyla servis hizmetleri alanında, bağlama uygulaması ile kötüye kullanmış olmaktadır[661].

2. Asimetrik Bilginin Alıcıları Zorlayıcı Niteliği

Kodak Kararı aslında asimetrik bilgi yoluyla bir teşebbüsün kendisini rakiplerine karşı korumak suretiyle hâkim durumunu sağlamlaştırması açısından ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Alıcıların farklı satıcılara ait ürünleri fiyat ve diğer koşullar açısından karşılaştırdıktan sonra, kendilerine en uygun ürünü ve dolayısıyla en uygun sunumu kabul etmek açısından, en ideal pazar yapısının tam rekabet koşullarında işleyen bir pazar olduğu kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bağlama uygulamalarıyla ilgili *per se* değerlendirmelerine bakıldığı zaman, Mahkemenin bu tarz bir uygulamayı ancak sağlayıcı bağlayan ürün pazarında pazar gücüne sahip olduğu zaman rekabet açısından tehlikeli bulduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü böyle bir durumda pazar gücü, alıcılar açısından bağlama yoluyla onların istemediği bir ürünü, bir anlamda ekonomik zorlama yoluyla, onlara satma olanağı vermektedir[662].

Öte yandan gerçek pazar koşullarında alıcı farklı sunumlara konu ürünlerin gerçek değerini başarılı bir şekilde tayin edebilecek bilgi ve donanıma her zaman sahip olmayabilir. Eksik pazar yapısı *(Marktunvollkommenheit)* olarak da tanımlanan bu durumun farklı nedenlerinden birisi de bağlı ürün veya hizmet satışının, Kodak olayında makinelerin bakımında olduğu gibi, daha sonraki bir zaman dilimine

---

[661] Rekabet Kurulu'nun servis hizmetleri ile yedek parça hizmetlerinin bağlanmasına yönelik iddiaları kapsamlı bir şekilde incelemeye gerek görmeksizin aşırı fiyat iddiasına odaklanmasını bu karar açısından önemli bir eksiklik olarak değerlendiren görüş için bkz. Ekdi, s. 120. Hatta Kurul, bu fiyat iddiasına olan odaklanmasını, iktisadi analizleri yoluyla açıklamakta ve "HP'nin fiyatlandırma politikalarına benzer politikaların benimsendiği ve HP'nin Avrupa'daki satış fiyatlarının Türkiye'de uygulananlardan pek farklı olmadığı görülmektedir." Bkz. Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar, s. 7-8. (*"Hewlett Packard").*
Rekabet Kurulu bu kararında şöyle demiştir: "Bu karşılaştırmalardan çıkarılacak sonuç, yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiğidir. Bu durumda rekabet kuralları açısından önemli hale gelen husus, marka içi rekabetin sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu husus ise dğrudan ürünlerin dağıtım aşamasıyla ilgilidir." Bkz. Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar, s. 8, *("Hewlett Packard")*

[662] *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.,* 356 U.S. 1, 6f (1958); *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enterprises,* 429 U.S. 610, 620 (1977); *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde,* 466 U.S. 2, 11ff. (1984).

yayılmasıdır[663]. Bir ürünün toplam maliyetleri açısından yeterli bir şeffaflığın olmaması, alıcı veya tüketicilere bakım hizmetleri pazarında rekabetin bir sonucu olarak ortaya çıkan fiyat farklılaşması veya çarpıtmalarının büyüklüğünü toplam fiyatlarla karşılaştırma olanağı vermez. Kodak olayında da alıcılar, makinenin daha sonra ortaya çıkabilecek olan bakım veya yedek parça fiyatlarını makineyi satın alma zamanında, yani önceden tahmin edebilecek durumda olmadıkları gibi, bu durum aynı zamanda Kodak'a bu alt pazarlarda fiyatları istediği gibi belirleme olanağı da veriyordu. Tüketiciler açısından ortaya çıkan asimetrik bilgi sorunu, belirli bir strateji çerçevesinde sistematik olarak uygulandığı zaman, bu durum mevcut alıcıların bakım ve yedek parça pazarlarında sömürülmeleriyle sonuçlandığından, pazar yapısında tekel benzeri bir aksaklığın dahi ortaya çıkmasına neden olabilmektedir[664].

Rekabet Kurulu Kararında ise, tıbbi görüntüleme cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler, söz konusu cihazların teknik servis bölümüne erişim için şifre ve benzeri yöntemler kullanmaktaydılar. Şifre veya bu işlemler için gerekli olan diğer aygıtlar, cihazın ayar menüsüne ulaşmak isteyen kişi ve kurumlara ya verilmiyor ya da yüksek bir ücret karşılığında satılmaktadır. Kurul'a göre cihazların garanti süresi boyunca makul görülebilecek şifre ve benzeri uygulamalar, garanti süresi sona erdikten sonra cihazların sahibi ve sorumlusu olan hastanelerin, bu cihazlar üzerindeki tasarrufunu kısıtlayıcı bir niteliğe dönüşmekte ve hastaneleri cihazların servis ve bakımı için kullanım süresi boyunca üreticilere bağımlı hale getirmektedir. Bu durumun rekabete olumsuz etkisi ise bağımsız servis sağlayıcıların servis/bakım hizmetleri pazarına girememeleri veya girseler dahi pazarda tutunamamalarıdır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, somut olay tarihinde, halihazırda tıbbi görüntüleme cihazlarına servis veren bağımsız servis sağlayıcılarının sayısı oldukça düşüktür[665].

Alıcılar açısından bilgi eksikliği için ikinci bir neden de bağlanan ürünün bağlayan ürün karşısında daha düşük bir önem veya anlam ifade etmesidir. Örneğin film pazarında paket bağlama uygulaması *(block-booking)* ile film pazarlayan bir sağlayıcı, birinci kalite veya çok popüler filmler ile ikinci kalite veya sıradan filmleri birlikte satarsa, bu tarz filmler açısından ortaya çıkan bilgi eksikliği nedeniyle yeterince aydınlatılmamış olan alıcılar rastgele bu ikinci kalite filmleri de satın

[663] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 443.
[664] Riziotis, s. 51.
[665] Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar, Nr. 440.

alabilir[666]. Özellikle alıcılar açısından "deneme ürünleri" *(Erfahrungsgütern)*[667] olarak da adlandırılan ürünler konusunda ortaya çıkan en önemli sorun, alıcıların satıcının satışının gerçek niteliğini değerlendirebilecek durumda olmamasıdır. Daha doğrusu bu olanağın satıcı tarafından kendilerine pek tanınmamasıdır. Bu tecrübe ve bilgi eksikliğinin etkileri ise, satıcının tecrübeli ve tecrübesiz alıcılar arasında bir ayrım veya farklılaştırmaya gidip, her iki gruba da farklı koşullarda ürün satabildiği zaman en yüksek düzeye ulaşmaktadır[668]. Tecrübesiz alıcılar deneyimli kişilerin tecrübelerinden yararlanamadığından, satıcı da rekabetin baskı veya kontrol sağlayıcı işlevi olmadan alıcılara yüksek fiyat ve uygun olmayan koşullar dayatmaktan çekinmeyecektir. Sonuçta alıcı açısından ortaya çıkan yetersiz bilgi, aynı zamanda satıcıya da sahip olmadığı pazar gücünün eksikliğini giderme olanağı sağlamaktadır. Bu durumda satıcı alıcıyı her iki durumda da, yani hem bilgi eksikliği ve hem de pazar gücünün getirdiği zorlama ile istemediği bir davranışı yapmaya zorlamaktadır. Burada farklılık zorlamanın bilinmesinde yatmaktadır. Çünkü bilgilendirilmemiş alıcı zorlamanın niteliği konusunda da bilinçsizdir[669].

C. Ara Değerlendirme

Post-Chicago ekonomik-stratejik yaklaşımlar, teorik yaklaşımlardan çok, teşebbüslerin davranışlarını ampirik gözlemlerle açıklamaya çalıştılar. Buna göre bir davranışı rekabete aykırı veya yararlı olarak tanımlamadan önce, davranışın pazar üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi önem kazanmaktadır. Dolayısıyla rekabet kurallarının yorumlanması ve teşebbüslerin pazardaki davranışları açısından yapılacak ayrıntılı ekonomik analizlerin önemi büyüktür. Çünkü günümüz koşullarında rekabet politikası çok karmaşık ve farklılaşmış bir nitelik kazandığından, bu durum uygulamada hukuk güvenliği ve rekabet hukuku düzenlemelerinin uygulama yeteneğini de tehdit etmektedir.

Bu konuda bir diğer yaklaşım ise oyun teorisi olmuştur. Buna göre, pazarda her teşebbüsün davranışı bir diğerinin davranışları üzerinde etkiye neden olduğundan, her teşebbüs kendi davranışları sonucunda bir diğerini ödüllendirir veya

---

[666] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 444.
[667] Aranan ürünler (Suchgütern) açısından müşteriler ilgili ürünün nitelikleri konusunda satın almadan önce bilgi sahibi olup bunu değerlendirebilirken, deneme ürünlerinde (Erfahrungsgüter) ise bu durum ancak ürün satın alınıp kullanılmaya başlandıktan sonra mümkündür. Bkz. Schmidt, Kartellrecht, s. 25, dpn. 52.
[668] Warren S. Grimes, "Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: Understandig the Role of Market Imperfections", 62 **Antitrust Law Journal**, Volume 62, 1994, s. 275.
[669] Riziotis, s. 52.

cezalandırır. Bu şekilde hakim durumdaki teşebbüsler stratejik davranışlar ile pazara girmek isteyen potansiyel rakipleri, bu konuda gerekli maliyetleri karşılayamayacaklarına inandırır. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan etkili bir bağlama uygulaması potansiyel rakipler için pazara girişte caydırıcı olabildiği gibi, mevcut rakipler açısından ise dışlayıcı bir etkiye de neden olabilir.

Öte yandan "asimetrik bilgi" sorunu da, şüphesiz bağlama uygulamalarının analizinde önemli yaklaşımlardan birisi olmuştur. Bu anlamda, Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Kodak* kararı ile birlikte, pazar gücü ile ilgili değerlendirmeler açısından artık pazar payı dışında başka etkenler de ortaya çıkmıştır. Mahkeme bu olayda kendini şekli anlamda bir pazar payı analizi ile sınırlamak yerine, teşebbüslerin ilgili pazardaki davranışlarının gerçek amacını da dikkate alarak somut olayı değerlendirdi[670]. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin bu olayda, Kodak'ın ilgili pazarda hâkim durumda olduğunu kabul eden tesbitinin başarısı, asimetrik bilgi ve kilit etkisi[671] gibi başka faktörler aracılığıyla olayı değerlendirmesi ve bunun sonucunda Kodak'ın ilgili pazarda hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşması olarak belirtilmektedir[672].

V. REKABET POLİTİKALARININ BAĞLAMA UYGULAMALARINA YAKLAŞIMI

A. Ön Açıklamalar

Genel olarak dışlayıcı davranışlar ve bu anlamda bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin farklı olması, bu davranışlara yönelik yaklaşım sorunlarına da neden olmaktadır. Öte yandan bağlama uygulamalarının somut olaylar açısından farklılıklar gösteren niteliği, söz konusu uygulamaların ortaya çıkış gerekçeleri, biçimleri ve ekonomik etkileri açısından yapılacak sınıflandırma ve bu

[670] Steven Salop, "The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millennium", **Antitrust Law Journal**, Volume 68, 2000, s. 187; Wolf, s. 85.
[671] Wolf, s. 85; Gauß, s. 34.
[672] Riziotis, s. 53; Wolf, s. 86. Fakat bu değerlendirme ve sonuç hiçbir şekilde ekonomi bilimi yaklaşımlarının reddi ve salt ampirik bir pazar incelemesi olarak da görülmemelidir. Aksine, bu değerlendirmeler önemli olmakla birlikte, gerçek anlamda etkili olabilmesi için bunların somut bulgularla da doğrulanmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Bu hususta bkz. Warren Grimes, "Antitrust and the Systemic Bias Against Small Business: Kodak, Strategic Conduct, and Leverage Theory", **52 Case Western Reserve Law Review**, Volume 231, 2001, s. 273.

uygulamalara ilişkin genel bir yasal ve ekonomik çerçeve oluşturulmasını da zorlaştırmaktadır[673].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) düzenlemelerinin mehazı AB rekabet hukukunda da bağlama uygulamalarına yönelik bir yasal standart oluşturulması ve bu konuda teşebbüsler açısından ortaya çıkabilecek olası belirsizlikleri en aza indirimek, hukuk güvenliği yoluyla teşebbüslere kısmen de olsa bazı güvenli limanlar sağlamak önemli bir tartışma konusudur.

AEUV m. 101/2 düzenlemesine göre rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi taşıyan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasaktır. Bu nedenle teşebbüsler arasındaki yatay anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkileri nedeniyle yasaktır. Fakat rekabeti sınırlayıcı etkisi önemsiz nitelikte olan anlaşmalar, *de minimis* kuralı gereği yasaldır. Bununla birlikte üretim zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar olarak da tanımlanan dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki etkileri farklı olduğundan, bu anlaşmalar açısından %30 pazar payı eşiği aşılmadığı sürece, belirli koşullar altında muafiyet söz konusudur. Muafiyet sistemi ile bu tarz anlaşmalarda yer alan rekabeti sınırlayıcı hükümler AEUV m. 101/2 hükmünde yer alan yaptırımdan bağışıktırlar. Komisyon da teknoloji transferi sözleşmeleri ve motorlu taşıtlar sektörü için grup muafiyet tüzükleri ile bu konuda belirli bir standart oluşturmaya çalışmıştır. Grup muafiyet tüzükleri kapsamındaki anlaşmalar açısından grup muafiyet olanağı söz konusu olduğu gibi, bu imkândan yararlanamayan anlaşmalar açısından ise AEUV m. 101/3'te yer alan bütün koşulları yerine getirmek üzere bireysel muafiyet olanağı da sözkonusudur. Bu durum "bağlama" şeklinde sınırlamalar içeren dikey anlaşmalar açısından da geçerlidir.

Ancak bu konuda sorunlu olan husus, hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan bağlama uygulamalarıdır. Çünkü uygulamada da görüldüğü gibi bağlama ve diğer dışlayıcı davranışlar çoğunlukla hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkmaktadır. Dışlayıcı davranışların bir diğer özelliği de rakiplerin dışlanmasından sonra, alıcı ve nihai tüketicileri sömürücü etkilerinin ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama, yıkıcı fiyat ve ürün vermekten kaçınma gibi dışlayıcı davranışlarının rekabet veya pazar üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi konusunda belirli bir standart geliştirme

[673] Bu durum çoğu zaman konunun farklı rekabet sistemleri ve somut olaylar bağlamında ele alınmasıyla da sonuçlanmaktadır. Bkz. Ünlüsoy, s. 12.

ve teşebbüslere bu konuda bir yol göstermek açısından AB Komisyonu da bazı çalışmalar yapmıştır.

B. Avrupa Birliği Yaklaşımı

1. Pazar Yapısı ve Özgürlüğü Sorunu

Başlangıçta AB rekabet hukuku uygulamasının, tüketici refahını esas alan Amerikan *antitrust*-hukukundan farklı bir yol izlediği söylenebilir. Özellikle Freiburg Okulu'nun da etkisiyle, rekabet hukuku aynı zamanda bireysel özgürlüğün bir garantisi olarak da görüldü[674]. Bu anlamda rekabetin aşırı ekonomik güç karşısında dengeleyici bir etken veya kontrol sistemi olarak da işlev gördüğü savunulmuştur. Alıcı veya tüketiciler açısından varolan yetersiz pazar gücü, bunları satıcının koşullarını kabule zorlamamalıdır. Dolayısıyla tüketiciler açısından seçme özgürlüğünün olmaması aynı zamanda rekabetin de olmaması anlamına gelir[675].

Rekabet hukuku koruyucu bir sistem olarak, bireysel bir özgürlük olarak düşünülmesi gereken, pazar katılımcılarının girişim özgürlüğünü de garanti altına almalıdır. Bir yandan pazar katılımcıları için serbest bir harekat alanı sağlayacak alternatifler olmalı, diğer yandan da rakipler üzerinde kısa sürede değil, aksine uzun vadeli olarak etkin rekabet koşulları altında faaliyet göstermek suretiyle pazarda bir yer edinmek için gerekli olan baskıyı da sağlamalıdır. Bu görüş Freiburg Okulu için önemli bir hedeftir. Bu konuda alıcının seçme özgürlüğü iki düşünce nedeniyle korunmaktadır. Birincisi rekabetin bir araç, asıl amacın ise özgürlük olduğu şeklindeki Ordoliberalismus temel düşüncesidir. İkincisi ise etkili bir rekabetin ancak pazarın açıklığına *(Offenhaltung der Märkte)* bağlı olmasıdır. Özgürlük ile ilgili hedefler bağlamında, AEUV m. 102'deki örnekseyici durumlar, dışlayıcı ve sömürücü kötüye kullanma şeklindeki davranışları açıkça yasaklamaktadır.

Ayrıca Avrupa Birliği entegrasyonu açısından rekabet politikası önemli bir role sahiptir[676]. AEUV'de öngörülen ve başarılı bir şekilde işleyen bir rekabet sistemi ve ortak bir iç pazar hedefine, rekabet kuralları olmadan ulaşılması zordur[677]. Rekabet hukuku aynı zamanda kamusal ticaret engellerinin ortadan kalkmasının, özel tekeller veya pazar gücü olan teşebbüslerin ortaya çıkmasıyla ticaret engelleri

---

[674] Whish, s. 19.
[675] Peter Behrens ve Eleanor M. Fox, "Abuse of Market Power: Controlling Dominance or Protecting Competition, **The Evolution of European Competition Law**, (Ed. Hanns Ulrich), Edward Elgar Publishing, Bruges, 2006, ss. 224-225.
[676] Whish, s. 20-21.
[677] EuGH, 21.2.1973 tarihli Karar, Rechtssache C- 6/72. *Europemballage und Continental Can / Kommission,* Slg. 1973, s. 215, Nr. 24 *"Continental Can".*

oluşmadığı hususunda da emin olmalıdır. Bu bağlamda pazarın açıklığı hedefi büyük bir önem taşımaktadır.

ABAD'ın da daha önce açıkça belirttiği gibi, sadece tüketicilere doğrudan zarar veren davranışlar kötüye kullanma olarak anlaşılmamalıdır[678]. Dahası, bu tarz davranışların değerlendirilmesi açısından bir kriter olarak, ABD uygulamasında olduğu gibi genel toplumsal refah artışı üzerinde değil, aksine tüketici artığı/fazlası *(consumer surplus)* üzerinde de yoğunlaşılmalıdır. AB Rekabet hukuku açısından, rekabeti sınırlayan bir davranış açısından olası etkinlik kazanımlarından emin olmak için, bunun tüketicilere de yansıması gerekmektedir. Bu husus, AEUV m. 101/3'te de yer almaktadır[679]. Tüketicilerin etkinlik kazanımına katılmaları ve bir kazanım elde etmeleri, genel anlamda bütün AB rekabet politikası üzerinde de olumlu bir etki yapacaktır.

Aynı şekilde, etkinlik avantajlarının toplumun geneline yayılması konusunda emin olmak için rekabetin bir kurum olarak korunması da AB rekabet hukukunun benimsediği bir yaklaşımdır. Bu anlamda rekabet yoluyla rakiplerden gelen "rekabet baskısı" *(Mitbewerbsrdruck)* bir teşebbüsü düşük fiyat, daha iyi kalite ve üst düzeyde hizmet olarak da tanımlanan etkinlik sağlayıcı davranışlara zorlayan bir nedendir. Sonuçta bunlar tüketicilere için de yarar sağlayan durumlardır. Bu nedenle pazar yapısı kavramı, AB rekabet hukuku düşüncesi açısından büyük önem taşıdığından, dağılım *(allocative)* etkinliği yoluyla bir avantaj sağlamakla birlikte, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı etkileri de olan davranışlar, katlanılacak veya göz yumulacak davranışlar değildir. Bunlar aynı zamanda pazarın açıklığı ilkesini de olumsuz etkileyecektir[680].

Chicago Okulu yaklaşımı ile karşılaştırıldığında, AB rekabet hukuku, AEUV m. 101/3'te yer alan düzenlemenin anlamından da çıktığı üzere, bu tarz davranışların tüketiciler için yararlı olduğuna dair yeterli göstergeler bulunmuyorsa, bu durumda etkinlik kazanımının göz önünde bulundurulmaması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Buna rağmen, AEUV m. 101/3 hükmü sadece etkinlik açısından dikkate alınması gereken rekabet sınırlamaları ile ilgili değildir. Bunlar aynı zamanda hem kötüye kullanma yasağı ve hem de birleşmeler açısından, dolayısıyla genel olarak bütün rekabet üzerinde etkileri olan düzenlemelerdir[681]. Bu varsayımın temelinde ise

---

[678] EuGH, 21.2.1973 tarihli Karar, Rechtssache C-6/72. *Europemballage und Continental Can / Kommission,* Slg. 1973, s. 215*,* Nr. 26. *"Continentl Can"*

[679] Kommission, Leitlinien zur Anwendung von art. 81 Abs. 3 EG, ABl. EG, C 101/8, 27.4.2004, Nr. 83.

[680] Bkz. Riziotis, s. 161.

[681] Kommssion, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenzusammenschlüssen, ABl. EG, C 101/08, 27.4.2004, Nr. 92.

etkin rekabetin güvencesi olarak rekabetin bizzat kendisinin görülmesi nedeniyle, bir sonraki pazar seviyesine ulaşamayan nitelikte üretim düzeyindeki geçici bir etkinlik kazanımının, sürekli bir rekabet kadar değerli görülmemesidir. Çünkü kısa süreli bir etkinlik artışı, haliyle geçici bir durum olmasına rağmen, rekabet sürekli bir etkinlik artışının güvencesidir. Bu nedenle rekabetin kendisinin korunması, çoğu zaman tüketici refahında da maksimum bir seviyeye ulaşmak için yeterli görüldüğünden, bu durum AB rekabet politikasının da amacı olmaktadır[682]. Komisyon ve ABAD'ın kararlarında da "pazar açıklığı" veya "pazar özgürlüğü" bağlamında küçük rakiplerin veya diğer teşebbüslerin korunmasının da rekabet politikasının bir diğer amacı olarak ortaya çıktığı söylenebilir[683]. Örneğin *Tetra Pak II*[684] ve *Microsoft*[685] kararlarında bu yaklaşımın izlerini görmek mümkündür[686].

Fakat AB rekabet hukukunda izlenen normatif yaklaşımlar bazen esnek olmayan, soyut ve karmaşık bir görünüm arzetmektedir. Bu nedenle, Komisyonun gittikçe daha çok ekonomik düşünceler üzerinde yoğunlaşması ve ekonomideki küreselleşme nedeniyle bazen AB ve Amerikan hukukunda aynı olayların, örneğin *GE/Honeywell*[687] ve *Microsoft*[688] gibi, rekabeti koruyucu bir bakışla incelenmesi, bazen de rekabet hukuku üzerinde güçlü bir Amerikan etkisinin ortaya çıkması normal bir sonuç olmaktadır.

Komisyon *Microsoft* kararında[689] somut olay kapsamında, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından değerlendirilebilmesi için dört koşulun varlığını aradı. Birinci koşul iki farklı ürünün varlığıdır. İkincisi bağlama uygulamasına giden teşebbüs bağlayan ürün pazarında hakim durumda olmalıdır. Üçüncü olarak, satıcı, bağlanan ürün olmaksızın bağlayan ürünü ayrı alma hususunda alıcıya hiçbir seçme olanağı tanımamalıdır. Bu aslında bir anlamda alıcının zorlanması anlamına da gelmektedir. Son olarak bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri olmalıdır[690].

---

[682] Riziotis, s. 162.
[683] Jones ve Sufrin, s. 462.
[684] Komisyon Kararı, 24. 7. 1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. EG 18.3.1992, L 72/1.
[685] Komisyon Kararı, 24. 3. 2004 tarih, COMP/C-3/37.792. *"Microsoft."*
[686] Her iki olayda da Komisyon ve Mahkemeler, hakim durumdaki teşebbüsün bağlayan ürünü ile kullanılmak üzere bağımsız üreticilerin sarf malzemesi (bağlanan ürün) üretme hakları olduğunu belirtti.
[687] Komisyon Kararı, 3. 7. 2001, 2004/134/EG, *General Electric/Honeywell,* ABl. EG 18.2.2004, L 48/1.
[688] Komisyon Kararı, 24. 3. 2004 tarihli Karar, COMP/C-3/37.792. *("Microsoft").* Bu olay açısından ilgili teşebbüsün somut davranışları ABD ve Avrupada farklı olmakla birlikte, her iki olayda da kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak bağlama uygulaması bulunmaktaydı. Bu konuda aynı zamanda her iki olay arasındaki paralellik de göz ardı edilecek gibi değildir.
[689] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792 (Komisyon Microsoft Kararının tam metni yerine özet bir metni yayınlanmıştır: Bkz. ABl. EG 6.2.2007, L 32/23, 2007/53/EG) *"Microsoft".*
[690] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 794. *"Microsoft".*

Teknolojik veya yenilikçi pazarlar olarak da tanımlanan bir pazarda ortaya çıkan Microsoft Kararının bir diğer özelliği ise, Komisyonun bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri bakımından değerlendirilebilmesi için gereken koşulları ilk defa bu olayda yukarıda belirttiğimiz dört koşul şeklinde vurgulamış olmasıdır[691]. Daha önceki olaylarda genellikle ilk üç koşul üzerinde kısmen de olsa durulmaktaydı. Aynı zamanda birinci ve üçüncü koşul olmadan bağlama uygulamasından söz etmek haliyle mümkün değildir. Öte yandan ikinci koşul olmadan bağlama uygulamasınının hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi zaten sözkonusu değildir. Dördüncü koşul ise, daha eski kararlarda bu kadar açık şekilde üzerinde durulmamakla birlikte, daha çok *rule of reason* yaklaşımı kapsamında yapılan analizlerde üzerinde durulan bir koşul olmuştur.

Öte yandan Komisyon Microsoft kararı, bağlama uygulamalarının analizinde belirli bir standart geliştirme konusundaki tartışma ve arayışları da beraberinde getirdi. Aynı zamanda Microsoft kararı ile hemen hemen aynı dönemde AEUV m. 102'nin dışlayıcı davranışlara uygulanması konusunda Komisyon Tartışma Metni[692] Aralık 2005 tarihinde yayınlandı ve Komisyon'un web sayfasında 31 Mart 2006 tarihine kadar kamuoyu ve ilgililerin görüşlerine açık tutuldu. Komisyon Tartışma Metni'nde de esasen Komisyon ve AB yargı organlarının AEUV m. 102 konusunda şekilci bir yaklaşım içinde oldukları yönündeki temel eleştiriler dikkate alınarak, AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda analitik bir yöntemle *etki temelli* bir yaklaşım geliştirilmesi öngörülmektedir[693]. Metin uygulamada en sık rastlanan yıkıcı fiyat *(predatory pricing),* bağlama *(tying)* ve indirim *(rebates)* gibi dışlayıcı kötüye kullanma hallerinin değerlendirilmesi konusunda olası yaklaşımlar geliştirmeye çalışmıştır.

Ancak Tartışma Metninin hazırlanması öncesinde, *ekonomik temelli (economics-based)* ve *etki temelli (effects-based)* bir yaklaşım ve bunun gereksinimleri konusunda "Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Grubu" *(Economic Advisory Group for Competition Policy, EAGCP)* tarafından, Tartışma Metni'ne dayanak olma konusunda kapsamlı bir başka rapor da hazırlanmıştır[694]. "Ekonomik temelli" bir yaklaşımı ele alan Raporda, rekabet hukuku ile getirilen yasakların temel

[691] Nothhelfer, s. 81.
[692] Komisyon, **DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses**, Brussles, 2005, (Komisyon, Tartışma Metni).
[693] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 1-4.
[694] **Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP),** An economic approach to Art. 82, Brüksel, 2005.

amacının tüketici refahını korumak olduğu ve bu sebeple de bir davranışın 82.madde (yeni AEU m.102) anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespiti için davranışın her olay bazında, ortaya çıkış şekli açısından değil, aksine bu davranışın tüketiciler açısından neden olduğu zararlar açısından ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Tartışma Metni'nde bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından dört unsur sayılmıştır: Bunlar, (i) bağlayan ürün pazarında hâkim durum, (ii) iki farklı ürünün varlığı, (iii) pazarı kapatmaya yönelik bir etki ve (iv) hukuka uygunluk nedenlerinin olmaması[695]. Tartışma Metni'nin yayınlanması ile birlikte hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarının değerlendirilmesi konusundaki görüş ve öneriler, Komisyon'un AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda prensiplerin yer aldığı Kılavuz[696]un yayınlanması ile sonuçlandı. Hakim durumdaki teşebbüslerin engelleme yoluyla kötüye kullanma nitelikteki davranışları konusunda m. 82 (yeni AEUV m. 102)'nin uygulanması açısından ilkelerin yer aldığı Komisyon Kılavuzu'nda, bağlama uygulamasının değerlendirilebilmesi için gerekli olan koşullar; (i) teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda bulunması, (ii) bağlayan ve bağlanan ürünün açık şekilde birbirinden ayrı olması, (iii) bağlama uygulamasının olası pazar kapama etkisine yol açma ihtimalinin bulunması[697] şeklinde belirtilmiştir. Eğer somut olay açısından bu koşullar birlikte bulunuyorsa, bağlama uygulaması rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından değerlendirilebilecektir[698].

Bununla birlikte "rekabetin mi yoksa rakiplerin mi korunması" gerektiği şeklindeki kadim tartışma AB rekabet hukuku açısından da geçerlidir. AEUV m. 102 her şeyden önce rekabetin varolduğu bir pazardaki rekabeti korumaktadır[699]. Bununla birlikte rekabet hukuku açısından "çok katı koruyucu bir yaklaşım" da rakipleri zorla güçlendirmek gibi bir sonuç yaratacaktır. Çünkü klasik bakış açısında, rakiplerin ticari faaliyet özgürlüğünün sağlaması suretiyle rekabet ve nihayetinde

[695] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 183.
[696] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz.
[697] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50.
[698] Benzer şekilde Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), bakım ve onarım servisleri için fotokopi ve mikro grafik ekipmanlarının bağlama uygulamasına konu olduğu *Kodak* kararında bağlama uygulamasını değerlendirirken, öncelikle ortada iki farklı ürünün bulunup bulunmadığı ve bu ürünlerin birbiriyle ilişkili olup olmadığı, ikinci olarak davalı açısından bağlayan ürün ile birlikte bağlanan ürünün satışının da zorunlu olup olmadığı, üçüncü olarak devletlerarası ticaretin bundan hissedilir ölçüde etkilenip etkilenmediği ve son olarak da davalının, bağlayan ürün pazarında hâkim durumda olup olmadığını inceledi. Benzer durum AB rekabet hukuku için de geçerli olup, iç pazarla bağdaşmayan ve üye devletler arası ticareti etkileyen nitelikte rekabeti sınırlayıcı davranışlar yasaklandığından, bağlama uygulaması açısından da üye devletlerarası ticaretin bundan olumsuz etkilenmiş olması gerekmektedir. Bkz. *Eastman Kodak Co v Image Technical Services Inc.* 504 U. S. 1 (1958).
[699] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 5.

ekonomik refaha ulaşılması[700] gibi bir durum da söz konusudur. Bu durumda etkin olmayan rakipler zamanla etkin rakiplerin bu tarz davranışlarını engelleyerek, nihayetinde etkin rakiplerin pazarda zorlanmasına ve hatta dışlanmasına yol açabilecektir. Nitekim Tartışma Metni[701]nde de, AEUV m. 102'nin dışlayıcı kötüye kullanma hallerini düzenlemedeki temel amacının tüketici refahını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu konuda esas kaygının, hakim durumdaki bir teşebbüsün pazara yeni girişleri önlemek de dahil, pazarda halen mevcut olan rekabetçi baskıyı sınırlayabilecek dışlayıcı davranışları önleyerek tüketicinin zarar görmesinin engellenmesi olduğu vurgulanırken, bu anlamda *korunanın rakipler değil, rekabet olduğu* hususu özenle vurgulanmıştır[702].

Bu anlamda Tartışma Metni'nde, AEUV m. 102'nin amacının rakipleri hakim durumda bulunan teşebbüsün yüksek kalite, daha iyi performans gibi sonuçlar doğuran gerçek rekabetinden *(competition on the merits-vasıflarda rekabet)* korumak olmadığı belirtilmiştir. Ancak bununla birlikte, bu teşebbüslerin de pazara girmeleri veya pazarda genişlemelerine ya da bir diğer ifade ile "niteliklerde rekabet" edebilmelerine olanak sağlamak olduğu ve AEUV m. 102'nin esasen tüketicilere doğrudan veya dolaylı olarak zarar verebilecek, fiili veya potansiyel, rekabeti sınırlayıcı etkileri olan dışlayıcı davranışları yasaklamak olduğu vurgulanmıştır[703].

Bu konuda ortaya çıkan bir diğer ve benzer yaklaşım ise *"rekabet hukukunun rekabetten değil, rekabeti koruması gerektiği"*dir[704]. Dolayısıyla bu anlamda sadece tüketici refahında zarara neden olan davranışlar yasaklanmalıdır. Yoksa tüketici refahı üzerinde herhangi bir doğrudan etkisi olmaksızın, bir anlamda aslında rakipleri dışlamaya yönelik etkileri olan davranışlar değil. Bu durum klasik yaklaşımın aksine, doğrudan "ekonomik refah" *(wirtschaftlicher Wohlfahrt)* veya "ekonomik etkinlik" *(wirtschaftliche Effizienz)* üzerine yoğunlaşan "ekomomiye önem veren yaklaşımlar" *(more economic approach)* açısından da geçerlidir[705]. Bu tarz bir yaklaşım İlk Derece Mahkemesi (EuG) Başkanı tarafından *IMS Health* kararında ortaya kondu. Buna göre, rakiplerin çıkarları ile rekabetin çıkarları arasında bir denge, AEUV m. 102'nin asıl amacını yanlış yorumlamak olurdu. Çünkü burada asıl koruyucu amaç, rekabetin bozulmasını önlemek ve bu anlamda özellikle tüketicilerin

[700] Künzler, s. 9.
[701] Komisyon, Tartışma Metni.
[702] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 54.
[703] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 54.
[704] **Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP),** An economic approach to Art. 82, Brüksel 2005, s. 9.
[705] Künzler, s. 9.

çıkarlarını korumaktır. Yoksa tek başına münferit rakipleri korumak değildir[706]. Ancak ABAD (EuGH) Başkanı'na göre ise böyle bir yaklaşım, rakiplerin çıkarlarının AEUV m. 102'nin koruyucu amacının dışında bırakılması şeklinde anlaşılabilir. Bu tarz çıkarlar, gerçek rekabetin olduğu bir yapıdan vazgeçmekten farklı değildir[707]. Bu nedenle AEUV m. 102'nin koruyucu amacına yönelik açık bir sınırlama ancak tüketici refahı nedeniyle reddedilebilir ve bu durum, pazarın açık tutulması ilkesi ile de uyumlu olmalıdır.

2. Freiburg Okulu ve Ordoliberalizmin Avrupa Birliği'nin Yaklaşımına Etkileri

Freiburg Okulu doktrini ekseninde gelişen *Ordoliberalismus*[708] yaklaşımının AB rekabet hukukuna olan etkileri yadsınmamakla birlikte, şüphesiz bu akım en çok Kara Avrupası hukuk sistemi içinde en eski rekabet yasalarından birisine sahip Alman hukuku üzerinde etkili olmuştur. Weimar Cumhuriyeti tecrübelerinden ve savaş öncesi tekellerinden sonra, adil ve hakça bir rekabet Almanya'da aynı zamanda demokrasiye ulaşmak ve özel girişimciliği korumak için bir garanti olarak da görüldü[709]. Bu anlamda Ordoliberalizm esasen yönetim(devlet), ekonomik ve toplumsal düzen arasında, merkezinde bireysel özgürlüğün yer aldığı bir uzlaşma denemesi[710] olarak da değerlendirilmektedir. Klasik ulusal ekonomilerdeki serbest rekabet *(freien Konkurrenz)* yaklaşımına karşılık, özgürlük sadece devlete karşı değil, aynı zamanda özellikle kartel veya tekellerden oluşan özel iktisadi güce karşı özgürlük olarak da görülmüştür[711]. Bireysel özgürlüğün gerçekleşmesi için, şüphesiz devletin bu özgürlüğün gelişebileceği bir siyasal sistemin genel çerçevesini veya koşullarını *(ordnungspolitische Rahmenbedingungen)* oluşturması da gerekiyor. Hem iktisadi ve hem de hukuksal hak ve taleplerden oluşan bu sistem, ekonomik

[706] EuG, Başkanlık Kararı, 26.10.2001 tarih ve Rechtssache T-184/01 R, *IMS Helath/Komisyon,* Slg. 2001, II-3193, Nr.145.
[707] EuGH, Başkanlık Kararı, 11.4.2002, Rechtssache C- 481/01 PR, *NDC Health/Kommission und IMS Health,* Slg. 2002, I-3401, Nr. 84.
[708] Ordoliberal Freiburg Okulu Franz Böhm ve Walter Eucken tarafından geliştirilmil bir yaklaşım olup, daha sonra bunları Leonhard Miksch takip etmiştir. Yeni dönemdeki en önemli savunucularından birisi ise Ernst-Joachim Mestmäcker olarak görülmektedir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hannes Schwinn, **Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, s. 58.
[709] Ulf Böge, "Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik," **WuW**, Heft: 7-8, 2004, s. 726-727. Bu anlamda Ordoliberalizm, Nasyonal Sosyalizmin egemen olduğu 1930 ve 1940'lı yıllar arasında, Almanya da bir grup bilim insanı tarafından ortaya atılmış, Alman rekabet hukukuna özgü bir yaklaşımdır. bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Andreas Heinemann, **Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln**, München, 1989, s. 8 vd.
[710] Walter Eucken, **Grundsätze der Wirtschaftspolitik**, 7. Aufl. Tübingen, 2004, s. 2.
[711] Künzler, s. 55.

düzenin katılımcılarına optimal bir serbest hareket alanı sağlamak içindir. Böyle bir sistem aynı zamanda mülkiyet, hareket özgürlüğü, açık pazar, paranın değerinin istikrarlı bir yapıda olduğu, değişmez ve güvenli bir ekonomi politikasının garantisi olarak da görülmüştür[712]. Nihayetinde bu hususuta devletin rekabet politikası, mümkün olduğu kadar kartel ve tekellerin ortaya çıkmasını önlemek[713] olarak da belirtilmiştir.

Freiburg Okulu çevresinde gelişen bu Ordoliberal yaklaşım, AB rekabet hukukunu da ister istemez etkilemiştir. Bu anlamda özellikle Komisyon, "rekabetin korunması" kavramını "gerçek ve tüzel kişilerin ekonomik özgürlüklerinin sınırlanması" olarak da değerlendirmiştir. Fakat Komisyon'un bu göreceli katı yaklaşımı özellikle de AB Mahkemelerinin bu konudaki tutumları nedeniyle zamanla yumuşamıştır. Özellikle de ABAD dikey anlaşmalara ilişkin olarak önüne gelen somut olaylarda, zamanla anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin de dikkate alındığı daha esnek bir değerlendirme yoluna gitmiştir[714].

Öte yandan Alman rekabet hukukunda özellikle küçük ve orta boy işletmeler ile tüketicilerin korunması konusundaki düzenlemeler açısından da bu yaklaşımın etkilerini görmek mümkündür. Bu anlamda teşebbüslerin davranışları açısından etkinlik savunması önemli bir neden olmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı bir davranışın haklılığı açısından yeterli değildir. Bu durum, GWB § 19(4) Nr.1 ile GWB § 20(1) kapsamında, rekabeti engelleyici nitelikte haksız bir davranış konusunda verilen bir mahkeme kararlarında da açıkça vurgulanmıştır. Buna göre mahkemeler somut olaylar kapsamında yaptıkları değerlendirmeler sonucunda verdikleri kararlarda, hâkim durumdaki teşebbüslerin çıkarlarını, başka bir ifadeyle bunların davranışlarının haklılığı için öne sürdükleri gerekçeleri, bunlar sadece "pazara girişin açık olması" *(die Offenheit der Marktzugänge)* ilkesi ile bağdaşır olduğu ölçüde, dikkate almalıdırlar[715].

Benzer yaklaşım Komisyon'un Tartışma Metni'nde üzerinde durulan *more economic approach* yaklaşımı için de geçerlidir. Bu yaklaşım Alman öğretisinde de tartışılmış olmasına rağmen, Tartışma Metni'nin yayınlandığı dönemde yapılan GWB 7. değişikliğine herhangi bir etkide bulunmadığı gibi, Alman Federal Kartel Otoritesi (BKartA)'nin uygulamasında da bu yaklaşımın benimsenmesi yönünde açık

[712] Eucken, s. 254.
[713] Eucken, s. 247.
[714] Bkz. Ata, s. 30.
[715] BGH, 12.3.1991 tarihli karar, **WuW/E BGH**, s. 2716 *("Krankentransportunternehmen II);* BGH, 3. 3. 1969, **BGHZ** 52, s. 71 *("Sportartikelmesse")*; BGH, 27. 9. 1962, **BGHZ** 38, s. 102 *("Grote Revers").*

ve net bir anlayışın henüz ortaya çıkmadığı söylenebilir[716]. Hatta BGH bu konuda verdiği yeni bir Kararda[717], *more economic appproach* konusundaki şüpheli yaklaşımını devam ettirmiştir. Öte yandan Alman Federal Kartel Otoritesi başkanlarından *Böge*' ye göre, GWB bir sistem/kurum olarak rekabeti korumaktadır. Ancak bu, sadece tüketiciyi korumaya yönelik bir yaklaşımdan daha fazlası anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, GWB doğrudan veya açıkça tüketici refahı eksenli veya tamamen ona yönelik bir yaklaşıma sahip değildir[718].

Bütün bunlara rağmen, sonuç olarak AB Komisyonu AEUV m. 101 ve m.102'nin rekabet hukuku ile ilgili sorunlarda uygulanmasını, "ekonomiye ağırlık veren yaklaşım" (*more economic approach)* olarak da adlandırılan ekonomik bir yaklaşımla desteklemektedir. Ekonomik yaklaşımın benimsenmesinin temelinde yatan asıl amaç ise, bu şekilde tüketici refahının da artırılmasıdır. Bu yaklaşım aynı zamanda teşebbüslerin bu tarz rekabeti sınırlayıcı etkiler taşıyan davranışlarına karşı uygulanacak yasal düzenlemelerden ve bunların sonucu olan çeşitli yaptırımlardan kaçınmak için geliştirdikleri yöntemleri en iyi tanıma olanağı da sunmaktadır.

VI. BAĞLAMA UYGULAMALARININ REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN ANALİZİNDE YAKLAŞIM SORUNU

A. Per Se Yaklaşım

Per se yaklaşım aslında Amerikan-a*ntitrust* hukukunda, *rule of reason* yaklaşımının etkinsizliğine veya yetersizliğine yönelik eleştirileri gidermek amacıyla ortaya çıkmıştır. *Rule of reason* yaklaşımına göre belirli bir davranışın hukuka aykırı sayılması için, somut olayda bu davranışın rekabete aykırılığının veya rekabeti sınırladığının kanıtlaması gerekmektedir. Buna göre, rekabete aykırı davranışların tespiti açısından, her şeyden önce bu davranışların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz, daha doğrusu rekabeti destekleyici ve sınırlayıcı etkileri arasında ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır. Fakat belli bir davranışın rekabeti sınırlayıcı niteliği açık ve net bir şekilde görülebiliyorsa, o zaman bu tarz bir analizin yapılması da gerekmeyebilir[719].

[716] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB, Einleitung, Rdnr. 94.
[717] BGH, 2. 4. 2010 tarihli Karar, **WuW/E DE-R**, s. 2905, *("Phonak/GNStore").*
[718] Böge, s. 133.
[719] Ben-Zie, s. 118.

İşleyen bir rekabet sistemini önemseyen AB rekabet politikası ve hukuku açısından *per se* yaklaşımın uygulanabilir olmadığı belirtilmektedir. Çünkü AEUV madde 102/1(d)'ye göre, bağlama tarzı dışlayıcı uygulamalar *per se* yasak değildir. Fakat AB Rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, özellikle Komisyon'un çoğu zaman *per se* yaklaşıma katı bir şekilde başvurduğu ve bu tarz kötüye kullanma şeklindeki bağlama uygulamaları için geliştirdiği değerlendirme yönteminin, Amerikan *Antitrust* hukuku düzenlemelerine benzediği görülmektedir[720]. Ancak burada Amerikan *Antitrust* hukukunda teknolojik ve sözleşmesel nitelikli bağlama uygulamaları arasında özellikle son dönemde bir ayrım yapıldığını da belirtmek gerekiyor. Sözleşmesel bir yükümlülük kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusunda Yüksek Mahkeme (Supreme Court) *per se* yaklaşımı benimserken, buna karşın teknolojik ürün pazarlarında ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusunda *per se* kuralların uygulanması kabul edilmemekte ve yenilikçi pazarlardaki ürün bağlama uygulamalarının daha geniş bir yaklaşımla analizine önem verilmektedir[721].

Gerek Komisyon Tartışma Metni ve gerek diğer ekonomik yaklaşımlara göre, bağlama uygulamalarının rekabet üzerinde olumsuz etkileri kadar olumlu etkileri de bulunduğundan, bağlama uygulamalarının analizinde *rule of reason* yaklaşımı desteklenmelidir. Bu bağlamda, Microsoft olayında da görüldüğü üzere[722], özellikle teknolojik pazarlarda ortaya çıkan bağlama uygulamalarının analizinde, uygulamanın rekabet üzerindeki olası olumlu ve olumsuz tüm etkilerinin birlikte değerlendirildiği geniş kapsamlı bir değerlendirmenin yapılması büyük önem kazanmaktadır.

B. *Rule o Reason* Yaklaşımı

1. *Rule of Reason* Yaklaşımının Avantajları

AB Rekabet hukukunda bağlama uygulamalarının analizinde hangi ekonomik analiz yöntemlerinin uygulandığı çok açık değildir[723]. Bu nedenle Komisyon, AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda "ekonomiye önem veren yaklaşım" (*more economic approach)* olarak da adlandırılan yeni bir bakış açısıyla, toplam refah

[720] Ben-Zie, s. 118.
[721] Ben-Zie, s. 119.
[722] Bkz. Dördüncü Bölüm/IV/C.
[723] Doris Hildebrand, "Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik", **WuW**, Heft: 5, 2005, (more economic approach), s. 513; Dieter Schmidtchen, "Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik", **WuW**, Heft: 1, 2006, (more economic approach), s. 6.

bağlamında tüketici refahında artış ekseninde bu tarz davranışlarla ilgili *"ekonomik bir yaklaşım"* geliştirmeye çalışmaktadır. Bu bakış açısının temelinde tüketicilere zarar veren rekabeti sınırlayıcı etkiler yer almaktadır. Rekabet hukukunda, *rule of reason* yaklaşımının uygulanması, aynı zamanda ekonomik yaklaşımların bir sonucudur[724].

Aslında *more economic approach* ile *rule of reason* yaklaşımının uygulanması arasında belli bir yakınlık da bulunmaktadır. Ancak yine de AEUV m. 102'nin ekonomik bir yaklaşımla uygulanması konusunda en ideal çözümün *rule of reason* veya *per se* yaklaşımın mı uygulanması gerektiği konusu, açıklanması zor bir durumdur. Bununla birlikte *more economic approach* aslında bir anlamda *rule of reason* yaklaşımına daha kuvvetle yönelmek de olmaktadır.

Öğretide Weizsäcker etkinliğin özellikle AEUV m. 102 kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamalarının analizinde dikkate alınması gereken bir husus olduğunu ve rekabet otoritelerinin kararlarında olası etkinlik artırıcı her alternatif üzerinde durmaları gerektiğini belirtmektedir[725]. Weizsäacker *per se* yasakları hâkim durumdaki teşebbüsler ile serbest rekabet ortamındaki teşebbüsler açısından değerlendiriken, *per se* yasakların hâkim durumdaki teşebbüsler açısından anlamlı olup olmadığını da incelemektedir[726].

Yazar'a göre, hâkim durumdaki teşebbüs ile hâkim durumda olmayan teşebbüs arasındaki fark, yalnızca hâkim durum belirgin bir farklılık gösterebildiği zaman ortaya çıkmaktadır. Bu da göstermektedir ki, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının ne zaman olumlu ve ne zaman olumsuz değerlendirilmesi gerektiği hususu önemli ve bir o kadar da zordur[727]. Dolayısıyla belirli bir davranışın rekabet hukuku açısından etkin olup olmadığı şeklindeki bir yargı, aslında teşebbüsün hâkim durumundan bağımsız bir olgudur. Sonuç olarak; belirli bir davranışın AEUV m. 102 açısından yapılacak analizinde dikkat edilmesi gereken husus, her durumda bu tarz bir davranış, hâkim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından da yapıldığında, rekabete zararlı sayılıp sayılmayacağıdır[728].

Schmidtchen göre ise etkinlik iddiası, bu tür teşebbüsler tarafından rekabete zararlı olduğu düşünülen bir davranışın haklılığını göstermek açısından esas hareket noktası olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabet otoriteleri ve yargısal makamlar

[724] Ben-Zie, s. 124.
[725] Carl Christian von Weizsäcker, "Abuse of a Dominant Position and Economic Efficiency", **ZWeR**, Heft: 1, 2003, s. 59.
[726] Weizsäcker, s. 67.
[727] Weizsäcker, s. 69.
[728] Weizsäcker, s.70.

teşebbüs ve teşebbüs birliklerine karşı yapılan bu tür soruşturma ve yargılamalarda, bu tür kusurlu davranışlara izin verirken, gerçek bir etkinlik iddiasının varlığı konusunda ikna edilmelidirler. O halde burada önemli bir hususun dikkate alınması gerekmektedir: Etkinlik iddiası ekonomik teori açısından da en iyi ikinci *(second best)* dayanak olarak desteklenmelidir. Yani, söz konusu (zan altındaki) teşebbüsler, pazar gücüyle ortaya çıkan şikâyet konusu davranışların, bir piyasa aksaklığı sonucu ortaya çıkan etkinlik kayıplarının giderilmesi veya bu davranışlar yoluyla ortaya çıkan etkinsizliğin alıcı veya satıcı tarafında ortaya çıkan etkinlik kazanımıyla fazlasıyla karşılandığını ispatlamak zorundadırlar. Rekabet otoriteleri burada şüpheli davranışları orantılılık ve gereklilik açısından da incelemelidirler. Somut olaydaki bir davranış bu *"Second-best-Test"*i geçiyorsa, bu toplam refah bağlamında yararlı bir davranış olarak değerlendirilip, hukuk düzeni tarafından da kabul edilmelidir. Aksi durumda, yani testi geçmeyen davranışlar ise tüketiciler açısından yarar sağlamayan ve dolayısıyla yasaklanması gereken davranışlardır[729].

Piyasa aksaklıklarının bu şekilde ortadan kaldırılması ile maksimum bir etkinlik durumuna ulaşılmalıdır. Pazarda ortaya çıkan başka aksaklıklar da tüketici refahında ortaya çıkan artış ile dengelenmelidir. Eğer somut davranış ile sonuçta toplam refahta bir artış meydana geliyorsa, bu esasen izin verilebilir bir davranıştır. Nihayetinde teşebbüsler kendi davranışlarının bir piyasa aksaklığına tepki olduğunu ve bu davranışlar sayesinde tüketici refahında bir artış meydana geleceği hususunu genel hatlarıyla ispatlamak zorundadırlar. Bu durumda rekabet otoritelerinin görevi ise, ortaya çıkan bu piyasa aksaklıklarının teşebbüsler yerine kamusal müdahale yoluyla ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı ve rekabet yasalarını daha az ihlal eden önlemler yoluyla toplam refahta bir artışa ulaşılıp ulaşılamayacağını incelemektir[730]. Yazar bu nedenle *per se* kuralların uygulanmasını reddedip, bunun yerine somut olaylar bağlamında *rule of reason* yaklaşımının uygulanmasını desteklemektedir.

Rule of reason yaklaşımının ekonomi bilimi yöntemlerinde uygulanması konusunda ortaya çıkan bir diğer destekleyici görüş ise Hildebrand'a aittir[731] Yazar'a göre, *per se* kurallara başvurulması, rekabet hukukunda karmaşık etkileri olan davranışların analizinde çoğu zaman etkili bir yöntem değildir. Bu nedenle daha

[729] Dieter Schmidtchen, "Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen "more economic approach", **Effizienz und Wettbewerb**, (Hrsg. Peter Oberender,), Duncker & Hmblot, Berlin, 2005, (Effizienz und Wettbewerb), s. 29
[729] Schmidtchen, Effizienz und Wettbewerb, s. 31.
[730] Schmidtchen, Effizienz und Wettbewerb, s. 31.
[731] Hildebrand, more economic approach, s. 513.

objektif ve saydam kararlara, ancak ekonomik analizler sayesinde ulaşılabilir[732]. Rekabetin ortadan kalktığının tespiti açısından esaslı analizlere göre değerlendirme yapan *rule of reason* yaklaşımına göre yapılacak bir analizde ikincil, yani bağlanan ürün pazarında rekabetin gerçekten de ortadan kalkıp kalkmadığı incelenmelidir. Dolayısıyla sadece ileriye dönük tahmin veya varsayımsal şüpheler yoluyla rekabetin gelecekte bozulacağı veya ortadan kalkacağı şeklindeki iddialar yeterli değildir. Aynı zamanda teknolojik ürün pazarlarında ortaya çıkan ürün bağlama uygulamalarında, entegre ürünü oluşturan tamamlayıcı ürünler açısından, tekelcinin bağlayan ürünü ile rakiplerin bağlanan ürünleri birbiriyle çok uyumlu değilse, bu durumun ilgili pazarda rekabetin ortadan kalkmasına neden olacağı hususu da gözden kaçırılmamalıdır[733].

2. *Rule of Reason* Yaklaşımın Dezavantajları

Bağlama uygulamaları konusunda *rule of reason* yaklaşımının uygulanması ile ilgili olarak getirilen en önemli eleştirilerin başında ise şüphesiz hukuk güvenliği gelmektedir. Buna göre açık, net ve değişmez sağlam esaslara dayanan kuralların varlığı, toplumda hukuki güvenlik için gereklidir[734]. Dolayısıyla bu anlamda *rule of reason* yaklaşımının eksikliği, teorik anlamda ekonomik bilgilerin tartışmalı olması, üzerinde tam bir uzlaşma sağlanamaması ve bunların birbiriyle çatışan uygulamalara yol açmasıdır. Aynı zamanda bu şekilde rekabet hukukunda ekonomik bir bakış açısının egemen olması ile bağlantılı olarak ek işlem maliyetleri ortaya çıkmaktadır[735].

Voigt ve Schmidt ise *per se* kuralların şeffaflığına dikkat çekerken, *per se* kuralların küçük bir takdir payına izin verdiğini ve bu şekilde uygulamada bir hukuki güvenlik sağlandığını belirtmektedirler[736]. Pazar ekonomisinde etkinlik sorunu, öngörülemeyen/tahmin edilemeyen kararların ortaya çıkmasını önlemeye yönelik hukuki güvenlik olarak belirmektedir. Ayrıca *per se* kuralların uygulanması, aynı zamanda bu konuda karar vericilerin takdir alanının benzer şekilde daralması ve bu anlamda çıkar gruplarının karar vericiler üzerindeki olası etkilerinin ortadan

[732] Hildebrand, more economic approach, s. 518.
[733] Ben-Zie, s. 122.
[734] Arndt Christiansen, "Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?", **WuW**, Heft: 3, 2005, s. 285.
[735] Christiansen, s. 291.
[736] Stefan Voigt ve André Schmidt, Der "more economic approach" in der Missbrauchaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, **Diskussionsbeiträge des volkswirtschaftlichen Seminars**, Universität Göttingen, Beitrag Nr. 129, April 2006.

kaldırılabilmesine olanak sağlayacaktır. Bu şekilde rekabet sisteminde yer alan farklı katılımcı veya çıkar grupları arasında ortaya çıkabilecek haksız uygulamaların da önüne geçilebilecektir[737].

C. *More Economic Approach*

Ancak son yılarda AB Komisyonu, rekabet politikasında etkinliği öne çıkaran ve somut olaylarda ekonomik bir analizin yapılmasına önemseyen bir yaklaşıma yöneldi. *More economic approach* ("ekonomiye önem veren yaklaşım") *a*ynı zamanda rekabet hukukunun modernizasyonu olarak da değerlendirilmektedir[738]. Bu anlamda ekonomik modellerin veya ekonomik yaklaşımların kullanılması daha güncel ve yerinde değerlendirmeler yapılmasını sağlayacaktır[739].

More economic approach temelinde, *ekonomik-etki* temelli bir bakış açısının AB rekabet hukuku ve poltikasında öne çıkarılması konusundaki çalışmalar aslında 1999 yılında yayınlanan 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü[740] ile başlamıştır. Komisyon bu yeni politikası ile tüm farklı sektörler açısından rekabet hukuku ve uygulamasını ekonomik bir yaklaşım bağlamında değerlendirme ve buna göre bir reform öngörmüştür[741]. AB rekabet politikasındaki bu yeni gelişmelerin çok somut bir örneği, 2790/1999 tarihli Tüzük ile ortaya çıkarken, bu Tüzük ile Komisyon ilk defa *more economic approach'*ı daha da somut bir şekilde uygulamaya koydu. Bu yaklaşım ile AB rekabet hukuku kurallarının dikey anlaşmalara uygulanmasında, yasal ve ekonomik bağlamda, daha önceki şekilci yaklaşımdan farklı olarak, *etki temelli* bir yaklaşımın benimsenmesi öngörülüyordu. Bu aynı zamanda AB rekabet hukuku açısından tam bir paradigma değişikliğiydi. Yeni yaklaşıma göre, belirli bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkileri değerlendirilirken şekli unsurlar değil, aynı zamanda ilgili anlaşmanın pazar üzerindeki etkileri de göz önüde bulundurulacaktır. Bu aynı zamanda X durumunda hukuka aykırı olabilen bir anlaşmanın, Y durumunda ise yasal değerlendirilebilmesi anlamına gelmektedir[742].

---

[737] Voigt ve Schmidt, s. 4.
[738] *More economic approach* yaklaşımının AB rekabet hukuku ve politikası açısından taşıdığı önem ve bu yaklaşımın niteliği konusunda ayrıntılı ve özgün bir değerlendirme için bkz. Josef Drexl, *"Competition Law as Part of the European Constitution",* **Principles of European Constitutional Law**, (Ed. Armin von Bogdandy ve Jürgen Bast), Oxford, Hart Publishing, 2010, (Competition Law), s. 659.
[739] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Einleitung, Rdnr. 28.
[740] Commission Regulation 2790/1999 on the application of Article 81(3) to categories of vertical agreements and concerted practices, [1999] OJ L336, 21.
[741] Bkz. Drexl, Competition Law, s. 669.
[742] Bkz. Drexl, Competition Law, s. 670.

Bu yaklaşım daha sonra Komisyon'un "Birleşmelerin Kontrolü Hakkındaki Tüzük (FKVO)"ünde ortaya çıktı. Komisyon "iç pazar"da yoğunlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde mevcut ve olası "etkinlik avantajları"nın dikkate alınmasını önermiştir[743]. Bu konuda sağlam ve yerinde bir ekonomik analiz için, somut davranışın pazar üzerindeki etki veya sonuçlarının dikkate alınması önem kazanmaktadır[744]. Ancak *more economic approach* temelinde ortaya çıkan bu durum sadece ekonomik bir sağlamlaştırma olarak anlaşılmamalıdır. Bu yaklaşım ile rekabet hukuku uygulamasında da esaslı bir değişim söz konusudur. Bu anlamda rekabetin korunması veya sağlanması açısından ondan beklenen ekonomik işlevler de belirleyici olduğundan, bu konuda yapılacak değerlendirmelerde göz önünde bulundurulması gerekir. Dolayısıyla rekabetin sadece onun neden olduğu veya ondan kaynaklanan etkiler ile değerlendirilmesi yeterli değildir[745].

Ekonomiye önem veren yaklaşım esasen rekabet hukuku alanında ortaya çıkan sorunlar açısından yapılacak değerlendirme ve alınacak önlemler için "rekabet" kavramından ziyade "etkinlik" kavramı bağlamında "tüketici refahı"nı odak noktası almaktadır. Geleneksel yaklaşımlar açısından, teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünün de sağlanması suretiyle rekabetin tesis edilmesi ve nihayetinde ekonomik refaha ulaşılması öngörülmektedir. Oysa *more economic approach* açısından ekonomik etkinlik veya ekonomik refahın sağlanması doğrudan bir hedef olmaktadır[746]. Dolayısıyla burada rekabet hukuku uygulaması açısından ölçüt rekabet değil, tüketici refahı olarak görülmektedir. Başka bir anlatımla rekabet hukukunun asıl amacı rekabet olmayıp, aksine rekabet ile ulaşılacak olan alıcı veya tüketici refahıdır. Sonuçta ekonomik anlamda etkinlik, aynı zamanda toplumsal refahı da yükselten bir etken olurken, etkin olmayan davranışlar ise bunu azaltır[747].

Ekonomiye önem veren yaklaşımın tipik özelliği, teşebbüslerin davranışlarının, tüketici refahı üzerindeki etkilerinin dağılım ve dinamik etkinlik bağlamında yoğun bir ekonomik analizle incelenmesidir. Çünkü rekabet hukukunun dayandağı varsayımlardan birisi de etkin bir rekabetin tüketiciler için en yararlı sonucu doğuracağıdır. Rekabet hukukunun asıl hedefi, tüketici refahının artırılması

---

[743] Komisyon, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenzusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), 20.06.2004, ABl. EG Nr. L 24/1, Erwägungsgründe, Nr. 29. (Anılış: Komisyon, Birleşmelerin Kontrolü Hakkındaki Tüzük).

[744] Bkz. Drexl, Competition Law, s. 672; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Einleitung, Rdnr. 29.

[745] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Einleitung, Rdnr. 30.

[746] Künzler, s. 9.

[747] Künzler, s. 6.

bağlamında rekabetin destekleyici bir araç olmasıdır[748]. Bu durum üretim etkinliği kadar dinamik etkinlik açısından da geçerlidir[749]. Somut olaylarla ilgili sağlam bir analiz, bu davranışların mevcut veya potansiyel etkilerini de incelemeyi gerektirir ve bu çerçevede etkinlik artışı da daha fazla öne çıkmış olur olur. Komisyon bu şekilde etkin rakiplerin davranışlarının korunması yaklaşımıyla, rekabet politikası açısından "rekabetin mi yoksa rakiplerin mi korunması gerektiği" şeklindeki tartışmalı sorun için de bir anlamda orta yol bir çözüm bulmuş olmaktadır[750].

Pazarda etkin rakiplerin lehine ortaya çıkan bu yaklaşım fiyat ayrımcılığı ve istismarı hallerinde de geçerlidir. Bu bağlamda, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulanan düşük fiyat veya indirim uygulamaları şeklindeki bir ticari politika, aynı zamanda etkin bir rakibin de pazardan dışlanmasına neden oluyorsa, sadece bu nedenle dahi bu davranış bir kötüye kullanma veya istismar olarak değerlendirilecektir[751]. Öte yandan bu yaklaşım, sayıca çok olmakla birlikte, küçük ve daha az etkin olan ve bu anlamda yeniliklere uyum sağlama yeteneğinden de yoksun, sonuçta tüketiciler açısından yetersiz alternatif temin kaynakları anlamına gelen katılımcılardan oluşan bir pazar yapısının arzulandığı anlamına da gelmemektedir[752].

Hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından *more economic approach'*ın önemli iki sonucu ise bu yaklaşımın bir *rule of reason* analizi yapılmasına yatkın olması ve teşebbüslerin davranışları açısından ortaya çıkan etkinlik kazanımlarının da dikkate alınmasıdır. AB Komisyonu da, Tartışma Metninde ortaya çıkan yaklaşım ile AEUV m. 101/3'te yer alan koşullar çerçevesinde, rekabeti sınırlayıcı bir davranış açısından etkinlik savunmasını *(efficiency defence)* kabul etmekte[753] ve rekabet hukukunun soyut düzenlemelerinin şekilci bir yaklaşımla somut olaylara uygulanmasını pek dikkate almamaktadır. Dolayısıyla burada somut olaydaki davranış sonucunda bir etkinlik kazanımı ortaya çıkmalı, tüketiciler de bu etkinlik kazanımından yararlanabilmeli ve bu davranış aynı

[748] Etkin bir rekabet sistemi tüketicilere düşük fiyatlar, yüksek kaliteli ürünler, ürün ve hizmetlerin kalitesinde iyileşme ve yenilikler sağlanması demektir. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 4.
[749] Ulf Böge, "Effizient und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts," **Effizienz und Wettbewerb**, (Hrsg. Peter Oberender), Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 133.
[750] Riziotis, s. 164; Ancak alman rekabet hukukunda bu konuda ortaya çıkan yaklaşım Alman Rekabet Kanunu GWB'nin bir "kurum olarak" rekabeti koruduğudur. Aynı zamanda bu, sadece veya saf tüketiciyi korumaya yönelik bir yaklaşımdan daha fazla anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle Alman rekabet hukukunun en azından doğrudan veya açıkça sadece tüketici refahına bağımlı bir yaklaşım içinde olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Böge, s. 133.
[751] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 63.
[752] Competition Law forum Article 82 Review Group, ECJ 2005, s. 183; Riziotis, s. 165.
[753] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 84; Andreas Strohm, "Effizienzgesichtspunkte" in Europäische Wettbewerbspolitik," **Effizinez und Wettbewerb**, (Hrsg. Peter Oberender), Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 113.

zamanda ilgili pazarda rekabeti tamamen ortadan kaldıran bir etkiye de yol açmamalıdır[754].

Rekabeti sınırlayıcı davranışın rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri arasında bir değerlendirme yapılırken, ortaya çıkacak etkinlik kazanımlarının, rekabeti sınırlayıcı etkilere ve bu anlamda pazarda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara göre daha önemli veya baskın olması gerekir. Çünkü etkinlik kazanımı ile bağlantılı rekabeti sınırlayıcı davranışlar, çoğu olayda öncelikle üretim etkinliğinde bir artışla ortaya çıkar. Ancak üretim etkinliğinden dağılım etkinliğine geçişin başarısı, esasen mevcut rekabet baskısının hâkim durumdaki teşebbüsü, kendi maliyet tasarrufunu fiyat indirimi yoluyla uygulamaya koymaya zorladığı durumlarda söz konusudur. Etkinlik kazanımları ancak bu şekilde tüketicilere de yansıyabilir ve bu şekilde tüketici refahında da doğrudan bir artış gerçekleşebilir. Aksi durumda, hakim durumdaki bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı bu tarz davranışları sonucunda ortaya çıkan etkinlik kazanımları tüketicilere çok az veya kısa süreli olarak yansıyorsa, bu durumda gerçek anlamda bir etkinlik kazanımından da söz edilemez[755].

Gerçi Komisyonun bu tehlikenin farkında olduğu da söylenebilir. Çünkü Komisyonun burada uygulanmasını istediği AEUV m. 101/3'teki dört koşul yanında rekabet de ortaya çıkan etkinlik kazanımının tüketicilere yansıtılmasını sağlayan bir araç olduğundan, rekabetin bu durumda tamamen ortadan kalkmaması gerekmektedir[756]. Bu nedenle de örneğin hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payı %75'in üzerinde olduğu zaman, etkinlik iddiasını haklı bir gerekçe olarak kabul etmek gerçekten de mümkün değildir[757]. Aynı zamanda Komisyon, rekabet baskısı ve pazarın açıklığını da etkinliğin pazarda yayılması ve rekabet açısından olumlu bir etki yaratması açısından olmazsa olmaz koşullar arasında görmektedir[758]. Bununla birlikte, AEUV m.102'nin, pazar payı %75'in altında olan teşebbüsler açısından uygulanmasının, aslında pazarda mevcut rekabeti zayıflatan bir durum olduğu hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu konuda bir diğer önemli husus ise, rekabetin niteliği veya yoğunluğunun belirlenmesi açısından teşebbüsün pazar payının her zaman tek başına belirleyici olmadığıdır. Bu durum, pazarın yapısı, giriş-çıkış engelleri, rakiplerin konumu gibi diğer başka etkenlere de bağlıdır. Bu konuda ortaya

[754] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 84.
[755] Riziotis, s. 165.
[756] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 91.
[757] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 92.
[758] Komisyon, Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, ABl. EG 5.2.2004, C 31/3, Nr. 84. Komisyon, AEUV m. 81/3'ün Uygulanması Hakkında Kılavuz, ABl. EG 27.4.2004, C 101/08, Nr. 105.

çıkan diğer sorunlar ise her somut olay bağlamında esaslı bir ekonomik analiz yapmanın yeterince pratik olmaması, hukuki güvenlik açısından ortaya çıkan zaafiyetler[759] ve bütün bunlara ek olarak, ekonomik açıdan her zaman farklı düşüncelerin ortaya çıkabilmesi gerçeğidir[760].

Sonuç olarak ekonomik bir bakış açısıyla soyut rekabet düzenlemelerinin somut olaylar kapsamında uygulanabilmesi, aynı zamanda rekabet otoriteleri ve mahkemeler için de ciddi bir ekonomi bilgisi gerektirmektedir. Aksi takdirde bu konuda tartışmalı kararların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, bu konuda ekonomistlerin ve ekonominin rolünün kurumsal veya kişisel anlamda güvenceye kavuşturulması da zordur. Bu anlamda ekonomi veya iktisat, iyi bir rekabet politikasının bilimsel temellerinin oluşturulmasında önemli bir rol oynayabilirler. Hatta bu konuda *Möschel*'in deyimiyle ekonomi *antitrust* hukukunun ruhu olsa da[761] bu tek başına yeterli değildir. Çünkü sonuçta bu kuralları uygulayacak olan rekabet makamları ve mahkemelerinin bu konudaki görevlerini tam ve layıkıyla yerine getirilebilmesi için hem ekonomik açıdan, hem de nitelikli insan kaynağı açısından yeterli bir kapasitede olmaları gerekmektedir[762].

1. Komisyon Tartışma Metni

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda AB rekabet hukukunda *more economic approach* yaklaşımı çerçevesinde ortaya çıkan gelişmeler yukarda genel hatları ile bahsedildi. Fakat *more economic approach'*ın AEUV m. 102 kapsamında ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı nitelikte davranışlara uygulanabilmesi konusundaki tartışmalar sonucunda, Komisyon 2005 yılında ABA m. 82 (yeni AEUV m.102)'nin dışlayıcı davranışlara uygulanması konusunda bir "Tartışma Metni" yayınladı. Tartışma Metni ile başlayan bu süreç daha sonra 2009 yılında yine ABA m. 82 (AEUV m. 102)'nin engelleyici davranışlara uygulanması konusunda bir Komisyon Kılavuzu[763]nun yayınlanması ile sonuçlandı. Çalışmamızın bir önceki bölümünde bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri ve bu konuda özellikle öğretide ortaya çıkan görüşler üzerinde duruldu. Bu bölümde ise bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi açısından

[759] Bu değerlendirmeler konusunda bkz; Bundeskartellamt, **Written Statement on the DG Competition Discussion Paper**, 2006; **Schmidtchen, more economic approach,** s. 6.
[760] Christiansen, s. 289.
[761] Möschel, s. 709.
[762] Schmidtchen, Effizienz und Wettbewerb, s. 37.
[763] Komisyon, AEUV m. 82 Hakkında Kılavuz.

gerek Komisyon Tartışma Metni ve gerekse Komisyon Kılavuzu ile ortaya çıkan yaklaşımlar incelenmektedir.

a. Tartışma Metninin Genel Çerçevesi

Komisyon Tartışma Metni *(Discussion papier),* bağlama ve indirim gibi çok sık rastlanan dışlayıcı ve sömürücü nitelikteki rekabet karşıtı davranışları da ele alırken, bunların hangi koşullar altında AEUV m.102 kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğini de açıklamıştır. Aslında Tartışma Metni'nin tamamen *more economic approach* bağlamında, *ekonomik/etki temelli* bir yaklaşım etrafında şekillendiği söylenebilir[764]. Böyle bir çalışmanın yayınlanma nedeni ise Komisyon'un somut olaylara müdahalede ortaya çıkan hatalardan kaçınma ve herhangi bir davranışı sadece olası soyut rekabet karşıtı etkilerinden dolayı, rekabeti sınırlayıcı kabul edip yaptırım uygulanmasının önüne geçme düşüncesidir. Gerçekten de, hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının *per se* yasaklanmasına yönelik bir yaklaşım yerine, somut olay açısından yapılacak ayrıntılı bir pazar analizinden sonra bu konuda karar verilmesi gerektiği, bir çok kişi tarafından da savunulan bir görüştür[765].

Tartışma Metni'nden önce yayınlanan "Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Grubu" *(EAGCP)* Raporu'nda da dışlayıcı davranışların analizinde Komisyon'a *ekonomik etki temelli* bir yaklaşım önerilirken, bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme de yapılmıştır[766]. Bununla birlikte, Tartışma Metni'nde, dışlayıcı davranışların[767] etkileri konusunda neden *ekonomik etki temelli bir yaklaşımın* uygulanması gerektiğine dair herhangi bir önemli açıklama da bulunmamaktadır. Buna karşın EAGCP Raporu'nda bu yaklaşım konusundaki gerekçe, tüketici refahı kavramı ekseninde ele alınarak geliştirilmiştir[768]. Buna göre, rekabet hukuku düzenlemeleri ile getirilen yasakların temel amacı tüketici refahını korumak

[764] Tartışma Metninin hazırlanması sürecinde daha önce *ekonomik temelli (economics-based)* veya *etki temelli (effects-based)* bir yaklaşım ve bunun gereksinimleri konusunda Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Grubu (Economic Advisory Group on Competition Policy-EAGCP) tarafından, Tartışma Metnine dayanak olması amacıyla kapsamlı bir rapor hazırlanmıştır. Bkz. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), **An economic approach to Art. 82**, 2005. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 20.10.2010).

[765] Bkz. Whish, s. 200.

[766] Drexl, Competition Law, s. 673.

[767] Tartışma Metni, her ne kadar "dışlayıcı" davranışlar üzerinde yoğunlaşmış olsa da, bu kapsamda yer almayan diğer önemli davranış kategorilerinin ise "sömürücü" ve "ayrımcı" uygulamalar olarak vurgulanması, bu davranışların da AB hukuku kapsamında değerlendirildiğini göstermektedir. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 3.

[768] Drexl, Competition Law, s. 674.

olduğundan, bir davranışın AEUV m.102 anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespiti için davranışın her olay bazında ortaya çıktığı şekil itibariyle değil, fakat bu davranışın tüketici tarafında yol açtığı zararın değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda AEUV m. 102'nin uygulanması açısından esasen teşebbüslerin davranışları incelenmeden önce *rekabetçi zarar* kavramı ve *bir davranışın ne ölçüde etkinlik sağlayarak olumsuz etkileri engelleyebileceği* kavramlarının belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Bu anlamda *etki temelli* bir yaklaşımın, aslında bir anlamda *rule of reason* yaklaşımını ortaya çıkardığı belirtilmiştir[769]. Dolayısıyala EAGCP Raporu, tek yanlı davranışların, sadece somut olay açısından tüketicilerin zarar görmesi durumunda kötüye kullanma olarak değerlendirilmesini önermektedir. Aynı zamanda tüketicilerin de bundan bir pay aldığı veya tüketicilere de kısmen yansıdığı sürece, somut davranış açısından etkinlik artışlarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[770].

Öte yandan kötüye kullanma, soyut olarak *(in abstracto)* zor tanımlanabilir bir kavramdır[771]. Aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüslerin bir çok davranışı, somut olaya göre rekabet üzerinde sonuçta olumlu veya olumsuz bir takım etkilere de yol açabileceğinden, bu tarz davranışlar açısından tamamen bir yasaklama veya izin verme durumu, bu nedenle ekonomik açıdan pek mantıklı değildir[772]. Dolayısıyla pazarda ortaya çıkan her türlü davranış, AEUV m. 102'ye göre rekabete aykırı veya kötüye kullanma olarak değerlendirilmeden önce, bu davranışların pazar üzerindeki sonuçları ve tüketici refahına olan toplam etkilerinin iyi incelenmesi gerekmektedir[773].

Bu yaklaşım doğrultusunda, somut olaydaki davranışın rekabet üzerindeki gerçek *(actual, tatsächlichen)* ve olası (*likely actual)* etkileri açısından da bir ayrım yapılmalıdır. Gerçek etkilerin dikkate alınması gerektiği görüşü, bu etkilerin belirlenebilmesinin ancak derin ekonomik analizler ile mümkün olması ve bu nedenle de hukukun uygulanmasını ya da bu konuda etkin müdahaleleri geciktirebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir[774]. Çünkü birçok kötüye kullanma nitelikli olayda, rakiplerin bu tarz etkili davranışlarından korunma için rekabet otoritelerinin etkin müdahalesi kritik bir önem taşımaktadır. Bu anlamda, rakibin piyasadan çıkarılmasından çok sonra verilen bir karar ekonomik açıdan doğru olmakla birlikte,

[769] Bkz. EAGCP, Rapor, s. 3.
[770] Bkz. EAGCP, Rapor, s. 3.
[771] Whish, s. 200.
[772] Bkz. EAGCP, Rapor, s. 5.
[773] Riziotis, s. 121.
[774] Meinrad Dreher ve Michael Adam, "The more economic approach to Art.82 EC and the legal process, **ZWeR**, Heft: 3, 2006, s. 271.

rekabetin korunması hedefi açısından etkin bir karar değildir[775]. Dahası bu durum hukuki güvenlik açısından olumsuz bir sonuç yaratacaktır. Çünkü teşebbüsler açısından hangi davranışların yasak ve hangilerinin izin verilebilir olduğu, olabildiğince açık ve net olmalıdır[776]. Ayrıca, AEUV m.102 çerçevesinde sağlam bir etkinlik elde etme hedefinin gözetilmesi, etkin bir rekabet sürecinin göz ardı edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla hukuk uygulayıcısı önüne gelen somut bir olayda, sadece etkinlik artışı üzerine yoğunlaşmamalı, aksine ilgili davranışın pazar üzerindeki olası etkilerini de dikkate alarak, olayı bir bütün olarak değerlendirmelidir[777].

Tartışma Metni ile ortaya çıkan yaklaşım açısından, EAGCP Raporu'nda ekonomistler tarafından önerilen ve tüketiciler üzerindeki etkiler ile yetinmek veya bu kritere güvenmek yerine, Komisyon farklı bir vurgu tercih etmiştir. Bu anlamda Komisyon tüketici refahı ve etkinlik amacını esasen kabul etmekle birlikte, hakim durumdaki bir teşebbüsün yer aldığı bir pazara, "yeni gelenlerin" *(Newcomers)* serbest girişini temin etmenin de çok önemli olduğunu vurguluyor. Bu aynı zamanda pazarın açıklığı ilkesinin korunması anlamına da geliyor. Dolayısıyla, Komisyon'un *'etki-temelli'* yaklaşımı *doğrudan tüketici zararı* yerine *'dışlayıcı etkiler'* şeklinde ortaya çıkıyorsa, bu durum ancak *pazarın açık tutulması* hedefi ile açıklanabilir. Potansiyel rakibin tüketicilere daha iyi ürünler sunup sunmayacağı doğrulanamadığı sürece, şüphesiz bu rakibin pazara giriş için sahip olması gereken şansı hukuk sağlar. EAGCP Raporu ile karşılaştırıldığında, Komisyon'un yaklaşımı dinamik bir rekabet anlayışı ve uzun vadeli bir bakış açısına dayanmaktadır. EAGCP Raporu'nda çok etkin rakipler kabul edilip diğerleri dışlanırken, Komisyon etkin bir dışlamanın rekabet baskısını azaltması ile bu durumun tüketiciler açısından dezavantajlara yol açmasından endişe duymaktadır. Başka bir ifadeyle, hakim durumun olduğu pazarda *"kalan rekabetin korunması"* ve *"pazarın açıklığı"*nın sağlanması, nihayetinde tüketicilerin de zarar görmemesinin en etkili yolu olacaktır[778]. Bu durumda AB rekabet hukuku açısından *etki-temelli* yaklaşım açısından belirleyici kriter olarak tüketicilerin ilgili davranıştan zarar görüp görmediği

[775] Bundeskartellamt, Written Statement on the DG Competition Discussion Paper, 2006, s. 3.
[776] **Dreher ve Adam,** s. 265; Ingo Schmidt, "More economic approach: ein wettbewerbspolitischer Fortschrift?" **Festschritt für Reiner Bechtold**, (Eds. Brinker/Scheuing/Stockmann) Bechtold Armağanı, 2006, ss. 409-410.
[777] "Federal Kartel Ofisi" (BKartA)'ne göre de, bir davranışın rekabet üzerindeki etkileri konusunda, belirleyici kriter gerçek etkiler yerine olası etkiler olmalıdır. Bundeskartellamt, Written Statement on the DG Competition Discussion Paper, 2006, s. 7.
[778] Bkz. Drexl, Competition Law, s. 675.

tartışılsa dahi, Komisyon'un 'pazarın açıklığı ilkesi'nden vazgeçmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

b. Bağlama Uygulamaları Konusundaki Yaklaşım

Komisyonun Tartışma Metni, *Microsoft* kararının ardından, bağlama uygulamaları konusunda *rule of reason* analizine yönelik ortaya çıkan yaklaşım değişikliğinin ardından, bu konuda yol gösterici önerilerde bulunmaktadır. Komisyon burada öncelikle *tying, contractual tying, pure bundlig* ve *mixed bundling* kavramları arasında bir ayrım yapmaktadır[779]. Satıcı ürünleri sadece birlikte ve ancak bir bütün olarak satıyorsa Komisyona göre burada bir *pure bundling* olayı söz konusu olmakla birlikte, bu ürünlerden bir veya daha fazlası ayrı olarak da satılıyorsa, bu durumda bir bağlama *(tying)* söz konusudur. Sözleşmesel bağlama *(contractual tying)'*da ise ürünler aslında ayrı olarak da satılmasına rağmen, sözleşmesel bir zorlama nedeniyle alıcı ürünleri ancak bağlı olarak alabilmektedir. Ayrıca ürünler ayrı ayrı satılmasına rağmen indirim gibi çok cazip bir nedenden dolayı alıcı bunları birlikte almaya yöneliyorsa bu durumda bir ticari bağlama *(commercial tying)* veya karma/karışık paket bağlama *(mixed bundling)* söz konusudur. Bağlanan ürünün bağlayan ürün ile fiziksel olarak birleşmesi veya bütünleşmiş olması durumunda ise teknik bir bağlama *(Technical tying)* bulunmaktadır[780]. Ancak Tartışma Metnine göre bütün bu dört farklı ihtimal de bağlama uygulaması konusunda birer kötüye kullanma durumu olabildiğinden, burada yapılan ayrım sadece teorik düzlemde kalmaktadır[781].

Komisyonun görüşüne göre bağlama uygulamaları hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulansa dahi, bazı durumlarda rekabet açısından olumlu etkilere de neden olabilirler. İşlem maliyetlerinin düşmesi, üretim maliyetlerinde tasarruf sağlanması ve satış/sürüm ve kalite güvenliği sağlanması bu olumlu etkilerden bazılarıdır[782]. Buna karşın, bağlamanın pazar üzerinde ortaya çıkan başlıca olumsuz etkileri ise, alıcıların bağlama uygulamasına giden teşebbüse yönelmesi ile bağlanan ürün açısından rekabetin engellenmesi nedeniyle fiyat ayrımcılığı[783] ve bağlayan ürün için güçlü bir pazar kontrolü sağlanmasıdır[784]. Ancak her bağlama anlaşması aynı şekilde kötüye kullanma değildir ve bunun için iki

[779] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 182.
[780] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 182.
[781] Riziotis, s. 122.
[782] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 178.
[783] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 179.
[784] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 181.

basamaklı bir analiz gerekir[785]. Bu konuda öncelikle yapılması gereken, hangi alıcıların bağlandığı ve buna göre hangi rakiplerin dışlandığının araştırılmalıdır. Bu inceleme ile Komisyon bağlama uygulamasının pazar üzerindeki bütün olası etkilerini tesbit etmek istemektedir.

Komisyona göre bu tarz bir uygulamanın AEUV m. 102 kapsamında rekabete aykırı değerlendirilebilmesi ve bu anlamda yasaklanabilmesi için; (i) öncelikle teşebbüs bağlayan ürün pazarında hakim durumda olmalı; (ii) bağlayan ve bağlanan ürün farklı ürünler olmalıdır; (iii) bağlamanın olası rekabeti sınırlayıcı etkileri olmalı; (iv) bağlama uygulaması objektif nedenler veya etkinlik savunması açısından haklı olmamalıdır[786].

Komisyon'a gör bu konuda sorun daha çok *mixed bundling* olarak da tanımlanan ve bağlama konusu ürünlerin tek başına alınmasının da mümkün olduğu, fakat satıcının genellikle indirim gibi cazip bir pazarlama tekniği ile başarılı bir satış yaptığı durumlarda söz konusudur. Komisyon böyle durumlarda, indirim sistemi *(Rabattsysteme)* ve yıkıcı fiyat uygulamasını *(Kampfpreisunterbietung)* bağlama uygulaması açısından değerlendirebilmektedir. Bu tarz durumlar açısından Komisyon için belirleyici olan kriter, hakim durumdaki teşebbüs ile rekabete girişebilecek "eşit etkinlikte" bir rakibin *(equally efficient competitor)* bulunup bulunmadığıdır[787]. Ürün fiyatı marjinal fiyatın üzerine çıktığı zaman, etkin rekabet yeteneği olan bir rakibin pazardan dışlanmaması rekabet teorisi açısından beklenen bir durumdur. Benzer yaklaşımlara göre bu tür davranışlar "karışık/karma paket" *(mixed bundling)* olarak da tanımlanan satışlarda da ortaya çıkabilir. Bu konuda yapılacak değerlendirmeler için öncelikle bağlanan ürünün fiyatı bulunur. Bu ise bağlamanın fiyatından asıl yani bağlayan ürünün fiyatının çıkarılması ile bulunur. Ortaya çıkan fark bağlanan ürünün fiyatı olup, eğer bu fiyat marjinal maliyetin *(Grenzkosten)* altındaysa, bu durumda bağlama uygulaması ile bir kötüye kullanma vardır. Eğer değilse, bu davranış izin verilebilir bir bağlama uygulamasıdır. Fiyat marjinal maliyetin üzerinde gerçekleştiği zaman aynı şekilde etkin bir rakibin *(equally efficient competitor)* bağlama uygulaması yapan teşebbüs ile rekabet etmesi olasıdır. Diğer fiyat yoluyla kötüye kullanma uygulamalarında olduğu gibi, Komisyon burada da istisnai durumlar hariç, fiyatın marjinal maliyet üzerinde gerçekleştiği durumlarda bunun bir kötüye kullanma sayılabileceğini işaret etmektedir. Bu istisnai durumlara örnek olarak hakim durumdaki teşebbüs pazara ilk giren *(first mover)*

[785] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 188.
[786] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 183.
[787] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 189.

olması veya rakiplerinin sahip olamayacağı türden çeşitli rekabet avantajlarına sahip olması gösterilebilir. Örneğin teşebbüs büyük işletme avantajlarından yararlanıyor ise bunlar pazara girecek potansiyel bir rakibin başlangıçta hemen ulaşamayacağı rekabet avantajlarıdır. Dolayısıyla bağlanan ürün pazarında ölçek ekonomisi, ağ/şebeke etkisi veya yüksek giriş engellerinin varlığı durumunda, bağlama uygulaması dışlayıcı etkileri nedeniyle pazarın kapanması için etkin bir strateji olabilir[788]. Böyle durumlarda marjinal maliyetin çok az üzerindeki bir fiyat bile kötüye kullanma sayılabilir[789].

İkinci aşamada, bağlamanın bağlanan ürün pazarındaki büyüklüğü, başka bir anlatımla oranı tespit edilir[790]. Bağlı ürünlerin pazardaki toplam satış miktarları ile bağlanan ürün satışları karşılaştırılarak bu tespit yapılabilir. Ayrıca hem bağlayan ürün ve hem de bağlanan ürün pazarındaki alıcı miktarı incelenerek bunların ne kadarının hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün ile ilgili oldukları ve bağlanan ürün pazarındaki teşebbüslerin hakim durumları da değerlendirilir. Eğer rakipler de bağlanan ürün ile rekabet açısından zorlanmadan benzer şekilde paket sunumlar yapabiliyorlarsa, bu durumda bağlamanın rekabet üzerindeki zararları önemsiz olacaktır[791]. Komisyon Kılavuzu'na göre de böyle bir durumda "pakete karşı bir paket rekabet" sözkonusu olup, marjinal gelirin marjinal maliyetleri karşılamasının bir önemi olmayıp, burada paketin toplam fiyatı göz önünde bulundurularak, somut olayda yıkıcı fiyat uygulaması yönünden bir değerlendirme yapılması gerekir[792].

Sonuç olarak Komisyon Tartışma Metni ağırlıklı olarak dışlayıcı davranışlar üzerinde durduğu için, alıcı veya nihai tüketicilerin seçme özgürlüğü sorunu üzerinde pek durulmamıştır. Bu anlamda daha çok rakiplere yönelik veya etkileri onların üzerinde ortaya çıkan davranışlar üzerinde yoğunlaşıldığı söylenebilir[793]. Bununla birlikte Tartışma Metni rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların analizinde olası tartışma ve çözüm önerileri ile ekonomik bir yaklaşım için önemli bir aşama olmuştur.

---

[788] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 180.
[789] Burada hakim durumdaki teşebbüs, dışlayıcı nitelikteki bu davranışların rekabetçi bir amaçla ortaya çıktığını ve yasaklanan düşük fiyat politikasının, tüketiciler açısından ekonomik bir yük getirmediğini ispatlamalıdır. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 129.
[790] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 129.
[791] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 198-199.
[792] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 61.
[793] Gerçi Tartışma Metni'nde de Komisyon ağırlıklı olarak dışlayıcı davranışlar üzerinde yoğunlaşmak istediğini belirtmekle birlikte, bu kategorideki diğer davranışların da sömürücü ve ayrımcı uygulamalar olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla sömürücü ve ayrımcı uygulamalara vurgu yapılması bu davranışların AB rekabet hukuku dışında tutulmadığı anlamına gelmektedir. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 3.

2. AEUV m. 102 Hakkında Komisyon Kılavuzu

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda Komisyon Tartışma Metni ile başlayan süreci, 24.2.2009 tarihinde ABA m. 82 kapsamında engelleyici davranışların değerlendirilmesi konusunda ilkelerin yer aldığı Komisyon Kılavuzu[794]nun yayınlanması izlemiştir. Komisyonu böyle bir çalışmaya yönelten de aslında bir anlamda AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda açıklık ve belirli öngörülere ulaşabilme kaygısıdır. Bağlama uygulamaları konusunda Komisyon Kılavuzu'nda da esasen Tartışma Metni'ne benzer bir yaklaşımın izlendiği söylenebilir. Fakat Tartışma Metni ile kıyaslandığında, Kılavuz'da bağlama uygulamalarının biraz daha az yer kapladığı söylenebilir. Bunun dışında, Tartışma Metni'ne göre bir diğer farklılık ise bağlama uygulamalarının ayrıca iki zararlı etkisinin daha belirtilmiş olmasıdır. Bunlardan birincisi, devamlı bir strateji ile ortaya çıktığında yüksek oranda pazarın kapanması gibi rekabet karşıtı etkilere yol açan teknik bağlama uygulamalarıdır[795]. Bir diğer dikkat çekici nokta ise bağlanan ürün pazarındaki sağlayıcı sayısında azalmaya neden olabilen tamamlayıcı ürünler açısından ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin vurgulanmış olmasıdır[796].

Kılavuz ile Tartışma Metni Arasındaki bir diğer önemli farklılık ise paket satışlar ve bu anlamda diğer bütün fiyat yoluyla kötüye kullanma nitelikli davranışların rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından yapılacak değerlendirmeler için, "uzun dönem artan ortalama maliyet" *(long-run average incremental cost, LRAIC)* yöntemi ile belirlenen kriterlerin esas alınmasının önerilmesidir. Dolayısıyla bu durum, istisnai haller hariç, fiyatın uzun vadeli marjinal maliyetlerin üstünde olması halinde bunun fiyat nedeniyle kötüye kullanma olarak değerlendirilebildiği bazı durumların artık söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir. Bu durumda artık tüketiciler lehine olacak şekilde etkin rakiplerin korunması gerekli olmayacaktır. Bu konuda, pazar durumundan bağımsız olarak, ancak fiyatların *LRAIC* altında olması halinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Bu aslında hakim durumdaki teşebbüsler açısından bir yandan güvenli liman *(safe harbour)* olanağı sağlarken, aynı zamanda hukuki güvenliği de artırmaktadır. Ancak diğer yandan, bu konuda maalesef bazı olumsuz sonuçlar da sözkonusudur. Çünkü bu durum rekabet hukuku kurallarının

[794] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz.
[795] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 53.
[796] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 58.

uygulanmasında bir esneklik kaybı anlamına geldiği gibi, esasen her zaman tespiti zor olan "maliyet kriterlerinin" de bir anlamda sabitleştirilmesi olmaktadır[797].

Komisyon Kalvuzu'nun giriş bölümünde hakim durumdaki teşebbüslerin, iç pazarda kendi davranışları ile bozulmamış etkin bir rekabeti engellememe konusunda taşıdıkları "özel sorumluluk"a vurgu yapılmıştır. Aynı zamanda ABA m. 82 (AEUV m. 102)'nin AB rekabet politikasında merkezi bir role sahip olduğu, bu hükmün etkin bir şekilde uygulanmasının, nihayetinde teşebbüs ve tüketicilerin de yararına olan, daha işlevsel bir pazarı mümkün kıldığı belirtilmiştir[798].

Kılavuza göre, hakim durumdaki bir teşebbüs bağlama veya paket satış yoluyla rakiplerini pazardan dışlamaya çalışabilir[799]. Komisyon'un AEUV m.102 kapsamında bir bağlama uygulamasına müdahale edebilmesi için gerekli olan koşullar ise; (i) öncelikle teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması, (ii) bağlayan ve bağlanan ürünlerin açıkça birbirinden farklı olması, (iii) bağlama uygulaması ile rekabetin sınırlanması olasılığının bulunması[800], olarak belirtilmiştir. Bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması gerekirken, bağlanan ürün pazarında bu koşul gerekli değildir. Paket satışlarda ise teşebbüsün paket içindeki ürünlerden en az birisiyle ilgili pazarda hakim durumda olması yeterlidir. Ancak Komisyon'a göre, ikincil pazarlardaki (Sekundärmärkten) bağlama uygulamaları ile ilgili bazı özel durumlarda, teşebbüs bağlayan ve/veya bağlanan ikincil pazarda (Sekundärmarkt) hakim durumda bulunmalıdır[801].

Komisyon'a göre bağlama veya paket satış uygulaması hem bağlayan hem de bağlanan veya her iki ürün pazarında birden, rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilir. Bağlama uygulaması eğer hakim durumdaki teşebbüsün bağlayan ürün pazarındaki durumunu korumasını da sağlıyorsa, bu durum dolaylı yoldan bağlanan ürün pazarını da etkileyecektir[802]. Fakat rekabeti sınırlayıcı ve bu anlamda pazar kapama tehlikesinin büyüklüğü her şeyden önce teknik bağlama uygulamaları gibi süreklilik taşıyan davranışlarla artar. Ancak yüksek maliyetler ile teknik bağlama uygulamalarının üstesinden gelinebilir ve bu tarz bağlama uygulamaları bağlı ürünün münferit bileşenlerinin yeniden satışını zorlaştırır[803]. Paket satışlarda ise teşebbüs paket içindeki ürünleden bir veya daha fazlası için ilgili pazarda hakim durumda

[797] Bkz. Riziotis, s. 129.
[798] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 1.
[799] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 47.
[800] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50.
[801] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50, dpn. 3.
[802] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 52.
[803] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 53.

olabilir ve ürün sayısı arttıkça, paket bağlamanın olası rekabeti sınırlayıcı etkilerinde de bir artış beklenir. Bu durum özellikle benzer şekilde bir paketi tek başına veya birlikte sunamayan bir rakip için geçerlidir[804].

Komisyon bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirirken, tüketici talebinde ortaya çıkan tepkilere de dikkat çekmektedir. Bağlayan ve bağlanan ürünün üretim sürecinde farklı miktarlarda girdi olarak kullanıldığı durumlarda, alıcılar bağlayan ürün fiyatında ortaya çıkan bir artışa, bağlanan ürüne yönelik bir talep artışı ile karşılık verirken, aynı zamanda bağlayan ürüne yönelik taleplerinde de bir azalma olur. Hakim durumdaki teşebbüs alıcıların yöneldiği bu ikame durumunun üstesinden gelebilmek ve nihayetinde kendi fiyatlarını yüksek tutabilmek için bağlama uygulamasına başvurabilir[805].

Komisyon bağlayan ürün pazarında fiyat regülasyonu olan durumlarda bağlama uygulamasının bu regülasyon nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıplarını karşılamak için kullanılabileceğini belirtmiştir. Hakim durumdaki teşebbüs bağlama uygulaması ile bağlanan ürün pazarındaki fiyatlarını yükselterek, bağlayan ürün pazarında regülasyon nedeniyle ortaya çıkan gelir kayıplarını telafi etmeye çalışacaktır[806].

Bağlama uygulamasının bir diğer rekabeti sınırlayıcı etkisi ise bağlanan ürünün bağlayan ürünün alıcıları için çok önemli bir tamamlayıcı ürün olmasıdır. Bu durum bağlama uygulaması nedeniyle, bağlanan ürün sağlayıcıları sayısında bir azalmaya ve bu şekilde bu ürünün yeterli miktarda olmaması bağlayan ürün pazarına girişi zorlaştırır[807]. Bu aynı zamanda bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda Tartışma Metni'nde yer almayan bir husustur.

Komisyon'a göre paket satış veya indirimler de bağlayan veya bağlanan ürün pazarında rekabeti sınırlayabilir. Ancak bu durum paket içindeki ürünlerden sadece birisini üreten eşit etkinlikteki bir rakibin dahi indirimin yüksekliği nedeniyle paket indrim uygulaması ile rekabet edemediği durumlarda sözkonusudur[808]. Öte yandan Komisyon bağlama ve paket satış/indirim uygulamaları konusunda hakim durumdaki teşebbüsler açısından etkinlik savunmasını kabul etmektedir. Bu konudaki değerlendirmelere ise çalışmamızın son bölümünde yer verilmiştir[809].

---

[804] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 54.
[805] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 56.
[806] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 57.
[807] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 58.
[808] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59. Paket satış veya indirimlerin rekabet üzerindeki etkileri ve Komisyon'un yaklaşımı konusunda bkz. Dördüncü Bölüm/V.
[809] Bkz. Dördüncü Bölüm/VII/C.

Sonuç olarak, Tartışma Metni ile kıyaslandığında, genel olarak Komisyon Kılavuzu'nda bağlama uygulamaları konusunda yapılan değerlendirmelerin daha az ayrıntılı olduğu ortaya çıkmaktadır.

3. Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı

Bağlama uygulamaları konusunda Rekabet Kurulu'nun uygulamasına bakıldığı zaman, Kurul'un bu konudaki şikâyetlerin çok azını rekabet ihlali olarak değerlendirdiği söylenebilir. Aynı zamanda Kurul'un önüne gelen somut olayların çok azının RKHK m.4 kapsamında incelendiği, genel olarak bu tarz olayların ağırlıklı olarak RKHK m.6 kapsamında ve hakim durum kriteri açısından ele alındığı ortaya çıkmaktadır. Öte yandan sektörel açıdan bakıldığı zaman, genellikle finans sektörü ile ilgili ve daha çok banka-sigorta işlemleri alanında bu uygulamaların yoğunlaştığı görülmekle birlikte, özellikle son dönemde sayısal yayıncılık, telekonünikasyon ve internet erişimi hizmetleri yanında, tıbbi görüntüleme cihazları pazarında da bu tarz şikayetler Kurul önüne gelmiştir. Aynı zamanda yenilikçi pazarlar açısından yazılım ve diğer teknolojik ürünler açısından da benzer uygulamaların ve dolayısıyla şikayetlerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Rekabet Kurulu bu konuda yaptığı değerlendirmelerde öncelikle anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği farklı ürünlerin varlığını incelerken, daha sonra somut olayda bağlama uygulamasına giden teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olup olmadığını incelemektedir. Kurul'un bağlama uygulamaları konusunda üzerinde durduğu bir diğer kriter ise alıcılar üzerinde doğrudan veya dolaylı bir zorlamanın varlığıdır. Ancak Rekabet Kurulu'nun bir çok bağlama uygulamasında öncelikle somut olayı hakim durum açısından değerlendirdiği, eğer teşebbüs bağlayan ürün pazarında hakim durumda değilse, bağlama uygulamasının rekabete zararlı olmadığı yönünde karar verdiği de görülmektedir[810]. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamaları konusundaki değerlendirmelerinde, hakim durum veya pazar gücünün çoğu zaman bir ön koşul olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

Öte yandan rekabet hukuku bizde görece yeni bir hukuk alanıdır. Bu anlamda gerek Amerikan-*antitrust* hukuku ve gerekse AB ve bununla bağlantılı

[810] Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki bazı kararları için bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar; Rekabet Kurulu, 24. 4. 2008 tarih ve 08-30/376-126 sayılı Karar; Rekabet Kurulu, 8. 5. 2002 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar, Rekabet Kurulu, 5. 3. 2009 tarih ve 09-09/192-59 sayılı Karar; Rekabet Kurulu, 11. 9. 2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Karar; Rekabet Kurulu, 15. 7. 2009 tarih ve 09-33/767-185 sayılı Karar *("Vitamin/TTNet")*; Rekabet Kurulu, 20. 5. 2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı Karar *("Hamidiye Su").*

olarak Alman rekabet hukuku uygulamasında olduğu gibi derinlemesine analizlerin olduğunu söylemek güçtür. Bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun da kendine özgü bir uygulamasının oluşmaya başladığı söylenebilir. Kurul bağlama uygulamaları konusunda önüne gelen somut olaylarda öncelikle hakim durum koşulunu aramakta, koşulun sağlanması durumunda ise somut davranışın pazar üzerindeki etkilerini incelemektedir. Ancak Kurul, hakim durum olsa bile davranışın kısa süre sürmüş olması nedeniyle, teşebbüslere para cezası vermekten ziyade, ilgili uygulamaya son verilmesi, münhasırlık koşulu yer alan anlaşmalar açısından ise bu koşulun çıkarılmasını istemektedir.

Sigorta sektöründe ortaya çıkan bir olayda ise Kurul, bu tarz işlemleri yasaklayan yasal mevzuatı (Hazine Müsteşarlığı Yönetmeliği) yeterli görmüştür. Oysa tüketicilere karşı bu tarz davranışların ikincil mevzuat ile engellenebileceğini düşünmek, pazarda onlara karşı her açıdan daha güçlü olan teşebbüslerin pazar güçleri düşünüldüğü zaman fazla iyimserlik olmaktadır. Öte yandan hakim durumdaki teşebbüslerin taraf olduğu bazı bağlama uygulamaları konusunda Rekabet Kurulu'nun daha mesafeli bir yaklaşım sergilediği de söylenebilir. Örneğin Coca Cola'nın ürettiği *Turkuaz Su*[811] ile ilgili olayda böyle bir durum sözkonusudur. Oysa hakim durum veya pazar gücüne sahip teşebbüslerin davranışları konusunda daha kesin ve net bir tavır hukuki güvenlik ilkesi açısından da önemlidir.

Rekabet Kurulu'nun hakim durum kriterini fazla şekilci bir yaklaşımla uyguladığı da söylenebilir. Birçok olayda teşebbüsün pazar payı esas alınarak bu yapılırken, hakim durum kriteri yoksa, bağlama uygulamasının pazar üzerindeki etkileri ile ilgili bir analize girmeden rekabet ihlali olmadığına karar verilmektedir. Oysa bu tarz bir yaklaşım sağlıklı değerlendirmeler yapmak için yeterli olmayabilir. Böyle durumlarda teşebbüsün pazar payı yanında, pazara giriş ve çıkış engelleri, rakiplerin pazar konumları, pazarın özelliği, ürünün niteliği ve tüketici tercihlerinin de dikkate alınması daha yerinde sonuçlara ulaşılması açısından önem kazanmaktadır. Aynı zamanda somut olaydaki davranışın pazar katılımcıları olarak rakipler, alıcı ve nihai tüketiciler üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü somut olayın özelliğine göre, bazı durumlarda hakim durumda olmamakla birlikte, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü ve diğer etkenler bir araya geldiği zaman bu tarz bir davranışın rekabet üzerindeki etkileri farklı olabilir.

[811] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21, s. 13.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamaları konusundaki kararları kendi içinde tutarlı olsa da, gerçekten de kendine özgü bir yaklaşımdan söz etmek şu aşamada zordur. Çünkü farklı olaylar açısından farklı yaklaşımlar bağlamında değerlendirmeler yapılmaktadır. Bazı kararlarda rekabet ihlali için rakiplerin dışlanmasının yeterli olacağı belirtilirken, bir kararında da RKHK m. 6 kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla bağlama uygulamasına karar verilirken, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma amacına yönelik bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle rekabet ihlali ve ceza uygulanmasına yer olmadığı belirtmiştir[812]. Bir diğer olayda ise bağlama uygulaması aktarma etkisi açısından değerlendirilirken, uygulamanın kısa sürede rekabetçi sürece zarar vererek tüketici zararına sonuçlar doğurması ihtimalinin düşük olduğu belirtilirken[813], tüketicilerin zarar görmesi olgusu da önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bu konudaki kararlarda tüketici refahının gözetildiği söylenebilir[814]. Başka bir kararda ise, bağlama uygulamasının rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için "yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması" gerektiği belirtilmiştir. Fakat bütün bu farklı değerlendirmeler açısından bir diğer sorun da bu konuda *rule of reason, per se* veya *more economic approach* yaklaşımları açısından bir değerlendirme yapılıp yapılmadığının açık olmamasıdır. Ancak bu kararlar açısından ortaya çıkan bir diğer sonuç Kurul'un teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından etkinlik savunmasını kabul etmeye eğilimi olduğudur.

Sonuç olarak eleştirilerin yerindeliği ve haklılığı elbette ki Kurum'un idari ve teknik kapasitesi ile de ilgili bir sorundur. Fakat Kurul'un bu somut olaylar bağlamında farklılaşan uygulamasının olumlu bir sonucu ise şekli bir yaklaşımın olmaması olarak gösterilebilir. Bu anlamda somut olaylar bağlamında bir yaklaşımın yararları da elbette bulunmaktadır. Aynı zamanda bu tarz bir yaklaşım ile bizde yerleşik Kara Avrupası hukukunun yaklaşımından çok Anglo-Amerikan hukuk sistemine özgü *case law* inceleme konusunda başarılı bir uygulamanın ortaya çıktığı söylenebilir. Anacak bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamalarının analizi konusunda bir standart geliştirmesi ve buna göre somut olayları değerlendirmesi daha yerinde olacaktır. Bu şekilde teşebbüslerin de pazardaki davranışları açısından belli bir hukuk güvenliği sağlanacağı gibi, tartışmalı veya hatalı kararlarında en aza indirilmesi sağlanabilir.

[812] Rekabet Kurulu, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Karar *("Tekhnelogos").*
[813] Rekabet Kurulu, 9.12.2009 tarih ve 09-58/1405-367 sayılı Karar, Nr. 760 *("Reysaş").*
[814] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191, Nr. 210.

D. Ara Değerlendirme

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi ve bu konuda benimsenecek yaklaşımlar aynı zamanda rekabet politikası ile de ilgilidir. Bu durum *per se, rule of reason* veya *more economic approach* yaklaşımlarından hangisinin benimseneceği veya yargı kararlarında hangi yaklaşımın öne çıkacağını da belirlemektedir. Örneğin AB rekabet hukuku uygulamasında başlangıçta özellikle de Freiburg Okulu ve bu çerçevede Ordoliberalizm yaklaşımının etkileri nedeniyle pazarın açıklığı veya özgürlüğü belirleyici olmuştur. Bu anlamda rekabet hukuku geleneksel olarak özgürlüğün garantisi ve aşırı ekonomik güç karşısında bireysel özgürlüğü koruyan bir olgu olarak değerlendirilmiştir. Bu durum ister istemez rekabet hukuku uygulamasına da yansıdığından, mahkemeler rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda daha katı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Hatta bağlama uygulamaları konusunda hakim durumdaki teşebbüslerin hukuka uygunluk nedenleri konusundaki iddialarına pek itibar edilmedi. Ancak son dönemde özellikle Komisyon Tartışma Metni ile başlayan ve daha sonra Komisyon'un engelleyici davranışlara AEUV m. 102'nin uygulanması konusunda ilkelerin yer aldığı Kılavuz ile ekonomiye ağırlık veren bir yaklaşımın geliştirilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Öte yandan, bağlama uygulamalarının analizi konusunda bugüne kadar gelen tartışmalar açısından *rule of reason* veya *per se* yaklaşımlardan hangisinin idel bir çözüm olduğu, yanıtlanması zor bir sorudur. Hâkim durumdaki teşebbüsler açısından *per se* analiz, AEUV m. 102 anlamında zorluklara neden olabilir. Zaten hâkim durumdaki teşebbüslerin bu tarz kötüye kullanma nitelikli davranışları, bunların etkin olmayan davranışlar olduğu şeklinde bir tartışmaya girmeden dahi yasaklanabilir. Aynı zamanda sadece hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından yapılan bu tarz davranışların rekabete aykırı sayılması hususu tartışmalıdır. Dolayısıyla sadece hakim durumun kötüye kullanılması kriterinden hareketle, teşebbüslerin bu tarz davranışlarının yasaklanması, davranışın olası etkinlik sağlayıcı özelliklerinin de hukuki güvenlik ilkesine feda edilmesi anlamına gelmektedir. Bununla birlikte *per se* yaklaşımın, teşebbüsler açısından hukuki güvenlik sağladığı için olumlu yanları da bulunmaktadır. Çünkü *rule of reason* yaklaşımı kapsamında, somut olay açısından bir davranışın rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri açısından yapılan bir değerlendirme, daha yerinde ve hakkaniyet uygun kararların verilmesine elverişli olmakla birlikte, teşebbüsler açısından ise hukuki güvenlik sorunlarına yol açma potansiyeli bulunmaktadır. Aynı

zamanda baştan belirlenmiş açık ve net kuralların uygulandığı *per se* bir yaklaşım yerine, somut olay kapsamında yapılan bir *rule of reason* yaklaşımının olası dışsal etki veya yönlendirmeler nedeniyle tartışmalara yol açması da mümkündür.

Hem Komisyon Tartışma Metni hem de Kılavuz açısından, genel olarak dışlayıcı davranışlar ve bu kapsamda bağlama uygulamaları konusundaki yaklaşım dikkate alındığında, Komisyonun bu konuda *ekonomik etki* temelli bir yaklaşım geliştirmeye çalıştığı söylenebilir. Bu anlamda hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılan rekabeti sınırlayıcı her davranış ve haliyle bağlama uygulamasının da teşebbüsün hakim durumunu güçlendirdiği ve bu nedenle de pazardaki etkilerden bağımsız değerlendirme yapmak gerektiği şeklindeki denklemden uzaklaşılıp, belirli kriterler yoluyla bir sonuca ulaşma çabası da söz konusudur.

Bununla birlikte, etkinlik kazanımının her zaman rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmediği, aksine birçok olayda bu etkilerin gözden kaçırılmasına neden olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla rekabet açısından, etkinlik bakış açısıyla bir davranış için orantılılık değerlendirmesi yapılırken, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri ile etkinlik kazanımı arasında yapılan bir tartma esnasında, ikincisinin gerçekten de ağır bastığı ortaya çıkıyorsa bir etkinlik kazanımında söz edilebilir. Bütün bunların dışında, kötüye kullanma nitelikli davranışların kontrolü açısından "etkinlik" olgusunun ne kadar önemli ve anlamlı olduğu da tartışmalıdır. Çünkü etkinlik kısa vadede, ancak tüketicilere de yansıdığı zaman avantajlar sağlayabilir. Özellikle hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan bağlama uygulamalarının dışlayıcı etkisi, aynı zamanda ilgili pazarda rekabet yoğunluğunda da büyük ölçüde azalmaya neden olur[815]. Bu durum, bu tarz pazarlar da hâkim durumdaki teşebbüs açısından aynı zamanda yenilikçi olma isteğinin kaybına da neden olabilir. Ayrıca rekabet baskısının azalması nedeniyle, hâkim durumdaki teşebbüs ortaya çıkan maliyet avantajlarını tüketicilere yansıtmak konusunda pek de istekli davranmayacaktır. Çünkü bu durumda tüketicilerin hâkim durumdaki teşebbüse olan bağımlılığı, alternatif tedarik kaynaklarının yetersizliği nedeniyle artmaktadır. Sonuçta orta ve uzun vadede bağlama uygulamasının tüketiciler üzerindeki olumsuz etkileri de bu şekilde artacaktır[816].

Ancak her şeye rağmen bu tartışmalar açısından, ekonomik *etki temelli* bir yaklaşım açısından, *more economic approach* yaklaşımı, rekebet politikasına

[815] Fischer, s. 106.
[816] Fischer, s. 107.

getirilecek yeni bir bakış açısı için bir şans olarak da değerlendirilebilir. Bu anlamda rekabet politikası açısından, AEUV m.102'ye yönelik farklı değerlendirmeler bulunmakla birlikte, *more economic approach* ile ekonomik bir anlayış için gerekli olan minimum standartlara ulaşılabilir. Nitekim AEUV m.102'nin uygulanması konusunda Komisyon Kılavuzu'nda da *ekonomik etki temelli* bir yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. Hatta daha önce Komisyon Tartışma Metni ile hakim durumdaki teşebbüslerin engelleyici/dışlayıcı davranışları için öngörülen etkinlik savunması, Komisyon Kılavuzu'nda da yer almıştır. Bu durum dışlayıcı bir davranış olarak bağlama uygulamaları için de geçerlidir. Dolayısıyla hem Komisyon Tartışma Metni ve hem de Komisyon Kılavuzu açısından, *more economic approach* ekseninde, bağlama uygulamaları için ekonomiye önem veya ağırlık veren bir bakış açısının benimsendiği söylenebilir. Bununla birlikte, hangi yaklaşımın AEUV m. 102'nin gelecekte ekonomik bir bakış açısıyla değerlendirilmesinde dikkate alınacağı hususu henüz sonuçlanmış bir tartışma da değildir. Rekabet, ekonomik veya hukuksal bakış açısına göre farklılıkların ortaya çıktığı ve sürekli değişikliklerin gözlendiği dinamik bir süreç olarak değerlendirildiği zaman, bu sürecin tamamlanması hangi bakış açısının benimseneceği ile de yakından ilgilidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TEŞEBBÜSLER ARASINDA BAĞLAMA ANLAŞMALARI YOLUYLA REKABETİN SINIRLANDIRILMASI

I. REKABET HUKUKUNDA ANLAŞMA KAVRAMI VE ANLAŞMALARIN REKABETİ SINIRLAYICI ETKİSİ

A. Rekabet Hukunda Anlaşma Kavramı

Rekabetin sınırlanması (kısıtlanması, bozulması veya engellenmesi)'na yönelik anlaşmalar AB hukukunda olduğu kadar Türk rekabet hukukunda da yasaktır. AEUV m. 101'de yer alan örnekseyici düzenlemeler ile "rekabetin kısıtlanması" Einschränkung), "engellenmesi" *(Verhinderung)* ve "bozulması" *(Verfälschung)* gibi soyut genel kavramların somutlaştırılması yoluna gidilmiştir. Öte yandan bu durumlar aynı zamanda rekabet sürecine müdahale açısından tanımlanması zor kavramlar olup, "rekabetin sınırlanması" *(Wettbewerbsbeschränkung)* üst kavramı ile de ifade edilen durumlardır[817].

Bununla birlikte, AB rekabet hukuku uygulamasında Mahkeme kararlarına bakıldığı zaman, "rekabetin sınırlanması" *(Wettbewerbsbeschränkung)* kavramı ile neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Çoğu zaman hangi durumlarda veya nerede bir rekabet sınırlamasının olmadığı belirtilmiştir[818]. Örneğin AB İlk Derece Mahkemesi *Metropole (M6)* kararında, sadece bir anlaşmanın taraflarının ticari faaliyet özgürlüğünün sırınrlanmasının, rekabetin sınırlanması olarak değerlendirme yapabilmek için yeterli olmadığını belirtmiştir[819]. O halde "rekabetin sınırlanması" kavramı açısından belirleyici olan "rekabet" kavramı olup, bu konuda da açık bir tanımlamdan ziyade, rekabet kurallarının amacı öne çıkmaktadır. Bu anlamda rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan AEUV m. 101 hükmünün koruyucu hedefi tüketici refahının artırılması olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla bir anlaşmanın tüketici refahı üzerindeki etkileri, aynı zamanda ilgili anlaşmanın rekabet açısından nasıl tanımlanacağı konusunda da önemli bir ölçüdür. Bu anlamda tüketici refahında

[817] Whish, s. 109-110; Rekabetin sınırlanması AEUV m. 101/1 bağlamında esaslı kavram olmakla birlikte, bu kavram konusunda kesin bir tanım yapmak, hem rekabetin doğası gereği dinamik bir yapı arz etmesi ve hem de çok yönlü bir süreç olması nedeniyle, zordur. Bu nedenle "rekabet" kavramı ile ilgili nihai bir tanım ve bunun sonucu olarak "rekabetin sınırlanması" kavramının tanımlanması prensip olarak zor görünmektedir. Hatta Schmidt'e göre "rekabet (yarışma ile aynı anlamda) ekonomistlerin açık ve net bir tanımını yapmaksızın çok sık kullandıkları bir kavramdır. Bkz. Schmidt, Kartellrecht, s. 3.

[818] Bkz. Henning Leupold ve Georg Weidenbach, "Neues zum Verhältnis von Art. 81 Abs. 1 und Art 81 Abs. 3 EG-Vertrag?", **WuW**, Heft: 10, 2006, s. 1007.

[819] EuG, 18.9.2001, Rechtssache C- 112/99, Slg. 2001, II-2459, Rdnr. 76 *"Metropole (M6)".*

azalmaya neden olan anlaşmalar "rekabeti sınırlayıcı" *(wettbewerbsbeschränkend),* tüketici refahında artış sağlayan anlaşmalar "rekabeti destekleyici" *(wettbewerbsfördernd)*, tüketici refahı üzerinde pozitif veya negatif bir etkisi olmayan anlaşmalar ise "rekabete etkisiz" *(wettbewerbsneutral)* anlaşmalar olarak da tanımlanabilir[820].

Rekabet hukukunda bağlama uygulamaları rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında da ortaya çıkabilir. Bu tarz anlaşmalar genellikle "kartel" üst kavramı ile de ifade edilmekte olup, rakip teşebbüsler arasındaki bir yatay anlaşma ile ortaya çıkabileceği gibi, üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey bir anlaşma yoluyla da ortaya çıkabilir[821]. Yatay anlaşma olarak da tanımlanan rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalar rekabet aykırı olup yasaktır. Ancak dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri kadar olumlu etkileri de bulunduğundan, böyle durumlarda ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Rekabet hukuku açısından anlaşma kavramının, bilinen klasik anlamından daha geniş bir anlamda kullanıldığı söylenebilir. Bu anlamda anlaşma, birden fazla teşebbüsün belirli konular üzerinde kendi aralarında anlaşmış olması ve kendilerini bu anlaşma ile bağlı hissetmeleridir. Dolayısıyla rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma ile kastedilen husus, medeni hukuk ve borçlar hukuku hükümlerine göre geçerli bir anlaşma olarak da anlaşılmamalıdır. Bu konuda belirleyici ve önemli olan tarafların kendilerini bu anlaşma konusunda bağlı hissetmeleridir. Bu nedenle de yazılı, sözlü, eylemsel ya da gayri resmi her türlü irade uyuşması, hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelmesin, rekabet hukuku açısından anlaşma olarak tanımlanabilmektedir[822].

Dolayısıyla doktrinde de belirtildiği üzere, rekabet hukukunda anlaşma kelimesinin kullanılması ile teşebbüsler arasındaki hukuki bir sonuca yönelmeyen bir uzlaşmanın da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olup, bu nedenle de sözleşmeden daha geniş bir anlam ifade eden "anlaşma" kelimesi kullanılmıştır. Bu anlamda tarafları bağlamayan ve borç altına sokmayan bir mutabakat da rekabet ihlalinin bulunması halinde rekabet hukuku kurallarına tabi olacaktır[823]. Başka bir

---

[820] Bkz. Leupold ve Weidenbach, s. 1008.
[821] Stefan Enchelmaier, **Europäischer Wirtschaftsrecht**, Verlag W. Hohlhammer, Stuttgart, 2005, s. 255, Rdnr. 213.
[822] İnan ve Piker, s. 26; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 1, Rdnrn. 81-82; Whish, s. 92; Jones ve Sufrin, s. 127.
[823] Öğretide Gürzumar bu durumu şöyle açıklamıştır: "Bilindiği üzere, eğer "hukuk düzeni herhangi bir hukuki sonucu, ancak bu sonuca yönelen bir irade açıklamasına bağlamışsa, bu sonuca yönelen bir irade beyanının açıklanmasıyla bir hukuki işlem kurulur. Hukuki işlem, bu anlamda, hukuki sonuca

anlatım ile bu konuda hukuki bir sonuca yönelen irade beyanının varlığı şart değildir. Hukuki bir sonuca yönelmeyen bir irade beyanı, uzlaşma, mutabakat ile de rekabet ihlali meydana geldiğinde bu durum rekabet hukuku kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirilerek yaptırım uygulanacaktır[824].

AB Komisyonu da bir anlaşmadan söz edebilmek için teşebbüslerden birinin, diğeriyle olan ilişkilerinde eylem özgürlüğünün kısıtlamış olmasını yeterli bulmaktadır. Komisyon *BMW* kararında[825], üreticinin yeniden satıcılarına gönderdiği "sirküler"i bir anlaşma olarak değerlendirirken, *Franco-Japonese Ball-Bearing* kararında[826] bir anlaşmadan bahsedebilmek için, özel hukuktaki anlamıyla bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan tüm unsurların varlığının şart olmadığını belirtmiştir. Rekabet Kurulu da *Aygaz* kararında[827], hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin, toplantıya katılan şahısların firmalarını temsile yetkili olmadıkları ve söz konusu anlaşmada imzalarının bulunmadığı yönündeki savunmalarını reddetmiştir. Bu sayılan nedenlerin RKHK anlamında geçerli bir anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmadığı sonucuna varılmıştır.

1. Yatay Anlaşma

Rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar, genellikle "danışıklılık" olarak da adlandırılan, teşebbüsler arasındaki ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Danışıklılık rekabeti engellemeye, kısıtlamaya veya bozmaya yönelik bir davranış olabilir. Her üç ihtimalde de aslolan rekabeti sınırlayıcı bir davranışın söz konusu olmasıdır. Ekonomi ve hukuk öğretisinde, teşebbüsler arasındaki bu tür danışıklılık hallerinin büyük çoğunluğu "kartel" ya da "tröst" kavramları ile de tanımlanmaktadır[828]. Örneğin

---

yönelmiş irade beyanıdır ve sözleşme de kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak amacıyla yapılan bir anlaşmadır. Bu anlamda rekabet hukukunda "anlaşma" kavramının Medeni Hukuktaki "sözleşme" kavramından daha geniş kapsamlı olması ile kastedilen de iki veya daha fazla teşebbüs arasındaki bir uzlaşmanın RKHK'nin 4.maddesi anlamında bir anlaşma sayılabilmesi için, bu uzlaşmanın hukuki bir sonuca yönelmiş irade beyanlarıyla oluşturulmasının şart olmadığıdır. Hatta bu nedenle de, uzlaşmanın hukuki değil sosyal, ahlaki veya ekonomik yaptırımlarla temin edilmek istendiği "centilmenlik anlaşmaları" da rekabet hukuku açısından birer anlaşma olarak değerlendirilebilmektedirler." Bkz. Osman Berat Gürzumar, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", **Rekabet Dergisi**, Sayı: 12, 2002, (Geçersizlik Rejimi), ss. 3-5, dpn. 1. Ayrıca bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnrn. 68-70.

[824] Güven, s. 126.

[825] Komisyon, 23.12.1977 tarih, 78/155/EWG, ABl. L 46, 17.2.1978, s. 33

[826] Komisyon, OJ [1974] L 343/19, [1975] CMLR (1975), D 8, s. 525.

[827] Rekabet Kurulu, 26. 11. 1998 tarih ve 93-750-159 sayılı karar *("Aygaz").*

[828] Enchelmaier, s. 255, Rdnr. 213. Örneğin ABD'de, sözkonusu danışıklılık durumlarını yasaklayan Sherman Yasası aynı zamanda "Tröst Kanunu" olarak da anılmaktadır.

AB rekabet hukukunda kural olarak bu tarz rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar AEUV m. 101/2'de yer alan düzenlemeye göre hükümsüzdürler[829].

Serbest piyasa ekonomisinde, piyasanın işleyişi açısından tekelleşmeye yönelik davranışlar genellikle yasaktır. Çünkü serbest rekabet aynı zamanda liberal ekonomik sistemin özüdür. Bu anlamda 1982 Anayasasının *"Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi"* başlıklı 167.maddesinin birinci fıkrasına göre de, *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler".* Dolayısıyla tekelleşmeye yönelik davranışlar, aynı zamanda liberal demokrasi fikrine aykırı bir olgu olduğundan, serbest piyasa ekonomisinin gelişimi açısından, anayasal düzlemde dahi yasaklanabilmektedirler.

Öte yandan AEUV m. 101 hükmüne göre, üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemeye elverişli bulunan ve iç pazar içerisinde rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip teşebbüsler arası tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmadığı için yasaktır[830]. Aynı zamanda AEUV m. 101 de yer alan düzenlemeler, rekabet sınırlamaları açısından, AB hukukunda merkezi bir öneme sahip olup, üye ülkeler bakımından doğrudan uygulanma yeteneği olan düzenlemelerdir[831]. Sonuç olarak rakip teşebbüsler arasındaki anlaşma, rekabeti kısıtlama amacından başka bir nedenle yapılmış bile olsa, anlaşma sonucunda rekabetin sınırlanmış olması AEUV m. 101/1'in uygulanması için yeterlidir[832].

2. Dikey Anlaşma

Dikey anlaşma üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüs (örneğin üretici, toptancı, sağlayıcı, müşteri lisans alan ve veren) arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır[833].

Komisyon'un dikey anlaşmalarla ilgili 330/2010 sayılı Tüzüğünde ise dikey anlaşma, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya

[829] Jofer, s. 70. Ayrıca EuGH, 13.7.1966, Slg. 1966, s. 387, *"Consten-Grundig".*
[830] Classen, s. 149; Ulrich Immenga, "Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik", , **ZWeR**, Heft: 4, 2006, (Ökonomie und Recht), s. 349.
[831] Bu düzenlemeler rekabetin korunması yanında ortak bir pazarın gerçekleştirilmesi açısından üye devletlerin pazarlarının uyumlaştırılmasında rekabet hukuku yoluyla destekleyici bir işlev görmektedirler. Bkz. Jofer, s. 69.
[832] Akıncı, s. 46.
[833] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 33.

da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşma veya uyumlu eylemler[834] olarak tanımlanmıştır. Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nin 2. maddesinde ise dikey anlaşmalar; *"üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardan dikey anlaşmalar (…)"* olarak söz edilmiştir.

II. YATAY VE DİKEY ANLAŞMA AYRIMININ NEDENİ

Rekabet hukukunda teşebbüsler arasındaki yatay/kartel anlaşmalar esasen yasak olmakla birlikte, "kartel" kelimesi rekabete aykırı bütün sınırlamaları ve bu anlamda özellikle de "dikey sınırlama"ları kapsamamaktadır. Çünkü "kartel" veya "tröst" kavramları rakipler arasındaki, yani yatay düzlemde ortaya çıkan anlaşmaları ifade etmektedir[835]. Oysa 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 anlaşmalardır[836]. Dikey anlaşmalar örneğin bir malın üreticisi ile dağıtıcıları, lisans veren ile alan veya franchise veren ile kabul eden arasında yapılır. Bu tür dikey anlaşmalar, uyumlu eylemler veya kararlar "rakipler" rasında gerçekleşmediği için bir "kartel"den de söz edilemez.

AEUV m. 101 düzenlemesinde de "kartel" veya "tröst" kavramlarına yer verilmemiştir. Öğretiye göre bunun bir nedeni de "dikey sınırlama"ları hükmün dışında bırakmama endişesidir[837]. Dolayısıyla bu düzenlemeler açısından yatay ve dikey anlaşmalar arasında herhangi bir ayrım da sözkonusu değildir[838]. Nitekim gerek Komisyon gerek ABAD "dikey sınırlama"ları AEUV m.101/1 kapsamında görmekte ve bu anlaşmaları, ilgili tüzüklerde yer alan muafiyet koşullarını taşımama

---

[834] Bkz. **Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20 April 2010 über die anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertargs über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU 2010, L 102/1,** Art. 1(1).a. (Komisyon, Dikey Anlaşmalar Tüzüğü).

[835] *"Rekabet hukukunda anlaşmalar yatay veya dikey olmakla birlikte, rekabetin her zaman yatay olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte bir yatay anlaşma ile sınırlanan rekabet, anlaşmanın tarafları ile onların rakipleri arasındaki rekabet olurken, dikey anlaşmada anlaşma taraflarından biri ile onun rakipleri arasındaki rekabet sınırlanabilir. Dolayısıyla dikey anlaşma ile sınırlanan rekabet hiçbir zaman anlaşma tarafları arasındaki rekabet olamaz. Örneğin, bir bayilik anlaşması ile sınırlanan şey, sağlayıcı ve yeniden satıcı arasındaki rekabet olamaz. Çünkü sağlayıcı ve yeniden satıcı birbirlerinin rakibi olmadığından, burada bozulan rekabet sağlayıcı ve yeniden satıcı ile onların rakipleri arasındaki rekabettir. Yani rekabet ilişkisi yataydır."* Bkz. İnan ve Piker, s. 29.

[836] Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (m. 2).

[837] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 390, Nr. 2.

[838] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 420.

durumunda rekabeti sınırlayan anlaşmalar kapsamında değerlendirmektedir. Öte yandan dikey anlaşmalarda yer alan "bağlama" şeklindeki kayıtlar da rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilirler. Bu nedenle rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip hükümlerin yer aldığı dikey anlaşmalar da tıpkı yatay anlaşmalar gibi yasaktır[839]. Bunlar kartel anlaşmaları olmadıkları için "kısıtlayıcı sözleşmeler" veya daha genel olarak "sınırlama" olarak da tanımlanmakta olup, çalışmamızda bu durumu ifade etmek açısından "rekabetin sınırlanması" veya "sınırlama" kavramları[840] benzer anlamda kullanılmıştır.

III. ANLAŞMANIN REKABETİ SINIRLAYICI ETKİLERİNİN HİSSEDİLİR OLMASI

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından AEUV m. 101/1 de yer alan düzenlemenin uygulanması için ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin hissedilir *(Spürbarkeit)* olması gerektiği ABAD ve Komisyon kararlarında da belirtilen bir durumdur[841]. Buna göre, ilgili pazarda sadece rekabeti sınırlayıcı etkileri hissedilir olan davranışlar rekabet yasağı kapsamında değerlendirilecektir[842]. Çünkü AEUV m. 101'in koruyucu amacı aynı zamanda etkin rekabet ile tüketici refahının arttırılmasıdır. Bu anlamda bir anlaşmanın tüketici refahı üzerindeki etkileri, aynı zamanda ilgili anlaşmanın rekabet açısından nasıl değerlendirileceğini de belirler[843]. Öte yandan rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması aynı zamanda üye ülkeler arasındaki ticaretin de bu durumdan etkilenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bağlama anlaşmalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri değerlendirilirken, AEUV m. 101/1 de yer alan düzenlemeye göre, bunların ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerinin hissedilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla rekabet üzerindeki etkileri sınırlı veya önemsiz olan anlaşmalar *(de minimis kuralı)*[844] rekabeti sınırlayıcı

---

[839] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB Einleitung, Rdnr. 30.

[840] Nitekim Rekabet Kurulu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'unda da "bağlama", "Çeşitli Dikey Sınırlamaların Analizi" başlığı altında yer almaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 50, Nr. 203 vd.

[841] EuGH, 30.6.1966, Slg. 1966, s. 303 *"Maschinenbau Ulm";* EuGH, 9.7.1969, Slg. 1969, s. 302 *"Völk/Vervaecke"*. Öte yandan bu sonucun aynı zamanda düzenlemenin lafzından da çıktığı yönünde görüşler için bkz. Jofer, s. 72; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 185; Immenga, Ökonomie und Recht, **ZWeR**, 4/2006, s. 349; Andreas Fuchs, "Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 Abs. 1 EG", **ZWeR**, Heft: 4, 2007, s. 386.

[841] Gerhard Pischel, "Rechtfertigung marktmächtigen Verhaltens, Zum Einfluss von Art. 101 AUEV und Gruppenfreistellungsverordnungen auf § 20 II GWB," **GRUR**, Heft: 8, 2011, s. 685; Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 101.

[842] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 101; Enchelmaier, s. 263, Rdnr. 222.

[843] Leupold ve Weidenbach, s. 1008.

[844] AB rekabet hukuku uygulamasında ortaya çıkan *de minimis* kuralı, rekabeti sınırlayan ve üye ülkeler arasındaki ticareti de etkileyen bir anlaşmanın etkilerinin *"küçük"* veya *önemsiz"* olması halinde, AEUV m. 101/1 de öngörülen yaptırımlardan muaf tutulması, yani sözkonusu olumsuz etkilerin

anlaşma, karar ve uyumlu eylemler için AEUV m. 101/1'de öngörülen yaptırımlar kapsamında değerlendirilmeyecektir[845].

AEUV m. 101 hükmü, üye ülkelerin iç hukuk düzenleri açısından doğrudan uygulnama yeteneğine sahip bir maddi norm olduğundan[846], rekabeti sınırlamaya yönelik amaç veya etkisi olan davranışlar üye ülkeler arası ticareti[847] de etkilemeye elverişli olduğu zaman[848] uygulanacaktır. Gerçekten de bu koşul, uygulama yönünden, üye ülkeler hukuku ile AB hukuku arasındaki sınırı da belirlemektedir[849]. Eğer rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma üye ülkeler arasındaki ticareti etkiliyorsa AEUV m.101/1 hükmü, aksi halde gerekli koşulların varlığı halinde üye ülkelerin hukuk düzenlemeleri devreye girebilecektir.[850]

Ancak ABAD bugüne kadar verdiği kararlarda "hissedilirlik" kavramı ile ilgili kesin bir tanımlama yoluna da gitmemiştir. Hatta uygulamaya bakıldığında, üye ülkeler arası ticaretin hissedilir şekilde sınırlanması ile rekabetin sınırlanması arasında tam bir ayrım da ortaya çıkmamıştır[851]. Rekabetin hissedilir derecede sınırlanması hususu ön planda ele alınarak yapılan değerlendirmelerde, somut olay açısından bu durumun varlığı, aynı zamanda üye ülkeler arası ticaretin de

---

hoşgörülmesini ifade etmektedir. AB Komisyonu'nun bu konuda en son yayınladığı "Önemsiz Anlaşmalar Hakkında Duyuru" da, AEUV m. 101 kapsamında yapılan yatay ve dikey anlaşmalar açısından *de minimis* kuralının uygulanması konusunda bazı pazar payı oranları öngörülmüştür. Bkz.Komisyon, Notice on Agreements of Minor Importance, OJ [2001] C 368/13, [2002] 4 CMLR 699 (Anılış: "Komisyon, Önemsiz Rekabet Sınırlamaları Hakkında Duyuru"). Duyuru esasen sadece ne zaman hissedilir bir rekabet sınırlamasının bulunduğunu belirlemeye yöneliktir. Duyurunun bir diğer amacı da özellikle küçük teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları ve herhangi bir grup muafiyet tüzüğü kapsamında yer almayan anlaşmalar açısından olası maliyetleri düşürmektir. Bununla birlikte, bu düzenlemelerin özellikle mahkemeler açısından bağlayıcı bir niteliği de bulunmamaktadır. Sadece teşebbüsler açısından AEUV m. 101/1 bağlamında, pazarda kendi durumlarını değerlendirebilmek bakımından, onlara yol gösterici bir özelliği bulunmaktadır. Bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 106; Whish, s. 595; Jofer, s. 73.

[845] Fischer, s. 36; Jones ve Sufrin, s. 160.

[846] Hönn, s. 79, Rdnr. 232.

[847] Üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesi konusunda, "ticaret" kavramı dar anlamda değil, aksine bütün ekonomik ve ticari faaliyetleri kapsayacak şekilde, daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Bu kapsamda mal ve hizmet alışverişi, bankacılık, parayı konu alan etkinlikler, sigortacılık acentelik, fikri mülkiyet haklarına ilişkin işlemler, sermaye piyasası, tv, radyo ve habere dair faaliyetlerle kamu hizmetleri kapsamındaki elektrik, su, yağ üretimi ve dağıtımı gibi işlemler de "ticaret" kavramının içine girmektedir. Aynı zamanda ticaret kavramı bilinen klasik anlamı ile üye ülkeler arasında mal veya hizmetlerin değişimi ile sınırlı olmayıp, üye ülkeler arasındaki bütün ekonomik faaliyetlerin dahil olduğu, dolayısıyla daha geniş anlamda bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Bkz. EuGH, 14.7.1981, Slg. 1981, 2021, 2032 *"Züchner/Bayerische Vereinsbank".* Ayrıca, Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 121.

[848] Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar veya hâkim durumun kötüye kullanılması açısından ortaya çıkan davranışlar üye ülkeler arasındaki ticareti sınırlamak açısından elverişli olmadıkları zaman, bunlar AB Rekabet hukuku düzenlemeleri bağlamında değil, aksine üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlerine tabi olacaklardır. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 262; Jofer, s. 74.

[849] Enchelmaier, s. 263, Rdnr. 222.

[850] Bu açıdan *"üye ülkeler arasındaki ticarete etki"* koşulunun aynı zamanda bir yetki hükmü olduğu konusunda bkz. Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 413.

[851] Enchelmaier, s. 263, Rdnr. 222. Burada sözkonusu olan, rekabete aykırı davranışların fiili veya potansiyel etkilerinin, AB üyesi ülkeler arasında bir iç pazara ulaşma hedefi doğrultusunda ulusal pazarların bu hedef üzerindeki ekonomik baskısının engellenmesidir. Fischer, s. 35.

sınırlanması olarak kabul edilmektedir[852]. ABAD'a göre bir uygulama veya davranış, doğrudan veya dolaylı, fiilen veya potansiyel açıdan üye ülkeler arasındaki ticaret serbestîsini, üye ülkeler arasında iç pazarın gerçekleştirilmesi hedefi bağlamında tehlikeye sokacak nitelikte ise, bu durum üye ülkeler arası ticaretin sınırlanması ile ilgilidir[853]. Bu nedenle daha çok somut olaylar bağlamında yapılan yorum ve uygulamalar ile bu konuda bazı kriterlerin ortaya çıktığı söylenebilir. Mahkemeler değerlendirmelerinde, ilgili anlaşmanın pazar üzerindeki toplam etkileri ve varılmak istenen hedef üzerinde durarak, bu konuda hem nicel ve hem de nitel kriterler ortaya koymaya çalıştılar[854].

ABAD'ın kararlarından çıkan sonuç; Mahkemenin bu konuda teşebbüslerin pazar paylarını tek başına kesin ve belirleyici bir veri olarak değerlendirmediğidir[855]. Bununla birikte, bir anlaşma bağlamında tarafların pazar paylarının %5 in üzerinde olması durumunda, bu anlaşmanın pazar üzerindeki etkilerinin hissedilir kabul edildiği de söylenebilir[856]. Ancak bu tarz anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından, teşebbüslerin pazar payı yanında, büyüklük ve nitelikleri de önem kazanmaktadır. Genel olarak %5 üzerindeki bir pazar payının, rekabetin hissedilir ölçüde sınırlanması için elverişli bir oran olduğu kabul görmekle birlikte[857] ihracat miktarı ve satış cirosu yüksek olan büyük teşebbüsler[858] veya üretilen ürünün

---

[852] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 277. Örneğin bu konuda verilen ilk kararlardan biri olan *Consten and Grundig v Commission* kararında ABAD, üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesi açısından, söz konusu anlaşmanın üye ülkeler arası ticaret özgürlüğüne ve üye ülkeler arasındaki tek pazar hedefi açısından doğrudan ya da dolaylı, fiili veya potansiyel bir tehlike oluşturup oluşturmadığının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. EuGH, 13.7.1996, Slg. 1996, s. 389. *"Consten and Grundig v Commission".*

[853] EuGH, 17.7.1997, Slg. 1997, I-4411, s. 4412 *"Ferriere Nord"*. Öte yandan, AEUV m. 101 hükmünde yer alan *"...üye ülkeler arası ticareti etkileyebilir nitelikteki..."* ifadesi ve ABAD'ın konuyla ilgili kararlarından çıkan sonuç, bu etkinin mutlaka fiilen ortaya çıkmış olması şartının aranmadığı, olası veya potansiyel bir etki olması halinde de Komisyon'un yetkili olduğudur. Aynı zamanda üye ülkeler arası ticaret üzerindeki etkilerin doğrudan olması şartı aranmamış, örneğin *Maschinenbau* kararında ABAD'ın açıkça belirttiği gibi, etkinin doğrudan ya da dolaylı olabileceği kabul edilmiştir. EuGH, 25. 10. 1983, Slg. 1983, 3151, Nr. 60 *"AEG".* Ayrıca; EuGH, 30. 6. 1966, s. 303 *"Maschinenbau Ulm".*

[854] Bu anlamda ilgili anlaşmanın pazar üzerindeki etkilerini değerlendirirken, anlaşma konusu ürünlerin miktarı, hizmetlerin niteliği, teşebbüslerin pazar payları, teşebbüsün büyüklüğü ve ekonomik ve hukuksal açıdan teşebbüsün diğer nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle değerlendirmeler yapılmıştır. Bu konuda bazı kararlar için bkz. EuGH, 1.2.1978, Slg. 1978, s. 149 *"Miller"* ; EuGH, 25.10.1983, Slg. 1983, s. 3201 *"AEG";* EuGH, 10. 7. 1980, Slg. 1980, s. 2511, Nr. 24 *"Lancome"*; EuGH, 19. 4. 1988, Slg. 1988, s. 1919, Nr. 18 *"Haspignonne"*; EuG, 6. 7. 2000, Slg. 2000, II-2707, Nr. 179 *"Volkswagen".*

[855] EuG, 15.9.1998, Slg. 1998, II-3141, s. 3184 *"European Night Services".*

[856] EuGH, 1.2.1978, Slg. 1978, s. 149 *"Miller"*; EuGH, 25.10.1983, Slg. 1983, s. 3201 *"AEG".*

[857] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 280.

[858] Bkz. EuGH, 1.2.1978, Slg. 1978, s. 149 *"Miller"* (% 5); EuGH, 10. 7. 1980, Slg. 1980, s. 2226, Nr. 28 *"Destillers Co"*; EuGH, 7. 6. 1983, Slg. 1983, s. 1825, Nr. 86 *"Pioneer"*(% 3.38); EuGH, 7. 6. 1983, Slg. 1983, s. 3151, Nr. 58 *"AEG"* (% 5); EuGH, 21. 2. 1984, Slg. 1984, s. 883, Nr. 19 *"Hasselblad"(spesifik bir ürün için yüksek pazar payı);* EuG, 14. 7. 1994, Slg. 1994 II-549, Nr. 39 *"Parker"*; Komisyon Kararı, 5. 12. 1984, ABl. 1985 Nr. L 35/20, Nr. 26 *"Feuerversicherıng".*

niteliği[859] gereği %5'in altında bir pazar payının dahi bazı durumlarda rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması bakımından yeterli sayıldığı ortaya çıkmaktadır. Hatta böyle durumlarda, anlaşmanın ilgili pazarda rekabet üzerindeki fiili veya potansiyel etkilerinin değerlendirilebilmesi için çok ayrıntılı bir analizin dahi gerekmeyebileceği belirtilmektedir[860].

İç pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerinin hissedilir olmayacağı düşünülen rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları açısından tarafların pazar payları %10'u geçmediği sürece, bu anlaşmalar *de minimis kuralı* kapsamında değerlendirilmektedir. Rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar (dikey anlaşmalar)'ın *de minimis kuralı*'ndan yararlanabilmesi için, anlaşma taraflarından her birinin ilgili pazardaki pazar payı %15'i geçmemelidir. Ancak her durumda bu tarz anlaşmaların "ağır veya esaslı rekabet ihlali" *(Kernbeschränkungen)* olarak da değerlendirilen sınırlamaları içermemesi gerekmektedir[861]. Aynı zamanda, benzer paralel ağlardan oluşan anlaşmaların bulunduğu pazarlarda ortaya çıkacak toplam etkiler *(kumulativ Effekte)* nedeniyle, bu pazar payı oranları hem rakipler hem de rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar açısından %5 düşük hesaplanacaktır[862]. Uygulamada ABAD ve Komisyon bu düzenlemeyi sıkı bir şekilde yorumlarken, çoğu zaman %3-4 gibi daha düşük pazar payları dahi büyük ve etkili teşebbüsler veya özellikle oligopol pazarlar açısından, rekabeti sınırlayıcı etkiler için yeterli görülebilmektedir[863].

Duyuru ile sağlanan bu serbestlik rakip teşebbüsler arasındaki yatay ve rakip olmayan teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları için de geçerlidir. Bu nedenle bağlama anlaşmasına taraf teşebbüslerin hem bağlayan *(Primärmarkt)* hem de bağlanan *(Sekundärmarkt)* ürün pazarındaki pazar payı yatay anlaşmalar açısından, rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda %10, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar açısından ise %15 pazar payını geçmediği sürece, bu anlaşmalarda *de minimis* kuralından yararlanacaktır. Öte yandan benzer nitelikte anlaşmalardan oluşan paralel ağların bulunduğu pazarlarda, bu tarz anlaşmaların pazarın %30'undan fazlasını

---

[859] EuGH, 10.7.1980, Slg. 1980, s. 2229 *"Werbeverbot für Alkohol"*; EuGH, 7.6.1983, Slg. 1983, s. 1925 *"Musique Diffusion Française".*

[860] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 102.

[861] Pischel, 686. Ayrıca bkz. Komisyon, Önemsiz Rekabet Sınırlamaları Hakkında Duyuru, Nr. 11.

[862] Bkz. Komisyon, Önemsiz Rekabet Sınırlamaları Hakkında Duyuru, Nr. 8.

[863] Bu konuda verilmiş bazı kararlar için bkz. EuGH, 1.2.1978, Slg. 1978, 131, 149 *"Miller"* (% 5); EuGH, 10. 7. 1980, Slg. 1980, s. 2226, Nr. 28 *"Destillers Co"*; EuGH, 7. 6. 1983, Slg. 1983, s. 1825, Nr. 86 *"Pioneer"* (% 3.38); EuGH, 7. 6. 1983, Slg. 1983, s. 3151, Nr. 58 *"AEG"* (% 5); EuGH, 21. 2. 1984, Slg. 1984, s. 883, Nr. 19 *"Hasselblad"(Spesifik bir ürün için yüksek pazar payı);* EuG, 14. 7. 1994, Slg. 1994 II-549, Nr. 39 *"Parker"*; Komisyon Kararı, 5. 12. 1984, ABl. 1985 Nr. L 35/20, Nr. 26 *"Feuerversicherıng".*

kapsamaması gerekmektedir. Bu oranı aşmayan anlaşmaların etkilerinin hissedilir olmayacağı varsayılmaktadır[864].

Bunun tersi durumlarda ilgili anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkileri (ve aynı şekilde üye ülkeler arasındaki ticaretin sınırlanması) hissedilir olacağından, AEUV m. 101/1'de yer alan rekabet yasakları konusundaki kurallar uygulama alanı bulacaktır[865]. Çünkü rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşmalar her durumda üye ülkeler ulusal hukuk düzenlemelerine tabi olduğundan ve 1/2003 sayılı Tüzük ile AB antlaşmasında yer alan düzenlemelerden daha sıkı düzenlemeler yapma konusunda üye ülkelere de açıkça cevaz verildiğinden, üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlemeleri arasında bu konuda uygulanabilecek bir düzenlemenin varlığı halinde, yine de bir yaptırımla karşılaşabilecektir[866]. Sonuç olarak, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar veya hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında ortaya çıkan davranışlar üye ülkeler arasındaki ticareti sınırlamak açısından elverişli olmadıkları sürece, bunlar AB rekabet hukuku düzenlemeleri bağlamında değil, aksine üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlemelerine tabi olacaklardır[867].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4 hükmünde de rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu hükümdende anlaşılacağı gibi Türk Rekabet Hukuku uyglaması açısından da rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması gerekmektedir. Bu sonuca RKHK'nin "Kapsam" başlıklı 2.maddesinde yer alan düzenleme ile de ulaşmak mümkündür. Hükme göre; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar (…)"*ın Kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti etkileyen davranışlar yasaklanmıştır. Bu durum

[864] Bkz. Komisyon, Önemsiz Rekabet Sınırlamaları Hakkında Duyuru, Nr. 8. Bu anlamda Komisyon Duyurusu'nun aslında üye ülkelerin ulusal yargı organları ve idari makamları açısından bağlayıcı olmasa dahi, ABA m. 101'in rekabeti sınırlayan anlaşmalar açısından uygulanması hususunda her zaman başvurabilecekleri bir rehber niteliğinde olduğu söylenebilir. Bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 106.

[865] Fischer, s. 36; Jones ve Sufrin, s. 161; Whish, s. 134; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 189; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 1, Rdnr. 377.

[866] Bu anlamda "AB iç pazarı" boyutunda rekabetçi davranışlar açısından minimum bir standart oluşturma gayretleri, sonuçta bu konuda aynı zamanda maksimum bir standarta da ulaşılmasını sağlamıştır**.** Fischer, s. 35.

[867] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 262; Jofer, s. 74.

karşısında rekabeti sınırlayıcı etkileri önemsiz veya hissedilir olmayan anlaşmalar, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar için öngörülen yaptırımlarla karşılaşmayacaktır. Bu anlamda *de minimis* kuralı'nın Türk Rekabet Hukuku açısından da uygulanmasının önünde herhangi bir yasal engel bulunmadığı söylenebilir.

Bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar olan yaklaşımın bu yönde olmadığı söylenebilir. Örneğin Doğuş Otomotiv A.Ş'nin yapmış olduğu Porsche Yetkili Satıcılık ve Servis Sözleşmelerine bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği kararında[868], RKHK'nun günümüze kadar gelen uygulamasında rekabeti sınırlayan bir düzenlemenin Kanun'un 4.maddesi uyarınca *de minimis* sayılamayacağı ifade edilmiştir. Kurul aynı işlemin AB Komisyonu'na da bildirildiği ve Komisyon'un Porsche'nun pazar payının düşük olması nedeniyle *de minimis* kuralına başvurduğunu belirtirken, netice olarak Komisyon'un bu değerlendirmelerinin ülkemiz açısından uygulanabilir olmadığını belirtmiştir[869].

IV. YATAY BAĞLAMA ANLAŞMASI

Rekabet hukukunda bağlama uygulamaları, teşebbüsler arasındaki yatay bir anlaşma yoluyla, farklı ihtimaller bağlamında ortaya çıkabilir. Nitekim Rekabet Kurulu da bağlama uygulamaları konusunda verdiği bir Kararda[870], ticari hayatta bağlama uygulamalarının ortaya çıkabileceği farklı durumlardan birisinin de teşebbüsler arasında yapılan ve fakat dikey anlaşma niteliğini taşımayan bir anlaşma çerçevesinde, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması konusunda tarafların anlaşması suretiyle ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Ancak teşebbüsler arasında dikey nitelik taşımayan bir

[868] Rekabet Kurulu, 5. 4. 2007 tarih ve 07-30/297 sayılı karar.

[869] Benzer şekilde Rekabet Kurulu, Marks & Spencer plc. ve Marka Mağazacılık A.Ş. arasında yapılan dağıtım sözleşmesine ilişkin menfi tespit başvurusunu da herhangi bir analize dahi girmeden, RKHK'nin 4 maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Kurul teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilgili pazarı dahi belirlemeden, sadece sözleşmede yer alan bayiye bölge tahsisi, bölge dışına satış yasağı ve rekabet yasağı ile ilgili hükümlerin varlığını, başka bir şeye gerek olmaksızın, bunların "amacı"nın rekabeti sınırlamak olduğundan hareketle, sözleşmenin RKHK 4. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Ancak Kurul, aynı şekilde bu tarz anlaşmaların olumlu sonuçları da bilindiğinden, bu hükümlerin otomatik olarak grup muafiyetinden (bu olayda Franchise Tebliği) yararlandığını belirtmiştir. Rekabet Kurulu, 24. 8. 1999 tarih ve 99-39/413-265 sayılı Karar.

[870] Polaris Sigorta ve Reasürans Brokerlik Hizmetleri A.Ş. (Polaris), 2004 yılından bu yana Atateks Şirketler Grubu (Atateks)'nun sigorta brokerliğini yürütmekteyken, Atateks ile kredi ilişkisi içerisinde bulunan Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası)'nin Euroka Sigorta A.Ş. (Euroka Sigorta) ile uyumlu eylem içerisinde hareket ederek, Atateks'i Euroka sigorta için sigorta acenteliği hizmeti sunan Garanti Bankası'nın Merter Şubesi ile çalışmaya zorladığı ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası üzerine verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar *("Eureko Sigorta").*

anlaşmanın bulunması halinde, anlaşma taraflarının birbirinin rakibi olması ve rakibi olmaması şeklinde iki ihtimalin ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.

Eğer anlaşma tarafları birbirinin rakibi ise ve taraflar arasındaki anlaşma pazarda "birlikte hakim duruma" yol açmıyorsa, rekabet hukukunda "bağlama uygulaması" olarak adlandırılan spesifik bir ihlalden ziyade, "mal veya hizmetlerin arz koşullarının rakip teşebbüsler arasındaki bir irade uyuşması ile belirlenmesi" olarak tanımlanabilecek ve RKHK m. 4 kapsamında bir rekabeti bozucu anlaşma veya uyumlu eylemden bahsedilebileceği belirtilmiştir. Ancak teşebbüsler arasındaki anlaşma veya uyumlu eylemin birlikte hakim duruma yol açması durumunda, uygulama hem RKHK m. 4 kapsamında hem de RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilebilecektir[871].

Bağlama uygulamasının teşebbüsler arasındaki bir anlaşma kapsamında ortaya çıkabileceği ikinci ihtimal ise, "teşebbüslerin birbirinin rakibi veya müşterisi/sağlayıcısı olmadığı durumdur. Aslında bu ikinci ihtimal uygulamada oldukça ender rastlanan bir durum olup, taraflar açısından yatay anlaşmayı rasyonel kılan tek olasılık, teşebbüslerden birinin bağlayan ürün pazarında, diğerinin ise bağlanan ürün pazarında faaliyet göstermesi ve bağlama uygulamasının teşebbüsler arasındaki yatay bir anlaşma ile hayata geçirilerek elde edilen rantın paylaşılmasıdır. Ancak bu ihtimalde, bağlama uygulamasının hayata geçirilebilmesi için, teşebbüsler arasında bir anlaşma olmalıdır. Başka bir anlatımla, teşebbüsler arasındaki anlaşma ile bağlama uygulaması arasında açık bir illiyet bağı bulunması"[872] gerektiği belirtilmiştir.

Farklı pazarlarda faaliyet gösteren iki teşebbüs arasında bağlama uygulaması şeklindeki bir davranış *"Reysaş"* olayında[873] sözkonusudur. Rekabet Kurulu değerlendirmelerini RKHK m.4(f) yerine m.6/(c) kapsamında, ağırlıklı olarak "kaldıraç etkisi" (aktarma etkisi) açısından yaparken, somut olayda bağlamanın rekabeti sınırlayıcı bir davranış olmadığı sonucuna varmıştır. Bu olayda Reysaş, Bakanlık'tan alınan ruhsat kapsamında araç muayene hizmetlerini sunan TÜVTURK ile imzaladığı "Alt İşletim Sözleşmesi" kapsamında[874] alt işleteni olarak Eskişehir,

---

[871] Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 180 *(Eureko Sigorta").*

[872] Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 190 *(Eureko Sigorta").*

[873] Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009, 09-58/1405-367 sayılı Karar (*"Reysaş").*

[874] TÜVTURK, Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı ile yaptığı İmtiyaz Sözleşmesi kapsamında, münhasıran 2918 sayılı Karayolları Tarafik Kanunu, Yönetmelik ve diğer mevzuat hükümlerine uygun olarak karayolunda seyreden motorlu ve motorsuz araçların periyodik muayene işlemi ile Araçların İmal Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelik ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ilgili diğer yönetmelikleri kapsamında yapılması gerekli olan araç muayenelerini yapmakla görevli olup, bu anlamda TÜVTURK, sahip olduğu İmtiyaz Sözleşmesi çerçevesinde kara yollarında seyreden motorlu

Bartın, Kastamonu, Karabük ve Zonguldak illerini kapsayan bölgede taşıt muayene hizmetlerini sunan ve bu anlamda ilgili coğrafi pazarda yasal tekel konumundadır. Reysaş'a yönelik suçlama ise araç muayene hizmetleri pazarındaki hakim durumun sigortacılık pazarında kötüye kullanıldığı şeklindedir. Somut olaydaki davranışlar ise araç muayenesine gelecek kişilerin zorunlu trafik sigortası yapılması hususunda Sanset'e yönlendirilmesi, Sanset'ten sigorta yaptıran araçlara "kolaylık gösterilmesi" yönündedir.

Aktarma etkisi veya kaldıraç teorisi (leverage effect), bir pazarda sahip olduğu hakim durumunu ve bununla bağlantılı olarak da pazar gücünü bir diğer pazarda kötüye kullanma durumunda sözkonusudur[875]. Bunun için teşebbüsün hakim durumda olması yanında bağlayan ve bağlanan ürün pazarları arasında bir ilişkinin de olması gerekmektedir. Zorunlu mali sorumluluk (trafik) sigortası araç muayenesi açısından da ön koşul olup, sigortası olmayan bir araç muayeneye alınmamaktadır. Ancak Kurul'un yaptığı incelemeler sonucunda Reysaş'ın sigortacılık hizmetleri pazarında faaliyet gösteren herhangi bir iştiraki ya da bağlı teşebbüsü olmadığı, Reysaş Sigorta isimli bir sigorta şirketi veya acentenin de bulunmadığı tespit edilmiştir. Böyle bir durumda ise aktarma etkisinin gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü Reysaş'ın araç muayene hizmetleri (bağlayan ürün) pazarında yasal tekel konumu nedeniyle sahip olduğu pazar gücünü, sigorta hizmetleri pazarına (bağlanan ürün) aktarması da söz konusu olmayacaktır. Daha doğrusu aktarma etkisi açısından teşebbüsün bir güdüsü de olmayacaktır. Çünkü teşebbüs her iki ürün pazarında da faaliyet göstermemektedir. Bununla birlikte somut olayda aktarma etkisinin gerçekleşmesi için gerekli olan koşulların yokluğu, davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olmayacağı anlamına da gelmemektedir. Aktarma etkisi belirli koşullar altında ortaya çıkabilecek bir sonuç olduğundan, bağlama uygulamasının söz konusu olduğu her somut olayın aktarma etkisi açısından değerlendirilmesi de doğru değildir. Buna rağmen, Reysaş'ın davranışı hâkim durumun bağlama uygulaması ile kötüye kullanılması yasağı kapsamında RKHK m.6/(c) bendi kapsamında yine de incelenebilir. Çünkü teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışları ile Kanun'un birden fazla hükmünü ihlal etmeleri mümkündür.

---

ve motorsuz araçların periyodik muayene hizmetlerinin alt işletmeciler tarafından verilmesini sağlamak üzere belli bölgelerde üçüncü taraflar ile Alt İşletim Sözleşmeleri imzalamaktadır. Bu kapsamda 2007 yılında kurulan Reysaş ile de Eskişehir, Karabük, Kastamonu ve Bartın illerini kspsayan bir Alt İşletim Sözleşmesi imzalamıştır. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009, 09-58/1405-367 sayılı Karar, Nr. 140 (*"Reysaş"*).

[875] Aktarma etkisi ve rekabet üzerindeki etkileri konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. İkinci Bölüm/III.

Kanaatimizce somut olayda, farklı pazarlarda faaliyet göstermekle birlikte, bir hizmetin sunumunu, bir diğer hizmetin de kendisinin belirlediği bir teşebbüsten alınmasını öngören bir bağlama anlaşması veya müşterilerin bu yönde yönlendirildiği bir davranış sözkonusudur. Bu nedenle de olayın RKHK m.4 açısından değerlendirilmesi daha yerinde bir çözüm olacaktır. Çünkü sigorta şirketi *Sanset*'in bir görevlisinin de araç muayene istasyonunda bulunması, Reysaş'ın müşterilerden telefon ve iletişim bilgileri ile müşterisi oldukları sigorta şirketi hakkında bilgi talep etmesi, toplanan bu bilgilerin *Sanset*'e sağlanması, bu konuda TÜVTURK'e de yansıyan şikâyetler neticesinde TÜVTURK tarafından Reysaş'ın yazılı ve sözlü olarak uyarılması gibi bütün gelişmeler[876] bir arada değerlendirildiğinde, tarafların ilgili pazardaki davranışları açısından, bir danışıklılık ilişkisinin varlığı akla gelmektedir[877]. Aksi durumda, ilgili davranışların rasyonel bir gerekçesi de olmayacaktır[878]. Bu durumda Rekabet Hukuku anlamında bir "anlaşma"nın varlığından söz edilebilir.

Daha önce de belirtildiği üzere, rekabet hukuku açısından anlaşma kavramı, bilinen klasik anlamından daha geniş bir manada kullanılmakta olup, bu anlamda anlaşma, birden fazla teşebbüsün belirli konular üzerinde kendi aralarında anlaşmış olması ve kendilerini bu anlaşma ile bağlı hissetmeleridir. Dolayısıyla rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma ile kastedilen husus, medeni hukuk ve borçlar hukuku hükümlerine göre geçerli bir anlaşma olarak da anlaşılmamalıdır. Bu konuda belirleyici ve önemli olan tarafların kendilerini bu anlaşma konusunda bağlı hissetmeleridir. Doktrinde de belirtildiği üzere, rekabet hukukunda anlaşma kelimesinin kullanılması ile teşebbüsler arasındaki hukuki bir sonuca yönelmeyen bir uzlaşmanın da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olup, bu nedenle de sözleşmeden daha geniş bir anlam ifade eden "anlaşma" kelimesi kullanılmıştır. Bu

---

[876] Aynı zamanda müşteri aramaları da Sanset tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu davranışlar, Reysaş ile bu acente (Sanset) arasında ortaklık dışında başka bir menfaat ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009, 09-58/1405-367 sayılı Karar, Nr. 590 (*"Reysaş")*.

[877] Hatta Reysaş hakkında yürtülen ve yukarda bahsi geçen önaraştırma sürecinde, 6. 11. 2009 tarihinde Reysaş'ın merkezinde yapılan araştırma sırasında, ön araştırmayı yürüten Rekabet Kurumu çalışanlarının karşılaştığı bazı engellemeler nedeniyle, 11.11.2009 tarihinde Rekabet Kurulu'nun 9-54/1320-M sayılı Kararı ile "Reysaş'ı yerinde incelemeyi geciktirip zorlaştırması nedeniyle" hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 11.11.2009 ve 9-54/1320-M sayılı Karar. Öte yandan "masumluk karinesi" evrensel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, bir teşebbüsün "sektör düzenleyici Kurum" olarak Rekabet Kurulu tarafından hakkında verilen ön araştırma kararı çerçevesinde yapılan incelemeyi engellemeye çalışması, bu konuda zorluklar çıkarması ise ilginç bir durum olsa gerek.

[878] Yine kararda vurugulandığı üzere, taraflar arasındaki bu bilgi alışverişi açısından, *"Sanset görevlisinden edinilen bilgilere göre Sanset ile Reysaş arasında başka bir hizmet alışverişinden kaynaklanan bir ilişki bulunmaktadır."* şeklinde bir değerlendirme lmakla birlikte, bu ilişkinin ne olduğu konusunda açık bir bilgi yer almamıştır. Bkz. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009, 09-58/1405-367 sayılı Karar, Nr. 600 (*"Reysaş")*.

anlamda tarafları bağlamayan ve borç altına sokmayan bir mutabakat da, rekabet ihlalinin bulunması halinde, rekabet hukuku kurallarına tabi olacaktır[879]. Başka bir anlatım ile bu konuda hukuki bir sonuca yönelen irade beyanının varlığı şart değildir. Hukuki bir sonuca yönelmeyen bir irade beyanı, uzlaşma veya mutabakat ile de rekabet ihlali meydana geldiğinden, bu durum da rekabet hukuku kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirilerek yaptırım uygulanacaktır[880].

Dolayısıyla bu olay açısından RKHK m.4(f) kapsamında, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki bir anlaşma ile bağlama uygulamasına gidilmesi sözkonusudur. Taraflar arasında böyle bir anlaşmayı rasyonel kılan olasılık ise, daha önceki bir Rekabet Kurulu kararında belirtildiği gibi[881], elde edilecek rantın paylaşılmasıdır. Böyle bir amaç olmasa dahi, en nihayetinde bağlanan ürün pazarındaki teşebbüs (Sanset), bağlama uygulaması neticesinde kendisine yönelecek müşteriler ile rakipleri karşısında finansal açıdan daha güçlü bir konuma gelmek suretiyle, bu şekilde kendisine pazarda bir rekabet avantajı elde edecektir.

Şüphesiz böyle bir davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin de hisedilir olması gerekmektedir. Bu anlamda Kurul kararında da belirtildiği üzere, rekabet üzerindeki olumsuz etkiyi görebilmek için rakiplerin pazardan çıktığına, pazardaki yoğunlaşma oranlarında artış olduğuna veya rakiplerin maliyetlerini artırma veya önemli stratejik avantajlar elde etme yoluyla pazara giriş engellerinin artmış olduğuna dair tespitler önem kazanmaktadır. Ancak bu davranışın 6 ay gibi "kısa" bir zaman dilimini kapsaması ve sigorta pazarının küçük bir bölümünün bu durumdan etkilenecek olması nedeniyle, uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin önemli olmayacağı sonucuna varılmıştır[882].

A. AEUV Madde 101/1 (e) Açısından Bağlama Anlaşması

Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında bağlama uygulaması AEUV m. 101/1(e) ve RKHK m. 4 (f) bendi çerçevesinde "teknik bilgi" *(Know-how)* ve fikri mülkiyet korumasından yararlanan haklar da dahil olmak üzere, malların veya fikri mülkiyet konusu hakların yanında hizmetlerin de farklı şekillerde bağlanmaları ile ortaya çıkabilir[883]. Bu durum sadece malların

[879] Bu konuda bkz. Gürzumar, Geçersizlik Rejimi, s. 3-5.
[880] Güven, s. 126; İnan ve Piker, s. 26; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 1, Rdnr. 81-82; Whish, s. 92; Jones ve Sufrin, s. 127.
[881] Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 190. *(Eureko Sigorta").*
[882] Bkz. Rekabet Kurulu, 9.12.2009, 09-58/1405-367 sayılı Karar, Nr. 720. (*"Reysaş").*
[883] Veltrop, s. 554.

mallarla veya fikri mülkiyet konusu malların birbiriyle ve hatta malların fikri mülkiyet konusu haklarla birlikte bağlanmasını da kapsayabilir. Öte yandan bu durumun tersi de geçerlidir[884].

1. Hükmün Uygulama Alanı

Daha önceden de belirtildiği üzere, AEUV m. 101/1(e) anlaşmaların ek bir edimin de anlaşma taraflarınca yerine getirilmesi koşuluna bağlanmasını düzenlemektedir. Ancak hükmün sadece teşebbüsler arasındaki anlaşmaları mı yoksa alıcı veya satıcı arasında bireysel bir bağlama uygulamasını da mı kapsadığı konusu tartışmaladır[885]. Bununla birlikte, AEUV m.101/1(e) hükmünün öncelikle teşebbüsler arasındaki yatay bağlama anlaşmaları yanında, alıcı ve satıcı arasındaki dikey bir anlaşma kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulmalarını da kapsadığı kabul edilmektedir[886]. Yatay bir anlaşma ile taraf teşebbüsler belirli ürünlerin sadece birlikte satılmasını kararlaştırabilirler. Örneğin cam ambalajın *(Verpackungsglas)* sadece teslim yerine ücretsiz ulaşım koşulu ile satılması gibi[887]. Benzer şekilde bağlama aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenen bir dikey bir anlaşma kapsamında da ortaya çıkabilir[888]. Her iki durumda da bağlama anlaşması ilgili teşebbüslerden en az birisinin kendi sunumunu belirleme ve bu anlamda ticari faaliyet özgürlüğünü sınırladığından, AEUV m.101/1(e) hükmüne aykırıdır[889].

AEUV m. 101/1(e) hükmü esasen rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından uygulanabilir. Bu bağlamda her iki ürünün bir satıcı veya aynı satıcıyla ilişkilendirilmesi durumunda esasen bir bağlama anlaşması da söz konusu değildir. Bu açıdan bireysel bir bağlama uygulamasının da bu hüküm kapsamında değerlendirimesi hususunda AEUV m. 101/1(e) hükmünün lafzından bir sonuç çıkmamaktadır. Dolayısıyla bir teşebbüsün bireysel pazar politikası çerçevesinde ürünleri bağlı satmaya karar vermesi ve alıcılarına bu yolda uygulamalar yapması rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadan ziyade, kural olarak, koşulları varsa hakim durum kapsamında, tek yanlı davranışlar açısından değerlendirilebilir. Bununla birlikte örneğin, patent lisansı almak isteyen kişiye, gerekli olan makinelerin lisans veren

[884] Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agrements, s. 3; Fischer, s. 27; Christian Klawitter ve Thomas Lübbig, **Lizenzverträge und Kartellrecht**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, s. 98.
[885] Burkert, s. 352.
[886] Burkert, s. 353.
[887] Komisyon Kararı, ABl. 1974 L 160/1, s. 14 *("IFTRA-Verpackungsglas)."*
[888] Bkz. Üçüncü Bölüm/V vd.
[889] Burkert, s. 353.

tarafından belirlenen bir teşebbüsten alınması yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bir bağlama anlaşmasından söz edilebilir[890]. Dolayısıyla AEUV m.101/1(e) veya RKHK m. 4(f) kapsamında bir bağlama anlaşmasından bahsedebilmek için, birden fazla teşebbüsün taraf olduğu bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin varlığı gerekmektedir.

Öte yandan sadece satışları destekleyici, sürümü artırıcı nitelikte, ekonomik açıdan pazarı canlandırıcı etkisi olan özel indirim veya teşviklere başvurmak, bir ticari uygulama açısından farklı iki ürün ve bu anlamda bir ürün bağlama uygulamasının varlığı anlamına gelmemektedir[891]. Aynı zamanda ürünlerin veya hizmetlerin bu şekilde birlikte satılması ürün veya kalite güvenliği açısından objektif açıdan haklı bir nedenden kaynaklanıyorsa, bağlama uygulamasının hukuka aykırılığı da söz konusu olmayacaktır. Bu durum, özellikle lisans konusu bir ürünün sorunsuz ve aynı kalitede üretilmesi açısından belirli bir hammadde veya ana ürünün kullanılmasının gerekli olduğu lisans sözleşmeleri açısından daha belirgindir[892]. Ancak lisans konusu bir makinenin ilgili üretim için gerekli olan hammaddenin de alınması koşulu ile verilmesi, lisans alanın bağlanan ürünü başka bir tedarikçiden satın alma özgürlüğünü sınırladığı için rekabete aykırıdır[893]. Bu durumda patent konusundaki yasal korumanın bir diğer pazara da yayılması sözkonusu olduğundan, bu pazarda faaliyet gösteren üçüncü taraf teşebbüs veya teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğü de sınırlanmış olmaktadır.

Bununla birlikte, bağlama uygulamasına giden teşebbüs ile rakipleri arasında bağlayan ürün pazarında yeterli bir rekabet bulunuyorsa, bağlama anlaşması ile alıcının sözleşme ve seçme özgürlüğünün sınırlanması da sözkonusu olmayacaktır. Bu durumda bağlama anlaşması ile AEUV m.101/1(e) bağlamında rekabetin sınırlanmasından da söz edilemeyecektir. Aynı zamanda böyle durumlarada alıcı açısından sözkonusu ürünleri ayrı satın alabileceği başka bir satıcı veya tedarikçi bulmaktan başka seçenek de kalmayabilir. Fakat bu konuda da gözden kaçırılmaması gereken asıl husus, yeni bir tedarikçi bulma ve ondan ürünü satın almanın, alıcı açısından genelde ek maliyet gerektirmesidir. Çünkü ilgili ürünün temin edileceği satıcı, alıcı için uzak bir yerde olabilir ve bu durum alıcı açısından

[890] Komisyon Kararı, 12.07.1985, ABl. 1985 s. 233, Nr. 28 *"Velcro/Aplix"*.
[891] Ancak gerek ABAD ve gerekse öğreti tarafından da kabul edildiği gibi, indirim sistemleri ve özellikle sadakat indirimleri, hakim durum veya pazar gücüne sahip bir teşebbüs tarafından uygulandığı zaman pazarda yarattıkları "çekim etkisi" (Sogwirkung) nedeniyle bağlama uygulaması gibi etki gösterebilmektedirler. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/V.
[892] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.
[893] Burkert, s. 353.

çoğu zaman zahmetli bir çaba da gerektirebilir. Ancak somut olaya göre ortaya çıkan bu değiştirme maliyetleri *(Wechselkosten)* sözleşme özgürlüğünü ihlal edecek düzeyde rekabeti hissedilir ölçüde sınırlayan bir etkiye neden olabilecek maliyetler olarak da görülmeyebilir. Çünkü sözleşme tarafını değiştirmekle ortaya çıkan bu ek maliyetler, aslında bir yerde rekabetin doğası gereği ortaya çıkan durumlardır. Bu nedenle alıcı açısından farklı satıcılar bağlamında, ilgili ürünü seçme ve kendisi açısından en uygun sunumu kabul etme, yani alıcının seçme özgürlüğü ile satıcının sunum özgürlüğü arasındaki denge açısından bakıldığında, rekabet her durumda bunun üstesinden gelebilecek bir süreç olarak da görülmektedir[894].

ABAD'ın içtihatlarına bakıldığı zaman, AEUV m. 101/1 bağlamında bir anlaşma yoluyla ilgili teşebbüslerden veya potansiyel rakiplerden birisinin ekonomik faaliyet özgürlüğü kısıtlandığı zaman, bu durum aynı zamanda rekabetin sınırlanması anlamına da gelmektedir[895]. Özellikle dikey anlaşmaların söz konusu olduğu birçok olay açısından, üçüncü bir pazar katılımcısının ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlanması da sözkonusu olduğundan, gerek anlaşmanın taraflarından birisi ve gerekse üçüncü bir taraf açısından AEUV m. 101/1 açısından bir rekabet sınırlaması bulunmaktadır. Dolayısıyla sözleşme taraflarının rekabet özgürlüğünün korunması yanında, bağlama anlaşmaları konusundaki yasağın bir diğer amacı da özellikle üçüncü taraf teşebbüsler açısından pazara girişin açık tutulmasıdır[896]. ABAD'a göre, bir davranışın üçüncü taraflar üzerindeki rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının varlığı vazgeçilmez unsurlardır. Mahkeme rekabeti sınırlayıcı davranışları tarafların somut olaydaki davranışları kapsamında bir bütün olarak ve aynı zamanda üçüncü tarafın ticaret özgürlüğünü de dikkate alarak değerlendirmiştir[897].

2. AEUV m. 101/1 (e) ve m. 102/d Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından AEUV m.102 ve hakim durumun kötüye kullanılması yasağı bağlamında tek yanlı davranışlar açısından AEUV m.102 arasındaki ilişkiye değinmek gerekirse; her iki hüküm açısından da esas amacın iç

---

[894] Fischer, s. 29.
[895] EuGH, 16.12.1975, Rechtssache C- 40/73, Slg. 1975, s. 1665, Nr. 4. *"Suiker Unie v Kommission"* ; EuGH, 14.7.1981, Rechtssache C- 172/80, Slg. 1981, s. 2031, Nr. 14, *"Gerhard Züchner v Bayerische Vereinbank AG".*
[896] Eroğlu, s. 162.
[897] EuGH, Slg. 1970, s. 701, *"Chemiefirma"* ; EuGH, Slg. 1999, I-135, s. 177, *"Bagnasco".* Bu anlamda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar en başta anlaşmaya taraf teşebbüsün ticaret özgürlüğünü ve bununla da bağlantılı olarak rakip teşebbüslerin ürünlerinin satışını engellediğinden, AEUV m. 101/1 açısından rekabete aykırıdırlar. Fischer, s. 29.

pazarda rekabeti sınırlayıcı davranışların engellenmesi düşüncesi olduğu söylenebilir. AEUV m. 101 teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi olan yatay (kartel) ve dikey anlaşmaları yasaklarken, AEUV m. 102 hükmü ise hakim durumdaki teşebbüslerin bu durumlarını rekabet karşıtı davranışlar ile kötüye kullanmaları yasaklanmaktadır. Ancak AEUV m.101/1 hükmüne aykırı rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından AEUV m.101/3 hükmü ile muafiyet olanağı söz konusu olmakla birlikte[898], AEUV m.102 hükmünü ihlal eden davranışlar açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Her iki hükmün asıl hedefi aynı zamanda diğer teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğüne karşı yapılan ve rekabet yoluyla kontrolü mümkün olmayan davranışların engellenmesi düşüncesidir. Her ne kadar bu düzenlemeler farklı davranışlara yönelik uygulanacak kurallar gibi düşünülse de, burada nihai amaç rekabet hukuku düzenlemeleri ile iç pazar hedefine ulaşmak için rekabetin, deyim yerindeyse, bir kurum olarak korunmasıdır. Dolayısıyla bu hükümleri birbirine karşı veya tamamen farklı düzlemlerde yer alan kurallar bütünü olarak değerlendirmemek gerekiyor. AEUV m. 101 ve m. 102 düzenlemeleri arasında çoğu zaman bir "hakların yarışması" durumu olduğu [899], eğer somut olay açısından her iki hükmün uygulanması için gereken koşullar bulunuyorsa, bu durumda her iki hükmün birlikte uygulanabileceği de savunulmaktadır[900]. Bu nedenle AEUV m. 101 ve m. 102 bağlamında, hakim durumdaki teşebbüs yanında, rakipleri, alıcıları ve tedarikçileri arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yoluyla pazar gücünün kötüye kullanılması durumları açısından, bir hakların yarışması durumunun varlığından söz edilebilir[901].

Öte yandan her iki hüküm açısından da dikkat çeken bir diğer husus ise, bağlama uygulamalarının, *"anlaşmanın niteliği"* ya da *"ticari teamül"* gereği anlaşmanın konusu ile bağdaşmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanmasıdır. Çünkü iki farklı ürünün birlikte satılması anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği ise bu durumda somut olay açısından haklı bir neden söz konusu olup, kural olarak, bağlama uygulaması rekabete aykırı değerlendirilmeyecektir. Ancak uygulamada bu haklı nedenlerin dahi hem AB

[898] Bununla birlikte, öğretide bazı görüşlere göre AEUV m.101/1 ve AEUV m. 101/3 arasındaki ilişki konususnda tam bir görüş birliği olmadığı belirtilmiştir. Genel olarak burada bir "rule of reason" analizinin varlığı kabul edilmekle birlikte, bu konuda AB Mahkemelerinin bu ilişki üzerine bazı açıklama girişimleri olmakla birlikte, Komisyon ve öğreti açısından bu yönde önemli bir çaba olmadığı belirtilmiştir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Leupold ve Weidenbach, s. 1003.
[899] Glöckner**,** s. 218; Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 81, Rdnr. 38.
[900] Fischer, s. 49.
[901] EuGH, Slg. 1979, s. 535, Nr. 80, *"Hoffmann-La Roche".*

Komisyonu ve hem de ABAD tarafından oldukça dar ve sıkı bir şekilde yorumlandığı söylenebilir.

B. RKHK Madde 4 (f) Açısından Bağlama Anlaşması

Mehaz AEUV m. 101 hükmüne benzer şekilde, RKHK m. 4 hükmüne göre de rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu durumlar RKHK'nin 4. maddesinin (a) ve (f) bentleri arasında örnekseyici bir şekilde sayılmıştır. RKHK m.4(f) bendi bağlama anlaşmaları ile ilgilidir. Bu hükmün temelinde de, AEUV m. 101/1 hükmü gibi, öncelikle alıcı konumundaki teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünün korunması düşüncesi yatmaktadır. Çünkü teşebbüsler arasındaki dikey bir anlaşmada yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar, aynı zamanda alıcı konumundaki teşebbüsün ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayabilecek davranışlardır.

Örneğin bir makine ile ilgili lisans sözleşmesinin bu makine ile üretilecek ürün için gerekli olan hammaddenin de alınması koşuluna bağlanması durumunda, alıcı konumundaki teşebbüsün hammaddeyi pazarda rekabet ortamında başka bir teşebbüsten satın alma özgürlüğü sınırlanacaktır. Burada aynı zamanda pazarda sadece hammadde satan teşebbüslerin ticari faliyetlerinin sınırlanmasına yönelik bir davranış da sözkonusudur. Dolayısıyla bu düzenleme ile aynı zamanda, pazarda rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilecek nitelikte çeşitli eylem ve işlemlerin önüne geçilmek suretiyle, üçüncü taraf veya potansiyel rakiplerin girişi açısından pazarın açık tutulması düşüncesinin de olduğu söylenebilir. Benzer şekilde pazarda A ve B ürünlerini üreten iki teşebbüsün yaptıkları bir anlaşma ile A ve B ürününü birlikte satmaya başlamaları durumunda, sadece A veya sadece B ürününü üreten teşebbüslerin ticari faaliyetleri zorlaşacaktır.

Daha önce AB hukukundaki tartışmalar açısından da değinildiği üzere, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma kapsamında ilgili teşebbüslerden veya potansiyel rakiplerden birisinin ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanması, aynı zamanda pazardaki rekabetin de sınırlanması anlamına gelmektedir[902]. Özellikle dikey anlaşmaların sözkonusu olduğu birçok olay açısından, bağlama şeklindeki sınırlamalar aynı zamanda üçüncü taraf bir pazar katılımcısının ekonomik faaliyet özgürlüğünü sınırlama potansiyeli de taşımaktadır. Bu durumda gerek anlaşmanın

[902] EuGH, 16.12.1975, Rechtssache C- 40/73, Slg. 1975, s. 1665, Nr. 4. *"Suiker Unie v Kommission".*

taraflarından birisi ve gerekse üçüncü taraf açısından RKHK m.4/1 açısından bir rekabet sınırlaması da sözkonusu olabilecektir.

Bağlama anlaşmaları konusundaki yasak bir yandan anlaşma taraflarının rekabet özgürlüğünün korunmasını sağlarken, diğer yandan ise üçüncü taraf teşebbüsler açısından pazarın açık tutulması[903] hedefi bağlamında, bunların ekonomik faaliyet özgürlüğünün korunmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla RKHK m.4 hükmü esasen teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile bağlama uygulamasına gidilmesi durumunda uygulanacaktır. Bu anlamda ilgili davranış açısından tarafların çokluğu ve taraflar arasında bu yönde bir "anlaşma"nın varlığı gerekmektedir. Böyle bir anlaşma sonucunda rekabetin sınırlanması rakip teşebbüsler arasındaki bir kartel anlaşması ile olabileceği gibi, üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey bir anlaşma kapsamında da gerçekleşebilir.

Rekabet Kurulu, *Liman AŞ ve Densay AŞ* Kararında[904], Aliağa Nemrut Körfezi'nde bulunan Çukurova Limanı'nı işleten Liman A.Ş'nin liman sözleşmesine koyduğu bir hükümle, işletmekte olduğu limana yanaşacak gemilerin acente olarak sadece Densay A.Ş.den hizmet alması şeklindeki uygulamayı, RKHK m.4(f) hükmüne göre rekabete aykırı bir bağlama anlaşması olarak değerlendirmiştir.

Kurul'a göre, "uygulamada geminin acentesinin kim olacağı hususu armatör ile yük sahibi arasında yapılan navlun sözleşmesinde belirlenmekte olup, limanın acenteyi yük sahibi ile akdettiği liman sözleşmesinde belirlemesi usulü bir ticari teamül olmadığı gibi, işin gereğinden kaynaklanan bir durum da değildir. Dolayısıyla burada, liman hizmetlerinden faydalanmak isteyen yük sahibi veya armatöre, ticari teamüllere de aykırı olarak acentelik hizmetinin Densay A.Ş.'den satın alma şartı getirilmesi şeklindeki bağlama uygulaması, rekabeti asıl olarak gemi acenteliği pazarında bozan bir davranış" olarak tanımlanmıştır[905].

Rekabet Kurulu'nun bu kararı aslında ilk bakışta sanki hakim durumun kötüye kullanılması olarak görünse de, aslında rakip olmayan teşebbüsler arasındaki bir anlaşma yoluyla başvurulan bir bağlama uygulaması olarak değerlendirilebilir. Çünkü taraflardan birisi liman işletirken, diğer taraf ise limana yanaşacak gemilere acentelik hizmeti vermektedir. Fakat böyle bir durumda taraflar arasındaki davranışı veya anlaşmayı rasyonel kılan husus önemlidir. Liman A.Ş.nin

[903] Eroğlu, s. 162.
[904] Rekabet Kurulu, 16.02.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar.
[905] Rekabet Kurulu, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar, s. 18.

Çukurova Limanı'nda hakim durumda olduğu belirtildiğine göre, eğer Liman A.Ş. ile Densay A.Ş. aynı ekonomik bütünlük içinde iseler, bu durumda bağlama uygulaması ile bir pazarda sahip olunan hakim durumun (liman hizmetleri, bağlayan ürün) bir diğer pazarda kötüye kullanılması (acentelik hizmet, bağlanan ürün) sözkonusu olacaktır. Ancak taraflar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilmediğine göre, bu durumda rakip olamayan teşebbüsler arasında bir bağlama anlaşması sözkonusudur. Böyle bir anlaşmayı rasyonel kılan olasılık ise tarafların ilgili pazardaki rantı birlikte paylaşma amacıdır. Başka bir anlatımla hakim durumda olan Liman A.Ş.nin faaliyet göstermediği bir pazardaki rekabeti sınırlayacak şekilde hakim durumunu kötüye kullanması rasyonel değildir. Çünkü böyle bir davranış ne rakiplerine karşı bir etki taşımakta ne de hakim durumunu sağlamlaştırmaya yöneliktir. Sonuç olarak eğer kendisi ile hukuki veya ekonomik bütünlük içinde faaliyet gösteren bir teşebbüs lehine bu davranışa başvursaydı, bu durumda hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilirdi. Hatta bu durumda ilgili anlaşmanın dikey anlaşmalar açısından da değerlendirilmesi söz konusu olabilirdi. Aksi durumda rakip olmayan teşebbüsler arasında bir yatay anlaşma sözkonusudur.

Öte yandan böyle bir bağlama anlaşması açısından hukuka uygunluk nedenlerine bakıldığında bu durumun anlaşmanın niteliği veya ticari tamül gereği oladığı belirtilmiştir. İlgili pazardaki ticari teamül veya uygulamaya göre, geminin acentesinin kim olacağı hususu, armatör ile yük sahibi arasında yapılan navlun sözleşmesine göre belirlenmesine rağmen, somut olayda limanı işleten teşebbüs, liman hizmetinden yararlanmak isteyen yük sahibi ile akdettiği anlaşmada acenteyi de sözleşmesel bir yükümlülük ile belirlemektedir. Liman A.Ş'nin Çukurova Limanı'nda tekel konumunda olduğu gerçeğinden hareket edilirse, bu durumda yük sahibi sözleşmesel bir zorlama nedeniyle bağlamayı kabul etmektedir. Aynı zamanda bu uygulama ile rakip acenteler zamanla pazardan dışlandığı için, pazar kapama sorunu nedeni ile yük sahibi açısından çalışabileceği başka bir acente de kalmamaktadır. Bu durumda yük sahibi, ya bağlama uygulamasını kabul edip liman işletmecisinin belirttiği acente ile çalışacak veya başka bir limandan bu hizmeti almaya çalışacaktır. Her ne kadar diğer limanlar alternatif hizmet sağlayıcısı olarak düşünülse de, bağlama uygulamasının ortaya çıktığı limanın kendine özgü yapısı (örneğin kullanılan makinelerin özelliği, ulaşım olanağı) veya taşıdığı yükün niteliği ya da geminin özellikleri nedeniyle bu limandan hizmet almak dışında başka

seçeneği olmayan müşteriler için bağlama uygulaması zorlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

1.Hükme Yönelik Eleştiriler

a. Genel Olarak

RKHK m. 4(f) hükmü de rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile ortaya çıkabilecek bir bağlama anlaşmasını düzenlemekedir. Ancak bu hüküm ile mehaz AEUV m. 101/1(e) hükmü karşılaştırıldığı zaman, m. 4(f) bendi ifadelerin şekil bakımından düşük ve kapsam bakımından da dar olması nedeniyle eleştirilmiştir[906]. Ayrıca uzun ve ayrıntılı bir düzenleme olmasına rağmen, mehaz düzenlemeye göre ifade şeklinin çok başarılı olduğu da söylenemez. Bunula birlikte her durumda bu hükmün muhatabı, rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak bağlama anlaşmaları ve bu anlamda teşebbüslerdir. Başka bir ifadeyle hükmün asıl amacı, bir anlaşmanın yapılmasının anlaşma ile ticari teamül veya nitelik bakımından ilgisi bulunmayan ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlanmasının engellenmesidir. Aynı şekilde düzenlemeye kaynaklık eden AEUV m. 101/1(e) hükmünde de *"anlaşmanın yapılmasının bir tarafın anlaşma konusu ile ne ticari teamül ne de nitelik itibariyle hiçbir bağlantısı olmayan ek edimlerin kabul edilmesine bağlanması"* yasaklanmıştır[907].

Her iki hükümde esasen aynı amaca yöneliktir: Hem teşebbüsler arası yatay (kartel) ve hemde dikey bir anlaşama ile ortaya çıkan bir bağlama uygulaması sonucunda rekabetin sınırlanmasının önlenmesidir. Öncelikle pazarın açık tutulması ile birlikte etkin bir rekabetin sağlanması ve aynı zamanda üçüncü tarafların ticari faaliyet özgürlüğünün de korunması öngörülmektedir. Öğretide de belirtildiği üzere AEUV m. 101/1(e) hükmü daha açık ve anlaşılır bir düzenleme olmasına rağmen, RKHK m. 4(f) bendi ise, belki de daha ayrıntılı ve kapsayıcı bir düzenleme yapma[908] kaygısı ile eleştirilir hale gelmiştir. Gerçekten de 4.maddenin (f) bendi, maddenin diğer bentlerine göre daha uzun ve karışıktır. Bent içinde sürekli tekrarlanan kelimeler bulunmaktadır. Hatta aynı cümle içerisinde beş kez

---

[906] Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Davranışlar ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, s. 238.
[907] Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Ünlüsoy, s. 43.
[908] Badur'a göre de ayrıntılı ve açıklayıcı bir düzenleme yapılmaya çalışılmışsa da bu, bendin içeriğini sınırlamıştır. Bkz. Emel Badur, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, Rekabte Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 8, Ankara 2001, s. 108.

"mal veya hizmet" ibaresinin yer almasının da hükmü gramatik açıdan sorunlu yaptığı söylenebilir.

Bununla birlikte hükmün bu eleştriye açık yapısı açısından kanun koyucunun kısmen özensizliği yanında, düzenlemenin geniş kapsamlı olmasına yönelik kaygılar da etkili olmuş olabilir. Bilindiği gibi mehaz AEUV m. 101/1(e) hükmü daha kısa ve öz olup, hükmün her durumda teşebbüsler arasındaki yatay veya kartel anlaşmalar yanında, aynı zamanda dikey anlaşmaları da kapsadığı hem öğreti, hem de AB Komisyonu ve Mahkemeleri tarafından verilen kararlarda kabul edilmektedir[909]. Öte yandan RKHK m.4(f) bendinin ilk cümlesi zaten *"anlaşmanın niteliği ve ticari teamüllere aykırı olarak, bir ürünle birlikte bir diğer ürün veya hizmetin alınmasına"* yönelik zorlayıcı uygulamaları yasaklamaktadır. Devamında ise aracı teşebbüslere benzer konuda getirilebilecek olası ek edimlerin yasaklanması sözkonusudur. Dolayısıyla burada kanun koyucunun aslında dikey anlaşmalarda yer alabilecek bu tarz sınırlamlara yönelik bir önlem de öngördüğü söylenebilir.

b. Hükmün Kapsamına Yönelik Eleştiriler

Öğretide bazı yazarlar RKHK m. 4 (f) bendini kapsam açısından da eleştirmişlerdir. Örneğin Aslan, "düzenlemenin başarısız ve rahatsız edici niteliği dışında, aynı zamanda olması gerekenden daha dar bir alanı kapsadığını belirtmiştir[910]. Buna göre, bentte sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili "ek yükümlülükler" düzenlenmiş olması dahi, farklı ek yükümlülükler yüklemeyi kapsam dışı bırakmaktadır. Yazar hükmün amacının, bir sözleşmenin yapılmasını sözleşme ile ne ticari teamül bakımından ne de nitelik bakımından ilgisi bulunan ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlanmasını engellemek olması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin iki işletmenin kendilerinden buzdolabı satın alacak toptancılara buzdolabının yanında otomatik çamaşır makinası da satın almaları koşulu ile satış yapmak konusunda anlaşmaları, toptancının çamaşır makinesini başka bir yerden satın alma özgürlüğünü ortadan

[909] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB Einleitung, Rdnr. 30.
[910] ABA m.101/1(e)'de yer alan benzer düzenlemeye göre, "sözleşmenin yapılmasını diğer taraflarca bu gibi sözleşmelerin ne konusuyla ne ticari teamül bakımından ne de nitelikleri bakımından ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabul edilmesine bağlanması" rekabeti sınırlayıcı bulunmaktadır. Aslan'a göre, RKHK'nın 4.madde f bendinde bu tarz kapsayıcı ve güzel bir ifadenin kullanılması kanun yapma tekniği açısından daha uygun olacaktır. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 245.

kaldırması nedeniyle rekabeti sınırlayıcı olup, bu durumun engellenmesi gerektiğini[911] belirtmiştir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise bağlama uygulamalarının farklı bir görünümü olarak, bağlı ürünün satımı yerine teşhir edilmesi, yani reklam ve tanıtımının yapılması şartının öngörülmesidir[912]. Örneğin alıcı tarafından talep edilen bilgisayarın satışı, satıcı tarafından yazıcının teşhiri koşuluna bağlanıyorsa, bu durum hem alıcının ticaret özgürlüğünün, hem de yazıcı piyasasındaki rekabetin sınırlanması nedeniyle rakipler açısından dışlayıcı etkilere yol açacaktır. Benzer sonuç Aslan'ın verdiği örnekte yer alan ve buzdolabı üreten iki teşebbüsün buzdolabı satışını aynı zamanda ürettikleri çamaşır makinalarının alımına bağlaması durumunda da geçerlidir. Hatta bu teşebbüsler alıcıdan buzdolabı karşılığında kendi çamaşır makinalarına servis ve bakım hizmeti de sunulması koşuluyla satsalar, bu davranışın dahi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (f) bendinde yer alan düzenleme kapsamında bir bağlama uygulaması olarak değerlendirilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[913]. Çünkü her iki örnekte de anlaşmaya taraf olmayan üçüncü bir pazar katılımcısının ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanması sözkonusudur. Dolayısıyla böyle durumlarda bağlama uygulaması "üçüncü pazar" *(Drittmarkt)* üzerinde ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması durumunda hukuka aykırı olacaktır.

Öte yandan bağlama uygulamaları veya bu etkiyi doğuran ticari pratikler sadece burada tartışılan durumlarla sınırlı değildir. Zaten böyle bir yaklaşım rekabet hukukunun niteliğine de aykırıdır. Nihayetinde rekabet dinamik bir süreç olup, piyasaların değişen ve gelişen yapısı karşısında, daha önceden öngörülemeyen yeni ve karmaşık ticari pratiklerin günlük yaşamda ortaya çıkması her zaman mümkündür. Özellikle teknolojik veya yenilikçi ürün pazarlarında ortaya çıkan hızlı gelişmeler dikkate alındığında, bu durum daha iyi anlaşılacaktır. Bu nedenle, yasal düzenlemeler bağlamında rekabeti sınırlayıcı davranışların örnekseyici olması, onların uygulama alanını daraltmadığı gibi, somut olaylar kapsamında ortaya çıkan değişik ve farklı durumlara uygulanabilmesi açısından da önemlidir. Örneğin, satıcı

---

[911] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 209.

[912] Sanlı'ya göre, ifadenin lafzındaki tek farklılık bu değildir. Söz konusu ifadede, öncekinde yer almayan, *"aracı teşebbüs durumundaki alıcılar"* ibaresine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerdeki farklılıkların, teşhir veya reklamın tüketiciler tarafından yapılmasının mümkün olmadığı, bunun ancak, tekrar satış için mal alan teşebbüsler için söz konusu olabileceği mantığından yola çıkarak öngörülmüş olabileceğini ve dolayısıyla ilk ifadedeki boşluğun, hem tüketicileri, hem de aracı alıcıları kapsar iken, buradaki ifade sadece aracı alıcıları kapsamaktadır. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 220, dpn. 386.

[913] Ancak öğretide Badur bu tarz bir örneğin bent kapsamında yer alan ek yükümlülüklerden hçbirine girmediğini belirtirken, bunu bendin kapsamının dar olması ile açıklamaktadır. Bkz. Badur, s. 108.

bir ürünün satışını, bir başka ürünün servisinin alıcı tarafından sağlanması koşuluna da bağlayabilir. Böyle bir uygulamanın rekabet açısından doğurduğu olumsuz sonuçlar, diğer durumlarda ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkiler karşısında önemli bir farklılık göstermeyecektir[914]. Dolayısıyla bütün bu ihtimaller açısından da varılacak sonuç değişmeyecektir. Çoğu zaman bunlar rakiplerin ticaret özgürlüğüyle birlikte, alıcıların da seçme ve bu anlamda sözleşme özgürlüğünü sınırlayan davranış veya uygulamalar olup, rekabet üzerindeki en önemli etkileri de rakiplerin dışlanması suretiyle pazarın kapanması sonucunda alternatif tedarik kaynakları ortadan kalkan tüketicilerin seçme özgürlüğünün sınırlanması ve nihayetinde onların sömürülmesidir.

RKHK m. 4 düzenlemesi ile ilgili bir diğer tartışma da, (a) ve (f) bentleri arasında bir çelişki olup olmadığıdır. RKHK m. 4 (a) bendine benzer şeklide, (f) bendinin son cümlesinde *"arz edilen bir malın, tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi"* ifadesi yer almaktadır. Aslan'a göre bu hüküm dikkate alındığında, fiyat dışında kalan bütün dikey sınırlamaların aslında (f) bendi kapsamına girdiği kabul edilebilir. Dolayısıyla dikey anlaşmalara ilişkin olarak, her türlü alım veya satım şartlarının tespit edilmesi hususunun, bu bent kapsamında değerlendirmek mümkündür. Aslında bu iki örnek bir anlamda birbirinin tekrarı niteliğindedir. Dolayısıyla burada çelişkili bir durumdan ziyade, özensiz davranışın bir sonucu olarak (a) bendinde yer alan düzenlemenin (f) bendinde de tekrar edilmesi[915] sözkonusudur. Bununla birlikte, bir diğer görüş ise RKHK m. 4(a) ile m. 4(f)'nin birbiriyle çelişkili olduğunu ileri sürmekte ve burada örtülü kanun boşluğundan hareketle, (a) bendinin münhasıran yatay anlaşmalara uygulanması ve alım-satım koşullarının tespitine ilişkin dikey anlaşmaların ise (f) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini[916] belirtmektedir.

Bu konuda düzenlemenin niteliğinden hareketle, fiyat dışında kalan dikey sınırlamalarla ilgili her türlü alım veya satım şartlarının tespitinin (f) bendi

[914] Örneğin araba satımı olayını göz önünde bulundurursak, araba ve klimanın, birbirlerinden bağımsız düşünüldüğü vakit, bunların farklı ürün piyasalarında yer aldıklarından hiçbir tereddüt yoktur. Oysa aynı durumu bağlama uygulamaları açısından değerlendirdiğimizde, arabanın klimasız satışından kaçınılması ve klimanın, arabanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda, yukarıdaki piyasa tanımımız işlevsiz kalmaktadır. Ancak bu durumda dahi kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla klimanın aksesuardan sayılması gerektiği ve arabanın ayrılmaz bir parçası olmadığını iddia etmek de mümkündür. Hatta bu iddiadaki haklılık payı zamana ve arabanın satıma sunulduğu bölgenin kültürel ve coğrafi özelliklerine göre dahi değişebilir. Örneğin, güney ülkelerde klima arabanın ayrılmaz bir parçası olarak görülebilirken, aynı değerlendirmeyi kuzey ülkeleri için yapmak mümkün değildir. Araba gibi, pek çok ayrı malı bünyesinde toplayan mallar için, bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 221 ve özellikle dpn. 391.

[915] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 246.

[916] Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 124.

kapsamında değerlendirilmesi ve fiyata ilişkin her türlü alım şartlarının tespitinin de (a) bendi kapsamında değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacağı[917] belirtilmiştir. Daha önceleri de vurgulandığı üzere, RKHK m.4'te yer alan rekabeti sınırlayıcı durumlar örnekseyici nitelikte olup, fiyata ilişkin olsun veya olmasın, alım-satım şartlarının tespiti rekabeti sınırlayıcı bir amaç veya etkiye sahip olduğu zaman, kural olarak, yasaklanacaktır[918]. Öte yandan RKHK m. 4 (f) hükmüne göre, ticari teamül veya anlaşmanın niteliği gereği objektif haklı nedenlerin bulunması, bağlama uygulaması için haklı neden olarak değerlendirilebildiği gibi, dikey anlaşmalar açısından belirli koşullar açısından muafiyet de sözkonusudur. Buna karşın dolaylı veya doğrudan fiyat tespitini öngören uygulamalar ise yatay veya dikey bir anlaşma bağlamında ortaya çıkmasına bakılmaksızın, rekabeti sınırlayan esaslı/önemli (Kernbeschränkungen) davranışlar olarak değerlendirildiğinden[919], *per se* hukuka aykırı kabul edilmektedirler. Dolayısıyla dikey bir anlaşma açısından da yeniden satış fiyatı belirlenmesi de hiçbir şekilde ticari teamül ve/veya anlaşmanın niteliği ile bağdaşmayacağını kabul etmek gerekir[920].

2. Ara Değerlendirme

RKHK'nin 4.maddesi (f) bendinde yer alan düzenlemenin şekli ve içeriği konusunda eleştiriler olmakla birlikte, hükmün her durumda ürün bağlama ve buna benzer diğer ticari pratiklere yönelik olduğu söylenebilir. Her ne kadar m.4(f) hükmü maddenin diğer bentlerine göre daha uzun ve karmaşık gibi görünse de, bendin nihai amacı rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bağlama uygulamalarının yasaklanmasıdır. Ayrıca RKHK'nin 4.maddesinin diğer bentlerinde olduğu gibi, (f) bendinde yer alan düzenleme de rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda örnekseyici bir hükümdür.

Bu nedenle rekabeti sınırlayıcı amaç veya etki taşımak üzere, bir ürünün satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerin de RKHK m. 4/(f) bendi kapsamında yasaklanması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zaten 4.maddenin (f) bendinin *"Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın*

[917] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 246.
[918] Bkz. Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 99.
[919] Örneğin Rekabet Kurulu Kılavuz'una göre de "yeniden satış fiyatının belirlenmesi" anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar arasında yer almıştır. Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 8, Nr. 17-19.
[920] Ayrıca bkz. Sanlı, s. 124.

alınmasının zorunlu kılınması…" şeklindeki ilk cümlesi dahi bu tarz bir sonuç için yeterlidir. Dolayısıyla bu konuda yapılacak değerlendirmelerde şekli bir yaklaşımdan ziyade, somut olay açısından ilgili davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

RKHK m.4(f) hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle teşebbüsler arasındaki bir danışıklı ilişki (anlaşma, karar, uyumlu eylem) sonucunda ortaya çıkan bir bağlama uygulaması bulunmalıdır. Dolayısıyla bu düzenlemenin temelinde yatan asıl düşünce, iki veya daha fazla teşebbüsün kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma ile bağlama uygulamasına gitmeleri durumunda, anlaşmayla ilgisi olmayan üçüncü taraf teşebbüslerin ekonomik faaliyet özgürlüğünün korunmasıdır. Yoksa hakim durumda olmamak koşuluyla, bir teşebbüsün bireysel ticari politikası ile ürünlerini bağlı satmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ile bağlama uygulaması aynı zamanda alıcıların başka yerden ürün tedarik etme özgürlüklerini de sınırlayacaktır[921]. Rekabetin sınırlanması ile alternatif tedarik kaynakları kalmayan aracı teşebbüs konumundaki sağlayıcılar da ortaya çıkan maliyet sorunlarını nihai tüketicilere bir şekilde yansıtacaklarından, alt pazarda *(Sekundärmarkt)* rekabetin sınırlanması tüketiciler açısından da sömürücü etkilerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu durum ise hem rekabet hukukunun genel amacı olarak belirtilen iktisadi etkinliği[922], hem de pazarda etkin bir rekabetin devamlılığını olumsuz yönde etkileyecektir. Sonuç olarak RKHK m.4 hükmünün asıl amacı rekabeti sınırlayıcı davranışların önüne geçmektir. Bağlama uygulaması da burada örnekseyici olarak sayılan rekabet ihlallerinden sadece birisidir. Teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile bir ürün ile birlikte bir diğer ürünün veya hizmetin alınması veya yeniden satışa sunulacak bir ürün konusunda teşebbüslere ek edimlerin getirilmesi de esasen bir bağlama uygulamasıdır. Bu durumda bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri hissedilir ise bu davranış yasaklanacaktır.

Öte yandan böyle bir davranış için hukuka uygunluk halleri ise anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği iki farklı ürünün birlikte satılmasıdır. Fakat AB hukukunda gerek öğreti[923] ve gerekse uygulamada ABAD'ın da üzerinde durduğu gibi[924] haklı gerekçelerin dar yorumlanması gerekir. Başka bir ifadeyle, anlaşmanın gereği veya ticari teamüle göre ürünlerin bağlı satılması ilgili pazarda rekabeti

[921] Badur, s. 107.
[922] Güven, s. 181.
[923] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 210; Fischer, s. 105.
[924] EuGH, 14. 111. 1996, Slg. 1996, I-5951, 6010, Nr. 37 *"Tetra Pak II".*

esaslı şekilde sınırlıyorsa, bu durumda bağlama uygulaması yine yasaklanabilecektir. Çünkü "ticari teamül" çoğu zaman öznel ve soyut bir anlam taşımaktadır[925].

V. DİKEY BAĞLAMA ANLAŞMASI

Rekabeti sınırlayıcı kayıtların çok sık yer aldığı anlaşma türlerinden birisi de dikey anlaşmalardır. "Bağlama" da rekabet hukukunda dikey anlaşmalar kapsamında ortaya çıkabilen bir sınırlamadır. Daha önce de belirtildiği üzere, AEUV m. 101/1(e) hükmü gibi RKHK m.4(f) hükmü de, rakip sağlayıcılar arasında bir ürünün satışının farklı bir ürünün de satın alınmasına bağlandığı rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara uygulanırken, bu konuda yatay ve dikey anlaşmalar arasında bir farklılık olmadığı hem uygulama hem de öğreti tarafından kabul edilmektedir. Öte yandan bağlamanın ayrıca bağlanan ürün açısından tek marka türü bir yükümlülüğe yol açtığı durumlarda da 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi çerçevesinde bir dikey sınırlama ortaya çıkacaktır. Çalışmamızın bu bölümünde dikey bir anlaşma kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamaları AB rekabet hukuku ile de bağlantılı olarak ele alınmaktadır.

VI. DİKEY ANLAŞMALARIN REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Rekabet hukukunda önemli bir yeri olan dikey anlaşmalar yoluyla rekabetin farklı şekillerde sınırlanması mümkündür[926]. Bununla birlikte, dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki etkileri ile ilgili sorunların aslında iki yönlü olduğu söylenebilir[927]. Bir yandan bu tarz anlaşmaların pazarda entegrasyona gitme ve pazarı canlandırmak suretiyle yeni pazarların elde edilmesine uygun olması hususu bulunurken, diğer yandan rekabeti olumsuz etkileyen durumları kalıcı hale getirmeleri ve koruyucu etkileri nedeniyle pazara girmek isteyen potansiyel rakiplerin girişi önünde engel oluşturmaları gerçeği de bulunmaktadır.

Dikey anlaşmalar genelde teşebbüslerin pazar payını artıran davranışlar olmamakla birlikte pazar gücünü artıran ve pazara girişi zorlaştıran davranışlara dönüşebilirler. Bununla birlikte, dikey anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı hükümler içermelerine, marka içi rekabeti sınırlandırmalarına rağmen, örneğin sağlayıcının

[925] Bkz. Ünlüsoy, s. 38. Öte yandan bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Dördüncü Bölüm/VII/A.
[926] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 EGV, Rdnr. 413.
[927] İnan ve Piker, s. 28.

dağıtıcıyı satış öncesi ve satış sonrası hizmetleri sunmaya teşvik etmeleri nedeniyle markalar arası rekabeti de artıran uygulamalardır. Aynı zamanda satış öncesi ve sonrası hizmetleri iyileştirmek, satış politikasını tespit ederek üretimin düzenlenmesini sağlamak, verimliliği artırmak, dağıtım kanallarını rasyonelleştirmek, ürünün tüketiciye daha kaliteli ve kısa sürede, yüksek kalitede hizmetle, daha çabuk ve daha ucuza sunulması gibi çoğu rekabet üzerinde olumlu yönde olan etkiler de yaratabilirler[928].

AB Komisyonu'nun 19.05.2010 tarihinde yürürülüğe giren Dikey Rekabet Sınırlamaları Hakkındaki Kılavuzu[929]'na göre, tedarikçinin düşük pazar payına sahip olduğu durumlarda, bir başka anlatımla pazar payı açısından güçlü olmadığı durumlarda, dikey sınırlamalar esasen rekabet üzerinde olumlu bir etkiye de sahiptirler. Çünkü böyle durumlarda dikey sınırlamalar fiyat rekabeti gibi rekabetin diğer alanları için teşvik edicidirler. Aynı zamanda bu tarz dikey anlaşmalar yoluyla hizmet kalitesi de artar. Çünkü bir teşebbüs pazar gücünden yoksunsa, bu durumda rekabet gücünü ve bu anlamda karını ancak başka alanlarda artırabilecektir. Bu yollardan en uygunu da üretim ve dağıtım yöntemlerini iyileştirmek, başka bir ifadeyle etkinlik sağlamak suretiyle karını artırmaktır[930].

Öte yandan bazı durumlarda dikey anlaşmalar pazar kapama etkisine de neden olabilirler. Örneğin, münhasırlık koşulları içeren dikey anlaşmalar bazı durumlarda potansiyel rakipler için kendi ürünlerini satma ve bu anlamda pazara giriş önünde engeller de oluşturabilir[931]. Bu anlamda dikey anlaşmaların rekabet hukuku açısından yarattığı tehlike, taraflara çeşitli konularda tekel hakları sağlayan veya onların ekonomik özgürlüklerini kısıtlayan anlaşma koşulları nedeniyle sözkonusu olmaktadır[932]. Öte yandan dikey anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkan

---

[928] Güven, s. 135.

[929] Komisyon, Dikey Sınırlamalr Hakkında Kılavuz, C 130/01, ABl. 19. 5. 2010.

[930] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 106**.**

[931] Rekabet Kurulu da *Frito Lay* Kararında münhasırlık koşulları içeren anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerine değinirken, "münhasırlık içeren anlaşmaların doğrudan sonucunun anlaşmanın tarafı olan sağlayıcının rakibi konumundaki teşebbüslerin o anlaşmanın diğer tarafı olan müşteriye mal tedarik etmesinin engellenmesi olduğunu belirtmiştir. Böylece münhasır anlaşmanın tarafı olan müşteriler rakip teşebbüslere kapanmakta olup bu rekabet hukukunda önemli bir rekabet sınırlandırması olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle pazarın rakipler için kapanması sonucunu doğuran bu türden anlaşmaların pazarda ortaya koyduğu olumsuz etki gerçek veya potansiyel rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin ne derece zorlaştırdığının belirlenmesi, esas olarak münhasır anlaşmayı tesis eden sağlayıcının ilgili pazardaki gücüne bağlı olduğunu belirtilmiştir. Rekabet Kurulu, 04.05.2004 tarih ve 04-32/3777-95 sayılı Karar. *("Frito Lay").*

[932] İnan ve Piker, s. 29. Çünkü mal veya hizmetlerin sunumunda belirli standartların veya kalitenin aranması, zorunlu olarak bu konuda bazı rekabet sınırlamalarını da beraberinde getirir. Örneğin dikey sözleşmeler arasında yer alan fikri ve sınai mülkiyet haklarının kullanımı ile ilgili sözleşmelerde tanınan inhisari haklar, franchising sözleşmelerinde yer alan sınırlamalar gibi. Bu tarz kayıtlar, rekabet üzerinde çeşitli sınırlamalar meydana getirdiğinden, rekabet ihlaline de neden olabilmektedirler. Teşebbüsleri dikey anlaşmalar yapmaya sevk eden bu nedenler ile ilgili daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Barış Ekdi,

bağlama uygulamlarının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ile ilgili AB Komisyonu Kılavuzu'nda bahsedilen durumlar "Chicago sonrası (*post-Chicago)* stratejik ve ekonomik yaklaşımlar"ın görüşleri ile benzerlik taşımaktadır.

Ancak rekabeti sınırlayıcı niteliklerine rağmen, dikey anlaşmaların olumlu etkileri de bünyesinde barındırması, bu anlaşmalara olan yaklaşımı da etkilemektedir. Bu nedenle, dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkileri analiz edilirken, bunların tamamen kabul edilmesi veya kökten reddedilmesi şeklindeki bir yaklaşımdan ziyade, daha esnek bir yaklaşımla hareket etmek ve her olayın kendine özgü koşulları bağlamında, başka bir deyişle "haklı sebep" *(rule of reason)* yaklaşımı kapsamında bir değerlendirilmeye gidilmesi daha uygun bir çözüm olarak görülmektedir[933].

Çünkü dikey sınırlama olarak bağlama anlaşmaları muafiyet kapsamından çıkaran esaslı veya önemli rekabet sınırlamaları arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla dikey anlaşmalarda yer alan bağlama gibi çeşitli sınırlamalara rağmen, bu anlaşmaların etkinlik sağlayıcı olumlu yanları nedeniyle ortaya çıkan ekonomik yarar ve tüketici refahına olan olumlu katkıları nedeniyle, belirli koşullar altında muafiyet söz konusu olabilecektir. Başka bir anlatımla, dikey anlaşmalar yoluyla ortaya çıkan etkinlik avantajlarının, rekabetin sınırlanması ile ortaya çıkan dezavantajlardan daha ağır bastığı düşüncesiyle, belirli koşulların yerine getirilmesi suretiyle bu tarz anlaşmalarda yer alan çeşitli rekabet sınırlamalarına izin verilebilmektedir. Bu durum bağlama uygulamaları içinde geçerli olup, bu genel ilkenin istisnası ise daha sonra aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olan[934] paralel ağlardan oluşan anlaşma grupları nedeniyle pazarda kümülatif etkiler nedeniyle muafiyetin geri alınmasıdır.

VII. DİKEY SINIRLAMA OLARAK BAĞLAMA ANLAŞMASI

Dikey anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı çeşitli kayıtların yer alabildiği anlaşma türlerinden birisi olup, bu anlamda "bağlama"da bu tarz dikey sınırlamalardan birisidir. AEUV m. 101/1 düzenlemesi pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan ve yatay anlaşmalar (kartel anlaşmaları) olarak adlandırılan anlaşmalar ile üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde yapılan ve dikey anlaşmalar olarak adlandırılan anlaşmalar bakımından aynı rekabet

---

Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması, Rekabet kurumu Lisansütü Tez serisi No: 16, Ankara 2009, (Piyasayı Kapatma), s. 3-5.

933 Güven, s. 135; İnan ve Piker, s. 29.

934 Bkz. Üçüncü Bölüm/VIII/E.

yasaklarını öngörmektedir. Benzer durum 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi açısından da geçerlidir. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı durumlar bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin konusu, aracılığı veya sonucu olarak ortaya çıktığı zaman, bir rekabete aykırılıktan söz edilebilir[935].

Rekabet Kurulu *Eureko Sigorta* Kararı[936]nda, ticari hayatta bağlama uygulamalarının ortaya çıkabileceği durumlardan birisinin de satıcı ile yeniden satıcı arasındaki bir dikey anlaşmada, bir mal veya hizmetin alınmasının yanında başka bir mal veya hizmetin de alınmasının zorunlu kılınması olduğunu belirtmiştir. Kurul'a göre, bağlama uygulamasının dikey bir anlaşma kapsamında ortaya çıkması durumunda, hem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hem de 6.maddesi kapsamında bir inceleme yapılabilir[937].

Kurul'a göre, bu noktada, 4054 sayılı Kanun'un yorumlanmasında lafzi bir yorumla yetinilmesi halinde, 4.maddenin ifadesinde ihlal tespiti için, "hakim durumun veya birlikte hakim durumun varlığı" bir önkoşul olarak öngörülmediği için 4.maddenin ikinci fıkrasının (f) bendinde yer aldığı şekliyle *"anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanmasının"* söz konusu olduğu tüm dikey anlaşmaların 4.madde kapsamında ihlal teşkil edeceği sonucuna ulaşılabilecektir[938].

Sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin kredi kullandırdığı müşterilerini sigorta poliçesini de kendisinden almaya zorlayarak diğer sigorta acentelerini zor durumda bırakmalarının ön araştırmaya konu olduğu bir Rekabet Kurulu

---

[935] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 447.

[936]Polaris Sigorta ve Reasürans Brokerlik Hizmetleri A.Ş. (Polaris), 2004 yılından bu yana Atateks Şirketler Grubu (Atateks)'un sigorta brokerliğini yürütmekteyken, Atateks ile kredi ilişkisi içinde bulunan Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası)'nin Euroka Sigorta A.Ş (Euroka Sigorta) ile uyumlu eylem içerisinde hareket ederek, Atateks'i Euroka Sigorta için sigorta acenteliği hizmeti sunan Garanti Bankası'nın Merter Şubesi ile çalışmaya zorladığı ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası ile yapılan şikâyet üzerine verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar *("Eureko Sigorta").*

[937] Kurul'a göre, bağlama uygulamalarında (ve genel olarak dikey anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkan rekabet kısıtlamalarında) salt Kanun'un lafzına bağlı bir yorum, ne Kanun'un sistematiğine ne de amacına uygun olacaktır. Çünkü bu durumda aynı eylem; 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında "rekabetçi" bir eylem olarak değerlendirilirken, Kanun'un 4.maddesi kapsamında "rekabeti bozucu" bir eylem olarak değerlendirilecektir. Oysaki 4054 sayılı Kanun'un bir bütün olarak rekabetin korunması ve böylece tüketici refahının artırılması amacını taşıdığı dikkate alındığında, aynı eyleme ilişkin olarak Kanun'un farklı maddeleri arasında bir çatışmanın bulunmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 210 *("Eureko Sigorta").*

[938] Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 210 *("Eureko Sigorta").*

Kararı[939]'nda, somut olay bağlama uygulaması açısından da ele alınmıştır. Kurul somut olayı, sağlayıcı konumundaki bankalar ile alıcı konumundaki müşteriler arasında, dikey bir anlaşmanın bulunması ihtimali kapsamında, RKHK m.4 açısından da değerlendirmiştir. Rekabet Kurulu, bankalar ile kredi kullanan müşterileri arasındaki ilişkide bu tür bir durumun, ancak istisnai koşullarda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Çünkü bankalar ile kredi kullanan müşterileri arasındaki tüm kredi ilişkilerinde, her iki tarafın da "teşebbüs" niteliğini haiz olması mümkün değildir. Bankaların özellikle bireysel kredilerdeki müşterilerin büyük çoğunluğu bağımsız ticari bir faaliyette bulunmayan kişilerdir. Dolayısıyla bu kişilere kullandırılan kredilerde sigorta ürünleri krediye bağlanmış olsa dahi, teşebbüsler arasında bir anlaşmadan bahsedilemeyeceği için, bu uygulamaların 4.madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Diğer taraftan, kredi ilişkisinin ve dolayısıyla bağlama uygulamasının tarafları teşebbüs niteliğini haiz olsa ve hatta taraflar arasında bağlama uygulamasına ilişkin şeklen bir sözleşme yapılmış olsa dahi, bankalar ile nihai müşteri konumundaki müşteriler arasında alıcının seçim özgürlüğünü kısıtlayan bu tür bir kısıtlamanın tarafların karşılıklı irade uyuşmasının bir sonucunda ortaya çıktığını ileri sürmenin kolay olmadığı da belirtilmiştir[940].

Rekabet Kurulu, dikey anlaşmalarda tarafların karşılıklı mutabakatı ile alıcıya veya satıcıya birtakım kısıtlamalar getirilmesinin uygulamada yaygın olarak karşılaşılan bir durum olduğunu, ancak bu tür kısıtlamaların getirildiği anlaşmalarda çoğunlukla kısıtlama getirilen tarafların bu kaybının kendilerine sağlanan bazı imkanlar veya ayrıcalıklarla telafi edildiği ve böylece tarafların rızasının sağlandığını vurgulamıştır. Somut olayda ise, bağlama uygulamasına razı olma karşılığında kredinin alınabilmesinin bu çerçevede menfaatler dengesinin sağlanmasına yönelik bir uygulama olarak kabul edilemeyeceğini, bu nedenle, kredi alma karşılığında alıcı taraf bağlama hükümlerini kabul etmiş olsa bile bu durumun alıcının rızasının bulunduğu şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir[941].

Uygulamada bağlama uygulamalarının en sık rastlandığı alanlardan brisi de şüphesiz bankacılık ve sigorta sektörüdür. Özellikle bankaların kullandırdıkları çeşitli krediler için yapılması gereken sigorta hizmetlerinin de kendileri ile ekonomik veya hukuksal bütünlük içindeki sigorta acentelerinden alınması şartı getirmeleri oldukça yaygındır. Kurul kararında da haklı olarak belirtildiği gibi bu tarz ilişkilerde RKHK m.4

[939] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar.
[940] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 320.
[941] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 330.

hükmü anlamında bir dikey anlaşmanın ortaya çıkması ancak istisnai durumlar için geçerlidir. Çünkü alıcı konumundakiler genel olarak nihai tüketicilerdir. Oysa dikey bir anlaşma esasen üretim zincirinin farklı aşamalarındaki teşebbüsler arasında sözkonusu olabilir.

Öte yandan bu tarz sorunlar açısından bir diğer önemli husus ise bu konuda esasen bir kanun boşluğunun bulunmasıdır. Çünkü burada banka ve tüketici arasındaki bağlama uygulaması 4.madde kapsamında değerlendirilemediği zaman alternatif hüküm olarak RKHK m.6 hükmü akla gelmektedir. Fakat 6.madde için öncelikle teşebbüsün hakim durumda olması koşulu aranacaktır. Ancak ilgili sektörde böyle bir durumda olmadığı zaman tüketici refahını olumsuz yönde etkileyen bu tarz davranışların nasıl değerlendirileceği sorusu açıkta kalmaktadır. İşte böyle durumlarda bankalar ile müşteriler arasındaki dikey anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkan bağlama uygulamalarının 4. madde kapsamında yasaklanabileceği istisnai bir durum ise ilgili pazarda "paralel ağlar"ın varlığıdır. Buna göre, pazarda benzer dikey kısıtlamalar rakip teşebbüsler tarafından yaygın olarak kullanılmaktaysa, her bir teşebbüs hâkim durumda bulunmasa bile, bu uygulamaların pazar düzeyindeki kümülatif (birikimli) etkisi, pazarın potansiyel rakiplere kapanması sonucunu doğurabilecektir[942]. Ancak yukarıda bahsedilen Kurul kararı açısından böyle bir durumun oluşmadığı tespit edilmiştir[943].

A. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Rekabet Üzerindeki Etkileri

AB Komisyonu'nun 19.05.2010 tarihinde yürürülüğe giren Dikey Rekabet Sınırlamaları Hakkındaki Kılavuzu[944]'na göre, bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri açısından satıcının bağlayan ürün pazarındaki "pazar durumu" büyük önem taşımaktadır. Bağlayan ürün açısından satıcının sahip olduğu güçlü bir pazar konumu, alıcılar üzerinde etkili bir bağlama uygulamasına gitmek için en önemli etkendir[945]. Benzer bir yaklaşımı Rekabet Kurulu'nun Kılavuzu'nda görmek

---

[942] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 350.

[943] Rekabet Kurulu'nun görüşüne göre: *"İnceleme konusu dosya bakımından bu husus değerlendirildiğinde, 2008 yılında Türkiye'de hayat dışı sigorta branşlarında satılan toplam poliçeler içinde bankaların payının sadece % 11,57 düzeyinde olduğu görülmektedir. Buna göre, bankaların sattığı poliçelerin tamamı krediye bağlanarak satılmış olsa bile toplamda sigortacılık pazarının sadece %11,57'si kapatılmış olacaktır. Bu rakamların ışığında, Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların bireysel ve ticari kredi hizmetlerinin sunumunda bağlama uygulaması içerisinde bulunmasının kümülatif etkisinin, pazarın potansiyel rakiplere kapatılması sonucunu 360 doğurmayacağı; dolayısıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların dosya konusu uygulamalarına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı neticesine varılmıştır."* Bkz. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 360.

[944] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, C 130/01, ABl. 19. 5. 2010.

[945] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 219.

de mümkündür. Buna göre, *"bu tip bir anlaşma sağlayıcı tarafından empoze edildiğinden, sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki konumu veya önemi, alıcının bağlama yükümlülüğünü reddedememesinin asıl nedenidir"*[946]. Başka bir anlatımla, satıcı veya sağlayıcının alıcı karşısında sahip olduğu pazar gücü, bağlama uygulamasının etkinliği açısından belirleyici olmaktadır.

Komisyonun Dikey Sınırlamalar Hakkındaki Kılavuzuna göre, satıcının hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarındaki pazar payları ayrı ayrı %30'u ve aynı zamanda alıcının da ilgili pazarda pazar payı %30'u geçmediği sürece bu tarz anlaşmalar da yer alan bağlama gibi dikey sınırlamalar için, AB Komisyonunun Dikey Anlaşmalar Hakkında Grup Muafiyet Tüzüğü kapsamında muafiyet söz konusudur. Bu anlaşmalar, Grup Muafiyet Tüzüklerinde yer alan "esaslı" veya "önemli" rekabet kısıtlamalarını *(Kernbeschränkungen)* içermedikleri sürece, rekabet yasağı veya bağlama konusu ürünle ilgili miktar yükümlülüğü gibi başka rekabet sınırlamaları içerseler dahi muafiyetten yararlanabilirler[947].

Rekabet Kurulu'nun 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği[948] ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliğinde[949] ise muafiyet için gerekli pazar payı eşiği %40 olarak belirlenmiştir. Buna göre Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır.

Ancak sağlayıcının pazar payının muafiyet için gerekli olan pazar payı eşiklerini aşması durumunda, bağlama şeklinde dikey sınırlamalar içeren anlaşma otomatik olarak yasaklanmayacak, bu durumda bireysel muafiyet açısından ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bir pazar analizinin yapılması gerekecektir[950]. Yapılacak bu analizde dikkat edilmesi gereken hususlar ise hem AB hukuku ve hem de Türk Rekabet hukuku düzenlemeleri açısından benzer olup, aşağıda yeri geldikçe değinilecektir.

Dikey anlaşmalar yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından Rekabet Kurulu'nun *Doğan Dağıtım A.Ş* Kararı[951] incelenmeye değerdir. Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş. (Doğan Dağıtım)'nin bölge müdürlükleri tarafından başbayilere gazete ekleri dışında, satmaları için zorunlu olarak medya dışı ürün adı altında ürün gönderdikleri ve söz konusu ürünleri satmak istemeyen

[946] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 207.
[947] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 218.
[948] Resmi Gazete, 25. 05. 2007, Sayı: 26532.
[949] Resmi Gazete, 14. 07. 2002, Sayı: 24815.
[950] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 446.
[951] Rekabet Kurulu, 4. 12. 2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar.

bayilere gazete ve dergi vermediklerine dair şikâyet üzerine inceleme başlatılmıştır. Rekabet Kurulu incelem sonucunda, söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (f) bendi kapsamında bir bağlama anlaşması olarak nitelendirilebileceği kanaatiyle, "*Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı olarak, medya ürünlerinin satışını medya dışı ürünlerin satın alınmasına bağlama anlamına gelebilecek her türlü eylemine son vermesine"* karar vermiştir[952].

Rekabet Kurulu, dikey bir anlaşmada, bağlama uygulamaları ile ilgili bir hükmün varlığı veya söz konusu sözleşmenin uygulanması esnasında ortaya çıkan bağlama uygulamaları, olası rekabet karşıtı etkileri nedeniyle, ilgili sözleşmeye rekabet hukuku kapsamında verilecek/verilen muafiyet kararında etkili olacağını, bağlama uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerinin ortaya çıkması sağlayıcının pazardaki konumu/gücü ile doğrudan ilgili olup, özellikle sağlayıcının bağlayan ürün pazarında güçlü olduğu durumlarda bağlama uygulamalarına daha da dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Olayda da Doğan Dağıtım, bağlayan ürün pazarı olan medya ürünleri (yani gazete ve dergi) dağıtım pazarında pazar lideridir. Bu olayda bağlanan ürün ise "medya ışı ürünler" olarak belirtilmiştir.

Kurul'a göre, dikey anlaşma ile ortaya çıkan bağlama uygulamasının rekabet karşıtı etkileri aynı zamanda pazarın yapısıylada ilgilidir. Buna göre gazete ve dergi dağıtım pazarı ulusal çapta bayilik, lojistik ve teknolojik altyapı gerektirmektedir. Dolayısıyla batık maliyetler açısından ilgili pazara girişi etkileyen koşullar beşeri ve mali sermaye gereksinimi, işin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için yöntem bilgisi (know-how) sahibi olunması gereği gibi hususlar göz önüne alındığında, pazarda faaliyet gösteren oyuncular potansiyel rakipler karşısında büyük bir avantaja sahiptirler. İlgili pazar yeni teşebbüslerin ürün-hizmet farklılaştırması yoluna giderek pazara giriş yapmalarını kolaylaştıracak alternatif fırsatlar barındırmayan olgun bir pazar niteliği taşıdığından, yapılan

[952] Doğan Dağıtım A.Ş Kararının bir diğer özelliği ise, düopol bir yapının görüldüğü bir pazarda, daha önce verilmiş bir muafiyet kararı sonrasında, teşebbüsün bağlama uyglamasına gitmesidir. Somut olay tarihinde temel olarak medya ürünleri dağıtım pazarında Doğan Dağıtım A.Ş. ve Turkuvaz Dağıtım Pazarlama A.Ş. faaliyet göstermektedir. Bu da aslında Kurul'un bu tarz durumlarda bir etkinlik analizine gittiğini göstermektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 4. 12. 2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar, s. 2. Öte yandan, Rekabet Kurulu'nun "Bireysel Muafiyet Kararı"ndaki verilere göre, ilgili pazarda Doğan Dağıtım, gazete ve dergi dağıtım pazarında, gerek satış adedi ve gerekse ciro bakımından sahip olduğu pazar payıyla pazar lideri konumundadır. Doğan Dağıtım'ın gazete ve dergi dağıtımı pazarında %40'ın üzerinde pazar payına sahip olması nedeniyle, 2002/2 sayılı Dikey anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığına, ancak 4054 sayılı Kanun'un 5.maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 16.10.2008 tarih ve 08-58/924-371 sayılı Muafiyet Kararı.

değerlendirmeler kapsamında, Doğan Dağıtım'ın yüksek bir pazar gücüne sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır[953].

Rekabet Kurul'una göre, *"Doğan Dağıtım ile başbayileri arasında imzalanan Dağıtım Sözleşmesi, her ne kadar hem medya ürünlerinin hem de medya dışı ürünlerin dağıtımını düzenliyorsa da, sözleşmede gazete ve dergilerin başbayiye satışında medya dışı ürünlerin satın alınmasını zorunlu kılan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır."* Bu noktada Kurul, sözkonusu uygulamanın RKHK m.4(f) bendi kapsamında değerlendirebilmek için ticari teamül kavramını da irdelemiştir. Bu anlamda *"gazete ve dergi ile medya dışı ürünlerin aynı ortamda birlikte satılmasını gerektirecek bir durumun sözkonusu olmadığı"*[954] belirtilmiştir.

Ancak daha önceden de belirtildiği üzere, bağlama uygulaması açısından bazı durumlarda sözleşmesel bir zorunluluk olmasa dahi, alıcının sağlayıcı karşısındaki konumu ve ürünlerin niteliği gereği ekonomik bir zorlama da sözleşmesel bir zorlama gibi sonuç verebilir. Bu olayda da bayiler açısından gazete ve dergi satışı vazgeçilmez ürünler olduğundan ve pazarın kendine özgü özellikleri (örneğin düopol bir pazar yapısının olması, işin teknik bilgi gerektimesi, batık maliyet sorunları gibi) sonucunda, pazara girişin zor olması nedeniyle bayilerin alternatif tedarik kanalları olmadığından, sözleşmesel açıdan bir zorlama olmadan da alıcılar bağlama uygulamasını kabul edeceklerdir.

Öte yandan Rekabet Kurulu bu olayda mehaz AB hukuku düzenlemelerine de değinmiştir. Komisyon'un Dikey Sınırlamalara İlişkin Duyurusu'nda, özellikle tüketiciye yansıyan, etkinlik kazanımları yoksa %30'un üzerinde pazar payına sahip bir teşebbüsün bağlama uygulaması içeren bir sözleşmesine muafiyet tanınmasının olası olmadığı, bağlamanın (bağlayan ya da bağlanan ürün açısından) rekabet etmeme yükümlülüğü (rekabet yasağı) ile birlikte yer aldığı sözleşmeler için ise muafiyet tanınması olasılığının daha az olduğu belirtilmiştir[955]. Benzer şekilde, "%40'ın üzerinde pazar payına sahip bir teşebbüsün taraf olduğu ve bağlama uygulaması içeren bir anlaşmaya muafiyet tanınmasının olası olmadığı ve bağlamanın rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte yer aldığı sözleşmeler için muafiyet tanınması olasılığının daha da az olduğu göz önünde bulundurulduğunda,

[953] Doğan Dağıtım'ın gazete ve dergi dağıtım pazarında sahip olduğu bu pazar gücü de göz önünde bulundurularak alınan kararda, sözleşmeye, üretim ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında iyileşme ve gelişme sağladığı, tüketicinin bundan yarar sağlayacağı, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı ve rekabetin söz konusu amaçları elde etmek için gerekli olandan fazla kısıtlanmayacağına karar verilerek bireysel muafiyet tanınmıştır. Bkz. Rekabet Kurulu, 16.10.2008 tarih ve 08-58/924-371 sayılı Muafiyet Kararı.

[954] Rekabet Kurulu, 4. 12. 2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar, s. 6.

[955] Bkz. Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 218.

bahse konu sözleşmenin bağlama uygulaması içermesi durumunda, muafiyetten yararlanamama olasılığının artacağı[956]" vurgulanmıştır. Kurul bu değerlendirmeleri ile somut olay açısından aslında bir etkinlik analizine de girişmiş olmaktadır.

Doğan Dağıtım A.Ş. kararı, pazarın kendine has özellikleri nedeniyle bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi açısından önemli bir karardır. Muafiyet kararında da belirtildiği gibi, gazete ve dergi dağıtım pazarı ulusal çapta bayilik, lojistik ve teknolojik altyapı gerektiren, batık maliyet sorunu olan bir pazardır. Aynı zamanda pazara girişi etkileyen beşeri ve mali sermaye gereksinimi, işin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için yöntem bilgisi *(know-how)* sahibi olunması gereği gibi etkenler dikkate alındığında, pazarda hâlihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler, potansiyel rakipler karşısında önemli bir rekabet avantajına da sahiptirler. Bu nedenle potansiyel rakiplerin yüksek pazara giriş engelleri nedeniyle böyle bir pazara girişi zor olup, düopol yapı nedeniyle yeni rakipler dağıtım sorunları ile karşılaşacaklardır. Çünkü burada potansiyel rakipler ya kendi dağıtım ağını kuracaklar, ki bu durumda giriş maliyetleri daha da artıracaktır, ya da varolan iki dağıtım ağından birisi ile sözleşme yapmak zorunda kalacaklarından, bu durum rekabeti olumsuz etkileyecektir. Bu aynı zamanda üçüncü taraf teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayan bir durumdur. Çünkü bağlanan ürün pazarında ortaya çıkan pazar kapatma etkisi, bu ürünleri satan teşebbüsler açısından da dışlayıcı etkilere neden olacaktır.

B. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Olumsuz Etkileri

Bağlama gibi dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri çeşitli olmakla birlikte, çalışmamızın bu bölümünde uygulamada üzerinde en fazla durulan hususlar incelenmektedir. Öte yandan dikey anlaşmaların pazar üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi konusunda mehaz AB hukuku ile RKHK düzenlemesi arasında, pek bir fark bulunmamaktadır. Farklılık, muafiyet için gerekli olan pazar payı eşikleri için geçerli olup, AB hukukunda %30 olarak belirlenen pazar payı eşiği Rekabet Kurulu Tebliği'nde %40 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bu bölümde yapılan açıklamalarda yeri geldikçe mehaz düzenlemelere de değinilecektir.

[956] Rekabet Kurulu, 4. 12. 2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar, s. 7.

1. Fiyat Artışına Neden Olma

Rekabet Kurulu Kılavuzu'na göre, dikey sınırlama olarak bağlamanın rekabet üzerindeki en belirgin olumsuz etkilerinden birisi, etkinlik azalması olarak da açıklanan ve pazarda olması gereken fiyatın üzerinde fiyatların ortaya çıkmasıdır. Bu anlamda, bağlamanın rekabetçi fiyatın üstünde fiyatlara neden olması tek başına rekabeti sınırlayıcı sayılır[957]. Bu sonuç özellikle üç şekilde ortaya çıkmaktadır: Birincisi, alıcı bakımından bağlayan ve bağlanan ürünün kısmen ikame edilebildiği durumdur. İkincisi, bağlanan ürün veya sarf malzemelerini kullanan alıcı bakımından bağlama fiyat ayrımcılığına imkan sağlar. Örneğin fotokopi makinesi ile birlikte kağıt alınması veya yazıcı ile birlikte orijinal kartuş alınması zorunluluğu getirilmesi gibi. Üçüncü olarak uzun süreli sözleşmelerde veya uzun kullanım süresi olan orijinal ekipmanlarla ilgili satış sonrası pazarlarda, müşteriler için bağlamanın sonuçlarının hesaplanması zor hale gelir[958]. Bu durum aynı zamanda alıcı açısından doğrudan bir tercih kaybı anlamına gelmekte olup, sonuçta rekabet açısından önemli bir dezavantaj yaratmaktadır[959].

2. "Kilit Etkisi"ne Yol Açma

"Kilit etkisi" *(Lock-in-Effekte),* müşterilerin daha önceden verdikleri karar nedeniyle, yeni bir ağ ve ya şebekeye, ortaya çıkan önemli maliyetlere katlanmadan geçememeleri durumudur. Bu aynı zamanda gerçek anlamda bir bağlanmanın sonucudur. "Kilit etki", yeni bir teknoloji ile ortaya çıkan bir ürünü almak için katlanılması gereken işlem maliyetleri *(Transaktionskosten)* ile ortaya çıkan değiştirme maliyetlerinin *(switching costs)* olduğu pazarlarda daha da güçlü bir şekilde hissedilir[960].

Bu etki özellikle alıcıların uzun süreli anlaşmalarla bağlandığı durumlarda daha da önem kazanmaktadır. Bu nedenle Komisyon uzun süreli tedarik anlaşmalarına ihtiyatla yaklaşmakta olup, bu tarz anlaşmaların rekabet üzerindeki ağır sonuçları konusunda da kaygı duymaktadır. Özellikle uzun süreli anlaşmalar alıcıların rakip teşebbüslerin ürünlerine yönelmesini engelleyici ve bir anlamda onları kendi tedarikçilerine bağımlı hale getirebilmektedir. Bu şekilde tedarikçinin değiştirilmesi ile ortaya çıkan maliyetler alıcıları kendi tedarikçileri ile bağlı kalmaya

[957] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılvuz, Nr. 212.
[958] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılvuz, Nr. 205.
[959] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 217.
[960] Bu hususta bkz. Gauß, s. 34.

zorladığı gibi, rakip teşebbüsler açısından ise pazarın kapanmasına neden olabilmektedir. "Kiilit etkisi" ABD Yüksek Mahkemesinin *Kodak* kararında[961]da üzerinde ayrıntılı durduğu bir rekabeti sınırlayıcı durum olarak değerlendirilmiştir[962].

Özellikle tamamlayıcı ürünler açısından başvurulan ve bağlama konusu ürünlerin kullanımına göre bağlama uygulamasının ölçüm işlevi *(metering, Zählerfunktion)* ile ilgili ortaya çıkan farklı fiyatlar, aynı zamanda bir fiyat ayrımcılığına da neden olmaktadır[963]. Bir çeşit fiyat ayrımcılığı olan bu durum fiyatların yükselmesi ve nihayetinde bir etkinlik azalması ile sonuçlanmaktadır. Bu sonuç aslında Chicago Okulu'nun bağlama uygulamaları konusunda savunduğu en önemli argümanın da geçersizliğini ortaya koymaktadır. Chicago Okulu savunucularına göre bağlama uygulamasının ölçme özelliğiyle mümkün olan bu fiyat ayrımcılığı toner ve fotokopi makinesi örneğinde de olduğu gibi tamamlayıcı ürünler bağlamında ortaya çıktığı zaman etkinlik artışı sağlamaktadır. Oysa fiyat ayrımcılığını destekleyen rekabet politikasının geleneksel savunucuları karşısında Chicago sonrası yaklaşımlar fiyat ayrımcılığının tamamen bir etkinlik kaybına neden olacağını savunmaktadırlar. Fiyat ayrımcılığı karşısında alıcı daha düşük bir fiyat ödeyeceği olanakları aramaya başlar ve bu arayışlar pazarda etkin olmayan bir durumun ortaya çıkmasıyla sonuçlanır[964]. Sonuçta tüketiciler açısından işlem maliyetlerinin artması, onların alternatif sağlayıcılara yönelmesini engeller ve tüketiciler yüksek fiyata rağmen bağlama uygulamasını kabul ederler.

3. Marka İçi Rekabetin Azalması

Dikey sınırlamaların bir diğer olumsuz etkisi de markalararası *(Interbrand-Wettbewerb)* ve marka içi *(Intrabrand-Wettbewerbs)* rekabete yönelik sınırlamalardır[965]. Marka içi rekabet, üst pazardan aşağı seviyeye doğru yönelen pazar gücüne alt pazardan gelen bir tür tepki olup, rekabetçi sürecin gelişimine değişik yollarla katkısı bulunmaktadır. Marka içi rekabet, etkin çalışan dağıtıcı ve yeniden satıcıları ön plana çıkarırken, etkin olmayanların pazar dışında kalmalarını

---

[961] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service,* 504 U.S. 451 (1992).
[962] Kodak kararı ile ilgili daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. İkinci Bölüm/§/5/III/B/.
[963] Tamamlayıcı veya kısmen ikame edilebilir ürünlerle ilgili bağlama uygulamaları da pazar fiyatının üzerinde bir fiyat artışının temel nedeni olduğundan, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar olarak tanımlanmaktadırlar. Amerikan *antitrust* hukuku uygulamasına göre kısmen ikame edilebilir iki ürün ile ilgili bir bağlama uygulaması, hala rekabetin hâkim olduğu bir pazarda rakiplerin dışlanmasına neden olabilir. Philipp Areeda ve Herbert Hovenkamp, **Antitrust Law**, Volume IX, 2nd Ed., 2004, s. 58.
[964] Nalebuff, DTI Economics Paper No. 1, s. 77.
[965] Markalararası rekabet, birbiriyle rakip sayılan iki farklı markanın üreticilerinin aralarında yapmış oldukları rekabettir. Belirli bir markanın dağıtım ağı içindeki rekabeti (aynı seviyedeki bayilerin aralarındaki rekabet) ise marka içi rekabet olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Jofer, s. 16; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 413.

sağlar. Bu durum, pazar katılımcılarını yenilik yaratmaya zorlamakta ve rekabetçi süreçten beklenen teknik ve ekonomik gelişme hedefine de hizmet etmektedir. Öte yandan marka içi rekabetin yoğun olması, sağlayıcının alt pazardaki yeniden satıcılara erişim için rekabete girmesine neden olacağından, üst pazardaki rekabete olumlu etki yapacaktır. Bu nedenle marka içi rekabetin sınırlanması, etkinlik artırıcı yönüyle rekabet üzerinde olumlu etkilerde bulunduğu kadar, marka içi rekabetin yararlarının ortadan kalkması nedeniyle, olumsuz etkilere de neden olabilmektedir[966]. Bu anlamda dikey anlaşmalarda yer alan bağlama gibi çeşitli sınırlamalar, aynı pazardaki dağıtıcılar arasında marka içi rekabeti azaltıcı etkileri de olan davranışlardır[967].

4. Markalar Arası Rekabetin Azalması

Dikey anlaşmalar sağlayıcılar veya alıcılar arasında işbirliği yapılmasına elverişli olmaları nedeniyle, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki markalar arası rekabetin azalmasına da neden olabilmektedirler[968]. Alt pazardaki marka içi rekabetin dikey sınırlamalarla engellenmesi, üst pazardaki paralel fiyat mekanizmalarına yardımcı olmakta, diğer taraftan pazar gücüne sahip sağlayıcıların bu güçlerini alt pazarlarda kullanmalarına olanak tanımaktadır[969]. Özellike anlaşmaya taraf teşebbüslerin pazar gücüne sahip olduğu durumlarda bu rekabet sınırlamaları daha belirgindir. Örneğin, dağıtım anlaşmaları açısından, üreticinin dağıtıcıdan rakip malları satmamasını da istediği durumlarda, markalar arası rekabet

---

[966] Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 22, Nr. 77.

[967] Bkz. Jofer, s. 20; Jones ve Sufrin, s. 610.

[968] Dikey anlaşmalar gibi, potansiyel rakiplerin pazara girişinde engel oluşturan anlaşma türlerinden birisi de münhasır satın alma anlaşmalarıdır. Her ne kadar bu tarz anlaşmalar marka içi rekabeti azaltıcı ancak markalar arası rekabeti pek etkilemeyen anlaşmalar olarak düşünülse de, uygulamada münhasır satın alma anlaşmalarının pek çoğu aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğü de içerecek şekilde düzenlenmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte uygulanan münhasır satın alma anlaşmaları; alıcının, anlaşma konusu malları yalnızca sağlayıcıdan alma zorunluluğu getirirken aynı zamanda anlaşma konusu mallarla rekabet halinde bulunan malların üretimi, alımı ya da satımını da engeller. Böyle bir durumda sadece markaiçi rekabet değil aynı zamanda markalararası rekabet de kısıtlanacaktır. Böyle bir durum, potansiyel rakipler için kendi ürünlerinin satışı konusunda ciddi bir engel oluşturduğundan, bunların pazara giriş maliyetlerini de artıracaktır. Çünkü bu durumda potansiyel rakip ürünlerini satmak için kendi dağıtım ve satış ağını kurmak zorunda kalacağından, bu da kendisi için ek maliyet anlamına gelmektedir. Böyle bir dağıtım ve satış ağı ya üretici tarafından baştan kurulup işletilecek ya da başka bir dağıtım sistemi satın alınmak suretiyle kurulabilir. Her durumda bu potansiyel rakibin giriş maliyetlerini artıracağından, aynı zamanda bir pazara giriş engeli işlevi görecektir. Bu konuda bkz. Alper Karakurt, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2005, s. 40. Ayrıca bkz. Jones ve Sufrin, s. 611. Ayrıca bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar,** Ekin Kitabevi, Bursa, 2004, (Dikey Anlaşmalar), ss. 20-23;

[969] Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 23, Nr. 78.

de sınırlanmaktadır[970]. Bu giriş engelleri ve dolayısıyla engelemenin boyutu öncelikle anlaşmanın süresine bağlıdır. Anlaşma ne kadar uzun olursa, pazara girmek isteyen rakip o kadar bu sistemden uzak kalmış olur. İkinci bir etken sisteme bağlı sağlayıcıların oranıdır. Bağlı sağlayıcı oranı arttıkça, potansiyel rakiplerin dağıtım sisteminden yararlanma oranı daha az olur[971].

5. Alıcıların Tercihlerinin Kısıtlanması

Dikey anlaşmalar alıcı veya tüketicilerin istedikleri yerden mal veya hizmet satın alma özgürlüklerini de sınırlayabilmektedirler. Bu durum özellikle münhasır dağıtım anlaşmaları açısından daha belirgindir[972]. Özellikle bölge ve müşteri bağlamında uygulanan dikey sınırlamalar, tüketicilerin kendileri açısından en uygun olan ürünü seçme imkânlarını ortadan kaldırarak, onların yapay bir şekilde belli ürünlere yönelmesine neden olmaktadır[973]. Dikey bir sınırlama olarak bağlama uygulamasına gidilmesi durumunda, satıcılar belirli bir ürünü satmaya zorlandıkları için, rakiplerin benzer nitelikteki ürünlerini, bağlama uygulaması nedeniyle satın almak istemeyeceklerdir. Böyle bir durumda satıcı öncelikle bağlanan ürünü satması gerektiğinin bilinci veya baskısı altında olduğundan, rakiplerin ürünlerini satmak konusunda yeterli bir isteği olmayacaktır[974].

"Boulogner Wurst" olayında[975], *Moris* firması, geleneksel *"Boulogner Wurst* (Sucuk)" üretmek için geliştirdiği bir makine patentine sahipti. Firma bu makine ile ilgili vereceği lisans sözleşmesinde lisans alandan lisans bedeli olarak sucuk vb ürünleri üretmek için gerekli olan ve patent konusu makine ve üretim tekniği ile ilgisi olmayan, yapay üretim bağırsak ürünlerinin kendisinden alınması koşulu getirmekteydi. Komisyon bu uygulamayı, lisans alanın gerektiğinde bu ürünleri daha

---

[970] Güven, s. 135.
[971] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Jofer, s. 27-28.
[972] Münhasır dağıtım anlaşması *(exclusive distribution agreement, Alleinvertriebsvereinbarung),* sağlayıcının ürünlerin dağıtımında belirli bir bölge veya belirli bir müşteri grubu için tek bir dağıtıcı atamasıdır. Pazarda faaliyet gösteren üreticilerin her birinin dağıtıcıları ile münhasır dağıtım anlaşması imzalaması, farklı markaların dağıtıcıları arasındaki markalararası rekabeti ve üreticilerin ürünün toptan fiyatını düşürme isteklerini azaltacaktır. Bu durum synı zamanda potansiyel rakipler için bir giriş engelidir. Üretici satıcıya sadece kendi ürünlerini satma yükümlülüğü getirdiğinden, rakiplerin ürünleri de dağıtılmadığı sürece bunların pazara girişi zordur. Münhasır dağıtım anlaşmalarının pazara giriş engeli oluşturma niteliği markalararası rekabete bağlıdır. Eğer markalararası rekabet yeterli düzeyde ise, satıcılar diğer rakiplerin ürünlerini de satabileceklerdir. Ancak markalarrarsı rekabet bütün üreticilerin münhasır dağıtım anlaşması ile eksiksiz bir ağ ile bağlanması suretiyle ortadan kaldırılmışsa bu durum yeni rakipler için tekelci bir pazara giriş gibi etki gösterecektir. Bkz, Jofer, s. 29; Jones ve Sufrin, s. 611; Karakurt, s. 41.
[973] Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 23, Nr. 80.
[974] Bkz. Jofer, s. 23.
[975] Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen / Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32.

uygun koşullarda başka bir üreticiden de alabilme özgürlüğünü sınırladığı gerekçesiyle, rekabete aykırı gördü[976]. Çünkü yapay bağırsak üretimi patent korumasının kapsamında olmadığı gibi, bu şekilde bir bağlama uygulaması, patent ile ortaya çıkan tekel hakkının haksız bir şekilde başka bir pazarada yayılmasına, başka üretim alanları da kapsayacak şekilde genişlemesine neden olmaktaydı[977].

Komisyon *Velcro/Aplix* kararında ise lisans sözleşmesi kapsamında, üretim için gerekli olan hammaddesinin de lisan verenden alınmasını ilgili patentin hukuki koruma süresini de aşacak şekilde uzatan münhasır alım koşulunu rekabete aykırı gördü[978]. Bu olayda da sözleşme ile lisans alanın, *Vaessen/Morris* olayına benzer şekilde, kendi tedarikçisini istediği gibi seçme hakkının sınırlanması sözkonusuydu. Başka bir olayda da Komisyon her ne kadar bağlama kavramını açıkça kullanmamış olsa da, hijyenik armatürler *(Sanitärarmaturen)* üreten bir teşebbüsün başvurduğu seçici dağıtım sistemini, bağlama anlaşması olarak değerlendirdi[979]. Bu olayda üretici kendi seçici dağıtım politikasının sonucu olarak, toptancılara getirdiği yükümlülük ile kendi hijyenik armatürlerinin sadece armatür tesisatçılarına satılmasını, bunun dışında hiçbir şekilde yapı marketi veya benzer perakendecilere, örneğin hırdavatçılara, satılmaması zorunluluğu getirmekteydi.

Komisyon hijyenik armatürlerin satışı ve tesisatının bağlanmasının iki farklı hizmet olduğu sonucuna vardı. Dolayısıyla üreticinin bu satış politikası, tüketicileri hijyenik armatürleri tesisatçılardan almak zorunda bıraktığı için, onların kendi alıcılarını seçme özgürlüğünü kısıtlamaktaydı[980]. Üreticinin güvenli bir kurulumun uzmanlık gerektirdiği ve bu alanda haklı olarak kendi ticari ününü ve itibarını korumak şeklindeki iddiasını ise Komisyon, bu uygulamanın AEUV m.101/3 bağlamında rekabeti önemli ölçüde engellediği gerekçesiyle reddetti. Komisyon bu şekilde üreticinin dağıtım anlaşmalarına muafiyet de tanımadı.

6. Pazara Giriş Engelleri ile Pazarın Kapanması Etkisi

AB Komisyonun Dikey Sınırlamalar Hakkındaki Kılavuzu'na göre bağlama uygulamalarının olumsuz etkileri konusunda, Komisyonun önem verdiği bir diğer husus ise hem bağlayan hem de bağlanan ürün pazarı açısından ortaya çıkan giriş

[976] Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen / Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32, Nr. 15.
[977] Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen/Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32, Nr. 15.
[978] Komisyon Kararı, 12.7.1985, 85/410/EWG, *Velcro/Aplix,* ABl. EG, 30.8.1985, L 233/22.
[979] Komisyon Kararı, 10.12.1984, 85/44/EWG, *Grohe-Vertriebssystem,* ABl. EG, 23.11.1985, L 19/17.
[980] Komisyon Kararı, 10.12.1984, 85/44/EWG, *Grohe-Vertriebssystem,* ABl. EG, 23.11.1985, L 19/17, Nr. 20.

engelleri nedeniyle pazarın kapanmasıdır[981]. Alıcı açısından en azından bağlanan ürün bakımından miktar zorlaması gibi bir etkiye de neden olduğundan, bağlama uygulması bağlanan ürün pazarında pazarın kapanmasına da neden olabilir[982]. Bağlanan ürün açısından bir de rekabet yasağı getirilen durumlarda, bağlanan ürün pazarındaki olası kapama etkisi de artacaktır. Kapama etkisi bağlanan ürün pazarında toplam satışlar içinde bağlı ürün oranının ne kadar olduğuna da bağlıdır[983].

Bağlama uygulaması ile ortaya çıkan pazar kapama etkisi özellikle alt veya üst pazarlardan birisi için ölçek ekonomisinden yararlanmanın gerektiği veya pazara girişi zorlaştıracak başka bir etkenin bulunduğu durumlarda daha belirgindir. Böyle bir pazar yapısında, rakipler açısından, bağlanan ürün pazarına giriş zorlaşacaktır. Bu şekilde ürün bağlama olayı, mevcut veya potansiyel rakiplerin bağlanan ürün pazarına girişini engelleyerek, tek bir teşebbüsün pazarda hakim duruma gelmesini veya oligopol bir pazar yapısının ortaya çıkmasını kolaylaştıracaktır[984]. Benzer sonuç özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının kullanımı ile ilgili isans sözleşmelerinde yer alan inhisari haklar ile ilgili kısıtlamalar açısından da geçerlidir[985]. Örneğin sucuk üretimi konusunda daha pratik ve kullanışlı bir makine patenti ile ilgili lisans sözleşmesinde satıcı, sucuk üretimi için gerekli olan yapay bağırsak ürünlerinin kendisinden veya tayin edeceği başka bir teşebbüsten alınması şeklinde bir koşul getirirse, bu durumda rakip teşebbüsler açısından ilgili ürün pazarının kapanması tehlikesi ortaya çıkacaktır[986]. Hatta bu tarz bir bağlama ile satıcı bağlayan ürün pazarında sahip olduğu hukuki korumayı, sözleşmesel bir kayıtla bağlanan ürün pazarına da genişletmek suretiyle, bu şekilde hakim durumda olmadığı pazardaki konumunu da sağlamlaştırmış olmaktadır.

Birçok durumda bağlama uygulaması, pazara girişi önleyici bir etkiye neden olmaktadır. Çünkü potansiyel rakipler, pazara başarılı bir gişin ancak hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarına aynı anda veya bağımsız teşebbüsler yoluyla

---

[981] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 216. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 205. Öte yandan bağlama uygulamalarının bu olumsuz etkisi, bu konuda daha önceden yapılan deneysel (ampirik) analizler sonucunda ortaya çıkmış bir durumdur. Bu nedenle bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda birçok model tarafından da savunulan görüşe göre, bağlamanın en büyük etkisi rakiplerin durumunu zorlaştırması ve pazara giriş engeli oluşturmasıdır. Bkz. Jones ve Sufrin, s. 611.

[982] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 437.

[983] Rekabet Kurul'una göre, bu etkinin ne derecede önemli bir kapama etkisi yaratacağı sorusuna yönelik olarak, tek marka anlaşmalarına ilişkin değerlendirme burada da uygulanabilir Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 212.

[984] Bkz. Ekdi, Piyasanın Kapanması, s. 25.

[985] Güven, s. 135.

[986] Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen / Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32.

girmekle mümkün olduğunu görmektedirler. Çift taraflı pazara giriş zorunluluğu, aynı zamanda potansiyel rakiplerin giriş maliyetlerini artırmaktadır. Pazara giriş maliyetleri ve risklerinin artması, başlangıçta gerekli olan yatırımın da artmasına neden olduğundan, potansiyel rakipler çoğu zaman pazara girmekten vazgeçeceklerdir.

AB Komisyonu da bağlama uygulamaları ile pazara giriş engellerinin ortaya çıkması ve artması konusundaki endişelerini, benzer olaylara dayanan *Schöller*[987] ve *Langnese-Iglo*[988] kararlarında dile getirdi. Bu olayda dondurma üreticisi perakendeciler için izlediği münhasır alım yükümlülüğü şeklindeki satış politikası ile derin dondurucuları, perakendecilere sadece ilgili firmanın ürünlerini saklamak için kullanmak koşuluyla ücretsiz olarak vermekteydi. Belirsiz süreli ve istenildiği zaman kolaylıkla feshedilebilen tek satıcılık sözleşmesi *(Alleinbezugsvereinbarung)*'nde yer alan koşullar, o zaman yürürlükte olan "Tek Satıcılık Sözleşmesi Hakkında Grup Muafiyet Tüzüğü" ne aykırıydı. Aynı zamanda dolap münhasırlığı koşulları nedeniyle bireysel bir muafiyet de Komisyon tarafından dikkate alınmadı. Bu olayda bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri iki şekilde ortaya çıkmaktaydı.

Birincisi pazara yeni girmek isteyen her potansiyel rakibin perakendecilere derin dondurucular sağlamak için mevcut teşebbüsten daha büyük yatırımlar yapmak zorunda kalmasıydı[989]. Oysa bu durumda perakendeci yeni bir derin dondurucu almış gibi ek maliyetlere katlanmış olacak ve bu nedenle hiçbir perakendeci yeni bir tedarikçi ile çalışmanın olası risklerine katlanmak istemeyecektir. İkincisi ise kendi işyerinde her iki marka dondurmayı da satmak isteyen perakendeciler açısından ikinci bir dolap, özellikle işyerleri daha küçük olan perakendeciler için, yer sorunu anlamına gelmekteydi[990].

Somut olayda bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkileri açısından önem kazanan husus ise pazarda en büyük iki teşebbüs tarafından başvurulmuş olmasıdır. Her iki dağıtım kanalında bu uygulamanın ortaya çıkması, potansiyel rakipler açısından pazara girişi daha da zorlaştırmaktaydı[991]. Satıcılar açısından bu

---

[987] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/405/EWG, *Schöller Lebensmittel GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/1.
[988] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/19.
[989] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/1, Nr. 135.
[990] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/405/EWG, *Schöller Lebensmittel GmbH,* ABl EG, 26.7.1993, L 183/1, Nr. 137; Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/19, Nr. 135.
[991] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/405/EWG, *Schöller Lebensmittel GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/1, Nr. 126.

olaya bakıldığında ise, burada genel anlamda oligopol ve dar anlamda da düopol pazarlara özgü ve rekabeti azaltan davranışlar sözkonusuydu. Düopol pazarlarda, satıcılardan birisinin başvurduğu rekabetçi bir davranışa genellikle diğeri de benzer bir davranışla karşılık vermektedir[992]. Öte yandan bireysel muafiyet açısından AEUV m. 101/3'te yer alan ilk koşul, anlaşmanın malların dağıtımında iyileşme sağlaması, sadece ilgili taraflar açısından değil, aynı zamanda genel anlamda da bir etkinlik artışının ortaya çıkması ve bu etkinlik kazanımlarının kısmen de olsa tüketicilere yansımış olması gerekmektedir. Somut olay açısından akla gelebilecek olası bir malların dağıtımında iyileşme veya etkinlik artışı ise ancak münhasır anlaşma yoluyla markalararası rekabetin daha güçlü şekilde gerçekleşebilecek olmasıdır. Fakat burada aynı zamanda pazara giriş engellerinden dolayı *(Marktzutrittsschranken)* böyle bir durum söz konusu değildi[993]. AB Mahkemesi (İlk Derece Mahkemesi) Komisyonun bu tespitlerini onaylarken, karara karşı yapılan temyiz talebi de ABAD tarafından rededildi[994].

İlgili pazarda dikey anlaşmalardan oluşan paralel ağların varlığı, bağlama uygulamasının birikimli etkilere neden olması ve nihayetinde pazarın kapanması sorununu gündeme getirebilir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 2005 yılında verdiği *Efpa-Bimpaş Kararı'*nda[995], düopol bir yapının görüldüğü bira pazarında temelde Efes ve Tuborg markalarıyla birlikte bu markaları kontrol eden teşebbüslerle işbirliğini tercih ederek pazara giren bazı markaların sözkonusu olduğu, bu nedenle pazarda etkin bir rekabet ortamının bulunmadığı tespiti yapılmıştır. Kararda, Efpa ve Bimpaş'ın münhasır anlaşmalarının açık satış noktalarında %47, kapalı satış noktalarında ise %20 dolaylarında bir toplam kapsama oranına ulaştığı, bu teşebbüslerin münhasır anlaşmalar yoluyla pazarın kapatılmasına olan katkısının *"ayrı ayrı önemli ölçüde"* olduğu belirtilmiş ve bu nedenle her iki teşebbüsün de münhasırlık içeren anlaşmaları 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetin dışına çıkarılmıştır.

Bir diğer olayda ise, Garanti Bankası'ndan kredi ve sair hizmetler kullanan gerçek ve tüzel kişi müşterilere, adı geçen banka'nın pazarladığı poliçelerin satılması yoluyla "bağlama" eyleminde bulunulduğu iddiası ile açılan önaraştırmada, Rekabet Kurulu kümülatif etkilerin pazarı kapatması sorunu üzerinde de

---

[992] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/405/EWG, *Schöller Lebensmittel GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/1, Nr. 145.
[993] Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/19, Nr. 118.
[994] EuGH, 1.10.1985, Rechtssache C- 279/95 P, *Langnese-Iglo GmbH/Kommission,* Slg. 1998, I-5609.
[995] Rekabet Kurulu, 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Karar.

durmuştur[996]. Kurul'a göre, şikayet edilen bağlama anlaşmasının rekabet açısından yarattığı bir diğer endişe ise pazarın bankalar ile anlaşması olmayan diğer sigorta şirketlerine kapatılması riskidir. Her ne kadar Garanti Bankası tek başına bu pazarda hakim durumda değilse de diğer bankaların da bu yönde uygulamaları olması kümülatif bir etki ile pazarın kapatılması sonucunu doğurabilecektir. Ancak somut olayda Garanti Bankası ve Eureko Sigorta'nın sahip olduğu pazar payları dikkate alındığında[997] bu uygulamanın pazarın kapanması gibi sonuçlara neden olabilecek düzeyde etkilere neden olamayacağı sonucuna varılmıştır[998].

Fakat bu olay açısından, ilgili pazarda diğer bankaların da benzer yönde uygulamalara gidip gitmedikleri, eğer benzer uygulamaya diğer bankalarda gidiyorsa bunun pazardaki yaygınlığı ve nihayetinde pazar üzerindeki birikimli etkileri araştırılmadan, sadece yasal düzenlemelerin bu tarz uygulamaları engellemek için yeterli olacağı düşüncesinden hareket edilmesi kanaatimizce yeterli bir değerlendirme olmayacaktır.

C. Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Olumlu Etkileri

1. Etkinlik Sağlama

Dikey anlaşmalarda yer alan bağlama gibi sınırlamaların şüphesiz rekabet üzerinde olumlu etkileri de bulunmaktadır. Özellikle pazar gücü bulunmayan teşebbüsler açısından bu durum daha da önem kazanmaktadır. AB Komisyonu'na göre de, bağlama gibi dikey sınırlamalar ortak üretim ve ortak dağıtım ile etkinlik sağlayıcı avantajların ortaya çıkmasına yardımcı olur. Özellikle bağlanan ürünün sağlayıcı tarafından üretilmediği durumlarda, bağlanan üründen sağlayıcı yüksek miktarlarda alım yapacağından, bu durumda bir etkinlik artışı da ortaya çıkabilir. Ancak böyle durumlarda ilgili anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanabilmesi için

---

[996] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar.

[997] Rekabet Kurulu, Garanti Bankası'nın ve acentesi olduğu Eureko Sigorta'nın faaliyet gösterdikleri pazar ve alt pazarlarda hakim durumda bulunmadıkları, Garanti Bankası şubelerinden taşıt kredisi alanların takriben % 37'sinin aynı banka şubesinden kasko sigortası yaptırdıkları ve somut bulgularla desteklenen bu sayısal büyüklüğün "pazarın kapatılması" kapsamında değerlendirilemeyeceği, benzer durumun/uygulamaların konut kredisi uygulamalarında da söz konusu olduğu sonucuna varmıştır. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar.

[998] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar, Nr. 240. Öte yandan Kurul'a göre, Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Yönetmelik bu tarz bağlama anlaşmalarını yasakladığından, böyle bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Gerçekten de yönetmeliğin 10. maddesinde *"Zorunlu veya ihtiyari sigortalarda, kredi kullanan kişinin sigorta şirketini seçme hakkı sınırlandırılamaz. Sigorta sözleşmesine veya kredi sözleşmesine sigortanın belirli bir sigorta şirketine yaptırılmasına ilişkin konan her türlü şart hükümsüzdür."* denilmektedir. Bkz. Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği, Resmi Gazete, 17.1.2009, Sayı: 27113.

maliyetlerde ortaya çıkan azalmanın bir kısmının tüketicilere yansıtıldığının da gösterilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte alıcı olarak perakendeci, bağlama uygulamasına giden sağlayıcı tarafından sunulan ürünleri veya benzerlerini başka tedarikçilerden benzer veya daha uygun koşullarda düzenli bir şekilde temin edebiliyorsa, bu durumda tüketicilere yansıyacak şekilde bir etkinlik kazanımından da sözedilemeyeceğinden, muafiyet durumu da sözkonusu olmayacaktır[999].

Bununla birlikte etkinlik kazanımları açısından sorun bir davranışın ne zaman "etkin" olarak değerlendirileceğidir. İktisat bilimi alanında bu konuda farklı kriterler bulunmakla birlikte, yaygın olan düşünce Kaldor-Hicks-Kriteri *(Kaldor-Hicks-Kriterium)* olarak adlandırılan yönteme göre bir değerlendirme yapılmasıdır. Buna göre somut bir durum açısından rekabetçi bir davranışın kazandıran yanları kaybettiren yanlarını telafi ediyorsa bu durumda kazançlı bölüm diğeri karşısında etkin sayılır[1000]. Başka bir anlatımla, toplam refahta artış sağlayan bir davranışın aynı zamanda etkin olduğu da söylenebilir[1001]. Etkinlik aynı zamanda ticari işlemlerde maliyetleri düşürdüğünden, bağlama uygulamalarının pozitif etkisi olarak da adlandırılan *"efficient bundling"* kavramı ile tanımlanmaktadır[1002]. Ürünlerin aynı kanaldan birlikte satılması maliyetlerde bir tasarruf sağladığı için bu bir avantajdır. Benzer şekilde örneğin birlikte üretim sayesinde, bağlanan ürün tek başına üretilmemiş olacağından bu durum satıcı açısından üretim maliyetlerini minimum hesaplama ve büyük miktarlarda üretim yapma konusunda avantaj sağlar[1003]. Bütün bu avantajlar, bağlama uygulamaları açısından teşebbüslerin satış ve sürümlerini artıran büyük işletme avantajları olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda birlikte üretim ve dağıtım, üretimde etkinlik de sağlayabilir[1004]. Bunun dışında başka olası yararlar da, AEUV m. 101/3 de öngörüldüğü gibi, ürünlerin üretim ve dağıtımında bir iyileştirme sağlaması nedeniyle ortaya çıkan etkinlik kazanımından tüketicilerin de yararlanmasının mümkün olabilmesidir.

---

[999] Bkz. Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 222. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 210. Ayrıca bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 437.

[1000] Künzler, s. 82; Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, s. 133.

[1001] Jofer, s. 36.

[1002] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 426.

[1003] Koenig ve Neumann, s. 392.

[1004] Hatta bu tarz bir üretimle bir başka etkinlik kazanımı da kalite standardizasyonu ve ürünler arasında belli bir homojenlik olarak ortaya çıkabilmektedir. Bkz. Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 81; Wolf, s. 88.

2. Üretim ve Kalite Standartlarında Yeknesaklık Yoluyla Bedavacılık (free-riding) Sorununun Giderilmesi

Dikey anlaşmaların rekabet açısından olası yararlarından bir diğeri de üretim kalite ve standartlarında sağlanan yeknesaklık ile bedavacılık sorununun da çözülebilmesidir[1005]. Özellikle franchise sözleşmeleri açısından ortaya çıkan bedavacılık *(free riding)* sorunu, sözleşmede yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar ile bu bedavacıların franchising zinciri dışına çıkarılabilmesi ile çözülebilmektedir[1006]. Bedavacalık kısaca, bir teşebbüsün herhangi bir çaba göstermeden bir diğerinin çaba veya yatırımından avantaj sağlamasıdır[1007]. Dolayısıyla dikey anlaşma ile getirilen bağlama şeklindeki sınırlamalar, ürün veya hizmet kalitesinde iyileşme ve bu anlamda tüketiciler için de avantaj sağlamaktadır[1008].

Dikey sınırlamaların yer aldığı anlaşmalar açısından teşebbüslerin çok sık başvurduğu bir diğer gerekçe ise kalite güvenliği iddiasıdır. Ancak çoğu zaman kalite güvenliği iddiasının arkasında yatan asıl niyet, bağlama şeklindeki ticari uygulamayı açıkça haklı çıkarmak ve bu uygulamayı sürdürmek için bunu bir mazeret olarak kullanmaktır.

Bağlama üretimde belli bir yeknesaklık ve kalite standardı sağlamaya yardım ediyorsa, bu aynı zamanda başka bir etkinlik artışı anlamına da gelmektedir. Bununla birlikte, bu olumlu etkilerin alıcıya asgari kalite standartlarına uyarak malları

[1005] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 107 (i).

[1006] Franchising sözleşmeleri ile ilgili bağlama uygulamaları konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Benjamin Klein ve Lester F. Saft, "The Law and Economics of Franchise Tying Contracts, **Economics of Antitrust Law**, (Ed. Benjamin Klein/Andreas V. Lerner), Northampton, 2008, s. 113 vd.; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 77; Whish, s. 592; Jones ve Sufrin, s. 604.

[1007] Herhangi bir ödeme yapmaksızın veya maliyete katlanmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün faaliyetlerinden yarar sağlamasıdır. Diğer bir tanıma göre ise bir ticari faaliyetin gerektirdiği masraf veya külfete katlanmaksızın o faaliyetin ticari kazancının elde edilmesidir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 23.

[1008] Bedavacılık sorunu konusunda şöyle bir örnek verilebilir: Bir otomobil üreticisinin bir şehirde iki bayisinin olduğunu varsayalım. Bu bayilerden A büyük ve pahalı bir showroom'a sahiptir. Bu bayi aynı zamanda alıcılara deneme sürüşü imkânı sağlamakta, teknik konularda satış öncesi ve sonrası konularda danışmanlık yapacak yetişmiş bilgili elemana da sahiptir. Bütün bu hizmetler için katlandığı maliyetleri de arabanın satış fiyatına yansıtmaktadır. İkinci bayi B ise küçük bir bürodan oluşmakta olup, ilkine benzer şekilde test sürüşü, showroom veya satış öncesi ve sonrası teknik konularla ilgili danışmanlık hizmeti vs vermemektedir. Birçok hizmetlerini telefon üzerinde halletmektedir. Aracı sadece üreticiden alıp alıcıya teslim ettiği için, maliyetleri daha düşük olup, aracı birinci bayiye göre daha ucuza satmaktadır. A nın bu aracı 500 USD'ye, B'nin ise 100 USD'ye satması durumunda, tüketici büyük bir ihtimalle A'ya gidip araç konusunda gerekli teknik vs bilgileri alıp, bir iki deneme sürüşü yapıp ayrılırken, satış elemanına "bu konuda düşüneceğini" belirtip, B'ye gidip beğendiği aynı aracı sipariş edecektir. Böyle bir durum karşısında A uzun vadede piyasadan çıkacak veya söz konusu maliyetlerden kaçınmaya başlayacak ve bu durumdan üretici de zarar görecektir. Bu durumda üretici yeniden satış fiyatı belirleme yoluna gidecek ve arabayı aynı fiyattan satmaları nedeniyle, alıcılar daha iyi ve kaliteli hizmet veren bayiyi tercih edeceklerdir. Bunun sonucunda satıcılar arasında da rekabet başlayacaktır. Bir diğer olasılık ise üreticinin bayi B ile olan sözleşmesini feshedip, A'yı ise ilgili şehir için münhasır bayi olarak tercih etmesidir. Bu konuda bkz. Hovenkamp, s. 456-457.

kullanması veya yeniden satması zorunluluğu getirildiğinde, bu malların sağlayıcıdan veya onun belirlediği bir kişiden alınması şartı getirilmeden etkin bir şekilde ortaya çıkamayacağının ispatlanması gerekir[1009]. Rekabet hukuku açısından asgari kalite standartlarına ilişkin yükümlülükler normalde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar olarak değerlendirilmemektedir. Bu durum hem AEUV m. 101/1 ve hem de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, bağlayan ürün sağlayıcısının alıcı üzerine alıcının bağlanan ürünü alması gerektiği sağlayıcılara yönelik bir yükümlülük koyması, örneğin asgari kalite standardına ilişkin formülasyonun mümkün olmadığı durumda, özellikle bağlayan ürün sağlayıcısının bağlanan ürün sağlayıcısını tayin etmekte doğrudan (mali) bir menfaatinin olmadığı hallerde, bu tarz bir bağlama uygulaması rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendirilecektir[1010]. Komisyona göre de bağlama uygulamaları belirli ürün standartlarına uyma konusunda katkı sağladığı durumlarda da bir etkinlik artışı mümkündür[1011].

Windsurfing International kararında[1012] Komisyon, lisans veren Windsurfing International (WSI)'ın sözleşmeyle direk ve yelken *(Rigg)* ile ilgili patentin sadece *Brett-Typen* (tahta tip) yelken yapımı için kullanmasına izin vermesini ve aynı şekilde lisans alana yelken direği ve *Segelbretts yelkeni* geri kalan perakende satış fiyatını düşürmeden, yani indirim yapmadan satması şeklindeki sözleşme koşullarını AEUV m.101'e aykırı bulup, WSI aleyhine idari para cezasına hükmetti. WSI'nın bağlama uygulaması konusundaki gerekçesi ise, bu tarz sözleşme koşullarının sadece üretimde standart bir kalite kontrolü sağlamak için getirildiği yönündeydi. Ancak WSI'ın bu iddiası, patent korumasının sadece direk ve yelken *(Rigg)* için geçerli olduğu, *Brette* (ring, kayak) için bir kalite kontrolü gerekliliğinin WSI nın sahip olduğu spesifik patent korumasının dışında olduğu gerekçesiyle reddedildi.

ABAD'ın bu konudaki bilinen yaklaşımı, koruyucu hak sahibinin kendi ürünü bağlamında sahip olduğu kalite kontrolü ile ilgili müdahale yetkisinin sadece sahip olduğu spesifik hakkın konusu açısından geçerli olduğudur. Bu nedenle somut olaydaki koşullar lisans alan teşebbüsün hem ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayan ve hem de yeni modeller üretmesini engelleyici nitelikteydi. Komisyonun bu

[1009] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 222.
[1010] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 211.
[1011] Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 222. Bu anlamda lisans konusu teknolojinin etkin ve verimli kullanımını sağlamaya yönelik ek alım yükümlülükleri rekabete yararlıdır. Bu hususta bkz. Ayşe Odman, **Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 92.
[1012] Komisyon Kararı, 11.7.1983, 83/400/EWG, *Windsurfing International,* ABl. EG vom 20.8.1983, L 229/1.

görüşünü destekleyen ve kararı onaylayan ABAD[1013], lisans alanın direk ve yelkenler *(Rigg)* için geçerli korumayı ancak lisans verenin izni ile *Brettern* (tahta, kereste) de kullanabilmesi ile ilgili sözleşme koşullarını, rekabeti sınırlayıcı etkileri olan davranışlar olarak değerlendirdi[1014].

3. Pazara Giriş Maliyetlerinin Azalması

Bazı durumlarda dikey anlaşmalar yeni bir pazara girmek isteyen bir teşebbüs için, gereksinim duyduğu sermaye sorununu çözmesine de yardım edebilir. Örneğin bir toptan satıcı böyle bir dağıtım ağı kuracağı zaman, ihtiyacı olan başlangıç sermayesini ürünlerinin satışını yapacağı teşebbüsten alabilir ve bu şekilde rakiplerin olası rekabet baskısına karşı da finansal açıdan desteklemiş olur[1015]. Bu tarz bir finansal destek özellikle batık maliyet *(sunk-costs)* sorunu olan pazarlar açısından büyük önem kazanmaktadır[1016]. Böyle durumlarda özellikle uzun vadeli anlaşmalar, yatırım maliyetlerini azaltmanın en başta gelen aracıdır. Dikey anlaşmalar ayrıca dikey bir entegre yapının kurulması ve sağlamlaştırılması konusunda teşvik edici de olabilmektedir. Özellikle uzun vadeli münhasır dağıtım anlaşmaları satıcıları uzun süreli anlaşmalarla bağlanmaktan korur. Bunun yanında alıcı teşebbüsün de başlangıç maliyetleri münhasır satın alma anlaşmaları veya aynı zamanda uzun vadeli minimum alım yükümlülüğü gibi yöntemlerle çözülebilir[1017].

4. Çifte Tekel Karını Önleme

Dikey anlaşmalarda yer alan bağlama kayıtları, aynı zamanda çifte tekel karı *(double marginalization)* elde etme sorununu çözme konusunda da etkili olabilirler[1018]. Çifte tekel karı hem üreticinin ve hem de satıcının pazar gücüne sahip olduğu durumlar için sözkonusudur[1019]. Dikey anlaşmaya taraf olan iki teşebbüsün de tekel olduğu bir durumda, üretici/sağlayıcı ürünü yeniden satıcıya marjinal maliyetinin üzerinde tekelci bir kar koyarak satacak, yeniden satıcı da bu fiyatın üzerine kendi tekelci kar marjını koyarak ürünü nihai kullanıcılara satacaktır[1020]. Bu durumda her iki teşebbüs de kendi karlarını en yükseğe çıkarmak için marjinal

[1013] EuGH, 25.2.1986, 193/83, *Windsurfing International/Kommission,* Slg. 1986, s. 611.
[1014] EuGH, 25.2.1986, 193/83, *Windsurfing International/Kommission,* Slg. 1986, s. 611, Nr. 53 ve 59.
[1015] Bkz. Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 107/b Ayrıca, Whish, s. 593; Jones ve Sufrin, s. 604.
[1016] Jofer, s. 42; Hovenkamp, s. 534-535.
[1017] Jofer, s. 43; Whish, s. 593.
[1018] Jones ve Sufrin, s. 607; Paul, s. 262; Wolf, s. 88.
[1019] Jofer, s. 43.
[1020] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 28.

maliyet üzerinden fiyat artışına gitmektedir. Her iki teşebbüs de kendi karlarının, gerçekleşen nihai satış fiyatlarına olan etkilerini göz ardı etmektedir. Bu durumda üretici ve satıcının toplam karlarının maksimuma ulaşmış hali, nihai satış fiyatının üzerinde gerçekleşir. Ortaya çıkan çifte tekel karı sorununun giderilmesi aynı zamanda nihai satış fiyatlarının düşmesi yönünde bu dikey dışsallıkların giderilmesine de katkıda bulunur. Sonuç olarak bu tarz sorunları çözmeye yarayan dikey anlaşmalar hem ilgili teşebbüsler hem de tüketiciler açısından etkinlik sağlayıcı olmaktadır[1021].

VIII. DİKEY ANLAŞMALAR AÇISINDAN MUAFİYET SİSTEMİ

A. Genel Olarak Muafiyet Sistemi

Çeşitli dikey sınırlamalar içeren anlaşmalar, belirli koşullar altında muafiyet sisteminden yararlanabilmektedir. Muafiyet aslında rekabete aykırı hükümler içermesine rağmen, bazı anlaşmaların pazar üzerindeki olumlu etkilerinin olumsuz etkilerine ağır basacağı düşüncesiyle getirilmiş bir yöntemdir. Bu durum belirli bir anlaşma grubuna yönelik "grup muafiyeti" şeklinde olabileceği gibi, grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmalar için bireysel muafiyet şeklinde de olabilir.

AB hukuku açısından rekabete aykırı ve bu nedenle AEUV m. 101/1'in kapsamına girebilecek nitelikte olan bazı anlaşmalara, anlaşma gruplarına, kararlara, karar gruplarına ve uyumlu eylemler ile bu tür uyumlu eylem gruplarına, AEUV m. 101/3'te yer alan koşlların tümünü sağlamaları durumunda, bu maddede yer alan yaptırımlar uygulanmayacaktır. Yani bu anlaşmalar, teşebbüs birliği karaları ve uyumlu eylemler AEUV m.101/1 de yer alan yasaklamalardan muaf tutulmaktadırlar[1022]. Benzer durum RKHK bakımından da geçerli olup, 5. maddedeki koşulları yerine getiren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının, 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına Rekabet Kurulu karar verebilir. Muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir işlem olup, bunun sonucunda gerek AEUV 101/2 ve gerekse RKHK m. 4/1'de yer alan geçersizlik yaptırımı hükümsüz kalmaktadır[1023].

Muafiyetin amacı, pazarın ihtiyaçlarından ve tüketicileri de ortaya çıkacak yararlardan faydalandırmak düşüncesi yanında, ekonomik ve teknik gelişmeyi teşvik etmek amacıyla da olabilir. Bu nedenle anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin AEUV

[1021] Jofer, s. 44.
[1022] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 146.
[1023] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 423; Güven, s. 219.

m. 101/3'te öngörülen muafiyet sisteminden yararlanabilmeleri için, düzenlemede yer alan dört koşulun da birlikte sağlanması gerekmektedir. ABAD'ın kararlarına göre, bu dört koşuldan sadece birisi dahi bulunmuyorsa, muafiyet sözkonusu olmayacaktır[1024]. Bu dört koşuldan ikisi olumlu, diğer ikisi ise olumsuz koşullar olarak belirtilmektedir. Olumlu koşullar muafiyet nedeniyle ortaya çıkacak yararlardan tüketicilerin de adil bir pay alabilmeleri ve muafiyetin malların üretim ve dağıtımının gelişmesine, teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik etmesidir. Olumsuz koşullar ise, rekabet üzerinde meydana gelen sınırlamaların anlaşmanın ortaya çıkardığı yararlara ulaşmak için gerekenden daha fazla olmaması ve ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmamış olmasıdır[1025].

Komisyonun 330/210 sayılı Dikey Anlaşmalar Hakkındaki Grup Muafiyet Tüzüğü (Vertikal-GVO)[1026],1 Haziran 2010 tarihiden itibaren yürürlüğe girmek üzere, 20 Nisan 2010 tarihinde yayınlanmıştır. Tüzük'ün 31 Mayıs 2022 tarihine kadar yürürlükte kalması öngörülmüştür. Tüzük'ün "Muafiyet" başlıklı 2.maddesine göre, AEUV m.101/3 ve bu tüzüğün öngördüğü kriterler bağlamında AEUV m.101/1 de yer alan rekabet yasaklamaları dikey anlaşmalar açısından geçerli değildir. Dikey Anlaşmalar Hakkında Tüzüğün 2.maddesinin 2.fıkrasına göre 1. fıkrada yazılı olan muafiyet, ancak bir teşebbüs birliği ve onun üyeleri veya bu tarz bir birlik ile onun sağlayıcıları (tedarikçileri) arasında yapılan dikey anlaşmalar açısından geçerlidir.

Tüzüğün 3.maddesi "pazar payı eşiği" *(Marktanteilsschwelle)* ile ilgili olup, bu düzenlemeye göre 2.maddede yer alan "muafiyet" durumundan yararlanmak için satıcının anlaşma konusu ürün veya hizmetler açısından ilgili pazardaki ve alıcının da yine sözleşme konusu ürün veya hizmetler bakımından ilgili pazardaki pazar payının *(Marktanteil)* % 30'un üzerinde olmaması gerekmektedir[1027]. Eğer taraflar arasındaki anlaşma konusu ürün veya hizmetlerle ilgili sağlayıcının bağlayan ve bağlanan ürün veya hizmet pazarlarının her ikisinde birden sahip olduğu pazar payları Tüzük ile öngörülen bu %30 eşiğini aşmıyorsa, bu anlaşma bakımından taraflar grup muafiyetinden yararlanabileceklerdir. Daha öncede belirtildiği gibi, Rekabet Kurulu'nun 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliğinde ise muafiyet için gerekli pazar payı eşiği %40 olarak belirlenmiştir. Buna göre Tebliğ ile sağlanan muafiyet,

[1024] EuGH, 25.3.1996, Slg. 1996, I-1611, 1622, Nr. 34. *"SPO"*; EuG, 23.10.2003, Slg. 2003, II-4653, *"Van den Bergh Foods"*.
[1025] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 150-155; Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, ss. 424-425; Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 275-280.
[1026] Komisyon, Dikey Anlaşmalar Hakkında Tüzük, EG 330/2010, ABl. 23.4.2010, L 102/1.
[1027] Komisyon, Dikey Anlaşmalar Anlaşmalar Hakkında Tüzük, Art. 3, Nr. 1. Ayrıca bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 445.

sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır.

Dikey anlaşmalar açısından, belirli koşullar altında söz konusu olan muafiyet durumu, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar bakımından, sadece bir istisnai durum haricinde sözkonusu değildir[1028]. Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağı hükmüne getirilen istisna ile teşebbüsler sadece dağıtım seviyesinde birbirlerine rakip olabilmektedirler. Başka bir ifadeyle, sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanabilir. Bu şekilde üretici konumundaki teşebbüsler bir yandan bağımsız alıcılar vasıtasıyla ürünlerini dağıtırken, diğer yandan da kendileri bizzat dağıtım yapabileceklerdir.

Muafiyet bireysel muafiyet ve grup muafiyeti olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bireysel muafiyet somut olaya göre değerlendirilir. Örneğin A teşebbüsü ile B teşebbüsü arasındaki dağıtım sözleşmesinin AEUV m. 101/1 veya RKHK m. 4 hükmünden muaf tutulması gibi. Grup muafiyeti ise bir sözleşme kategorisinin, örneğin teknoloji transferi sözleşmeleri, motorlu taşıtlar sektörü gibi rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar için öngörülen yaptırımlardan muaf tutulması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

B. Grup Muafiyet Sistemi

"Grup Muafiyeti" kavramı temel olarak belirli türdeki anlaşmaların RKHK'nin 5.maddesinde yer alan koşulların tamamını sağladığı varsayımıyla, sözkonusu anlaşmaların RKHK'nin 4.maddesindeki yasaklamadan muaf tutulması esasına dayanmaktadır[1029]. Bu anlamda grup muafiyeti sisteminde asıl amaç, bireysel muafiyet olarak adlandırılan bir idari karar elde edebilmek için tüm anlaşmaların tek tek ilgili rekabet otoritelerine bildirilmesini önlemek ve bu şekilde hem ilgili teşebbüsler açısından, hem de rekabet otoriteleri açısından gereksiz bir iş yükünün önüne geçmek ve teşebbüslere de belli ölçüde bir hukuksal güvenlik sağlamaktır[1030].

[1028] Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği 3.maddesi (c) bendinde yer alan tanıma göre rakip teşebbüsler, aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılar, olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Nr. 6.

[1029] Hilmi Bolatoğlu, "Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçişin İktisadi ve Hukuki Gerekçeleri", **Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 23.

[1030] Bu konuda daha ayrıntılı değrlendirmeler için bkz. Mirko Becker, **Wettbewerbsbeschränkungen im System der Legalaushnahme**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2006, s. 13-14.

Grup muafiyeti sistemi AB rekabet hukukunda da geçerli olup, Komisyon'un çıkardığı grup muafiyet tüzükleri üye ülkeler açısından doğrudan uygulanma özelliğine sahiptir. Bu anlamda üye ülkelerin mahkeme ve rekabet otoriteleri bu tüzükler ile öngörülen düzenlemeleri uygulamakla yükümlüdürler[1031]. RKHK açısından ise AB Grup Muafiyet Tüzükleri'nin mehaz düzenleme veya en azından yol gösterici düzenlemeler olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü Türkiye'nin AB tam üyelik sürecinde mevzuat uyumlaştırma faaliyetleri açısından bu düzenlemeler vazgeçilmez başvuru kaynaklarıdır. AB hukukunda grup muafiyet tüzükleri için maddi dayanaklar AEUV m. 101/3'te yer almaktadır. Bu nedenle AEUV m. 101/3'te yer alan teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerine yönelik yaptırımlar, ilgili grup muafiyet tüzükleri kapsamında yer alan anlaşma, karar veya uyumlu eylemler için uygulanmaz[1032].

Grup muafiyet tüzüklerine göre bir muafiyetin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili teşebbüsler, kendi anlaşmalarının AEUV m. 101/3'te yer alan dört koşulun tümünü birden yerine getirdiğini ispatlamakla yükümlü değiller. Bunların çoğu zaman ispatlamak zorunda oldukları husus sadece kendi anlaşmalarının bir grup muafiyet tüzüğü kapsamında meydana geldiğidir. Çünkü bir grup muafiyet tüzüğünün uygulanmasını kabul etmek, aslında ilgili tarafların yaptıkları anlaşmanın da AEUV m. 101/3'te yer alan dört koşulu yerine getirdiğini de kabul etmek anlamına gelmektedir[1033]. Ancak ilgili anlaşma grup muafiyeti için gerekli koşulları taşımıyorsa, bu durumda yine AEUV m. 101/3 bağlamında bireysel muafiyet olanağı bulunmaktadır[1034]. Dolayısıyla grup muafiyet tüzükleri ile ilgili ortaya çıkan yeni sistemin en önemli özelliği her şeyden önce artık ilgili teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları anlaşmaların rekabet açısından herhangi bir sakınca taşımadığı veya en azından rekabet yasaklarından muaf olduğu konusunda, kendi kendilerine bir

[1031] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 340.

[1032] Burada "Grup" kavramı, belirli bir kategorideki anlaşmalar anlamında kullanılmaktadır. Bu kategoriler genel özelliklerine göre belirlenmekte olup, tarafların çıkarlarının büyük ölçüde örtüşmesi nedeniyle kendi ticari ortakları, rakipleri ve aynı zamanda tüketiciler üzerinde genel bir değerlendirme ile rekabetçi etkileri olan anlaşmalardır. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 331; Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, s. 4.

[1033] Krşl. Komisyon, ABA madde 101/III'ün Uygulanması Hakkında Kılavuz (ABl.[EG] 2004 Nr. C 101, 97), Nr. 35. Burada muafiyet sadece bir grup muafiyet tüzüğünün uygulama alanında kalan anlaşmalar açısından söz konusu olmayıp, aynı zamanda AEUV m. 101/3 te yer alan koşulları ve AEUV m. 2 ve m. 3 te yer alan iç pazara ulaşılması hedefi kapsamında ortaya çıkan anlaşmalar açısından da geçerlidir. Bkz. Becker, s. 15.

[1034] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 414; dolayısıyla bu anlamda *Bechtold'*a göre bir anlaşma AEUV madde 101/3 te öngörülen koşulları sağladığı ölçüde rekabet yasaklarından muaf olacağından, bu durumda grup muefiyet tüzükleri aracılığıyla bir muafiyet anlamsız kalmaktadır. Bkz. Becker, s. 16.

değerlendirme yapabilme olanağına sahip olmaları ve böylece teşebbüsler açısından hukuki güvenliğin de belli oranda sağlanmış olmasıdır[1035].

1. Teknoloji Transferi Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyeti

a.Teknoloji Transferi Anlaşmaları

Teknoloji transferi anlaşmaları, teknolojik yeniliklerin üçüncü kişilerin kullanımına sunulduğu lisans anlaşmalarıdır[1036]. Rekabet Kurulu'nun 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği'nin[1037] Tanımlar başlıklı 4.maddesine göre; *"teknoloji transferi anlaşması, ilgili fikri mülkiyet haklarının veya know-how'ın tek tek veya karma halde verildiği anlaşmaları ifade eder. Bu anlaşmaların, ürünlerin satışı ve alımına veya diğer fikri mülkiyet haklarının lisansının verilmesine veya devredilmesine ilişkin hükümler içermeleri halinde, bu tür hükümlerin anlaşmanın esas amacını oluşturmaması ve anlaşma konusu ürünlerin üretimi ile doğrudan ilgili olması kaydıyla bu tanım kapsamına girdikleri kabul edilecektir"* şeklinde tanımlanmıştır. Teknoloji transferi anlaşmaları rekabeti doğrudan etkileyen anlaşmalardır. Çünkü teknolojik yeniliklerin artışı aynı zamanda tüketiciler açısından daha avantajlı ürünlerin üretilmesi anşamına da gelmektedir. Bu şekilde ortaya çıkacak etkin rekabet yoluyla tüketicilere kalite açısından daha iyi ve fiyat açısından ise daha uygun ürünlerin sunulması mümkün olabilmektedir.

Bununla birlikte teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bağlama gibi rekabeti sınırlayıcı hükümlerin olumsuz etkilerinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Anlaşmaya konu ürün veya teknoloji ile birlikte bir diğer ürünün de alınması zorunluluğu getirilmesi aynı zamanda bir bağlama uygulamasıdır[1038].

[1035] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 342.

[1036] Özü itibariyle bir lisans sözleşmesi olan teknoloji transferi sözleşmesi, en genel anlamıyla, kanunlarca özel olarak veya genel hukuk normlarıyla korunan gayri maddi bir mal ile fiili tekel durumundan, belirli bir bedel karşılığında, başkalarının yararlandırılması hakkındaki sözleşme olarak tanımlamaktadır. Öte yandan sınai haklara ilişkin lisans sözleşmeleri ise, "ekonomik ve ticari değeri olan bir sınai hakkı münhasıran kullanma hakkına sahip olan kişinin (lisans veren) sahip olduğu bu hakkın kullanımını -kural olarak- lisans bedeli karşılığında kısmen veya tamamen başkasına (lisans alana) devrettiği sözleşme" olarak açıklamaktadır. Fatma Gözlükaya, **Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması**, Rekabet kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 73, Ankara 2007, s. 3.

[1037] Rekabet Kurulu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/2). Erişim için; http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/teblig/teblig37.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2011).

[1038] Lisans veren, lisans alana lisansı başka bir teknoloji ile ilgili lisansı da almak üzere verdiği zaman (bağlayan ürün), lisans başka bir teknoloji veya başka bir ürün lisansı ile birlikte de edinildiğinden (bağlanan ürün), bu durumda bir bağlama uygulaması bulunmaktadır. Bkz. Komisyon, ABA m. 81/2'nin

Çünkü burada bağlanan ürünün alınması, lisans sözleşmesi için ek bir yükümlülük niteliğindedir[1039]. Bağlama uygulaması ile teknoloji lisansı sahibi, pazar gücünü lisans konusu ürün dışında diğer ürün pazarına da genişletebilir. Bu durumda bağlanan ürünü üreten rakiplerin rekabet yetenekleri zayıflar ve pazardan dışlanabilirler. Bu durum, nihayetinde bir pazara giriş engeli haline gelebilir. Çünkü bağlama uygulamasına konu teknoloji pazarına girmek isteyen rakip, yerine göre aynı zamanda bağlanan ürün pazarına da girmek zorunda kalacak veya en azından bir fiyat rekabetine girişmek zorunda kalacaktır[1040].

Avrupa Birliği (AB) hukukunda teknoloji taransferi sözleşmeleri, 1. 5. 2004 tarihinde yürürlüğe giren ve 30. 4. 2014 tarihine kadar yürürlükte kalması öngörülen 772/2004 sayılı Teknoloji Transferi Sözleşmelerine Hakkında Grup Muafiyet Tüzük'ünde tanımlanmıştır[1041]. Buna göre teknoloji transferi anlaşması, ürünlerin satılması veya satın alınmasına ilişkin patent lisansı anlaşması, know-how lisansı anlaşması, yazılım lisans anlaşması veya karışık bir patent, know-how, yazılım lisans anlaşması, teknolojinin kullanılmasına bağlı riskin bir bölümünün devredende kaldığı patent, know-how, yazılım ya da bunların bir bileşeninin devrini ifade etmektedir.

b.Teknoloji Transferi Anlaşmaları Açısından Bağlama Uygulamaları

Teknoloji transferi sözleşmelerinde lisan veren, lisans alanı teknolojik lisansın verilmesini (bağlayan ürün) başka bir teknolojik lisansın da alınması veya lisans verenin bir ürünü veya onun belirleyeceği başka bir ürünü (bağlanan ürün) alınması koşuluna bağladığı durumlarda bir bağlama anlaşması sözkonusudur[1042]. Teknoloji transferi sözleşmeleri kapsamında bir paket satış kapsamında da bağlama ugulaması ortaya çıkabilir. Bu anlamda paket anlaşması kapsamında, iki teknoloji veya bir teknoloji ve bir ürün birlikte bir "paket olarak" sunulabilir[1043]. Kural olarak, bağlama uygulaması ve paket satış şeklindeki teknoloji transferi anlaşmaları, en

---

Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Uygulanmasına Dair Tüzük, EG 772/2004, ABl. EG 2004 Nr. L 123/11, Nr. 11 (Anılış; Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Grup Muafiyet Tüzüğü).

[1039] Schwaab, s. 175; Klawitter ve Lübbig, s. 98.

[1040] Schwaab, s. 176.

[1041] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 772/2004, ABl. EG 2004 Nr. L 123/11.

[1042] Klawitter ve Lübbig, s. 98.

[1043] Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG vom 27. 4. 2004, (Komison, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz), C 101/2, Nr. 191.

azından doğrudan teknoloji lisansı ile ilgili olmak ve muafiyet için gerekli pazar payı eşiklerini aşmamak koşuluyla rekabete aykırı değildir[1044].

Rekabet Kurulu'nun 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği'nin muafiyetin genel koşulları başlıklı 5.maddesine göre, Tebliğ'in sağladığı muafiyetten lisans veren ve lisana alan olmak üzere iki teşebbüs arasında yapılan ve anlaşma konusu ürünlerin üretimine ilişkin teknoloji transferi anlaşmaları yararlanacaktır. Anlaşmaya taraf teşebbüslerin rakip olduğu hallerde, Tebliğ'de öngörülen muafiyet, tarafların toplam pazar payının etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında %30'u geçmemesi koşuluyla uygulanacaktır[1045]. Ancak anlaşmaya taraf teşebbüslerin rakip olmadığı hallerde, Tebliğ'de öngörülen muafiyet, tarafların toplam pazar payının etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında %40'u geçmemesi koşuluyla uygulanacaktır[1046].

Öte yandan Komisyonun Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Grup Muafiyet Tüzük'ünün getirdiği önemli bir yenilik ise daha önceki grup muafiyet tüzüklerinde yer alan *beyaz* ve *gri liste* uygulamasından vazgeçilip, bunun yerine iki yeni kriterin getirilmesidir. Bunlardan birincisi Tüzük ile rakip teşebbüsler ve rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar açısından bir ayrım yapılmıştır. Bir diğer kriter ise grup muafiyeti açısından anlaşması taraflarının *(Lizenzparteien)* ilgili teknoloji ve/veya ürün pazarındaki pazar payının belirleyici olmasıdır. Bu nedenle rakip teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmalarında, anlaşmaya taraf teşebbüslerin toplam pazar payları % 20'yi aşmadığı sürece, esasen bu sözleşme muafiyetten yararlanacaktır. Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmalarında ise tarafların toplam pazar payı % 30'u aşmamak koşuluyla muafiyet söz konusu olabilecektir[1047]. Bu şekilde ön planda hukuksal koruma olarak ekonomik bir yaklaşım ortaya çıkmakta ve lisans sözleşmelerinde, rekabet hukuku açısından yapılacak bir değerlendirme için belirleyici olan, Tüzük m. 4'te yer alan ağır/önemli rekabet sınırlamaları olmamak üzere, muafiyet için gerekli diğer koşulların da yerine getirilmesidir. Ağır veya önemli rekabet sınırlamaları *(Kernbeschränkungen)* olarak da adlandırılan bu durumlar, genel olarak bütün anlaşmalar kapsamında muafiyet

[1044] Klawitter ve Lübbig, s. 99.
[1045] Tebliğ'de öngörülen pazar payları, pazardaki satış değerleri esas alınarak hesaplanacaktır. Satş değerleri ile ilgili verilere ulaşılamadığı takdirde, ilgili teşebbüsün pazar payını saptamak için pazardaki satış hacimleri dahil olmak üzere, diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler kullanılabilir. Pazar payları değerlendirmenin yapldığı tarihten bir önceki yılın verisi kullanılarak hesaplanır. Rekabet Kurulu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/2), m. 9.
[1046] Rekabet Kurulu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/2), m. 5.
[1047] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Grup Muafiyet Tüzüğü, Art. 3.

için belirleyici olan ve aynı zamanda Tüzük m. 5'de de tanımlanan ve AEUV m. 101/3'te tek tek incelenen şartlardır[1048].

Komisyon Tüzük'ü ve Uygulama Kılavuzuna göre, rakipler arasındaki lisans sözleşmelerinde %20 ve rakip olmayanlar arasındaki sözleşmelerde ise %30 pazar payını geçmeyen lisans anlaşmalarında yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalarda muafiyetten yararlanabilecektir[1049]. Bu eşik oranları üzerindeki bir sözleşme açısından ise, AEUV m. 101 de yer alan bireysel muafiyet koşulları açısından yapılacak bir inceleme açısından, bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ile olası toplam etkinlik artışı açısından ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerekecektir[1050].

Teknoloji transferi sözleşmeleri açısından bir bağlama uygulaması değerlendirilirken, daha önce iki farklı ürünün belirlenmesine yönelik kriterler burada da uygulama alanı bulacaktır. Belirleyici olan kriter, anlaşma konusu ürün veya teknolojiye yönelik ayrı bir tüketici talebinin varlığıdır. Ancak lisans konusu ürün açısından ortaya çıkan kalite standartlarını yakalama gibi haklı nedenlerle bağlama uygulamasına gidilmesi durumunda ise rekabete aykırılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin lisans alan lisans konusu ürünü lisans verenin markası ile üretecekse, bu durumda lisans veren açısından haklı bir neden sözkonusudur[1051].

Öte yandan teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar ve bu anlaşmaların muafiyet koşullarını taşıyıp taşımadığına karar verilirken, özellikle anlaşmaya taraf teşebbüslerin ilgili ürün ve ilgili teknoloji pazarlarında sahip oldukları pazar gücü dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle, anılan teşebbüslerin rakiplerinin elinde bulunan ikame teknolojilerin ve ikame ürünlerin varlığı önem kazanmaktadır. Aynı zamanda anlaşmanın taraflarının rakip olup olmaması da bu konuda önem kazanmaktadır. Çünkü rakip olmayan teşebbüsler arasındaki teknoloji transferi anlaşmalarının rekabeti olumsuz yönde etkileme ihtimali rakipler arasındaki anlaşmalara göre daha düşük olmaktadır[1052].

Komisyon'un Teknoloji Transferi Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyet Tüzük'ü ile getirilen düzenlemeler "esnek ve hatta oldukça geniş" *("grosszügig und*

[1048] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rdnr. 377; Riziotis, s. 81; Jones ve Sufrin, s. 748.
[1049] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 191.
[1050] Burada ilgili pazar hem bağlanan ürün (devredilen teknoloji = der überlassenen Technologie), hem de bağlı ürün açısından geçerlidir. Bkz. Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 192.
[1051] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 191.
[1052] Bkz. Rekabet Kurulu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafyet Tebliği'nin Genel Gerekçesi, http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/teblig/teblig37.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2011).

eher zu weit gehend") olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[1053]. Öte yandan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki dışlayıcı etkisi, ürün güvenliği ve kalite standartları gibi objektif haklı bir neden olmadığı sürece, teknoloji transferi anlaşmaları için de geçerlidir. Teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bağlama şeklindeki sınırlamaların bir diğer olumsuz etkisi ise pazara giriş engellerine yol açmalarıdır. Bir diğer rekabeti sınırlayıcı etki ise, lisans anlaşmasında yer alan bağlama şeklinde yükümlülük nedeniyle, lisans alanın istemediği bir ürünü de almak zorunda kalmasıdır. Bu en başta ticari faaliyet özgürlüğüne aykırı bir durumdur. Öte yandan lisans alan bu zorunluluk nedeniyle ister istemez başka bir pazara da girmiş olacağından, bu rekabet özgürlüğüne (Wettbewerbsfreiheit) de aykırı bir durum olarak değerlendirilmiştir[1054].

Bu anlamda Komisyon Kılavuzu'ndaki değerlendirmelere göre, yüksek pazara giriş engelleri ile ortaya çıkan pazarın kapanması sorunu gözden kaçırılmamalıdır[1055]. Potansiyel lisans alanların önemli bir bölümü bir veya daha fazla teknoloji satanlarla bağlı ise, bu durumda birikimli etkiler nedeniyle, rakip teknolojilerin kullanılması engellenecektir. Tek bir teknoloji sahibinin güçlü bir pazar konumuna sahip olmadığı veya çok sayıda teknoloji sahibinin pazar payları toplamının %50'nin altında olduğu durumlarda, genellikle bu tarz bir etki ortaya çıkmayacaktır[1056]. Benzer sonuç pazara giriş engellerinin düşük olduğu, yeni lisans alanların üçüncü tarafların sahip olduğu alternatif teknolojileri kullanabildiği durumlarda da geçerlidir[1057].

Ancak lisans verenin güçlü bir pazar konumuna sahip olduğu ve lisans alanın ilgili lisansı sadece lisans verenden alabildiği durumlarda, pazar kapama etkileri hissedilir şekilde ortaya çıkabilir. Lisans verenin sahip olduğu pazar konumunun gücü oranında, rakip teknolojilerin pazardan dışlanması ve pazarın kapanması tehlikesi de o kadar olasıdır[1058]. Aynı zamanda sadece sınırlı sayıda potansiyel lisans alanın bulunduğu ve yeni bir pazara girişin söz konusu olduğu durumlarda da pazarın kapanması tehlikesi yüksektir[1059]. Böyle durumlarda, lisans konusu teknolojiye yatırım yapması ve ondan etkili bir şekilde yararlanması açısından, lisans alana bir teşvik sunmak için, bir rekabet yasağı gerekli ve yerinde olabilir[1060].

[1053] Schwaab, s. 176.
[1054] Schwaab, s. 177.
[1055] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 198.
[1056] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 199.
[1057] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 199.
[1058] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 200.
[1059] Klawitter ve Lübbig, s. 101.
[1060] Komisyon, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Kılavuz, Nr. 202.

2. Motorlu Taşıtlar Pazarı İçin Grup Muafiyeti

AB hukukunda motorlu taşıtlar pazarı ile ilgili 461/2010 sayılı Grup Muafiyet Tüzük'ü[1061] 1. 6. 2010 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 31. 5. 2023 tarihine kadar yürürlükte kalması öngörülmektedir. Tüzük hem yeni araç pazarı ve hem de yedek parça ve servis-bakım hizmetleri pazarı için uygulama alanına sahiptir. Komisyon aynı tarihlerde Tüzüğün uygulanması ile ilgili bir de Kılavuz yayınlamıştır[1062].

Motorlu taşıtlar sektöründe dağıtım, çoğunlukla dağıtım zincirinin farklı aşamalarında yer alan üreticiler, dağıtıcılar, yetkili satıcı ve servisler arasında imzalanan ve rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin yaygın olduğu dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilmektedir[1063].

Motorlu taşıtlar pazarında satış sonrası hizmetler esasen motorlu taşıt üreticisinin yetkili servis ağında bulunan teşebbüsler ve bağımsız teşebbüsler olmak üzere iki grup tarafından verilmektedir. İlk grupta motorlu taşıt üreticisinin yetkili satıcılık ağında bulunan yetkili satıcılar[1064] ve yine üreticinin ağında yer alan ancak araç satışı yapmayan yetkili servisler[1065] bulunmaktadır. İkinci grupta ise bağımsız teşebbüsler[1066] ve bağımsız servisler[1067] yer almaktadır.

Komisyon'un 461/2010 sayılı Motorlu Taşıtlar Pazarı Tüzük'ünde yer alan önemli bir husus ise, 1 Haziran 2013 tarihinden itibaren, motorlu taşıtların satış veya yeniden satışı konusundaki dikey anlaşmalar açısından, Komisyonun 330/2010 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzük'ünde yer alan hükümlerin geçerli olacağıdır[1068]. Bu durumda dikey anlaşmalar konusunda muafiyet için geçerli olan pazar payı eşikleri %30 olarak uygulanacaktır. Komisyonu böyle bir düzenleme yapmaya yönelten asıl neden ise yeni araçların satışı ile ilgili pazarda güçlü bir rekabetin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu nedenle bahsedilen tarihten itibaren, motorlu taşıtların satış veya yeniden satışı pazarında dikey anlaşmalar konusundaki "genel" Tüzük'te yer alan hükümler uygulanması öngörülmüştür. Aynı zamanda daha önceki hükümler "karmaşık ve sınırlayıcı" olarak değerlendirilmekteydi. Öte yandan Komisyonun açıklamasına göre, ticaret zincirinin üreticiden nihai satıcıya kadar olan bütün

[1061] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG. 461/2010 sayı ve 27.5.2010 tarih, ABI. EG 28.5.2010, (Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü), L 129/52..
[1062] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Hakkında Kılavuz, 2010/C 138/05, ABI. 28.5.2010.
[1063] Uygar Gazioğlu, **Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım ve AB Düzenlemeleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 65, Ankara 2005, s. 2.
[1064] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 461/2010, Art. 1(1)d.
[1065] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 461/2010, Art. 1(1)c.
[1066] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 461/2010, Art. 1(1)f.
[1067] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 461/2010, Art. 1(1)e.
[1068] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, EG 461/2010, Art. 3.

aşamalarında ortaya çıkan dolaylı fiyat artışlarında, yeni bir aracın payına düşen oran ortalama %30 civarındadır. Dolayısıyla benzer düzenlemelere göre pazarda bir sadeleştirmeye gidilmesi, gelecekte motorlu taşıtlar pazarının da diğer bütün pazarlar gibi ele alınmasını sağlayacaktır[1069].

Rekabet Kurulu'da, 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe giren 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tebliği[1070] de AB Tüzüğü'nde olduğu gibi pazar payı esas alınmak suretiyle grup muafiyetini kabul etmektedir. Buna göre muafiyet hükümleri, dikey anlaşmanın Tebliğ'de öngörülen hükümleri taşıması koşuluyla, sağlayıcının motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u; motorlu taşıtların dağıtımı için niceliksel seçici dağıtımın[1071] tercih edildiği anlaşmalarda ise %40'ı geçmemesi durumunda uygulanır. Niteliksel seçici dağıtım[1072] sistemi oluşturan anlaşmalar için pazar payı eşiği bulunmamaktadır.

Yeni motorlu taşıtların, bunların yedek parçalarının ya da tamir ve bakım hizmetlerinin alımı, satımı veya yeniden satımı konulu dikey anlaşmalar, dikey sınırlamalar içermeleri halinde, bu Tebliğ'de düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, Kanun'un 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanun'un 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur[1073].

[1069] Bu hususta değerlendirmeler için bkz. **WFEB Wirtschaftsfachverband Europäischer Binnenmarkt,** "Die neuen Regeln zur Gruppenfreistellung für den Kfz-Sektor". Erişim adresi; http://www.wfeb.de (Erişim Tarihi: 10.06.2012).

[1070] Rekabet Kurulu, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, Tebliğ No: 2005/4 /Anılış: Rekabet Kurulu, Motorlu Taşıtlar Sektörü Grup Muafiyet Tebliği).

[1071] Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, nicel kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi. Nicel kriterler arasında, yeniden satıcıların sayısı, hizmet verilen nüfus veya bölge bazında ya da satıcıların birbirine olan uzaklığı, yeniden satıcıların stok düzeyi, sağlayıcının ürünlerinde veya ilgili üründe asgari ciro miktarı, benzeri promosyon yapma gibi ölçütler sayılmaktadır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 68.

[1072] Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, nitel kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi. Satıcıların sayısını doğrudan sınırlamayan, daha çok dağıtıcı, işyeri ve personeli ile ilgili niteliksel yeterlilikleri öngören nitel kriterler arasında; yeniden satıcı ve personeli için öngörülen mesleki eğitim ve teknik yeterlilikler ile ilgili kriterler, satış noktası ile buradaki kurulum ve ekipmanlar ile ilgili kriterler, satış yerlerinin belirli görünüme sahip olmasına ilişkin yükümlülükler, satış yerlerinin ürünün marka imajına uygun ismi olmasına ilişkin kriterler, satış sonrası tamir ve garanti hizmetleri sağlanmasına yönelik kriterler, satış hizmetlerinde kullanılan malzeme ve ekipmanlara ilişkin kalite standartları ile ilgili olan kriterler, reklamlara ilişkin kriterler bulunmaktadır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 68.

[1073] Rekabet Kurulu, Motorlu Taşıtlar Sektörü Grup Muafiyet Tebliği, m. 5.

a. Satış ve Servis Hizmetlerinin Bağlanması

Motorlu Taşıtlar Sektörü ile İlgili Grup Muafiyet Tüzük'ü aslında yeni motorlu taşıtların satışı, yedek parça ve bakım-onarım hizmetleri pazarları bağlamında özellikle bağımsız yedek parça üreticileri ve servis sağlayıcılar ile tüketicileri korumaya yönelik düzenlemeleri ve bunların üretici teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarına karşı korunmasına yönelik hükümler içermektedir.

Motorlu taşıtların bakım-onarım hizmetleri, üreticilerin dağıtım ağı içerisinde yer alan teşebbüsler ve üreticiden bağımsız teşebbüsler olmak üzere iki grup tarafından verilmektedir. Dağıtım sistemlerinin münhasır ve seçici dağıtımda olduğu gibi satış sonrası hizmetler ve yedek parça dağıtımında da yasaklayan Yeni Tüzük, sağlayıcının ilgili pazardaki pazar payının % 30'un üzerinde olması durumunda, bakım onarım hizmetleri ve yedek parça dağıtımı konusunda yalnızca niteliksel seçici dağıtıma muafiyet tanımaktadır. Pazar payı % 30'un altındaki sağlayıcıların ise, motorlu taşıt dağıtımında olduğu gibi niceliksel seçici dağıtım veya münhasır dağıtım sistemini seçmeleri mümkündür.

Ayrıca Tüzük ile motorlu taşıt dağıtımında çok markalılığa yönelik olarak getirilen kurallar, satış sonrası hizmetler ve yedek parça pazarları için de geçerli olacaktır. Tüzük ile yetkili servislerin başka marka motorlu taşıtlara yönelik bakım onarım hizmeti vermesini engelleyen her türlü yükümlülük muafiyet kapsamı dışında bırakılmıştır[1074]. Benzer şekilde, Rekabet Kurulu Tebliği'inde de, dağıtım sistemi üyelerinin rakip sağlayıcıların sunduğu motorlu taşıtları veya yedek parçaları satmasını veya bu motorlu taşıtlara tamir ve bakım hizmetleri vermesini engelleyen, doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük, muafiyeti engelleyen "özel hükümler"[1075] arasında yer almaktadır.

Motorlu taşıt üreticileri genellikle kendi ticari itibarlarını, markalarının güvenilirliğini müşterilerine ve kamuoyuna karşı koruma yönünde hassastırlar. Bu hassasiyet aynı zamanda üreticilerin, markalarının bakım ve onarım hizmetlerinin kusursuz bir şekilde olması için özel bir çaba sarfetmelerini de beraberinde getirmektedir. Fakat bu durum, satıcının ürettiği yeni bir motorlu araçla ilgili bakım ve onarım hizmetlerini yerine getirmesi için gerekli değildir. Bu nedenle Grup Muafiyet Tüzükleri ile öngörülen muafiyet, satış ve müşteri hizmetlerinin bağlanması şeklinde ortaya çıkan veya her iki hizmetin yerine getirilmesini başka yükümlülüklerin de yerine getirilmesi koşuluna bağlayan doğrudan veya dolaylı yükümlülük veya

[1074] Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı Grup Muafiyet Tüzüğü, Art. 5/a,b,c.
[1075] Rekabet Kurulu, Motorlu Taşıtlar Sektörü Grup Muafiyet Tebliği, m. 6/b.

teşvikler içeren bağlama anlaşmalarının da bundan yararlanacağı anlamına gelmemektedir[1076].

b.Orijinal Parça Kullanma Yükümlülüğü Getirmek

Öte yandan grup muafiyeti ile sağlanan durum aynı zamanda izin verilen veya ruhsatlı servis istasyonlarının bir aracın onarım ve bakım hizmetlerinde de benzer kalitedeki yedek parçaları kullanma haklarını sınırlama için geçerli değildir. Bu nedenle satış ve dağıtım sistemi içinde bir servis istasyonuna verilen yetki, bu istasyonun sadece orijinal yedek parça kullanması koşuluna bağlanamaz. Fakat bu koşul motorlu taşıt üreticileri tarafından doğrudan sözleşmesel garanti kapsamında sağlanan müşteri hizmetleri için geçerli değildir. Böyle durumlarda yetkili servisler sadece orijinal yedek parçaları kullanmakla yükümlüdürler[1077].

Benzer durum Rekabet Kurulu Tebliği'nde de yer almaktadır. Buna göre, bir dağıtıcı veya yetkili servisin orijinal yedek parçaları veya eşdeğer kalitedeki yedek parçaları kendi tercih ettiği üçüncü bir teşebbüsten satın almasının ve bunları motorlu araçların bakım ve onarımı için kullanmasının engellenmesi, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar arasındadır. Ancak, garanti kapsamında yapılan tamir, ücretsiz bakım ve araç geri çağırma işlerinde, motorlu taşıt sağlayıcısı kendisinin sağladığı orijinal parçaların kullanımını zorunlu kılabilir[1078].

C. Bireysel Muafiyet

Grup muafiyetinden yararlanamayan bir anlaşma, bireysel muafiyet için gerekli koşulların hepsini bir arada taşıması koşuluyla bireysel muafiyetten yararlanabilir. AB rekabet hukuku açısından, ilgili grup muafiyet tüzükleri kapsamında yer almayan bir anlaşma, AEUV m. 101/3'te yer alan dört koşulu yerine getirmek üzere, bireysel muafiyetten yararlanabilir. Benzer durum 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi için de geçerlidir. AEUV m. 101 ve m. 102'nin uygulanmasına ilişkin 1/2003 sayılı Tüzüğe göre, bireysel muafiyette bildirim ve izin sistemi kaldırılmıştır. Muafiyet konusunda AEUV m. 101/3 doğrudan uygulama özelliği olan bir hüküm olarak kabul edildiğinden, muafiyet şartlarını taşıyan teşebbüsler

[1076] Fischer, s. 39.
[1077] Fischer, s. 40.
[1078] Rekabet Kurulu, Motorlu Taşıtlar Sektörü Grup Muafiyet Tebliği, m. 5/j.

arasındaki anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler harhangi bir karar alınmasına gerek olmadan kendiliğinden geçerli olacaklardır[1079]. Burada aslında grup muafiyet tüzüklerinden kaynaklanan ikincil yasal düzenlemeler karşısında, AEUV'den kaynaklanan birincil yasal düzenlemelerin önceliği söz konusudur[1080].

AEUV m. 101'in Uygulanması Hakkında Kılavuz ile AB Komisyonu, bu tarz anlaşmalar açısından *per se* yaklaşım ile ortaya çıkabilecek baştan bir yasaklama yerine, ekonomik bir yaklaşımın göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesinden hareket etmiştir[1081]. Bu durum dikey anlaşmalarda yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar için de geçerlidir. Gerçekten de dikey anlaşmada yer alan bağlama şklindeki sınırlama ile ortak üretim ve satış sayesinde ekonomik bir etkinlik kazanımı da ortaya çıkabilir. Örneğin sağlayıcı bağlanan ürünü kendi başına üretmek yerine, bu ürünü büyük miktarlarda üreten bir sağlayıcıdan almak suretiyle bir etkinlik kazanımı da sağlayabilir. Bütün bu olasılıklar dahilinde, maliyetlerde sağlanan tasarruf sayesinde ortaya çıkan etkinlik kazanımlarından tüketicilerin hiç olmazsa bir bölümü açısından bir yarar elde edilebiliyorsa, AEUV m. 101/3 düzenlemesi kapsamında bir bireysel muafiyetten söz edilebilir. Çünkü bağlama, anlaşmaları muafiyet kapsamından çıkaran esaslı rekabet sınırlamaları arasında yer almamaktadır.

D. Muafiyet Açısından Dikey Sınırlama Olarak Bağlamanın Analizi

Dikey anlaşmalarda yer alan bağlama gibi sınırlamalar da, ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerin ortaya çıkmasına uygundur. Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliği'nin 2. maddesi ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre sağlayıcının pazar payı hem bağlayan ürün hem de bağlanan ürün açısından %40'ı

[1079] Güven, s. 232.

[1080] 1/2003 sayılı Tüzük, rekabet hukuku açısından, hem AB hukuku ve hem de üye ülkeler hukuku açısından adeta bir paradigma değişikliği ortaya çıkmıştır. Buna göre rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından ABA m. 101 düzenlemeleri, hakim durumun kötüye kullanılması açısından ABA m. 102 düzenlemeleri, somut olay bağlamında üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede sınırlayacak şekilde, rekabeti sınırlayıcı bir davranış kapsamında ortaya çıktıkları zaman, üye ülkelerin ulusal düzenlemeleri karşısında öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir. Aynı zamanda Tüzük'ün "yürürlük" ile ilgili 45. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, Tüzük 1.5.2004 tarihinden itibaren, getirdiği yeni düzenlemeler açısından bütün üye ülkeler açısından bağlayıcı olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle ABA m. 101 ve ABA m. 102 kapsamında, rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından, üye ülkeler ulusal mevzuat düzenlemeleri karşısında öncelikle bu madde hükümleri uygulanacaktır. Bkz. Komisyon, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln ("Kartellverfahrensverordnung"), Art. 3, Nr. 1.

[1081] Krşl. Komisyon, Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz, Nr. 48.

aşmadığı takdirde[1082] ve Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla bu anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Dikey anlaşmalar açısından bağlama aynı zamanda rekabet etmeme, bağlayan ürün bakımından miktar zorlama veya münhasır satın alma gibi Tebliğ ile yasaklanmayan diğer dikey sınırlamalarla birlikte kullanılabilir[1083]. Ancak bu tarz kayıtlar içeren bir bağlama anlaşması da muafiyetten yararlanmakla birlikte, pazar payının aşılması durumunda muafiyetin geri alınması bu anlaşmalar açısından da geçerlidir. Fakat bu durumda bağlama yükümlülüğü içeren anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi açısından yapılacak analizde dikkat edilmesi gereken hususlar önem taşımaktadır.

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki en önemli etkileri pazarın kapatılması, giriş engellerinin ortaya çıkması, rakiplerin dışlanması ve aktarma etkisi ile başka bir pazardaki rekabetin sınırlanmasıdır. Ancak bu etkilerin ortaya çıkması için sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki konumu olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerin değerlendirilmesi bakımından esas belirleyici etkendir. Bu anlamda dikey sınırlama olarak bağlamanın rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde dikkat edilmesi gereken hususlar Rekabet Kurulu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da yer almaktadır.

Dikey sınırlamaların analizinde sağlayıcının pazar gücünün değerlendirilmesinde bağlayan ürün pazarındaki rakiplerin konumu önem kazanmaktadır. İlgili pazarda yeterince çok ve görece güçlü rakipler aynı zamanda bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkilerini de azaltabilir. Çünkü diğer sağlayıcılarda benzer yükümlülükler içeren uygulamalara başvurmadıkları sürece, alıcılar yeterli alternatif temin kaynaklarına sahip olacaklarından, bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkileri hissedilir olmayacaktır. Bütün bunlara ek olarak bağlamanın rekabet üzerindeki etkilerinin niteliği açısından, bağlayan ürün pazarına giriş engelleri de sağlayıcının pazar gücünün tespitinde önemlidir. Eğer bağlama bağlayan ürün için rekabet yasağı ile birlikte getirilmişse, bu durum sağlayıcının pazar konumunu önemli ölçüde sağlamlaştıracaktır[1084].

Böyle durumlarda bağlanan ürün pazarında zamanla pazara giriş engelleri ortaya çıkabilecektir. Aynı zamanda bağlayan ve bağlanan ürün arasında tamamlayıcılık ilişkisi varsa, alıcıların talebinin büyük bölümünün bağlama

[1082] AB Rekabet Hukukunda bu oran %30'dur. Bkz. Komisyon, 2010/330 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü.
[1083] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 50, Nr. 206.
[1084] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 51, Nr. 208. Bu tarz bir analizin yapılması AB hukuku düzenlemelerinde de yer almaktadır. Bkz. Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 220.

uygulamasına giden teşebbüse kayması *(Sogwirkung)* mümkün olup[1085], bu durumda mevcut müşteri potansiyelini önemli ölçüde kaybeden rakiplerin zamanla pazardan çekilmeleri söz konusu olabilecektir. Rakiplerin dışlanması ise uzun vadede alıcıların sömürülmesine neden olan bir durumdur.

Bağlama anlaşmasının rekabeti bozucu etkileri tespit edildiği ancak teşebbüsün hâkim durumda olmadığı durumlarda, muafiyetin mümkün olup olamayacağı sorunu da ortaya çıkacağından, işte bu noktada bağlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri önem kazanmaktadır. Bağlama, ortak üretim ve dağıtım ile etkinlik sağlayabilir. Bağlanan ürünün sağlayıcı tarafından üretilmediği durumlarda, sağlayıcının bağlayan ürün için yaptığı büyük miktarlardaki alım da etkinlik artışı sağlayabilir. Ancak bu durumun bağlama anlaşmasına muafiyet tanınmasına neden olması ancak ortaya çıkan etkinlik artışı ile bağlantılı maliyet avantajlarının kısmen de olsa tüketicilere yansıtıldığının da gösterilmesine bağlıdır. Böyle durumlarda, örneğin bir perakendeci bağlama uygulaması yapan sağlayıcı tarafından sunulan ürünleri veya benzerlerini aynı veya daha iyi koşullarda düzenli bir şekilde temin edebiliyorsa, muafiyet de söz konusu olmayacaktır[1086].

Bağlama aynı zamanda üretimde belli bir yeknesaklığa ve kalite standardı sağlamaya yardımcı oluyorsa, başka bir etkinlik artışı söz konusu olabilir. Bununla birlikte, bu olumlu etkilerin alıcıya asgari kalite standartlarına uyarak malları kullanması veya yeniden satması zorunluluğu getirildiğinde, bu malların sağlayıcıdan veya onun belirlediği bir kişiden alınması şartı getirilmeden etkin bir şekilde ortaya çıkmayacağının gösterilmesi gerekir[1087].

Öte yandan bağlamanın rekabetçi fiyatın üstünde fiyatlara neden olması kendi başına rekabeti bozucu sayılır. Bağlamanın pazarı kapama etkisi, bağlanan ürün pazarında toplam satışlar içinde bağlı olan payın ne kadar olduğuna bağlıdır.

[1085] Bağlamanın alıcılar üzerindeki etkisi, alım gücünün varlığıyla da ilgilidir. Çünkü güçlü alıcılar olası etkinlik artışlarının en azından bir kısımını elde etmeden bağlamayı kabul etmeye kolayca zorlanamayacaklardır. Bu anlamda etkinlik artışı sağlamayan bağlama, alıcıların önemli bir alım gücüne sahip olmadıkları bir duruma eşlik ettğinde rekabet açısından risktir. Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 51, Nr. 209.

[1086] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 51, Nr. 210. Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 222.

[1087] Aslında asgari kalite standartlarına ilişkin yükümlülükler prensip olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmeyecektir. Bağlayan ürünün sağlayıcısının alıcı üzerine alıcının bağlanan ürünü alması gerektiği sağlayıcılara yönelik bir yükümlülük koyması, örneğin asgari kalite standardına ilişkin formülasyonun mümkün olmadığı durumda, özellikle bağlayan ürün sağlayıcısının bağlanan ürünün sağlayıcısını tayin etmekte doğrudan (mali) bir menfaatinin olmadığı hallerde RKHK'nın 4. Maddesi kapsamı dışında kalacaktır. Bkz. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 51, Nr. 211; Komisyon, Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Nr. 222.

Bu anlamda kısmen de olsa tüketiciye yansıtılmış etkinlikler olmadığı sürece %40 pazar payı eşiğinin üstünde muafiyet mümkün değildir.

E. Muafiyetin Geri Alınması

1. Bireysel Bir Kararla Muafiyetin Geri Alınması

Muafiyet sisteminin bir özelliği de, belirli koşullar altında geri alınmasıdır. RKHK'nin 13.maddesine göre muafiyetin geri alınması mümkündür. Aynı zamanda Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliğinin 6.maddesine göre Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, 4054 sayılı Kanun'un 5.maddesinde yer alan koşullarla bağdaşmayan etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi durumunda Rekabet Kurulu, Kanun'un 13. maddesine dayanarak, anlaşmaya Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir.

Muafiyetin geri alınması, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda daha olası bir durumdur. Ancak bu işlemin yapılması açısından teşebbüslerin pazar payları tek başına belirleyici değildir. Bu nedenle pazar payları birbirine yakın seyreden teşebbüslerin faaliyet gösterdiği örneğin oligopolistik bir pazardaki herhangi bir teşebbüsün taraf olduğu dikey bir anlaşma açısından da muafiyetin geri alınması sözkonusu olabilecektir. Bu konuda yapılacak bir değerlendirme açısından, teşebbüsün pazar payının yanı sıra, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün özellikleri, teşebbüsün önem veya büyüklüğü, tüketicilerin ilgili ürüne olan bağımlılıklarının derecesi gibi etkenlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir[1088].

2. Birikimli Etki Nedeniyle Paralel Ağların Muafiyet Kapsamı Dışına Çıkarılması

a. Pazarda "Birikimli Etkiler"

İlgili pazarda, teşebbüsler arasında birçok anlaşmanın var olduğu, yani "paralel ağların" ortaya çıktığı durumlarda, anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkisinin münferit anlaşmalar bağlamında mı, yoksa paralel ağlardan oluşan ve bir sisteme dönüşen ilgili bütün anlaşmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi yoluyla mı belirleneceği hususu önem kazanmaktadır. Bu ayrımın önemi ise bu tarz

[1088] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 16, Nr. 49.

anlaşmaların çoğu zaman bir münhasır anlaşmalar grubu ile birlikte ortaya çıkmasıdır. Başka bir anlatımla, çoğu zaman ilgili pazarda rakip teşebbüslerin de benzer nitelikte dikey sınırlamalar içeren anlaşmalarından oluşan paralel ağlar bulunmaktadır. Bu şekilde dikey anlaşmalar yoluyla paralel ağlardan oluşan bir münhasır anlaşmalar sistemi *(System von Ausschließlichkeitsbindungen)* ortaya çıkmaktadır. Böyle bir pazar yapısında münferit bir anlaşmada yer alan dikey sınırlamaların rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi önemli görülmeyebilir. Aynı zamanda münferit bir anlaşma açısından esaslı rekabeti sınırlayıcı etkiler de ortaya çıkmayabilir. Ancak bu anlaşmalar bir bütün olarak değerlendirildiği zaman, rekabet üzerindeki toplam etkilerinin pazarın kapanması ve bu anlamda pazara giriş engeli oluşturacak düzeyde olduğu ortaya çıkabilir[1089].

İlgili pazarda sağlayıcıların önemli bir bölümünün benzer bağlama anlaşmaları yaptığı ve muhtemel etkinlik artışlarının kısmen de olsa tüketicilere yansıtılmadığı "birikimli etki" *(kumulativ Effekt, Bündeltheorie)*[1090] durumunda da muafiyetin geri alınması gündeme gelebilecektir[1091]. Çünkü pazarda çok sayıda sağlayıcının dağıtım sistemlerini benzer sınırlamalara başvurarak birbirlerine paralel biçimde düzenlemeleri durumunda, dikey sınırlamaların rekabeti sınırlayıcı etkileri "birikimli etkiler" nedeniyle katlanarak artar. Bu durum özellikle satıcının birçok alıcı ile yaptığı dikey anlaşmalar ve bu anlamda dağıtım sözleşmeleri açısından da dikkate alınmıştır[1092]. Uygulamada öğreti ve mahkemeler[1093] de bu şekilde bütüncül bir yaklaşım geliştirmiş olup, bu tarz etkilerin saptanmasında münhasırlık koşulları içeren münferit anlaşmaların değil, ilgili bütün anlaşmaların ve aynı zamanda ilgili pazarda diğer üçüncü taraf teşebbüslerin benzer veya paralel anlaşmalarının etkilerinin de dikkate alındığı bu yöntem benimsenmiştir[1094].

[1089] Bu yönde değerlendirmelerin olduğu bazı kararlar için bkz. EuGH, 13.7.1966, Slg. 1966, 321, 391 *"Grundig/Consten"*; EuGH, 30.6.1966, Slg. 1966, s. 303 *"Maschinenbau Ulm";* EuGH, 28.2.1991, Slg. 1991, I-935, s. 985 *"Delimitis/Henninger Bräu"*; EuGH, 27.4.1994, Slg. 1994, I-1477, s. 1519 *"Amelo"*; Aynı şekilde EuG, 8.6.1995, Slg. 1995, II-1539 *"Langnese".*

[1090] "Birikimli etki teorisi" özellikle münhasırlık koşulları öngören anlaşma gruplarının rekabet üzerindeki etkilerinin doğru analizinde önem kazanmaktadır. Bu tarz anlaşmalar tek tek ele alındıklarında, çoğu zaman rekabet açısından herhangi bir olumsuz etki taşımasalar da, bir bütün olarak değerlendirildikleri zaman ciddi bir pazara giriş engeli oluşturabilir ve bu nedenle de her durumda ABA madde 101 hükmüne bir aykırılık oluşturabilirler. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 240; Riziotis, s. 68; Klawittet ve Lübbig, s. 109; Langen ve *Bunte,* Art. 81, Rdnr. 104; Veltrop, s. 572.

[1091] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 52, Nr. 213.

[1092] EuGH, 11.7.1974, Slg. 1974, s. 854 *"Dassonville".*

[1093] EuG, 8.6.1995, Slg. 1995, II-1533, *"Langnese-Iglo".* BGH, 15.10.1991, **WuW,** WuW/E BGH, s. 2729, *"Marktabschottungswirkung".* Ayrıca; Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 124.d

[1094] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 241.

Birikimli etki yaklaşımının temelinde, AEUV m. 101 çerçevesinde ortaya çıkan bağlama uygulamalarının AEUV m. 102 düzenlemelerinden bağımsız, kendine özgü bir anlamı olduğu yönündeki yaklaşımın da etkili olduğu söylenebilir. Çünkü AEUV m. 101 kapsamında ortaya çıkan anlaşmalar ve aynı zamanda bağlama anlaşmaları açısından Komisyon belirli türdeki anlaşma grupları için de muafiyet tanımaktadır. Diğer yandan AEUV m. 101/3'te yer alan bütün koşulları sağlayan anlaşmalar için bireysel muafiyet olanağı da sözkonusudur. Dolayısıyla bağlama anlaşmaları AEUV m. 101 kapsamında, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylem açısından ortaya çıktığı zaman, "birikimli etki" yaklaşımı önem kazanmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi bu teori esasen AB organlarının somut olaylar kapsamında verdikleri kararlar ile ortaya çıkmıştır[1095]. Bu konudaki ilk örnek olay ise aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecek olan ABAD'ın 28 Şubat 1991 verdiği ve *"Delimitis-Kararı"*[1096] olarak da adlandırılan bira tedarik sözleşmeleri ile ilgili olaydır[1097].

Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliği'nin 6. maddesi ikinci fıkrası, paralel ağların yaygınlığı, muafiyetin geri alınması yöntemiyle giderilemeyecek duruma geldiğinde Kurula farklı bir yolla pazara müdahale etme imkanı da vermektedir. Buna göre, benzer dikey kısıtlamaların yer aldığı dikey anlaşmalardan oluşan paralel ağlar pazarın %50'sinden fazlasını kapsamakta ise Kurul çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda uygulanan belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşmaları Tebliğ kapsamı dışına çıkarabilir[1098]. Bu nedenle ilgili pazara girişler ve ilgili pazardaki rekabet, birbiriyle rekabet halindeki sağlayıcılar veya alıcılar tarafından uygulanan benzer nitelikteki dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağlar tarafından önemli ölçüde engellenmekte ise Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet şartlarının gerçekleşmesi mümkün değildir[1099].

Bir pazarda muafiyetten yararlanan dikey anlaşmaların rekabet üzerinde ortaya çıkan bu olumsuz etkileri sonucunda, muafiyetin geri alınması söz konusu ise Kurul, Tebliğ'in 6.maddesinin birinci fıkrasındaki geri alma yöntemi ile Tebliği'in 6.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen tebliğle kapsam dışına çıkarma yöntemi arasında tercih yaparak uygun yöntemi seçecektir. Kılavuz'a göre, paralel ağların ilgili pazardaki kapsama oranı %50'nin üzerine çıksa dahi bu durum Kurul'a tebliğle

[1095] EuGH, 12.12.1967, Slg. 1967, s. 555 *"de Haecht I";* EuGH, 11.7.1974, Slg. 1974, s. 853 *"Dassonville";* EuGH, 16.12.1975, Slg. 1975, s. 2025 *"Suiker Unie"*; EuGH, 1.2.1977, Slg. 1977, s. 91 *"Concordia"*; EuGH, 23.10.2003, Slg. 2003 II 4662, s. 4691, Nr. 82 *Van den Bergh Foods".*
[1096] EuGH, 28.2.1991, Slg. 1991 I, s. 983 (EuZW 1991, 376) *"Delimitis/Henninger Bräu".*
[1097] Jofer, s. 73.
[1098] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 17, Nr. 51.
[1099] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 17, Nr. 50.

geri alma yönteminin uygulanmasına yönelik bir zorunluluk getirmemektedir. Bu durumda kapsama oranının yanı sıra paralel ağlar nedeniyle pazara giriş veya pazardaki rekabet ciddi biçimde kısıtlanmış olmalıdır[1100].

Rekabet Kurulu, sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin kredi kullandırdığı müşterileri sigorta poliçesi almaya yönlendirerek sigorta acenteleri aleyhine haksız rekabet oluşturduğu iddiası ile açılan önaraştırma sonucu 5.8.2009 tarihinde verdiği Kararda[1101], bağlama uygulamalarının 4.madde kapsamında yasaklanabileceği istisnai bir durumun da "paralel ağlar" olduğunu belirtmiştir. Buna göre, pazarda benzer dikey kısıtlamalar rakip teşebbüsler tarafından yaygın olarak kullanılmaktaysa, her bir teşebbüs hakim durumda bulunmasa bile, bu uygulamaların pazar düzeyindeki kümülatif etkisi, pazarın potansiyel rakiplere kapanması sonucunu doğurabilecektir. Ancak somut olayda bu husus değerlendirildiğinde, 2008 yılında Türkiye'de hayat dışı sigorta branşlarında satılan toplam poliçeler içinde bankaların pazar payı sadece %11,57 düzeyindedir. Buna göre, bankaların sattığı poliçelerin tamamı krediye bağlanarak satılmış olsa dahi toplamda sigortacılık pazarının sadece %11,57'si kapatılmış olacaktır. Bu sayısal verilere göre, Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların bireysel ve ticari kredi hizmetlerinin sunumunda bağlama uygulaması içerisinde bulunmasının kümülatif etkisinin, pazarın potansiyel rakiplere kapatılması sonucunu doğurmayacağı; dolayısıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların dosya konusu uygulamalarına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır[1102].

b."Delimitis" Kararı

"Bira Tedarik Anlaşmaları" olarak da bilinen *"Delimitis/Henninger Bräu"* Kararı, dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkilerinin analizi açısından "birikimli

[1100] Ancak Kurul, tebliğle kapsam dışına çıkarma yöntemi konusunda karar verirken, geri alma yönteminin bu konuda yeterli ve uygun olup olmadığı hususunu göz önüne alacaktır. Bu çerçevede Kurul, ilgili pazarda birikimli etkiye katkıda bulunan rakip teşebüslerin sayısını da dikkate alarak bir değerlendirme yaptıktan sonra en uygun yöntem konusunda karar verecektir. Kurul'un 2002/2 sayılı Tüzük'ün m. 6/III hükmüne göre bu şekilde çıkaracağı tebliğler, yayımlandığı tarihten itibaren en az 6 ay geçmedikçe yürürlüğe girmez. Böylece ilgili teşebbüsler için bir geçiş süreci öngörülmüş olmaktadır. Bu geçiş sürecinde ilgili teşebbüsler muafiyet kapsamında kalmaya devam edecek ve bu süre içinde anlaşmalarını gözden geçirme imkânı elde edeceklerdir. Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 18, Nr. 53.

[1101] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar.

[1102] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 350.

etki" yaklaşımın ilk defa ortaya çıktığı olay olması açısından da önemlidir[1103]. Bu olayda bira üreticileri *(Brauerei)* lokanta vb içkili yerler *(Gaststätten)* ile yaptıkları münhasır alım ve rekabet yasakları içeren dağıtım anlaşmaları ile pazara diğer bira üreticilerinin girişini engellemeye çalıştılar. ABAD bu olay açısından yaptığı değerlendirmelerde, bu tarz anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda karar verebilmek için, öncelikle benzer türdeki paralel ağlardan oluşan anlaşmaların ilgili pazardaki toplam etkileri üzerinde durulması gerektiğini belirtmiştir. Bu olay açısından, ilgili teşebbüslerin gerek kendi aralarında, gerekse üçüncü taraf teşebbüslerle yaptıkları benzer nitelikteki bir grup "anlaşma ağı"nın pazar üzerindeki toplam etkileri, rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiler açısından esaslı bir neden olarak dikkate alınmıştır[1104].

Öte yandan bu tarz tedarik anlaşmaların rekabet üzerindeki toplam etkileri incelenirken, aynı zamanda diğer teşebbüslerin pazara girişi açısından belirleyici olan hususlar, başka bir ifadeyle rekabetin hala söz konusu olduğu pazar bölümlerinin dikkate alınması önemlidir. Çünkü bu ve benzer paralel anlaşmalar aynı pazarda ortaya çıktığı zaman, bunların rekabet üzerindeki en önemli sonuçlarından birisi pazarın kapanması nedeniyle girişin zorlaşmasıdır. Böyle durumlarda, rakip teşebbüsler açısından pazara giriş ancak rekabetin henüz devam ettiği pazar bölümü açısından mümkündür. Dolayısıyla birikimli etki nedeniyle pazara girişin zorlaşması durumunda, potansiyel rakipler açısından bu konuda ilk bakışta belirleyici olan durum, hangi tür pazara giriş olanaklarının bulunduğudur[1105].

Delimitis olayı açısından da ilgili pazar "içkili yerler" *(Gaststätten)* olarak belirlendi. Bu konuda üzerinde durulan bir diğer husus ise, ilgili bira tedarikçileri tarafından aktedilen ve münhasır alım koşulları öngören anlaşmaların gerçekten de pazarın kapanmasına yol açacak nitelikte olup olmadığıdır. Fakat bu anlaşmaların pazarı kapatma etkisi ilgili pazarda hem teşebbüslerin pazar durumu ve hem de anlaşmaların süresiyle de ilgili bir durumdur[1106]. Uygulamada ABAD ve AB İlk Derece Mahkemesi bu tarz olayları iki aşamalı değerlendirmektedir. Öncelikle ilgili pazarda benzer türdeki anlaşmaların bir bütün olarak değerlendirilip, rakiplerin pazara girişini engellemek açısından hissedilir bir etkiye neden olup olmadıkları hususu değerlendirilmektedir. İkinci aşamada ise somut olay bakımından,

[1103] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 241.
[1104] Bkz. EuGH, 28.2.1991, Slg. 1991, I-935, s. 985 *"Delimitis/Henninger Bräu".*
[1105] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 242.
[1106] Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. EuGH, 7.12.2000, Slg. 2000, I-11121, s. 11149 *"Neste".*

sözkonusu satıcı veya sağlayıcının yaptığı anlaşmaların, ortaya çıkan bu rekabet sınırlamasına, yani pazarın kapanmasına hangi oranda katkıda bulunduğu incelemektedir. Burada ilgili anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı ve bu nedenle pazarın kapanmasına yol açan etkilerinin kabulü için, somut anlaşmanın etkilerinin önemli ölçüde bu duruma katkıda bulunmuş olması gerekmektedir.

"Delimitis" kararında da ABAD, içkili lokallere bira tedariki ile ilgili anlaşmalar açısından yaptığı değerlendirmelerde, sözkonusu bira üreticilerinin *(Brauerei)* yaptıkları anlaşmaların pazarı kapama sonucu doğurduğunun kabul edilebilmesi için, bu teşebbüslerin yaptıkları anlaşmaların, bu sonucun ortaya çıkmasına önemli ölçüde katkıda bulunması gerektiğini belirtmiştir[1107]. Bu nedenle, böyle bir somut olay bağlamında, bu tarz bir analiz yapıldığı zaman, aynı zamanda benzer türdeki anlaşmaların da pazar üzerindeki etkilerinin dikkate alınması önem kazanmaktadır. Ancak *Delimitis* Kararı'nda ABAD'ın vurguladığı bir diğer husus ise, başka bir bira üreticisinin, örneğin farklı süreleri veya bağlayıcı koşulları içeren anlaşmalarının olması durumunda, bu anlaşmaların ayrıca değerlendirilmesi gerektiğidir[1108].

Öte yandan mahkemeler, somut olaylar açısından bu tarz anlaşmaların pazar kapama etkilerini incelerken, anlaşmanın süresi ve anlaşma ile öngörülen alım miktarını da dikkate almaktadırlar[1109]. Bu nedenle somut bir olay bağlamında uzun süreli, feshin ağır koşullara bağlandığı ve birçok anlaşmadan oluşan bir dağıtım anlaşmaları demeti karşısında, süresiz olmakla birlikte, örneğin feshi ihbar ile bir yıl içinde sona erecek dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerinin esaslı olmadığı kabul edilebilir[1110].

3. Ara Değerlendirme

Sonuç olarak teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, uyumlu eylemlerin veya teşebbüs birliği kararlarının rekabet üzerindeki etkileri incelenirken, bu davranışlar ekonomik ve hukuksal açıdan birlikte, bir bütün olarak değerlendirilmelidir[1111]. Özellikle dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin, ilgili pazarda ortaya çıkan benzer nitelikteki paralel ağlardan oluşan anlaşmalar da dikkate alınmak suretiyle incelenmesi, bunların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin analizi açısından daha iyi

[1107] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 243.
[1108] EuGH, 7.12.2000, Slg. 2000, I-11140, s. 11148, Nr. 25=EuZW 2001, s. 631=WuW/E EuR, s. 381, *"Neste"*;
[1109] Benzer yönde bkz. EuG, 5.7.2001, Slg. 2001, II-1881, s. 1909. *"Roberts/Greene King".*
[1110] Bkz. EuGH, 7.12.2000, Slg. 2000, I-11121 *"Neste"*.
[1111] Bkz. Jofer, s. 72; Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 81, Rdnr. 6.

sonuçlar verebilir. Bu nedenle pazarda ortaya çıkan bu tarz anlaşma ağlarının rekabeti sınırlayıcı niteliğinin anlaşılması açısından, rekabeti sınırlayıcı kayıtlar içeren münferit anlaşmalardan sadece birisinin etkilerinin incelenmesi ile yetinilmemelidir.

Örneğin ilgili pazarda A ürününü üreten bütün teşebbüsler bir bağlama politikası geliştirip ve bu şekilde A ürününü sadece B ürünü ile birlikte satmaya başladıkları zaman, A ürününü üretmeyip sadece B ürününü üreten satıcılar açısından rekabet zorlaşabilecektir. Dolayısıyla bu tarz bir bağlama uygulaması açısından, AEUV m. 101 kapsamında da bir değerlendirme yapmaktan kaçınılmamalıdır. Çünkü AEUV m. 101/1'de yer alan yasak, özellikle teşebbüslerin pazar durumları da dikkate alındığında, ilgili pazarda ortaya çıkan olumsuz etkilere, mevcut paralel anlaşmalardan oluşan sistem de katkıda bulunduğu zaman, bu tarz anlaşmaları da kapsayacak niteliktedir[1112]. Komisyonun bağlama kayıtları da içeren dondurma satıcıları ile ilgili münhasır anlaşmaların rekabete aykırı ve bu nedenle yasak olduğu yönündeki kararının temelinde de ilgili pazarda bu şekilde paralel ağlardan oluşan anlaşmaların varlığı bulunmaktaydı[1113]. Benzer yaklaşıma Rekabet Kurulu Kararlarında da rastlanmaktadır. Sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin kredi kullandırdığı müşterilerini sigorta poliçesini de kendisinden almaya zorlayarak diğer sigorta acentelerini zor durumda bırakmalarının ön araştırmaya konu olduğu bir Rekabet Kurulu Kararı[1114]'nda, somut olay bağlama uygulaması açısından da ele alınırken, Kurul olası rekabeti sınırlayıcı etkileri "birikimli etkiler" açısından da değerlendirmiştir. Ancak somut olayda bu yönde bir etkinin varlığı belirlenememiştir.

F. Muafiyet Sisteminin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Grup muafiyet sistemi kapsamında yasal istisna ilkesi geçerlidir. Bu sistemde teşebbüsler yaptıkları anlaşmalar açısından muafiyet için gerekli koşulların olup olmadığını öncelikle kendileri değerlendirecektir. Teşebbüsler bu nedenle ilgili anlaşma bağlamında muafiyet koşullarının yokluğu konusundaki rizikoyu da kendileri taşımaktadırlar. Bir anlaşmanın pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamaması durumunda, bu anlaşmanın kesin hükümsüz olması

[1112] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 104.
[1113] Bkz. Komisyon Kararı, 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 183/1 *"Schöller".* Ayrıca bkz. Komisyon Kararı, 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 183/19, Nr. 26 *"Lagnese".*
[1114] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar.

da sözkonusu değildir. Böyle durumlarda çoğunlukla anlaşmanın bireysel muafiyet açısından gerekli koşulları sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

Ancak anlaşmanın "önemli veya ağır rekabet sınırlamaları" *(Kernbeschränkungen)* olarak da adlandırılan rekabet sınırlamalarını içermesi durumunda bu sonuç geçerli değildir. Çünkü grup muafiyetine ilişkin düzenlemeler sadece olumlu bir muafiyet olgusu sağlamakta olup, bu anlamda esasen rekabeti sınırlayıcı herhangi bir yasağın muafiyet sistemi ile geçerli sayılması hali de söz konusu değildir. Bu şekilde "önemli rekabet sınırlamaları" da hem AEUV m. 101/3 ve hem de RKHK m. 5'te yer alan muafiyet koşullarını genellikle sağlayamayan durumlardır.

AB hukukuna paralel olarak 2005 yılında RKHK'nin 10.maddesinde değişikliğe gidilmiş ve bildirim zorunluluğunun kaldırılması ile eşik sisteminin benimsenmesi önündeki engel de kalkmıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde AB hukukunda olduğu üzere eşik sisteminin benimsenmesi gündeme gelmiş ve Rekabet Kurulu da 25.5.2007 tarihinde dikey anlaşmalarla ilgili 2002/2 sayılı Grup Muafiyet Tebliği'nde[1115], 2007/2 sayılı Tebliğ ile önemli bir değişiklik yaparak eşik sistemine geçmiştir[1116]. Tebliğ değişikliği ile Rekabet Kurul'u mehaz AB Tüzük'ündeki %30 pazar payı eşiği yerine %40 pazar payı eşiğini benimsemiştir. Bu değişiklik ile 2002/2 sayılı Tebliğ ekonomik açıdan daha sağlam temellere oturtulduğu gibi, mevzuatta da AB hukuku ile belirli oranda bir uyum sağlanmıştır[1117]. Daha öncede bahsettiğimiz eşik sistemi, esas itibariyla teşebbüslerin pazar payları belirli bir eşiği geçmediği sürece yaptıkları anlaşmaların muafiyetten yararlanmasını sağlayan bir sistemdir.

2002/2 sayılı Tebliğ'deki değişiklik sonrasında %40'lık pazar payı eşiğinin üzerinde yer alan teşebbüsler yasal olarak bildirim yükümlülüğü altında değiller. Ancak, 4054 sayılı Kanun açısından bu teşebbüslerin yapmış oldukları anlaşmalarda yer alan rekabet sınırlamalarına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Kanun'un 5.maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet sağlayan karar ancak Rekabet Kurulu tarafından verilebilmektedir. Dolayısıyla bu hususta

[1115] 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafieti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2, Resmi Gazete, 14.07.2002, Sayı: 24815.

[1116] 2002/2 sayılı Kurul Tebliği'nin ilk halinde, mehaz düzenlemelerde yer alan eşik sistemine yer verilmemişti. Buna gerekçe olarak da 4054 sayılı Kanun'daki "bildirim sistemi" gösterilmiştir. Ancak bu durum Rekabet Kurumu açısından yoğun bir iş yüküne yol açmaktaydı. Aynı zamanda, tarafların (satıcı ve alıcıların) pazar payı ne olursa olsun Tebliğ'deki koşulları taşıyan tüm dikey anlaşmalar RKHK 4. madde yasağından grup olarak muaf tutulmuşlardır.

[1117] Bu konuda daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kerem Cem Sanlı, Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım, **Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmmalar**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul, 2009, s. 76 vd.

tereddüt yaşayan teşebbüslerin ihtiyari bildirim prosedürü yoluyla Kuruma bireysel muafiyet başvurusunda bulunmaları mümkündür[1118].

Dikey anlaşmaların esasen dağıtım sisteminde çatışan çıkarlar sorununa çözüm getirdikleri ve bu şekilde tüketici refahına olumlu yönde katkıda bulundukları söylenebilse de, bunların rekabet üzerinde olumsuz etkilerinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Bu olumsuz etkiler, özellikle pazar gücüne dayanan ya da pazar gücünü korumayı amaçlayan dikey sınırlamalar söz konusu olduğu zaman daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Dikey anlaşmalarda yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar da bu tarz olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına son derece elverişlidir. Özellikle ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip bir teşebbüs bulunuyorsa, yoğunlaşma oranının arttığından ve buna bağlı olarak da markalararası rekabetin azalma ihtimalinden söz etmek de mümkündür. Bir pazarda markalararası rekabet yeterli düzeyde değilse dikey sınırlamaların rekabetçi sürece yapacağı olumsuz etkiler konusundaki kaygılar da artmaktadır. Bu durumda marka içi rekabet önem kazanmasına rağmen, bağlama şeklindeki dikey sınırlamalar bunu engelleme potansiyeline sahiptir.

Dolayısıyla bu konuda muafiyet için belirlenen pazar payı yapılacak değerlendirmeler açısından belirleyici bir unsur olmaktadır. Çünkü pazar payı çoğu zaman pazar gücünün tespitinde tek başına olmamakla birlikte, yeterli bir veri olarak[1119] da görülmektedir. Pazar gücü aynı zamanda fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilme yeteneği olarak da tanımlanmaktadır. Teorik olarak bu her teşebbüs tarafından yapılabilecek bir davranış olmakla birlikte, fiyatları artırmanın yeni girişler ya da genişlemelerden etkilenmeden sürdürülebilir olması da gerekir. Bu açıdan %40 önemli bir pazar payı oranıdır. Bu düzeyde bir pazar payına sahip teşebbüsün yaptığı anlaşmalarda yer alan doğrudan veya dolaylı münhasırlık uygulamaları, pazar kapama etkisine neden olabilir. Benzer durum dikey sınırlama olarak bağlama uygulamaları için de geçerlidir. Bu anlamda muafiyet açısından AB rekabet hukukunda öngörülen %30 pazar payının daha yerinde bir oran ve düzenleme olduğu söylenebilir.

2. Muafiyet Sisteminin Hukuki Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi

Muafiyet sistemi açısından getirilen pazar payı eşiği, grup muafiyeti bağlamında aslında ekonomik yaklaşımların *(more economic approach)*

[1118] Bkz. Bolatoğlu, s. 28.
[1119] Bkz. Whish, s. 48.

uygulanması için öngörülmüş bir sistemdir. Bir anlaşmanın rekabet açısından değerlendirilebilmesi sadece anlaşmanın içeriğine bağlı olmayıp, aynı zamanda somut olay açısından pazar üzerindeki etkilerine de bağlıdır. Rekabeti sınırlayıcı bir etkinin bulunup bulunmadığı da esasen ilgili teşebbüslerin pazar konumlarına bağlıdır. Pazar payının belirlenmesi ise teşebbüsün pazar gücünün niteliği açısından normatif bir ölçüt olması açısından önem kazanmaktadır.

Ancak eşik sistemi teşebbüsler açısından getirdiği esneklikler, bildirim zorunluluğunun kaldırılması nedeniyle rekabet otoritelerinin iş yükünü azaltması gibi avantajlarına rağmen, aynı zamanda AEUV m. 101/3'ün doğrudan uygulanması açısından hukuki güvenliği tehlikeye soktuğu gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Bildirim sisteminde Komisyon incelemesi nedeniyle hukuki güvenlik daha fazlayken, muafiyet sisteminde istisnai durumlarda artık bu inceleme sözkonusudur. Muafiyet sisteminde, örneğin bir lisans sözleşmesinde yer alan koşullar açısından bu değerlendirmeyi taraflar artık kendileri yapacaklardır. Fakat muafiyet eşiğini geçen durumlarda bu değerlendirmenin yapılması, hem gerçek pazar payları ve hem de ilgili pazarın belirlenmesindeki zorluklar veya yetersizlikler nedeniyle hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmektedir. Bu anlamda öğretide ortaya çıkan ağırlıklı görüş, ekonomik yaklaşım ile hukuk güvenliğinin esneklik ve sözleşme yapma özgürlüğüne feda edildiğidir[1120]. Bu nedenle genel anlamda grup muafiyet tüzüklerinin "güvenli liman" *(safe harbour)* olarak nitelenmesi durumu da somut olaylar açısından bakıldığında tehlikeye girmektedir.

Eğer sözleşme taraflarının pazar payları muafiyet eşiğinden daha düşük ise hukuki güvenlik açısından fazla bir sorun bulunmamaktadır. Ancak pazar paylarını tam hesaplayamayan veya bu durumun açık ve net belirlenemediği teşebbüsler açısından, bunların grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamadığı konusunda gerçekten de bir belirsizlik sözkonusudur. Pazar payları muafiyet eşiğinin üstünde olan teşebbüsler açısından ise muafiyet pratikte neredeyse imkansız gibidir. Her ne kadar bu konuda Komisyon Kılavuzu muafiyet açısından, ekonomik bakış açısıyla bir analiz yapılmasını önerse de, Kılavuz yasal bir düzenleme olmadığından, en azından yargı organları açısından hukuki bir bağlayıcılığı söz konusu değildir[1121].

[1120] Schwaab, s. 143; Thomas Lübbig, "Anmerkungen zur neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers", **GRUR**, Heft: 6, 2004, s. 488.

[1121] Norbert Pohlmann, "Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission", **WuW**, Heft: 10, 2005, s. 1005. Bu hususta AB rekabet hukukunda ortaya çıkan bir diğer sorun ise özellikle Birlik'e yeni katılan üye ülke ulusal yargı organlarının rekabet [AB] hukuku uygulaması konusunda yeterli tecrübeye sahip olmadıklarıdır. Bkz. Schwaab, s. 144.

Muafiyet sistemine yönelik bir diğer eleştiri ise, sözleşme taraflarının bu konuda gerekli donanım ve araçlara sahip olmadan, kendi sözleşmelerinin içeriği konusunda değerlendirme yapmaya zorlanmalarıdır. Özellikle AB hukukunda lisans sözleşmeleri açısından belirlenen pazar payı eşiklerinin düşük olması (rakipler arasında %20, rakip olmayanlar arasında %30), azımsanmayacak oranda sözleşme tarafı için pazar payı eşiğinin gerçekten de aşılıp aşılmadığı konusunda bir endişeye neden olacaktır. Ancak bütün bu tartışmalar ve eleştiriler açısından ulaşılacak sonuç, özelikle AEUV m. 101/3'te yer alan ve muafiyet için de geçerli olan dört koşul ile öngörülen hedeflere ulaşılamadığıdır. Bazı görüşlere göre ortaya çıkan bu eleştiri veya sakıncalı durumları giderebilmek için, aynı zamanda pazar payı eşiğinin aşılması durumunda dahi sakıncasız durumların yer aldığı geniş bir "ek" veya "kontrol listesi" oluşturulabilir. Bu tarz bir "güvenli liman" önerisi *Drexl*[1122] ve *Max-Planck-Enstitüsü*[1123] tarafından yapılmıştır. Öte yandan yasal güvenlik konusundaki yetersizlikler ve kaygılar *Immenga* tarafından da öne sürülmüştür. Ekonomik bakış açısına göre yapılan değerlendirmelerde, hukuka aykırılık, ilgili pazarda ileriye dönük etkilerin değerlendirilmesi ile yapılmaktadır. Etki ve sonuca yönelik değerlendirmelerin fazlalığına karşın, normatif eksenli bir değerlendirme daha az yer tutmaktadır. Bu durumda somut olay bağlamında yapılan şey, hukukun uygulanmasından ziyade, ekonomik bir belirleme olmaktadır[1124].

IX. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARIN YAPTIRIMI

Daha öncede üzerinde durulduğu gibi, RKHK m.4 hükmüne göre, rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Benzer durum AEUV m. 101/1 hükmü için de geçerlidir. Öte yandan RKHK m. 56 hükmüne göre, *"Bu Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü sözleşme ile teşebbüs birlikleri kararları geçersizdir. Bu sözleşme ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez (…)".* Bu düzenlemeler karşısında, bu anlaşmaların geçersizliği ve bunun özel hukuk alanındaki sonuçlarına da değinmek gerekmektedir.

[1122] Josef Drexl, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, **Festschrift für Rudolf Krasser zum 70. Geburtstag, GRUR Int.,** 2004, s. 716 vd.

[1123] Max-Planck-Institut (Hrsg.), Stellungnahme der Arbeitsgruppe "Lizenzkartellrecht" zum Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Technologietransfer-Vereinbarungen und zum Entwurf von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrages auf Technologietransfervereinbarungen, München 2004, s. 187 vd.

[1124] Ulrich Immenga, "Der "more economic approach" als Wettbewerbspolitik", **WuW**, Heft: 5, 2006, s. 463.

A.Geçersizlik Yaptırımı

AEUV m. 101/2 düzenlemesine göre *"bu maddede yasaklanan anlaşma ve kararlar hükümsüzdür."* 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi de bu tarz anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirtmektedir. AEUV m.101/2 düzenlemesine göre sadece AEUV m. 101'de yasaklanan anlaşma ve kararlar geçersizdir[1125]. Bu hükümler aynı zamanda davranış yasaklayıcı bir özellik taşımaktadırlar. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesi de bu yasağa aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçlarından sadece *geçersizliği* ve bunun sonuçlarını düzenleyen bir yaptırım hükmü özelliğindedir. Çünkü "hükümsüzlük" (veya "geçersizlik")[1126] ancak *hukuki işlemler* bakımından sözkonusu olabilir[1127].

AEUV m.101 düzenlemesine göre, madde de yer alan yasaklayıcı hükümler, rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi taşıyan bütün anlaşmalar açısından geçerli olmakla birlikte, bu durumun istisnaları AEUV m. 101/3 uyarınca alınmış bir bireysel veya grup muafiyetidir. Bu nedenle ilgili anlaşmanın bir grup muafiyet tüzüğü kapsamında olması veya bu konuda bireysel bir muafiyet kararının elde edilmesi ile anlaşma AEUV m. 101/1 kapsamında rekabeti sınırlayıcı nitelikte olsa dahi geçersiz olmayacaktır[1128].

Benzer şekilde RKHK, rekabete aykırı anlaşmaları m. 4'te emredici bir hükümle yasaklamakta, bu tür anlaşmaların hukuki işlem niteliği taşıyan türlerinin *geçersiz"* olduğunu da 56. madde düzenlemesi ile belirtmektedir. Bununla birlikte Kanun, m. 5'te yer alan şartların tamamının varlığı halinde, bunların muaf tutulabileceğini de açıklamaktadır. Buradan çıkan sonuca göre, RKHK m. 4

[1125] Bu düzenlemede *"uyumlu eylemler"*den ise bahsedilmemektedir. Yani yasaklanan uyumlu eylemlerin de geçersiz olduklarından söz edilmemiştir. Bunun nedeni ise uyumlu eylemlerin anlaşma olmamaları nedeniyle bağlayıcı bir nitelik taşımamaları ve aynı zamanda hukuksal bir işlem olmaktan ziyade tamamen fiili bir olgu olmaları nedeniyle hukuksal bir varlığa da sahip bulunmadıkları için geçersiz olmalarının mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla geçersizlik kavramı uyumlu eylemlere için uygun değildir. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 205; Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 431, Nr. 91.

[1126] "Hükümsüzlük" ve "geçersizlik" gibi deyimler, gerçekte bütün hükümsüzlük ihtimallerini içeren birer üst kavramı ifade eder. Hangi çeşit hükümsüzlüğün sözkonusu olduğu, ancak "kesin hükümsüzlük" (butlan), "iptal edilebilirlik", "eksik veya askıda hükümsüz işlemler", "nisbi hükümsüzlük" (ancak bu kavram "nisbi butlan" ile karıştırılmamalıdır) gibi hükümsüzlük türleri ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hususta bkz. Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 580.

[1127] Bu konuda bkz. Gürzumar, Geçersizlik Rejimi, s. 5 vd. Ayrıca bkz. Gürzumar, Özel Hukuk Açısından, s. 117.

[1128] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 431, Nr. 92. Benzer şekilde Alman Hukuku'nda da GWB §1'e göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu amacı veya etkisi olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yasaktır. Bu maddede yer alan düzenlemelere aykırı olan anlaşmaların geçersizliği, GWB sistemi içinde teşebbüsler arası yatay, başka bir ifadeyle *"kartel"* anlaşmaları konusundadır. Bu geçersizlik ise, kural olarak, "kesin hükümsüzlük *(Nichtigkeit)* olarak olarak ifade edilmektedir. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 1, Rdnr. 213.

hükmüne aykırı anlaşmalar, eğer Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşulların tümünü birlikte yerine getiriyorlarsa, yenilenebilme şansı da dahil olmak üzere, beş yıl için bireysel muafiyet almak suretiyle, 4. maddede yer alan hukuki yaptırımlardan kurtulabilirler. Başka bir ifadeyle söz konusu anlaşma ve kararlara muafiyet tanınması geçersizliği ortadan kaldırır. Bu şartlarda bireysel veya grup olarak söz konusu yasaktan muaf tutulmuş olan ve hakkında menfi tespit kararı bulunan anlaşma ve kararlar geçerlidir. Muafiyet kapsamına giren bu anlaşmalar yapıldıkları andan itibaren geçerli birer anlaşma olarak hüküm doğururlar[1129]. Öte yandan RKHK'nin 13. maddesinde yer alan düzenleme, bu maddede sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde muafiyetin geri alınabileceğini de hükme bağlamaktadır[1130].

Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir anlaşma, buna rağmen eğer muafiyet için gereken bütün koşulları taşıyırsa, muafiyet kararına kadar ilgili anlaşma açısından bir *askıda bir geçersizlik* durumunun olduğu söylenebilir. Öğretide de belirtildiği üzere, "4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki koşulları taşıyan ve bu nedenle de muafiyet alabilecek olan bir sözleşmenin bireysel muafiyet almadan önceki safhada söz konusu olan geçersizliği öyle bir geçersizliktir ki, bu geçersizliğin nedeni yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık olduğu halde, kendisi kesin bir nitelik taşımamakta ve idari bir kararla geçmişe etkili olarak düzelebilme imkanına sahip bulunmaktadır. Bu durumda, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin, butlan yerine, bir tür *askıda geçersizlik* olarak nitelendirilmesi mümkün olabilmelidir"[1131].

B. Geçersizliğin Sonuçları

Öte yandan AEUV m. 101/2 de, rekabeti sınırlayan anlaşma ve kararların geçersiz olduğu belirtilmekle birlikte bu geçersizliğin hukuki niteliği ve sonuçları konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak bu konuda kabul edilen görüş geçersizliğin mutlak *(absolut)* olduğudur[1132]. Bu sonuç ABAD'ın karalarında da kabul edilmektedir[1133]. ABAD'a göre bu geçersizlik başlangıçtan itibaren sonuç

[1129] İnan ve Piker, s. 104.
[1130] Gürzumar, Özel Hukuk Açısından, s. 119.
[1131] Gürzumar, Özel Hukuk Açısından, s. 123. Benzer şekilde Sanlı'da, Kanun'un 4.maddesine aykırı, fakat grup veya bireysel muafiyetten yararlanan bir sözleşme veya kararın ise, kural olarak geçerli olmakla birlikte, bu geçerliliğin geçersizliğe dönüşebilmesi olasılığı bulunduğunu ve bu açıdan, bir anlamda muafiyetten yararlanan hukuki işlemlerin *"askıda geçerli" (veya geçersiz)* olduğunu söylemenin dahi mümkün olduğunu, belirtmiştir. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 402.
[1132] Bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Generelle Prinzipien, Rdnr. 206.
[1133] Bkz. EuGH, 25.11.1971, Slg. 1971, s. 962, Nr. 29 *"Béguelin";* EuGH, 14.12.1983, Slg. 1983, s. 4184 *"Zementimport"*;

doğuran, hakim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan ve bu nedenle de taraflara hiçbir hak vermediği gibi herhangi bir borç da yüklemeyen, kısacası ilgili anlaşma veya kararın geçmiş veya gelecekteki bütün etkilerini kapsamaktadır[1134].

Geçersizlik yaptırımının bir sonucu olarak, geçersiz olan anlaşma veya karalardan dolayı ortaya çıkan edimlerin ifası istenmeyecektir[1135]. Bu durum RKHK'nun "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı 56. Maddesinde de yer almaktadır. Çünkü "kesin hükümsüzlük" (butlan) durumunda sözleşme başlangıçtan itibaren hiçbir hak ve borç doğurmayacağından, esasen ortada ifa edilecek bir borç da bulunmayacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle geçersiz sayılmasının, sözleşmenin sadece bir kısım hükümleriyle ilgili olması ihtimalinde sadece bu hükümlerin geçersizliği tartışılabilir. Borçlar Kanunu, sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesinden hareketle, tamamı yerine bir kısmının hükümsüz sayılabilmesine de olanak tanımıştır.

Sözleşmenin sadece bir kısım hükümlerinin hukuka, ahlaka aykırı olması ya da ifasının imkansız olması halinde tam değil, kısmi kesin hükümsüzlükten (kısmi butlan) söz edilebilir. Zira hükümsüzlük yaptırımının amacı, sözleşmenin değil, eksikliğin ortadan kaldırılmasıdır[1136]. Bu durumda taraflar anlaşmanın geçerli olan hükümlerinden doğan hak ve borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmaya devam edeceklerdir. Ancak sözleşmenin geçersiz sayılan hükmü olmaksızın tarafların böyle bir sözleşme ilişkisine girmeyecekleri anlaşılırsa, o zaman sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (TBK, m. 20/II)[1137].

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya kararların geçersizliğinin özel hukuk alanındaki bir diğer sonucu da, tarafların bu anlaşmaya istinaden doğan edimleri kararın geçersizliği öne sürülmeden önce yerine getirmiş olmaları halinde, sözkonusu hukuki işlemin geçersizliğinin, yerine getirilen bu edimlerin iadesi sonucu doğurmasıdır. Çünkü geçersizlik yaptırımına tabi bir hukuki işleme istinaden, borç olarak kararlaştırılmış olan edim buna rağmen ve borçlu olunduğu düşüncesiyle ifa

[1134] Bkz. EuGH, 6.2.1973, Slg. 1973, s. 86 *"Brasserie de Haecht".*
[1135] İnan ve Piker, s. 104.
[1136] Kılıçoğlu, s. 99.
[1137] Benzer bir hüküm TTK. m.1530'dayer almaktadır. Bu hükme göre: *"(1) Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz".*

edilmişse, ifa edilen bu edimin geri istenebilmesi doğaldır[1138]. RKHK m.56 hükmü, ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak, sebepsiz zenginleşmede iade borcunu düzenleyen TBK m. 79-80'i işaret etmektedir. Bu durumda, sebepsiz zenginleşen kişi, malvarlığında sebepsiz yere meydana gelen artışı iade ile yükümlüdür[1139].

Ancak RKHKnin 56.maddesinin ikinci fıkrası, rekabet hukukunun amacı dikkate alınarak, Borçlar Kanunu'nun genel bir ilkesinden ayrılan ve bu anlamda rekabet hukuku politikası açısından yapılan farklı bir tercihi işaret etmektedir. Buna göre, ahlaka aykırı bir amaçla verilmiş şeylerin iadesinin istenmeyeceğine dair BK m. 65 (TBK 81) hükmü burada uygulanmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu m.81(eki BK m. 65) hükmü *hukuka ya da ahlaka aykırı bir amaç için verilen şeyin iadesinin talep edilemeyeceğini* öngörmektedir. İşte bu hüküm RKHK'de yasaklanmış olan amaçlara ulaşmak için yapılan kazandırmalar bakımından uygulanmayacaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile RKHK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırı olduğu için geçersiz olan sözleşmlerin konusu ve/veya yöneldiği sonucu oluşturan, bu nedenle de hukuka aykırı olan, bir amaca ulaşmak için verien şeylerin iadesini talep etmenin her hal ve karda mümkün olmasını sağlamak istemiştir[1140].

Öte yandan sürekli borç ilişkilerinin hükümlerinin geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılmasının güçlüğü karşısında, böyle bir geçersizliğin sonuçlarının geriye değil, ileriye etkili *(ex nunc)* olması gerekir. Çünkü sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmeler borçluyu, belirli veya belirsiz bir süre boyunca bir ifa veya katlanma yükümlülüğü altında bırakırlar. Bu durum teşebbüsler arasındaki özellikle dikey bir anlaşmada yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar açısından da önem kazanmaktadır. Örneğin dağıtım sözleşmelerinin bir türü olan bayilik sözleşmesi de sürekli borç doğuran bir sözleşme olup[1141], rekabet hukukunda dikey anlaşmalar arasında yer almaktadır. Daha öncede belirtildiği üzere, dikey anlaşmalar bağlama şeklinde dikey sınırlamaların oldukça yaygın olduğu anlaşma türleridir. Böyle bir sözleşme kapsamında hakim durumdaki sağlayıcı bayiye ürün satarken ek ürün veya hizmetlerin de alınması koşulu getirebilir. Ancak dikey anlaşmalar açısından

---

[1138] Bununla birlikte, geçersiz bir hukuki işleme dayanılarak ifa edilen edimin ("verilen şey"in) iadesi yalnız sebepsiz zenginleşme davasıyla istenmez. Eğer geçersiz işleme dayanılarak yapılan kazandırma sebebe bağlı değilse veya kazandırma veya edim konusunun niteliği ve/veya –parada olduğu gibi- kazandırma konusunun kazandırılan kişinin malvarlığıyla karışmış olması gibi durumlar gerektiriyorsa, sebepsiz zenginleşme davası açılır. Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gürzumar, Özel Hukuk Açısından, s. 129.

[1139] Kılıçoğlu, s. 510. Öte yandan, TBK m. 79 hükmüne göre, *"sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür".*

[1140] Gürzumar, Özel Hukuk Açısından, s. 129.

[1141] Bayili sözleşmesinin hukuki niteliği açısından bkz. Nilay A. Şenol, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 15

bağlama esaslı bir rekabet sınırlaması olmadığı için, böyle bir anlaşma grup muafiyeti için gerekli olan %40 pazar payı eşiğinin altında kalıyorsa muafiyetten yararlanabilir. Pazar payı eşiğini aşması durumunda ise RKHK m.5 hükmünde yer alan koşulların tümünü birlikte sağlamak koşuluyla, bireysel muafiyet söz konusu olabilir. Buna rağmen anlaşmanın muafiyet alamaması veya muafiyetten yararlanmakla birlikte, sonradan ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkiler nedeniyle muafiyet kararının bireysel bir işlemle geri alınması veya paralel ağların yaygınlığı nedeniyle ilgili anlaşmanın muafiyet kapsamından çıkarılması durumunda, anlaşma rekabete aykırı olacaktır. Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma için geçersizlik yaptırımı söz konusu olduğundan, bu durumda fesih ileriye etkili *(ex nunc)* sonuçlar doğuracaktır. Çünkü bir sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olmasının en önemli sonucu, sözleşmenin sona erme düzeni bakımından kendine özgü kuralların uygulanması gerekliliğidir. Bu durum genel olarak dikey anlaşmalar ve bu kapsamda bir bayilik sözleşmesi için de geçerli olacaktır[1142].

Bu yaklaşım aynı zamanda rekabet gibi günlük ticari yaşamla doğrudan ilişkili bir bir alanda ortaya çıkabilecek pek çok sorunun önceden önlenebilmesi için de yerinde olacaktır. Gerçekten de Kurul tarafından RKHK m.4 ükmüne aykırılık nedeniyle geçersizliği tespit edilen bir anlaşmaya istinaden yapılan tüm ticari işlemlerin geriye yönelik olarak ortadan kaldırılması her zaman mümkün olmayabilir veya getireceği zararlar yararlarından daha fazla olabilir. Çünkü hukuki işlemler açısından geçersizlik oldukça ağır sonuçları olan bir yaptırım türüdür. Böyle durumlarda rekabete aykırı bir karar ile geçersiz olan bir anlaşma veya karar ile ilgili daha önceden yapılmış işlemlerin hukuk güvenliği ilkesinden hareketle geçerliliklerinin korunması daha yerinde olacaktır.

Bu anlamda geçersiz hukuki işleme dayanılarak yapılan diğer işlemlerin de geriye etkili olarak ortadan kaldırılması ticari yaşamın gelişimi açısından büyük önem taşıyan istikrar ve güven açısından çeşitli sorunlara neden olacaktır[1143]. Çünkü rekabet hukuku günlük ticari yaşamı doğrudan etkileyen bir alanıdır. Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki bir anlaşma ile başvurulan bir bağlama uygulamasının RKHK m.4 hükmüne aykırı bulunması durumunda, bu geçersiz işleme istinaden yapılan bağlı satış işlemlerinin, hukuk güvenliği ilkesi de göz önünde bulundurularak, geçerliliklerini koruması menfaatler dengesine daha uygundur[1144].

[1142] Şenol, s. 16.
[1143] Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 395.
[1144] Benzer yönde bkz. Küçükayhan-Aşçıoğlu, s. 108.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI İLE REKABETİN SINIRLANDIRILMASI VE TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

I. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI

A. Ön Açıklamalar

Aşırı veya ölçüsüz ekonomik gücün kontrolü, her işlevsel rekabet düzeni açısından önemli bir sorundur. Ancak buradan hareketle, özel eknomik gücün "kötü" olduğu şeklinde basit veya kolay bir yargıya ulaşmak elbette sözkonusu değildir. Çünkü ekonomik güç, üretim etkinliğine bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Bu sonuç ise esasen rekabetin işleyişi açısından itiraz edilen bir durum değildir. Sorunlu olan, işleyen bir rekabet sisteminde, ekonomik gücün kötüye kullanılmasıdır. Rekabet politikası açısından engellenmeye çalışılan veya yasaklanan da budur. Bu aynı zamanda ancak ticari faaliyet veya girişim özgürlüğünü korumayı esas alan bir rekabet politikası ile üstesinden gelinebilecek bir sorundur[1145].

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından bağlama uygulamalarının rekabete aykırılığı için hakim durum ve kötüye kullanma bir kriter değildir. Ancak hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamalarının yasaklanması, ancak hakim durumun kötüye kullanılması durumunda söz konusudur. Fakat burada yasaklanan husus hakim durum olmayıp, aksine hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Hakim durumun kötüye kullanılması yasağı açısından dikkat edilmesi gereken husus ise, rekabet açısından yanlış olarak değerlendirilen, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışlardır. Bu davranışlar çoğu zaman bir teşebbüs açısından ilgili pazarda özellikle etkin rekabete karşı birer korunma yöntemidir.

AEUV m. 102 kapsamında kötüye kullanma, ABAD kararlarında hakim durumdaki teşebbüslerin pazar yapısı üzerinde etkili olabilen davranışları, olarak tanımlanmaktadır. Bu etki aynı zamanda mevcut teşebbüslerin, hakim durumdaki teşebbüsün uygulamaları karşısında zayıf duruma düşmeleri nedeniyle[1146],

[1145] Künzler, s. 202.

[1146] Bu anlamda hakim durumun kötüye kullanılması ile rekabet karşıtı davranışlar yoluyla, pazar üzerinde bir kontrol sağlama amacı bulunmaktadır. Ancak bu amaca ulaşmak için normal rekabetçi bir pazarda başvurulmayacak şekilde, rekabet açısından etkinlik sağlamayan yöntemler ile rekabetin

doğrudan rekabet üzerinde de ortaya çıkmaktadır[1147]. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında sayılan bağlama uygulamalarının yasaklanmasının nedeni de bu tarz uygulamaların hem dışlayıcı hem de sömürücü nitelikleri sonucu rekabetin sınırlamasıdır.

B. Kollektif ve Bireysel Bağlama Uygulamaları Sorunu

1. Kollektif Bağlama ve Bireysel Bağlama Uygulamaları Ayırımı

Bağlama uygulamalarının hem teşebbüsler arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemler kapsamında ve hem de hakim durumun kötüye kullanılması açısından ele alınması bazı tartışmalara neden olmaktadır. Bu durum AB rekabet hukukunda bağlama uygulamaları konusunda yasal düzenlemeler olan AEUV m. 101/1(e) ile m. 102 (d) arasındaki ilişki açısından ortaya çıkarken, benzer değerlendirme RKHK m. 4(f) ve m. 6 (c) bendi açısından da yapılabilir. Tartışmanın özü, AEUV m.101/1 (e) bendinin sadece birden fazla teşebbüsün taraf olduğu anlaşma, karar veya uyumlu eylemler kapsamında ortaya çıkan ve "kollektif bağlama uygulamaları" *(kollektive Kopplungsgeschäfte)* olarak da adlandırılan bağlama uygulamaları açısından mı, yoksa aynı zamanda hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından başka bir teşebbüs ile işbirliği içinde olmaksızın ortaya çıkan "bireysel bağlama uygulamaları" *(individuelle Kopplungsgeschäfte)* açısından da mı geçerli olduğudur[1148].

Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusunda AEUV m.101/1(e) ve RKHK m. 4(f)'nin uygulanması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü her iki düzenlemenin de lafzından çıkan sonuç, bu konuda teşebbüsler arası bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylemin varlığıdır. Dolayısıyla bu konuda *"faillerin çokluğu"* kavramından hareketle, böyle bir durumun ise ancak teşebbüsler arası bu türden bir ilişkinin varlığı çerçevesinde ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşılabilir.

---

sınırlanması söz konusudur. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili yasaklayıcı hükümler bir yandan hem rakipleri hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı ve onları dışlayıcı davranışlarına karşı korurken, öte yandan başta tüketiciler olmak üzere, diğer pazar katılımcılarını da bu sömürücü uygulamalara karşı korumaktadır. Fischer, s. 55.

[1147] Çünkü dışlayıcı kötüye kullanma davranışları rakipler gibi diğer ticari partnerlere karşı ortaya çıkarken, sömürücü nitelikteki kötüye kullanma davranışların ağırlıklı olarak alıcı ve nihai tüketicilere karşı olduğu söylenebilir. Bkz. Olaf Kiener, **Marktmachtmissbrauch**, Schulthess AG, Zürüch, 2002, s. 208.

[1148] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 322.

Ancak bu konuda sorun bir teşebbüsün tek yanlı davranışları açısından ortaya çıkabilir. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile rekabeti sınırlaması AEUV m. 102 ve RKHK m. 6 kapsamında yasaktır. Ancak hâkim durumda olmamakla birlikte, bağlama gibi rekabeti sınırlayıcı davranış veya ticari pratiklere başvuran bir teşebbüs açısından hangi hükmün uygulanacağı hususunda, farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda sadece yasal düzenlemenin şekli niteliğinden hareketle, somut olay açısından hakim durum kriterinden yola çıkılıp, bu kriterin olmaması durumunda bağlama uygulamasının rekabete aykırı olmadığı sonucuna mı ulaşılacak, yoksa böyle bir kriter olmasa dahi somut olaydaki davranışın rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunuyorsa, bu davranış yasaklanabilecek midir? Eğer ikinci duruma öncelik tanınacaksa, bu görüşün yasal dayanağı önem kazanmaktadır.

a. Kollektif Bağlama Uygulamaları

Yatay veya kartel anlaşmalar açısından bakıldığında, tekel konumunda olan bir teşebbüsün, başka bir teşebbüs ile yaptığı anlaşmaya istinaden, ürünlerini sadece bağlı şekilde satmaya çalışması halinde AEUV m.101/1(e) bendi hükmünün uygulanacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu durum satıcı ve sağlayıcı arasındaki dikey bir bağlama anlaşması için de geçerlidir. Çünkü burada esasen ilgili teşebbüslerden en azından birisinin ürünlerini ayrı veya bağlı satma konusundaki ticari faaliyet özgürlüğü sınırlanmış olmaktadır[1149]. AB hukukundaki ortaya çıkan görüşlere göre burada sorun münferit, yani bireysel bağlama uygulamaları veya anlaşmalar açısından ortaya çıkmaktadır[1150]. Satıcının, alıcıların karşısına bir bağlama uygulaması ile çıktığı durumlarda AEUV m.101/1 (e) düzenlemesinin mi, yoksa hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili AEUV m. 102 (d) bendinde yer alan düzenlemenin mi uygulanması gerektiği konusu açık ve net değildir[1151].

Bazı görüşlere göre her ne kadar AEUV m. 101 hükmü ile birlikte AEUV m. 102 hükmü de genel olarak bağlama uygulamaları konusunda uygulama alanı bulsa da, AB rekabet hukuku uygulaması açısından bakıldığı zaman dikkati çeken husus bağlama uygulamalarının ağırlıklı olarak AEUV m. 102 çerçevesinda, teşebbüslerin iç pazarın tamamı veya bir bölümünde, hakim durumun kötüye kullanılması

[1149] Bkz. Burkert, s. 353.
[1150] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 322.
[1151] Riziotis, 67.

kapsamında ele alındığıdır[1152]. Dolayısıyla bağlama uygulamaları daha çok hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında ve teşebbüslerin pazar gücü esas alınmak suretiyle değerlendirilmektedir[1153]. Bu nedenle de tek yanlı davranışların ve bu anlamda bireysel bağlama uygulamalarının da AEUV m. 101 yerine AEUV m. 102 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş genel olarak ekonomi bilimi öğretisi tarafından da kabul görmektedir[1154].

Zimmer'a göre de, AEUV m.101/1 (a-d) bentlerinde yer alan ve rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerle ilgili örnek düzenlemeler de dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılırsa, açıkça burada bireysel bağlama uygulamalarını kapsamayan bir durum sözkonusudur[1155]. Aynı zamanda düzenlemenin lafzına bakıldığında, bu konuda "anlaşmanın tarafları" kavramının çoğul olması da, bireysel bağlama uygulamalarının bu düzenleme kapsamında değerlendirilmesine karşı öne sürülen bir diğer görüş olmaktadır[1156].

Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus ise, teşebbüslerin tek yanlı davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamalarının, AEUV m. 102/2 (d) bendi kapsamında, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı ile ilgili diğer örnekseyici durumlar gibi yasaklanmış olmasıdır. Eğer teşebbüslerin tek yanlı davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları AEUV m. 101 hükmüne göre de yasaklansaydı, bu durumda AEUV m. 102/2 hükmü işlevsiz veya yersiz olması gibi bir sonuç ortaya çıkardı[1157]. Bu durum karşısında, bu tarz bir davranışın yasaklanması için gerekli olan hakim durum koşulu, neden bu koşul olmadan da aynı davranışın yasaklanması sonucunu doğuruyor, sorusu haklılık kazanmaktadır. Bu anlamda bağlama anlaşmalarının AEUV m. 101 kapsamında da ele alınmasının, ayrı bir önemi bulunmaktadır. Aksi durumda bağlama uygulamalarının AEUV m. 102

[1152] Bu konuda belli başlı kararlar olarak bkz. Komisyon Kararı, 22.12.1987, ABl. EG. 1988 Nr. L 6/19 *"Hilti"* ; EuG, 12. 12. 1991, Slg. 1991 II-1439 *"Hilti"* ; Komisyon Kararı, 24. 7. 1991, ABl. EG. 1992, Nr. L 72/1 *"Tetra Pak II".*

[1153] Whish, s. 658; Zaten bağlama uygulamaları konusunda ABA m. 101'in uygulanması ile ilgili kararlar yetersiz olup, bu konuda uygulamada ortaya çıkan somut olaylar daha çok ABA m. 102 kapsamında değerlendirilen olaylardır. Bu yönde değerlendirme için bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 96; Ayrıca bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.

[1154] Rekabet hukluku uygulamasında aktarma *(leverage)* teorisi yanında, fiyat ayrımcılığı konusundaki diğer teoriler ve ekonomi bilimi yaklaşımları da bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından bağlamaya giden satıcının pazar gücünü aşan bir ekonomik güce sahip olması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 324.

[1155] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 322.

[1156] Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 96.

[1157] Gleiss ve Hirsch, Art. 85, Nr. 400.

kapsamında da düzenlenmesinin gereksiz görünmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır[1158].

Sonuç olarak, bağlama anlaşmalarının rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar veya uyumlu eylemler kapsamında ele alınmasının, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilen bağlama uygulamaları ile paralel, ancak kendine özgü, ayrı bir önemi olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda bağlama anlaşması AEUV m. 101 (aynı şekilde RKHK m.4) açısındna ele alındığı zaman iki hususun dikkate alınması gerekmektedir: Birincisi "birikimli etki" *(kumulative Effekt)* veya *"Bündeltheorie"* açısından bağlama uygulamasının pazar yapısı ve diğer teşebbüslerin benzer anlaşmalardan oluşan paralel ağları bağlamında değerlendirilmesidir. Böyle durumlarda sadece bir teşebbüs hakim durum için gerekli olan pazar payına sahip olmamakla birlikte, bağlama uygulaması ilgili pazarda birikimli etkiler nedeniyle rekabeti sınırlayabilir. İkinci durum ise bağlama uygulamasının dikey anlaşmalar hakkındaki grup muafiyet tüzüklerine göre belirli koşullar altında muafiyetten yararlanabilmesidir. Bu konuda ortaya çıkabilecek bir yasaklama ise ancak bu tüzüklerde yer alan muafiyet koşullarının yerine getirilmemesi durumunda söz konusu olacaktır[1159].

Dolayısıyla bağlama uygulamaları konusunda AEUV m. 101/1(e) ve aynı zamanda RKHK m. 4/1(f) açısından yapılacak değerlendirmede, bu düzenlemelerin ancak "kollektif bağlama uygulamaları"nı kapsadığı sonucuna varılmaktadır. Başka bir deyişle, RKHK'nin 4.maddesinin uygulanması için mutlaka birden fazla teşebbüsün varlığı sonucunda, bunların taraf olduğu bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemler bu düzenlemenin kapsamına girecektir. Buna karşılık, AEUV m. 102 veya RKHK'nin 6.maddesinin uygulanabilmesi için tek bir teşebbüsün varlığı yeterlidir[1160]. Dolayısıyla RKHK m.4 düzenlemesi birden fazla teşebbüsün kendi aralarında yaptıkları ve bağlama uygulaması öngören bir anlaşma ile aslında anlaşmaya taraf olmayan üçüncü bir teşebbüsün gelecekte pazardaki ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanması veya onun pazardan dışlanmasına yönelik davranışları kapsadığı söylenebilir. Bu durumda satıcının kendi ticari politikası çerçevesinde başvurduğu münferit bir bağlama uygulaması, AEUV m.101/1(e) bendinde yer alan düzenlemeye aykırı olmayacaktır[1161]. Böyle bir bağlama uygulaması, ancak AEUV

[1158] Riziotis, s. 68.
[1159] Riziotis, s. 69.
[1160] İnan ve Piker, s. 73.
[1161] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 322.

m. 102/2(d) düzenlemesine göre, teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanması yasağı kapsamında olduğu zaman yasaklanabilir[1162].

Alman Federal Kartel Ofisi (BKartA) tarafından verilen bir kararı[1163] inceleyen Alman Federal Mahkemesi (BGH)'ne göre de, "esasen bir tacirin kendi mal veya hizmetlerini, sadece başka mal veya hizmetlerle birlikte satması tamamen onun tercihine kalmış bir durumdur. Rekabet Hukuku bu özgürlüğe ancak bağlama uygulamasının rekabeti esaslı bir şekilde sınırlaması durumunda müdahale edip, anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği olmaksızın ürünlerin bağlı satılmasını yasaklayabilir[1164]. Hâkim durumdaki teşebbüslerin taraf olduğu bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri her şeyden önce teşebbüslerin hakim durumdan kaynaklanan pazar güçlerini bağlama uygulamasıyla başka pazarlara da genişletmelerinden veya aktarmalarından kaynaklanmaktadır"[1165]. Böyle bir tehlike nedeniyle, hakim durumdaki teşebbüsün objektif gereklilikler veya "alışılagelmiş bir ticari uygulama" *(Branchenübung)* gereği olmaksızın ürün veya hizmetlerini bağlı bir şekilde satması GWB § 19 paragraf 1 ve paragraf 4 Nr.1 hükmüne göre her zaman yasaklanabilir[1166]. Öte yandan Federal Mahkeme, İstinaf Mahkemesi *(Berufungsgericht)* ve Federal Kartel Ofisi'nin *"hukuksal bir zorlama olmaksızın bağlama uygulamasının rekabete zararlı etkisinin de olamayacağı"* şeklindeki yaklaşımını da eleştirmiştir. Federal Mahkemeye göre, hukuksal bir zorlama olmadan da bağlamanın zararlı etkileri ortaya çıkabilir. Mevcut müşteri potansiyelinin büyük bir bölümünün başka bir sağlayıcının hizmetlerinden yararlanmayı talep etmemesi de somut duruma göre bu konuda yeterlidir. Çünkü böyle bir durumda GWB § 19 hükmü kapsamında, üçüncü bir pazardaki rekabetin engellenmesi söz konusudur[1167].

Rekabet Kurulu da bir kararında[1168], bağlama uygulamasının teşebbüslerin birbirinin rakibi veya müşterisi/sağlayıcısı olmadığı durumda da ortaya

---

[1162] Fischer, s. 49.

[1163] Bu olay Deutsche Telekom ve onun bağlı şirketi T-Online'ın ISDN bağlantısı ile *"call by call"* adını verdikleri bir internet erişim tarifesinin bağlanması konusundadır. Ancak Federal Rekabet Kurumu (BKartA), somut olayda herhangi bir hukuka aykırı bağlama uygulaması söz konusu olmadığı gerekçesiyle, bu davranışı bir kötüye kullanma olarak görmedi. BKartA'a göre her müşteri, başka bir internet sağlayıcısını seçmek veya mevcut sağlayıcısında kalmak konusunda seçme hakkına sahiptir. Bu karara karşı ilk derece ve istinaf mahkemesine yapılan başvuru sonuçsuz kalmakla birlikte, Federal Mahkemeye yapılan başvuru kabul edildi. BKartA, **Tätigkeitsbericht,** 1999/2000, s. 161.

[1164] BGH, 30.3.2004, **GRUR**, Heft:8, 2004, s. 707 *("Der Oberhammer").*

[1165] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB, § 16, Rdnr. 84; Langen ve Bunte, Kartellrecht, Art. 82 EG, Rdnr. 154; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 198.

[1166] BGH, 30.3.2004, **GRUR**, Heft: 8, 2004, s. 707 *"Der Oberhammer".*

[1167] BGH, 30.3.2004, **GRUR**, Heft: 8, 2004, s. 707 *"Der Oberhammer".*

[1168] Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 180.

çıkabileceğini belirtmiştir. Kurul'a göre, uygulamada oldukça ender rastlanan bu tarz bir durumda, taraflar için anlaşmayı rasyonel kılan tek olasılık, teşebbüslerden birinin bağlayan ürün pazarında, diğerinin ise bağlanan ürün pazarında faaliyet göstermesi ve bağlama uygulamasının teşebbüsler arasındaki yatay bir anlaşma ile hayata geçirilerek elde edilen rantın paylaşılmasıdır. Ancak bu ihtimalde dikkat edilmesi gereken husus, teşebbüsler arasındaki anlaşmanın "bağlama" uygulamasının hayata geçirilebilmesi için zorunlu olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsler arasındaki anlaşma ile bağlama uygulaması arasında açık bir illiyet bağı bulunmaktadır[1169].

Dolayısıyla Rekabet Kurulu'da 4.maddenin bağlama uygulamaları açısından uygulanabilmesi için teşebbüsler arası bir anlaşmanın varlığını vurgulamıştır. Bu nedenle bir teşebbüsün bireysel pazar politikası çerçevesinde ürünlerini bağlı satmaya karar vermesi ve alıcılara karşı bu yönde uygulamalara yönelmesi durumunda RKHK m. 4 değil, ancak koşulları varsa RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Rekabet Kurulu bağlama uygulamaları ile ilgili bir diğer Kararında[1170] ise, şikayet konusu olayı "bağlama uygulamaları" açısından da incelerken, *"hakim durumda olmayan bir teşebbüsün kendi satış politikasını, bu konuda rakip teşebbüslerle anlaşmamak ya da uyumlu eylemde bulunmamak kaydıyla, özgürce belirlemek hakkına sahip olması"* gerektiğini belirtmiştir[1171].

Öte yandan, Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamaları ile ilgili kararlarına bakıldığı zaman, Kurul'un 4.madde açısından yaptığı değerlendirmelerde teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığını aradığı, böyle bir somut ilişkinin olmadığı veya ispatlanamadığı durumlarda ise 6.maddeye göre hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında olayı değerlendirdiği görülmektedir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun bu yaklaşımından çıkan sonuç, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığına dair somut bulgular olmadığı zaman, bağlama

[1169] Bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar, Nr. 190.
[1170] Egemak A.Ş. ve Otoyol A.Ş.'nin Özdoku Otomotiv Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne karşı hakim durumlarını kötüye kullandıkları ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi'ne aykırı dikey sınırlamalar getirdikleri iddiası ile açılan önaraştırma sonucu verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 19.10.1999 tarih ve 99-48/524-329 sayılı Karar.
[1171] Bu nedenle de Egemak ve Otoyol'un yeniden satıcılarına yönelik olarak söz konusu kampanyayı düzenlemelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6.maddelerine aykırı olmadığı kanaatiyle soruşturma açılmasına yer olmadığını belirtmiştir. Öte yandan, bu olayda bağlama uygulaması ile ilgili şikâyet ise, Otoyol Pazarlama A.Ş. (Otoyol)'un ithal "Daily" modellerinden almayan bayilere M 23 S olarak anılan otobüs siparişlerini stoklarda olmasına rağmen göndermeyerek bir malın alınmasını başka bir maldan da alınması koşuluna bağladığı ve böylece rekabeti bozduğu yönündedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 19.10.1999 tarih ve 99-48/524-329 sayılı Karar.

uygulaması açısından hâkim durum kriterinin belirleyici olduğudur. Bu anlamda hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı davranış ile bağlama uygulamasına başvurması durumunda, bu davranışın yasaklanması, Rekabet Kurulu'nun uygulamasından çıkan sonuç açısından pek mümkün değildir.

Kanaatimizce, teşebbüslerin tek yanlı davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması yasağı veya rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında mı ele alınacağı hususunda iki etken önem kazanmaktadır. Eğer teşebbüs pazarda hakim durumda ise bu durumda bağlama uygulaması hakim durumun kötüye kullanılması yasağı (AEUV m.102/d, RKHK m. 6/f) kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak teşebbüs hakim durum ve bu anlamda önemli bir pazar gücüne de sahip değilse, bu durumda "birikimli etkiler" veya *"Bündeltheorie"* bağlamında, uygulamanın pazar üzerindeki toplam etkileri açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü tek bir teşebbüs tarafından başvurulan bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkileri önemsiz veya sınırlı olmakla birlikte, ilgili pazarda rakip teşebbüslerin de benzer yönde anlaşma veya uygulamalara başvurmaları durumunda, pazar üzerindeki birikimli etkiler önem kazanacaktır. Bu durumda *paralel ağların yaygınlığı* nedeniyle pazarın kapanması sonucunda rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması beklenebilir.

Örneğin A ürününü üreten bütün teşebbüslerin bağlama uygulamasına giderek, A ürününü sadece B ürünü ile birlikte satmaya başlamaları durumunda, A ürününü üretmeyip sadece B ürününü üreten teşebbüslerin pazardaki durumu zorlaşacaktır[1172]. Böyle bir durumda AEUV m. 101 gibi, RKHK m.4 hükmü de böyle bir değerlendirme yapılabilmesi için engel değildir. Dolayısıyla bu tarz anlaşmaların pazarda belli bir orana ulaşması durumunda pazarın kapanması sorunu bağlamında rekabetin sınırlanması mümkündür. Yukarıdaki klasik örneğimizi somutlaştırırsak, yazıcı üreten bütün teşebbüslerin yazıcının satışını tonerin de kendilerinden alınması koşluna bağlaması durumunda, sadece toner üreten teşebbüslerin zamanla ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanması sonucunda, rekabetin de ortadan kalkması mümkündür.

[1172] Riziotis, s. 68.

b. Bireysel (Münferit) Bağlama Uygulamaları veya Tek Yanlı Davranışlar

Bir önceki bölümde de tartışıldığı üzere, teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından AEUV m.101 ve RKHK m.4 hükümlerinin uygulanması konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak hakim durumda olmamakla birlikte, kendi bireysel ticari politikası ile bağlama uygulamasına giden bir teşebbüsün bu tek yanlı davranışının rekabet üzerindeki etkilerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Ancak bu konuda ağırlıklı olarak savunulan görüş bireysel bağlama uygulamalarının AEUV m.101/1(e) kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Dolayısıyla kendi bireysel ticaret politikası doğrultusunda ürünlerini bağlı satan bir teşebbüsün davranışının, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında, AEUV m.102(d) hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir[1173].

Ancak bu konuda, daha ihtiyatla yaklaşılan bir görüşe göre, AEUV m. 101/1(e) düzenlemesi aynı zamanda bireysel bağlama uygulamalarını da kapsamaktadır[1174]. Bu yaklaşım AB yargı organlarının özellikle dikey anlaşmalar çerçevesinde verdikleri, özellikle lisans sözleşmelerinde yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar ile ilgili kararların[1175] genişletici bir yorumuna dayanmaktadır. Bu nedenle münhasır satın alma *(Alleinvertriebsverträge)* ve tek elden satın alma anlaşmaları *(Alleinbezugsverträge)* da, anlaşmaya taraf olmayan üçüncü taraf teşebbüsler bakımından rekabeti sınırlayıcı etkileri nedeniyle, AEUV m. 101/1 bağlamında değerlendirilmektedir[1176]. Ancak bu tarz münhasırlık koşulları içeren anlaşmalar, lisans alanın kendi tedarik kaynağını seçme özgürlüğünü sınırladığı gibi, aynı zamanda patent hakkından kaynaklanan tekel gücünü yasal olmayan bir şekilde başka bir pazara da genişlettiğinden, Komisyon tarafından rekabete aykırı görülmektedirler[1177].

Bireysel bağlama uygulamalarının da AEUV m.101/1(e) kapsamında ele alınabileceğini savunan bu görüşe göre, ticari teamül veya anlaşmanın niteliği gereği anlaşma konusu ürünlerle ilişkili olmayan ek edimlerin veya ayrı ürünlerin de

---

[1173] Burkert, s. 353.
[1174] Fischer, s. 50.
[1175] Örneğin Vaessen/Morris olayında olduğu gibi, Boulonger Wurst üretmek için gerekli olan makine ile ilgili lisans sözleşmesinin, üretimde kullanılacak bağırsaklarında lisans verenden alınması koşuluna bağlanması, AEUV m. 101/1(e) kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir bağlama anlaşması olarak değerlendirildi. Bkz. Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen / Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32 *("Vaesen/Moris").*
[1176] Burkert, s. 354.
[1177] Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen / Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32, Nr. 31 *"Vaesen/Moris".*

alınması koşuluyla anlaşmalar yapan münferit bir teşebbüsün davranışları dahi bir tekelin üyesi gibi yasaklanabilir[1178]. Çünkü AEUV m. 101/1 düzenlemesi yatay ve dikey anlaşmalar yanında, kollektif veya bireysel bağlama uygulamaları açısından da bir ayrım gözetmemektedir[1179]. Dolayısıyla tek bir teşebbüs tarafından başvurulan bu tarz bir davranış dahi, bir tekelin üyesi tarafından yapılmış gibi, aynı şekilde yasaklanabilir. Başka bir ifadeyle, ilgili uygulama açısından katılımcıların sayısından çok, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri ve özellikle de anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişiler açısından ortaya çıkan sonuçlar önem kazanmaktadır[1180].

Fakat bu şekilde genişletici bir yorumdan, AEUV m. 102/2(d) hükmünün yersiz veya işlevsiz olduğu şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır. Çünkü hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları, AEUV m. 102 de yer alan düzenleme karşısında, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı nedeniyle zaten rekabete aykırıdır. Hâlbuki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkan bağlama anlaşmaları AEUV m. 101/3 düzenlemesine göre, gerekli koşulları sağladıkları sürece, muafiyet olanağından dahi yararlanabilirler. Ayrıca AEUV m. 101/1(e)'nin somut bir olayda uygulanabilmesi için ilgili hükümde yer alan koşulların somut olay kapsamında da sağlanması gerekir. Bu durum, üçüncü taraflar üzerinde rekabeti kısmen sınırlayıcı etkileri olan bireysel bir bağlama uygulamasının da yasaklanması anlamına gelmemektedir[1181]. Ancak AB hukukunda bu konuda bir görüşe göre, somut bir olay kapsamında, AEUV m. 101/1(e) ile AEUV m. 102/2(d)'de yer alan koşulların gerçekleşmesi durumunda, her iki düzenleme birlikte, yan yana uygulanabilir. Çünkü bu durumda her iki hüküm arasında bir *"hakların yarışması" (Idealkonkurrenz)* hali sözkonusudur[1182].

Benzer bir tartışma 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından da sözkonusudur. Daha öncede belirtildiği üzere, bu tartışma açısından da belirleyici olan husus, bağlama anlaşmasının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilebilmesi için en az iki teşebbüsün bulunmasının gerekli olup olmadığı şeklindedir. Bir görüşe göre bağlama uygulamasının RKHK m. 4 kapsamında

[1178] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 96.
[1179] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 65.
[1180] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 322.
[1181] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 133.
[1182] Fischer, s. 50.

değerlendirilebilmesi için, bu durumun iki teşebbüs arasındaki bir anlaşmaya dayanması gerekmektedir. Buna göre, bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile gerçekleşen bir bağlama uygulamasının RKHK m. 6 hükmü kapsamında değerlendirilebilmesi ancak hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı ile mümkündür[1183].

Aslan'a göre de bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs ile anlaşmasından ya da uyumlu eyleminden etkilenmeksizin veya bir teşebbüs birliği kararına uyma amacı dışında tamamen bağımsız bir pazar politikası çerçevesinde yaptığı eylem ve işlemler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmez. Bunlar ancak 6. madde çerçevesinde değerlendirilebilirler ve teşebbüs hâkim durumda değilse 6. maddeye göre de yasaklanamazlar, dolayısıyla geçerlidirler. Yani RKHK 4. maddeye aykırılık nedeniyle bir soruşturma açılacaksa, bu soruşturmanın sadece tek bir teşebbüse karşı açılması söz konusu olamaz. Anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı kavramlarının her biri, tarafların en az iki teşebbüs olmasını gerektirmektedir [1184].

Farklı bir görüş ise böyle bir kabulün, bunu uygulayan teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunmaması nedeniyle, RKHK m. 6 kapsamında değerlendirilmeyen tek taraflı bağlama uygulamaları bakımından yasal bir boşluğa neden olacağını belirtmektedir. Örneğin Sanlı'ya göre, "kelepçeleme sözleşmesi ("bağlama anlaşması"), danışıklı bir durumu ifade etmesine rağmen, başlı başına RKHK 4. madde kapsamına giremez. Çünkü alternatif temin kaynakları bulunduğu sürece, satıcının sözleşme serbestîsi içerisinde bir malın satımını, bir başka malın da satımına bağlaması olağan karşılanmalıdır. Alıcının bu türden bir sözleşmeyi akdetmesi, sadece kendi ticaret politikası ve tercihine kalmış bir durumdur"[1185].

Bağlama uygulamasının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesi için, 4. maddeye ilişkin diğer aykırılık hallerinde olduğu gibi, iki veya daha fazla teşebbüs arasında yapılmış bir anlaşma, teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylem yolu ile bu davranışın kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Kısaca rekabet hukukunda "danışıklılık" olarak da adlandırılan bir ilişkinin varlığı gerekmektedir[1186]. Sanlı'ya göre de, ayrımcı uygulamalarda olduğu gibi, alternatif temin kaynakları bulunduğu sürece, satıcının sözleşme serbestîsi içerisinde bir malın satımını, bir başka malın

[1183] Benzer yönde bkz. Topçuoğlu, s. 97. Ayrıca; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 95.
[1184] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 134.
[1185] Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 122.
[1186] Rekabet hukukunda danışıklılık konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Zekeriyya Arı, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 22.

da satımına bağlaması olağan karşılanmalıdır. Alıcının bu türden bir sözleşmeyi akdetmesi, sadece kendi ticari politikası ve tercihine kalmış bir durumdur[1187].

Ancak Sanlı'ya göre, RKHK m. 4'ün lafzına aykırı olsa da, bazı istisnai hallerde, teşebbüs hakim durumda bulunmasa bile, sahip olduğu fiili ekonomik durum, alıcılara bağlama sözleşmesini dayatabilme gücünü verebildiğinden, tek yanlı kelepçeleme bağlama uygulamalarının 4. madde kapsamına girebileceğini belirtmektedir. Özellikle, alıcıların belirli bir dönem boyunca alternatif tedarik kaynaklarına ulaşamadığı ya da ürünün marka veya başkaca sebeplerden dolayı alıcı açısından gerekliliğinin ekonomik bağımlılığa yol açtığı ya da hukuki ve fiili nedenlerle alıcıların satıcı karşısında pazarlık gücüne sahip olmadığı hallerde, sağlayıcı teşebbüsün, müşterileri karşısında göreli bir hâkimliğinin bulunduğunu belirtmektedir[1188].

RKHK m.4(f) bendi ile mehaz AEUV m. 101/1(e) bendi, esasen teşebbüslerin kendi aralarında anlaşarak farklı iki ürünü birlikte satması şeklindeki davranışları yasaklamaktadırlar. İki veya daha fazla teşebbüs bir yatay (kartel) anlaşma ile ürünlerini bağlı satabilirler. Hatta bu teşebbüslerden birisi bağlayan, diğeri de bağlanan ürünü üretebilir. Birlikte satış yoluyla sürümlerini artırmak suretiyle, elde edecekleri rantı paylaşabilirler. Aynı zamanda teşebbüsler dikey bir anlaşma ile de bağlama uygulamasına gidebilirler. Fakat dikey anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri farklı olduğundan, böyle bir uygulamaya yönelik yaklaşım da farklı olacaktır. Ancak yatay anlaşmanın asıl hedefi, rakiplerin dışlanması yoluyla pazarın kapatılması ve bu durumun dolaylı sonucu olarak tüketicilerin sömürülmesidir. Bu anlamda rekabeti sınırlayıcı bir bağlama anlaşmasının etkileri öncelikle anlaşmaya taraf olmayan "üçüncü teşebbüsler" açısından ortaya çıkarken, bu durumun dolaylı sonucu ise rekabetin sınırlanması nedeniyle tüketicilerin bu uygulamadan zarar görmesidir. Dolayısıyla bu konudaki yasaklamanın nihai amacı rekabetin sınırlanması sonucunda, tüketici refahının azalmasının engellenmesidir.

Öğretide Odman-Boztosun ise rekabet hukukunun nihai amacının tüketici refahının sağlanması olduğunu belirtirken, *"Rekabet Kurulu'nun genel olarak tek yanlı davranışları değerlendirirken ilgili pazardaki rekabetin korunması hedefini benimsediğini, diğer yandan hedef tahtasındaki teşebbüsün genel olarak verimliliğini ve dava konusu davranışın verimlilik artırıcı olup olmadığını dikkate aldığını, ayrıca bu kararlarda tüketicinin davranıştan zarar görmesi olasılığının da hesaba*

[1187] Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 122.
[1188] Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 123.

katıldığını" belirtmektedir. Kurul'un pazardaki diğer teşebbüslerin korunması sonucunu doğuran müdahalelerinde dahi[1189], teşebbüslerin korunmamasının tüketiciye zarar vereceği varsayımıyla hareket ettiğini[1190] belirtirken, tek yanlı davranışların değerlendirilmesi konusunda eleştirel bir yaklaşıma sahiptir.

Yazar buradan hareketle, rekabet hukukunun ve bu anlamda rekabet kurallarının amacının *(ratio legis)* rakipleri korumak değil, sadece tüketici refahının sağlanmasına hizmet etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda belirli bir pazarda belirli bir zaman diliminde rekabetin düzeyinin azalmış olması -eğer bu azalma teşebbüsler arası danışıklılıktan kaynaklanmıyorsa- tek başına bir sorun teşkil etmemesi gerektiğini, eğer bu ortamda dahi tüketici refahı sağlanabiliyorsa, rekabetin korunmasına yönelik düzenlemelerle pazara müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmektedir[1191]. Aynı zamanda bu yaklaşımın tek yanlı davranışların denetlenmesine yansımasının çok önemli olduğunu vurgularken, bu anlamda yapılacak bir düzenlemede teşebbüslerin tek yanlı davranışlarına odaklanılmasını, bu nedenle "anlaşmalar veya birlikte davranışlar yoluyla" hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde bir tanıma yer verilmemesi gerektiğini belirtmektedir[1192].

Yazar'a göre, tek yanlı davranışlar açısından "pazardaki rekabet ortamının korunması" nihai amacının benimsenmesi, *"keyfiliğin tehlikeli sularına doğru yol alınmasına neden olacağından",* özellikle bu noktada *"tüketici refahının sağlanması"* nihai amacı gözden kaçırılmamalıdır. Geleceğe yönelik varsayımlarla tüketici refahı pazardaki rekabet ortamının korunmasına feda ediliyorsa bu yöndeki düzenleme ve uygulamalar rekabet hukukunun ruhuna aykırı demektir. Kanun, *"tüketicinin (son, bireysel tüketici) söz konusu davranıştan zarar görmesinin engellenmesi"* hedefine odaklanmalıdır. Bu nedenle, hakim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışından tüketicinin herhangi bir şekilde zarar gördüğü tespit edilirse başka herhangi bir araştırmaya gerek olmadan bu davranış yasaklanmalıdır. Ancak yazar bu noktada bazı olası sorunlar açısından, Kanun'da "ilk elden teşebbüsleri etkileyen

[1189] Rekabet Kurulu, 23. 12. 2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı Karar, s. 36 *"Turkcell-GSM"*

[1190] Ayşe N. Odman-Boztosun, "Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, (Tek Yanlı Davranışlar), s. 134.

[1191] Bir yandan tüketici refahının sağlanması için teşebbüslerin daha verimli işletilmesi arzulanırken diğer yandan da teşebbüslere, kendilerini bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik davranışlardan alıkoyacak kısıtlamalar getirilmesinin doğru olmadığını, teşebbüslerin verimliliğe odaklanması isteniyorsa rekabet düzenlemelerinde ve uygulamalarında da bu hedefe odaklanılması gerektiğini belirtmektedir. Bu paradigma değişikliği açısından, düzenlemelerin de hem esas hem şekil açısından değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir**.** Bkz. Odman-Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, s. 135.

[1192] Bkz. Odman-Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, s. 154.

davranışlar" ve "ilk elden tüketiciyi etkileyen davranışlar" ayrımına gidilmesini önermektedir[1193].

Yazar burada, bağlama uygulamaları örneği ekseninde, "doğrudan tüketiciye zarar veren davranışlar" şeklinde bir ayrıma gitmektedir. Çünkü hakim durumdaki teşebbüslerin bazı davranışları, hem diğer teşebbüsleri hem tüketicileri, davranışın gerçekleştirildiği anda olumsuz etkileyebilir. Örneğin hakim durumdaki teşebbüslerin bir ürünün satışını diğer bir ürünün de satın alınmasına bağlı tutması (bağlama), hem tüketiciler hem de rakip teşebbüsler üzerinde etki doğurabilir. Benzer şekilde, tüketicilere değil, rakiplere zarar vermek amacıyla da olsa, bir faydanın sadece belirli bir ürünü kullanan tüketicilere sunulması ve bu davranış sonucu diğer tüketicilerin bu olanaktan mahrum bırakılması tüketicilere olduğu kadar diğer teşebbüslere de zarar verebilir. Hakim durumdaki bir teşebbüs, diğer teşebbüsleri bu olanaktan mahrum bırakabilir. Bu durum, söz konusu teşebbüslerin tüketiciye bazı mal veya hizmetleri sunmalarını önleyebilir. Böyle durumlarda tüketici üzerindeki doğrudan, o anda oluşan etkiye ağırlık verilmelidir. Dolayısıyla yukarıdaki örneklerde bağlamanın, dışlamanın veya reddetmenin tüketici açısından avantajlı yönleri bulunmadığı, tüketiciye bir dayatma, tüketiciyi faydalardan veya yeniliklerden mahrum bırakma teşkil ettiği sonucuna varılırsa, başka bir analize girişilmeden bu davranış yasaklanmalıdır[1194].

Fakat Yazar'ın bu çalışmasında "tek yanlı davranışlar" kavramı kapsamında, sadece hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarını değerlendirdiğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu değerlendirmeler açısından ilgili pazarda hakim durumda olmamakla birlikte, bireysel ticari politikası bağlamında AEUV m. 102 ve RKHK m.6'da yer alan rekabeti sınırlayıcı davranışlara başvuran bir teşebbüsün bu davranışlarının nasıl değerlendirileceği konusunda herhangi bir öneri de bulunmamaktadır. Ancak Yazar'ın çalışmasında ortaya çıkan sonuç, böyle bir davranışın hakim durum koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle yasaklanmayacağıdır.

Öte yandan hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışlarını değerlendirirken, sadece tüketici refahından hareketle bir değerlendirme yapmak başka sorunlara da neden olabilir. Klasik yaklaşımlar rakiplerin ticari faaliyet

[1193] Bu ayrımın nedeni ise; diğer teşebbüsleri olumsuz etkileyen ve rekabet olanaklarını azaltan davranışlar açısından hakim durumdaki teşebbüsün verimli çalışıp çalışmadığı göz önünde bulundurulması gereğidir. Verimli çalışan hakim durumdaki bir teşebbüs ise, hakim durumunun ve dışlayıcı faaliyetlerinin kendisine sağladığı olanakları tüketiciye yansıtmazsa, yani aşırı fiyat uygularsa bu durum ayrıca farklı değerlendirme ölçütleriyle değerlendirilmelidir. Bkz. Odman-Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, s. 161.

[1194] Odman-Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, s. 161.

özgürlüğünün sağlanması suretiyle etkin bir rekabet ve bunun sonucunda ekonomik etkinlik veya tüketici refahına ulaşılmasını öngörmektedir. Bununla birlikte ekonomiye önem veren yaklaşım ise doğrudan ekonomik refah ve bu anlamda ekonomik etkinlik üzerine yoğunlaşmaktadır[1195]. Fakat etkin davranışlar sonucunda pazar yapısının bozulması durmunda zamanla tüketici refahının da bundan etkilenmsi mümkündür. Dolayısıyla sadece tüketici refahı veya ekonomik etkinliğe yoğunlaşmaktan öte, somut olay açısından pazar yapısının da gözetilmesi önem kazanmaktadır. Örneğin hakim durumda olmamakla birlikte, ilgili pazarın yapısı, rakiplerin konumu, ürünün niteliği, alıcıların pazar gücü nedeniyle göreceli pazar gücüne sahip bir teşebbüsün, bireysel pazar politikası çerçevesinde bağlama uygulamasına gitmesi durumunda, yapılacak değerlendirmenin niteliği önem kazanmaktadır.

Bununla birlikte, gerek Avrupa Birliği hukuku, gerekse Amerikan-*antitrust* hukuku uygulamasında[1196], tek yanlı davranışlar için kural olarak hâkim durum koşulu aranmakla birlikte, buna istisna teşkil edebilecek türden kararlara da rastlanmıştır[1197]. Hatta AB rekabet hukukunda hâkim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen ve herhangi bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemden kaynaklanmayan bağlama anlaşmaları da AEUV m. 81 (yeni 101/1) çerçevesinde hukuka aykırı bulunmuştur. Örneğin AEG olayında da ABAD, AEG'nin tek elden dağıtım sistemine katılmak isteyen bir yeniden satıcıyı sisteme dahil etmeyi reddetmesini, tek yanlı bir davranış değil, AEG'nin diğer satıcılarla arasındaki anlaşmanın bir sonucu olduğunu kabul etmiştir[1198]. Bu olayda Komisyon AEG'ye seçici dağıtım sistemini, kendisine bildirdiğinden farklı bir şekilde ve AEUV m. 101/1

[1195] Bkz. Künzler, s. 9.

[1196] Benzer bir yaklaşım, Amerikan-*antitrust* hukukunda, Yüksek Mahkeme (Supreme Court)'nin verdiği *Fortner I* Kararı'nda ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme, *U. S. Steel* firmasının kendi kredi yan kuruluşu tarafından verilen kredi kapsamının genişletilmesini, ana firmadan prefabrik evlerin alınması koşuluna bağlamasını, Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi açısından bir rekabet ihlali olarak değerlendirmedi. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme öncelikle davalı *U. S. Steel* firmasının bağlayan ürün pazarında ekonomik güce sahip olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, ekonomik gücün her zaman geleneksel olarak anlaşılan hâkim pazar gücü ya da tekel gücü şeklinde olmayacağını, sahip olunan gücün pazar ya da alıcıların ne kadarlık bir kısmına uygulandığına bağlı olarak, yeterli ekonomik güçten söz edilebileceğini belirtmiştir. Bu anlamda ekonomik gücün, tüketicilerin bağlayan ürüne olan güçlü talebinden ya da ürünün nitelik olarak benzersiz olmasından da kaynaklanabileceğini vurgulamıştır. Bkz. *Fortner Enterprises v. United States Steel,* 394 U. S. 495 (1969), *("Fortner I").* Bununla birlikte, aynı konunun tekrar Yüksek Mahkeme'nin önüne geldiği *Fortner II* Kararında ise, *U. S. Steel*'in kredi pazarındaki gücü ayrıntılı olarak tekrar değerlendirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu davada, bağlayan ürüne göre bağlanan ürün satışının orantılı olmayan bir şekilde fazla olmasının ekonomik gücün başka bir pazarda kullanılmasının göstergesi olabileceğini, ancak somut olaydaki ilişkinin bu açıdan doğru orantılı olduğunu belirtmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme ekonomik gücü farklı açılardan değerlendirirken, bu anlamda *U. S. Steel*'in yeterli ekonomik güce sahip olduğuna ilişkin iddianın somut bulgularla desteklenmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *United States Steel v Fortner Enterprises, Inc.,* 429 U. S. 610 (1977), *("Fortner II").*

[1197] Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 123.

[1198] EuGH, 25. 10. 1983, Rechtssache C- 107/82, Slg. 1983, s. 3158 "AEG".

düzenlemesine aykırı olarak kurması nedeniyle ceza uygulamıştır. AEG, bazı dağıtıcıları dağıtım ağına kabul etmemesini, kendisinin tek yanlı bir davranışının sonucu olduğunu öne sürmüştür. AEG davranışının AEUV'nin rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin 101. maddesi kapsamında olmadığını savunmakla birlikte, ABAD, AEG'nin davranışlarının çift taraflı bir niteliği olduğu, bu davranışların AEG tarafından kurulan seçici dağıtım sistemi kapsamında gerçekleştirildiği için tek yanlı davranış olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığını belirtmiştir. ABAD, AEG'nin bazı dağıtıcıları seçici dağıtım sistemine dahil etmeme davranışının, dağıtıcıları ile arasındaki anlaşmadan kaynaklandığına karar vermiştir[1199].

Hem AEUV m. 101 ve hem de RKHK m.4 düzenlemelerinin lafzına bakılırsa, bu konuda tek bir teşebbüsten ziyade, birden fazla tarafın bulunduğu anlamı ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle bu hükümle öncelikle üçüncü tarafın ticari faaliyet özgürlüğünün korunması sözkonusudur. Dolayısıyla hakim durumda olmamakla birlikte, kendi pazar poitikası ile ürünlerini bağlı satan bir teşebbüsün bu davranışının rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunuyorsa, bu durumda somut olayın niteliğine göre bu davranışın RKHK m.4 kapsamında yasaklanması mümkün değildir. Çünkü RKHK m.4 düzenlemesi rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arasındaki anlaşmaların yasaklanmasını öngörmektedir. Böyle bir ihtimalde ilgili davranışın pazar üzerindeki etkilerinin analizi sonuvcunda rekabeti sınırlayıcı etkiler hissedilir ise bu durumda RKHK m.6 hükmü karşısında yasaklanması daha yerinde olacaktır.

Rekabet Kurumu, 25.11.2009 tarihli, Bankaların üye iş yerlerini kredi kartlarının yanı sıra banka kartlarını da kullanmaya zorlamasına (Tüm Kartları Kabul- TKK Kuralı) ilişkin uygulamalar nedeniyle yaptığı bir sektör araştırması[1200] çerçevesinde, RKHK m.4 hükmünün bağlama uygulamaları konusunda uygulanması da değerlendirmekle birlikte, bu değerlendirme esasen bankalar ile üye işyerleri arasında dikey bir anlaşma çerçevesinde yapılmıştır. Buna göre, "bağlama uygulamaları 4. madde kapsamında değerlendirilirken, madde hükmünün lâfzî bir yorumuyla yetinilmesi halinde, ilk bakışta tüketiciler korunmuş görünse de nihai durumda rekabet hukukunun asıl amacı olan *tüketici refahının artırılmasının* garanti edilemeyeceği" de belirtilmiştir.

[1199] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 137.

[1200] Bkz. Rekabet Kurumu, 25.11.2009 tarihli, "Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27.maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması." (Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması). http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/sektorraporlari/sektorrapor3.pdf adresinden erişilebilir (18.12.2011).

Kurum'un değerlendirmelerine göre, bağlama uygulamaları 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilirken, "hâkim durumda bulunma" şartı ve "uygulamanın yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması" şartı dışında "6. madde için aranan koşulların (da) geçerli olduğunun düşünüldüğü" belirtilmiştir. Ancak Kurum'a göre, hâkim durum koşulunun yerine, uygulamanın ilgili pazarda hissedilir derecede bir etki doğuracak kadar yaygın ve bağlama uygulayan teşebbüsün/teşebbüslerin ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olup olmadığına bakılacağı[1201] belirtilmiştir.

Rekabet Kurumu araştırma raporunda, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma çeçevesinde ortaya çıkan bağlama uygulamalarının 4. madde kapsamında değerlendirilmesinde "hâkim durum" ve "etkinliğin tüketici zararından fazla olmaması" kriterleri üzerinde durulsa da, sadece hâkim durum koşulu yerine bir anlamda alternatif olabilecek şekilde, teşebbüsün ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olup olmadığına ve etkinlik kazanımının da dikkate alınacağı belirtilmektedir. Aslında bu değerlendirmelere bakılırsa, hâkim durumda olmamakla birlikte, ilgili pazar dikkate alındığında, teşebbüsün önemli bir pazar gücüne sahip olduğu durumlarda, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak da değerlendirilmesi mümkündür.

Nitekim Rekabet Kurulu bağlama uygulamaları konusundaki bir Kararında[1202], kredi hizmetlerinin sunumuna ilişkin bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesine kıyasla 6. maddenin daha elverişli bir araç olduğunu belirtmiştir. Ancak Kurul'a göre, bankalar ile kredi müşterilerinin karşılıklı irade uyuşması sonucunda bağlama uygulamaları gerçekleştirilmiş olsa dahi, bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde aranan kriterler ile 6. maddesi kapsamında aranan kriterler arasında belirgin bir farklılık bulunmamaktadır[1203]. Dolayısıyla, bu konuda, 6. madde kapsamındaki değerlendirmeler 4. madde için de geçerli olup, kredi hizmetlerinin sunumunda bankalar ile müşteriler arasındaki dikey anlaşmalar

[1201] "Uygulamanın yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması" koşulunun ise, son tahlilde ihlal tespitinde bulunmak için gerekli olmakla birlikte daha çok Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet incelemesi kapsamında değerlendirilebilecek bir husus olduğu" belirtilmiştir Bkz. Rekabet Kurumu, **Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması**, 25.11.2009, s. 54.

[1202] Sigorta acenteliği yapan banka şubelerinin kredi kullandırdığı müşterileri sigorta poliçesi almaya yönlendirerek sigorta acenteleri aleyhine haksız rekabet oluşturduğu iddiası ile açılan önaraştırma sonucu verilen karar. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar.

[1203] Bununla birlikte, Kurul'a göre bağlama uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin ihlali olarak değerlendirilebilmesi için ya sigorta acenteliği yapan bankalar arasında bağlama uygulaması konusunda bir anlaşmanın ya da bankalar ile keredi müşterileri arasındaki dikey ilişkide bağlama uygulamasının koşullarına yönelik bir mutabakatın bulunması gerekmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 320.

çerçevesinde ortaya çıkan bağlama uygulamalarının, fiili veya potansiyel rakiplerin dışlanmasına yol açmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir[1204].

Söz konusu karar açısından üzerinde durulması gereken asıl husus, Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamalarının incelenmesi açısından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde aranan kriterler ile 6. madde de aranan kriterler arasında belirgin bir farklılığın bulunmadığını vurgulamış olmasıdır. Teorik tartışmalar ve yasal düzenlemelerin niteliği açısından üzerinde durulan asıl husus, 4. madde açısından taraflar arasında bir anlaşmanın bulunması, 6. madde açısından ise, hakim durum kriterinin gerçekleşmesidir. Hâlbuki bu olayda Rekabet Kurulu bağlama uygulamaları açısından her iki hükmün şekli niteliğinden çok, maddi niteliği ve bu anlamda genel amacı üzerinde durmuştur. Bu yerinde bir yaklaşımdır. Çünkü her iki hükmün de nihai amacı, pazarda etkin bir rekabetin devamlılığı açısından, rekabeti sınırlayıcı davranışların yasaklanmasıdır. Dolayısıyla bunun teşebbüsler arası bir anlaşma veya teşebbüslerin tek yanlı davranışları sonucu ortaya çıkması şekli bir ayrımdan öteye geçmeyecektir. Çünkü her iki durum açısından da belirleyici olan husus, ilgili davranışların rekabeti sınırlayıcı etkileridir.

Sonuç olarak, hâkim durumda olmamakla birlikte, pazar gücüne sahip bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından, davranışın pazar üzerindeki etkilerinin analizi önem kazanmaktadır. Bu anlamda sadece "hakim durum" kriterinden yola çıkarak şekli bir yaklaşımla bu tarz bir davranışın değerlendirilmesi bizi doğru sonuçlara götürmeyebilir. Rekabet hukukunun nihai amacının doğrudan rakipleri korumak olmadığı doğru olsa da, bu tek başına yeterli değildir. Zira tüketici refahı da aslında işleyen bir rekabet düzeninin sonucudur. Bu anlamda pazarda kalan rekabetin korunması ve pazarın açıklığının sağlanması da nihayetinde tüketicilerin zarar görmemesini etkin bir şekilde sağlayacaktır[1205]. Somut olaydaki duruma göre, rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması durumunda, teşebbüs hakim durmumda olmamakla birlikte bu davranışın yasaklanabilir. Rekabeti sınırlayıcı etkilerin varlığı, somut davranışın da bir anlamda ekonomik etkinlik sağlamadığı ve bu anlamda tüketici refahını da artırmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, rekabet hukuku açısından işleyen bir rekabet düzeninin devamlılığı da önem kazanmaktadır. İşleyen bir rekabet düzeni, aynı zamanda dolaylı yoldan tüketici refahında artış ve bu anlamda sosyal refahta da iyileşme olması demektir.

[1204] Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar, Nr. 340.
[1205] Bkz. Drexl, Competition Law, s. 675.

2. Tek Yanlı Davranışların Değerlendirilmesinde "Göreli Pazar Gücü"nün Esas Alınması

Yukarıda da ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu gibi, rekabet hukukunda teşebbüslerin tek yanlı davranışlarının pazar üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde belirleyici olan hakim durum kriteri olup, hakim durumun varlığı halinde bu davranışlar yasaklanmaktadır. AB rekabet hukuku yanında RKHK açısından da geçerli olan bu yaklaşımın temelinde, ancak hakim durumun bir teşebbüse rakip veya alıcılarından bağımsız olarak fiyat, arz ve talep gibi pazar parametrelerini belirleme olanağı sağladığıdır. Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri kapsamında yapılan değerlendirmelerde de bu husus belirleyicidir.

Nitekim Alman hukuku öğretisinde, pazarda hakim durumda olmamakla birlikte, alıcılarına kendi koşullarını dayatabilen, bu şekilde onlar arasında ayrımcılık yapabilen veya sahip oldukları alım gücü (talep) sayesinde sağlayıcılarını, rakipleri aleyhine ayrımcı tedarik koşulları uygulamaya veya ayrımcılık yapmaya zorlayan teşebbüslerin[1206] davranışlarının, AEUV m.101 ve m. 102 kapsamında ele alınmasının sorunlu olduğu belirtilmiştir. Çünkü AEUV m. 101 ve m. 102 hükümleri, farklı hukuk sistemlerinden oluşan AB üyesi ülkeler arasında, iç pazarda rekabet hukuku ve politikası yardımıyla bir bütünleşmeye gidebilmek için gereken minimum standartlara ulaşma çabasının sonucudur. Benzer sorunun bu hükümlerden esinlenerek hazırlanan RKHK m. 4 ve m.6 hükümleri için de geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü bu hükümler de mehaz düzenlemelere göre kısmen bazı farklılıklar içermekle birlikte, esasen bu hükümlere paraleldir.

Nitekim Alman rekabet hukukunda ortaya çıkmış olan "göreli güçlü teşebbüs" ve "ekonomik bağımlılık teorileri", hakim durumda bulunmamasına rağmen, bu tarz rekabeti sınırlayıcı davranışlara başvurabilen teşebbüslere karşı geliştirilmiş bir yaklaşımdır. Bu tarz bir yaklaşım hakim durumda olmamakla birlikte, pazardaki konumu, sahip olduğu finansal güç, ürünün niteliği vb etkenler dolayısıyla rakipleri veya diğer pazar katılımcılarına karşı ayrımcı veya haksız uygulamalara başvuran teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından da uygulanabilir. Her ne kadar bu tarz davranışların özellikle sömürücü nitelikte dikey bir anlaşma kapsamında ortaya çıkması daha olası olsa da[1207], tek yanlı davranışlar açısından da böyle bir çözüm bulunabilir.

[1206] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnrn. 54-55.
[1207] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 56.

Daha önce de açıklandığı gibi, 1/2003 sayılı Komisyon Tüzüğü, AB rekabet hukukunda "modernizasyon tüzüğü" olarak da tanımlanmaktadır. Tüzük aynı zamanda rekabet hukukunda bir pardigma değişikliğine de yol açmıştır[1208]. Tüzük ile özellikle AEUV m. 102 kapsamında ortaya çıkan tek yanlı davranışlar için bir minimum standart geliştirilirken, üye ülkelere tek yanlı davranışlara karşı daha katı düzenlemelere gitme olanağı da verilmektedir. Alman rekabet hukukunda da 2007 yılında yapılan GWB 7. değişikliği[1209] ile GWB § 20'de daha önce yer alan küçük ve orta boy teşebbüslere yönelik haksız engellemelerin kapsamı ekonomik bağımlılık içindeki diğer rakipleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir[1210]. Şüphesiz böyle bir sonuç RKHK açısından geçerli değildir. Ancak RKHK'da yapılacak olası bir değişiklik durumunda, göreli pazar gücü kavramı üzerinde de düşünülmesi, Kanun'un daha etkin uygulanması açısından yararlı olabilir.

3. Muafiyetten Yararlanan Anlaşma İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Genel olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve bu anlamda bağlama anlaşmaları açısından gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus ise muafiyet sistemidir. Bu anlamda AEUV m. 101 ve aynı zamanda RKHK m. 4 hükmüne karşın, AEUV m. 102 ve RKHK m. 6 da yer alan düzenlemeler kapsamında, hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışları açısından bir muafiyet olanağı bulunmamaktadır. Bu durum aynı zamanda kötüye kullanma nitelikli davranışların niteliğinin de bir sonucudur. Çünkü tek yanlı davranışların

[1208] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB Einleitung, Rdnr. 12.

[1209] Alman Rekabet Kanunu (GWB), bağlama uygulamalarının kötüye kullanımının denetimi açısından, GWB § 16(4) çerçevesinde, pazar gücü kriterinden bağımsız olarak da müdahale için bir düzenleme içermekteydi. Bu düzenlemeye göre, Federal Rekabet Kurumu, teşebbüsler arasındaki bu tarz anlaşmalarda yer alan düzenlemelere, rekabeti esaslı ölçüde etkilediği oranda müdahale edip, bu anlaşmaları geçersiz sayabiliyordu. Bu düzenlemenin amacı, pazarın kapanmasına yol açabilecek yapay pazara giriş engelleri ile mücadele etmekti. Bu düzenleme çerçevesinde Alman Rekabet Kurumu (Bundeskartellamt, BKartA), rekabet üzerindeki etkileri açıkça belli olmayan anlaşmalar açısından, bunların olumsuz etkileri olumlu etkilerini aştığı oranda, müdahale edebilmekteydi. Ancak bu düzenleme 7. GWB değişikliği ile kaldırıldı. GWB'deki yeni düzenleme ile bağlama anlaşmaları GWB § 1 de yer alan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarla ilgili genel yasağın kapsamında değerlendirilmektedir. Burada yer alan düzenlemenin uygulanması ise esasen ilgili anlaşmanın pazar üzerinde hissedilir etkiler doğuracak nitelikte olması ile mümkündür Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 16, Rdnr. 15.

[1210] En son yapılan 7. GWB değişikliği ile Alman Rekabet Kanunu (GWB), yatay ve dikey anlaşmalar açısından, dikey fiyat tespitine ilişkin genel bir yasak hariç, AB rekabet hukuku ile uyumlu hale getirilmiştir. Böylece genel olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve bu anlamda dikey anlaşmalar bağlamında kötüye kullanma nitelikli davranışların denetimi yasal bir çerçeveye kavuşturuldu. Dikey anlaşmalar açısından olduğu gibi yatay anlaşmalar açısından da GWB § 1 geçerli olup, aynı zamanda GWB § 2 ile muafiyet olanağı için öngörülen koşullar, ABA m.101/3 ile de uyumlu hale gelmiştir. Bkz. Christian Bahr, Die Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7.GWB-Novelle, **WuW**, Heft: 3, 2004, s. 260.

kötüye kullanma niteliği ve rekabet üzerindeki etkilerinin tespiti bakımında, bunların doğası gereği zaten ayrıntılı bir değerlendirmenin yapılması da gerekmektedir[1211].

Öte yandan hakim durumun kötüye kullanılması aynı zamanda muafiyetin söz konusu olabildiği bir anlaşma açısından da ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda farklı iki maddi düzenleme kapsamında, çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır: Bir taraftan hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilen bir davranış, öte yandan böyle bir durum açısından gerek AEUV m. 101/3 ve gerekse RKHK m. 5 kapsamında bir muafiyet olgusu. Ancak AB rekabet hukuku uygulamasında da görüldüğü üzere, AEUV m. 101/3 kapsamında muafiyetin sözkonusu olması AEUV m. 102'nin uygulanmaması sonucunu doğurmamaktadır. Hatta çoğu zaman hakim durum bağlamında ortaya çıkan yasaklama, muafiyet koşullarına rağmen ortaya çıkabilir. Bu sonuç ABAD'ın içtihatlarına uygun olduğu gibi[1212], aynı zamanda öğretide de ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[1213].

II. HAKİM DURUM SORUNU

Daha önce de belirtildiği gibi, rekabet hukukunda bağlama uygulamaları teşebbüsler arasındaki anlaşmalardan ziyade, genelikle hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma davranışları ile ortaya çıkmaktadır[1214]. Çünkü hakim durum ve bu anlamda önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüsler açısından bağlama uygulaması gibi rekabeti sınırlayıcı davranışlara başvurmak daha kolaydır.

Teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunması, bağlama uygulamasının etkinliği açısından belirleyicidir[1215]. Hâkim durumun tesbiti, münferit olaylar bağlamında yapılacak genel bir değerlendirme için önemli olurken[1216], bu açıdan pazar analizi de önemli bir işlev görmektedir. Pazar analizinde ise teşebbüsün pazar durumu esaslı bir rol oynarken, bu aynı zamanda ilgili pazarda rekabetin düzeyi veya derecesinin göstergesi olarak da değerlendirilmektedir[1217]. Teşebbüslerin pazar davranışları ve bu kapsamda yapılan yapısal analizler ise çoğu

[1211] Fischer, s. 51.
[1212] EuGH, Slg.1979, s. 550 Nr. 116, *"Hoffmann –LaRoche"*
[1213] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 8.
[1214] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 96.
[1215] Burkert, s. 369.
[1216] Krşl. EuGH, 14. 2. 1978, Slg. 1978, s. 286, Nr. 63-66. *"United Brands".*
[1217] EuGH, 13. 2. 1979, Slg. 1979, s. 520, Nr. 39 *"Hoffmann-La Roche"* . Benzer şekilde; EuG, 12. 12. 1991, Slg. 1991 II, s. 1480, Nr. 30 *"Hilti".*

zaman yapılan değerlendirmenin sonuçlarından emin olmak, bu sonuçları daha sağlam temellere oturtmak için ek bir gerekçe olmaktadır[1218].

Çalışmamızın bu bölümünde bağlama uygulamaları, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu bölümdeki değerlendirmelerimiz açısından öncelikle hakim durumun tespitinde önem kazanan ilgili pazar, teşebbüsün pazar payı ve pazar gücü kavramları ile birlikte, hakim durum kavramı, pazardaki görünüm şekilleri, hakim durum ve kötüye kullanma arasındaki nedensellik ilişkisi ve hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

A. Hakim Durumun Tespiti Açısından İlgili Pazar

Rekabet hukukunda bir davranışın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin analizi veya kötüye kullanma niteliğinin belirlenebilmesi açısından, öncelikle ilgili pazarın tespiti gerekiyor[1219]. İlgili pazar belirlenirken ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve zaman faktörünü dikkate alan dönemsel *(temporal)* pazarın (o tarihteki veya o dönemdeki ilgili pazar) da belirlenmesi gerekmektedir[1220]. Ancak belirtmek gerekir ki, pazarın tanımlanması genel anlamda değil, çoğu zaman ilgili somut olay bağlamında yapılması gereken bir durumdur.

İlgili pazarın tespiti sadece hakim durumun kötüye kullanılmasında değil, teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla gerçekleşen rekabet ihlallerinde de önem kazanmaktadır[1221]. Bu anlamda rekabet hukukunda teşebbüslerin ticari faaliyette bulunurken sahip oldukları hareket özgürlüğü ve ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkilerinin niteliği, ilgili pazarın tanımlanması ile belirlenmektedir[1222]. Rekabet hukukunda ilgili pazar kısaca, *teşebbüsler tarafından üretilen mallar ve hizmetler ile bunlarla değiştirilebilir veya ikame edilebilir kabul edilen mal veya hizmetlerin söz konusu olduğu pazar*[1223] olarak tanımlanabilir.

[1218] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art 82 EGV, Rdnr. 73. Ayrıca bkz. EuGH, 13. 2. 1979, Slg. 1979, s. 520, Nr. 39 *"Hoffmann-La Roche".*

[1219] Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 17.

[1220] Kiener, s. 113.

[1221] Güven, s. 275.

[1222] Ernst-Joachim Mestmäcker ve Heike Schweitzer, §16 GWB, Rdnr. 10. İlgili pazar kapsamında, ilgili mal ya da hizmet pazarının, ilgili coğrafi pazarın, zaman ve dönem açısından ilgili pazarın incelenmesi gerekir. Bkz. Güven, s. 276.

[1223] Kiener, s. 116; Ben-Zie, s. 8. Bu anlamda ilgili pazar tanımlanırken ürünler açısından ortaya çıkan *"ikame edilebilirlik/değiştirilebilirlik* kriteri, ABAD'ın ve Komisyon'un kararları ile doktrinde hem talep hem de arz açısından ele alınmakta, yani tamamen ekonomik bir analiz ekseninde ele alınmaktadır. Bkz. Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 439, Nr. 123.

Ancak pazar tanımı yapılırken hem talep hem de arz faktörleri dikkate alınır. Talep tarafında ürünler alıcılar açısından ikame edilebilir olmalıdır[1224]. Arz tarafında ise satıcılar arasında üretim yapanlar veya üretimi ilgili ürüne veya yakın ikame ürünlere rahatlıkla kaydırabilenler yer alacaktır[1225]. Öte yandan ilgili pazar belirlenirken, ticaretin yoğunluğu, ürünlerin teslimat şekli, pazara giriş engelleri ve nakliye maliyetleri gibi etkenler de dikkate alınmaktadır[1226]. Bu nedenle ilgili pazar tespiti, hizmet ve ürünlerin ikame edilebilirliğinin pazar katılımcıları *(Marktgegenseite)* açısından ortaya çıkan görünümü ile ilgili[1227] olup, sadece teşebbüsler tarafından üretilen malları değil, sunulan hizmetleri de kapsar. İlgili pazarın sınırlarının belirlenmesi, yani tanımlanması ile hakim durumun tespiti arasındaki ilişki burada önem kazanmaktadır[1228]. Çünkü ilgili pazar ne kadar açık ve net tanımlanabiliyorsa, hakim durum olgusunun tespiti de o kadar rahat olacaktır[1229].

1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, bir mal veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetle ikame edilebildiği pazardır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı açısından belirleyici olan, ürünlerin birbiri ile ikamesi veya değişimidir[1230]. Tüketicinin gözünde kullanım amaçları ve

---

[1224] Ancak, somut olayın özelliklerine göre, sadece talep ikamesi açısından yapılan bir değerlendirme yeterli olmayabilir. Bu şekilde yapılacak bir analiz sonucunda, ilgili pazarın çok dar olarak yorumlanması ve bunun sonucunda teşebbüsün pazar payının gerçek değerinden düşük çıkması tehlikesi sözkonusudur. Bu sorunun önüne geçmek için, arz ikamesinin de talep ikamesiyle birlikte incelenmesi gerekmektedir. Aksi durum, pazarın çok daraltılmasına, bunun sonucunda da çoğu teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunmaması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bkz. Güven, s. 293.

[1225] Arz açısından bakıldığında ise, sabit yatırım gerektirmeksizin bir malın üretiminden diğerine geçilebiliyorsa, bu iki ürünün aynı pazarda oldukları sonucuna varılmaktadır. Burada sabit yatırım gerektirmemesiyle kastedilen, hızlı ve az masrafla, ikamesi tartışılan ürünün üretilmeye başlanabilmesi kastedilmektedir. Bu durum geçiş maliyelerinin düşük olmasına bağlıdır. Örneğin "Kola" üreten bir teşebbüs, sabit yatırım gerektirmeksizin su veya ayran üretimine geçebiliyorsa, bahse konu ürünlerin aynı pazarda ve dolayısıyla potansiyel rakip oldukları kabul edilir. Bkz. İnan ve Piker, s. 15.

[1226] Langen ve Bunte, Art. 81, Rdnr. 113.

[1227] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art.82 EGV, Rdnr. 55.

[1228] Eğer ürün veya hizmetin ikamesi veya değiştirilebilirliği alıcı tarafından yapılabiliyorsa, yani alıcı bu olanağa sahipse, ortada bir hakim durumdan söz edilmeyecektir. Ancak bunun söz konusu olmadığı durumlarda bir hakim durumun varlığından söz edilebilir. Bkz. Roger Zäch, **Wettbewerbsrecht der Europäischen Union: Praxis von kommission und Gerichtshof**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1994, s. 236.

[1229] Rekabet Kurulu'nun 10. 1. 2008 tarihli *"İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz"*una göre de, pazar tanımının, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan bir araç olduğu ve Rekabet Kurulu'nun rekabet politikası uygulamasının çerçevesini belirlemesine olanak verdiği, pazar tanımlamasının temel amacının, incelenen teşebbüslerin karşı karşıya bulundukları rekabet koşullarının belirlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Kılavuz'a göre, bir pazarı hem ürün hem de coğrafi bölge boyutlarıyla tanımlamaktaki amaç, incelenen teşebbüslerin davranışlarını sınırlama ve etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranmalarını önleme gücüne sahip rakiplerin ortaya çıkarılmasıdır. Bkz. Rekabet Kurulu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, 10. 01. 2008, 08-04/56-M, Nr. 1, http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 10.10.2011).

[1230] Kiener, s. 119.

nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetler ilgili ürün pazarının tespitinde önem kazanmaktadır. Ancak somut olayın özelliklerine göre nihai tüketici tercihleri dışında diğer etkenlerin de değerlendirilmesi gerekebilir[1231] Komisyon'un ilgili pazarın tanımlanması hakkındaki Duyuru'sunda[1232] ilgili ürün pazarı fiyat, özellik ve kullanım amaçları göz önünde bulundurulduğunda, tüketiciler tarafından değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak görülen ürün veya hizmetlerden oluşan pazar olarak tanımlamıştır.

Bir ürünün diğer bir ürün ile aynı ürün pazarında sayılabilmesi için tüketici nezdinde bu ürünün fiyatı, kullanım amacı ve özellikleri benzer olmalı ve aynı zamanda bu ürünün diğeriyle ikame edilebilir olması gerekmektedir. Örneğin *United Brands*[1233] olayında ABAD, ikame edilebilirlik derecesini belirlerken, ürünün bütün özelliklerini ve tüketici tercihlerini etkileyen bütün faktörleri dikkate alarak değerlendirme yapmış ve ilgili ürün pazarını, *"taze meyve pazarı"* yerine *"muz pazarı"* olarak tanımlamıştır. *Hoffmann La-Roche*[1234] kararında ise Komisyon, dava konusu vitamin grupları için, her bir vitamin grubunun kendine özgü metabolik fonksiyonu olduğu için, birbiriyle ikame edilebilir olmadıklarına karar vermiş ve bu grupları ayrı birer pazar olarak değerlendirmiştir.

Öte yandan arz açısından aynı ilgili ürün pazarında olmak için gerekli koşullara rağmen, diğer bazı şartlar nedeniyle farklı pazarda sayılan ürünler de sözkonusu olabilir. Bu nedenle ilgili ürün pazarının tanımlanmasında ürünün sadece fiziksel özellikleri değil kullanım amacı da dikkate alınmaktadır. Bu konuda tüketici görüşleri, tercihleri, ürünün fiyatı, temizliği, pratikliği, sağlıklı oluşu gibi çeşitli unsurlar birlikte değerlendirilir[1235]. Rekabet Kurulu bir kararında, *"alkolsüz içecekler sektöründe gazlı alkolsüz içecekler pazarı"* diye bir tanımlama yapılmış ve bütün bunlara ilaveten ayrıca *"soda pazarı"* şeklinde bir pazar ayrımına da gidilmiştir[1236]. Sonuç olarak ilgili mal ya da hizmet pazarının belirlenmesi ve bu anlamda hakim

---

[1231] Güven, s. 281.
[1232] Kommission Bekanntmachung für Relevanter Markt, ABl. 1997 C 372/5, Rdnr. 12; Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 20.
[1233] Fakat burada Komisyon muzun diğer meyvelerden ayrı bir pazarda olduğuna karar verirken, onun özelliklerinin yanı sıra, üretim süreci bakımından da değerlendirme yapmış ve muz yıllık üretilirken, diğer meyvelerin mevsimlik üretildiğini belirtmiştir. Bkz. Komisyon, C 27/76 *United Brands v EC Commission,* 1978, ECR 207.
[1234] EuGH, 13. 2. 1979, Slg. 1979, s. 516 *"Hoffmann-La Roche".*
[1235] Güven, s. 283.
[1236] Fakat buından da öte, bu karar da, söz konusu ürünlerin üretim teknikleri bakımından ikamelerinin mümkün olduğu kabul edilmekle beraber, söz konusu ürünün dağıtımına, marka ve promosyona duyduğu ihtiyaca ilişkin özellikleri onu farklı bir pazar olarak tanımlamayı gerekli kıldığı, şeklinde bir açıklama yoluna gidilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 03. 03. 1999 tarih ve 99-12/93-35 sayılı Karar.

durumun tespiti açısından talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet açısından üç farklı değerlendirmenin yapılması gerekir.

2. İlgili Coğrafi Pazar

Rekabet ihlalinin varlığını ve bunun etkisinin belirlenebilmesi açısından ihlalin ortaya çıktığı coğrafi pazarın da tanımlanması gerekmektedir. Coğrafi pazar, teşebbüslerin mal veya hizmetlerini sunarken, faaliyet gösterdikleri bölgedeki rekabet koşulları benzer olan ve diğer bölgelerden hissedilir derecede farklılık gösteren bölgelerdir[1237]. Dolayısıyla coğrafi pazar belirlenirken, sözkonusu bölgenin coğrafi, ekonomik yapısı, ürünün özellikleri, nakliye maliyetleri, bölgenin geleneksel yapısı dahil olmak üzere, tüm özellikler dikkate alınır. Örneğin AB rekabet hukuku açısından ilgili coğrafi pazar somut olaya göre "iç pazar"ın tamamı olabildiği gibi[1238], üye ülkelerden birisinin bir bölümü, belirli bir bölge, bir havaalanı veya liman dahi olabilmektedir[1239]. Somut olay bağlamında bu alan örneğin tüm Türkiye[1240] olabileceği gibi, Türkiye'nin bir ya da birden fazla bölgesi[1241] veya idari anlamda bir ilin sınırları dahi olabilir[1242].

[1237] Bkz. Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 30. İlgili coğrafi pazar konusundaki bu tanım aynı zamanda Komisyon Duyurusu'nda da yer almaktadır. Bkz. Bekanntmachung zum relevanten Markt, ABl. 1997 C 372, s. 6, Nr. 8.

[1238] EuGH, 13. 2. 1979, Slg. 1979, s. 515 *"Hoffmann-La Roche"*; Komisyon, 14. 12. 1985, ABl. 1985 L 374/1, *"ECS/AKZO".*

[1239] Bkz. Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 32.

[1240] Nitekim Rekabet Kurulu da bağlama uygulamaları ile ilgili bir kararında, *Tekhnelogos* adlı yazılım şirketinin doğal gaz tesisat firmalarına sunduğu yazılım programı ZetaCad'in proje tesliminde kullanılan dijital gönderim/onay sistemi (DİPOS) uygulamasında, dijital sigorta poliçesi düzenlenmesini zorunlu tuttuğu ve bu uygulamayı kendi şirketi olan Üç Elma Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. vasıtasıyla yürüttüğüne dair şikayet üzerine yapılan ön araştırma da esasen doğal gaz dağıtım ihaleleri bölge bazında yapılmakta iken, Rekabet Kurulu, il/bölge bazında bir coğrafi pazar tanımı yapılması mümkün olmakla birlikte, şikayete konu ürün DİPOS'un Türkiye genelinde yaygın oluşu, söz konusu sistem dahilinde yerel tesisatçıların projelerini tek bir merkez (DİPOS) üzerinden doğal gaz dağıtım firmalarına gönderebiliyor olması ve bu nedenle DİPOS'un Türkiye geneline hitap etmesi gerekçeleriyle, ilgili coğrafi pazar dosya kapsamında *"Türkiye"*olarak tanımlanmıştır. Bkz. Rekabet Kurulu, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Karar (*"Tekhnelogos").* Ancak Türkiye'de doğalgaz dağıtım ihalelerinin il bazında yapılması yasal düzenlemelerin gereği olduğundan, doğal gaz tesisat firmalarının sunduğu yazılım açısından ilgili pazarın bütün Türkiye olarak belirlenmesi tartışmaya açıktır. Çünkü bu tarz bir ilgili pazar tanımı karşısında, haliyle hiçbir teşebbüsün hakim durumda olmaması gibi bir sonucun ortaya çıkması sürpriz değildir. Buna karşın, doğalgaz dağıtım ihalesinin yapıldığı il bazında yapılacak bir ilgili pazar tanımında, o ilde doğal gaz tesisat yazılımı sunan teşebbüsler açısından yapılacak bir hakim durum değerlendirmesi farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

[1241] Bazı durumlarda ise, ürünün niteliği gereği coğrafi pazarın dar tanımlanması gerekebilir. Örneğin nakliyat maliyetleri ilgili ürünün ulaşabileceği coğrafi alanları sınırlamakta ve dolayısıyla sözkonusu sektör ve ürüne ilişkin alınacak kararlarda coğrafi pazarın dar tanımlanması gereği ortaya çıkabilmektedir. Bu konuda çimento sektöründe Rekabet Kurulu'nun almış olduğu kararlara bakıldığında, caoğrafi pazarın coğrafi bölgeler bazında dar tanımlandığı görülmektedir. Bu da çimentonun yükte ağır bir ürün olması nedeniyle ekonomik olarak satıldığı bölgenin belli bir mesafeyi geçmesi halinde, ekonomik açıdan ürünün karlılığını ortadan kaldırması nedeniyle, çimento satış pazarı bu alan göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu'nun *Ege*

İlgili coğrafi pazar Komisyon tarafından da, ilgili ürün ve hizmetleri sunan teşebbüslerin, rekabet koşullarının oldukça homojen olduğu ve yakın bölgelerden hissedilir şekilde farklı rekabet koşullarının söz konusu olduğu bölge olarak tanımlanmaktadır[1243]. Kısacası coğrafi pazar olarak belirlenen bölgede bir homojenlik aranmalıdır. Yani, rekabet şartları, coğrafi ve fiziksel özellikler, tüketici tercihleri gibi unsurların aynı olması halinde, o bölge bağımsız bir coğrafi pazar sayılır[1244]. ABAD, muz pazarının sözkonusu olduğu *United Brands* kararında[1245], *"içinde rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu alan"* olarak ilgili ürün pazarını tanımlamış ve iç pazar içerisinde yer alan diğer ülkelerden farklı olarak, Fransa, İtalya ve İngiltere'yi, bu ülkelerdeki ithalat şartlarının değişik olması, rekabet koşullarının yeterince homojen olmaması gerekçeleriyle, ilgili ürün pazarı kapsamı dışında bırakmıştır.

Rekabet Kurulu'nun *"İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz"*a göre, coğrafi pazarın tanımlanmasında öncelikle tarafların ve rakiplerin pazar paylarının dağılımına ilişkin göstergelerden ve fiyat farklılıklarından hareketle bir öngörü oluşturulacak, ardından, değişik bölgelerdeki teşebbüslerin müşteriler içi gerçekten birer alternatif arz kaynağı oluşturup oluşturmadığı incelenecektir. Bu incelemede, talebin yapısı göz önüne alınacak ve incelenen teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa dönemde ve ihmal edilebilir maliyetlerle başka yerlerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydırmayacakları temel noktayı oluşturacaktır[1246].

Sonuç olarak, hakim durumun tespiti açısından yapılan ilgili coğrafi pazar tanımının, somut olay bağlamında değişen faktörlere bağlı olarak farklılaşabildiğini belirtmek gerekir. Bu nedenle ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde taşıma maliyetleri, dağıtım sistemleri, ulaşım şekilleri, bölgeler arası sınır, tüketici tercihleri, ilgili mal ve hizmetin özellikleri, fiyat farklılıkları, giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasındaki teşebbüslerin pazar payları, mal veya hizmetin özellikleri, ticaret

---

Bölgesi'nde Faaliyet Gösteren Çimento Üreticileri hakkında 4054 sayılı Kanunu ihlal ettikleri iddiasıyla açılan soruşturmada vediği karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 17. 6. 1999, 99-30/276-166 (a) sayılı karar.

[1242] Örneğin Rekabet Kurulu, LPG dolum ve dağıtım pazarıyla ilgili verdiği *Aygaz* kararında, Adıyaman ilini coğrafi pazar olarak belirlemiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 26. 11. 1998, 93/750-159 sayılı Karar.

[1243] Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markets im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschafts, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997, Rdnr.8.

[1244] Kiener, s. 163-164.

[1245] EuGH, 14. 2. 1978, Slg. 1978, 27/76, s. 282. *("United Brands").*

[1246] Ancak inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyır ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilecektir. Bkz. Rekabet Kurulu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Nrn. 19-20.

engelleri, dağıtım ağı, maliyetler gibi birçok etken bu konuda belirleyici olabilmektedir[1247].

3. Zamansal veya Dönemsel Pazar

Zaman ve dönem açısından ilgili pazar, hakim durumun belirlenmesinde kullanılan bir diğer kriterdir. Böyle bir analiz dinamik bir yapı sergileyen rekabet süreci için önem kazanmaktadır. Teşebbüsler belirli dönemlerde pazarda hakim durumda bulunabilirler. Teşebbüslerin ilgili mal veya hizmet pazarında hakim durumda olup olmadıklarını belirleyebilmek için faaliyette bulundukları zaman ve dönem açısından pazardaki durumlarının değerlendirilmesi gerekir. Bütün bir yıl göz önüne alındığında ilgili ürün pazarında hakim durumda olmayan bir teşebbüs, o mal veya hizmetin özelliği nedeniyle, belirli dönemlerdeki faaliyeti göz önüne alındığında hakim durumda kabul edilebilir[1248]. Zamansal açıdan mevsim durumu özellikle (örneğin tarımsal ürünler açısından), sergi, panayır veya fuarlar[1249], ekonomik konjonktur (örneğin kriz dönemleri)[1250] gibi etkenler teşebbüslerin durumunu etkilemektedir. Çapraz talep elastikiyeti belli mevsimlerde yükseliyorsa, yani talep başka mallara kayıyorsa bu durum da dikkate alınmalıdır[1251].

Örneğin *Bundesliga* (Federal Lig)'da finale yükselerek play of oynamaya hak kazanan Köln Buz Hokeyi Takımı, en fazla 3 karşılaşmadan oluşan play-of serisi biletlerini, her karşılaşma ayrı olmasına ve ikinci veya üçüncü karşılaşmayı oynayıp oynamayacağı dahi kesin olmamasına rağmen, biletleri ayrı ayrı satmak yerine bir arada satmaya çalışırken, NRW Eyalet Rekabet Otoritesi bu uygulamayı GWB § 19 bağlamında kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak değerlendirip, ihtiyati tedbir kararı ile durdurdu [1252]. Bu olay açısından ilgili pazar buz hokeyi karşılaşmaları olmakla birlikte, NRW Eyalet Rekabet Otoritesi, somut olayda ilgili pazarı toplam üç karşılaşmadan oluşan "play-off karşılaşmaları" olarak sınırladı. Öte yandan bu dönemde *Bundesliga*'da başka buz hokeyi karşılaşması da bulunmuyordu. Aynı zamanda bu periyotta yapılan karşılaşmalarda eleme sistemi uygulandığından, ilgili

[1247] Güven, s. 298.
[1248] Güven, s. 301.
[1249] Kiener, s. 167.
[1250] Bu konuda açıklayıcı bir örnek Komisyon tarafından verilen *ABG Oil Co.* olayıdır. 1970!li yıllarda OPEC'in aldığı kararlar üzerine baş gösteren petrol krizi nedeniyle Komisyon böyle bir dönemde petrol üreticilerinin özel bir sorumluluk taşıdıklarını belirterek, petrol üretim pazarını çok dar yorumlamıştır. Bunun sonucunda bütün petrol üreticisi teşebbüslerin ilgili pazarda hakim durumda bulundukları belirtilmiştir. Bkz. Komisyon Kararı, C 77/327, 1977, ABl. EWG 1977, L 177/1. "*ABG Oil Co."*
[1251] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 443, Nr. 138.
[1252] LKartB NRW, 14.3.1986 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E LKartB, s. 267 *("Eishockey-Meisterschaft").*

pazarın play-of final periyodu olacak şekilde dar tanımlanması zamansal pazar tanımı için yerindeydi. Bu şekilde bir değerlendirme ile Köln Buz Hokeyi Takımı da ilgili pazarda hakim durumda oluyordu[1253].

B. Hâkim Durumun Tespiti Açısından Pazar Payı

1. Pazar Payının Belirlenmesi

Hakim durumun tespiti açısından dikkate alınan bütün etkenler arasında belirleyici olan şüphesiz teşebbüsün pazar payıdır[1254]. Pazar payı aynı zamanda ilgili ürün, arz ve talep durumlarından etkilenen, bunlara bağlı özellik gösteren bir olgudur[1255]. Pazar payı aynı zamanda potansiyel rakipler için bir pazara giriş şansı anlamına da geldiğinden, teşebbüsün olası hakim durum tesbiti için yapılacak değerlendirmelerde belirleyici bir etkendir. Gerçekten de birçok olayda, rekabet otoriteleri ve yargısal makamlar teşebbüslerin pazardaki davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerini incelerken, belirleyici olan teşebbüsün pazar payıdır[1256].

Teşebbüslerin pazar paylarının büyüklüğü her zaman doğrudan hakim durumda oldukları sonucunu ortaya koymamaktadır. Ancak çoğu zaman hakim durumda bulunan teşebbüsler aynı zamanda yüksek pazar paylarına da sahip olduklarından, doğal olarak pazar payının yüksekliği hakim durumun tespitinde önemli bir gösterge olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda bir teşebbüsün sahip olduğu özellikle % 50 üzerindeki bir pazar payı, hakim durumun varlığına işarettir[1257]. Tartışma Metni'nde, bir teşebbüsün örneğin %50 veya daha fazla pazar payına sahip olduğu durumlarda, rakiplerin çok daha düşük pazar paylarına sahip olmaları halinde, bu teşebbüsün hakim durumda olduğu kabul edilmektedir[1258]. Eğer pazar payı % 50'nin altında ise, bu hakim durum kararı verilebilmesi için tek başına yeterli bir veri olmayacaktır. Bu durumda hakim durumun varlığını kabul etmek bakımından ilgili pazarın yapısı, pazara giriş ve çıkış engelleri, batık maliyet sorunu gibi başka faktörlerin de dikate alınacağı daha ayrıntılı bir pazar analizi yapılması

[1253] Riziotis, s. 141.
[1254] Ernst-Joachim Mestmäcker ve Heike Schweitzer, §16, Rdnr. 30.
[1255] EuGH, 13.2.1979, Slg. 1979, s. 521, Rdnr. 40, *Hoffmann-La Roche.*
[1256] Kiener, s. 184.
[1257] EuGH, 13.2.1979, Slg. 1979, s. 527, Nr. 53-56, *"Hoffmann-La Roche"* (% 86); EuGH, 12.12.1991, Slg. 1991 II 1439, s. 1480, Nr. 91, *"Hilti"* (% 70-80); EuGH, 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, s. 811, Nr. 109, *Tetra Pak II* (% 90); EuGH, 1991, Slg. 1991 I 3439, s. 3453, Nr. 60 *"AKZO"* (% 50); EuGH, 9.11.1983, Slg. 1983, s. 3505, Nr. 33 *"Michelin"* (% 57-65).
[1258] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 31.

gerekecektir[1259]. Ancak %25 ve daha düşük pazar payına sahip bir teşebbüs açısından ise hakim durumun varlığı pek söz konusu değildir[1260].

Öte yanda hakim durum değerlendirilirken sadece ilgili teşebbüsün sahip olduğu pazar payı değil, aynı zamanda *nisbi pazar payları* olarak da tanımlanan, rakip teşebbüslerin sahip olduğu pazar payı ve bu anlamda pazar aktörlerinin konumu da dikkate alınmaktadır[1261]. Tartışma Metni'nde de, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti için, her biri tek başına belirleyici olmayan pek çok faktörün olabileceği ve bu doğrultuda (i) teşebbüsün pazardaki konumu ve rakiplerinin pazar konumu, (ii) pazara giriş veya pazarda genişleme engellerinin yaygınlığı yanında (iii) alıcıların pazar gücü gibi etkenlerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[1262]. Dolayısıyla Tartışma Metni, pazar payının yapılacak bir hakim durum analizinde başlangıç noktası olduğunu vurgulamıştır[1263].

Komisyon Kılavuzu'nda da somut bir olay kapsamında AEUV m.102'nin uygulanabilmesi için öncelikle teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı ve teşebbüsün pazar gücünün *(Marktmacht)* incelenmesi gerektiği belirtilmiştir[1264]. Komisyon hakim durumun tespiti açısından pazardaki rekabet durumunun incelenmesini önermektedir. Bu değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken pazar parametreleri, yukarda bahsi geçen Komisyon Tartışma Metni'ndeki kriterler ile benzerdir. Bunlar kısaca; (i) hakim durumdaki teşebbüs ve rakiplerinin pazar konumları, (ii) pazara giriş ve pazarda genişleme olanakları açısından pazarın yapısı, (iii) alıcıların pazar gücü *(Nachfragemacht)* ile bağlantılı pazar konumudur[1265].

Komisyon'un görüşüne göre genelde düşük bir pazar payı, ciddi bir pazar gücünün mevcut olmadığı yönünde önemli bir göstergedir. Bu konudaki tecrübelere göre bir teşebbüsün ilgili pazarda %40'tan daha az bir pazar payına sahip olması durumunda hakim durumun varlığı olası değildir. Bununla birlikte, belirli koşullar altında, örneğin sınırlı kapasiteye sahip rakipler karşısında, %40 pazar payı eşiği altındaki bir teşebbüsün davranışlarının dahi rekabeti esaslı bir şekilde sınırladığı durumlar ortaya çıkabilir. Bu tarz somut durumların dahi Komisyon tarafından öngörülen koşullar altında incelenmesi gerekir[1266].

[1259] Kommission, Wettbewerbsbericht 24, 1994, Nr. 203.
[1260] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 31.
[1261] Kiener, s. 192.
[1262] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 28.
[1263] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 29.
[1264] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 9.
[1265] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 12.
[1266] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 14.

Öte yandan Komisyon'unda belirttiği gibi rekabet dinamik bir süreç olup, bir teşebbüsün rekabet üzerinde oluşturduğu baskı sadece pazarda mevcut koşullar nedeniyle de ortaya çıkmayabilir[1267]. Dolayısıyla böyle durumlarda bir teşebbüsün pazardaki faaliyetleri açısından önem kazanan pazarda genişleme ve pazara giriş olanakları da değerendirilmelidir. Bu anlamda pazara giriş engelleri de bir teşebbüsün pazardaki konumu açısından önemlidir. Örneğin teşebbüsün büyüklüğü ve bağlı yapısı, hammadde ve girdiye ulaşma avantajları, önemli bir teknolojiye sahip olma veya yerleşik bir satış ve pazarlama ağına sahip olma gibi etkenler de pazara giriş ve bu anlamda rekabeti etkileyen nedenlerdir. Bunun yanında alıcılar açısından yeni bir sağlayıcı değiştirmenin sonucu olarak ağ etkisinden kaynaklanan maliyet ve diğer etkenlerde pazara girişte etkili olan hususlardır[1268].

Öte yandan pazarda rekabet baskısı sadece varolan veya potansiyel rakipler ile de sınırlı olmayıp, aynı zamanda alıcılarla da ilgilidir. Alım gücü, yüksek pazar payına sahip teşebbüslerin davranışlarını da etkiler. Alıcıların sahip olduğu pazar gücünün büyüklüğü ve ekonomik anlamı, hakim durumdaki teşebbüs açısından rakip ürünlere hızla yönelme, pazara giriş engellerini artırmak veya dikey bir entegrasyona gitmek ve ciddi bir tehdit olanağı sağlar. Dolayısıyla yeterli bir alım gücü, hakim durumdaki bir teşebbüsü fiyatları karlı seviyenin üzerine çıkarmak hususunda vazgeçirebilir veya engelleyebilir[1269].

a. Alman GWB Açısından Hakim Durumun Belirlenmesinde Spesifik Düzenlemeler

Teşebbüslerin pazardaki davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde büyük önem taşıyan hakim durumun belirlenmesi her zaman kolay değildir. Çoğu zaman somut olay bağlamında ayrıntılı bir pazar analizi gerekmekle birlikte bu her zaman kolayca üstesinden gelinebilecek bir durum da değildir. Bu nedenle AB ve Türk rekabet hukukundaki düzenlemelerden daha sıkı veya kazuistik düzenlemelerin yer aldığı Alman Rekabet Kanunu (GWB)'nda yer alan düzenlemelere de değinmekte yarar bulunmaktadır. Teşebbüslerin tek yanlı davranışları ve bu konudaki ayrımcılık ve haksız engellemelere yönelik yasaklayıcı hükümler GWB §§ 19 ve 20 de yer almaktadır. GWB § 19 hükmü hakim durum ve rekabeti sınırlayıcı davranışları düzenlemekle birlikte, aynı zamanda bir teşebbüsün

[1267] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 16.
[1268] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 17.
[1269] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 18.

hakim durumunun tespiti açısından yol gösterici olan ve "hakim durum karineleri" olarak da adlandırılan bazı kriterler içermektedir. Hakim durum belirlenirken, teşebbüsün tek başına veya işbirliği içinde hareket ettiği başka teşebbüslerle birlikte hakim durumda bulunması şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır[1270].

Buna göre GWB §19(1)'e göre bir veya daha fazla teşebbüs tarafından hakim durumun kötüye kullanılması yasaktır. Öte yandan, GWB 19(2)'de ise bir teşebüsün hakim durumunu belirlemeye yönelik kriterler yer almaktadır. Düzenlemeye göre ilgili pazarda rakipsiz[1271] veya rakipler arasında esaslı bir rekabet olmaksızın[1272], veya rakipleri ile olan ilişkileri bağlamında "göreli pazar gücüne" sahip olan ve belirli bir mal veya hizmetin sağlayıcısı veya alıcısı *(Nachfrager)* konumunda olan bir teşebbüs hakim durumdadır. Aynı zamanda rakipleri karşısında ilgili ürün ve coğrafi pazarda *"göreli pazar gücü"* ne sahip olan bir teşebbüsün bu durumunun belirlenebilmesi için gerekli olan kriterler de yine örnekseyici bir şekilde yer almaktadır. Bir teşebbüsün rakiplerine göre göreli pazar gücüne sahip olup olmadığının tespiti açısından özellikle şu hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir: İlgili teşebbüsün pazar payı[1273], finansal gücü[1274], kaynaklara veya pazara erişim olanağı, diğer teşebbüslerle bağlantıları, diğer teşebbüsler açısından hukuki veya fiili pazara giriş engelleri[1275], fiili veya potansiyel rekabet olasılığı, ilgili teşebbüsün tedarik veya arzını diğer mal veya hizmetlere kaydırabilme yeteneği, teşebbüsün alıcı veya müşterilerinin diğer teşebbüslere yönelebilme olanağı[1276] gibi hususlara dikkat edilmelidir.

GWB § 19(2) Nr. 2'de ise iki veya daha fazla teşebbüsün hakim durumu düzenlenmiştir. Buna göre ilgili coğrafi veya ürün pazarında belirli bir ürün veya

---

[1270] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 17.

[1271] Satıcı veya sağlayıcı olarak sadece tek bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve tam monopol veya tekel durumunun olduğu böyle bir pazar yapısı ekonomik veya hukuksal nedenlerden kaynaklanabilir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 45; BGH, 30.1.1970, **WuW,** WuW/E BGH, s. 1070 *"Tonbandgeräte"*; BGH, 3.5.1988, **WuW,** WuW/E BGH, s. 2497 *"Gema-Wertungsverfahren";* OLG Frankfurt, 3.5.1979, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2179, *"PX-Läden".*

[1272] Bunu bir önceki tekel durumundan ayıran ise aralarında rekabet olduğu varsayılan en azından iki sağlayıcının sözkonusu olmasıdır. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 47; Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 35.

[1273] Ancak bnu anlamda ani ve kısa süreli yüksek bir pazar payı hakim durum tespiti için yeterli olmayıp, bu konuda uzun süreli ve istikrarlı bir yüksek pazar payı gerekmektedir. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 61.

[1274] KG, 26. 1. 1977, **WuW,** WuW/E OLG, s. 1767 *"Kombinationstarif";* BKartA, 21.3.1979, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1781 *"Identteile";* BKartA, 22. 10. 1979, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1817 *"Fertigfutter".*

[1275] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnrn. 68-69.

[1276] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnrn. 53-55.

hizmet açısından aralarında esaslı bir rekabetin olmadığı teşebbüsler de hakim durumda bulunmaktadırlar[1277].

GWB § 19(3)'te ise bir çeşit "hakim durum karineleri" yer almaktadır[1278]. Buna göre bir teşebbüsün tek başına en az üçte bir pazar payına, üç veya daha az teşebbüsün toplam pazarın yarısına ve beş veya daha az teşebbüsün ise en az üçte iki pazar payına sahip olması durumunda, bir hakim durum karinesi söz konusudur. Ancak teşebbüsler açısındna bu karinenin aksini ispatlayabilme olanağı bulunmaktadır.

Bu arada GWB §19(4)'te ise bazı kötüye kullanma halleri örnekseyici bir şekilde sayılmaktadır[1279]. Bu nedenle hakim durumdaki bir teşebbüsün burada sayılan davranışlardan birisini gerçekleştirmesi durumunda, kötüye kullanmanın varlığına hükmedilir[1280].

b. GWB Açısından "Haksız Engellemeler" ve Bağlama Uygulamaları

Alman rekabet hukukunda bağlama uygulamaları rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak GWB § 20 kapsamında da değerlendirilmektedir[1281]. GWB açısından da bağlama uygulamaları ekonomik veya sözleşmesel bir ilişki temelinde bir ürün veya hizmetin diğer bir ürün veya hizmetin de alınması koşuluna bağlanması olarak tarif edilmektedir[1282]. Bu anlamda güçlü bir pazar konumu olan bir satıcının başvurduğu bağlama uygulaması ile bu şekilde bir ürünün alımı diğer bir ürünün de alınması koşuluna bağlanırsa, böyle bir sözleşmesel alım yükümlülüğü

[1277] Ancak Almanya rekabet hukuku öğretisinde genel olarak hakim olan görüş, GWB § 19 paragraf 2 cümle 1 ile cümle 2 arasında bir uygunsuzluk bulunduğu yönündedir. Çünkü bir pazarda hakim durum konumunda ancak bir teşebbüs bulunabilir veya hakim durumda olan bir oligopolün söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 79.

[1278] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 90.

[1279] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnrn. 90-91.

[1280] Burada yer alan davranışlardan üçü için hakim durumdaki teşebbüse objektif haklı nedenlere dayanma olanağı tanınmıştır. Bu davranışlar şöyledir: (i) rakiplerin rekabet etme yetisine pazardaki rekabeti etkileyecek şekilde zarar vermek, (ii) ilgili teşebbüsün karşılaştırılabilir pazarlardaki alıcılardan kendisi için talep ettiği ödeme ve diğer iş koşullarından daha kötü ödeme ve iş koşulları dayatmak, (iii) rakiplerin aşağı veya yukarı pazardaki kendisiyle rekabet etmek için ihtiyaç duydukları şebeke veya altyapı tesislerinden, kendisine yeterli bir bedel teklif edilmesine rağmen yararlandırmamak. İlgili teşebbüse objektif haklı neden öne sürme olanağının tanınmadığı durum ise, rekabetin varlığı halinde farklı bir şekilde ortaya çıkması muhtemel ödeme veya iş koşullarının dayatılmasıdır. Bu durumun varlığının tespitinde rekabetin varolduğu benzer pazarlardaki teşebbüslerin davranışlarıyla bir karşılaştırma yapılacağı belirtilmektedir. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnrn. 99-100.

[1281] Öte yandan Alman rekabet hukukunda bağlama uygulamaları (Koppelungspraktiken) GWB § 19 açısından da, özellikle teşebbüsler arasındaki çeşitli anlaşmalarda yer alan ve kötüye kullanma şeklindeki rekabet sınırlamaları olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda bağlama uygulamaları aynı zamanda "satış yöntemleri" (Vertriebsgestaltung) arasında, üretim aşamasında olduğu gibi dağıtım aşamasında da ortaya çıkan pratikler olarak da değerlendirilmektedir. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 131.

[1282] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 203.

özellikle bağlayan ürün pazarında rekabeti sınırlayıcı bir etki yaratacaktır. Bu durum özellikle tamamlayıcı ürünler açısından daha belirgindir. Örneğin bir etiket yapıştırma aleti ile bu alette kullanılacak etiketlerin bağlanması durumunda, bağımsız etiket üreticilerinin faaliyetlerinin zorlaşması nedeniyle rekabet sınırlanacaktır[1283]. Bu şekilde bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri münhasırlık koşulları içeren sözleşmeler gibi değerlendirilmektedir[1284].

"Dürkheimer Wurstmarkt" Olayında[1285], Bad Dürkheim şehrinde her yıl düzenlenen geleneksel festivale katılmak isteyen teşebbüslerin, festivalde satılacak ürünlerin yöresel ürünlerle bağlı olarak satılması konusunda önceden özel bir sözleşmeyi imzalamaları gerekiyordu. Bu davranış görünüşte klasik bir bağlama uygulamasından ziyade, ayrımcı bir uygulamaya benziyordu. Çünkü sözleşmede yer alan şartlardan birine göre katılımcı teşebbüs, şarap, şampanya, alkollü sert içkiler, maden suyu, et, sucuk-salam-sosis *(Wurst)* ve ekmek gibi ürünleri Bad Dürkheim menşeli ürünlerden ve özellikle de Bad Dürkheim'de satın almak zorundaydı. Festival katılımcılarından birisi, dışarıdan ürün alınmasını yasaklayan, sadece Bad Dürkheim menşeli ürünlerin alınmasını öngören bu uygulamaya karşı şikâyette bulundu. Mahkeme olayı GWB § 20(1) çerçevesinde ayrımcılık yasağı ve haksız engellemelerin yasaklanması açısından değerlendirdi.

Mahkemeye göre burada öncelikle kabul edilmesi gereken, Bad Dürkheimer Şehri'nin sucuk ürünleri pazarı ile ilgili organizasyon bağlamında girişimci özelliği ve bununla birlikte belirli ekonomik hizmetler açısından ziyaretçiler karşısında sağlayıcı konumunda olması ve bununla da sucuk pazarının özellikleri nedeniyle organizasyoncu olarak hâkim durumunun varlığıdır[1286]. Dürkheimer sucuk pazarının kendine has yapısını veya özgünlüğünü korumak için festival katılımcılarına bu ürünleri satın alma zorunluluğu getirmek gerekli değildi. Burada şehir açısından asıl önemli olan, yerel ekonominin desteklenmesi ve bu şekilde elde edilecek vergi geliri olmalıdır[1287]. Satıcılar için bu, onların kendi ürünlerini satmak için ancak ve sadece Dürkheimer ürünlerini de bulundurmak anlamına geliyordu. Bununla bir taraftan yeni ürünlerin pazara girişi engelleniyor, öte yandan ise bu şekilde pazarın işleyişinin

[1283] KG, 18. 2. 1969, **WuW**, WuW/E OLG 995, s. 1000 *"Handpreisauszeichner";* OLG Stuttgart, 30. 4. 1979, **WuW,** WuW/E OLG 2126, s. 2128 *"Kombinationstarif I".*

[1284] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 203. Bu anlamda münhasırlık koşulları içeren sözleşmelerin rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda yapılan değerlendirmelerin, bağlama uygulamaları için de geniş ölçüde geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu konuda bazı kararlar için bkz. BKartA, 2. 10. 1967, **WuW**, WuW/E BKartA, s. 1189 *"Handpreisauszeichner"*; KG, 26. 1. 1977, **WuW**, WuW/E OLG, s. 1767 *"Kombinationstarif";* OLG Stuttgart, 30. 4. 1979, **WuW**, WuW/E OLG, s. 2126 *"Kombinationstarif I".*

[1285] OLG Koblenz, 13.7.1989 tarih, **WuW**, WuW/E OLG, s. 4517 *("Dürkheimer Wurstmarkt").*

[1286] OLG Koblenz, 13.7.1989, **WuW**, WuW/E OLG, s. 4518, *("Dürkheimer Wurstmarkt").*

[1287] OLG Koblenz, 13.7.1989, **WuW**, WuW/E OLG, s. 4520, *("Dürkheimer Wurstmarkt").*

bozulması nedeniyle yerel üreticilerden oluşan dar bir oligopol pazar yapısı ortaya çıkıyordu[1288]. Bu durum satıcılar açısından haksız bir engellemeydi.

2. Hakim Durumun Tespiti Açısından Pazar Gücü

Hakim durumun tesbitinde teşebbüsün ilgili ürün pazarında sahip olduğu pazar gücü *(Marktmacht)* de göz önünde tutulmalıdır. Ancak teşebbüsün pazar gücünün tesbitinde "pazar payı" önemli bir kriter olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Tek yanlı davranışlar ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları genellikle hakim durum veya önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin başvurduğu ticari pratiklerdir. Dolayısıyla bağlama uygulamasının etkinliği ve bu anlamda rekabeti sınırlayıcı etkileri teşebbüsün pazar gücü ile de bağlantılıdır.

Pazar gücü ile hakim durum veya tekel gücü arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Pazar gücü, kısaca fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilme gücü olarak da tanımlanmakta ve genellikle hakim durum seviyesine ulaşmayan bir pazar konumunu ifade etmektedir. Teorik olarak hemen her teşebbüsün fiyatları rekabetçi seviyenin üstüne çıkarabilmesi mümkündür. Ancak bu konuda belirleyici olan artan bu fiyatların yeni giriş veya pazarda ortaya çıkabilecek genişlemelerden etkilenmeden sürdürülebilir olmasıdır. Pazar gücü kavramının belirlenmesinde pazara giriş ve çıkış engelleri[1289], pazardaki yoğunlaşma seviyesi, ürünlerin niteliği ve alıcıların gücü de önem kazanmakla birlikte, şüphesiz bu konuda asıl belirleyici olan teşebbüsün pazar payıdır[1290].

a. Pazar Gücünün Belirlenmesi

Pazar gücü göreceli bir kavramdır. Pazar gücünün tespiti açısından asıl önemli olan teşebbüsün gerçek pazar gücünün belirlenmesidir. Dolayısıyla pazar gücüyle bağlantılı olarak, hâkim durum sadece rakiplere karşı bir ekonomik güç ve bağımsız rekabetçi davranışlara yönelebilme şeklinde de ortaya çıkmayabilir. Bu konuda teşebbüsler arasındaki bir bağımlılık ilişkisinin tesbiti de yeterlidir[1291]. Somut olayda ilgili teşebbüsün sağlayıcı veya alıcılar karşısında ekonomik açıdan etkin olduğu, sağlaycı veya alıcıların teşebbüsün yönlendirmeleri doğrultusunda hareket

[1288] OLG Koblenz, 13.7.1989, **WuW**, WuW/E OLG, s. 4521, *("Dürkheimer Wurstmarkt").*
[1289] Örneğin fikri ve sınaî mülkiyet hakkı sahiplerine tanınan inhisari haklar da potansiyel rakipler için pazara giriş engeli olarak işlev görebilirler. Bkz. İnan ve Piker, s. 60.
[1290] Bkz. Whish, s. 43.
[1291] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 72.

ettiği durumlarda, böyle bir bağımlılık ilişkisinden söz edilebilir[1292]. Öte yandan bir teşebbüs açısından ekonomik bağımlılık işletmenin tabi olduğu koşulların *(unternehmensbedingt)* yetersizliğinden de kaynaklanabilir[1293]. Eğer bir teşebbüs önceden yaptığı uzun vadeli sözleşmelerin sona ermesi veya belirli bir ürünün üretimi için önemli yatırımlara ihtiyaç duyuyorsa, burada işletmesel nedenlerden kaynaklanan bir bağımlılık söz konusudur[1294]. Bu tarz bağımlılık ilişkilerinde de teşebbüslerden birisi açısından, diğerleri karşısında göreli bir pazar gücü sözkonusudur.

Pazar gücünün belirlenmesi için yapılacak bir analizde, yüksek pazar payı yanında, en yakın rakiple aradaki pazar payı farkı, özellikle rakiplerinin pazar paylarının artmasını önleyen etkenlerin olup olmadığına da bakılmalıdır. Örneğin teşebbüsün sahip olduğu bariz teknolojik üstünlükler, marka üstünlüğü, teşebbüs bir gruba bağlı ise grup şirketlerinin finansal güç üstünlükleri, dağıtım kanallarının yaygınlık ve üstünlüğü, teşebbüsün ürün yelpazesinin çeşitliliğine de dikkat edilmelidir. Aynı zamanda ilgili pazardaki potansiyel rekabete de dikkat edilmelidir[1295].

Sonuç olarak pazar gücü aslında çoğu zaman teşebbüsün pazar payından bağımsız olarak ortaya çıkabilen, ancak ilgili pazardaki rakiplerin pazar payları, pazarın yapısı ve bu anlamda pazara giriş engelleri, üretilen ürünün niteliği, teşebbüsün ürün yelpazesi gibi etkenlere bağlı olarak değişebilen bir olgudur. Dolayısıyla bağlama uygulamaları açısından da yapılacak hakim durum ve bu anlamda pazar gücünün analizinde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için, somut olay açısından bu etkenlerin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

b. Hakim Durum ve Pazar Gücü İlişkisi

Bu konuda üzerinde durulması gereken son bir husus ise “hakim durum” ve “pazar gücü” arasındaki ilişkidir. Rekabet hukukunda hâkim durum ile pazar gücü arasında “girifit” bir ilşki bulunmaktadır. Her iki kavram açısından yapılan tanımda “fiyatı rekabetçi seviyenin üzerinde belirleme” vurgusu olsa da, iki kavram arasında temel farklılıklar bulunduğu söylenebilir. Öncelikle pazar gücü kavramı tek bir

[1292] Krşl. EuGH, 6. 4. 1995, Slg. 1995, I-743, Nr. 822 *“Magill”,* EuGH, 11. 11. 1986, 3263, 3299 *“British Leyland”,* EuGH, 2. 3. 1985, Slg. 1985, s. 873, Nr. 886 *“British Telecommunications”.*
[1293] Bkz. EuGH, 29. 6. 1978, Slg. 1978, s. 1513, Nr. 1526 *“B.P”.*
[1294] Bu durumda teşebbüs açısından üretimde sonradan ortaya çıkabilecek bir değişiklik nedeniyle, satış veya sürüm açısından önceden kestirilemeyen ciddi bir risk sözkonusudur**.** EuGH, 5. 10. 1988, Slg. 1988, s. 6072 *(“Renault”).*
[1295] Kiener, s. 191; İnan ve Piker, s. 60.

teşebbüs açısından ifade edilmektedir. Yeteri kadar pazar gücüne sahip bir teşebbüs hâkim durumda olabileceği gibi, birkaç teşebbüs de bir araya gelerek veya gelmeden de bu güce sahip olabilirler. İkinci farklılık ise, hâkim durumun bir hali, pazar gücünün ise bir ölçütü ifade etmesidir. Bu bakımdan hâkim durum, pazar gücü ile ifade edilen durumlardan birisidir. Bir teşebbüsün ne kadar pazar gücüne sahip olduğuna pazardaki niteliksel (fikri mülkiyet hakları, pazara giriş engelleri, dikey bütünleşik yapı, rakiplerin konumu vb) ve niceliksel (pazar payı, ciro vb) kriterler incelenmek suretiyle karar verilebilir. Buna karşılık hâkim durum ya vardır, ya da yoktur. Başka bir ifadeyle, bir teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü, hâkim durumda bulunması için yeterli olabilir veya olmayabilir[1296].

Sonuç olarak hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla başvurulan bir bağlama uygulamasının değerlendirilmesi açısından teşebbüsün sahip olduğu pazar payı çok önemli bir etken olmakla birlikte, tek başına belirleyici bir etken değildir. Komisyon'un görüşüne göre %40'ın altındaki bir pazar payı hakim durum için yeterli olmamakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda bu orana yakın bir pazar payına sahip bir teşebbüsün davranışlarının rekabeti sınırlayıcı etkileri dahi hissedilir olabilir. Dolayısıyla sadece pazar payı esas alınarak yapılacak bir hakim durum tespiti yeterli olmayacaktır. Bu durumda Komisyon Kılavuzu'nda da belirtildiği gibi, hakim durum tespitinin teşebbüsün ve rakiplerinin pazar konumları, pazara giriş ve pazarda çıkış engelleri, alıcıların sahip oldukları pazar gücü açısından yapılacak bir değerlendirme ile desteklenmesi gerekir.

3. Hakim Durum Kavramı

Bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi açısından teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda bulunması belirleyicidir. Bu ilgili davranışın kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi açısından da önemlidir. Dolayısıyla bu konuda yukarıda ayrıntılı olarak yapılan analizlerden sonra hakim durum kavramının da belirlenmesi gerekmektedir.

RKHK'nin 6. maddesi *"hakim durumun kötüye kullanılması"* ile ilgiliyken, *"Tanımlar"* başlıklı 3. maddesinde hakim durum: "*Belirli bir piyasadaki bir veya*

[1296] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Kemal Tahir Su, **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 94, Ankara, 2003, s. 15-16. Ayrıca bkz. Şahin Ardıyok, **"**Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki Karmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, (Ed. N. Ayşe Odman Boztosun), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 177.

birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlamıştır. Ancak hakim durumdaki teşebbüsün belirleyici bir etkide bulunduğu ekonomik parametreler ile ilgili sayımın sınırlı olmadığı, bu konuda başka araçların da kullanılabileceği, cümlede yer alan "gibi" sözcüğünden de anlaşılmaktadır[1297].

AB rekabet hukukunda hakim durum kavramı ile ilgili açık bir tanım yer almamaktadır. Bu nedenle Komisyon ve ABAD kararlarında, somut olaylar bağlamında hakim durum kavramını tanımlamaktadırlar. Komisyon ve ABAD'ın hakim durum kavramını tanımlarken asıl hareket noktası teşebbüsün ilgili pazardaki pazar payı ve bununla bağlantılı olarak sahip olduğu ekonomik güçtür. Ancak pazar payı, hakim durumun tesbiti açısından önemli bir gösterge olmakla birlikte[1298] tek başına belirleyici değildir. Bu bağlamda hakim durum, teşebbüsün sahip olduğu ekonomik güç[1299] yoluyla, ilgili pazarda etkili bir rekabetin sürmesini engelleme ve kendi rakipleri, alıcıları ve nihayetinde tüketiciler karşısında, bunların davranışlarından bağımsız olarak davranabilme yeteneği olarak da tanımlanmaktadır[1300].

Komisyon Tartışma Metninde ise hakim durum AB rekabet hukuku uygulamasına paralel olarak, "bir teşebbüsün rakiplerini, alıcıları ve tüketicileri, dikkate almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket ederek pazardaki etkin rekabeti önleyebilmesini sağlayan ekonomik güç" şeklinde tanımlanmıştır[1301]. İlgili pazarda bağımsız davranabilme yeteneğinin anlamı ise teşebbüsün alıcılardan, tedarikçilerden veya rakiplerinden etkilenmeden, onları hesaba katmadan[1302], tek

---

[1297] Aslan'a göre burada işletmenin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olması vurgulanırken, kendisine mal verenlerden yani sağlayıcılardan bağımsızlığının vurgulanmaması bir eksikliktir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 373.

[1298] Örneğin EuGH, *Roche* davasında, Roche'un ayrı ayrı pazarlar oluşturan çeşitli vitamin pazarlarında, % 93, % 84, %75 ve % 65 olan pazar paylarını, Roche'un ilgili pazarlarda hakim durumda olduğuna dair önemli bir gösterge olarak kabul etmiştir. Bkz. EuGH, 13.2.1979, Slg. Slg. 1979, s. 461, Nr. 89 *"Hoffmann -La Roche"*. Benzer şekilde *Michelin* olayında ise, Michelin'in ilgili pazardaki pazar payı % 57- %65 arasında tespit edilmekle birlikte, Michelin bu pazar payı ile hakim durumda sayılmıştır. Bkz. Komisyon Kararı, 7.10.1981 tarih ve 81/969/EWG, *Bandengroothandel Frieschebrug B.V./N.V. Niederlandsche Banden Industrie Michelin,* ABl. 9.12.1981, L 353/33. Fakat EuGH, *United Brands* davasında United Brands'ın ortalama % 45 olan pazar payının, pazardaki rakiplerin sayısı ve bu rakiplerin pazar paylarının da göz önüne alınması ile hakim durumda olduğu yönünde önemli bir gösterge olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla burada United Brands'ın hakim durumu incelenirken sadece kendisinin değil, aynı zamanda diğer rakiplerinin de pazar payları dikkate alınmıştır. Bkz. EuGH, 1978, ECR, Nr. 273 *"United Brands"*.

[1299] EuGH, 14.2.1978, Slg. 1978, s. 207, *"United Brands"*.

[1300] Bkz. Komisyon Kararı, ABl. 1997, L 258, Nr. 100 *"Irish Sugar"*.

[1301] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, s. 9, Nr. 21.

[1302] Tartışma Metninde ise, rakipler, müşteriler ve tüketicilerden takdir edilebilir derecede bağımsız hareket edebilme kabiliyetinin önemli pazar payına sahip olma anlamına geldiği belirtilmiştir. Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, s. 9, Nr. 23.

taraflı olarak kendi davranışlarını belirleyebilmesidir[1303]. Bu anlamda hakim durumun, pazardaki bir çok etkenle bağlantılı, hatta bazen onların bir arada olmasından kaynaklanan ve çoğu zaman somut olay açısından da incelenmesi gereken bir olgu olduğu söylenebilir[1304].

a. Tek Başına Hakim Durum

İlgili pazarda hakim durum tek başına veya birlikte hakim durum olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Teşebbüs fiili veya yasal açıdan tekel olduğu durumlarda tek başına hakim durum söz konusu olabilir. ABAD'ın yaklaşımına göre % 80'e ulaşan bir pazar payı[1305] hakim durumun varlığını gösterirken, düzenli olarak % 50 üstü bir pazar payı[1306] ise hemen hemen/büyük ölçüde bir hakim durumun varlığının göstergesidir. Ancak % 50'nin altındaki bir pazar payı[1307] açısından ise, hakim durum kavramından söz edebilmek için, ilgili teşebbüs açısından pazar payı dışında, teşebbüsün pazardaki konumu açısından başka kriterlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir[1308].

b. Birlikte Hâkim Durum

Bir teşebbüs pazarda tek başına hakim durumda bulunabileceği gibi, birden fazla teşebbüs birlikte hakim durumda da bulunabilir. Birlikte hakimiyet ekonomik bütünlük içinde bulunan bir grup teşebbüsün hakim durumda olması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi[1309], belirli bir pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin aralarındaki bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem yoluyla birlikte hakim duruma gelmeleri

---

[1303] Fischer, s. 53. Bir teşebbüsün pazarda böyle bir güce sahip olması çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin işletme yasal veya fiili tekel konumunda olabilir. Böyle bir durumda, bu tekel konumu, işletmenin hakim durumda olduğunun bir göstergesi olacaktır. Çünkü tekel konumunda olan bir teşebbüsün, tüketicilerden, alıcı ve rakiplerinden bağımsız davranmasını sağlayacak yeterli ekonomik güce sahip olduğu açıktır. Bu durum fiili bir tekel durumundan kaynaklanabileceği gibi, mevcut ulusal yasal düzenlemeler çerçevesinde tanınmış bir yasal tekel hakkından da kaynaklanabilir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, ss. 105-106.

[1304] Dolayısıyla hakim durum teşebbüslerin sürekli olarak sahip oldukları ekonomik ve finansal güçten, pazar paylarından, pazardaki dağıtım ağlarının yaygınlığından, gücünden, sahip olunan depo, terminal gibi unsurlardan, satış sonrası servis ve bakım hizmetlerinden, eğitimli personelinden, insan kaynaklarından, teknolojik üstünlükten, marka tanınmışlığından, marka bağımlılığından, sahip olunan fazla kapasiteden, rakiplerin konumundan, imtiyazlı haklardan, ürün yelpazesinin genişliğinden, pazara giriş-çıkış engellerinin varlığı gibi bir çok unsurdan kaynaklanabilir. Bkz. Güven, s. 265.

[1305] EuGH, Slg. 1975, 1663, Nr. 379 vd. *"Suiker Unie".*

[1306] EuGH, Slg. 1991, I-3359, Nr. 60. *"AKZO/Kommission".*

[1307] EuGH, Slg. 1986, 3021, Nr. 85. *"Metro/Kommission".*

[1308] Ben-Zie, s. 11.

[1309] Franz Böni ve Christoph Palzer, "Kollektive Marktbeherrschung – Sinnbild für "Des Kaisers neue Kleider"?", **WuW**, Heft: 5, 2009, s. 480.

şeklinde de ortaya çıkabilir. Benzer şekilde oligopol pazarlardaki teşebbüslerin de birlikte hakim durumda olmaları sıklıkla karşılaşılan durumlardan birisidir[1310].

RKHK'nin 6.maddesi ile birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumunun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. AEUV m. 102'de de birlikte hâkimlik durumuna yer verilmekle birlikte arada önemli bir fark bulunmaktadır[1311]. Bir teşebbüsün tek başına hâkim olması ile başka bir teşebbüsle birlikte oluşturduğu hâkim durum arasında ekonomik sonuçlar bakımından pek fark olmamakla birlikte, birlikte hâkimlik bir anlaşmayla, uyumlu eylemle veya pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir. Örneğin rakip teşebbüsler ürünlerini bağlı satmak konusunda anlaşabilirler. Böyle bir anlaşma RKHK m.4 hükmüne göre yatay bir anlaşma olduğu için yasaktır. Ancak teşebbüsler böyle bir anlaşma sonucunda ilgili pazarda birlikte hakim duruma da gelebilirler. Böyle bir durumda ise bağlama uygulaması RKHK m.6 hükmüne göre de yasaktır. Bu durumda ilgili pazarın özellikleri gereği ortaya çıkan birlikte hakimlik, "oligopol pazar" sorununu da gündeme getirir [1312].

C. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamaları rakipler açısından dışlayıcı veya engelleyici nitelikte davranışlar olurken, alıcılar ve nihayetinde tüketiciler açısından da sömürücü davranışlardır. Bu konuda rekabet hukuku öğretisinde objektif bir kötüye kullanma kavramından hareket edildiği söylenebilir. Bu anlamda kötüye kullanma, hakim durumdaki bir teşebbüsün, normalde etkili bir rekabet ortamında güvenli ve kolay bir şekilde ortaya çıkması mümkün olmayan her türlü davranışla, diğer teşebbüsleri engellemesi olarak da tanımlanabilir[1313].

1. Hakim Durumun Değil, Kötüye Kullanmanın Yasak Olması

AB hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukuku açısından da esasen teşebbüslerin pazarda hakim durumda olmaları yasaklanmamıştır. Bu durumun tek istisnası birleşme ve devralmalar yoluyuyla bir teşebbüsün hakim duruma gelmesidir

[1310] Güven, s. 271.
[1311] Aslan, Rekabet Hukuku, s. 388.
[1312] Aslan, Rekabet Hukuku, s. 390; Böni ve Palzer, s. 481.
[1313] Bu tarz davranışların tespit edilmesi sadece hakim durumun varlığı için delil olarak değil, aynı zamanda ilgili pazar üzerinde ortaya çıkan olmsuz etkilerin değerlendirilmesi için de gerekli olmaktadır. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB §19, Rdnr. 120; Fischer, s. 56.

(Örneğin RKHK m. 7). Bu sonuç karşısında, adı geçen hukuk sistemlerinde bir teşebbüsün üretimde etkinlik yoluyla pazarda hakim duruma gelmesi ve bu durumun devam etmesi yasak değildir. Zaten rekabetin doğası gereği her teşebbüs faaliyet gösterdiği alanda ekonomik etkinlik yoluyla rakiplerinin önünde, başka bir ifadeyle pazarda hâkim durumda olmak isteyecektir. Çünkü hâkim durum ve onun sağladığı ekonomik ve teknolojik avantajlar bir teşebbüse faaliyet gösterdiği pazarda daha etkin rekabet için kolaylık sağlar. Dolayısıyla bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri ile etkin bir rekabet süreci sonucunda pazarda hakim duruma gelmesi rekabetin doğal bir sonucu da olduğundan, bu anlamda rekabete aykırı bir durum da değildir. Bu nedenle teşebbüslerin rekebet yoluyla pazar paylarını yükseltmeleri, çoğu zaman etkinlik artışı ve bu anlamda tüketici refahına da olumlu yönde katkı yaptığı için yasak değildir. Rekabete aykırı olan ve bu nedenle de yasaklanan husus, bir veya daha fazla teşebbüsün tek başlarına ya da birlikte sahip oldukları hâkim durumlarını, yine tek başlarına ya da başka teşebbüsler ile yapacakları anlaşmalar veya birlikte gerçekleştirecekleri davranışlar ile kötüye kullanmasıdır[1314].

a. Kötüye Kullanma

Hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışları açısından, hakim durumun kötüye kullanılması belirleyici bir kavram olmakla birlikte, "kötüye kullanma" yasal düzenlemeler kapsamında açıkça tanımlanmış bir kavram değildir[1315]. Bunun yerine farklı hukuk sistemlerinde genellikle kötüye kullanma nitelikteki davranışların örnekseyici bir sayımla gösterilmesi yoluna gidilmiştir. Örneğin, AEUV m. 102/2'de[1316], ve RKHK m.6'da kötüye kullanma sayılan bazı davranışlar örnekseyici bir sayımla yer almakla birlikte, "kötüye kullanma" kavramını doğrudan açıklayan genel bir tanım yer almamaktadır. Öte yandan rekabet hukukunun zamanla değişebilen niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bunun aslında yerinde bir tutum olduğu da söylenebilir. Çünkü rekabet hukuku

[1314] İnan ve Piker, s. 57; Güven, s. 263.
[1315] Alman Rekabet Hukuku'nda da hakim durum kavramı tanımlanmamıştır ve benzer şekilde GWB § 19.4'te rekabeti sınırlayıcı bazı davranışlara yer verilmiştir. Öğretiye göre de bu sayım örnekseyici olup, bu konuda sınırlayıcı bir durum bulunmamaktadır. Bu örnekseyici durum GWB § 19'un amacından da çıkmaktadır. Öte yandan bu düzenlemeler iki yönlü bir koruma içermektedir. Bir yandan mevcut veya potansiyel rakipleri hakim durumdaki teşebbüslerin haksız engellemelerine karşı korurken, diğer yandan, hakim durumdaki teşebbüslerin pazar katılımcılarını veya aktörlerini, ekonomik faaliyet sürecinin farklı basamaklarında sömürme ve kendi egemenliği altına almasına karşı da korumaktadır. Bkz. Fischer, s. 55; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 100.
[1316] Bkz. EuGH, 21.2.1973, Slg. 1973, s. 246, Rdnr. 26 *("Continental Can").*

düzenlemleri ile böyle bir tanımlamaya gidilmiş olsaydı, bu durum uygulamada rekabet otoritleri yanında, mahkemeleri dahi sınırlayacak ve somut olaylar açısından çeşitli sorunlara neden olacaktı. Sınırlayıcı bir sayım veya sınırları belirlenmiş bir rekabet hukuku uygulaması, değişen ekonomik ve ticari yaşam karşısında, yasal düzenlemelerin zamanla işlevsiz kalması tehlikesini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle kötüye kullanma kavramı ve bu konudaki örnekseyici yaklaşım, uygulamada teşebbüslerin değişen ekonomik koşullar ile birlikte başvurabilecekleri rekabet karşıtı farklı davranışları kontrol altına almaya olanak tanıyacak şekilde esnek değerlendirmelere olanak sağlamaktadır[1317].

AEUV m.102 düzenlemesine göre, "bir ya da daha çok teşebbüsün, iç pazarda veya onun önemli bir bölümünde, hakim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde iç pazar'la bağdaşmaz ve yasaktır." Maddenin devamında hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili bazı davranışlar, örnekseyici bir şekilde yer almakta olup, (d) bendinde yer alan düzenleme ise bağlama uygulamaları ile ilgilidir. Buna göre; "sözleşmelerin yapılmasının, niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması" yasaktır. Benzer şekilde, RKHK m.6 hükmü de hakim durumun kötüye kullanılması hallerini örnekseyici bir şekilde belirtirken, (c) bendine göre de hakim durumun bağlama uygulaması ile kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

Ancak AEUV m.102 hükmünün uygulanması açısından belirleyici bir yeri olan "kötüye kullanma" kavramının tanımlanması da somut olaylar kapsamında verilen kararlar ile mümkün olmuştur. *United Brands* Kararında[*1318*] Komisyon, yoğunlaşmalara ilişkin 1966 tarihli Duyurusunda yaptığı tanımdan hareketle, kötüye kullanmayı, "hakim durumdaki teşebbüsün, piyasadaki hakimiyetinin getirdiği fırsatları, normal ve yeterince etkili bir rekabet olsa idi, elde edemeyeceği ticari çıkarları elde edebilecek şekilde kullanması" olarak ifade etmiştir.

ABAD ise sadakat indirimleri ve bağlama uygulamaları konusunda verdiği *Hofmann-La Roche* Kararında[1319], daha ayrıntılı bir kötüye kullanma tanımı yapmıştır. Mahkeme, kötüye kullanmanın hakim durumdaki teşebbüsün davranışına ilişkin objektif bir kavram olduğunu belirttikten sonra, bu davranışın, hakim teşebbüsün varlığıyla bağlantılı olarak rekabetin zayıflatıldığı pazarın yapısını etkilediğini ve pazar katılımcılarının davranışlarından oluşan yapı üzerinde, mallarda

[1317] Ulaş Kısa, s. 13.
[1318] Bkz. Komisyon, C 27/76 *United Brands v EC Commission,* 1978, ECR, Nr. 207.
[1319] EuGH, 13.2.1979, *Hoffmann -La Roche / Kommission,* Slg. 1979, Nr. 461 *"Hoffmann-La Roche".*

ve hizmetlerde yaşanan normal rekabet dışındaki başka yöntemlere başvurmak suretiyle, pazarda varolan rekabetin kısıtladığını veya rekabetin gelişiminin engellediğini ifade etmiştir.

Esasen dışlayıcı etkileri olan bağlama uygulamaları, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından başvurulduğu zaman, dışlayıcı etkiler nedeniyle rakiplerin pazardan çıkmasına neden olabilirler. Dolayısıyla hakim durumdaki bir teşebbüsün, faaliyet gösterdiği pazardaki rekabet güçlü olsa idi, elde edemeyecek olduğu karı, pazardaki bu hakimiyetini kullanarak elde etmesi, bir kötüye kullanma hali oluşturmaktadır. Aynı zamanda sömürücü etkileri olan bu durum, kısaca alıcı veya tüketicilerden yararlanmak suretiyle, rekabetçi bir pazarda olmayacak şekilde tekel karı elde etmek şeklinde de değerlendirilebilir. Bu anlamda "sömürü şeklindeki kötüye kullanma", ilk bakışta rakiplere değil, tüketici refahının azalması nedeniyle tüketicilere veya alıcılara zarar veren bir davranış olduğundan, hakim durumun kötüye kullanılması kavramı altında, rekabet karşıtı kötüye kullanmadan farklı bir kategori de oluşturmaktadır[1320].

Bağlama uygulamalarının esasen dışlayıcı etkileri nedeniyle rekabet karşıtı davranışlar olmakla birlikte, rakiplerin dışlanması zamanla alıcı veya tüketiciler için sömürücü bir nitelik de kazanabilir. Burada sömürücü etkiler, dışlayıcı etki sonucunda pazarın kapanması ile birlikte, etkin rekabetin olmadığı bir ortamda, alternatif tedarik kaynakları ortadan kalkan alıcı veya tüketicilerin, hakim durum veya tekel konumundaki teşebbüse bağımlı hale gelmelerinin sonucudur. Çünkü etkin bir rekabet, ancak ilgili pazarda rakiplerin varlığıyla mümkündür. Rekabet bu anlamda, teşebbüsleri düşük fiyat ve daha kaliteli ürün üretmeye sevkeden bir güdüdür. Böyle bir etki nihayetinde tüketici refahında da artış anlamına gelir. Hatta bu anlamda rekabet hukuku, üretimde etkinlik ve teknolojik yenilikler ile pazarda hakim duruma gelen bir teşebbüsün bu konumuna karşı da değildir. Yasaklanan durum, böyle bir teşebbüsün rekabet karşıtı davranışlarla bu konumunu kötüye kullanmasıdır. Aslında bu bir paradoks değildir. Çünkü "hakkın kötüye kullanılması yasağı" aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden birisidir. Sonuç olarak rekabet hukukunun bu konudaki müdahalesinin temelinde, pazar katılımcılarının çatışan menfaatleri arasında bir dengeye ulaşma çabasının da bulunduğu söylenebilir.

[1320] Whish, s. 203.

b. Hakim Durum ve Kötüye Kullanma Arasındaki Nedensellik İlişkisi

Hakim durum ile kötüye kullanma arasındaki bağlantı veya hakim durumun kötüye kullanma davranışlarını teşvik edip etmediği hususu veya bu bağlantının nitliği gibi, AEUV m. 102'de yer almayan hususlarla ilgili sorunlar öğretide de çok tartışılmıştır. Ancak bu konuda tartışmasız olan husus, AEUV m. 102'nin muhatabının her durumda hakim durumdaki teşebbüsler olduğudur[1321]. Bu düzenlemeler özellikle pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin davranışlarının kontrolü konusunda bazı esaslar getirmektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere, bu konuda gözden kaçırılmaması gereken husus yasağın hakim durum için değil, aksine hakim durumun kötüye kullanılması için geçerli olduğudur. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması yasağı açısından asıl dikkate alınması gereken husus kötüye kullanmadır.

Öte yandan, hakim durum ve kötüye kullanma arasında bir nedensellik ilişkisinin gerekliliği tartışmalıdır. Daha önceleri öğretide bu bağlantıyı zorunlu olarak gören görüşler de bulunmaktaydı. Buna göre, pazar katılımcıları veya rakipler üzerinde doğrudan zararlı etkilere neden olan kötüye kullanma nitelikli davranışlar, ancak hakim durumdaki teşebbüslerin sadece hakim durumları sayesinde gerçekleşmekte veya bu durumdan kaynaklanmaktaydı. Ancak öğretide bu konuda kabul edilen görüş, hakim durum ve kötüye kullanma arasında bu tarz bir nedensellik ilişkisinin gerekli olmadığıdır[1322]. ABAD daha önceleri bu tarz bir nedensellik bağının varlığı yönünde kararlar vermiş olmasına rağmen, daha sonra verdiği kararlarda bu ilişki üzerinde durmamıştır. Örneğin *"Continental Can"* Kararında[1323] ABAD hakim durum ve hakim durumun kötüye kullanılması arasında bir nedensellik ilişkisinin gerekliliğinin önemli olmadığını belirtti[1324]. Mahkemeye göre hangi araç ve yöntemlerle hakim durumunun kötüye kullanıldığı veya pazar durumunun sağlamlaştırıldığı dikkate alınmadan bu durum bir kötüye kullanma olup, AEUV m. 102 bağlamında yasaklanabilir[1325].

[1321] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 122.
[1322] Fischer, s. 57. Hatta "pratikte bu tartışmanın anlamsızlığı" konusunda görüşler için bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 123. Ancak, nedensellik bağının en azından "etkide nedensellik" yönünden araştırılması gerektiği, hakim durumdan henüz eylem ya da işlemin gerçekleştirilmesi aşamasında istifade edilmişse, bunun da nedensellik bağını evleviyetle kuracağı yönünde görüş için bkz. Ulaş Kısa, s. 28.
[1323] EuGH, 21.3.1973, Slg. 1973, s. 215 *("Continental Can").*
[1324] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 123.
[1325] EuGH, 21.3.1973, Slg. 1973, s. 246, Nr. 117 *("Continental Can").*

Dolayısıyla ABAD, kötüye kullanmanın varlığının kabülü için hakim durumdaki teşebbüsün pazar gücünden yararlanıp yararlanmadığının belirleyici olmadığını vurguladı. Mahkeme burada ilgili davranışların sadece objektif sonuçları arasında bağlantı kurma, yani *"etkide nedensellik"* ilişkisini aradı. Kötüye kullanma kriteri nedeniyle, hakim durumdaki teşebbüs davranışlarında kusurlu olmasa bile, bu durum hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü kusur, hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılığın belirlenmesinde bir unsur değildir. Bu anlamda iyiniyetle hareket etmiş olmak da hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma sayılabilecek bir davranışını haklı göstermek için yeterli değildir. Hakim durumdaki teşebbüsün, davranışın veya işlemin sonucunda rekabetin bozulacağını ya da ortadan kalkacağını bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması, davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz[1326]. Bu anlamda hakim durumun, örneğin bir bağlama uygulaması ile sağlamlaştırılması, hangi yöntem veya araçlarla bu sonuca ulaşıldığı dikkate alınmaksızın bir kötüye kullanma olup, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı konusundaki maddi hukuk düzenlemeleri ile yasaklanabilir.

Tetra Pak II[1327] kararında ABAD, AEUV m. 102'nin uygulanması açısından hakim durum ile kötüye kullanma arasındaki nedensellik bağına dikkat çekti. Mahkeme burada teşebbüsün hakim durumda bulunduğu aseptik karton pazarı (bağlayan ürün pazarı) ile hakim durumda olmadığı fakat kötüye kullanmanın etkilerinin ortaya çıktığı aseptik olmayan karton pazarı (bağlanan ürün pazarı) kapsamında değerlendirme yaptı. Burada bağlama uygulamasının etkileri teşebbüsün hakim durumda olduğu bağlayan ürün pazarında değil, aksine hakim durumda olmadığı bağlanan ürün pazarında ortaya çıkmaktadır. Ancak AB İlk Derece Mahkemesi, her iki pazar arasındaki yakın bağlantı ve kullanıcıların her iki ürünü de satın alıyor olmaları gerçeğinden hareketle, Tetra Pak'ın hakim durumu nedeniyle bağlama uygulamasının müşterileri ile kendisi arasındaki ekonomik

[1326] Nitekim ABAD'a göre de hakim durumdaki teşebbüsün, bir rakibinin kontrolünde söz sahibi olmasına imkan verecek şekilde onun paylarını devralması, pazarın yapısını bozan ve bu anlamda AEUV m.102'ye aykırı bir davranıştır. Bu olayda ilgili teşebbüs söz konusu devralmanın hakim durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmediği, bu nedenle de ortada bir nedensellik bağı bulunmadığını öne sürmekle birlikte, ABAD bu iddiayı, hangi yolla yapılırsa yapılsın, bir teşebbüsün hakim durumunu güçlendirmesi, rekabeti bozucu ya da ortadan kaldırıcı etki doğuruyorsa, bunun bir kötüye kullanma sayılacağı gerekçesiyle reddetti. EuGH, 21.3.1973, Slg. 1973, s. 246, Nr. 27. *("Continental Can").*

[1327] EuGH, 14.11.1996, Rechtssache C- 333/94, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1996, I-5951 *("Tetra Pak II").*

bağımlılığı derinleştirme potansiyeli taşıdığı için kötüye kullanma olduğunu belirtti[1328].

Hoffmann-La Roche[1329] kararında da ABAD, hakim durumdaki teşebbüsün alıcılara karşı başvurduğu sadakat indirimi niteliğindeki bağlama uygulamasını, kötüye kullanma olarak değerlendirdi. Bu olayda hakim durumdaki teşebbüs, ilgili sözleşmenin bizzat müşterilerin talebi üzerine akdedildiğini, hakim durumdan yararlanmak suretiyle böyle bir uygulamaya gidilmediğini öne sürmesine rağmen, Mahkeme bu savunmayı kabul etmedi. ABAD bu olay açısından da, hakim durum ile kötüye kullanma arasında nedensellik ilişkisi üzerinde durmadı. Mahkemeye göre, bağlama uygulaması açısından sözleşmenin diğer tarafının rızası ile gerçekleşmesinin bir önemi bulunmayıp, her durumda bu bir kötüye kullanma olup, rekabete aykırıdır.

Hakim durum ve kötüye kullanma nitelikli davranışlar arasındaki nedensellik ilişkisinde, nedensellik ilişkisi davranışlar ve bu davranışlar sonucunda ortaya çıkan etkilerin ayırt edilmesi sorununda yatmaktadır. Sonuncusu bu bağlamda vazgeçilmez niteliktedir[1330]. Başka bir anlatımla, nedensellik bağının varlığının kabulü için, hakim durumdan aktif bir şekilde yararlanılarak, kötüye kullanma sayılabilecek bir eylem ya da işlemde bulunulmuş olması şart değildir. Burada önemli olan, böyle bir eylem ya da işlemi, hakim durumdaki bir teşebbüsün yapmış olması nedeniyle, rekabet üzerinde ortaya çıkacak etkilerdir. Gerçekten de AEUV m. 102'de örnekseyici olarak yer alan davranış ya da uygulamaların, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılması ile ortaya çıkacak etkiler ile hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından yapılması durumunda ortaya çıkacak etkiler farklı olacak, ikinci durumda bu etkiler daha önemsiz kalacaktır[1331]. Bu durum, aynı zamanda uygulamada hakim durumdaki teşebbüslerin pazarda "özel bir sorumluluğu" bulunduğu şeklindeki yaklaşımla da ilgildir.

[1328] Öte yandan bu olayda Tetra Pak, aseptik dolum sistemleri pazarında monopol benzeri bir konuma sahipti. Komisyon'a göre bu pazar, yüksek teknik giriş engelleri nedeniyle girişin en zor olduğu pazardı. Tetra Pak bu pazarda da rakiplerinden çok öndeydi. Bu nedenle kötüye kullanma nitelikli davranışları ile sadece bu pazardaki rekabeti engellemeye çalıştı. Satın alma zorunluluğu (Bezugsbindung), garantiden yoksun bırakma (Ausschluss der Gewährleistungen) ve denetim hakkı (Einsichtsrecht) gibi diğer yan nitelikte kötüye kullanma yükümlülükleri ile durumunu sağlamlaştırırken, nihayetinde bütün pazarlar aseptik dolum sistemleri pazarı ile sağlam bir şekilde bağlanmış oluyordu. Bkz. EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1994, II-755, Nr. 140 *("Tetra Pak II").*

[1329] EuGH, 13.2.1979, *Hoffmann -La Roche / Kommission,* Slg. Slg. 1979, s. 461 *("Hoffmann-La Roche)".*

[1330] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 125.

[1331] Ulaş Kısa, s. 28.

Bağlama uygulamaları, davranış veya uygulama anında nedenselliğin ortaya çıktığı davranışlardır[1332]. Burada teşebbüs hakim durum olgusundan uygulamanın yapılması aşamasında aktif olarak yararlanmaktadır. Eğer teşebbüs hakim durumda olmasaydı, bağlama uygulaması belki de etkili olmayacaktı. Çünkü bu ihtimalde alıcı veya tüketiciler açısından ilgili pazarda alternatif tedarik kaynakları olduğu sürece, bunlar bağlama uygulamasını kolayca kabul etmeyecek, özellikle bağlanan ürünü başka bir satıcıdan rahatlıkla elde edebileceklerdir.

Rekabet Kurulu'da bir Karar'ında, bağlama uygulamalarının taşıdığı rekabet karşıtı endişelerin "tüketicinin sömürülmesi" ve "pazarın kapatılması" başlıkları altında toplandığını belirtirken, sömürücü uygulamaların, tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açan fiyatlama ve diğer uygulamalar olduğununu, bu çeşit kötüye kullanmalarda hakim durumdaki teşebbüsün, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmek amacıyla pazar gücünün avantajlarını kullandığını belirtmekle[1333], hakim durum ve kötüye kullanma arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir.

2. Hakim Durumdaki Teşebbüslerin "Özel Sorumluluğu"

AB hukukunda, hakim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından hakim durumdaki teşebbüslerin, iç pazarda işleyen bir rekabet düzeninin devamlılığı ve rekabeti kendi davranışları ile bozmamaları konusunda özel bir sorumluluk taşıdıkları, hem öğreti[1334] hem de ABAD kararlarında kabul edilen bir görüştür[1335]. ABAD tarafından geliştirilen "kötüye kullanma" kavramının bir sonucu olarak ortaya çıkan bu özel sorumluluk nedeniyle hakim durumdaki teşebbüsler özellikle AEUV ile öngörülen "Birlik Hedefleri" ve bu anlamda "iç pazar" hedefine ulaşmayı engelleyen davranışlar ve özellikle de rekabet üzerinde etkili olabilecek, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki yanlış davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler. Bu nedenle daha zayıf durumdaki teşebbüsler veya pazar katılımcıları için izin verilebilir, hoş görülebilir veya göz yumulabilir bir davranış,

---

[1332] Ulaş Kısa, s. 25.

[1333] Garanti Bankası A.Ş.'Den kredi ve sair hizmetler kullanan gerçek ve tüzel kişi müşterilere, adı geçen Banka'nın pazarladığı poliçelerin satılması yoluyla "bağlama" eyleminde bulunulduğu iddiası ile açılan önaraştırma sonucunda verile Karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 5. 8. 2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar.

[1334] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82, Rdnr. 123; Paul, s. 131.

[1335] *"…eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt".* Bkz. EuGH, 9. 11. 1983 tarih, Rechtssache C- 322/81, sayılı *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin / Kommission,* Slg. 1983, s. 3461, Nr. 57.

hakim durumdaki bir teşebbüs açısından rekabeti bozucu ve bu nedenle yasaklanabilir bir davranış olarak değerlendirilebilir. Bu durum bizi aynı zamanda, hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma nitelikli davranışları rekabet hukuku düzenlemeleri bağlamında sakıncalı görülmeseydi, bu davranışlar hakim durumun kurulmasına ve bunun sürekliliğine hizmet etmiş olacaklardı, şeklinde bir sonuca da götürmektedir[1336].

Öğretide bazı görüşlere göre, böyle bir sorumluluk hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgil AEUV m. 102 düzenlemesinin lafzından da çıkmaktadır[1337]. Çünkü hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı davranışları açısından AB rekabet hukuku, kural olarak, herhangi bir denetim öngörmemektedir. AEUV m. 102 düzenlemesi sadece hakim durumdaki teşebbüslere pazardaki davranışları ile işleyen rekabeti bozmama veya sınırlamama konusunda "özel bir sorumluluk" yüklemektedir. ABAD'a göre bu özel sorumluluk, "sorumluluk" kavramının niteliğinde yatmaktadır. Bu nedenle ABAD, hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğunun her olayın kendine özgü koşulları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[1338]. Komisyona göre de hakim durumdaki teşebbüsün pazardaki durumunu korumak için rekabet etme hakkı bulunmakla birlikte, ancak bu özel sorumluluk nedeniyle, rakiplerini dışlamaya yönelik bir politika da uygulamaması gerekmektedir[1339].

Bununla birlikte hakim durumdaki teşebbüs rakiplerini gözetmek veya onlara uymak zorunda olmadığı gibi, taşıdığı "özel sorumluluk" teşebbüsün pazardaki konumundan kaynaklanan kazançtan mahrum kalması veya kazancından vazgeçmesi anlamına da gelmemektedir. Bu özel sorumluluk daha çok varolan rekabetin korunması açısından geçerli olup, hakim durumdaki teşebbüs kendi ekonomik çıkarlarını rakiplerin olası saldırı ve tecavüzlerine karşı koruma hakına sahiptir. Hakim durumdaki teşebbüs davranışı açısından objektif gereklilik savunması *(objektive necessity defence)* yanında[1340], duruma göre "rekabeti karşılama savunması" *(meeting competition defence)*'na[1341] da başvurabilir. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüsün, ekonomik çıkarlarını korumak için gerekli

[1336]Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 102 EGV, Rdnr. 123.
[1337] Bkz. Whish, s. 189; Paul, s. 131.
[1338] EuGH, Cases C-395/96 and C-396/96 (2000), ECR I-1365 *("Compagnie Maritime Belge").*
[1339] Komisyon, Case C-97/624, OJ (1997) L 258 *("Irish Sugar plc.").*
[1340] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[1341] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 81-83.

gördüğü önlemleri almak[1342], alıcılar üzerinde rekabetçi davranışlarda bulunmak ve bu konuda kendi çıkarlarını gözetmek hususunda bir hakkı olduğu da haliyle kabul edilmektedir[1343].

Örneğin *Tetra Pak II* olayında AB Mahkemesi (İlk Derece Mahkemesi), Tetra Pak'a ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilecek başka uygulamalardan kaçınması konusunda özel bir sorumluluğu olduğunu da vurguladı[1344]. Mahkemenin kararının onanmasıyla[1345] bu durum ABAD tarafından da kabul edilmiş oldu. ABAD aseptik olmayan ürünler pazarında Komisyon tarafından yapılan ve Tetra Pak'ın hakim durumunu ayrıca ispatlayamayan pazar analizini de, her iki pazar arasındaki yoğun ilişkiler nedeniyle onayladı. Aslında ABAD bu yaklaşımı ile Tetra Pak'ın aseptik ürünler pazarında neredeyse tekel durumu (tamamen hakim durum) ile aseptik olmayan ürün pazarı arasında bulunan bağlantıların, Tetra Pak'a aseptik olmayan ürünler pazarındaki başka pazar katılımcılarından bağımsız davranışlarda bulunma olanağı verdiğini de belirtmiş oluyordu[1346].

Hakim durumdaki teşebbüslerin ilgili pazarda taşıdığı bu özel sorumluluk hakkında değerlendirmelere Rekabet Kurulu'nun kararlarında da rastlamak mümkündür. Nitekim, Rekabet Kurumu'na yapılan ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın hac ve umre seyahatlerinde vize alımları konusunda işbirliğine gittiği seyahat acenteleri lehine ayrımcılık yaptığı; ibadet yerlerinin Diyanet İşleri Başkanlığı'nın hac ve umre seyahat hizmetlerine yönelik tanıtımlarda aktif olarak kullanıldığı ve bu durumun diğer seyahat acentelerinin aleyhine sonuçlar doğurduğu iddialarını içeren başvuru üzerine hazırlanan *İlk İnceleme Raporu* doğrultusunda yapılan önaraştırma sonucunda, Diyanet İşleri Başkanlığı hakkında 4054 sayılı Kanun uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmekle birlikte, konuya ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 30 (f) maddesi uyarınca Diyanet İşleri Başkanlığına görüş bildirilmesi hususunda Başkanlığın görevlendirilmesine karar verilmiştir[1347].

Rekabet Kurumu Başkanlığı'nın 10.11.2011 tarihli "Görüş Yazısı"nda, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın hac ve umre pazarında sahip olduğu sırasıyla %60 ve

[1342] Bkz. EuGH, 14. 2. 1978, Rechtssache C- 27/76, United Brands / *Kommission,* Slg. 1978, 207, Nr. 189.
[1343] Bkz. EuG, 1. 4. 1993, Rechtssache T-65/89, *BPB Industries und British Gypsum / Komission,* Slg. 1993, II-389, Nr. 69.
[1344] EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak Komisyon,* Slg. 1994, II-755*,* Nr. 114 *"Tetra Pak II".*
[1345] EuGH, 14.11.1996, Rechtssache C- 333/94, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1996, I-5951, Nr. 34 *"Tetra Pak II".*
[1346] EuGH, 14.11.1996, Rechtssache C- 333/94, *Tetra Pak / Komisyon,* Slg. 1996, I-5951, Nr. 29 *"Tetra Pak II".*
[1347] Rekabet Kurulu, 02.06.2011 tarih ve 11-33/717-223 sayılı Karar.

%55'lik pazar paylarının, hac ve umre seyahatlerine yönelik hizmetlerin sunulduğu pazarların her birinde hakim durum yaratabilecek pazar payları olarak dikkat çektiği belirtilmiştir. Görüş yazısında, 4054 sayılı Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan altıncı maddesi ve bu çerçevede verilen Rekabet Kurulu kararlarının, hakim durumda bulunan teşebbüslere bulundukları pazardaki rekabeti bozmamaya yönelik özel bir sorumluluk getirdiği belirtilmiştir. Bu minvalde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın da, hem hakim durum tespitine yol açabilecek pazar payına sahip olması, hem de faaliyette bulunduğu pazarların düzenleyici ve denetleyici otoritesi olması nedeniyle hac ve umreye yönelik seyahat hizmetleri pazarında rekabeti bozmama yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir[1348].

III. DIŞLAYICI DAVRANIŞ OLARAK BAĞLAMA UYGULAMASI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Daha önceden de belirtildiği gibi, bağlama uygulaması hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları açısından kötüye kullanma nitelikli dışlayıcı bir davranıştır. Hakim durumdaki bir teşebbüs, sahip olduğu pazar gücünü, bağlama uygulaması ile mevcut rakiplerini pazarda elimine etmek veya potansiyel rakiplerin pazara olası girişlerini engellemek için kullanabilir. Hakim durumun bu tarz rekabete aykırı davranışlar ile kötüye kullanılması hem mehaz AEUV m.102(d), hem de RKHK m. 6(c) hükmüne aykırı olduğu için yasaklanmıştır. Ancak bağlama uygulamasının rekabete aykırılığı için teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması yanında, ortada iki farklı ürünün bulunması ve aynı zamanda bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı bir sonuca yol açma olasılığı da bulunmalıdır[1349]. Bununla birlikte, aşağıda daha ayrıntılı olarak incelendiği gibi[1350], ürünlerin bağlı satılmasının anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği olması veya davranışın etkinlik sağlayıcı sonuçlarının ağır basması, bağlama uygulaması açısından haklı nedenler olarak öne sürülebilir.

Öte yandan, hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla bağlama uygulamalarında, bağlama şeklindeki ticari pratik bir anlamda araç olurken, amaç ise farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin bir teşebbüs bağlama uygulaması ile

[1348] Bkz. Rekabet Kurumu, 10.11.2011 tarih, B. 21. 6.REK.0.18.00.00/1861 sayılı ve Hac ve Umreye Yönelik Seyahat Hizmetleri Konusunda "Görüş Yazısı", http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Diyanet%20%C4%B0%C5%9Fleri%20B%C5%9EK.pdf, adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi, 17.01.2012).
[1349] Bkz. Komisyon, ABA m.82 Hakkında Kılavuz, Nr. 50.
[1350] Bkz. Dördüncü Bölüm/VII vd.

rakipleri pazardan dışlamak niyetinde olabileceği gibi, bu aynı zamanda pazara giriş yapmak isteyen potansiyel rakiplere bir gözdağı da olabilir. Dışlayıcı etkiler bir yandan teşebbüsün pazarda tekel konumuna gelmesine veya en azından hakim durumunu sağlamlaştırmasına yol açarken, diğer yandan ise pazara girmek isteyen potansiyel rakipler açısından bağlama uygulaması nedeniyle giriş engelleri ortaya çıkacaktır. Giriş engelleri, potansiyel rakiplerin maliyetlerini artırmaları nedeniyle çoğu zaman caydırıcı bir etkiye de yol açarlar. Çünkü bazı durumlarda bağlama uygulaması ile ortaya çıkan "çift yönlü pazara giriş zorunluluğu" nedeniyle hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarına eş zamanlı veya bazı durumlarda ise önce bağlanan daha sonra bağlayan ürün pazarına olmak üzere kademeli bir giriş gerekebilir.

A. AB HUKUKU UYGULAMASI

1. Tetra Pak II Kararı

Tetra Pak II olayı[1351] bağlama uygulaması yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasına tipik bir örnektir[1352]. Komisyon, bu olayda farklı pazarlarda Tetra Pak firmasına ait bir dizi kötüye kullanma davranışı tespit ederken, bağlama uygulaması da Tetra Pak'ın alıcıları sömürmek ve rakipleri pazardan dışlamak için izlediği pazar politikasının bir parçasıydı. Tetra Pak sıvı ve yarı sıvı gıda ürünlerini paketlemek için karton ambalaj ve paket yanında, bu ürünlerin dolumu için ekipman da üretmektedir. Komisyon bu olayı değerlendirirken, sıvı ve yarı sıvı besinler için üretilen paketler açısından, aseptik olanlar ve aseptik olmayanlar şeklinde bir ayrıma gitti. Bu besin ürünleri arasında en büyük grup süt ve meyve sularından oluşmaktaydı. UHT *(ultra high temperature)* tekniği kullanılarak paketlenen gıda ürünleri bu şekilde uzun süre soğuk bir ortam olmadan da muhafaza edilebilmekteydi. Bu teknik ile ürünler işlenmeden önce bütün karton paketler öncelikle sterilizasyona tabi tutuluyor ve bu yöntem *"aseptik"* olarak adlandırılıyordu.

Buna karşın sıvı gıda maddelerinin taze bir şekilde karton paketlere doldurulduğu prosedür ise, *"aseptik olmayan"* olarak adlandırılıyordu. Her iki prosedür için de bir dolum sistemi ekipmanları pazarı belirlendi. Aynı şekilde geri dönüşümü mümkün olan ve bu nedenle tekrar kullanılabilen bu kartonlar (karton paketler) için de ayrı bir pazar tanımı yapıldı. Dolayısıyla Komisyon bu olay

[1351] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1.
[1352] Whish, s. 662.

açısından toplam dört adet farklı ürün pazarı tespit etmiş oldu. Tetra Pak bu farklı ürün pazarlarının hepsinde de faaliyet gösteriyordu. Aseptik olanlarda Tetra Pak hem karton ve hem de dolum sistemleri açısından % 90'ın üzerinde bir pazar payına sahip iken, aseptik olmayanlar alanında pazar payı ise % 50-55 arasında olmakla birlikte, yine de bu pazarda ilk sırada yer almaktaydı.

Komisyon'a göre, Tetra Pak'ın ilgili pazarlarda ortaya çıkan ve artan yoğunluktaki kötüye kullanma hallerinin çokluğu ancak bir bağlama uygulamasının varlığı ile açıklanabilirdi. Bu uygulama açısından bir diğer önemli husus ise, nihayetinde Tetra Pak'ın kartonlarını kullanmak zorunda kalan dolum sistemi alıcısı veya kiracıları için getirilen uzun süreli yükümlülüklerin onları Tetra Pak'a bağımlı kılmasıdır[1353]. Başka firmalara ait kartonların kullanılması, sözleşmeye aykırılık yanında, dolum sistemi için verilen garantinin de sona ermesi anlamına geliyordu[1354]. Aslında burada dolum sisteminin kiralanması, kullanılan karton miktarının kontrol edilebilmesi ve sistem için en uygun kiranın belirlenebilmesi için kullanılmaktaydı[1355]. Başka bir ifadeyle bağlama ölçümleme işlevi *(metering, Zählfunktion)* görmekteydi[1356]. Tetra Pak, müşterilerin Tetra Pak kartonları sadece kendisinden veya belirlediği bir firmadan alma zorunluluğuyla kusursuz işleyen bir sisteme ulaşarak, bununla hem marka içi ve hem de markalar arası rekabeti engelliyordu[1357]. Bir bütün olarak bu davranışlar, bağlama uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılmasıydı[1358].

Tetra Pak II olayında da görüldüğü üzere hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından başvurulan bağlama uygulamasının pazar üzerindeki etkileri dışlayıcı ve sömürücü bir etkiyle sonuçlanabilmektedir. Bu durum karşısında rekabet hukuku ve politikası açısından, bağlama uygulamasının pazar üzerindeki olası etkileri ve bu etkilerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu da ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu konuda AB Komisyonu'nun hakim durumdaki teşebbüslerin özellikle dışlayıcı veya engelleyici davranışlar konusunda benimsediği veya üzerinde durduğu ilkeler, yapılacak değerlendirmeler açısından yol gösterici olabilir.

[1353] Burkert, s. 366.
[1354] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1, Nr. 30.
[1355] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1, Nr. 35.
[1356] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm/§/1/III/A.
[1357] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1, Nr. 116.
[1358] Aynı zamanda AB Genel (İlk Derece) Mahkemesi de Komisyonun Kararını onaylamakla, Komisyon tarafından belirtilen bu hususları kabul ettiğini göstermiş oldu. Bkz. EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak/Kommission,* Slg. 1994, II-755 *("Tetra Pak II").*

2. Komisyon Kılavuzu

Komisyon son zamanlarda teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarının değerlendirilmesi açısından, ekonomiye önem veren bir yaklaşıma *(more economic approach)* yönelmiştir. Bu yöndeki çalışmalar önce Komisyon Tartışma Metni ile kamuoyuna açıklandı. Tartışma Metninde sonra ise dışlayıcı veya engelleyici davranışların değerlendirilmesi konusunda ilkelerin yer aldığı bir "Komisyon Kılavuzu" *(Mitteilung der Kommission)* 24.2.2009 tarihinde yayınlandı[1359]. Komisyona göre, hakim durumdaki bir teşebbüs, bağlama veya paket satışlar yoluyla rakiplerini pazardan dışlamaya çalışabilir[1360]. Bağlama veya paket satışlar hem bağlayan, hem de bağlanan ürün pazarında rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilirler. Eğer bağlama uygulaması teşebbüsün bağlayan ürün pazarındaki konumunu korumasını sağlıyorsa, bu durum dolaylı yoldan bağlanan ürün pazarında pazarın kapanmasına neden olur[1361].

Ancak Komisyona göre, rekabeti sınırlayıcı şekilde pazarın kapanması tehlikesinin büyüklüğü, herşeyden önce hakim durumdaki teşebbüsün bağlama veya paket satış uygulamasının sürekliliği ile ilgilidir. Örneğin yüksek maliyetler ile etkileri ancak azaltılabilen teknik bağlama uygulamalarında olduğu gibi. Teknik bağlama uygulamaları her şeyden önce bağlama konusu münferit parçaların yeniden satışını zorlaştırır[1362]. Paket satışlarda ise, pazarın kapanması ve rekabet karşıtı etkilerin yoğunluğu, paket içindeki ürünlerin miktarı ile ilgilidir. Dolayısıyla paket içindeki ürünlerin sayısı arttıkça, bağlamanın olası rekabeti sınırlayıcı etkileri de yüksek olacaktır. Bu durum özellikle, paket içindeki ürünlere benzer veya eş ürünleri birlikte veya tek başına sunmanın zor olduğu bir rakip için söz konusudur[1363].

Öte yandan bağlama uygulaması, bağlayan ürünü değil de, bağlanan ürünü almak isteyen müşteriler açısından daha az rekabete yol açar. Hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri için, bunların pazarda kalmasını sağlayacak oranda sadece bağlanan ürünü almak isteyen yeterli düzeyde alıcı kalmıyorsa, bu durumda bağlama uygulaması bu müşteri grubunun yüksek fiyatlarla karşılaşmalarına neden olabilir[1364].

[1359] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz.
[1360] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 47.
[1361] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 52.
[1362] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 53.
[1363] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 54.
[1364] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 55.

Komisyona göre, bağlayan ve bağlanan ürünün üretim sürecinde farklı miktarlarda girdi olarak kullanılabildiği durumlarda, bağlayan ürün fiyatındaki bir artış durumunda, alıcılar bağlanan ürüne yönelik güçlü bir talep ve aynı zamanda bağlayan ürüne yönelik talepte ise bir azalma ile bu duruma tepki gösterirler. Hakim durumdaki teşebbüs ürünleri bağlamak surtiyle bu durumu engellemeye ve nihayetinde de fiyatlarını yüksek tutmaya çalışacaktır[1365].

Komisyonun bu konuda üzerinde durduğu bir diğer husus ise regüle edilen pazarlarda bağlama uygulamasının fiyat *regülasyonunu* aşmak için kullanılabilmesidir. Bağlayan ürün pazarındaki fiyat düzenlemeye tabiyse, hakim durumdaki teşebbüs bağlayan ürün pazarında bu nedenle ortaya çıkan gelir kaybını, bağlama uygulaması ile bağlanan ürün pazarındaki fiyatlarını yükselterek telafi etmeye çalışacaktır[1366].

Komisyon bu şekilde hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki olası etkilerinin analizinde idari ve adli makamlara yol göstermektedir. Ancak bu yaklaşımın ilgili kurumlar tarafından benimsenip benimsenmediği veya ne oranda benimsendiği ise şüphesiz zamanla somut olaylar bağlamında verilecek kararlar ile daha iyi anlaşılacaktır. Öte yandan Komisyonun AEUV m. 102 dışlayıcı veya engelleyici nitelikteki davranışlara uygulanması konusunda getirdiği bu ilkeler, RKHK m. 6 hükmünün bu tarz olaylarda uygulanması sırasında da yol gösterici olabilir. Hatta Rekabet Kurulu'nun dikey anlaşmalara ilişkin kılavuz gibi, hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı veya engelleyici davranışları konusunda da benzer bir Kılavuz yayınlaması, uygulama açısından yerinde olacaktır.

B. REKABET KURULU'NUN YAKLAŞIMI

Daha önce de belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamaları konusunda verdiği kararların büyük çoğunluğu hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili kararlardır. Öte yandan Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamalarının analizinde şimdiye kadar benimsediği yaklaşımın, somut olaylar bağlamında farklılaştığını da söylemek münkündür. Öğretide Ekdi'ye göre banka sigortacılığına ilişkin bağlama uygulamaları konusundaki kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kararların sonuçları açısından tutarlı olduğunu söylemek mümkün iken, bu kararlarda uygulanan sistematiğin tutarlı olduğundan söz etmek

[1365] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 56.
[1366] Komisyon, Komisyon ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 57.

mümkün görünmemektedir. Ancak, özellikle Tüm Kredi Kartları kabul kuralına ilişkin inceleme dikkate alındığında zaman içinde yapılan analizlerin derinliğinin arttığını ve daha tutarlı bir yaklaşıma doğru gidildiğini söylemek de mümkündür[1367].

Bu konuda bir diğer sorun ise bağlama uygulamaları açısından Kurul'un tüketici refahına mı, yoksa işleyen bir rekabet sisteminin devamlılığına mı öncelik verdiği hususunun çok da belirgin olmamasıdır. Öte yandan Türkiye'de bağımsız idari otoriteler arasında belki de idari ve mali açıdan en iyi durumda olan ve bu anlamda "özerkliği" de kısmen sağlanmış olan kurumun da aynı zamanda Rekabet Kurumu olduğu da söylenebilir[1368]. Bu anlamda Rekabet Kurulu'nun özellikle tüketici refahını olumsuz etkileyen teşebbüslerin davranışları konusunda daha etkin önlemler geliştirmesi, özellikle de sektör düzenleyici kurumlar ile sıkı bir işbirliği içinde, tüketici refahını doğrudan etkileyen sektörlerde etkin bir rekabetin tesisi yönünde çaba göstermesi önemlidir.

Eureko Sigorta Kararı[1369]nda, Garanti Bankası'nın şikâyete konu (bağlama) uygulamasının "hâkim durumun kötüye kullanılması" olarak kabul edilebilmesi için öncelikle Garanti Bankası'nın ticari krediler pazarında (bağlayan ürün pazarında) hâkim durumda bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak somut olayda Garanti Bankası'nın bağlayan ürün pazarı olan ticari krediler pazarında hakim durumda olmadığı; dolayısıyla, şikayete konu uygulamanın da RKHK'nin 6.maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Garanti Bankası'nın ilgili pazardaki pazar payı incelendiğinde, teşebbüsün ticari kredilerdeki pazar payının 2007 yılında %(…), 2008 yılında ise %(….) olarak gerçekleştiği görülmektedir. Buna göre, ticari krediler pazarının yaklaşık %(…) gibi büyük bir kısmında, Garanti Bankası'nın rakiplerinin faaliyet gösterdiğini belirtirken, bir diğer husus olarak ise, herhangi bir bankadan kredi alamayan bir tüketicinin, diğer bir bankaya geçmesinin önünde ciddi bir engel bulunmadığını vurgulamıştır.

[1367] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 114.

[1368] Nitekim AB Komisyonu Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu'nda da bu durum vurgulanmaktadır. "Rekabet Kurumunun genel idari kapasitesi yüksek olmayı sürdürmektedir. Kurum, tatmin edici düzeydeki idari ve operasyonel bağımsızlığını ve personeline yüksek seviyeli eğitim verme konusundaki kararlılığını sürdürmüştür. Ancak, son dönemdeki hukuki gelişmeler Rekabet Kurumunun faaliyetlerini bağımsız şekilde yürütme kabiliyeti konusunda endişelere neden olmaktadır". Bkz. AB Komisyonu, **AB Komisyonu 2012 Türkiye İlerleme Raporu,** Brüksel, 2012, ss. 65-66.

[1369] Polaris Sigorta ve Reasürans Brokerlik Hizmetleri A.Ş. (Polaris), 2004 yılından bu yana Atateks Şirketler Grubu (Atateks)'un sigorta brokerliğini yürütmekteyken, Atateks ile kredi ilişkisi içinde bulunan Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası)'nin Euroka Sigorta A.Ş (Euroka Sigorta) ile uyumlu eylem içerisinde hareket ederek, Atateks'i Euroka Sigorta için sigorta acenteliği hizmeti sunan Garanti Bankası'nın Merter Şubesi ile çalışmaya zorladığı ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4.ve 6.maddelerini ihlal ettiği iddiası ile yapılan şikâyet üzerine verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar *("Eureko Sigorta")*.

Dolayısıyla bankalar açısından bakıldığında da, daha cazip bir teklifi sunan bir bankanın, herhangi bir müşteriyi kendine çekmesinin önünde bir engel de bulunmadığı ve Garanti Bankası'nın bağlayan ürün pazarı olan ticari krediler pazarında hakim durumda olmaması nedeniyle şikayete konu uygulamanın 4054 sayılı RKHK'nın'un 6.maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir[1370].

Bu olayda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, olayın acente-müvekkil ilişkisi açısından da değerlendirilmesi gerekliliğidir. Çünkü taraflar arasındaki ilişkinin niteliği, aynı zamanda yapılacak değerlendirmeyi de etkileyecektir. Somut olayda üzerinde durulması gereken bu husus, rekabet hukukunda *"ekonomik bütünlük"* veya *"tek ekonomik birim"* olarak da tanımlanan[1371] ve hukuken birbirlerinden bağımsız olmalarına rağmen, iktisadi bakımdan tek bir teşebbüs olarak kabul edilen yapılanmalardır[1372]. Kurul'a göre taraflar arasında farklı pazarlar bağlamında da olsa bir "acentelik" ilişkisi bulunmaktadır[1373]. Rekabet hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilen yaklaşım, rekabet hukuku açısından acente ile müvekkil arasındaki ilişkinin, kural olarak, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilip Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilememesidir. Buna göre acente ile müvekkili hukuken ayrı kişiler olsalar dahi aralarındaki ilişkinin bir çeşit temsil ilişkisinin varlığı nedeniyle, bunlar ekonomik bir bütün olarak tek bir teşebbüs olarak değerlendirilirler. Bu nedenle *"tek ekonomik birim"* yani tek bir şirketler topluluğu içinde yer alan teşebbüsler arasındaki anlaşma ya da uyumlu eylemler açısından 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinde yer alan düzenlemeler uygulanmaz. Bu durum acente-müvekkil arasındaki ilişki açısından da geçerlidir[1374]. Çünkü bunlar ekonomik açıdan bağımsız sayılmazlar[1375].

[1370] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 114.

[1371] Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Aytül Tokatlı, **Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 97, Ankara, 2010.

[1372] *"Bunlar hukuki bağımsızlıklarına karşı "grup şirketi" de denilen, holding ya da başka çatı altında birleşmiş olan teşebbüslerdir ve ayrı hukuki kişiliğe sahip olarak iktisadi faaliyet gösteriyor olmalarına rağmen, kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorlarsa, rekabet kurallarının uygulanması açısından, bu teşebbüsle tek ekonomik birim içinde kabul edilerek, rekabet kurallarının uygulanması bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceklerdir."* Bkz. İnan ve Piker, s. 11.

[1373] Kurul bu konuda yaptığı değerlendirmelerde bağlayan ve bağlanan ürün pazarları olarak sırasıyla ticari krediler ve sigorta brokerliği pazarlarını belirlerken, sigorta hizmetleri pazarında taraflar arasında bir acentelik ilişkisi olmakla birlikte, ticari krediler pazarında taraflar arasında herhangi bir müvekkil-acente ilişkisi bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar *("Eureko Sigorta")*.

[1374] Bkz. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 10; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 245.

[1375] Ancak öğretide farklı görüşlerde söz konusudur. Örenğin Tekinalp'e göre teşebbüs ile acentesi arasındaki anlaşmalar -kural olarak- ABA m. 101/1 kapsamında olmamakla birlikte, somut olayın özellikleri farklı sonuca ulaşılmasını gerekli kılabilir. Bu bağlamda acentenin teşebbüsten tamamen bağımsız hareket ettiği durumlarda ABA m. 101/1 geçerli olabilir. Ancak yazara göre, acentenin klasik

"Tek ekonomik birim" kuramı aynı zamanda RKHK'nin 6.maddesinin uygulanması bakımından da önem kazanmaktadır. Çünkü bu tarz yapılar ekonomik bir bütün teşkil ettikleri için, Kanun'un 6. maddesi açısından müvekkil şirketin hakim durumunun tespit edilmesinde acentenin pazar payı da müvekkilin pazar payına eklenecektir[1376].

Somut olayda farklı iki pazar belirlenmiş olsa da, Garanti Bankası ile hisse sahibi olduğu Euroka Sigorta arasında "tek ekonomik birim" kuramının geçerliliğinden söz edilebilir. Bu durumda bağlama uygulaması açısından RKHK 4.maddesi uygulanmayacağından, 6. madde açısından bir analize ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak RKHK'nun 6.maddesinin uygulanması için, teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması olması gerekmektedir. Burada pazar gücü belirlenirken müvekkilinin pazar payına acentenin pazar payı da eklenecektir. Dolayısıyla bağlayan ürün pazarında Garanti Bankası hakim durumda olmasa dahi, Euroka sigorta ile birlikte sahip oldukları toplam pazar payı açısından yapılacak bir analiz yararlı olabilirdi.

Öte yandan uygulamada Rekabet Kurul'u kararlarından da anlaşılacağı gibi, bankalar ile sigorta şirketleri arasındaki bu tarz davranışlar oldukça yaygındır. O halde somut olayda ilgili pazarda diğer banka ve sigorta şirketlerinin uygulamalarının da incelenmesi gerekir. Eğer bankalar ve onlarla ekonomik veya hukuki bir ilişki içinde olan sigorta şirketleri arasında bu tarz davranışlar yaygınsa, bu durumda kredi kullanan bireysel tüketiciler açısından aslında alternatif tedarik kaynaklarının varlığı, dolayısıyla tüketicilerin seçim özgürlüğü tartışmalı olacaktır. Tüketiciler açısından farklı banka veya sigorta şirketlerinin olması, onun her zaman seçme hakkını özgürce kullandığı anlamına gelmemektedir. Uygulamada da görüleceği gibi, neredeyse her bankanın ekonomik veya hukuksal ilişki içinde olduğu bir sigorta şirketi de bulunmaktadır. Bu durumda hemen hemen bütün bankalar verilecek kredi için gerekli sigortanın da kendi iştiraki olan şirketten yapılması koşulu getirdiğinden, bu tarz bir uygulamanın pazardaki yaygınlığı, ilgili pazarda rekabetin etkinliğini de tartışmalı bir hale getirmektedir. Başka bir anlatımla, bu tarz uygulamaların yaygınlığı pazarın önemli bir bölümünü kapsıyorsa, bu durumda bağlanan ürün olan sigorta poliçeleri pazarında rekabeti sınırlayıcı etkiler veya en azından etkin bir

---

anlamını yitirdiği, bir anlamda yozlaştığı, satıcıya dönüştüğü durumlarda ABA m. 101/1'in uygulanacağı şüphesizdir. Bkz. Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 413.

[1376] Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 10. Dolayısıyla *"tek ekonomik birim"* kuramı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi (anlaşma ve uyumlu eylemler) açısından hükmün uygulanma alanını daraltırken, Kanun'un 6. maddesinin (hakim durumun kötüye kullanılması) kapsamını genişletmiş olmaktadır. Bkz. İnan ve Piker, s. 11; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 245.

rekabetin varlığı sorunu sözkonusudur. Dolayısıyla tüketici refahını doğrudan etkileyen finans pazarları açısından münferit olaylar bağlamında yapılacak pazar analizlerinden öte, pazarın genel yapısı üzerinde yapılacak değerlendirmeler önem kazanmaktadır.

Benzer şekilde, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kiraladığı büfelerde, bir iştiraki tarafından üretilen *Hamidiye* sularının da münhasıran satılması zorunluluğu getirilmesi ve buna uymayan büfelerin kira sözleşmelerinin feshedilmesi ile tehdit edilmesine dair bir şikayette ise[1377], bu uygulamanın bir mal veya hizmetin sağlanmasının açıkça bir başka mal veya hizmetin de satın alınması şartına bağlanması biçiminde bir bağlama uygulaması olarak değerlendirilebileceği (büfelerin kiralanmasının belirli markalı suyun satışına bağlanması) ancak uygulamanın iktisadi güce sahip bir teşebbüs yerine kamu gücüne sahip bir idareden kaynaklanıyor olması nedeniyle hakim durumda bulunma koşulunun gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmış ve ilgili belediyeye "münhasırlığın kaldırılması amacıyla görüş bildirilmesi" ile yetinilmiştir[1378].

Rekabet Kurulu'na göre, "İBB büfelerinin kiralanması başlı başına bir pazar olarak görülmediği sürece mevcut olay bağlamında ilgili ürün pazarı nasıl tanımlanırsa tanımlansın, İstanbul il merkezinde büfe ve/veya büfeyle rekabet edebilecek nitelikte işyeri sayısının son derece yüksek olması ve ilgili yasal mevzuat[1379] çerçevesinde ruhsat temin edilmesi mümkün olduğu sürece, İBB'nin büfe olarak kullanılabilecek gayrimenkullerin kiralanmasına ilişkin olarak tanımlanabilecek bir pazarda, herhangi bir pazar gücüne sahip olamayacağı" sonucuna ulaşılmıştır[1380].

[1377] Bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2008 tarih, 08-34/451-158 sayılı Karar.

[1378] Kurul'a göre, bağlama uygulamasının 4054 sayılı RKHK'nın 4. ve 6. maddelerinde yer alan türden bir ihlal teşkil etmesi üç ölçüte bağlıdır. Bunlar; anlaşmanın niteliği ve ticari teamül gereği birbirinden farklı ürünlerin olması, doğrudan ya da dolaylı bir zorlama olması ve uygulamayı yapan teşebbüsün bağlayan ürün pazarında pazar gücüne sahip olması. Ancak, Rekabet Kurulu'na göre, somut olayda ilk koşul olmakla birlikte, "ortada tam bir satın almaya zorlama eyleminin bulunduğunu ve dolayısıyla ikinci koşulun gerçekleştiğini söylemek güçtür." Bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2008 tarih, 08-34/451-158 sayılı Karar, Nr. 200.

[1379] 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "Şirket Kurulması" başlıklı 26.maddesine göre; *"Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, kendine ait büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir."* Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, büyükşehir belediyeleri kendilerine ait büfeleri işletebilecekleri gibi, bu büfelerin işletilmesini kanunda sayılan koşullarla iştiraklerine de devredebileceklerdir.

[1380] Kurul'a göre bu olayda bağlama uygulamasını iktisadi mantığa uygun şekilde gerçekleştirerek bir pazardaki gücünü başka bir pazardaki konumunu yükseltmek için kullanan bir şirket değil, idari tasarrufunda bulunan işyerlerini, bu işyerlerinin iktisadi gücünün seviyesini dikkate almaksızın, kendi

Rekabet Kurulu'nun bu kararında ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, yapılan pazar analizinin yerindeliği ise tartışmalıdır. İBB Kültür A.Ş aracılığıyla bu büfeleri kiralamakta ve sahip olduğu Hamidiye A.Ş'nin ürettiği suların kiraladığı büfelerde satılmasını talep etmektedir. Somut olayda Kültür A.Ş kendi pazar gücüne dayanmasa da, İBB'nin idari yönden büfe işletenler karşısında sahip olduğu "kamusal güce" dayanmaktadır. Aslında böyle bir davranış da rekabeti sınırlayıcı bir etki yaratabilir. Ancak burada her durumda önem kazanan husus ilgili coğrafi pazarın nasıl tanımlandığıdır. Eğer pazar İBB'nin kiraladığı büfeler olarak alınırsa, hakim durumun bağlama uygulaması ile kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Ancak ilgili coğrafi pazar benzer işyerleri olarak bütün İstanbul alınırsa bu durumda bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi açısından İBB büfelerinin bu pazar içindeki oranı belirleyici olacağından, bu durumda hakim durum koşulunun gerçekleşmesi de zor olacaktır. Fakat her durumda bu olayda ekonomik olmasa da, sözleşmesel açıdan bir zorlamanın varlığından söz edilebilir.

IV. BAĞLAMA UYGULAMASI İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ BAZI GÖRÜNÜMLERİ

A. Fıyat Sıkıştırması Amacıyla Bağlama Uygulaması

Hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamaları pazarda çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirler. Bunlar genellike dışlayıcı olmakla birlikte bazı durumlarda alıcılar için sömürücü etkilere de neden olabilirler. Fiyat sıkıştrması da hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının pazardaki görünüm şekillerinden birisidir.

Fiyat *sıkıştırması (prize squezze*), dikey bütünleşik veya üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip bir teşebbüsün, bu pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden üretilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak kısması sonucunda gerçekleşen durum olarak tanımlanmaktadır. Daralan marj karşısında alt pazarda faaliyet gösterebilmesi bu girdiye bağlı olan teşebbüs açısından bu girdi fiyatını ödemek zorlaşır. Öte yandan aynı zamanda teşebbüsün alt pazar fiyatını takip etmek durumunda kalan rakiplerin ise bu pazarda karlı bir şekilde rekabet edebilmesi olanaksız hale gelir. Fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku açısından ele alınmasının altında yatan temel neden

---

ürettiği ürünlerin münhasıran pazarlanmasında kullanmak isteyen bir kamu otoritesinin iradesi bulunmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu, 20.5.2008 tarih, 08-34/451-158 sayılı Karar.

ise sözkonusu teşebbüsün fiyat sıkıştırması yoluyla, ürettiği girdi üzerinde sahip olduğu pazar gücünü alt pazara aktararak bu pazarda mevcut veya potansiyel rakipleri dışlamak ve rekabeti engellemek gibi rekabet karşıtı amaçları gerçekleştirebilmesidir[1381].

Hakim durumdaki teşebbüs, bağlama uygulaması ile üst pazarda sahip olduğu pazar gücünü, alt pazardaki faaliyetlerinden yararlanan alıcılarını fiyat sıkıştırması ile pazarda zorlayıp, onların etkin bir rekabete girişmesini engelleyebilir. Fiyat sıkıştırması, rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen bir uygulamadır[1382]. Çünkü fiyat sıkıştırması komşu pazarda faaliyette bulunan rakibi kar elde edemeyecek duruma ve nihayetinde onun pazardan dışlanması sonucu doğurmaktadır[1383].

Üst pazarda pazar gücüne sahip olan bir teşebbüs[1384], alt pazardaki girdilerden yararlanan teşebbüslere karşı bağlama uygulamasına giderek onların maliyetlerini artırmak suretiyle rekabet güçlerini zayıflatmak için yararlanabilir. Burada teşebbüs alt pazarda fiyatını düşürerek, bir anlamda yıkıcı fiyat uygulamasına giderek rakiplerini dışlamaya çalışmaktadır. Aslında bütün bu olası durumlar, bağlama uygulamalarının çoğu zaman pazarda başka kötüye kullanma hallerinin de eşlik ettiği davranışlar olmalarından kaynaklanmaktadır. Bağlama uygulaması da bu anlamda çoğu zaman özellikle dışlayıcı ve sömürücü davranışların gerçekleşmesi için bir anlamda katalizör işlevi görmektedir. Başka bir anlatımla, bağlama teşebbüsün bu tarz amaçları gerçekleştirmek için kullandığı bir araç olup, fiyat sıkıştırması da bağlama uygulaması ile birlikte ortaya çıkan veya gerçekleşen bir sonuçtur. Bu aynı zamanda, rakiplerini yıkıcı fiyat uygulaması ile pazardan atamayacağı veya etkisiz hale getiremeyeceği düşüncesinde olan bir teşebbüsün[1385], bu sonuca başka bir davranış ile dolaylı yoldan ulaşmak için geliştirdiği bir yöntemdir.

[1381] Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Şerife Demet Kaya, **Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açıdan Bir Değerlendirme**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi: 87, Ankara, 2008, s. 2. Ayrıca bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 92.

[1382] EuG, 30. 1. 2007, **WuW,** WuW/E EU-R, s. 1224 *"France Télécom/Kommission;* Komisyon Kararı, 21. 3. 2003, ABl. L 263/9, *"Deutsche Telekom".*

[1383] Öte yandan Alman GWB açısından da fiyat sıkıştırması "Ayrımcılık yasağı, haksız engellemelerin yasaklanması" kenar başlıklı GWB § 20 (1) kapsamında, rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 197.

[1384] Bir teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına başvurabilmesi için üst pazarda hakim durumda olması gerekmekle birlikte bu tek başına yeterli değildir. Bunun yanında teşebbüsün dikey bütünleşik bir yapıda olması, girdinin zorunlu unsur niteliğinde olması ve bu konuda objektif gerekçelerin olmaması gibi başka koşulların da varlığı gerekmektedir. Bkz. Kaya, ss. 28-29.

[1385] Bkz. Fischer, s. 63.

1. Napier Brown/British Sugar Kararı

Napier Brown/British Sugar Kararı[1386], bağlama uygulaması ile fiyat sıkıştırmasının da sözkonusu olduğu farklı kötüye kullanma durumları ile ilgili bir olaydır. Britanya'nın en büyük kristal şeker üreticisi olan *British Sugar* hem endüstriyel tüketim ve hem de perakendeciler *(Einzelhändler)* için kristal şeker üretmekteydi. Endüstriyel tüketim için şeker tedarik eden *Napier Brown,* aynı zamanda perakendeciler için de şeker tedariki işine girmeye karar verdi. *British Sugar* da buna karşılık rakibini dışlamak veya faaliyetlerini zorlaştırmak için bir yandan Napier Brown'a karşı ürün tedarik etmeyi reddetme *(refusal to supply)* yoluna başvururken[1387], diğer yandan ise fiyat sıkıştırmasına girdi[1388].

British Sugar bu yolla bir yandan bireysel tüketim (perakende satış) için şeker alan müşterilerine düşük fiyatla ürün temin ederken, diğer yandan aynı miktarda ürün bu müşteriler tarafından *Napier Brown* üzerinden alındığı zaman daha yüksek bir fiyat uyguluyordu. Bu olayda bağlama uygulaması ile ilgili suçlama ise kristal şekerin ancak alıcının işletmesine teslim koşuluyla satılmasıydı. Bu şekilde alıcı kendi imkânları veya bağımsız bir taşıyıcıyla şeker nakliyesi imkânından mahrum kalırken, *British Sugar*'da bir anlamda *Napier Brown* aracılığı ile şeker satın almak isteyen perakendecileri öğrenmiş oluyordu. Komisyon bu olayda *British Sugar'*ın kristal şeker satışı pazarındaki hakim durumunu, komşu pazar olan şeker nakliyesi pazarındaki rekabeti, taşıma faaliyeti ile engellemek suretiyle kötüye kullandığı sonucuna vardı[1389].

British Sugar bu uygulamayı ABAD'ın başka bir kararına[1390] dayanarak savunmaya çalıştıysa da kabul edilmedi. Bu olayda bağlama uygulması aslında fiyat sıkıştırmasının bir parçası olduğu için, *Napier Brown'*a karşı da sadece bu önemliydi. Bu durumda *Napier Brown* büyük ihtimalle şeker nakliyatı için yüksek bir fiyat ödemek zorunda kalacaktı. Öte yandan perakende satış durumunda ürünün alıcının adresine teslimi koşulu getirilmesi de alıcıları kendisine bağlamaya yönelik bir uygulamaydı. Bu şekilde yapılan dolaylı bir indirim ile perakende satıcılar

---

[1386] Komisyon Kararı, 18.7.1988, 88/518/EWG, *Napier Brown/British Sugar,* ABRG 19.10.1988, L 284/41.
[1387] Bu olay aynı zamanda üst pazarda hakim durumdaki teşebbüsün ürettiği ürüne bağımlı olan rakip teşebbüslere karşı mal vermeyi reddetme uygulaması açısından da önemli bir karar olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Jones ve Sufrin, s. 475.
[1388] Jones ve Sufrin, s. 402.
[1389] Komisyon Kararı, 18.7.1988, 88/518/EWG, *Napier Brown / British Sugar,* ABRG 19.10.1988, L 284/41, Nr. 69.
[1390] EuGH, 3.10.1985, Rechtssache C- 311/84 sayılı Karar, *CBEM/CLT und IPB,* Slg. 1985, s. 3261, *("Telemarketing").*

toptancı olarak *Napier Brown*'dan ürün almak yerine doğrudan üretici teşebbüs olan *British Sugar*'dan ürün almayı tercih edeceklerdi. Aynı şekilde *British Sugar*'ın perakendecilere karşı uyguladığı bu indirim politikası nedeniyle, *Napier Brown* aldığı ürünü işleyip paketledikten sonra perakendecilere yeniden satmakta zorlanacaktı. Sonuçta bu şekilde rakip teşebbüsün her durumda artan maliyetleri karşısında, rekabet gücü de zayıflayacağından, belki de perakende şeker satışı pzarına girmekten vazgeçecektir. Dolayısıyla burada amaç, düşük fiyat veya fiyat sıkıştırması yoluyla rakibin rekabet yeteneğini azaltmak suretiyle onu pazardan dışlamaktı. *Napier Brown'*a karşı, kristal şeker satışının nakliye koşuluna bağlanması ile ortaya çıkan bu kötüye kullanma nitelikli bağlama uygulamasını Komisyon haksız buldu[1391].

Napier Brown/British Sugar Kararı aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüsün rakibini alt (bağlanan) ürün pazarında zor duruma sokup, asıl/üst (bağlayan) ürün pazarında zayıflatmaya çalışması olarak da tanımlanabilecek olan "fiyat sıkıştırması"[1392] yöntemine iyi bir örnektir. Fiyat düşüklüğü veya sıkıştırmasına başvuran teşebbüs, hem bağlayan ve hem de bağlanan ürün pazarında pazar gücüne sahiptir. Bu nedenle fiyatlarını öyle bir seviyede tutmaktadır ki, her iki pazardaki fiyatlandırma tek başına kötüye kullanma teşkil edecek biçimde aşırı yüksek ya da yıkıcı olmamaktadır. Ancak bağlama uygulaması ile ortaya çıkan bu fiyatlandırma stratejileri bir arada değerlendirildiğinde, başka bir deyişle bu şekilde bir fiyat sıkıştırmasına gidildiğinde, bunlar aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil etmektedirler. Çünkü fiyat sıkıştırması ile komşu pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsler kar elde edemeyecek duruma getirilmekte ve bu durum onların zamanla pazardan dışlanması ile sonuçlanmaktadır. Öte yandan bu durum aynı zamanda pazar gücünün aktarılması *(leveraging)* sorununu da beraberinde getirdiğinden, her durumda rekabet karşıtı etkileri olan bir davranış olmaktadır.

2. IRI/Nielsen Kararı

Benzer şekilde, *IRI/Nielsen* kararında[1393] da farklı hizmet sunumlarının bağlanması yoluyla rakibi fiyat sıkıştırması ile pazar dışına atmaya yönelik bir davranış söz konusuydu. Perakendecilik sektöründe pazar araştırması hizmetleri sunan ve bu alanda dünyanın en büyük teşebbüslerinden birisi olan *Nielsen,* perakendecilerden aldığı satış/pazarlama verilerini inceleyip değerlendirdikten

[1391] Jones ve Sufrin, s. 403.
[1392] Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 451, Nr. 160.
[1393] Komisyon, XXVI Rekabet Politikası Hakkında Rapor, 1996, s. 158 vd.

sonra, bu konuda elde ettiği sonuçları ilgili üreticilere satmaktaydı. *IRI* ise yine bu alanda dünyada ikinci sırada yer alan bir teşebbüstür. Fakat *Nielsen* bu alanda sahip olduğu hakim durumunu, *IRI*'nın ilgili pazardaki faaliyetlerini zorlaştırmak ve bu şekilde pazarda büyümesini engellemek için kullanıyordu. Bu çerçevede perakendeciler ile yaptığı anlaşmalarda, pazarlama verilerini kendi rakiplerine daha ucuza satmamaları şeklinde bir yükümlülük getirmekteydi. Ayrıca müşterileri arasında yer alan özellikle çok uluslu şirketlere de, bu hizmetlerin faaliyet gösterdikleri diğer ülkelerde de alınması karşılığında, önemli miktarda indirim yapmayı öneriyordu.

Komisyona göre, *Nielsen* bu davranışları ile bir yandan *IRI*'nın ihtiyacı olan perakende sektörü ile ilgili verilere daha pahalı ulaşmasına neden olurken, diğer yandan da *IRI*'ı hizmetlerini kendisine göre daha ucuza satmaya zorlamaktaydı[1394]. *Nielsen,* müşterileri ile yaptığı bu anlaşmalar sayesinde pazarda uyguladığı değişken fiyat ve diğer indirimler yoluyla, *IRI*'ı müşterilerine karşı bir fiyat sıkıştırmasına zorlamaya ve bu şekilde ortaya çıkan yüksek rekabet maliyetleri sonucunda, rakibin pazardan dışlanmasını amaçlıyordu.

B. Şebeke/Ağ Etkisinden Yararlanmak Suretiyle Bağlama Uygulaması

1. Şebeke veya Ağ Etkisinin Önemi

Şebeke veya ağ etkisinin söz konusu olduğu telekomünikasyon, internet erişimi, elektrik ve doğal gaz gibi pazarlar teşebbüslerin bağlama uygulamaları ile hakim durumlarını kötüye kullanmalarına elverişli pazarlardır. Daha önceleri genellikle kamu hizmeti olarak da tanımlanan bir faaliyet kapsamında, kamusal bir tekel tarafından işletilmekle birlikte, sonradan serbestleştirme süreci ile birlikte düzenlemeye *(regülasyon)* tabi tutulan bu pazarların bir diğer özelliği ise çok sayıda alıcının yararlandığı şebeke/ağ etkisinin olduğu pazarlar olmalarıdır. Bunlar aynı zamanda tüketiciler için vazgeçilmez nitelikte temel hizmetlerle ilgili pazarlardır. Bu şekilde düzenlemeye tabi tutulan bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüs, daha önce sahip olduğu yasal tekel durumu nedeniyle önemli oranda müşteri kitlesi ile birlikte, bazı altyapı avantajlarından da yararlandığından, bir hizmetin sunumunu bir diğer hizmetin de kendilerinden alınması koşuluna bağlayabilirler.

[1394] Komisyon, XXVI Rekabet Politikası Hakkında Rapor, 1996, s. 159.

Öte yandan böyle bir pazarın bağlantılı veya alt pazarlarında faaliyet göstermek isteyen birçok teşebüs için de asıl pazardaki teşebbüsün sahip olduğu altyapı veya girdiden yararlanma sorunu ortaya çıkabilir. Aynı zamanda "zorunlu unsur doktrini" *(essentiel facilities-doctrine)* ile de ilgili olan bu sorun ya düzenlemeye tabi tutulan pazardaki altyapıyı belli bir ücret karşılığı kullanmak ya da yeni bir altyapı kurmak yoluyla aşılabilir. Ancak yeni bir altyapı kurmanın getireceği maliyet yükü bir yana, böyle pazarlar için geçerli olan batık maliyet sorunu, birçok teşebbüsü var olan altyapıyı kullanmak zorunda bırakır. Çünkü teşebbüsler batık maliyet gibi çeşitli riskler nedeniyle ortaya çıkan yüksek maliyetleri karşılamakta zorlanacaklarından, yeni bir altyapı kurmak istemeyeceklerdir. Daha da ötesi böyle bir yatırım birçok açıdan rasyonel olmadığı gibi, bazı durumlarda teknik ve yasal açıdan mümkün dahi değildir. Örneğin varolan bir sabit telefon hattına veya elektrik hattına alternatif yeni bir hat kurmak bir çok açıdan zor, hatta imkansızdır. Dolayısıyla mevcut teşebbüs her açıdan, diğer rakiplerine karşı avantajlı durumdadır.

Şebeke veya ağ etkisinin olduğu özellikle elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon gibi pazarların bir diğer özelliği ise tüketiciler için vazgeçilmez olan ve bu nedenle "temel hizmet" veya "evrensel hizmet" olarak da adlandırılan hizmetler olmasıdır. Böyle bir yapının sözkonusu olduğu pazarlarda, bir şebekenin kullanıcı veya yararlanıcı sayısı arttıkça, şebekeye tüketiciler tarafından atfedilen değer de artacağından, rakipler için ilgili pazarda tutunmayı sağlayacak miktarda serbest tüketiciye ulaşma sorunu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, bu tarz pazar yapısının olduğu alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler, bazen rakiplerin rekabet baskısına veya pazarda yer alan güçlü rakiplere karşı rekabet edebilmek veya yeni bir pazara girişte daha önce ağ etkisinden yararlanan mevcut rakiplerine karşı pazarda ayakta kalabilmek için de bağlama uygulamalarına başvurabilmektedirler[1395].

Şebeke dışsallığı kavramı ile de açıklanan bu sorunlar, şebeke pazarlarını da içeren ve özellikle de ileri teknoloji pazarlarında diğer pazarlara göre çok daha belirgin şekilde gözlenen ve bir ürünün kullanıcı sayısının artması sonucunda tüketicinin söz konusu ürüne (şebekeye) atfettiği değerin de artması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu pazarlarda yaygın bir kullanıma ulaşan ürün veya hizmetin olduğu şebeke sahibi teşebbüs, rakiplerine karşı önemli bir rekabet avantajı kazanır. Bu durum aynı zamanda özellikle pazara yeni girenler açısından aşılması güç bir

[1395] Bu yönde bir karar için bkz. LG Dortmund, 12.7.2000 tarihli Karar, **ZNER**, 2000, s. 153.

giriş engeli de oluşturmaktadır. Çünkü şebekenin kullanıcı sayısı arttıkça, şebeke diğer potansiyel alıcılar için de daha çekici olacaktır. Bu durumda tüketiciler yeni bir şebekeye geçmek yerine, kullanıcı sayısı ve yaygınlığı daha yüksek olan yerleşik şebekeye sahip teşebbüsü tercih edeceklerdir. Deyim yerindeyse, bu durum teşebbüse pazarda rakiplerine karşı bir hareket serbestisi de sağlar. Bu nedenle yaygın bir kullanımı olan şebeke sayesinde ortaya çıkan pazar gücünden yararlanmak suretiyle, bağlantılı veya alt pazarlardaki rakipleri dahi engellemek mümkündür.

Ağ etkisinin olduğu pazarlarda teşebbüsler bağlama uygulaması için çapraz sübvansiyondan da yararlanabilirler. Özellikle bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüs, bağlantılı veya alt pazarda faaliyet gösteren yavru veya bağlı başka bir teşebbüs aracılığıya, böyle bir davranışa yönelebilir. Komisyon'a göre de, bağlayan ürün pazarındaki fiyatlar düzenlemeye (regülasyon) tabi tutulmuşsa, hakim durumdaki teşebbüs bağlama uygulamasını, bağlanan ürün pazarındaki fiyatları yükselterek, bağlayan ürün pazarında fiyat düzenlemesi sonucu ortaya çıkan kayıplarını telafi etmek için kullanabilir[1396]. Hatta bu şekilde çapraz sübvansiyon ile bir pazarda sahip olunan finasal güç, diğer pazada bağlama uygulamasına eşlik eden yıkıcı fiyat uygulaması gibi rekabet karşıtı bir davranışın sürekliliği için de kullanılabilir.

2. Şebeke veya Ağ Etkisi Konusunda Bağlama Uygulaması Örnekleri

Elektrik, telekomünikasyon, internet erişimi gibi pazarlar şebeke veya ağ etkisinin gözlendiği tipik pazarlardır. Daha önceleri klasik kamu hizmeti olarak tanımlanan, ancak regülasyon sürecinden sonra "evrensel hizmet", "temel hizmet" veya "ek hizmet" şeklinde ayrımların yapıldığı bu pazarlarda, asıl hizmetin sunumunun, bir diğer hizmetin de alınması koşuluna bağlanması mümkündür. Almanya uygulamasında görüldüğü üzere, bazı durumlarda özellikle belediyeler ve onların iktisadi kuruluşları *(Stadwerke),* pazarda hakim durumdaki teşebbüslerle rekabet edebilmek için, bu tarz hizmetler açısından bağlama uygulamalarına gitmişlerdir. Ancak Almanya'da bu örneklerin yaygın olmasının kısmen de olsa ülkenin idari yapısıyla ilgili olduğu da söylenebilir. Çünkü bölgesel anlamda bu hizmetleri sunan yerel nitelikteki belediye iktisadi kuruluşlarının karşısında çoğu zaman ulusal tekeller (örneğin Deutschetelekom) bulunmaktadır. Bu nedenle

[1396] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 57.

Almanya'da bu pazarlarda serbestleştirmeye gidilen dönemlerde böyle uygulamaların yaygın olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu konuyla ilgili ilk olaylardan birinde, yerel bir teşebbüs müşterilerine aynı zamanda bağlı bir telefon şirketinin de müşterileri olmaları koşuluyla elektrik fiyatlarında indirim yapıyordu[1397]. Mahkeme bu uygulamayı hem o zaman yürürlükteki İndirim Kanunu'na (Rabattgesetz), hem de GWB § 19 bağlamında bir kötüye kullanma olarak değerlendirdi. Yerel kuruluş elektrik tedarik pazarında hakim durumdaydı. Bu durum teşebbüse, telefon hizmetlerini kendi bağlı şirketinden alma konusunda, şehirdeki tüm hane sakinlerine veya müşterilere ulaşma ve onları bu konuda etkileme olanağı sağlıyordu. Ancak telefon hizmeti ve elektrik enerjisinin birlikte alınması durumunda, bunun tüketicilere bir avantaj sağlayacağı, daha doğrusu bu şekilde bir avantajlı durum oluşacağı ve müşterilerin de bundan yararlanacağı şeklindeki savunmalar mahkemeler tarafından kabul edilmedi. Mahkemeye göre, tüketiciler açısından ortaya çıkacağı savunulan bu avantajlara, elektrik fiyatlarını düşürmek yerine, pekâlâ telefon ücretlerini düşürmek suretiyle de ulaşılabilirdi[1398]. Dolayısıyla burada elektrik fiyatlarının düşürülmesi, rekabete aykırı bir davranış için sadece bir araçtı. Burada asıl amaç, belediye kuruluşunun bağlı şirketinin, rekabete aykırı davranışları ile telefon hizmetleri pazarına da girme isteğiydi.

Benzer başka bir olay ise OLG Düsseldorf önüne geldi. Bu olayda da aynı şekilde bir belediye kuruluşu telefon hizmeti ile birlikte elektrik, su ve gaz'ın ayrı ayrı veya birlikte alınması karşılığında indirim yapmayı vaat ediyordu[1399]. Mahkeme bu olay açısından telefon ve elektrik enerjisi için ayrı pazar tespitinden kaçındı. Bununla birlikte, ilgili pazarlar arasındaki ilişki açısından olaya bakıldığında, objektif açıdan dahi bunların farklı pazarlar olduğu ortaya çıkmaktadır[1400]. Yerel teşebbüsün enerji pazarında tekel benzeri bir konumda olmakla birlikte, telefon pazarında müşteri kazanmak için bu durumundan faydalanmasına, telefon pazarındaki fiili durum açısından bakıldığında göz yumulabilirdi. Çünkü şikâyetçi Deutsche Telekom AG bu pazarda daha önce yasal tekel olduğundan, rakibin bu davranışı böyle bir tekel karşısında çok da etkili olmayabilirdi[1401].

[1397] LG Kassel, 21.3.2001 tarihli Karar, **ZNER**, 2000, s. 152.
[1398] LG Kassel, 21.3.2001 tarihli Karar, **ZNER,** 2000, s. 153.
[1399] OLG Düsseldorf, 20.6.2002 tarihli Karar, **GRUR-RR**, 2003, s. 161 *("Ruhrpower-Pakete")*
[1400] Riziotis, s. 150.
[1401] OLG Düsseldorf, 20.6.2002 tarihli Karar, **GRUR-RR**, 2003, s. 161 *("Ruhrpower-Pakete");* Bkz. Riziotis, s. 150.

Benzer başka bir olay ise OLG München tarafından verilen ve Federal Mahkeme (BGH) tarafından da onaylanan bir karara konu olmuştur[1402]. Daha önce OLG Düsseldorf' kararında da belirtildiği gibi Deutsche Telekom, sahip olduğu tekel konumu düşünüldüğünde, yerel teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanması karşısında pazardan dışlanamazdı. Rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından yapılan değerlendirmeler, ilgili teşebbüslerin bireysel pazar konumlarına bağlı değildi. Bu konuda asıl belirleyici olan husus, ilgili pazarda rekabet olanakları üzerindeki genel etkilerdi. Bu anlamda, bu uygulama süresince, çok rağbet gören bir ürün ile daha az tercih edilen bir ürünün bağlanması şeklinde zorlayıcı bir bağlama uygulaması, ya da objektif açıdan ilgili pazardaki rekabet olanaklarını sınırlayan herhangi bir etki ortaya çıkmadığı zaman, bağlama uygulaması yasaklanmayabilirdi[1403]. Aynı zamanda İstinaf Mahkemesinin tespitleri arasında, bağlama uygulamasının üçüncü pazarda (telefon pazarı) giriş engellerine yol açtığına dair bir değerlendirme de yoktu[1404].

OLG München kararına karşı yapılan temyiz başvurusunda ise özellikle elektrik pazarında serbestleştirme nedeniyle coğrafi açıdan tam anlamıyla bir ilgili ürün pazarı tespitinin şüpheli olduğu belirtildi[1405]. Şikâyetçi yerel teşebbüse göre, elektrik pazarında yapılan serbestleştirmeden sonra bölgesel anlamda herhangi bir elektrik pazarı bulunmamaktadır. Fakat Alman Federal Mahkemesi bu görüşü kabul etmedi. Mahkemeye göre ürünlerin homojenliği, durgun talep, ürün yeniliği için sınırlı imkanlar, birlikte ağ ve santral işletimi gibi bir çok etken bir arada düşük fiyat farklarına yol açabilirdi. Bununla birlikte, pazarın bu özellikleri, mevcut tedarikçisini değiştirmeye hazır müşteri oranının önemsiz bir oranda kalmasına yol açıyordu[1406]. Ancak öğretide bazı değerlendirmelere göre, tüm bu etkenler, kısmen de olsa bölgesel bir pazarın varlığının kabulünü haklı çıkaracak düzeydedir[1407]. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, ticari faaliyet özgürlüğü hâkim durumdaki teşebbüs açısından da geçerli olmakla birlikte, yapılan bu ticari faaliyetler üçüncü bir pazardaki rakipler için pazara giriş engellerinin ortaya çıkmasına da neden olduğu zaman, bu davranışlar bir kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir. Fakat somut

[1402] BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 3, 2004, s. 259 *("Strom ve Telefon II)*; BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, 2004, s. 255 *("Strom ve Telefon I").*
[1403] BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 3, 2004, s. 261 *("Strom ve Telefon II).*
[1404] BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 3, 2004, s. 262 *("Strom ve Telefon II).*
[1405] Elektrik pazarındaki serbestleştirme nedeniyle, kesin ve net bir coğrafi ürün pazarı belirlemenin şüpheli olduğu yönündeki bir diğer karar için bkz. OLG Düsseldorf, 21.2.2001 tarihli Karar, **GRUR-RR**, 2002, s. 289, *("Strom & Fon").*
[1406] BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 3, 2004, s. 257, *("Strom ve Telefon I")*
[1407] Riziotis, s. 151.

olaydaki verilerin bu tarz bir değerlendirme için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır[1408].

Ağ etkisi ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusunda yukarıda kısaca bahsedilen kararlar incelendiği zaman, neredeyse tüm mahkemelerin üzerinde durduğu ortak hususların başında, bağlama uygulaması yoluyla elektrik enerjisi tedarikçisinin, kendi müşteri çevresinden başka bir pazara girmek için yararlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde elektrik enerjisi tedarik pazarında sahip olduğu hakim durum sayesinde ancak telefon hizmetleri pazarında bir avantaj elde edebileceğini hesaplamaktadır. Bir diğer husus ise her iki pazarda da, ortaya çıkan bu olaylardan kısa bir süre önce serbestleştirmeye gidilmiş olmasıdır. Bir yandan yerel kuruluş *(Stadwerk)* elektrik enerjisi tedarik pazarında eski bölgesel tekel olması nedeniyle büyük bir müşteri potansiyeline sahip iken, diğer yandan Deutsche Telekom uzun yıllar telefon hizmetleri pazarında sahip olduğu yasal ve ulusal tekel avantajlarından yararlanmaktadır[1409]. Üçüncü bir husus ise özellikle telefon hizmetleri pazarında Deutsche Telekom ve yerel belediye kuruluşları dışında, üçüncü bir fiili veya potansiyel rakibin de varlığıdır[1410].

Bu kararlar aynı zamanda regüle edilen pazarlarda eski yasal tekellerin davranışları ile de ilgilidir. Fakat verilen kararların hiçbirisinde, pazara yeni giren rakiplerin eski yasal tekeller nedeniyle ortaya çıkan yüksek giriş engellerinin üstesinden nasıl gelebileceklerine değinilmemesi, önemli bir eleştiri konusu olmuştur[1411]. Her şeyden önce müşteriler açısından marka güvenilirliği ve yeni teşebbüsler için de müşteriler bakımından ortaya çıkan güvensizliği aşmak gibi sorunlar, bu tarz pazarlarda faaliyet göstermek isteyen yeni teşebbüsler bakımından önemli giriş engelleridir. Telekom pazarındaki yüksek pazar payları, sadece pazara giriş engeli olarak değil, aynı zamanda potansiyel rakipler açısından caydırıcı etkisi olan bir nevi gizli giriş engelleri olarak da değerlendirilebilir. Bu anlamda yerel teşebbüslerin çok azı bu pazara giriş engellerini aşabilecek kapasitedeydi. Çünkü bunlar genellikle markaya bağlılık ve karşılıklı güven temelinde ve ortak bir iletim hattı pazarından yararlanmak suretiyle elektrik hizmeti sunan teşebbüslerdir[1412]. Örneğin OLG Düsseldorf kararında da vurgulandığı üzere, bütün Almanya çapında

[1408] BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, **GRUR**, Heft: 3, 2004, s. 258, *("Strom ve Telefon I").*
[1409] OLG Düsseldorf, 21.2.2001 tarihli Karar, **GRUR-RR**, 2002, s. 289, *("Strom & Fon").*
[1410] Bkz. Riziotis, s. 151.
[1411] Riziotis, s. 151.
[1412] OLG Düsseldorf kararında da vurgulandığı üzere, Deutsche Telekom'un bu tarz uygulamalar ile engelleneceğini düşünmek, teşebbüsün bütün Almanya çapında sahip olduğu yüksek pazar payı göz önüne alındığında imkansız görünmektedir. Dolayısıyla bu tarz pazarlar da faaliyet gösterebilmek açısından bu hususların da dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. OLG Düsseldorf, 20.6.2002 tarihli Karar, **GRUR-RR**, 2003, s. 161, *("Ruhrpower-Pakete").*

sahip olduğu yüksek pazar payı dikkate alındığında, Deutsche Telekom'un bu tarz davranışlarla engellenmesinin ihtimal dahilinde bile olmadığı belirtilmiştir[1413].

C. Yenilikçi Pazarlarda Ürün Geliştirme Yoluyla Bağlama Uygulaması

1. Yenilikçi Pazarlarda Teknolojik Bağlama Uygulaması

Bağlayan ürünle birlikte bağlanan ürünün entegre bir şekilde satışa sunulduğu bağlama uygulamaları, daha çok yeni teknolojik ürünlerin ortaya çıktığı yenilikçi pazarlara *(Innovation Markets)*[1414] özgü davranışlardır[1415]. Öte yandan teknolojik bağlama uygulamaları (*technological tie-ins)* daha önceleri fiziksel bağlama *(physical tie-ins)* olarak[1416] da adlandırılmaktaydı. Teknolojik ürün bağlama uygulamaları konusunda klasik iki örnek, Amerikan İstinaf Mahkemesinin verdiği *United States(US) v. Microsoft* kararı[1417] ile AB Komisyonu tarafından yine Microsoft hakkında verilen karardır[1418]. Her iki karar aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Teknolojik bağlama uygulamaları ile anlaşılması gereken, teknik açıdan birlikte çalışmak veya işlevsel hale gelmek üzere, bir ürün kombinasyonu oluşturulmasıdır. Başka bir ifadeyle, teknolojik bağlama özü itibariyle saf paket uygulamasına benzer olmakla birlikte, teknik veya mekanik olarak birbirlerine fiziksel olarak da bağlanan ürünlerin kolayca birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı durumları ifade etmektedir[1419]. Burada bağlı ürünler ayrı ayrı üretilmiş olsalar da, bunlar ancak birlikte kullanıldığında daha işlevsel olacak şekilde tasarlanmıştır. Öte yandan bu durum bazen teknik gerekliliklerin bir sonucu da olabilir[1420]. Ancak teknik nedenlerden dolayı ürün bağlamanın bir zorunluluk olması halinde, bu durum *per se* rekabete aykırı değildir. Bununla birlikte entegre ürün geliştiren teşebbüsün asıl amacı bağlama uygulaması ile rekabeti sınırlamak veya pazarı kapatmak ise bu davranış rekabete aykırıdır. Bu anlamda AB Komisyonu tarafından verilen Microsoft Kararı[1421] teknolojik açıdan tamamlayıcı ürünlerin bağlanması ile rakiplerin dışlanması ve nihayetinde rekabetin sınırlanmasına yönelik bilinen en klasik

[1413] Riziotis, s. 152.
[1414] Geleceklerinin gayri maddi mal yaratmaktaki başarılarına bağlı oldukları ve diğer teşebbüslerin başarılı yeniliklerine oldukça hassas olan teşebbüslerin bulunduğu pazarlar yenilikçi pazarlardır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 105.
[1415] Hovenkamp, s. 413, Jones ve Sufrin, s. 458.
[1416] Burkert, s. 367.
[1417] *US v. Microsoft Corp.,* 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001) *("Microsoft III").*
[1418] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792 *("Microsoft").*
[1419] Ekdi, s. 82; Wolf, s. 82.
[1420] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 48.
[1421] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792 *("Microsoft").*

olaylardan birisi olduğundan, çalışmamızın bu bölümünde biraz daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

a. Teknolojik Bağlama Uygulamasının Rekabet Üzerindeki Etkileri

Bağlama uygulamaları konusunda yargısal kararların ilk ortaya çıktığı Amerikan *antitrust* hukukunda, mahkemeler ilk başlarda teknolojik bağlama uygulamalarına mesafeli yaklaştılar. Mahkemeler çoğu zaman sözleşmesel bağlama olarak adlandırılan klasik ürün bağlama uygulamalarını yasaklarken, teknolojik ürün pazarlarında ortaya çıkan bağlama uygulamalarını ise daha mesafeli bir yaklaşımla ele aldılar. Hatta çoğu zaman bu uygulamaları rekabet açısından bir ihlal olarak görmediler[1422]. Ancak Amerikan İstinaf Mahkemesinin verdiği *United States(US) v. Microsoft* kararı[1423], bu konuda bir dönüm noktası oldu. Microsoft'la ilgili bir dizi dava sürecinde bu yaklaşımdan vazgeçildi ve teknolojik bağlama uygulamaları da

[1422] Bkz. Ekdi, Ürün Bağlama, s. 99.

[1423] Teknolojik bağlama uygulamaları konusunda bilinen ilk örneklerden birisi şüphesiz *US v. Microsoft* olayıdır. Bu olayda Microsoft, Windows ve İnternet Explorer'ı bağlı olarak satmaya başlayınca, Amerikan Adalet Komisyonu bağlama uygulamasını satıcının pazar gücü nedeniyle, Sherman Yasası 1. Bölüm kapsamında bir ihlal olarak gördüğünden, bağlama uygulamasını *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirdi. Microsoft'un burada asıl amacı İşletim Sistemi *(Betriebssysteme, Windows)* pazarında sahip olduğu tekel gücünü İnternet Sağlayıcısı *(Internet Browser)* pazarına da genişletme isteğiydi.
Sherman Yasası 2. Bölüm kapsamında bir teşebbüsün rekabeta aykırı davranışlarla tekelleşmeye teşebbüs etmesi veya tekel durumunu korumak için hakim durumdan yararlanması rekabeti sınırlayıcı ve hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Microsoft'un rekabete aykırı davranışlarının temelinde ise *Internet Explorer* ile rekabet halinde olan başka bir internet tarayıcısı *Netscape Navigator*'ı dışlama amacı bulunmaktaydı. *Netscape Navigator,* aynı zamanda özel bir yazılım (Middleware) olarak da adlandırılan bir çeşit yazılım sistemine ait olup, bu başka uygulamalar için de esaslı bir temel hizmet işlevi görmekteydi. Bu durumda Microsoft işletim sistemindeki pazar konumu nedeniyle, bağlama uygulaması ile rakiplerine adeta bir gözdağı vermekteydi. Alıcılar bu durum karşısında *Netscape* gibi özel yazılım *(Middleware)*'ın kullanımı için Microsoft'tan çok da bağımsız hareket edemiyorlardı. Çünkü Microsoftun işletim sistemi ile pazarda sahip olduğu tekel durumu, rakibi için de ciddi bir tehdit oluşturmaktaydı. Bu nedenle Microsoft, Netscape Navigator'un pazarda büyümesini engellemeye girişti. Benzer bir durum *Sun Microsystem*'in *Java* adlı ve Windows'un hakimiyeti ile sürekli tehdit altında kalmış *Middleware* programı için de geçerliydi.
Microsoft, *Netscape Navigator*'ı yıldırmak suretiyle pazardan atmaya yönelik hedefi çerçevesinde geliştirdiği stratejinin en önemli basamakları, Windows ve Internet Explorer'ın öncelikle sözleşmesel, daha sonra ise teknolojik bir bağlama uygulaması ile entegre etmesiydi. Bu durumda çoğu kullanıcı ücretsiz bir sürüme ulaşma imkanı varken, başka bir işletim sistemi edinmek istemeyecekti. Microsoft bağlama uygulamasını etkinleştirmek için, bağımsız bilgisayar üreticilerini *(Original Equipment Manifacturers, OEMs)* de Windows ve Internet Explorer'ın bağlanmasını kullanmak suretiyle Windows'u modife etmek yoluyla bağladı.
Mahkeme öncelikle Temyiz Mahkemesinin daha önceki bir kararında da şüpheyle yaklaşılan bir durum olarak, "yenilikçi/teknolojik pazarlara ait ürünlerin bağlanmasının rekebete aykırılığı veya etkinlik artırıcı niteliği hususunda yargıcın ne oranda bir değerlendirme yapabilecek durumda olduğu" sorusu üzerinde durdu. Dolaylı olarak, bağlama uygulamalarının değiştirilmiş *per se* kurallar yerine, *rule of reason* yaklaşımına göre incelenmesinin bu tarz olaylar bakımından daha yerinde olup olmadığının nasıl değerlendirileceğini irdeledi. Mahkeme aynı zamanda Microsoft'un bağlama uygulaması açından tüketicilere yönelik herhangi bir etkinlik kazanımı görmediği gibi, kısa zaman zarfında ilgili pazarda potansiyel rekabeti ortadan kaldıracak şekilde açık bir niyetin varlığına hükmetti. Bkz. *US v. Microsoft Corp.,* 147 F.3d 935, 950 (D.C.Cir. 1998). US v. Microsoft Kararı konusunda değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ali Demiröz ve Orçun Şenyücel, "Microsoft Davası'na Genel Bir Bakış", **Rekabet Dergisi**, Sayı: 4, 2000, s. 60.vd.

mahkemeler tarafından rekabet üzerindeki etkileri açısından ciddi bir şekilde incelenmeye başlandı. Bu anlamda *Microsoft* olayı, sözleşmesel bağlama uygulamaları *(contractual tying)* ile teknolojik bağlama uygulamaları arasında ayrıma gidilen önemli bir karardır[1424].

Teknolojik bağlama uygulamaları konusunda ortaya çıkan sorunlar iki açıdan ele alınabilir: Birincisi, öncelikle bağlama uygulamasının unsurları açısından olaya bakıldığında, klasik ürün bağlama uygulamasında normalde iki farklı ürün söz konusudur. Oysa teknolojik bağlama uygulamalarında ürünlerin fiziksel olarak da birbirleriyle bağlı olmaları nedeniyle bu ayrım çoğu zaman bu kadar belirgin olmayıp, sanki tek bir ürün varmış gibi bir durum ortaya çıkmaktadır[1425]. İkincisi bu tarz bağlama uygulamaları açısından yasal düzenlemelerin ve somut olayda olduğu gibi mahkemelerin, üreticinin ürün tasarımı ve ürün geliştirme özgürlüğüne ne ölçüde müdahale edebileceği ve bu anlamda entegre ürünlerin ayrılmasını talep edip edemeyecekleridir. Bununla bağlantılı ortaya çıkan bir diğer sorun ise, ortada tek veya ayrı iki ürünün bulunup bulunmadığının sadece üreticiye mi bırakılması gereken bir sorun olduğudur[1426].

AB Komisyonu bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkilerini değerlendirirken, teknik bağlama uygulamaları üzerinde de durmuştur. Komisyona göre bağlama uygulamasının süresi pazarın kapanması tehlikesini artıracaktır. Buna göre rekabeti sınırlayıcı şekilde bir pazar kapama tehlikesinin büyüklüğü her şeyden önce kalıcı veya sürekli bir bağlama uygulamasıyla ilgilidir. Sadece yüksek maliyetler ile üstesinden gelinebilen teknik bağlama uygulamaları da bu duruma örnektir. Komisyon'a göre teknik bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki bir diğer olumsuz etkisi ise entegre ürünü oluşturan münferit parçaların yeniden satışını zorlaştırmalarıdır[1427].

Uygulamaya bakıldığında, Amerikan Mahkemeleri teknolojik bağlama uygulamaları sorunuyla yetmişli ve seksenli yıllarda, özellikle IBM'ye karşı ve rakiplerin ürün geliştirme faaliyetlerinin engellenmesi nedeniyle açılan davalarda

---

[1424] Bununla birlikte AB hukukunda, teknolojik bağlama uygulamalarının birçok olayda Komisyon tarafından şekli bir yakaşımla ele alındığı ve bu anlamda AB rekabet hukuku uygulamasında Komisyonun teknolojik bağlama uygulamaları ile sözleşmesel bağlama uygulamaları arasında bir ayrıma gitmeyi dikkate almadığı yönünde eleştirel bir görüş için bkz. Ben-Zie, s. 70.

[1425] Nitekim Rekabet Kurulu da teknolojik bağlama uygulamaları ile ilgili bir kararında, ürünlerin bir arada sunulmasının bağlama mı yoksa normal bir uygulama mı olduğuna dair değerlendirmenin bazı ürünler için oldukça güç olabildiğini, yazılım gibi ürünlerin doğasının, işlevinin, bu ürünlere ilişkin tüketici algısının oldukça karmaşık bir nitelik arz ettiği pazarlarda, bu gibi değerlendirmelerin içinden çıkılması oldukça güç bir hal alabildiğini belirtmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/407-154 sayılı Karar.

[1426] Riziotis, s. 34.

[1427] Komisyon, AEUV m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 53.

karşılaştı. Daha önce ayrı satılan ürünlerin sonradan bağlanmaları ile ilgili bu olaylarda, haklı gerekçeler genellikle etkinlik kazanımı olarak ortaya çıkmaktaydı. Fakat bu tarz bağlama uygulamalarına karşı katı bir yasaklayıcı tutum ilgili pazarlar açısından yenilikçi gelişmelerin engellenmesi gibi bir sorunun da ortaya çıkmasına neden oldu. Bu durum aynı zamanda sürekli gelişim içinde olan ve tüketicilere alternatif ve yeni ürünler sunan yenilikçi ürün pazarları açısından bir dezavantaj olarak değerlendirilmiştir[1428].

Benzer şekilde AB Komisyonu'nun AEUV m. 102 kapsamında verdiği *IBM* Kararı[1429] da teknolojik bağlama uygulamaları konusundadır. O zamanlar en büyük bilgisayar üreticilerinden birisi olan IBM, güçlü bilgi işlem sistemi *System/370*'i bir dizi bağlama uygulaması ile pazara sunmaktaydı. Komisyonun IBM'e karşı başlattığı soruşturmadan sonra IBM kendi isteği ile bu uygulama ile ilgili yükümlülükleri değiştirmeye söz verdi. Bu olayda da aslında teknolojik bir bağlama uygulaması bulunuyordu. Somut olaydaki tartışmalı noktalar ise rekabetin işleyişini engelleyen, yeni uyumlu veya tamamlayıcı ürünlerin üretilmesi ve sorunsuz kullanımı için gerekli olan "arayüz bilgileri"nin *(Schnittstelleninformationen)*[1430] gizlenmesiydi. Sonuçta rakipler IBM'in yeni ürünlerine uygun tamamlayıcı ürünleri yerinde ve zamanında üretemedikleri gibi, alıcılar da IBM'e bağımlı olduklarından, bu durum karşısında şirketin başka ürünlerini de almak zorunda kalıyorlardı[1431]. Ayrıca, Sistem/370'in merkez birimi, sadece bir ana bellek kapasitesi ve bir temel yazılım *(Basis-Software)* ile birlikte alınabiliyordu. IBM açısından bu olayda hakim durum ve kötüye kullanma söz konusu olmamakla birlikte, şirket soruşturma sürecinin başlaması ile birlikte satış politikasını değiştirmeye söz verdi[1432].

b. Ürün Geliştirme Yoluyla Teknolojik Bağlama Uygulaması

Fiziksel bağlama *(physical tie-ins)* olarak da adlandırılan ürün tasarımı yoluyla bağlama uygulamaları, arayüz/platform olarak da adlandırılan belirli bir

---

[1428] Riziotis, s. 35.
[1429] Komisyon, XIV. Rekabet Politikası Raporu, Nr. 94 vd; Fiala, s. 58; Whish, s. 661; Wolf, s. 82; Jones ve Sufrin, s. 458.
[1430] Ara yüz bilgilerine erişim aynı zamanda rekabet hukukunda "esaslı unsur doktrini" *(Essential-Facility-Doktrin)* kapsamında değerlendirilen bir sorun olmakla birlikte, bu yaklaşım tartışmalıdır. Çünkü her somut olayda bu durumun eksikliği nedeniyle, doktrinin uygulanabilirliği de tartışmalıdır. Öte yandan çoğu zaman gerekli bilgilerin zamanında temin edilebilirliği de sorunlu olup, aynı zamanda üretilen ürünlerde tam uyumlu değildir. Ancak uyumluluk güvenliği ve rekabet ön planda sağlandığı oranda, "esaslı unsur doktrini"nin daha esenek *(eine gelockerte Varienate)* bir şeklinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Fiala, s. 59.
[1431] Fiala, s. 58.
[1432] Komisyon, XIV. Rekabet Politikası Hakkında Rapor, Nr. 95 vd; Jones ve Sufrin, s. 458; Komisyon, XVI Rekabet Politikası Hakkında Rapor, Nr. 75.

ürünün her zaman başka bir ürünle birlikte kullanıldığı ve her iki ürünün de birbiri için tamamlayıcı olduğu durumlarda sözkonusudur. Buna örnek olarak bir bilgisayar işletim sistemi arayüz/platform olarak kullanılabilir ve uygulama yazılımı da tamamlayıcı ürün olarak verilebilir. Burada arayüz sahibi hakim durumdaki teşebbüs, kendi tamamlayıcı ürününü bu ara yüz ile entegre olacak şekilde üretebilir ve bu şekilde arayüz pazarında sahip olduğu pazar gücünden, ortaya çıkan tamamlayıcı ürün sayesinde, alt pazar üzerinde de kullanmak için yararlanabilir[1433]. Aynı zamanda üretici, rakiplerin uygun tamamlayıcı ürünlerinin kendi platformu ile kullanılmasını da engelleyebilir. Benzer şekilde ürün entegrasyonunda *(Produktintegration)* olduğu gibi sağlayıcı, burada birincil (arayüz, bağlayan ürün) pazarında sahip olduğu hakim durumdan, ikincil pazardaki (bağlanan ürün) durumunu iyileştirmek veya sağlamlaştırmak için yararlanmaktadır. Bu şekilde aktarma etkisi bu pazar üzerinde ortaya çıkmaktadır[1434].

2. Microsoft Kararı

a. AB Komisyonu Kararı

AB Komisyonu Microsoft kararı[1435], teknolojik bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi konusunda üzerinde durulması gereken bir karardır[1436]. Gerçi Microsoft hakkında Komisyon bağlama uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılması konusunda görece daha yeni bir karar[1437] da vermiş olmakla birlikte, ilk kararda yapılan değerlendirmeler hala geçerliliğini koruyor. En son verilen kararda da teknolojik pazarlardaki bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda yapılan değerlendirmeler ile ilk verilen karar açısından yapılan değerlendirmeler arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak ilk karar daha ayrıntılı ve özgün değerlendirmeler içerdiği için, çalışmamızın bu

---

[1433] Nothhelfer, s. 86.
[1434] Fischer, s. 73.
[1435] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, *"Microsoft",* (Yayınlanmamış Karar), Nr. 402. (Microsoft Kararı'nın sadece özeti AB Resmi Gazetesi (ABl. EG)'de yayınlanmıştır. Karar 2007/53/EG, ABl. EG, 6.2.2007, L 32/23, (Anılış: "Microsoft").
[1436] Martin Stopper, "Der Microsoft-Beschluss des EuG", **ZWeR**, Heft: 1, 2005, s. 87.vd.
[1437] Bu olayda şikeyetin özü, Microsoft'un "müşteri işletim sistemi" (Client-PC-Betriebsssystem) ve "müşteri PC işletim sistemleri Web tarayıcısı"nı (Webbrowser für Client-PC-Betriebssysteme) birlikte satmasıdır. Bu durum Komisyon tarafından, farklı iki ürünün birlikte satılması suretiyle, hakim durumun bağlama uygulaması ile kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Komisyon Kararı, 16.12.2009 tarih ve COMP/C-3/39.530-Microsoft (Kopplung), **WuW**, Heft: 5, 2010, WuW/E EU-V, s. 1499.

bölümünde açıklamalarımızı Microsoft hakkındaki ilk karar açısından yaparken, yeri geldikçe son karara da değineceğiz.

Komisyon'un Microsoft hakkında verdiği ilk karar esasen Microsoft'un rekabete aykırı farklı iki davranışından kaynaklanmaktadır. Birincisi, şikayetçilerden *Sun Microsystem* tarafından öne sürülen ve Microsoft'un hakim durumunu kullanarak, rekabet ve tamamlayıcı ürün üreten bağımsız teşebbüsler için gerekli olan "arayüz bilgilerini" *(Schnittstelleninformationen)* açıklamaktan kaçınmasıdır. İkinci durum ise Komisyon tarafından yapılan incelemede yazılım ürünü olan *Windows Media Player* ile işletim sistemini *(Betrisbssystem)* birlikte satmak suretiyle bağlama uygulamasına gitmekle suçlanıyordu.

Media Player, yazılım uygulamaları ve dijital görüntü dosyalarının kaydedilmesi, açılması ve çalınmasıdır. Bu aynı zamanda ses ve görüntü dosyalarının internet, CD veya DVD'den bilgisayara kaydedilmesini de sağlayan bir yazılım sistemidir. Bu olayda ön planda *Streaming Media Player* rol oynamaktadır. *Streaming,* multimedya dosyaları internet üzerinden yayınlamaya/oynatmaya yarayan bir tekniktir. Bu teknik CD veya DVD gibi kaydedilmiş dosyaları çalmaktan farklı bir sistemdir. Çünkü burada dosyalar kaydedilmiş olmayıp, aksine kaynak**,** yani internet ortamı *(Internetseite)* ile alıcı arasındaki kesintisiz bir bağlantı bulunmaktadır[1438]. Kaynak ve alıcı arasındaki bu süreklilik/kesintisizlik, alıcının *Media Player'*ının sahip olduğu özel bir donatım ile olmaktadır. Gerekli donatıların anlaşılmasını sağlayan bu ek özelliği nedeniyle *Streaming Media Player,* sadece kayıtlı dosyaları yürütebilen diğer Media Playerlardan ayrılmaktaydı. Sonuçta, Microsoft, bir *Streaming Media Player* olan Windows işletim sistemi ile Windows Media Player'i 1998'den beri bağlı sunduğu için, rekabete aykırı davranışları nedeniyle, şikayet edildi[1439]. Hem AB Komisyonu ve hem de AB (İlk Derece) Mahkemesi bu olayda Microsoft'un Windows Media Player ile Windows İşletim Sistemini entegre emek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna vardılar[1440].

AB Komisyonu değerlendirmelerini üç farklı ilgili pazar belirleyerek yapmakla birlikte, bağlama uygulaması açısından bu pazarlardan özellikle ikisi belirleyiciydi. Bunlardan birincisi müşterilerin kişisel bilgisayarları ile ilgili işletim sistemleri pazarıydı. Kişisel bilgisayarlar (veya basit bilgisayarlar), sunucu *(Server)* ile

[1438] Komisyon Kararı, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Nr.63. *"Microsoft".*
[1439] Nothhelfer, s. 81; Frank Fichert ve Anne Sohns, "Wettbewerbsschutz auf dem Markt für Server-Betriebssysteme, Wettbewrbspolitische Anmerkungen zur Microsoft-EU-kommission", **WuW**, Heft: 9, 2004, s. 908.
[1440] Gauß, s. 118.

ayrılmaktaydı. Sunucu, çok sayıda kullanıcının aynı anda kullandığı büyük bir ağ bilgisayarıdır. Her kullanıcı kendi bilgisayarı ile sunucuya bağlanmaktadır[1441]. Diğer ilgili pazar ise *Streaming Media Player* ile ilgili olan pazardır. Microsoft, multimedya dosyaların yürütülmesinin işletim sisteminden ayrı bir ürün olmadığını, aksine tüketicilere avantaj sağlayan daha iyi hale getirilmiş bir ürün olduğunu savundu[1442]. Komisyon ise bu iddianın aksini, işletim sisteminin Media Player olmadan da bu işlevini yerine getirebileceğini ispatlayarak çürüttü[1443]. Aynı zamanda kendi bilgisayarlarında Media Player istemeyen firmalar gibi kurumsal müşteriler de bulunmaktaydı[1444].

(1) İlgili Pazarın Yapısı ve Microsoft'un Hakim Durumu

Komisyon'a göre, Microsoft kişisel bilgisayar işletim sistemleri pazarında hakim durumdaydı. Microsoft bağlayan ürün olan işletim sistemi pazarında, dünya genelinde süreklilik arzeden % 95'in üzerinde bir pazar payıyla tartışmasız hakim durumdaydı[1445]. 2000 yılı verilerine göre Microsoft'un ürün satışında % 92.1 ve elde edilen gelir açısından % 93.2'lik pazar payı bulunmaktaydı. Bu oranlar sırasıyla 2001 yılında % 93.2 ile % 95.4 ve 2002 yılında ise % 93.8 ile 96.1 oranına ulaşıyordu. Microsoft'un kendi tahminlerine göre de izleyen yıllarda pazar payı % 90 üzerinde gerçekleşecektir[1446]. 1997 ve 2000 yıları arasını kapsayan dönemde Microsoft'un ilgili pazarlardaki pazar payı % 80'nin üzerinde gerçekleşmiştir.

Öte yandan hakim durumun tespitinde yeni teknolojik pazarların kendine özgü yapısı da önem kazanmaktadır. Bu pazarlar güçlü ağ etkisi yönünde bir eğilim göstermektedir[1447]. Bu durum özellikle ara işlerliğin *(Interoperabilität)* önemli bir rol oynadığı işletim sistemi gibi pazarlar açısından da geçerlidir. Altı yıldan daha fazla %80 üzerinde ve süreklilik arzeden bu yüksek pazar payı ayrıca yeni gelen müşterileri, büyük ağ avantajlarından yararlanabilme gibi düşünceler nedeniyle kendine çektiği gibi, bu durum alıcı veya tüketiciler açısından şebekenin daha cazip

---

[1441] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.47. *"Microsoft".*
[1442] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 404. *"Microsoft".*
[1443] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 405. *"Microsoft".*
[1444] Çünkü bunlar çalışanlarının bilgisayralarını iş ile ilgili amaçlar dışında kullanmasını istemediklerinden, Media Player da istemiyorlardı**.** Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 806. *"Microsoft".*
[1445] Nothhelfer, s. 82; Gauß, s. 119; Fichert ve Sohns, s. 911.
[1446] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 431. *"Microsoft".*
[1447] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 213. Ağ etkisi aynı zamanda inovasyon pazarlar açısından önemli bir pazara giriş engeli olabilmektedir. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gauß, s. 104.

görünmesi gibi fazladan rekabet avantajlarına da neden olmaktadır[1448]. Mevcut müşterilerin potansiyel tüketiciler üzerinde olumlu yönde dışsal bir etki yarattığı bu durum, şebeke etkisi olan bu tarz pazarlarda *"ağ dışsallığı"* olarak da tanımlanmaktadır[1449]. Dolayısıyla, ağ etkisinin olduğu pazarları alıcı veya müşterilerin gözünde çekici veya vazgeçilmez kılan en önemli faktör, ağın kullanıcı sayısıyla orantılı artan popülerliğidir[1450]. Kullanıcı sayısı arttıkça şebekeye atfedilen değer de artmaktadır[1451]. Dolaylı ağ etkisi *(indirekten Netzwerkeffekte)* olarak da tanımlanan bu durum[1452], aynı zamanda ilgili pazarda bir *pozitif ağ dışsallığı* olarak da ortaya çıkmakta ve hakim durumdaki teşebbüse çok önemli rekabet avantajları sağlamaktadır[1453].

Somut olayda da Microsoft'un ağ etkisinden kaynaklanan yüksek pazar payı ve bununla bağlantılı diğer dolaylı ağ etkileri, sürekli artış yönünde bir eğilim gösterdiğinden, bu durum karşısında, teşebbüsün pazar davranışlarında, en azından kısa vadede ciddi bir değişikliğin ortaya çıkmasının gerçekçi bir beklenti olmayacağı belirtilmiştir. Bu sonuç rekabet hukuku açısından da esasen bir çelişki olmadığı gibi, şaşırtıcı da değildir. Çünkü rakiplerini geride bırakıp, pazarda tek başına kalmak her teşebbüsün nihai hedefidir. Dolayısıyla bu konumdaki bir teşebbüsten, davranışlarını ve nihayetinde pazar konumunu bu yönde değiştirmesini beklemek de pek rasyonel olmayacaktır. Sonuçta, bütün bu olgular bir arada değerlendirildiğinde, gelecekte alternatif Windows Media Player sunan veya sunmak isteyen rakipler açısından, pazar yapısında bir bozulma söz konusuydu[1454].

Microsoft ayrıca kullanıcıların sahip oldukları eski işletim sistemlerini, kendi işletim sisteminin yeni versiyonları ile değiştirmeleri konusunda bir anlamda zorlayıcı bir pazar politikası da izlemekteydi. Söz konusu işletim sistemleri pazarında var olan ağ etkisi, aynı zamanda bir çeşit yüksek pazara giriş engeli olarak da değerlendirilebilir. Potansiyel bir rakip tarafından yeni bir işletim sisteminin geliştirilebilmesi teorik olarak her zaman mümkün olmakla birlikte, pozitif ağ etkisi nedeniyle bu durum pazara giriş için tek başına yeterli olmayacaktır. Çünkü üretici açısından, yeni bir işletim sisteminin geliştirilmesi ile birlikte, mevcut işletim sistemlerini bırakıp yeni sistemi kullanacak kritik önemdeki bir müşteri kitlesine

[1448] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, *Microsoft,* Nr.428.
[1449] Fichert ve Sohns, s. 911.
[1450] Örneğin işletim sisteminin popülerliği kullanıcı sayısı ile artar. Kullanıcı sayısı arttıkça gittikçe daha çok kullanıcı o sistemi kullanmak isteyecektir. Bkz. Komisyon Kararı, 16.12.2009 tarih ve COMP/C-3/39.530-Microsoft(Kopplung), **WuW**, Heft: 5, 2010, WuW/E EU-V, s. 1499, Nr. 26.
[1451] Fiala, s. 58.
[1452] Nothhelfer, s. 82.
[1453] Fichert ve Sohns, s. 912.
[1454] Nothhelfer, s. 83.

ulaşmak çok önemlidir. Aynı zamanda kritik önemdeki bu kitlenin de, sahip oldukları mevcut ağ avantajlarını, yeni sistemi kullanmaları durumunda kaybetmeyecekleri konusunda ikna olması gerekir. Dolayısıyla benzer veya ikame ürün üreten rakibin pazarda kalması her şeyden önce kritik orandaki bu alıcı kitlesine ulaşması ile mümkündür. Ancak böyle bir ürün geliştirmenin her durumda öncelikle zaman istemesi, teşebbüs açısından riskli ve yüksek maliyetli bir yatırım olması yanında, belirli bir alıcı kitlesine ulaşma zorunluluğu da rakipler açısından dezavantajdır. Pazara özgü bu durumlar genellikle "giriş engellerine başvurma" *(Applications barrier to entry, durch anwendungen bedingte Zutrittschranke)* olarak da tanımlanmaktadır[1455]. Öte yandan bu giriş engelleri yanında, teknolojik pazarlara özgü yüksek araştırma ve deneme maliyetleri ile birlikte ortaya çıkabilen batık maliyet sorunu da hakim durumdaki teşebbüsü rakiplerine karşı koruyan, rekabet açısından önemli avantajlar sağlayan etkenlerdir[1456].

Microsoft, Komisyon'un bu konuda yaptığı analizlere, "klasik rekabet hukuku yaklaşımlarının *yeni ekonomi* alanları için elverişli olmadığı" şeklinde karşı görüş getirdi. Buna göre, pazarda hakim durumda olan teşebbüsün ve onun ürünlerinin yerini, hiç beklenmedik bir şekilde ve zamanda yenileri alabilir ve böylece eskiden varolan ürünler pazardan kaybolabilirler[1457]. Microsoft'a göre Komisyon ayrıca yeni teknolojileri mufiyet yoluyla korumaktan kaçınıyordu. Oysa bu tarz pazarların dinamik yapısı, somut olay bağlamındaki davranışlar ile birlikte bir bütün olarak ele alınmalıdır.

(2) Bağlama Uygulaması ve Kötüye Kullanma Niteliği

Microsoft olayı açısından öncelikle ele alınması gereken husus, bağlama uygulamaları konusundaki AEUV m. 102(d) hükmünün uygulanabilmesi için Windows Media Player'ın gerçekten de ayrı bir ürün olup olmadığıydı. Microsoft burada iki ayrı üründen ziyade[1458], tüketiciler için avantaj sağlamak için geliştirilmiş "bir yüzey" olduğunu öne sürdü[1459]. Windows ve Windows Media Player'ın entegrasyonuna rağmen, Komisyon ilgili ürünün özelliklerini değerlendirirken

[1455] Fichert ve Sohns, s. 913. Ayrıca bkz. Komisyon Kararı, 16.12.2009, COMP/C-3/39.530-Microsoft (Kopplung), **WuW**, Heft: 5, 2010, WuW/E EU-V, s. 1499, Nr. 28.
[1456] Bkz. Komisyon Kararı, 16.12.2009, COMP/C-3/39.530-Microsoft (Kopplung), **WuW**, Heft: 5, 2010, WuW/E EU-V, s. 1499, Nr. 29.
[1457] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 465. *"Microsoft".*
[1458] Jones ve Sufrin, s. 460.
[1459] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 213; Fischer, s. 79.

ABAD'ın *"Tetra Pak II"*[1460] ve *"Hilti"*[1461] kararlarından hareketle, iki farklı ürünün varlığını belirtti[1462]. Çünkü *Mediaplayer-Software* için ayrı satışları olan bağımsız üreticiler de bulunmaktaydı. Çalışanların bilgisayarlarını iş dışındaki amaçlar için kullanmasını önlemek için *Media Player* istemeyen kurumsal alıcılar da bulunmaktaydı. Hatta Microsoft'un *Apple* için ayrı üretim yoluyla bu ürünleri pazara sunma şeklindeki ticari poitikası da, işletim sistemi ve medya player'ın birbirinin parçası veya aynı ürün olmadığını gösteriyordu[1463].

Komisyon bu olayda da hakim durumdaki teşebbüslerin, özellikle rekabeti engelleyen davranışlardan kaçınması gerektiği şeklindeki özel sorumluluklarını tekrar vurguladı[1464]. Komisyon bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin değerlendirilebilmesi için dört koşulun varlığını belirtti. Bu koşulları iki farklı ürün, teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması, satıcının bağlanan ürün olmaksızın bağlayan ürünü alma hususunda alıcıya hiçbir seçim olanağı tanımaması ve bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı olası etkilerinin bulunması[1465] şeklindeydi. Her ne kadar somut olay açısından ilk defa Komisyon dört koşul üzerinde durmuş olsa da, bu yaklaşım o zamana kadarki yerleşik rekabet hukuku uygulamasına da uygun düşüyordu[1466].

Komisyon, ilgili pazarın tanımlanmasında da yapıldığı gibi, işletim sistemi ve Media Player'ın iki farklı ürün olduğuna karar verdi. Aynı zamanda Microsoft işletim sistemi pazarında hakim durumdaydı[1467]. Alıcıların her iki ürünü de birlikte almaya zorlanmaları ise Microsoft'un izlediği satış politikasının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktaydı. Çünkü Microsoft, Windows'u sadece Windows Media Player ile lisanslamak suretiyle, kendi Windows ürünlerini işletim sistemi ile kurmak isteyen bilgisayar üreticilerine benzer yükümlülükler getirmekteydi[1468]. Öte yandan işletim sistemine zarar vermeden Windows Media Player'ın kurulumunu kaldırmanın mümkün olmadığı, Windows Media Player'ın bedava verilmesi ve kullanıcıların onu

[1460] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, ABl. 18.3.1992, L 72/1 *"Tetra Pak II".*
[1461] Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl. 1.3.1988, L 65/19 *"Hilti".*
[1462] Jones ve Sufrin, s. 461.
[1463] Nothhelfer, s. 82.
[1464] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.542 *"Microsoft".*
[1465] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.794 *"Microsoft".*
[1466] Nothhelfer, s. 81.
[1467] Nothhelfer, s. 82.
[1468] Bilgisayar üreticileri (orijinal ekipman üreticileri, Original Equipment Manifactures, OEMs) kendi müşterileri için Windows'a, WMP olmadan lisans veremiyorlardı. Eğer başka bir Media Player yüklemek istiyorlarsa, bunu WMP yerine değil de, ancak ikinci bir Media Player olarak yükleyebiliyorlardı. Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.827 *"Microsoft".*

kullanmakla yükümlü tutulmamaları şeklindeki iddialar da, Komisyon'un Microsoft'un davranışlarının rekabeti sınırladığı şeklindeki görüşünü değiştirmesine yetmedi[1469].

Aslında Media Player'ın asıl işlevleri ses ve görüntü dosyalarının oynatılması olmakla birlikte, aynı zamanda diğer program ve kullanımların geliştirilmesi için de bu sistem temel oluşturmaktadır. Windows Media Player'ın olağanüstü yaygınlığı, multi-medya dosya sağlayıcılarının ve yazılım uygulamalarının Windows Media Player'ın ile uyumluluğunu geliştirmesinin sonucuydu. Bu şekilde Windows Media Player ile Windows ağ etkisi bir arada bulunduğunda, bu durum Windows Media Player'ın için pazar gücünün aktarılması suretiyle rakiplerin engellenmesi veya dışlanması tehlikesine neden olmaktaydı[1470].

Öte yandan, dosyaların farklı formatlarda hazırlanması hem sağlayıcılar için masraflı ve hem de alıcılar için kafa karışıklığı yaratmak demekti. Windows Media Player'ın Windows ile birlikte satılması sonucunda her yerde bulunma veya ulaşılma özelliği *(Omnipräsenz),* Microsoft için rekabet açısından, etkinlikten ayrı olarak ortaya çıkan başka bir önemli rekabet avantajıydı. Bu durum aynı zamanda, pazarda diğer *Media Player* satıcılarının başka bir yolla ulaşamayacakları türden bir rekabet üstünlüğü sağlamaktaydı. Öte yandan söz konusu rekabet üstünlüğü, etkinlik yoluyla ulaşılan bir rekabet üstünlüğünden farklıydı *(Nichtleistungswettbewerb)*[1471]. Somut olay açısından Komisyon'un bir diğer önemli endişesi ise, Microsoft'un Media Player pazarında sahip olduğu hakim durumundan yararlanarak, komşu pazarlar üzerinde bu gücünü kullanmaya çalışmasıydı. Örneğin bilgisayar dışındaki elektronik aletler için veya yazılım pazarında multi medya dosyaların güvenli dağıtımı gibi[1472].

Komisyon bu olayda bağlama uygulaması açısından, oyun teorisi bilgilerine dayanan ve "bağlamanın etkilerinin işareti" *(Signalwirkung der Koppelung)* olarak da tanımlanabilecek önemli hususlara vurgu yaptı. Komisyon'a göre, rekabet hukuku açısından Microsoft'un bu davranışları, Microsoft'un her türlü teknolojiyi Windows ile bağlayarak pazarı domine etmek suretiyle rakiplerini ortadan kaldırmaya yönelik bir stratejinin göstergeleridir[1473]. Bağlamanın bu etkisi, potansiyel rakiplere karşı agresif bir pazar stratejisinin işareti olup, bu şekilde onlara gözdağı vermek suretiyle, rakiplerin yeni ürünler için araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ayırıdıkları kaynaklarının azalmasına neden olmaktaydı. Bu durum karşısında rakipler kaynaklarını daha çok Microsoft ile rekabet edebilmek için kullanacaklardı.

[1469] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr.833. *"Microsoft".*
[1470] Bkz. Fichert ve Sohns, s. 916.
[1471] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 891. *"Microsoft.*
[1472] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 897. *"Microsoft".*
[1473] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 983. *"Microsoft".*

Dolayısıyla yenilikçi bir pazarda araştırma geliştirme faaliyetlerine yeterli kaynak ayıramayan rakipler için bu durum zamanla rekabet yeteneklerinin kaybolması nedeniyle pazardan dışlanma ile sonuçlanacaktır.

Microsoft Kararı, bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini ortaya koyabilmek için esaslı bir pazar analizinin nasıl yapılabileceğini de gösteren önemli bir olaydır. Komisyon bu olayda bağlama yoluyla Microsoft'a Media Player pazarında tekel olmasına olanak sağlayan bazı piyasa aksaklıklarına da dikkat çekti. Bu konuda asıl belirleyici olan, kapasite ve içerik uyumluluğunun gerekliliği sonucu ortaya çıkan ağ etkisidir. Aynı zamanda ürünün her yerde bulunma/ulaşılabilme *(Omnipräsenz)* özelliğiyle birlikte ortaya çıkan bir bağlamanın, içerik üreticileri üzerinde de etkili olduğunu belirtti. İlgili pazarda çift taraflı ortaya çıkan ağ etkisi, pazar aktörü ve kapasite gibi özel bir öneme sahipti ve pazar gücü sayesinde yayılarak diğer pazarlardaki rekabeti de ortadan kaldıracak etkilere neden olabiliyordu[1474]. Bağlamanın ilgili pazara giriş eğiliminde olan potansiyel rakipler üzerindeki etkisi ile ilgili *"sinyal etki"* yorumu, *post-Chicago* stratejik yaklaşımlar tarfından ortaya atılan ve benzer ekonomik modeller tarafından da desteklenen bir görüştür. Bu anlamda potansiyel rakiplerin engellenmesi aynı zamanda pazarda yenilikleri de etkilediğinden, bu durum sonuçta toplam tüketici refahını da olumsuz etkileyecektir. Dolayısıyla Microsoft olayı bağlamında, Microsoft'un kendi ürün tasarımında yenilik yoluyla yaptığı düzenleme ile lehine yarattığı ekonomik hareket özgürlüğünü desteklemek, bu davranışın tüketiciler üzerindeki etkilerine de izin vermek anlamına geliyordu. Böyle bir yaklaşım, aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüsü, ürün entegrasyonu yoluyla, bağlama uygulamaları konusundaki rekabet yasaklarından kurtulabilmek için adeta teşvik etmek anlamına gelmekteydi[1475].

(3) "Rule of Reason" Yaklaşımı Açısından Değerlendirme

Microsoft olayında, bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak değerlendirilmesi için Komisyon tarafından dört kriterin belirlenmesi[1476], bu durumun Komisyon tarafından bağlama uygulamaları açısından benimsenen yeni bir yaklaşım olup olmadığı sorusunu gündeme getirdi. Bağlamanın rekabeti sınırlayıcı niteliği konusundaki bu kriterlerden dördüncüsü, ABD hukukunda Sherman Kanunu 1.bölümünde de yer alan ve bazı anlaşmaların,

[1474] Anetje Zimmerlich, "Der Fall Microsoft –Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie", **WRP**, Heft: 10, 2004, s. 1267; Fiala, s. 60.
[1475] Sullivan ve Grimes, The Law of Antitrust, s. 428.
[1476] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 794. *"Microsoft".*

ancak somut olay bağlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğunun anlaşılması durumunda, yasaklanması gerektiği şeklindeki *rule of reason* yaklaşımına benzemektedir. Dolayısıyla burada Komisyon'un *rule of reason* analizini sanki AEUV m. 102 kapsamında uyguladığına dair bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Komisyonun kendisinin de bu etkiyi kabul ettiği söylenebilir. Gerçekten de zamanın rekabetten sorumlu Komisyon üyesi yazılı bir açıklamasında, ABD Temyiz Mahkemesinin *Microsoft* olayında[1477] geliştirdiği yaklaşım ve kriterlerin, bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından uygulanabilir olduğunu belirtmiştir[1478].

Rekabet hukuku öğretisinde de vurgulandığı gibi, AEUV m.102 bağlamında bir davranışın rekabet üzerindeki olumsuz etkileri konusunda somut bir tanımlama yapılmamıştır. Burada uygulama açısından önemli olan, bir davranışın rekabeti engellemeye elverişli olmasıdır. Yoksa somut olay bağlamında bu davranışın pazar üzerinde somut etkilerinin ispatlanması gerekmiyor. Bazı yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere; *"teşebbüslerin kötüye kullanma davranışlarının kanıtlanması açısından hakim durumda iken sergiledikleri davranışların rekabeti kısıtlamaya yönelik olması veya başka bir anlatımla, kullandıkları yöntem veya yeterlilikleri nedeniyle bu tarz bir etkinin ortaya çıkabilmesi yeterlidir[1479]."* Kısacası bu konuda, ilgili davranışların genel olarak rekabeti engelleyici niteliği konusunda ampirik bir bulgu yeterlidir[1480]. Fakat bu olay açısından dikkat edilmesi gereken asıl önemli nokta, rekebetçi ürün olan *Media Player'*a bedava ulaşılabilmesi nedeniyle, rakipleri dışlamaya yönelik bir uygulmanın ilk bakışta anlaşılmasının pek de kolay olmaması nedeniyle, somut olayda ayrıntılı bir pazar analizinin gerekliliğidir[1481].

Bu olay açısından yapılan değerlendirmede kullanılan kriterler açısından, *Windows* ile *Windows Media Player*'ın bağlanmasının kötüye kullanma olarak etkilerinin esaslı incelenmesine bakıldığında, Komisyon'un sanki bağlama uygulamalarını daima rekabet açısından potansiyel tehlike olarak değerlendirdiği şeklinde bir izlenim de ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, ekonomi bilimi öğretisi açısından bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri tartışmalı olduğundan, bu konuda etki odaklı bir yaklaşım da açık ve net bir şekilde reddedilmemektedir. Bu anlamda Microsoft Kararı, Komisyon'un burada aslında bir

---

[1477] *US v. Microsoft Corp.,* 253 F.3d 34 (D.C.Cir. 2001) (Microsoft III).

[1478] Komisyonun Microsoft Kararı ile ilgili değerlendirmesi için bkz; http://www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm. bağlantısı altında ulaşılabilir.

[1479] EuG, 17.12.2003 tarihli Karar, Rechtssache T-219/99, *British Airways/Komisyon Kararı,* Slg. 2003, II-5917, Nr. 293; EuG, 30.9.2003 tarihli Karar, Rechtssache T-203/01, *Michelin/Komisyon,* Slg. 2003, II-4071, Nr. 239. *("Michelin II").*

[1480] Ayrıca krşl. EuGH, 3.7.1991, *AKZO / Komisyon,* Slg. 1993, I-3359, Nr. 71. *("AKZO").*

[1481] Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, Nr. 841. *("Microsoft").*

per se yaklaşım benimsediği ve etkinlik artışının bir haklı gerekçe olarak kabul edilmediği, bağlamanın olası olumsuz etkileri ile etkinlik artışı sağlayan sonuçları arasında bir değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[1482].

Komisyona göre ise Windows Media Player ile işletim sisteminin entegre edilmesi ile tüketiciler açısından ortaya çıkan işlem maliyetlerindeki düşüş, şüphesiz bir etkinlik kazanımıdır. Fakat bu etkinlik avantajı aynı zamanda bilgisayar üreticilerinin yapacağı bir *media player* kurulumu ile de mümkündür. Bu durumda aynı etkinliğe ulaşabilmek için Microsoft'un somut olayda yaptığı gibi Windows Media Player ile Windos'un bağlanmasına gerek kalmamaktadır. Komisyona göre burada asıl sorun, hakim durumdaki bir teşebbüsün ön planda rol oynadığı yenilikçi bir pazardaki rekabet bağlamında bu davranışın yasaklanmasıdır[1483]. Öte yandan bu yaklaşım, hakim durumda olmayan teşebbüsler açısından serbest olan davranışların, belirli koşullar altında hakim durumdaki teşebbüsler bakımından yasaklanması yönündeki AB rekabet hukuku uygulaması ile de uyumludur. Bu yaklaşım aynı zamanda Komisyon'un "pazarın yapısı ve açıklığı ilkesi"ni önemsediği, etkinlik avantajlarına rağmen bir davranışı yasaklayabildiği anlamına da gelmektedir. Bu anlamda Komisyon'un Microsoft kararı, bu konuda doğru yönde atılmış bir karar olarak da değerlendirilmiştir[1484].

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise Komisyon ve AB yargı organlarının bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerini somut olarak açıklamadıkları neredeyse hiçbir olayın bulunmamasıdır[1485]. Microsoft olayında da, Komisyon'un *rule of reason* analizine göre bir değerlendirmeye girişmesine rağmen, yine de ekonomi bilimi ilkelerine çok az dikkat edildiği gerekçesiyle de karar eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre ya ortada herhangi bir pazar gücünün aktarılması durumu söz konusu değildir, ya da bu tarz bir davranış tüketiciler lehine rekabet üzerinde olumlu bir etkiye de neden olduğundan, rekabet açısından etkin olmayan *(ineffizient)* bir durum söz konusu değildir.

Fakat Komisyon'un yukarıda da ayrıntılı olarak tartışlılan bu yaklaşımının şaşırtıcı olmadığı, hatta bu yaklaşımın artık istikrarlı bir görünüm dahi kazandığı yine Microsoft'a karşı bağlama uygulaması konusunda 16.12.2009 tarihinde Komisyon

---

[1482] Nothhelfer, s. 85.
[1483] Komisyona göre Microsoft bağlayan ürün pazarında hâkim durumda olduğundan, benzer davranış veya strateji olanakları diğer rakipler için söz konusu olamayacaktır. Nothhelfer, s. 86.
[1484] Fichert ve Sohns, s. 917.
[1485] Bkz. David Evans ve Jorge Padilla, "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision", **World Competition**, Volume: 27, Nr: 2, 2004, s. 512.

tarafından verilen bir diğer kararda da ortaya çıkmıştır[1486]. Komisyon bu olayda da bağlama uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerinin analizinde daha önceki kararda belirtilen dört koşulun varlığını tekrar vurgulamıştır. Komisyon'a göre somut olayda iki farklı ürünün bulunması, bağlayan ürün pazarında hâkim durum (hatta komisyon "bağlayan ürün" yerine, *bağlanan ürünün bağlandığı ürün pazarı*, kavramını kullanmıştır), bağlanan ürün olmaksızın bağlayan ürünü alma konusunda teşebbüsün müşterilerine hiçbir seçim hakkı tanımaması ve bağlamanın olası rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olması gibi koşulların varlığında, bağlama uygulamasının yasaklanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla Komisyon'un bağlama uygulamasının yasaklanması konusunda artık bu dört koşulun varlığı üzerinde durduğu, en azından teknolojik bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda yaptığı değerlendirmelerde, somut olayda bu koşulların varlığını aradığını söyleyebiliriz.

(4) Mevcut Yapının Ayrıştırılması

AB Komisyonu bu olayda çözüm olarak Microsoft'a, bağlama uygulamasına konu olanından daha pahalı olmamak üzere, Windows'un ayrı bir sürümünü tüketicilerin kullanımına sunma yükümlülüğü getirdi[1487]. Buna ilaveten, Microsoft bağlama uygulaması gibi etki gösteren zorlama (OEMs'ler üzerinde) veya satış yoluyla indirim uygulaması veya bağlanan ürün açısından daha işlevsel ürün gibi adlar altında herhangi bir uygulamaya başvurmayacaktı[1488]. Fakat Microsoft için getirilen bu yükümlülükler, etkin olmayan birer önlem oldukları gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çünkü Microsoft her iki versiyonu da aynı fiyata sattığı zaman alıcılar açısından bağlanan ürünü almak, *"aynı paraya daha fazlası"* prensibi nedeniyle zaten yeterince teşvik edici olacaktı[1489].

[1486] Komisyon Kararı, 16.12.2009 tarih ve COMP/C-3/39.530-Microsoft (Kopplung), **WuW**, WuW/E EU-V, Heft: 5, 2010, s. 1499.

[1487] Nothhelfer, s. 84.

[1488] Komisyon Kararı, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Nr. 1011. *"Microsoft".*

[1489] Komisyon'un Microsoft için getirdiği Windows Media Player'ın ayrı bir sürümünü (versiyonunu) bağlı sürümünden daha yüksek bir fiyatla olmamak üzere ayrı satma yükümlülüğü öğretide başka yazarlar tarafından da etkisiz bir önlem olarak değerlendirilmektedir. *"Çünkü bu durumda ayrı olan sürüm, bağlı olanla aynı fiyata satılabilecekti. Burada ise, tüketicilerin aynı fiyata WMP ile donatılmış bir bilgisayar varken, Windows Media Player olmayan bir bilgisayarı tercih edip etmeyecekleri sorunu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda yalnız rekabetçi satıcı münhasır acentelik sözleşmesi veya uygun finansal ödemeler yoluyla bilgisayar üreticilerine Windows Media Player yüklemeden ulaşabilecekti. Fakat Komisyonun da belirttiği gibi, bu tarz anlaşmalar PC pazarının sadece küçük bir bölümünde olabilir. Ayrıca üçüncü sağlayıcılar açısından, bu tarz bir strateji karşısında hayli ciddi bir maliyetin ortaya çıkması söz konusu olacaktı. Bilgisayar üreticileri ile üçüncü sağlayıcıların Komisyon kararında da iddia edildiği üzere birleşmeleri de bu konuda yeterli bir rekabetin ortaya çıkmasını garanti edemeyecekti. Bu nedenle bilgisayar üreticileri ayrı sürümün kullanılması konusunda herhangi bir cazip teklife/özendirmeye (Anreiz) sahip olmadıklarından ve bağımsız üçüncü sağlayıcılar sözleşmeler*

Ancak Komisyon'un Microsoft için getirdiği bu yükümlülük sayesinde en azından OEMs'lerin istedikleri herhangi bir Media Player'ı satma konusundaki özgürlükleri güvenceye alınmış oldu. Aynı zamanda OEMs satış noktalarının ortaya çıkmasıyla rekabetin de önü açıldı ve Microsoft'un uygulamaları gibi alıcılar için cazip satışlar başladı. Dolayısıyla Komisyon kararı açısından, aynı zamanda rekabeti gereğinden fazla sınırlayıcı olmayan, aksine yerine göre rekabeti destekleyici nitelikte bir karar olduğu da söylenebilir.

b. AB İlk Derece Mahkemesi Kararı

İlk Derece Mahkemesi (EuG) Komisyon kararını onayladı. Mahkeme, Windows ile Windows Media Player'ın bağlanmasını, Komisyon gibi, kötüye kullanma olarak değerlendirdi. Mahkeme aynı zamanda bu olay açısından rekabeti sınırlayıcı drumları birçok açıdan tanımlayan tespitlerde bulundu. Mahkemeye göre bağlama ile Windows Media Player pazarda Windows gibi bir genişelmeye/yayılmaya *(Verbreitung)* ulaşacak ve bu genişleme etkinlikle de ilgili olmayacaktı[1490]. Bu durumda rakiplerin ürünleri Windows Media Player'dan daha iyi olsa bile, bunlar pazarda her zaman geride kalacaklardı. Bu şekilde Microsoft sıkı rekabet koşulları altında tüketiciler açısından yeni ve daha iyi ürünlerden yaralanmak anlamına gelen "yenilik döngüsünü" *(Innovationszyklus)* sınırlayacağı gibi, bu durumda rekabet süreci ile daha iyi ürünlerin ortaya çıkmasıyla oluşan rekabetçi baskıya karşı da korunmuş olacaktı[1491].

Öte yandan Microsoft olayında ilgili pazar, ağ/şebeke özelliği ile karakterize edilen bir pazar olup, Windows ile Windows Media Player'ın bağlanması, Microsoft'a işletim sistemi pazarındaki hakim durumunu Media Player pazarına da aktarma olanağı verdiğinden, bu durum ayrıca bir pazara giriş engeli yaratıyordu[1492]. Aynı zamanda bağlama uygulaması Microsoft'a, Windows aracılığıyla yapacağı bir bağlama ile istediği bir pazarı ele geçirme olanağı da sağladığından, bu durum

---

yoluyla pazarda önemli bir yayılmaya veya orana ulaşacak durumda olmadıklarından, sağlayıcının ayrı bir sürümü satışa sunmaya zorlanması etkili bir çözüm olamayacaktı. Ayrı sürümünün daha ucuza satılmaya zorlanması ancak uygun bir teşvikle ortaya çıktığında cazip olabilirdi. Bu koşullar altında, ayrılarak satılma zorunluluğu etkisiz bir önlem olarak kalacaktır." Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Nothhelfer, s. 85.

[1490] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 1038. *"Microsoft".*

[1491] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 1049.

[1492] Fichert ve Sohns, s. 916.

potansiyel rakipler açısından, onların ürünlerinin her zaman pazardan dışlanabileceği yönünde açık bir işaret veya algıya da neden oluyordu[1493].

Microsoft, alıcılar için arama faaliyeti maliyetlerinin düşmesini, bağlama uygulamasının etkinliği ve bu anlamda haklılığı açısından merkezi bir konuma yerleştirmekle birlikte, bu gerçekten de yerinde bir haklı neden değildi. Çünkü aynı etkinlik kazanımına, OEMs'lerin herhangi bir Player'ının entegrasyonu yoluyla ulaşılması da mümkündü. Dolayısıyla bu durumda bağlama uygulaması etkinlik kazanımı için tek yol olmaktan çıktığından, bu durum yerinde bir savunma değildi[1494]. Keza aynı şekilde Microsoft'un Windows Media Player ile Windows'un entegre bir sistem oluşturması halinde daha işlevsel olacağı yönündeki savunması da Mahkeme tarafından reddedildi.

c. Microsoft Kararı Konusunda Yapılan Değerlendirmeler

Yenilikçi pazarlarda ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri yoğundur. Bu durum "gayrimaddi haklar" açısından varolan koruyucu etki yanında, rekabeti sınırlayıcı diğer etkileri de bereberinde getirmektedir. Microsoft olayında da dinamik bir rekabetin korunması ile kısa vadede ürün rekabetinin korunması arasındaki çatışma[1495] ve bu konuda bir dengeye ulaşma bağlamında bu sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Microsoft olayı, bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda farklı değerlendirme ve eleştirileri de beraberinde getirdi.

Bu konudaki eleştirilerden birisi, Komisyon'un *media players* pazarında rekabeti sınırlayıcı etkilerin niteliğini açık ve net gösteremediğidir. Bir diğer eleştiri ise teknolojik pazarlara özgü bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri konusunda mahkemelerin hangi ölçüde bir değerlendirme yapabileceğidir. Somut olay açısından da AB Mahkemesinin (İlk Derece) üretimde bir iyileştirme olarak da açıklanabilecek ve yenilikçi rekabetin bir parçası olan ürün bağlamanın haklılığını ne dereceye kadar değerlendirebileceğidir. Eğer Windows ile Windows Media Player'ın bağlanması rekabet için gerçekten de bir tehlike oluşturuyorsa, bu durumda rekabet

[1493] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 1088.
[1494] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 1155.
[1495] Gauß, s. 119.

açısından ortaya çıkabilecek olası endişelerin giderilmesi açısından Komisyonun ayrıştırma şeklindeki çözümünün yerinde bir sonuç olmayacağı belirtilmiştir[1496].

Hakim durumdaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışları karşısında getirilen bu tarz yükümlülükler açısından bir diğer önemli bir sorun ise teşebbüslerin bunları hangi oranda yerine getirdikleri veya bu yükümlülüklerin hakim durumdaki teşebbüsler açısından gerçekten de etkin olup olmadığıdır. Örneğin Komisyon 2009 yılında da Microsoft'un "müşteri/istemci işletim sistemi"ni kendi Webbrowser Internet Explorer sistemine bağlamasını, rekabeti sınırlayıcı bir bağlama uygulaması olarak değerlendirip yasaklarken, Microsoft'a bu konuda bazı yükümlülükler de getirdi. Bu yükümlülüklerden birisi de Microsoft'un kendi işletim sistemini kullananlara, istedikleri internet tarayıcılarını kolayca seçme imkânı tanıyacak şekilde düzenleme yapmak şeklindeydi[1497]. Bu durum "Windows 7 Hizmet Paketi 1" işletim sistemi açısından da tüketicilere alternatif seçim olanağı sağlamak şeklinde olmakla birlikte, aradan geçen zaman zarfında, çeşitli bahaneler ile Microsoft'un bu taahhüdünü yerine getirmediği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de Komisyon, Microsoft'a karşı daha önceki taahütlerini yerine getirmediği gerekçesiyle yeniden bir soruşturma başlattığını açıklamıştır[1498].

Teknolojik pazarlarda ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi, klasik ürün bağlama uygulamalarına göre daha fazla önem ve özellik taşımaktadır. En başta bu tarz olaylarda farklı iki ürünün belirlenmesi sorunu daha karmaşık bir hal almaktadır. Amerikan Antitrust hukukundaki "Microsoft Olayı"nda Temyiz Mahkemesinin de vurguladığı üzere, klasik ürün bağlama uygulamalarına konu olan ürünler açısından *per se* kuralların uygulanması yerinde olmakla birlikte, teknolojik ürünler olan işletim sistemi ve yazılım gibi platformlar için yapılacak analizler açısından bu yaklaşım doğru sonuçlara ulaşmak için çok da elverişli olmayabilir[1499]. Çünkü bu tarz ürünler açısından esaslı unsur "yenilik" kavramında yatmaktadır. Dolayısıyla bu tarz ürünlerin söz konusu olduğu bağlama uygulamalarının *per se* analize tabi tutulması bağlama uygulaması ile ortaya çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarının görmezlikten

---

[1496] Nothhelfer, s. 86.
[1497] Komisyon Kararı, 16.12.2009 tarih ve COMP/C-3/39.530-Microsoft (Kopplung), **WuW**, Heft: 5, 2010, WuW/E EU-V, s. 1499, Nr. 60.
[1498] Europäische Kommission, Pressemitteilung, Brüssel, den 17.07.2012, "Kartellrecht: Kommission leitet Verfahren gegen Microsoft ein, um etwaige Nichteinhaltung der Browserwahl-Verpflichtung zu untersuchen". Komisyon basın açıklamasına; http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/800&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=fr adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 22.07.2012).
[1499] *US v. Microsoft Corp.,* 253 F.3d 34, 89 (D.C. Cir. 2001).

gelinmesine neden olabileceği gibi, bu durum aynı zamanda yenilikler *(Innovationen)* açısından da bir tehlike oluşturmaktadır.

Klasik "iki ayrı ürün testi" *(zwei-Güter-Test, the separate-products test)*[1500] ile daha önceleri bu tür olaylarda iki farklı ürünün bulunup bulunmadığı belirlenirken, yeni durumlarda ürünler için talep yönüyle, yani alıcı açısından yapılacak bir değerlendirme de önem kazanmaktadır. Çünkü yenilikçi pazarlar açısından iki ayrı ürün testi ile yapılacak bir analiz, bu tarz pazarlarda yaşanan hızlı gelişim ve değişim nedeniyle pek mümkün olmadığından, geçmişe dönük bu bakış açısı, yenilikçi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin yaptıkları yenilikler nedeniyle deyim yerindeyse cezalandırılmaları anlamına da gelmektedir[1501]. Öğretide Whish'iye göre, bu tarz olaylarda asıl problem, ürünün doğası gereği hakkında yeterli bilgi ve ticari bir kullanım da olmadığında, *"yeni"* ürünün bağlanan ürün olup olmadığının tespitidir. Bu durum özellikle bilgi teknolojileri gibi kompleks nitelikleri yüksek olan ürün pazarlarında ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda, öncelikle bağlama uygulamasını objektif açıdan haklı kılan bir nedenin varlığından ziyade, bağlamanın rekabet üzerindeki olası etkilerine yoğunlaşmak gerekebilir[1502].

AB Komisyonu Microsoft kararında, bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi açısından Komisyon'un benimsediği yaklaşım, AB İlk Derece Mahkemesi tarafından da genel anlamda açıkça benimsenmiştir. Aynı zamanda, Komisyon'un bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri konusunda üzerinde durduğu dört koşul, AEUV m. 102 ve daha önceki yargısal içtihatlarla da uyumluydu[1503]. Buna göre bağlama uygulamasının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin değerlendirilebilmesi için mutlak surette AEUV m. 102(d)'de yer alan koşulların sağlanması gerekmiyordu. Aksine bu durum AEUV m.102'de yer alan genel düzenlemeler çerçevesinde de ele alınabilirdi. Fakat bu genel sonuçtan farklı olarak, somut olayda bağlama uygulması AEUV m. 102/d'ye aykırılık oluşturmaktadır[1504]. Ancak bu olay açısından yapılan bir diğer önemli tespit ise, Mahkemenin bu olayda AEUV m. 102'nin somut bağlama olayına uygulanması için ilgili teorilerle uğraşırken, *rule of reason* analizine karşı veya taraf olduğu

[1500] Bkz. Birinci Bölüm/§/2/II/B.
[1501] Dolayısıyla Amerikan-antitrust hukukunda ortaya çıkan *Microsoft* kararında da vurgulandığı üzere, klasik iki ayrı ürün testi, yeni teknolojik pazarlara özgü entegre ürünlerle ortaya çıkabilecek etkinliği tespit edebilmek için pek de sağlıklı bir yöntem değildir *US v. Microsoft Corp.,* 253 F.3d 34, 92 (D.C. Cir. 2001) "Microsoft III". Ayrıca bkz. Elhauge ve Geradin, s. 347.
[1502] Whish, s. 661.
[1503] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 859. *"Microsoft".*
[1504] EuG, 17.9.2007 tarihli Karar, Rechtssache T-201/04, *Microsoft/Komisyon,* Slg. 2007, II-3601, Nr. 862. *"Microsoft".*

şeklinde açık bir tutum benimsememiş olmasıdır. Eğer Mahkeme bu konuda daha açık ve net bir tutum alsaydı, bu durumun hiç şüphesiz hukuki güvenlik ilkesi açısından yerinde olacağı belirtilmiştir[1505].

Komisyon'un Microsoft kararı, aynı zamanda rekabet hukuku ve yenilikçi pazarlarda ortaya çıkan fikri mülkiyet haklarının korunması sorununu gündeme getirmesi açısından da önemlidir. Bu konuda genel kabul gören yaklaşım, rekabet hukuku düzenlemelerinin yenilikleri de koruması gerektiği, ancak bu korumanın münferit olaylar bağlamında değil, aksine rekabetçi bir pazar yapısının devamının da sağlanması şeklinde olmasıdır[1506]. Bu nedenle, hakim durumdaki teşebüs için rakipler karşısında avantaja dönüşen pazar gücünün yenilikçi ürünler yoluyla kötüye kullanılmasının engellenmesi ayrı bir önem kazanmaktadır.

Sonuç olarak, hakim durumun söz konusu olduğu yenilikçi pazarlar açısından, rekabet hukuku kuralları ile kontrol sağlamaya çalışmak bir ikileme de yol açmaktadır. Bir yandan yeniliklerin yön verdiği bu pazarlarda, özellikle ağ etkisinin de olduğu durumlarda, "ilk hamle" *(first mover)* olarak da adlandırılan durum, yenilikten yararlanan teşebbüsün hakim durumunu sağlamlaştırmasını sağlar. Öte yandan böyle bir pazarda var olan hakim durum, tamamen farklı ve umulmadık bir şekilde, daha açık bir ifadeyle pazarda ortaya çıkan yeni bir teknoloji ile tehlikeye de girebilmekte, hatta ortadan da kalkabilmektedir[1507]. Başka bir ifadeyle teknolojik pazarlardaki hakim durum yenilikler nedeniyle sağlamlaşabildiği gibi, ortaya çıkan yenilikler nedeniyle hakim durum bazen süreklilik de taşımayabilir. Fakat Microsoft açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Teşebbüsün uzun yıllardır dünya çapında ve süreklilik arz eden %90'ın üzerindeki pazar payı, Microsoft'un ne kadar güçlü bir pazar konumuna sahip olduğunu göstermesi açısından yeterlidir.

Bununla birlikte, yenilikçi pazarlar açısından yapılacak değerlendirmelerde, bir yandan teşebbüslerin ürün geliştirme ve bu anlamda ticari faaliyet serbestileri dikkate alınırken, diğer yandan ise, rekabetçi bir pazar yapısının korunması bakımından, rakiplerin dışlanması ve pazarın kapanması tehlikesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla bu konuda tarafların çatışan çıkarları karşısında, rekabeti de gözeterek bir dengeye ulaşmak da önem kazandığından, *per se* bir yasaklamadan ziyade, ilgili somut olay bağlamında bir *rule of reason*

[1505] Öte yandan, hemen hemen Komisyon kararının yayınlandığı dönemde AEUV m. 102'nin rekabeti sınırlayıcı durumlar hakkında uygulanması ile ilgili Komisyon Tartışma Metni'nin yayınlanmış olması da ilginç bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Riziotis, s. 120.
[1506] Bkz. Fischer, s. 98; Nothhelfer, s. 85.
[1507] Meinrad Dreher, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, **ZWeR**, Heft: 2, 2009, s. 175.

analizinin daha yerinde olacağı da söylenebilir. Öte yandan yenilikçi pazarlar açısından ortaya çıkan teknolojik bağlama uygulamalarının analizinde bir diğer önemli sorun ise somut olay bağlamında bu değerlendirmelerin ne kadar hızlı ve etkili yapıldığıdır. Çünkü oldukça dinamik bir karaktere sahip olan bu pazarlarda, tüketici tercihlerinde çok kısa zamanda ortaya çıkan farklılaşmalar nedeniyle, pazar yapısında da ciddi değişiklikler meydana gelebilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği Microsoft kararı[1508] konusunda yapılan eleştirilerde de vurgulandığı üzere[1509], ekonomik açıdan doğru ve yerinde olmakla birlikte, geciken bir yargılama sonucunda pazar yapısı değişip ve bu anlamda rakipler de dışlandıktan sonra verilen bir kararın rekabeti ve bu anlamda tüketicileri koruyucu etkisi sınırlı olacaktır. Dolayısıyla teknolojik ürün bağlamaları konusunda, pazar yapısının korunması açısından, hızlı ve yerinde müdahaleler büyük önem kazanmaktadır. Sonuç olarak Microsoft olayı açısından Hovenkamp'ın da haklı olarak belirttiği gibi, *"Microsoft yargılamanın her aşamasında bir çare üretse de, bu arada kurban çoktan ölmüştü bile"* [1510].

V. BAĞLAMA UYGULAMASI GİBİ ETKİ GÖSTEREN TİCARİ UYGULAMALAR

A. İndirim Sistemi Şeklindeki Bağlama Uygulamaları

1. Ön açıklamalar

Teşebbüsler ürün veya hizmetlerinin satışını artırmak veya teşvik etmek amacıyla alıcılara karşı farklı ticari politikalar geliştirebilirler. Bunlar günlük ticari yaşamda oldukça yaygın olup, teşebbüsler bu şekilde bir yandan fiyat rekabetine girerken, diğer yandan da rakiplerin müşterilerini kendilerine çekmeye çalışırlar[1511]. Bu tarz davranışlarda bazı durumlarda, aslında bağlama uygulaması gibi etki gösteren ticari pratiklerdir. Uygulamada bu davranışları tanımlamak için bağlama indirimleri *(Bündelungrabatte)* paket indirimleri *(Paketrabatte, Multi-product rebates)* kavramları da kullanılmaktadır. Hem Komisyon Tartışma Metni ve hem de Komisyon

[1508] *US v. Microsoft Corp.,* 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). *"Microsoft III".*
[1509] Hovenkamp, s. 318.
[1510] Bu olayda yapılan yargılama sonucunda, Microsoft'un uyguladığı bu politika *Antitrust* düzenlemelere aykırı bulunmasına rağmen, teşebbüsün pazar faaliyetlerinde önemli bir değişiklik ortaya çıkmamıştır. Bu durumun bir nedeni de, yargılamanın geç sonuçlanması nedeniyle, ilgili pazarda rakiplerin dışlanması nedeniyle rekabetin çoktan ortadan kalkmış olmasıydı. Hatta bu konuda yapılan bir diğer değerlendirme ve eleştiri ise bu olayda ABD Hükümeti esasen kazanmış olmakla birlikte, gerçekte işletim sistemi pazarında henüz esaslı bir rekabetin olmaması nedeniyle, Microsoft olayının Amerikan rekabet politikası açısından geçmiş yıllardaki en önemli hayal kırıklıklarından biri olduğu yönündedir. Bu hususta bkz. Hovenkamp, s. 318.
[1511] Bkz. Jones ve Sufrin, s. 419.

Kılavuzu'nda da paket bağlama veya paket satış şeklindeki indirimler de bağlama uygulamaları başlığı altında incelenmiştir[1512]. Aynı zamanda Komisyon Tartışma Metni'nde de bağlama ve paket satış/indirimlerin rekabet üzerindeki etkilerinin benzer olduğu belirtilmiştir[1513].

Paket satışlarda, aslında paket içindeki ürünlerin ayrı satılması da mümkündür. Fakat burada paketi cazip kılan toplam fiyat olmaktadır. Dolayısıyla ayrı alınana ürünlerin toplam fiyatı, paketin toplam fiyatına göre daha yüksek olduğu zaman, bağlama uygulamasını alıcı için ekonomik açıdan cazip bir sunum olarak görüldüğünden kabul edilmektedir. Paket satışların rekabet karşıtı en önemli etkisi, rakip teşebbüslerin benzer nitelikte paket satışlar yapamamalarıdır. Bu durum ürün yelpazesinin genişliği yanında indirim miktarının büyüklüğü ile de bağlantılıdır. Öte yanda sadakat indirimi şeklindeki bir uygulama ise rakip teşebbüslerin pazara girişini zorlaştırır.

Bununla birlikte, teşebbüsler ticari faaliyetleri bağlamında müşterilerine farklı indirim veya primler sağlayabilirler. İndirim sistemleri esasen tüketicilere de ekonomik avantajlar sağlamakla birlikte, bazı durumlarda bunların rekabeti sınırlayıcı etkileri, kötüye kullanma nitelikli bir bağlama uygulaması gibi olabilir[1514]. İndirim sistemleri, verilen indirimin belirli bir koşul veya koşullara bağlanması nedeniyle, pazarda indirim yapan sağlayıcının müşterilerinin bir bölümü indirimden yararlanırken diğer bölümünün yararlanamaması olasılığı nedeniyle, sıradan fiyat indirimlerinden ayrılırlar[1515]. Bu tarz koşul veya koşullar ile genellikle sağlayıcının koyduğu bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesi ifade edilirken, burada asıl amaç alıcıları belirli bir şekilde davranmaya yöneltmektir[1516]. Dolayısıyla paket satış şeklindeki indirimlerin rekabeti sınırlayıcı etkileri dışlama ve ayrımcılık şeklinde olmakla birlikte, dışlayıcı etkilerinin daha belirgin olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte üretimde etkinlik sonucunda, rekabetin doğası gereği ortaya çıkan indirim ile rekabet karşıtı bir davranış sonucunda ortaya çıkan bir indirim sisteminin ayırt edilmesi her zaman kolay değildir. Bu durumun bir nedeni de işleyişi ve etkileri bakımından ayrımcılık, yıkıcı fiyat, bağlama ve münhasırlığa benzeyen indirim sistemlerinin çoğu zaman tam anlamıyla bu uygulamalar kapsamında da

[1512] Bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59-61.
[1513] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 177.
[1514] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 69.
[1515] Remzi Özge Arıtürk, "İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, s. 5.
[1516] Bekir Kocabaş, **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 90, Ankara 2009, s. 8.

değerlendirilmemesidir[1517]. Ancak özellikle sadakat indirimlerinin bağlama uygulaması gibi etki gösterip, rakipleri dışlama potansiyeli nedeniyle, bu tarz davranışların analizi önem kazanmaktadır.

2. İndirim Sistemlerinin Rekabet Üzerindeki Etkisi

Rekabet hukuku uygulamasında yaygın olan görüş, hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin hukuka uygunluğu veya haklılığının, her şeyden önce indirimin alıcılar üzerinde yarattığı çekim etkisi *(Sogwirkung)* ile ilgili olduğudur. Dolayısıyla indirim uygulaması tüketiciler üzerinde aşırı bir çekim etkisi *(übermäßige Sogwirkung)* yaratıyorsa, bu durumda rekabeti sınırlayıcı etkileri de kaçınılmazdır. Çünkü bu etki alıcıların rakiplerin ürünlerine yönelmelerini engelleyecektir.

İndirim sistemleri ile bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı niteliği genelde iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, bu tarz indirimlerin alıcıların alternatif tedarik kaynakları arasında tercih yapma özgürlüklerini sınırlayabilmesi veya zorlaştırabilmesidir. Pazarda alıcıların indirim yoluyla bağlama uygulamasına giden satıcıya yönelmeleri, rakipler açısından müşteri kaybı sonucunda dışlayıcı bir etkiye neden olduğundan, kötüye kullanma nitelikli bir bağlama uygulamasına dönüşecektir[1518]. Potansiyel rakipler açısından ise serbest alıcı oranının düşüklüğü nedeniyle, bir pazara giriş engelleri ortaya çıkabilir[1519]. Bu durum aynı zamanda AEUV m. 102/2(b)'de yer alan, "tüketicilerin zararına olarak, üretimin, pazarlama ya da teknik gelişmenin sınırlanması" sorununa da neden olur.

İkinci durum ise indirim uygulamalarının ayrımcı etkileridir. İndirim farklı ticari taraflara, aynı ürün için eşit olmayan koşullar dayatmak suretiyle uygulanıyorsa, burada ayrımcılığa uğrayanlar[1520] rekabette dezavantajlı duruma düşeceklerdir. Objektif haklı bir neden olmaksızın ortaya çıkan böyle bir ayrımcılık, aynı zamanda AEUV m. 102/2(c)'de yer alan, *"diğerleriyle eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar*

[1517] Kocabaş, s. 13.
[1518] Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 218.
[1519] Fakat hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu indirim şeklindeki bağlama uygulamalarının her durumda yasaklanmaması gerektiği, bu anlamda indirim uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde, mevcut ve olası potansiyel tehlikelerin dikkate alınması gerektiği, bunun dışında farazi veya varsayımsal etkilerin dikkate alınmaması gerektiği de belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Padilla ve Slater, s. 87.
[1520] Bkz. Komisyon Kararı, Case T-219/99, Nr. 240 *"British Airways v. Commission"*; Ayrıca Komisyon Kararı, Case C-163/99, [2001] E.C.R I-2613, Nr. 52. *"Portugal v. Commission".*

uygulanarak onların bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi" hükmüne de bir aykırılık oluşturur.

B. İndirim Yoluyla Bağlama Uygulamaları Türleri

Bazı durumlarda indirim sistemleri de aslında bağlamanın farklı bir görünümü olup, bu anlamda pazardaki dışlayıcı ve sömürücü etkileri bağlama uygulamaları ile hemen hemen aynıdır[1521]. Komisyon "Tartışma Metni"nde de paket indirimler bağlama uygulamaları başlığı altında ele alınmakta ve "karma paket" *(mixed bundling/commercial tying)* kavramı ile tanımlanmaktadır. Bu şekilde bir karma/karışık paket satış ile sözleşmesel bir bağlama uygulaması ile aynı sonuçlara ulaşmak için müşteriler bonus, indirim ya da başka bir ticari avantaj ile bağlanan ürünü satın almaları yönünde uyarılmakta veya teşvik edilmektedirler[1522].

Özellikle paket indirimlerin ürün bağlama uygulaması gibi etkileri de dikkate alındığında, bu davranışların bağlama uygulamaları ile ilgili AEUV m. 102/2 (d) bendi kapsamında da yasaklanması mümkündür. Komisyon Tartışma Metni'nde paket indirimlerin dışlayıcı etkilerinin kabul edilebilmesi için; (i) paketi sunan teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması, (ii) bağlayan ve bağlanan ürün açısından farklı ürünlerin olması, (iii) bağlama uygulamasının olası pazar kapama etkisinin bulunması, (iv) bağlama uygulamasının haklı gerekçeler veya etkinlik ile savunulmasının mümkün olmaması gerekmektedir[1523].

Komisyonun AEUV m. 102'nin engelleyici davranışlara uygulanması konusunda ilkelerin yer aldığı Kılavuzuna göre ise paket indirimler bağlayan veya bağlanan ürün pazarında rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilirler. Bu durum özellikle paket içindeki ürünlerden sadece birini üreten eşit etkinlikteki bir rakibin dahi, indirime konu ürün demetindeki indirimin yüksekliği nedeniyle, rekabet edememesi durumunda ortaya çıkacaktır[1524].

[1521] Hatta bu konuda Fischer indirim yoluyla bağlama uygulamaları *(Rabattkopplung)*'nın gerçek *(echte)* ve gerçek olmayan *(unechte)* indirim bağlamaları olarak ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Buna göre, indirim bir ürün grubunun tamamı ile ilgili olup da bu ürünlerden birisi hakim durumdaki bir teşebbüse ait olduğu zaman, ortada bir gerçek *(echte)* indirim sözkonusudur.
Öte yandan indirim sadece bir ürünün satın alınmasıyla ortaya çıkmakla birlikte, yapılan indirim aslında üçüncü bir ürünün fiyatından mahsup ediliyorsa, bu durumda gerçek olmayan *(unechte)* bir indirim bağlaması sözkonusudur. Burada indirim ya baskın ürünün satın alınmasıyla ya da üçüncü ürünün fiyatından mahsup edilmektedir. Gerçek olmayan indirim bağlaması açısından bu durumun tersi de geçerlidir. Bkz. Fischer, s. 69.
[1522] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 182.
[1523] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 183.
[1524] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

Komisyon Kılavuzu'na göre, indirimin etkilerinin tespiti açısından ideal olan, hakim durumdaki teşebbüsün ürün demetinde indirime konu olan her münferit ürün açısından, artan toplam marjinal gelirin[1525], marjinal maliyetleri karşılayıp karşılayamadığının incelenmesidir. Ancak uygulamada artan marjinal geliri tespit edebilmek her zaman kolay olmadığı gibi bu karmaşık ve zor bir durumdur. Bu nedenle Komisyon uygulamada çoğu olayda marjinal fiyatları bu konuda iyi bir ölçüt olarak görmektedir. Eğer hakim durumdaki teşebbüsün ürün demetinde yer alan münferit ürünlerin fiyatı, hakim durumdaki teşebbüsün ürünleri paket halinde satması nedeniyle ortaya çıkan "uzun dönem artan ortalama maliyet" *(long-run average incremental cost, LRAIC)*[1526] fiyatlarının üzerinde ise, normal koşullar altında bu durumda Komisyonun somut olaya müdahalesi söz konusu değildir. Çünkü böyle bir durumda, prensip olarak, eşit etkinlikte bir rakip dahi sadece bir ürün ile paket bağlama ile etkin bir şekilde rekabet edebilir. Bununla birlikte, marjinal fiyatların "uzun dönem artan ortalama maliyet fiyatları" *(LRAIC)* altında gerçekleşmesi halinde, böyle bir durum eşit etkinlikte bir rakibin dahi pazarda büyümesi veya pazara girişini engelleyebileceğinden, bir müdahale gerekebilir[1527]. Komisyon Kılavuzu'nda yer alan bu yaklaşım, Tartışma Metni'nde yer almamaktadır. Dolayısıyla bu durumda peket satışlar açısından bir davranışın kötüye kullanma sayılabilmesi, teşebbüsün pazar konumundan bağımsız olarak, maliyet eksenli bir yaklaşımla sadece maliyetin altında bir fiyatın ortaya çıkması kriteri ile değerlendirilmiş olmaktadır.

Benzer bir yöntem Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) tarafından, paket satış şeklindeki bir indirim olayında uygulandı. Burada Mahkeme, toplam satış indirimlerinin rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ile ilgili endişelerini maliyetleri hesaplamak için seçtiği yöntemle gidermeye çalıştı. Mahkeme, bir ürünün toplam indirimini bulmak için, bazı telekomünikasyon teşebbüslerinin taraf olduğu olaylarda önerilen, paketin nihai satış fiyatı ile paketlenmiş ürünlerin ayrı ayrı maliyetlerinin toplamının karşılaştıtılması şeklindeki yöntemi tercih etti. Bu yönteme göre, indirim uygulayan satıcının ilk önce bütün ürünlerinin bağlama olmadan ve indirimsiz fiyatları ayrı ayrı toplanır. Daha sonra bulunan bu toplam fiyat bağlamanın fiyatı ile karşılaştırılır ve ortaya çıkan fark ayrı ayrı her ürünün fiyatından çıkarılır. Bu şekilde ortaya çıkan sonuç her bir ürün başına düşen toplam indirimin maliyet

[1525] Satış bir birim arttığında elde edilen ekstra gelir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 64.
[1526] Bu yöntemin uygulanması ile konusunda kriterler için bkz. Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 23-27.
[1527] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 60.

hesabı kabul edilir. Eğer bağlama konusu olup ayrı ayrı hesaplanan bu ürün fiyatları toplam indirim kesintisinden sonra maliyet fiyatının altında kalıyorsa, bu durumda ortada haksız nitelikte bir dışlayıcı strateji bulunmaktadır. Bu yöntem, bağlamayı oluşturan münferit her ürün maliyet fiyatının üstünde bir fiyatla satıldığı ve bununla etkin rakipler de pazardan atıldığından, dışlama sürecinde bağlama uygulaması ile yapılan indiriminin hesaplamasında da kullanılmaktadır[1528].

Bağlama ve benzeri diğer dışlayıcı uygulamalar açısından Komisyon'un sahip olduğu yaklaşım, "etki" odaklı yaklaşımın da genel çerçevesini çizmektedir. Dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkan indirim şeklindeki bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken, bunların amacı ve şekli açısından yapılacak bir analizden ziyade, indirimin rekabet üzerindeki fiili ve potansiyel etkilerini dikkate alan "etki temelli" bir yaklaşıma göre bir değerlendirme yapılması önerilmektedir[1529].

Öte yandan rekabet hukuku ve iktisat öğretisinde paket indirimlerin rakipleri dışlayıcı özellikleri konusunda farklı modeller de geliştirilmiştir. Örneğin Rubinfield paket içerisindeki ürünlerin bağımsız satış fiyatlarının önce yapay olarak artırıldığı, daha sonra da paketin fiyatının sözkonusu ürünlerin indirim öncesindeki bağımsız satış fiyatları toplamına kadar düşürüldüğü bir durumda "sözleşmesel bağlama" *(contractual tying)*'nın ortaya çıkacağını ve bu uygulama sonucunda A ürününü tekelci teşebbüsten alan müşterilerin B ürününü de aynı teşebbüsten almayı tercih edeceklerini belirtmiştir[1530].

İndirim sistemleri ile hakim durumdaki bir teşebbüsün sadece belli bir pazardaki rekabet üzerinde etkide bulunması da düşünülmemelidir. Çoğu zaman bu indirimler farklı pazarları da etkileyebilme potansiyeline sahiptirler. Bu durum özellikle indirim yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından da geçerlidir. Bu şekilde bir indirim uygulamasının alıcılar üzerinde ortaya çıkan çekim etkisi *(Sogwirkung)* ile hakim durum bir ikincil (alt) pazara genişletilmekte ve böylece bu pazardaki rekabet de engellenmiş olmaktadır[1531]. Komisyona göre de paket

---

[1528] Bkz. *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth,* 502 F. 3d 895, 915, 916 (9th Cir. 2007).

[1529] Bu konuda bkz. **Padilla, Jorge/Slater, Donald,** Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC, (içinde, GCLC Research Papers on Article 82 EC), Global Competitive Law Centre, Bruges 2005, s. 84.

[1530] **Rubinfield, Daniel L,** "3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective", University of Chicago Law Review (2005), Volume 72, s. 252. Hatta bu tarz bir uygulama "fiili bağlama" *(de facto tying)* olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Antitrust Modernizasyon Komisyonu,** Rapor ve Öneriler, 4/2005, s. 96.

[1531] Krşl. Komisyon Kararı, ABl. 1981 Nr. L 353, 33, Nr. 44, *"Michelin".* ABAD Komisyonun kararını ilke olarak kabul etmekle birlikte, maddi olgular nedeniyle reddetti. Bkz. EuGH, Slg. 1983, 3461, 3519 Nr. 89, *"Michelin"*. Amerikan Yüksek Mahkemesine göre, paket satış şeklindeki indirimlerin rekabet açısından taşıdığı tehlike, bu uygulamanın hem eşit etkinlikte, hem de daha az etkin rakiplerin dışlanması potansiyeli de taşımasıdır. Dolayısıyla bağlama konusu paketin fiyatı çok düşük

bağlamalarda ortaya çıkan indirim çok yüksek olduğu zaman, bu ürünlerden sadece birisini üreten ve indirim bağlaması ile rekabet edemeyen eşit etkinlikte rakipler için dahi, bağlayan ve bağlanan ürün pazarında rekabeti sınırlayıcı etkiler ortaya çıkabilir[1532].

Bağlama veya paket satış şeklindeki indirimlerin rekabet üzerindeki etkilerinin, somut olay kapsamında değerlendirilmesi önemlidir. Çünkü indirim etkinlik artışının bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir ve tüketicilere etkinlik avantajları sağlayabilir[1533]. Aynı zamanda rakiplerin pazar konumları da bu konuda önem taşımaktadır. Komisyon'a göre, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin de aynı ürün paketlerini sattıkları veya bu süreçte ortaya çıkan ek maliyetlerin rakipleri yıldırmadığının gözlenmesi durumunda, bu davranış genel olarak bir "bağlı rekabet" *("Bündelwettbewerb")* olarak değerlendirilebilir. Bu durumda paket içindeki her ürünün marjinal karının bağlama kapsamında marjinal maliyetleri karşılayıp karşılamadığı belirleyici değildir. Aksine, çoğu zaman böyle durumlarda bağlamanın toplam fiyatı açısından bir yıkıcı fiyat uygulamasının söz konusu olup olmadığı incelenmelidir[1534].

TTNet/Avea olayında[1535] Rekabet Kurulu ilgili uygulamayı karma/(karışık) paket satış *(mixed bundling)* olarak değerlendirmiştir. Kurul'a göre, karma paket

---

olduğundan, paket içindeki hizmetlerden sadece birisini satan daha etkin bir rakip, sattığı bu ürünün fiyatı paket satış yapan satıcının maliyet fiyatının (Selbstkosten) üzerinde olsa dahi kendi ürününü bundan daha ucuza satamayacaktır. Bu nedenle toplam satışlar üzerinden yapılan indirimlerin rekabet üzerinde olumlu etkileri olmasına rağmen, bu durum daha etkin olmakla birlikte henüz ürün çeşitlendirmesine gitmemiş rakipler açısından dışlayıcı etkileri nedeniyle rekabete zararlı olabilmektedir. Bkz. *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth,* 502 F. 3d 895, 907 (9th Cir. 2007).

[1532] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

[1533] Burkert, s. 375. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi de paket indirimlerin bu tarz olumlu etkilerini vurgulamıştır. Mahkemeye göre paket indirim şeklindeki bağlama uygulamaları iki yönlü bir etkiye sahiptir. En başta alıcılar kendi paraları ile daha fazla (hizmet) alacakları için bu onlar açısından bir avantajdır. Öte yandan bu aynı zamanda satıcılar açısından da alıcılara bir defada daha fazla ürün satma olanağı verdiği için, satışlar açısından da etkili bir yöntemdir. Bkz. *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth,* 502 F. 3d 895, 906 (9th Cir. 2007).

[1534] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 61.

[1535] TTNet A.Ş. ile Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından birlikte uygulanan "TümEvİşAvea320" ve "Şirketler için ADSL" kampanyaları aracılığıyla TTNet A.Ş.'nin; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından uygulanan "Ücretsiz Ev/İş Arama Fırsatı" kampanyası aracılığıyla da Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları ile açılan önaraştırma da somut olay indirim sistemleri açısından da değerlendirilmiştir. Şikayetçinin iddialarına göre; TTNet ve Avea tarafından ortak yürütülen kampanya ile internete TTNet ile bağlanan kullanıcılara, Avea faturalı hat sahibi olmaları durumunda Avea ve sabit hat numaraları ile 3 ay boyunca toplam 109 YTL'lik ücretsiz konuşma yapabilmeleri anlamına gelecek şekilde 960 dakikalık hediye verildiği, TTNet aboneleri için indirimin uygulandığı esas ürünün Avea aboneliği olduğu, bu indirime hak kazanabilmek için en az 1 yıl süre ile TTNet abonesi olunması gerektiği, dolayısı ile potansiyel GSM abonelerinin, Avea'ya daha ucuz abone olma vaadi ile TTNet abonesi olamaya teşvik edildiği, kampanya ile bu indirimden yararlanan kullanıcıların TTNet aboneliğinin 1 yıl boyunca garanti altına alınmasının amaçlandığı, bu şekilde rakiplerin benzer indirimleri veremeyeceğinden bahisle perkanede geniş bant internet erişim hizmetleri pazarındaki rekabetin engelleneceği, aynı zamanda bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinin c bendinde yer verilen bağlama uygulamalarına uygunluk gösterdiği iddia edilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar.

satış uygulamasına konu ürünlerden herhangi bir tanesinde hakim durumun tespiti, davranışın rekabeti sınırlayıcı etkiler açısından dikkate alınması için yeterlidir. Bu durumda pazarın rakiplere kapatılması, yapılan indirimin büyüklüğü karşısında, etkin rakiplerin paket içerisinde yer alan ürünler için vermiş oldukları fiyat nedeniyle rekabet edemedikleri zaman ortaya çıkmaktadır.

Rekabet Kurulu'na göre pazar üzerinde ortaya çıkması muhtemel bu etkilerin tespiti açısından şikayet konusu kampanyanın, talep/kampanyaya katılan kişi sayısı, kampanyada sunulan indirimin büyüklüğü, ürünlerin niteliği ve kullanıcı tercihleri açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. [1536]. Ancak talep/kampanyaya katılan kişi sayısı bakımından yapılan incelemede kampanyanın TTNet'e olan katkısının minimum düzeyde olduğu ve talebin kampanya dolayısı ile rakiplerden TTNet'e geçmesinin söz konusu olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır.

Somut olayda kullanıcıların ürünlere atfettikleri değerin pozitif ilişkili olması durumunda[1537] uygulamanın pazar kapama etkisini arttıracağı dikkate alınarak, "kullanıcı tercihleri" açısından yapılan incelemede ise bağlayıcı (bağlayan) ürün olarak ifade edilen Avea GSM aboneliğinin, tüketiciler nezdinde halihazırda en az tercih edilen GSM hizmeti olduğu, kampanya süresince Avea kullanıcılarının bile pek azının bu kampanyaya rağbet ettiği belirlenmiştir. Paket içerisinde yer alan ürünlerin tamamlayıcılığının kuvvetli olduğu durumlarda paket satışların kapama etkisinin daha fazla olacağı görüşünden hareketle, "ürünlerin niteliği" (ürünler arası ilişki) incelenmiş ve internet aboneliği ile GSM aboneliği arasında tamamlayıcılık ilişkisinin bulunmadığı ve bu nedenle de perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında rekabetin engellenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kampanyanın rekabeti sınırlayıcı etkileri aynı zamanda tüketiciler üzerindeki etkisiyle de ilgili olduğundan, somut olayda söz konusu etkinin varlığı talep/kampanyaya katılan kişi sayısı, kampanyada sunulan indirimin büyüklüğü, ürünlerin niteliği ve kullanıcı tercihleri bakımından değerlendirilmiştir. Çünkü uygulamanın rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesinde kampanyada sunulan indirimin, tüketicilerin söz konusu ürünleri ayrı ayrı rakiplerinden satın almalarını

[1536] Bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar, s. 6.

[1537] Ekonomi literatüründe, paket içerisinde yer alan ürünlerin tamamlayıcılığının kuvvetli olduğu durumlarda paket satışların daha etkili olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada kampanya çerçevesinde kullanıcılara sunulan internet aboneliği ile GSM aboneliği arasında bir tamamlayıcılık/ikame özelliği bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, internet aboneleri zaten GSM abonesi olacakları gerekçesi ile Avea'nın sunduğu indirimi her hal ve karda kabul edebilecek bir nitelik arz etmemektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar, s.20.

önlemek suretiyle ilgili pazarda rekabeti engelleyecek düzeyde olup olmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Sonuçta kampanyanın şikayet dilekçesinde yer verildiği şekliyle perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarındaki talebin rakiplerden *TTNet*'e geçmesini sağlayacak nitelikte bir kampanya olmadığı, kampanyanın kapsamı, süresi ve koşullarına bakıldığında, kampanya ile perakende geniş bant internet hizmetleri pazarındaki rekabetin bozulmasının amaçlanmasının/hedeflenmesinin mümkün görünmediği, söz konusu kampanya aracılığıyla perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarındaki rekabetin engellenmesinin veya *TTNet*'in rakiplerinin pazar dışına itilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır[1538].

Rekabet Kurulu'nun somut olay açısından yaptığı analizlerde de ortaya çıktığı gibi, paket satışın rekabeti sınırlayıcı etkileri öncelikle indirimin büyüklüğü, kampanyaya katılan kişi sayısı, ürünlerin niteliği ve alıcıların tercihi gibi birçok etkene bağlıdır. Bütün bu etkenler bir araya geldiği zaman, bağlama uygulaması alıcılar üzerinde bir çekim etkisi *(Sogwirkung)* gösterebilecektir. Alıcılar üzerinde ortaya çıkan çekim etkisinin büyüklüğü veya yoğunluğu, aynı zamanda bağlamanın rekabet karşıtı etkilerini de artıracaktır. Ancak somut olay açısından böyle bir etkinin ortaya çıkmadığı belirtilmiştir. Aynı zamanda Kurul'un paket satışların dışlayıcı etkileri konusundaki değerlendirmesinde, yapılan indirimin büyüklüğü karşısında, etkin rakiplerin paket içerisinde yer alan ürünler için vermiş oldukları fiyat nedeniyle rekabet edemedikleri zaman ortaya çıktığını belirten görüş, Komisyon'un paket satış ve indirimler konusundaki yaklaşımıyla paraleldir[1539].

[1538] Rekabet Kurulu'nun değerlendirmesine göre; "Türkiye'de yaklaşık 63 milyonun üzerinde GSM abonesi mevcut iken internet erişiminden faydalanan kullanıcıların sayısı yaklaşık 5 milyon ile sınırlıdır. Bunların %95'inin TTNet abonesi olduğu ve şikayet konusu kampanyadan ise sadece (…) kişinin faydalandığı düşünüldüğünde (kampanyadan yararlanan (…) kişinin ne kadarını TTNet'e yeni abone olanların oluşturduğu konusunda bir bilgi edinilememiştir), iki ürünün birlikteliğinin tüketici nezdinde çok da kabul gördüğünden bahsetmek olanaklı görünmemektedir.
Şikayet dilekçesinde potansiyel GSM aboneliği ve internet aboneliği arasında pozitif bir ilişki kurulmaya çalışılmaktadır. Ancak yukarıda yer verilen 63 milyon GSM abonesi ve yalnızca 5 milyon internet abonesinin mevcudiyeti bu tarz bir tamamlayıcılık özelliğinin kabul edilebilir olmadığını net bir biçimde ortaya koymaktadır.
Bunun dışında şikayet dilekçesinde kampanyanın bağlayıcı ürünü olarak nitelendirilen 960 dk. bedava konuşma süresinin, yalnızca Avea ve sabit hatları kapsaması kampanyanın bir başka sınırlayıcı yönünü oluşturmaktadır. Üstelik söz konusu ürünün maliyetinin kullanım ile alakalı olması ve bu yüzden verilecek bedava dakikaların yalnızca 3 ay için geçerli olması, kampanyanın yalnızca promosyon olarak nitelendirilebileceğini göstermektedir." Bkz. Rekabet Kurulu, 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar, s.20.

[1539] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

1. Sadakat İndirimleri

Uygulamada hakim durumdaki teşebbüsler farklı indirimlere başvurmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı etkileri en yoğun olan davranışlar şüphesiz sadakat indirimleridir. Hakim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan sadakat indirimleri (Treuerabatten)[1540] indirimin yüksekliğine göre müşterileri hakim durumdaki teşebbüse bağlayarak, rakipleri dışlayabilirler[1541]. Bu durum aynı zamanda bir pazara giriş engeli olarak da rekabeti sınırlayan bir davranıştır. Sadakat indirimlerinin rekabet karşıtı etkileri bağlama veya münhasırlık koşulları içeren dikey anlaşmalarla eş değerlendirildiği gibi[1542], belirli koşullar altında kötüye kullanma nitelikli bir bağlama uygulaması olarak da ortaya çıkabilirler[1543]. Bununla birlikte sadakat indirimlerinin rekabeti sınırlayıcı etkileri için teşebbüsün hangi oranda ve büyüklükte bir indirime gitmesinin gerekliliği ise her somut olay bağlamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Ancak sadakat indirimine giden teşebbüsün pazar gücü rakiplerin pazar payından kısa vadede önemli oranda pay alacak nitelikteyse, başka bir ifadeyle indirim pazardaki talebin önemli bir bölümünü etkileyecek düzeyde olup uzun bir zaman dilimine de yayılmışsa, bu durumda rekabeti sınırlayıcı etkileri daha ağır olacaktır[1544].

Rekabet Kurulu *Coca-Cola Dağıtım A.Ş* hakkında verdiği kararda[1545] sadakat indirimini, *"hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından, müşteriye ihtiyacının tümü veya en azından önemli bir kısmını kendisinden karşılaması ve rakip teşebbüslerden mal almaması koşuluyla yaptığı indirimler"* olarak tanımlamıştır. Kurul'a göre sadakat indirimleri buna muhatap müşterilerin başka teşebbüslerden ürün almalarını büyük ölçüde kısıtladığından ve rakiplerin rekabet edebilme imkanını azalttığı için bir kötüye kullanmadır. Dolayısıyla sadakat indirimlerinin rekabet üzerindeki fiili etkisi, rakip teşebbüslerin ticari faaliyetlerinin zorlaştırılması ve nihayetinde onların pazardan dışlanmasıdır.

Rekabet Kurulu da sadakat indirimlerinin rekabet üzerindeki açık iki etkisini ise pazara giriş engeli oluşturmaları ve rakipleri dışlayıcı etkilere yol açmaları olarak

---

[1540] İndirim sistemlerinin alıcılar üzerindeki etkileri açısından yapılan değerlendirmelerde, esasen teşebbüsler için pazarda büyüme işlevi de gören ve alıcının sağlayıcı tarafından belli bir dönem için belirlenen hedefi gerçekleştirmesi karşılığında verilen *"hedef indirimler"* ile alıcının tüm ihtiyaçlarını indirim veren sağlayıcıdan temin etmesi karşılığında verilen ve alıcının aynı zamanda rakip sağlayıcılardan alım yapmasını yasaklayan *münhasırlık karşılığı verilen indirimler"* de sadakat indirimi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Arıtürk, s. 7.

[1541] Burkert, s. 375.

[1542] Elhauge ve Geradin, s. 573.

[1543] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 218.

[1544] Bkz. Padilla ve Slater, s. 101.

[1545] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar.

açıklamıştır. Kurul'a göre sadakat indirimlerinin bahsedilen etkileri rekabetin yoğun olduğu pazarlarda normal karşılanabilse de, hakim durumdaki teşebbüslerin bulunduğu pazarlarda bu teşebbüslerin sadakat indirimine yönelmesi rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilecektir. Bu anlamda sadakat indirimini diğer miktar indirimlerinden ayıran temel farklılık, satıcının, indirimi alıcının kendi rakiplerinden ürün almaması koşuluna bağlamasıdır[1546].

Sadakat indirimleri münhasır koşullar içeren anlaşmalarla da ilgilidir. Çünkü sadakat indiriminde, indirim yapan teşebbüs, alıcıdan diğer tedarikçilerden alım yapmaması veya ürün ihtiyacının büyük bölümünü kendisinden karşılamasını talep eder. Bu tarz bir sözleşmesel yükümlülük, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından alıcıya dayatıldığı zaman, AEUV m. 102(d) hükmüne de aykırılık oluşturur[1547]. İndirimin özellikle yoğun ve yüksek olduğu durumlarında alıcılar öngörülen indirimleri kazanmak ve karlarını maksimuma getirmek için sadece indirim uygulayan teşebbüsün ürünlerine yönelirler. Bu durum, rakiplerin aynı zamanda dağıtımda sorun yaşamalarına ve bununla bağlantılı olarak satışlarının azalmasına neden olacaktır[1548].

Sadakat indirimleri pazarda farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan birisi de alıcının tüm ihtiyaçlarını indirim veren sağlayıcıdan temin etmesi karşılığında verilen ve rakip sağlayıcılardan alım yapmasını yasaklayan "münhasırlık karşılığı verilen indirimler"dir. Böyle bir indirim ile birlikte, alıcının indirim sunan sağlayıcı dışında, başka hiçbir sağlayıcıdan ürün almamasını öngören bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, sadakat indirimleri kapsamında değerlendirilen "münhasırlık karşılığı verilen indirimler" veya "münhasırlık uygulamalarının" dışlayıcı niteliğinin[1549], rakiplerden alım yapılmasını mutlak olarak yasakladıkları için maksimum düzeyde olduğu belirtilmektedir[1550].

[1546] Diğer yandan sadakat indirimleri, ürün tanıtıcı indirimlerden de farklıdır. Zira tanıtıcı indirimler, ürünün pazara sunulması aşamasında kısa süreli uygulanmakta ve rakipten mal almama koşuluna bağlı olarak verilmektedir. Aynı zamanda hakim durumun kötüye kullanılması açısından alıcının sadakat indirimine rıza göstermesi veya bunu bizzat talep etmesinin bir önemi yoktur. Ayrıca, artan oranlı miktar indirimleri de, özellikle etkileri dikkate alındığında sadakat indirimi olarak değerlendirilebilir. Esas olarak sadakat indirimi uygulamasının dışlayıcılık etkisi, ayrımcılık etkisinden daha büyüktür. Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar, s. 6.

[1547] Bkz. EuGH, 30.9.2003, Rechtssache T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-4071 *("Michelin")*, Nr. 109. Ayrıca bkz. Jones ve Sufrin, s. 421; Padilla ve Slater, s. 92; Elhauge ve Geradin, s. 571.

[1548] Jofer, s. 30.

[1549] Sadakat indirimine hak kazanabilmek isteyen alıcı, tedarikçisini değiştirmek istediğinde maliyet artışları ile karşılaşacağından, bu nedenle yeni tedarikçiler açısından pazara giriş engelleri ortaya çıkmaktadır. Çünkü yeni bir tedarikçi, hakim teşebbüse bağlanmış müşteriye ürün satabilmek için, ürünlerinin fiyatında indirime gitmek zorunda klacaktır. Bkz. Whish, s. 654-655, Ulaş Kısa, s. 49.

[1550] Bkz. Akıntürk, s. 39; Elhauge ve Geradin, s. 572.

Uygulamada da sadakat indirimlerinin, Komisyon Tartışma Metni'nde de bahsedildiği gibi, sözleşmesel bağlama gibi bir etkiye neden oldukları veya böyle bir sonuç elde etmek için kullanıldıkları çok sayıda örnek olay bulunmaktadır. Aşağıda bu kararlardan bazıları incelenmiştir.

a. Hoffmann-La Roche Kararı

Hoffmann-La Roche olayı[1551] klasik bir bağlama uygulaması olarak adlandırılmasa da, Roche'un pazarda sergilediği davranışlar her durumda bağlama olarak değerlendirilebilecek nitelikteydi. Dünya çapında faaliyet gösteren vitamin ürünleri üreticisi Roche, müşterileri ile yaptığı anlaşmalar çerçevesinde, bütün vitamin ihtiyaçları kendisinden karşılandığı zaman bir sadakat indirimi *(Treuerabatte)* uygulamaktaydı. Teşebbüslerin müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerde öngörülen yıllık indirimler alıcıların aldıkları ürüne göre değil, müşterilerin ihtiyaçlarını karşılama yüzdesine göre belirleniyordu. Komisyon bu uygulama ile Roch'un ilgili vitamin ürünleri pazarında hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna vardı[1552]. Bu konuda belirleyici olan ise bir yandan ilgili sözleşme koşulları ile alıcıların tercih özgürlüğünün sınırlanması, diğer yandan ise "sadık" olmayan alıcılara karşı yapılan ayrımcılıktı. Sadakat indirimi nedeniyle alıcılar kendi tedarik kaynaklarını seçme konusunda yeterince serbest olamayacaklardı. Çünkü sadakat indirimi, aynı zamanda müşterilerin bu özgürlüklerinden vazgeçmelerinin de karşılığıydı. Bu nedenle indirimle ortaya çıkan bu fiyat avantajından yararlanamayan alıcılar ilgili ürünler için daha yüksek bir fiyat ödemek zorunda kalacaklarından, ayrımcılığa da uğrayacaklardı. ABAD, Komisyonun bu kararını onayladı[1553].

Fakat *Hoffmann-La Roche* olayında ne Komisyon ne de ABAD kararında "bağlama" kavramından bahsedilmemiş olsa da, söz konusu sadakat indiriminin niteliği incelendiğinde, esasen bu uygulamanın pratikte bir bağlama olduğu ortaya çıkmaktadır. Hem sözleşme koşullarının niteliği açısından ve hem de nihai amaç açıkça bir bağlamanın varlığını göstermekteydi. Burada aslında sadakat indirimi de büyük olasılıkla ikinci plandaydı. Asıl amaç, alıcıları bütün vitamin ihtiyaçlarını Roch'un ürünlerinden temin etmek suretiyle onları Roch'a bağlamaktı. Bu şekilde Roche, ikinci ve daha önemli bir hedef olarak, kendi firmaları için en az bir veya daha fazla vitamine ihtiyacı olan müşterileri de kendisine bağlayacaktı. Sadakat

[1551] Komisyon Kararı, 9.6.1976, 76/642/AB, ABl. EG, 16.8.1976, L 223/27.
[1552] Komisyon Kararı, 9.6.1976, 76/642/AB Kom., ABl. EG, 16.8.1976, L 223/27.
[1553] EuGH, 13.2.1979, *Hoffmann -La Roche/Kommission,* Slg. 1979, s. 461, Nr. 89

indirimi yoluyla Roche, bu müşterilerin bütün vitamin ihtiyaçlarını kendisinden alması hedefine ulaşabilecekti.

Öte yandan somut olayda alıcılar açısından bütün vitamin ihtiyaçlarını Roche'un bağlı ürünlerinden alma şeklinde herhangi bir zorlama da bulunmuyordu. Bununla birlikte, indirim nedeniyle ortaya çıkan büyük fiyat farklılığı, müşterileri vitamin ihtiyaçlarını Roch'un bağlı ürünlerinden almaya ikna etmek için yeterliydi. Bu anlamda sözleşmesel bir zorlamadan ziyade, ekonomik bir zorlama sözkonusuydu. Bu konuda Roch'un gönderdiği sirkülere göre, indirimi kaybetmemek için, vitamin sağlayıcılarının müşterilerinin tek vitamin ihtiyaçları konusunda kendi tedarikçilerini değiştirmemesi, sadakat indiriminin bir avantajıydı. Münferit ürünler açısından ortaya çıkabilecek olan bir tercih değişikliği, geriye kalan bütün ürün fiyatlarının yükselmesi ve indirimin avantajlarının da kaybolması anlamına gelmekteydi[1554]. *Hoffmann-La Roche* olayında gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus ise Roch'un sözkonusu vitamin ürünlerinin tümünü sağlayan tek teşebbüs olmasıydı. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu bu geniş ürün yelpazesi, müşterilerin ihtiyaçlarını karşılayacak başka bir rakibin, alternatif temin kaynağının olmaması anlamına gelmekteydi. Bu durumun bir diğer sonucu ise rakiplerin dışlanmasıdır. Çünkü hakim durumdaki teşebbüs genellikle geniş bir ürün yelpazesine sahip olduğundan, ürün miktarına bağlı olarak yaptığı indirim karşısında, rakipler bu boyutta bir ürün yelpazesine sahip olmadıkları zaman, rekabet yetenekleri düşeceğinden indirim aynı zamanda hâkim durumdaki teşebbüs için pazarda koruyucu bir etki *(Abschottungswirkung)* göstermekteydi[1555]

Hoffmann-La Roche olayının bir diğer özelliği ise, bağlama uygulaması ile ulaşılmak istenen ve "Cournot etkisi" *(Cournot-Effekt)* olarak da tanımlanan durumun belirtilerinin görülmesidir. Bu etki, rakipleri benzer ürünleri sadece ayrı veya tek tek satabilirken, sahip olduğu geniş ürün yelpazesi nedeniyle, tamamlayıcı bir çok ürünü paket halinde satarak, rakiplerine karşı rekabette avantaj elde etmek isteyen hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışı ile ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsü buna yönelten asıl güdü ise, teşebbüsün toplam fiyatını bu şekilde rakiplerine karşı koordine edebilmesi ve pazarda kendi arzının rakiplerine göre daha iyi durumda olduğunu da hesaplaybilmesidir. Rakipler ise bu konuda kendi fiyatlarını birbirlerinden bağımsız olarak belirleyemedikleri için, yerinde ve etkin bir davranışla

[1554] Ürünlerin bu şekilde izole edilip fakat yüksek fiyatla satılması şeklindeki bağlama uygulamaları öğretide *"mixed bundling"* olarak da adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz: Nalebuff, DTI Economics Paper No. 1, s. 14.
[1555] Bu yönde bir karar için bkz. *LePage's v. 3M,* 324 F. 3d 141, 155 (3rd. Cir. 2003).

karşı koyamazlar. Rakiplerin kendi satış politikalarını kontrol etmeleri mümkün olsa da, bu şekilde yapılan her anlaşma veya davranış, bütün ürünlerinin fiyatını belirleyen tek bir teşebbüsün davranışına göre daha az etkili olacaktır[1556].

b. Michelin II Kararı

Michelin II olayında, lastik üreticisi Michelin hakim durumundan yararlanmak suretiyle, indirim ve *bonus* tarzı satış politikaları ile rakiplerini dışlamaya ve pazar konumunu sağlamlaştırmaya çalışıyordu[1557]. Michelin Fransa'da yeni kamyon lastikleri ve eski kamyon lastikleri kaplama pazarında hakim durumda olup, çeşitli indirim sistemleriyle müşterileri kendisine bağlamaya çalışıyordu. Bunun yanında Michelin perakendecilerine satış açısından kendi teçhizatlarını ve müşteri hizmetlerini iyileştirmek için bir hizmet indirimi de sunmaktaydı. Fakat bu indirim ve ödül sistemi aslında keyfi olup, Komisyona göre pazarda bağlama uygulaması gibi etkilere sahipti. Ödül veya indirime hak kazanabilmek için lastik satıcılarının *bonus* toplaması gerekiyordu. Bu *bonusların* kazanılabilmesi ise Michelin lastik kaplamasının Michelin kamyon lastiklerinde kullanılmasına bağlıydı. Bu uygulama ise, Michelin kamyon lastikleri ile Michelin kamyon lastikleri kaplama pazarı arasında bağlama uygulaması gibi bir etki göstermekteydi[1558]. Michelin burada yeni kamyon lastikleri pazarındaki hakim durumunu, eski kamyon lastikleri kaplama pazarındaki durumunu sağlamlaştırmak için kullanmaktaydı.

Bu davranışı bir bağlama uygulaması olarak değerlendiren Komisyon'a göre, burada rekabet üzerinde ciddi etkileri olan başka bir durum ise Michelin'in sadece kamyon lastikleri pazarında değil, aynı zamanda lastik kaplama pazarında da yüksek bir kullanım oranına sahip olmasıdır. Dolayısıyla bu alanda getirilecek münhasır bir kullanım yükümlülüğü, Michelin'in lastik kaplama pazarındaki rakipleri için ciddi sorunlara yol açmaktaydı. Yeni lastiklerin satışında, bir önceki yılın lastik kaplama oranına bağlı bir prim uygulaması, sonuçta satıcıları Michelin'in yeni lastiklerini almaya mecbur bırakmaktaydı. Dolayısıyla burada satılan yeni lastik sayısıyla bağlantılı olarak lastik kaplama için prim kazanılması, AEUV m. 102/2.d hükmüne göre, sözleşmenin niteliği ile bağdaşmayan bir ek yükümlülük, bu anlamda bir bağlama uygulamasıydı[1559].

[1556] Bkz. Jones ve Sufrin, s. 425.
[1557] Komisyon Kararı, 20.6.2001 tarih ve 2002/405/EG, *Michelin II,* AB RG, 31.5.2001 tarih, L 143/1.
[1558] Komisyon Kararı, 20.6.2001, 2002/405/EG, *Michelin II,* ABl. EG, 31.5.2001 tarih, L 143/1. Nr. 256.
[1559] Komisyon Kararı, 20.6.2001, 2002/405/EG, *Michelin II,* ABl. EG, 31.5.2001 tarih, L 143/1. Nr. 310.

Michelin, Komisyon'un bu kararına karşı İlk Derece Mahkemesine gitmesine rağmen Mahkeme, Komisyonun görüşü doğrultusunda, bütün bu uygulamaların AEUV m. 102'ye aykırılık olarak değerlendirdi[1560]. Mahkeme, servis primi ile ilgili uygulamayı ise Michelin'in yeni lastik pazarında sahip olduğu pazar gücünü, lastik kaplama pazarındaki konumunu sağlamlaştırmak için kullandığına karar verdi[1561].

Michelin olayında da bağlama uygulaması sözleşmesel bir yükümlülükten çok, *Hoffmann-LaRoche* olayında da olduğu gibi ekonomik açıdan cazip bir sunum olarak ortaya çıkmaktaydı. Aslında müşteriler bu yükümlülükler olmadan da her iki pazarda faaliyet gösterebilirlerdi. Fakat bu durumda ciddi mali dezavantajlara katlanmak zorundaydılar. Her iki pazarda sadakat indirimi ve değişik fiyat indirimleri yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulaması, kötüye kullanmanın sadece bir bölümü olup, burada asıl amaç müşterileri Michelin'e bağımlı kılmaktı. Michelin'in pazardaki güçlü konumu nedeniyle sağladığı cazip ekonomik teşvikler, birçok lastik satıcısının bu uygulamaları benimsemesi ve bunun sonucunda da rekabetin sınırlanmasına neden olacaktı. Yeni lastik pazarı ile kaplama lastik pazarının bağlanması sonucunda, ilgili pazarlar arasında bir etkileşim ortaya çıkacak ve bu Michelin'in pazardaki konumunu rakiplerine karşı güvenceye almak suretiyle daha da sağlamlaştıran bir etki yaratmakaydı[1562].

c. Coca-Cola Kararı

Rekabet Kurulu, *Coca-Cola* Kararını[1563] düşük fiyat uygulaması yanında sadakat indirimleri açısından da değerlendirmiştir. Şikayetçi, Coca Cola'nın Turkuaz markasıyla piyasaya sürdüğü suyun artezyen suyu olmasına rağmen taklit yoluyla memba sularına benzetildiği, bu ürünü pazarlayan firmanın bazı kanunsuz anlaşmalarla çeşitli süpermarket, büfe, lokanta gibi noktalarda diğer memba sularının satışını engellediği, alıcılara düşük fiyatla Coca-Cola satışının Turkuaz

[1560] EuGH, 30.9.2003, Rechtssache T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-4071 *("Michelin").*
[1561] Aynı zamanda "Michelin Club" üyeliği ile ilk lastik kaplamanın Michelin tarafından yapılması şeklindeki uygulamalar ise lastik kaplama pazarına girişleri engellemeye yönelik kötüye kullanma nitelikli davranışlar olarak görüldü. EuGH, 30.9.2003, Rechtssache T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-40071, Nr. 163. *("Michelin").*
[1562] Öte yandan bu bağlama uygulaması da Amerikan Hukuku'nda ortaya çıkan, farklı ürünlerin genel bir indirim ile bağlandığı *LePage's v. 3M* olayına benzemekteydi. Her ilki olayda da bağlama uygulaması, mevcut pazar durumunun devamını sağlamaya, rakiplerin rekabet baskısına karşı kendisini güvenceye almaya yönelik, koruyucu bir nitelik taşımaktadır. Riziotis, s. 106.
[1563] Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. tarafından, su pazarında rakiplerin pazara girişini engellemek ve faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiası ile açılan önaraştırma sonucu verilen karar. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar.

markalı suların pazarlanması şartına bağlanması suretiyle rakip su üreticilerinin pazara girişinin engellendiğini öne sürmüştür.

Rakip teşebbüsler, Turkuaz markalı ürün talep eden bayi ve nihai satış noktalarına, Coca-Cola markalı ürünlerde, sözkonusu ürünleri talep etmeyen teşebbüslere nazaran daha yüksek oranlı indirimler uygulandığı, nihai satış noktaları tarafından taahhüt edilen satış kotasına Turkuaz markalı ürünün de dahil edilmesi durumunda, CCSD tarafından görece yüksek giriş bedelleri önerildiği; hatta bazı noktalara verilen giriş bedellerinin ayni olarak Turkuaz ürünüyle karşılandığı; bunun da ilgili noktanın daha yüksek fiyatlı Turkuaz ürününü satması hususunda teşvik olarak kullanıldığını belirtmişlerdir. Aynı zamanda, Turkuaz ile Coca-Cola ya da Cappy gibi diğer ürünlerin kullanılmasıyla sık sık ve yüksek oranda çapraz promosyonlar yapıldığı ve halihazırda Coca-Cola markasını talep eden satıcılara Turkuaz'ın bu şekilde bedelsiz (ya da yüksek oranda indirimlerle) sunulması yoluyla rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılıdığı öne sürülmüştür[1564].

Rekabet Kurulu ürün özellikleri, kullanım alanları, tüketim amaçları yönünden birbiriyle ikame edilebilirlik oranları son derece düşük olduğundan, su pazarı ve kolalı içecekler pazarını farklı ürün pazarları kapsamında değerlendirmiştir. Birincisi rekabetin ihlal edilme olasılığının bulunduğu pazar olarak "su pazarı", ikincisi ise su pazarında rekabetin sınırlanmasında araç olarak kullanılma olasılığı bulunan "kolalı içecekler pazarı"dır.

Kurul olayı "Sadakat İndirimleri" çerçevesinde değerlendirirken, nihai satış noktalarının ancak %4'ünde Turkuaz ürününün münhasır olarak satıldığını, yukarıda verilen CCSD'nin iç yazışmalarına ilişkin belgelere göre de rakip su markalarının bazı bölgelerde önemli ölçüde pazar payına sahip olduklarını ve dolayısıyla elde edilen bu veriler bağlamında, rakip teşebbüslerden mal alınmaması koşuluna dayanan sadakat indirimi uygulamasını destekler nitelikte uygulamalar olmadığı sonucuna varıldığını belirtmiştir[1565].

Kurul'a göre CCSD'den elde edilen bilgilere göre 2001-2002 dönemindeki toplam Turkuaz satışının %12'lik kısmının bedelsiz olarak, promosyonlar yoluyla yapıldığı yönündedir. Şirket, bu promosyonlara gerekçe olarak da yeni bir ürünün pazara girebilmesini ve tüketicilere tanıtımını göstermiştir. Dolayısıyla bu promosyonların pazardaki rakip firmaların faaliyetlerini zorlaştıracak ölçüde olmadığını gösterdiğini belirtmiştir[1566].

[1564] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar, s. 10.
[1565] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar, s. 13.
[1566] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar, s. 14.

Rekabet Kurul'u sonuç olarak, yapılan değerlendirme ve tespitler ışığında, "şikayetçinin Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin, satış noktaları tarafından Coca-Cola markalı ürünün satın alınmasını Turkuaz markalı ürünün de satın alınması koşuluna bağladığı, yine anılan teşebbüsün, yeniden satıcılarına sadakat indirimleri uygulamak suretiyle rakiplerini dışlayıcı bir davranış motifini benimsediği yönündeki iddialarını ön araştırma sürecinde açıkça destekleyecek kanıtların bulunmaması ve mevcut bulgulardan çıkan sonuçların da söz konusu iddiaları desteklememesi nedeniyle, Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığından, şikayetin reddine oybirliği ile karar vermiştir[1567].

Kanaatimizce bu olay açısından Rekabet Kurulu tarafından yapılan analiz doğru olmakla birlikte varılan sonuç tartışmalıdır. Coca-Cola'nın Turkuaz markalı suyu sadakat indirimleri çervesinde bayilere verdiği açıktır. Coca-Cola'nın özellikle gazlı içecekler pazarında sahip olduğu marka tanınmışlığı ve pazar gücü bilinen bir durumdur. Aynı zamanda sahip olduğu dağıtım ağı ve ürünlerinin tüketici açısından hem marka bilinirliği ve hem de tüketim alışkanlıkları üzerindeki etkisi de, ürünlerini çoğu zaman rakipsiz bırakmaktadır. Coca-Cola gerek üretim ve grekse dağıtım pazarında sahip olduğu bu pazar gücünden, henüz yeni girdiği su pazarında da etkin olmak için yararlanmaya çalışmaktadır. Hatta bu konuda yapılan değerlendirmeye göre, *Turkuaz* ve *Aquafina* markalı suların üretim aşamaları bakımından diğer kaynak sulardan farklı olduğu belirtilmektedir. Turkuaz ürünü, saflaştırma işleminden geçirilen yer altı sularına mineral ilave edilerek üretildiğinden işlenmiş içme suyu niteliği taşımaktadır. Buna uygun olarak da, Turkuaz suyunun etiketi üzerinde "sofra içeceği" ibaresi yer almaktadır. Üretimden kaynaklanan bu farklılığın, etkisini en çok lojistik kanalıyla pazardaki teşebbüslerin maliyet yapılarında gösterdiği belirtilmektedir[1568].

[1567] Ancak bu kararla ilgili Rekabet Kurulu üyelerinden birisi tarafından verilen "Ek Görüş"te ise, *"CCSD bayilik bölgesi dışında kalan nihai satış noktalarıyla olan ilişkilerini doğrudan satış noktası Sözleşmesi çerçevesinde yürütmekte olup Kurul 4.7.200 tarih ve 00-25/260-142 saylı kararı ile bu sözleşmelerin 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna karar vermiştir. Bu sözleşmelerde CCSD'nin kendisiyle sözleşme akdetmiş olan bayiler ve satış noktalarından, rakip firmalara ait alkolsüz içeceklerin (bu meyanda Turkuaz sularına rakip suların) satış ve dağıtımını talep hakkı doğmuştur.*
Dağıtım anlaşmaları (münhasır anlaşma olsa bile) bir ürünün o bölgeye etkin dağıtımının sağlanması bakımından Kanun'un 5.maddesinde belirtilen muafiyet koşulları ile bağdaşabilir. Ancak büfe, bakkal gibi son satış noktalarında münhasıran tek ürünün (Turkuaz suları gibi) satışının sağlanmasının ekonomiye bir yarar sağlamayacağı gibi en azından tüketicinin yararına da olamayacağından, Kanun'un 5.maddesinde belirtilen muafiyet koşulları ile bağdaşmayacağı görüşünden hareketle, gerek CCSD'nin gerekse bayilerinin son satış noktaları ile yaptıkları münhasır satış sözleşmelerine tanınan muafiyetin 1997/4 sayılı tebliğin 6. ve 2002/1 saylı Tebliği'in 6.maddeleri uyarınca geri alınması gerektiği" belirtilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar.

[1568] Bkz. Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar, s. 2.

O halde Coca-Cola burada, diğer su markalarına göre daha farkı bir üretim tekniği ile elde ettiği, aslında bir anlamda tam kaynak suyu niteliğinde de olmayan bir ürünü, sahip olduğu pazar gücü vasıtısıyla satışa sunmaktadır. Normalde sadece su pazarında faaliyet gösterse ve bu boyutta bir pazar gücü olmasa, belki de sahip olduğu özellikler nedeniyle diğer su markaları ile rekabet şansı çok düşük olan bir ürünü, başka bir pazarda sahip olduğu pazar gücünden yararlanmak suretiyle satmaktadır. Dolayısıyla, indirim ve bağlama uygulaması ile pazarda rekabet şansı fazla olmayan bir ürün, teşebbüsün sahip olduğu diğer avantajlar sayesinde satılmaktadır. Kurul'un bir diğer tespitine göre ise, CCSD yaptığı münhasır dağıtım sözleşmelerinde yer almasına rağmen rakip ürünlerin satışına yönelik bir bağlama şartı getirmemektedir. Coca-Cola'nın sahip olduğu pazar gücü ve ürünlerinin tüketici gözünde kazandığı marka bilinirliği düşünüldüğünde, bayiler açısından vazgeçilmez nitelikte ürünler olduğu açıktır. Böyle bir durumda bayiler hukuksal bir zorlama ile karşılaşmasalar da, ekonomik bir zorlamanın farkındadırlar. Dolayısıyla birçok bayi açısından bu ürünlerin kendi raflarında bulunması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle onların zorlama olmadan da, teşebbüsün sahip olduğu finansal güç ve diğer olanaklar nedeniyle, Coca-Cola'dan gelen istek ve uygulamalara karşı koymaları, teşebbüsün pazar gücü düşünüldüğünde oldukça güçtür. Bu nedenle somut olay açısından 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında, bağlama uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılmasıdan söz edilebilir.

Öte yandan aktarma etkisi açısından da bu olay değerlendirilebilir. Kolalı içecekler pazarında Coca-Cola'nın hakim durumu ve bu anlamda pazar gücü bilinen bir durumdur. Aynı zamanda sahip olduğu geniş ürün yelpazesi ve dağıtım ağı ile birlikte rakiplerine karşı çok önemli rekabet avantajlarına da sahip bulunmakatadır. Dolayısıyla Coca-Cola bir pazarda (kolalı içecekler=bağlayan ürün) sahip olduğu hakim durumunu, bir diğer pazar (su pazarı=bağlanan ürün) da kötüye kullanmaktadır. Bu şekilde bağlanan ürün pazarında da pazar payını artırmaya çalışmaktadır. Bu durum rekabet hukuku literatüründe bilinen klasik anlamıyla pazar gücünün aktarılmasıdır.

2. Hedef İndirimler

Sadakat indirimleri kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek bir diğer indirim sistemi de, hakim durumdaki teşebbüsün, müşterilerine genellikle

yıllık olarak belirlediği bir satış hedefine ulaşıldığı zaman uyguladığı hedef *(Zielrabatten, target rebate)* indirimlerdir. Hedef indirimler genel olarak miktar indirimlerine *(Mengenrabatten)* benzemekle birlikte aynı değildir. Hedef indirimleri, hakim durumdaki teşebbüs tarafından yeknesak olarak ya da müşteri ile müzakere edilerek her bir müşteri için ayrı ayrı tespit edilirken, miktar indiriminde indirim miktarı, alıcı tarafından yapılan alım miktarına (objektif bir ölçüte) göre belirlenmektedir[1569]. Bu nedenle hedef indirimlerin ayrımcı niteliği daha belirgindir. Çünkü hedefe ulaşan teşebbüs ile ulaşamayan teşebbüs arasında bir ayrımcılık yapılmaktadır[1570].

a. Michelin I Kararı

Michelin I kararında[1571], dağıtımcıların gelecek yıl için ulaşmaları istenen satış hedeflerinin belirlenmesinde kriter olarak, bunların bir önceki yıl içinde yapmış oldukları toplam satış miktarı kullanılıyordu. Her müşteriye göre değişen bu indirim politikası, Komisyon tarafından şeffaf bulunmadı. Her müşteri için bir önceki yılın satış miktarı göz önünde tutularak bir hedef konmuştu ve müşteri yıl içinde yaptığı satışlar yoluyla bu hedefe ulaştığı zaman, yılsonunda buna uygun bir indirime hak kazanıyordu. Müşterilere uygulanan bu indirim gerçekten belirsiz olmakla birlikte esasen bir sadakat indirimi işlevi görmekteydi.

Çünkü en basitinden dahi, alıcılar bu indirime hak kazanabilmek için, mümkün olduğu kadar daha fazla Michelin lastik satmak zorundaydılar. İndirimin yüksekliği ilgili müşteriler açısından objektif bir performanstan çok, bunların Michelin lastiklerini satmak konusundaki sübjektif çabaları ile değerlendiriliyordu. Komisyon'a göre NBIM'ın bu satış politikası ile sadakat indirimleri nedeniyle alıcılar Michelin ile çok sıkı bir şekilde bağlandıklarından, bu durum yeni rakiplerin pazara girişini zorlaştırmaktaydı. Bu konuda ikinci bir husus ise keyfi olarak belirlenen bu yüksek

---

[1569] Bununla birlikte miktar indirimleri, öngörülen indirimi yakalayabilmek için, satıcıyı her siparişinde yüklü miktarlarda alım yapmaya yöneltir. Bu durum stokçuluğa da neden olacağından, ticaret akışında da bir yavaşlamaya yol açar. Aynı zamanda satıcı yaptığı yüklü alımlar neticesinde mümkün olduğu kadar varolan depo ve satış alanını indirimli ürünlere ayıracağından, rakip ürünler bu nedenle yer kaybı sorunu yaşayacak ve satıcı da bu ürünleri fazla miktarda almamaya başlayacaktır. Jofer, s. 31.

[1570] Bkz. Ulaş Kısa, s. 54.

[1571] Michelin Olayı'nda ise Komisyon Fransız lastik üreticisi Michelin'in (NBIM) Hollandalı bağlı şirketinin ticaret politikasını mercek altına aldı. NBIM hafif kamyon lastikleri (Lkw) ve ağır otobüs (Omnibus) lastikleri üretmekteydi. Ağır lastik pazarında teşebbüsün pazar payı % 65 iken, Michelin'in lastik üreticileri arasında birinci sırada yer aldığı kamyon lastikleri pazarındaki pazar payı ise üçte bir civarındaydı. Michelin'in pazar konumu, bütün dünyadaki diğer güçlü finans sahibi holdinglerde olduğu gibi lastik üreticilerinin çalışanlarının düzenli ziyareti, teknik avantajlar ve teknik-ticari danışmanlık hizmetleri gibi etkenler sayesinde durmadan güçleniyordu. Bkz. Komisyon Kararı, 7.10.1981, 81/969/EWG, *Bandengrosshandel Frieschebrug B.V./N.V. Niederlandische Banden Industrie Michelin,* ABl. EU 9.12.1981, L 353/33.

indirim oranları nedeniyle alıcılar arasında ortaya çıkan ayrımcılıktı. Bu durum esasen AEUV m. 102/c'de yer alan düzenlemeye aykırıydı. Bundan başka Komisyon 1977 yılında *NBIM*'ın hafif ve ağır lastikler için % 0.5 oranında bir hafif lastiklerin satışına bağlı bir ikramiye *(bonus)* sunduğunu tespit etti. Komisyon bu ikramiye *(bonus)* uygulamasını, ağır lastik pazarında sahip olunan hakim durumun, hafif lastik pazarındaki mevcut güçlü pazar konumunun sağlamlaştırılması amacıyla kötüye kullanılması olarak değerlendirdi[1572].

Olay daha sonra ABAD'ın önüne geldi ve Mahkeme ilk üç suçlamayı olduğu gibi kabul etti. Mahkemeye göre, *NBIM*'in satış hedefine ulaşmak için alıcılar karşısında yılsonunda oldukça büyük bir baskı bulunmaktaydı[1573]. Fakat Mahkeme ayrımcılık ile ilgili iddiaları, farklı indirim oranlarının yasal ticari gerekçelerle yasaklanamayacağı gerekçesiyle, ikna edici bulmadı[1574]. Bağlama uygulaması ile ilgili iddiaları ise Komisyon tarafından yeterince ispatlanmadığı, bunlar NBIM'in iddialarının takdirine göre belirlendiğinden reddetti. Çünkü uygulanan indirimler Komisyonun iddia ettiği gibi ağır lastikler *(Lkw-Reifen)* için değil, aksine hafif *(Pkw-Reifen)* lastikler için uygulanmaktaydı[1575].

b. "Fertigfutter" Kararı

Kedi ve köpekler için gıda ürünleri üreten *Effem GmbH* alıcılarına ürünlerini satarken, toplam satış ciroları üzerinden bir indirim yapmaktaydı. Ancak, bu tarz ürünleri satan özellikle küçük ölçekli teşebbüsler açısından çoğunlukla bu satış oranlarına ulaşılamadığı gibi, uygulanan indirim sistemi benzer ürünleri üreten rakip teşebbüsler açısından dağıtım kanalları yoluyla pazara giriş engeli olarak ortaya çıkıyordu. Alman Federal Kartel Ofisi (BKartA) bu indirim uygulamasını *(Rabattpraxis)* GWB § 20 da yer alan "ayrımcılık yasağı, haksız engellenmelerin yasaklanması" ve GWB § 19 da yer alan "hakim durumun kötüye kullanılması" yasağına aykırı buldu[1576]. Satış cirosuna göre kazanılan indirim, ürünlerin toplam satış miktarına bağlıydı. Mutlak yıllık satış rakamlarına bağlı olarak uygulanan bu indirim, büyük miktarlarda alım yapamayacak durumda olan küçük teşebbüs veya

[1572] Komisyon Kararı, 7.10.1981 tarih ve 81/969/EWG, *Bandengroothandel Frieschebrug B.V./N.V. Niederlandsche Banden Industrie Michelin,* ABl. EG 9.12.1981, L 353/33, Nr. 50.
[1573] EuGH, 9.1.1983, Rechtssache C-322/81, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin / Kommission,* Slg. 1983, s. 3461.
[1574] EuGH, 9.1.1983, Rechtssache C-322/81, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin / Kommission,* Slg. 1983, Nr. 84.
[1575] EuGH, 9.1.1983, Rechtssache C-322/81, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin / Kommission,* Slg. 1983, Nr. 96.
[1576] BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1817 *("Fertigfutter").*

alıcılar açısından bir ayrımcılık oluşturuyordu. *Effem'*e göre bu uygulamanın haklı nedeni, yüksek miktarlarda alım yolu ile ulaşılan büyük işletme avantajlarıydı. BKartA indirim için sipariş sayısının değil, sadece miktarın belirleyici olması gerektiğine karar verdi. Bu durum, her hafta yeni bir sipariş veren büyük bir teşebbüs ile yılda iki defa sipariş vermekle birlikte aynı miktarda alım yapan bir alıcının da aynı indirime hak kazanması anlamına gelmekteydi.

İndirim için belirleyici olan, yıllık alım miktarından ziyade her bir sözleşme açısından ortaya çıkan alım miktarının büyüklüğüydü[1577]. Dolayısıyla *Effem GmbH'*nin savunduğu gerekçe bir ayrımcılık olarak ortaya çıkmaktaydı. Toplam satış miktarı üzerinden yapılan bu indirim *Effem'*in hem hayvan beslenme ürünleri, hem de hayvancılık ile ilgili *(Tierhaltung)* diğer bütün ürün çeşitlerinin satış cirosu üzerinden uygulanmaktaydı. Dolayısıyla satıcının indirime hak kazanabilmek için gerekli olan satış miktarlarına ulaşabilmesi *Effem'*in başka uğraşı alanlarındaki ürünlerinin de alınmasına bağlıydı. Bu davranış, hayvan besinleri pazarı açısından hakim durumun kötüye kullanılmasıydı[1578]. Öte yandan alıcı bu şekilde rekabetçi bir pazarda da satın alabileceği bazı ürünleri, indirim için gerekli olan satış miktarına ulaşmak için *Effem'*den satın almak zorunda kalıyordu[1579]. Başka bir ifadeyle, indirim somut olayda fiili bir münhasırlığa dönüşmekteydi. Alıcı açısından satış miktarında ortaya çıkan her kayıp, aynı zamanda indirim miktarında da kayıp anlamına geldiğinden, sonuçta bu alıcının Effem'e daha fazla ödeme yapması demekti. Rakipler açısından ise bu durum, *Effem'*in indirimli ürünleri ile rekabet edebilmek için kendi ürünlerini daha düşük bir fiyatla satma zorunluluğu demekti. Çünkü sipariş verilen ürün miktarı açısından indirim sistemi kabul edilirse, geniş bir ürün yelpazesine sahip olan *Effem* açısından, sadece bu ürünlerden bir tanesini üreten küçük bir teşebbüse göre kar kaybı daha düşük kalacaktı. Bu tarz bir ticari politika ise bir yandan pazara girmek isteyen teşebbüsler açısından bir giriş engeli işlevi görürken, diğer yandan mevcut rakipler için dışlayıcı bir etki göstermekteydi.

Somut olayda indirim fiilen bir bağlama uygulaması gibi işlev görürken, pazar gücünün yayılması suretiyle, dışlayıcı bir uygulama niteliği de kazanmaktaydı. Bağlama uygulaması açısından sözleşmesel bir zorunluluk söz konusu değildi. Çünkü alıcılar ilgili ürünleri ayrı olarak da satın alabilme imkânına sahiptiler. Fakat alıcı açısından, indirime hak kazanabilmek için, bütün ürünleri aynı sağlayıcıdan almak hususunda ciddi bir ekonomik teşvik söz konusuydu. BKaratA bu

[1577] BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1821 *("Fertigfutter").*
[1578] BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1825 *("Fertigfutter").*
[1579] BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1828 *("Fertigfutter").*

uygulamanın rekabet üzerindeki etkilerini iki yönlü olarak değerlendirdi: Öncelikle teşebbüsün hakim olduğu pazardaki durumunu bu şekilde iyice sağlamlaştırması ve bunun yanında henüz hakim durumda olmadığı pazarları da bu şekilde ele geçirmeye çalışması[1580]. Öte yandan ürün yelpazesinde yer alan bütün ürünlerin bağlanması ile pazara giriş engelleri de ortaya çıkmaktaydı. Çünkü bu durumda rakipler ilgili bütün ürün pazarlarına girme baskısı altında kalacağından, bu durumda çok yüksek ve riskli bir yatırım yapma zorunluluğu hissedeceklerdi. *Fertigfutter* olayı aynı zamanda, indirimin münhasır alım koşuluna dönüşmesi suretiyle, bağlama uygulaması yoluyla pazar gücünün aktarılmasına da somut bir örnektir.

c. Milchaustauschfuttermittel Kararı

Milchaustauschfuttermittel olayında[1581] bağlama uygulaması, bölgesel süt pazarında hakim durumda olan bir sütçülük kooperatifinin *(Molkereigenossenschaft),* üyelerinden süt almayı kendi ürettiği süt ürünlerinin de onlar tarafından satın alınması koşulu getirmesinden kaynaklanıyordu. Kooperatif, ürettiği süt ürünlerinin sürümünü artırmak için bir prim sistemi uyguluyordu. Buna göre kendi ürünlerinden asgari bir miktar satın alınması koşuluyla, süt alımında ödeyeceği fiyat için ayrıca bir de prim vermeyi taahhüt ediyordu. Fakat bu uygulama süt ürünleri pazarında fiyat açısından bir rekabetinin ortaya çıkmasını engelliyordu. Çünkü kooperatifin belirlediği fiyat, kooperatifin bulunduğu bölgedeki üreticilerin teslim ettiği süt miktarına bağlıydı. Mahkemeye göre (Kammergericht), kooperatif süt alımı pazarında sahip olduğu hakim durumunu, %60 civarında pazar payına sahip olduğu süt ürünleri pazarındaki durumunu sağlamlaştırmak için kullanıyordu[1582].

Bu olay açısından dikkat çeken husus, kooperatifin ilgili pazarda hem tedarikçi hem de alıcı olmaktan kaynaklanan iki yönlü durumundan yararlanmasıydı[1583]. Kooperatif bu şekilde sahip olduğu pazar gücünden, bir diğer pazardaki rekabeti engellemek için yararlanıyordu. Mahkeme bu olay açısından açıkça "bağlama" uygulamasından bahsetmese de somut olayda böyle bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Çünkü her iki ürünün ekonomik açıdan cazip bir teklifle bağlanması bir kötüye kullanmaydı. Kooperatifin sağladığı bu ekonomik avantajlardan üreticiler ancak sütleri teslim edip aynı zamanda diğer ürünleri de

[1580] BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, **WuW,** WuW/E BKartA, s. 1826 *("Fertigfutter").*
[1581] KG, 9.11.1983, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3124 *("Milchaustauschfuttermittel").*
[1582] KG, 9.11.1983, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3125 *("Milchaustauschfuttermittel").*
[1583] KG, 9.11.1983, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3127 *("Milchaustauschfuttermittel").*

satın aldıktan sonra yararlanabiliyordu. Mahkemeye göre bu uygulama, üyeler arasındaki rekabeti engellemek için yeterliydi[1584]. Ayrıca bu uygulamanın rakipler açısından caydırıcı bir etkisi de bulunmaktaydı. Çünkü rakip teşebbüs bu durumda kendi ürünlerini kooperatif üyelerine satabilmek konusunda daha az şansa sahip olduğunu düşünecekti[1585]. Bu uygulama, hem GWB § 19 (4) 2.1 anlamında hakim durumun kötüye kullanılması ve hem de GWB § 20 (1)1 anlamında rakipleri engellemeye yönelik haksız bir davranıştı.

Paket satış veya indirimlerin rekabet üzerinde olumlu etkileri yanında olumsuz etkileri de bulunmaktadır. İndirim veya diğer ekonomik teşvikler yoluyla yapılan bağlama uygulamaları, daha önceleri genellikle yıkıcı fiyat uygulaması (Kampfpreisunterbietung) gibi de ele alınmıştır. Bu yaklaşım kısmen doğru olmakla birlikte[1586], pratikte bu uygulamaların da rekabet üzerindeki ekonomik etkileri bağlama uygulamaları gibidir. Komisyon'un bu konudaki yaklaşımının rakiplerin korunmasından ziyade, toplam refah bağlamında tüketici refahı üzerinde yoğunlaşmak olduğu söylenebilir[1587]. Komisyonun bu tarz olaylar açısından belirleyici olan kriteri "eşit etkinlikte" bir rakibin rekabet yeteneği olduğundan, bu konuda rakiplerin korunmasından ziyade, rekabetin korunduğu da söylenebilir[1588]. Bununla birlikte, indirim yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulamalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi ilk başlangıçta, uygulamada mahkeme kararları ile ortaya çıkmış bir durumdur[1589]. Fakat son dönemde hem Komisyon Tartışma Metni

---

[1584] KG, 9.11.1983, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3129 *("Milchaustauschfuttermittel").*

[1585] KG, 9.11.1983, **WuW,** WuW/E OLG, s. 3130 *("Milchaustauschfuttermittel").*

[1586] Komisyonun bu konudaki yaklaşımı da bu konuda öngörülen hedeflerin örtüşmemesi nedeniyle "tartışmaya açık" değerlendirilmiştir. Çünkü, öncelikle hakim durumdaki teşebbüs, yıkıcı fiyat uygulaması sürecinde zarara katlanmak zorunda iken, stratejisini devam ettirdiği sürece, karışık paket bağlama *(mixed bundling)* yoluyla, bağlanan ürün pazarında şimdiye kadar talep durumuyla ilgili oluşan zararını icabında başka bir pazardan elde ettiği kar ile karşılamak suretiyle hedefine kolaylıkla ulaşabilir[1586]. Bağlanan ürün pazarında etkin bir rekabet olmasına rağmen, bağlayan ürün pazarında hakim durumdaki teşebbüs, sadakat indirimi yoluyla bağlama uygulaması gerçekleştirdiği zaman, bağlama fiyatı marjinal maliyet fiyatlarının üzerinde gerçekleşebilir ve böyle bir durum dahi etkin rakiplerin dışlanmasına neden olabilir. Özellikle hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu ölçek ekonomisi *(economies of scope)* veya "Cournet Etkisi" *(Cournet-Effekt)* gibi etkenler, dışlayıcı stratejiyi uygulamada teşebbüse bir "dayanma gücü" *("langen Atem")* sağlayabilir. Bu nedenle büyük işletme avantajları *(Betriebsgrössenvorteilen)* veya yüksek oranlı *"batık maliyet"* gibi potansiyel rakipler için pazara giriş engeli oluşturan etkenlerin de dikkate alınması gerekir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Riziotis, s. 127.

[1587] Krş. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), s. 5; Ingo Schmidt, Festschrift für Bechtold, 2006, ss. 409-410.

[1588] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 54.

[1589] AB hukukunda bu konuda verilen en son kararlardan birisi olan *Michelin II* Kararı'nda da hem Komisyon hem de ABAD, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından başvurulan ve satıcıları finansal teşviklerle Michelin kamyon lastiklerinin de Michelin tarafından yenilenmesi/kaplanması şeklindeki uygulamayı kötüye kullanma olarak görmekte tereddüt etmediler. Bu olayda Michelin'in ürün satışı üzerinden verdiği çeşitli indirim ve prim sistemleri ile aynı zamanda müşterileri kendisine bağlayarak kamyon lastikleri pazarında sahip olduğu hakim durumunu, kamyon lastikleri kaplama pazarında da bu durumunu sürdürmek için kullanıyordu. Komisyon Kararı, 20.6.2001 tarih ve 2002/405/EG, *Michelin II,*

ve hem de Komisyon Kılavuzu'nda paket satışlar dışlayıcı davranışlar arasında değerlendirilmiştir. Hakim durumdaki teşebbüsün devamlılık arz eden indirim uygulamaları aynı zamanda pazarda "düşük fiyat" yönünde yapay bir algıya da neden olduğundan, bu durum potansiyel rakiplerin sayısını azaltan, onları bir anlamda pazara girişten alıkoyan adeta bir "yapay giriş engeli" işlevi görmesine de neden olacaktır.

Tartışma Metni'nde de paket satışlar bağlama uygulamaları ile birlikte değerlendirilirken, bunların rekabet üzerindeki etkilerinin de bağlama ile aynı olduğu belirtilmiştir. Uygulamada indirim sistemleri farklı olmakla birlikte, rekabet üzerindeki etkileri en belirgin olanlar şüphesiz sadakat indirimleridir. Sadakat indirimleri hakim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulandığı zaman, rakiplerin müşteri potansiyelini çekme ve pazarı kapama etkisine sahip davranışlardır. Dolayısıyla sadakat indirimlerinin rekabeti sınırlayıcı asıl etkisi pazarda rakiplerin dışlanmasıdır. Komisyon Kılavuzu'nda da belirtildiği gibi, indirimin yüksekliği nedeniyle paket içindeki ürünlerden sadece birisini üreten eşit etkinlikteki bir rakip dahi paket satış şeklindeki bağlama uygulaması ile rekabet edemeyeceğinden, bu durum bağlayan veya bağlanan ürün pazarındaki rekabeti sınırlayabilir[1590]. Çünkü hakim durumdaki teşebbüs genellikle geniş bir ürün yelpazesine sahip olduğundan, ürün miktarına bağlı olarak yaptığı bu indirim karşısında, bu boyutta bir ürün yelpazesine sahip olmayan rakipler rekabet yeteneklerini de kaybederler. Alıcı hakim durumdaki teşebbüsten farklı ürünler alarak indirime kolayca hak kazanırken, rakip teşebbüs benzer indirime gitse bile, sahip olduğu sınırlı ürün çeşidi nedeniyle, aynı üründen daha yüksek miktarda alım yapmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla burada indirim aynı zamanda alıcıları münhasır alım yapmaya zorlayan, onları adeta satıcıya bağımlı kılan bir etki yaratmaktadır. Bu etki, hâkim durumdaki teşebbüs açısından rakiplerin rekabet baskısı karşısında koruyucu bir kalkan işlevi de görmektedir.

Öte yandan indirim uygulamalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde ortaya çıkabilecek önemli bir sorun ise yıkıcı fiyat uygulamalarında da önem kazanan ve rekabetin doğal sonucu olan olağan fiyat indirimleri veya indirim sistemlerinin bu tarz uygulamalardan ayırt edilmesidir. Bu konuda AB hukukunda uygulanmakta olan *"ekonomik olarak objektif haklı görülebilirlik kriteri"*[1591] sorunun çözümünde yol gösterici olabilir. Komisyon'a göre

---

ABl. EG, 31.5.2002, L 143/1; Komisyon kararı İlk Derece Mahkemesi tarafından da oaylanmıştır. Bkz. EuG, 30.9.2003 tarih ve T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-4071 *("Michelin II").*

[1590] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 59.

[1591] Whish ve Sufrin, s. 278.

hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin de aynı şekilde bir paket satış yapabildikleri veya bu zaman sürecinde ortaya çıkan ek maliyetlerin rakipler açısından caydırıcı olmaması durumunda, bu davranış paket satışa karşı bir "paket rekabet"tir. Böyle bir durumda, paket içindeki her ürünün marjinal gelirinin marjinal maliyetleri karşılaması önemli olmayıp, bu tarz durumlarda paketin toplam fiyatı açısından, ortada bir yıkıcı fiyat uygulamasının bulunup bulunmadığı incelenmelidir[1592].

C. Ara Değerlendirme

Uygulamada sadakat indirimleri ve aynı şekilde toplam satış üzerinden yapılan miktar ve hedef indirimlerinin hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulanması durumunda, genellikle *per se* yasaklandığı da görülmektedir[1593]. Çünkü bu tarz uygulamaların ekonomik etkinlik üzerinde bir etkilerinin olmadığı, hatta sadakat ve hedef indirimlerinin bir tedarikçi için çoğu zaman ilgili ürün açısından tamamen veya neredeyse tamama yakın oranda müşteri bağlılığı ve yükümlülüğü açısından bir garanti işlevi gördüğü de belirtilmektedir[1594]. Bununla birlikte bu konuda şekilci bir yaklaşımla, *per se* bir yasaklamadan ziyade, paket satışın ortaya çıktığı ekonomik durum ve sağlanan ekonomik faydaların da dikkate alındığı, somut olay bağlamında bir değerlendirmenin yapılması da önerilmektedir. Dolayısıyla indirim uygulaması, ortaya çıkan veya çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarını daha iyi görebilmek açısından, somut olay bağlamında, ortaya çıktığı ekonomik durum kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda ekonomik bağlam büyük önem kazanmaktadır. İndirimler aynı zamanda üretici ve satıcılar arasındaki bilgi ve teşvik sorunlarının üstesinden gelmek için de yararlı olabilir. Bu nedenle *per se* yaklaşım açısından, özellikle de haksız ve kötüye kullanma karakterli sadakat indirimleri ile doğru ve usulüne uygun miktar indirimleri arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir[1595].

Bununla birlikte çoğu olayda çekim *(Sogeffekte)* etkisi sadakat indirimlerinin rekabeti sınırlayıcı etkileri için yeterli görüldüğünden, bu türden etkilere yol açan bağlama uygulamaları açısından bir hukuka uygunluk nedeni de sözkonusu

---

[1592] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 61.
[1593] EuGH, Slg. 1979, s. 540, Nr. 90, *"Hoffmann-La Roche"* ; EuGH, Slg. 1983, s. 3514, Nr. 71 *"Michelin"*; KG, **WuW,** WuW/E OLG, s. 2403, *"Fertigfutter"*. Ayrıca bkz. Fischer, s. 67.
[1594] EuGH, 13. 2. 1979, Slg. 1979, s. 547. *"Hoffman-La Roche"*; EuGH, 30. 9. 2003, Slg. 2003 II 4071, s. 4135. *"Michelin";* Komisyon Kararı, 5. 12. 2001, ABl.EG, 2002, Nr. L 61, Nr. 53. *"De Post/La Poste".*
[1595] "Hatta bu konuda, sadakat indirimlerinin rakipleri dışlayıcı etkileri nedeniyle pazara giriş için önemli bir engel oluşturma ihtimali olsa da, bu durum münferit bir sadakat indiriminin rekabete zararlı etkilerini baştan kabullenmek anlamına da gelmemelidir". Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Fischer, s. 68.

olmayacaktır. Öte yandan, günümüzde ekonomik hayatın karmaşıklığı ve çok yönlü menfaatlerin çatışan yoğunluğu karşısında, somut olayın özelliklerinin tamamen göz ardı edilmesine neden olabilecek türden herhangi bir *per se* yasaklamanın yerindeliği de tartışmalıdır. Hatta bu konuda, münferit somut olaylar bağlamında, adalet duygusunun hukuki güvenlik ilkesine ağır bastığı da söylenebilir. Dolayısıyla indirim yoluyla bağlama uygulamaları konusunda, her somut olayın özel koşulları da göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme önem kazanmaktadır. Böyle bir değerlendirme sonucunda, indirim veya paket satış uygulaması kapsamında pazarda ortaya çıkan ve tüketicilere de yansıyan etkinlik avantajları rekabeti sınırlayıcı etkilere ağır basıyorsa, bu uygulama rekabete aykırı görülmemelidir.

Sonuç olarak, paket satışların dışlayıcı etkilerinin yoğunluğu ve bu anlamda rekabet karşıtı sonuçlar doğurmasının "başarısı", aynı zamanda ilgili pakette yer alan ürünlerin sayısı ile de ilgilidir. Çünkü az ürün olması durumunda etkin bir rakip kendi ürününün fiyatını hakim durumdaki teşebbüsün bağlı fiyatı ile rekabet edebilecek düzeyde tutabilir. Ancak indirim sistemi ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları konusunda yapılacak değerlendirmeler içinde belirleyici olan kriter, bu şekilde ortaya çıkabilecek maliyet tasarruflarının pazardaki yansımasıdır. Bu durum indirim bağlamalarının haklılığı veya yasallığı konusunda da belirleyici olabilir. Bu anlamda Komisyonun maliyet analizi yanında önerdiği eşit etkinlikteki bir rakibin de dikkate alınması şeklindeki yaklaşım, pratikte böyle durumun belirlenmesinin taşıdığı zorluk nedeniyle bir dezavantaj olduğu gibi, çoğu zaman açık ve net bir ölçüt olmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir[1596]. Çünkü pazarda faaliyet gösteren her teşebbüsün nihai amacı rakiplerini geride bırakmak suretiyle pazarda tek başına kalmaktır. Üretimde etkinlik yoluyla bunu başarmış bir teşebbüs karşısında eşit etkinlikte bir teşebbüs bulmak pratikte her zaman mümkün olmayabilir.

VI. "ALIM GÜCÜ"NÜN KÖTÜYE KULLANMASI İLE BAĞLAMA UYGULAMASI

Bağlama uygulamaları konusunda yapılan değerlendirmeler genelde satıcı yönünden varolan pazar gücü esas alınarak yapılmaktadır. Nitekim bu durum çalışmamız açısından da geçerlidir. Klasik yaklaşım bu şekilde olmakla birlikte, günümüzde ticaretin ulaştığı kapsam ve yoğunluk düşünüldüğünde, alıcı gücü de pazarda rekaber açısından önemli bir etkendir. Dolayısıyla bağlama uygulamalarının önemli bir pazar gücüne sahip alıcıların rekabeti sınırlayıcı davranışları nedeniyle

[1596]Riziotis, s. 128.

ortaya çıkmaları da mümkündür. Bu anlamda alım gücünün de rekabeti sınıralayıcı davranışlar açısından gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Ancak çalışmamızın bu bölümünde "alım gücü" *(Nachfragemacht)* kavramı incelenirken, farklı pazarlar açısından bir değerlendirmeden ziyade, genel anlamda alıcı yönünden ortaya çıkan pazar gücü bağlamında bu kavramı kullanıyoruz[1597].

Alıcı, bir ürünün satışı veya bir hizmetin alınmasını talep eden satıcıdan, bu ürün veya hizmet yanında başka bir edimde de bulunmasını isteyebilir. Bu edimler daha düşük fiyat, indirim, bonus vb çeşitli ekonomik avantajlar veya ek başka edimlerin yerine getirilmesi şeklinde olabilirler. Alıcı sahip olduğu pazar gücünden, bağlama uygulamasıyla daha elverişli fiyattan ürün almak veya benzer nitelikte çeşitli ekonomik avantajlar sağlamak için de yararlanabilir. Alım veya talep gücü nedeniyle ortaya çıkan bu durum[1598], daha önceleri genellikle kamusal hizmet sunan tekeller açısından söz konusu olmakla birlikte, günümüzde perakende dağıtım sektörünün ulaştığı boyut düşünüldüğünde, özellikle de temel tüketim ürünleri açısından önemli bir sorun olabilecek niteliktedir. Bu anlamda "alım gücü" *(Nachfragemacht)* kavramı rekabet politikasında gittikçe artan bir rol oynamaktadır[1599].

A. Alım Gücü Kavramı

Alım gücü bağlamında ortaya çıkan kötüye kullanma nitelikli davranışların değerlendirilmesinde, satıcı karşısında alıcının sahip olduğu pazar gücü esas alınır. Buna göre alım gücü, ilgili ürün pazarında bir teşebbüse, etkin bir rekabetin ortaya çıkması veya devamını englleyecek düzeyde, diğer alıcı veya sağlayıcılara karşı kayda değer bağımsız davranışlarda bulunma olanağı sağlayan ekonomik güç olarak tanımlanabilir[1600]. Bu nedenle de alım gücü yönünde hakim durumun belirlenmesinde, ilgili pazar tanımının sağlayıcılar açısından yapılması gerekir. Bu anlamda belirli bir ürünün farklı kullanımlar için uygun olması bir çözüm olabilir. Eğer pazar gücüne sahip alıcı açısından bir ürünün değiştirilmesi veya ikamesi kolaysa, bu durum hakim durumun boyutu açısından yapılacak değerlendirmeler için çok

[1597] Öte yandan "alım gücü" kavramının organize perakende dağıtım sektöründe sahip olduğu önem ve rekabet üzerindeki etkileri açısından daha ayrıntılı ve özgün bir değerlendirme için bkz. Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 262 vd.
[1598] Künzler, s. 447.
[1599] Roman Inderst, "Die Ökonomische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik", **WuW**, Heft: 12, 2008, s. 1261.
[1600] Inderst, s. 1263; Langen ve Bunte, Art. 82, Rdnr. 66.

önemli bir veri olabilir. Çünkü bu tarz bir ikame veya değiştirme kolaylığı, münferit bir satıcıya karşı bir zorlama veya baskı aracı olarak kullanılabilir[1601].

Alıcı açısından var olan pazar gücünün kötüye kullanılması yoluyla ortaya çıkan bu uygulamalar, özellikle fiyat aşamasında yaygın olduklarından[1602], tamamen sömürücü nitelikte bir kötüye kullanma olarak da tanımlanmaktadırlar[1603]. Ancak bu durumun daha çok kamusal tekellerin sunduğu mal veya hizmetlerden yararlanma açısından ortaya çıkabilecek bir uygulama olduğu belirtilmektedir[1604]. Bir diğer olası durum ise üreticilere karşı alım gücü veya pazar gücü olan organize perakende dağıtıcıları olarak gösterilmektedir[1605]. Bu tarz teşebbüsler özellikle organize perakende pazarında sahip oldukları ekonomik güç nedeniyle, üreticilerin ürünlerini dağıtırken daha çok özel indirim veya düşük fiyatla ürün temini gibi taleplerde bulunabilirler[1606].

B. Alım Gücünün Kötüye Kullanılması

Alım gücünün kötüye kullanılması, günümüzde özellikle dağıtım sektöründe ürünlerinin marka bilinirliği yüksek olmayan üreticiler açısından önemli bir sorundur. Bu üreticiler açısından ürünlerinin özellikle büyük mağaza zinciri şeklindeki dağıtım noktalarına erişimi büyük önem kazanmaktadır. Aksi durumda yeterli satış kanallarına sahip olamayacaklarından, ürünlerini pazarda tüketiciler ile buluşturmaları hususunda sorun yaşayacaklardır. Aynı zamanda yatırım maliyetlerinin yüksekliği nedeniyle, üreticiler de kendi ürün çeşitlerini değiştirmek veya ürün yelpazelerini zenginleştirmek açısından, çok az esnekliğe sahiptirler. Bu durum karşısında büyük perakendeci gruplarının varlığı ayrı bir önem kazanmaktadır. Çünkü perakende grupları açısından yeni bir ürünü kendi ürün yelpazelerine eklemek çok kolaydır. Bu şekilde büyük perekende grupların ürün yelpazesi arasında kendisine yer bulan bir ürün, üretici açısından pazara girişte

[1601] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 61; Inderst, s. 1265.
[1602] Örneğin alıcının pazarda hakim durumda olması ve söz konusu mal ya da hizmet için aşırı düşük fiyat vermesi ihtimalinde de esasen bir hakim durumun kötüye kullanılmasından söz etmek mümkündür. Aşırı fiyat uygulamaları bu anlamda aşırı yüksek (fahiş) fiyat veya aşırı düşük fiyat olmak üzere iki yönlü ortaya çıkabilir. Pazarda hakim durumda olan teşebbüs, her zaman satıcı olmayıp, alıcı da bu şekilde pazar gücüne sahip olabileceğinden, çok sık olmasa da ihtimal dahilinde olan böyle bir durum karşısında, hakim durumda olan alıcının (Nachfragemacht), kendisine mal veya hizmet temin eden satıcılara aşırı düşük fiyat vermesi veya fiyat yoluyla bağlama uygulamasına gitmesi durumunu da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 143.
[1603] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 175.
[1604] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 143.
[1605] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 145.
[1606] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 145.

ortaya çıkabilecek dağıtım sorununun üstesinden gelmek için de yeterlidir. Öte yandan müşterilerin günlük ihtiyaçlarınının tümünü aynı mağazadan karşılama yönündeki istekleri de büyük dağıtım gruplarının alım gücünü özellikle artıran bir etkendir. Müşteriler böyle bir mağazanın ürün çeşitlerinin büyük bir dağıtım grubuna göre daha sınırlı olduğunu gördükleri zaman, tercihleri marka yerine mağazayı değiştirmek olmaktadır. Aynı zamanda perakende dağıtım gruplarının müşterilere bonus, indirim ve benzeri uygulamalar için verdikleri ve üreticilerin özel müşteri bilgilerine erişimini sağlayan müşteri kartları nedeniyla sahip oldukları avantajlar da pazar gücünü sağlamlaştıran etkenlerdir[1607].

Alıcı veya talep gücü ile ortaya çıkan pazar gücü, bağlama ve benzeri ticari pratiklere uygun bir ortam sağlar. Bu tarz uygulamalar aynı zamanda alım gücüne dayalı bağımlılık ile de ilgilidir. Alım gücüne dayalı bağımlılık hali, bir sağlayıcının, sunduğu mal ya da hizmetlerin tüketiciye sunulması aşamasında belli bazı alıcılarından, uygun ve yeterli seçeneği olmadığı için vazgeçmesinin mümkün olmaması durumunda ortaya çıkar. Bu tarz bir bağımlılık durumu, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı davranışların ortaya çıkmasına uygun bir zemin hazırlar. Genellikle taşımacılık, posta, telekomünikasyon, enerji gibi kamusal hizmet sunan ve ağ etkisi bulunan pazarlara özgü bu durum, geleneksel dağıtımdan modern dağıtım sistemlerine geçilmesi ile bu alanlarda da ortaya çıkabilmektedir. Çünkü geleneksel dağıtım sistemlerine göre daha organize bir yapı olan modern dağıtımda dağıtım yapan teşebbüsler, üreticiler karşısında güçlü bir pazar konumu elde edebilmektedirler[1608]. Güçlü bir pazar konumu, aynı zamanda pazarlık gücünü de artıran bir etkendir.

Alıcı veya talep açısından pazar gücü farklı şekillerde ortaya çıkmakla birlikte, AB uygulaması açısından bakıldığında, daha önceleri bu tarz sorunların genellikle kamusal hizmet tekelleri bakımından önem kazandığı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Komisyon 9.3.1990 tarihinde bu konuda bir Duyuru[1609] yayınlayarak, özellikle ulusal demiryolu teşebbüslerinin mal veya hizmetlerin münhasır alıcısı olarak, hakim durumdaki satıcılar veya sağlayıcılarla aynı şartlara tabi olduklarına

[1607] Künzler, s. 447.
[1608] Bu durum, onların üreticiden ürün alırken, bağlama gibi rekabeti sınırlayıcı çeşitli uygulamalara gitme imkanı da sağlamaktadır. Aslında bu dağıtım pazarının yapısı ile de ilgilidir. Özellikle pazarda az sayıda alıcının alımların büyük bölümünü gerçekleştirdiği, bir anlamda monopson yapı gösteren pazarlar açısından bu tarz davranışların görülme olasılığı daha fazladır. Alıcı, alım miktarını değiştirerek, ürünün fiyatını etkilediği için, monopson pazarda, monopson teşebbüsün alım miktarı aynı zamanda ürünün fiyatını ve teşebbüsün ürün karşılığında ödeyeceği bedeli de belirlemektedir. Çoğu zaman monopson, alım gücünün ve satın alma tercihinin fiyat üzerindeki etkisinin farkında olduğundan, bu etkiyi üreticilere veya satıcılara karşı planlı bir şekilde de kullanabilmektedir. Bkz. Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements, ss. 8-9.
[1609] Komisyon, XX. Wettbewerbsbericht, s. 104.

dikkat çekmiştir[1610]. Ancak serbestleştirme süreci ile birlikte bu tarz pazarlarda artık eski kamusal tekeler yanında özel teşebbüsler de faaliyet gösterebilmektedirler. Fakat bu durum karşısında da bu hizmetlerden yararlanmak isteyen potansiyel sunucuların ilgili altyapı veya tedarik pazarına, yasal düzenlemeler dahilinde, serbest erişim hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla kanundan doğan istisnalar hariç, ayrımcılık yasağı bağlamında "eşit davranma ilkesi" bütün pazar katılımcıları açısından geçerlidir[1611]. Bu anlamda örneğin demiryolu altyapısından yararlanma sırasında, bu talepte bulunan kişiye bağlama şeklinde ek yükümlülüklerin getirilmesi erişim hakkı açısından haksız bir davranış olduğu gibi, ayrımcılık yasağına da aykırıdır[1612].

Öte yandan alım gücü ile ortaya çıkan bir bağlama uygulaması açısından AEUV m. 102(d) uygulanabilir bir düzenleme olarak görülmemektedir. Çünkü AEUV m. 102(d) düzenlemesi açıkça satıcı veya sağlayıcı konumunda olan hakim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile alıcılar ve nihai tüketiciler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu nedenle alıcı tarafından ortaya çıkan kötüye kullanma nitelikli davranışlar ve bu anlamda bağlama uygulamaları konusunda AEUV m. 102/2(a)'nın uygulanabileceği belirtilmektedir[1613]. Çünkü alım gücü yönünden ortaya çıkan bağlama uygulaması açısından davranışın "ek edim" (veya ek yükümlülük, bağlama) niteliğinden öte, ayrımcılık temelinde "haksız bir davranış" sözkonusudur. AEUV m. 102/2(a)'da yer alan "haksız alışveriş fiyatları ve koşulları" ile ilgili düzenleme, hakim durumdaki alıcıların, talepte bulunan karşı taraf, yani üretici veya sağlayıcıya karşı olan davranışlarına yöneliktir. Bir diğer düzenleme ise AEUV m. 102/2(c) hükmünde yer alan diğer ticari taraflarla eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanması suretiyle onların rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi şeklindeki düzenlemedir. Ancak böyle bir davranış açısından, en nihayetinde AEUV m. 102/1'in genel düzenlemesinin de uygulanabileceği belirtilmektedir[1614].

Bununla birlikte, AB makamlarının bu konuda AEUV m. 102 kapsamında verdiği kararların fazla olduğu söylenemez[1615]. *British Airways* olayında AB İlk Derece Mahkemesi açıkça hava yolu şirketlerinin seyahat bürolarının en büyük

[1610] Komisyon, XX. Wettbewerbsbericht, s. 104 vd.
[1611] Philipp Hafner, **Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011, s. 239.
[1612] Hafner, s. 240.
[1613] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 70.
[1614] Bu üç olanak aynı zamanda öğreti tarafından da kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 204; Langen ve Bunte, Art. 82 Rdnr. 156; Künzler, s. 419.
[1615] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 69.

(dominant) alıcısı olduklarını vurgularken[1616], bu tarz davranışlar açısından AEUV m. 102'nin uygulanabileceğini belirtti. Mahkemeye göre, AEUV m. 102 açısından hakim durumdaki teşebbüsün satıcı veya alıcı konumunda olmasının bir önemi yoktur[1617]. *CICCE* kararında ise ABAD alıcının pazar gücüne değinmekle birlikte, bu konuda herhangi bir hüküm vermedi[1618]. *Filtrone/Tabacalera"* olayında Komisyon alıcı tarafında var olan pazar gücünü bu tarz bir etki için yeterli görmedi[1619].

RKHK açısından bakıldığında, ABA m. 102/2(a)'da yer alan *"doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da adil olmayan diğer ticaret koşulları konulması"* şeklindeki düzenleme RKHK m. 6'da bulunmamaktadır. Buna karşın AEUV m. 102/2(c)'de yer alan *"diğer ticari taraflarla eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanarak, onların bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi"* şeklindeki düzenlemeyle tam olmasa da, benzer bir düzenleme RKHK m. 6(b)'de yer almaktadır. Buna göre *"Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması hukuka aykırı ve yasaktır."* Burada her ne kadar tam bir benzerlik olmasa da, her iki düzenleme ayrımcı davranışlarla, rekabet şartlarında farklılık yaratılması durumunu düzenlemektedir. Her iki düzenleme de hakim teşebbüsleri muhatapları karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü getirmektedir[1620]. Dolayısıyla hakim durum ve bununla bağlantılı pazar gücünden yararlanmak suretiyle alıcı veya satıcılarına karşı objektif haklı nedenlere dayanmadan bu tarz ayrımcı uygulamalara başvurun teşebbüslerin davranışları "ayrımcılık yasağı" kapsamında yasaklanabilir.

Alman rekabet hukukunda ise hakim durumun kötüye kullanılmasi konusunda GWB § 19 paragraf 4 Nr. 1, GWB § 19(4) Nr. 2 ve bunun yanında özellikle de "ayrımcılık yasağı, haksız engellemenin yasaklanması" kenar başlıklı GWB § 20(3) bu konuda uygulanacak hükümler olarak gösterilmektedir. Özellikle GWB § 20(3) hükmü, sağlayıcı karşısında hakim durumda olan veya sağlayıcının göreli bir bağımlılık içinde olduğu alıcıların ayrımcı ve haksız davranışlarına yönelik

[1616] EuG, 17. 12. 2003, Slg. 2003 II 5917, Nr. 191. *"Virgin/British Airways".*
[1617] EuG, 17. 12. 2003, Slg. 2003 II 5917, Nr. 101. *"Virgin/British Airways".*
[1618] EuGH, 28. 3. 1985, Slg. 1985, 1105, 1123, Nr. 28 *("CICCE").*
[1619] Komisyon, XIX. Wettbewerbsbericht, s. 78.
[1620] Ancak RKHK m. 6/b fıkrası açısından bir eksiklik söz konusudur. Çünkü hakim durumdaki teşebbüs sadece alıcılarına değil, satıcı ve aracılarına da farklı şartlar dayatarak, aralarında rekabet koşulları açısından ayrımcılık yapabilir. Bu nedenle "alıcı" kavramının, hakim durumdaki teşebbüs ile ticari ilişkide bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması ile bu tarz davranışlar yasaklanabilir. Benzer yönde bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 267.

bir düzenlemedir[1621]. Buna göre talep gücü yönünde ortaya çıkan böyle bir kötüye kullanma hem tedarikçi yönünden, hem de diğer rakip alıcılar açısından ortaya çıkabileceği gibi, üçüncü taraf bir pazar katılımcısı açısından da ortaya çıkabilir[1622].

İsviçre rekabet hukukunda ise KG (Kartellgesetz)[1623] 7.maddesinde yer alan düzenleme, alım gücüne sahip teşebbüslerin özellikle bir ürünün ürün yelpazesine alınmasını belirli bir giriş ücreti ödenmesine veya satış hizmetleri sunarken ücret ya da benzer diğer koşullar öne sürmelerinin engellenmesine yöneliktir. Perakende grupları, ülke çapında sahip oldukları dağıtım ağı ve yaygın satış noktası nedeniyle, yeni bir ürünün geniş bir tüketici kitlesine ulaşacak şekilde pazara sunulmasında avantajlar sağlar. Bu durum özellikle belli bir yenilik yaratmak isteyen üreticiler açısından, kendi ürünlerini bu tarz bir dağıtıcı aracılığıyla pazara sunma konusunda çoğu zaman bir baskı yaratır[1624].

Öte yandan bu tarz davranışlar açısından kötüye kullanma sadece bir ürünle birlikte ödenecek fiyat açısından da ortaya çıkmaz. Aksine, alıcının bir ürünün alımını, diğer ek hizmetlerin de sunulmasına bağladığı ve bu nedenle edim ve karşı edim arasında rekabet açısından zararlı bir oransızlık çıktığı zaman da bir bağlama uygulaması bulunmaktadır. Böyle davranışlar genellikle işlem taraflarından birinin karşı edim konusunda başka bir edimde de bulunmaya zorlandığı ve "karşılıklı işlemler" *(Reziprozitätsgeschäften/Gegenseitigkeitsgeschäfte)* olarak da adlandırılan durumlar açısından sözkonusu olmaktadır[1625]. Böyle durumlarda, sözkonusu ticari ilişkide, bağlı ürün veya hizmetin satıcısı, karşı tarafın zorlayıcı veya engelleyici davranışlarıyla karşılaşmaktadır. Alman Federal Kartel Ofisi (BKartA) bu tarz bir hizmet sunumu açısından Deutsche Bahn (DB)'ın yaptığı anlaşmalarda yer alan koşulların, sağlayıcıların ve özel rakiplerin engellenmesine yönelik hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirdi[1626]. Sonuç olarak kamusal teşebbüslerin sağladıkları hizmetlerden yararlanmak isteyen teşebbüslerin bu tekliflerinin yerine getirilmemesi veya bu isteklerin başka yükümlülükler getirilmek suretiyle engellenmesi veya zorlaştırılması durumunda, kamusal teşebbüslerin rekabet hukuku düzenlemeleri karşısındaki konumu, hakim durumdaki özel teşebbüslerin

[1621] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Wettbewerbsrecht, GWB § 19, Rdnr. 143.
[1622] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 19, Rdnr. 143.
[1623] Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).
[1624] Künzler, s. 449.
[1625] Fischer, s. 114.
[1626] BKartA, Faaliyet Raporu - 1979/1980, s. 38.

benzer yöndeki davranışlarının tabi olduğu yaptırımlardan farklı değerlendirilmemektedir[1627].

C. Alım Gücünün Rekabet Üzerindeki Etkileri

1. Üretici veya Satıcının Sömürülmesi

Sağlayıcı veya satıcıların sömürülmesinde, talep gücü olan teşebbüs tarafından kendi sağlayıcılarına karşı kötüye kullanma nitelikli düşük fiyat veya diğer benzer özel ayrıcalıklarla uygulanan yaptırımlar ön plandadır. Satıcı veya sağlayıcı bütün alıcılarına karşı fiyat, özel fırsat veya diğer ayrıcalıkları normal pazar koşullarında belirlerken, güçlü durumdaki alıcılar farklı üreticilerin ilgili ürünleri için farklı fiyatlar belirleyebilir[1628]. Dolayısıyla kötüye kullanma sadece bir ürün için farklı fiyat belirlenmesi nedeniyle ödenen bedelden ibaret değildir. Alıcı *(Nachfrager)* bir ürünün satın alınması veya kabulünü ayrıca başka bir edim veya ödemede bulunmaya bağlıyorsa, burada aynı zamanda bir bağlama uygulaması da bulunmaktadır.

RKHK açısından bakıldığında bu tarz özel durumlara yönelik açık düzenlemeler bulunmamaktadır. Her ne kadar yukarda yapılan açıklamalar kapsamında, alıcı yönünde ortaya çıkan bu tarz rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından RKHK m. 6/b düzenlemesinin uygulanabileceği belirtilse de hakim durumun söz konusu olmadığı davranışlar açısından RKHK m.4 hükmünün uygulanabilirliği tartışılmaya değerdir. Aynı zamanda bu tartışmalar açısından Alman rekabet hukukunda bu tarz durumlarda uygulanabilecek bazı hükümlerin incelenmesi önem kazanmaktadır.

Alman Rekabet Kanunu (GWB) § 20 hükmünde yer alan "ayrımcılık yasağı, haksız engellenme yasağı" aynı zamanda GWB § 20(3) düzenlemesi ile birlikte, "pasif ayrımcılık"ı da kapsayacak şekilde değerlendirilmektedir. Pasif ayrımcılık, hakim durumdaki bir teşebbüsün veya göreli güçlü bir teşebbüsün bu gücünü, kendisi ile ticari ilişkide bulunan teşebbüslere karşı herhangi bir objektif neden olmaksızın rakiplerine göre daha avantajlı koşullar elde etmek için yararlanması, teşebbüsleri kendisine böyle avantajlı koşullar sunmaya zorlamasıdır. Bir diğer ifadeyle, teşebbüs sahip olduğu alım gücünden tedarikçisini kendisine daha avantajlı şartlarla ürün satmaya zorlamak üzere kötüye kullanma yoluyla yararlanmaktadr. Bu

[1627] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 71.
[1628] Fischer, s. 114.

şekilde alım gücü, sağlayıcının kendi lehine indirim veya daha avantajlı alım şartları elde etmek için kullanılırken, diğer yandan da rakiplerine karşı bu şekilde rekabet gücü artırılmaktadır.

GWB § 20(3) hükmü açısından bir diğer önemli husus, bağımlı teşebbüs açısından küçük veya orta boy işletme ayrımı olmaksızın ekonomik bağımlılığın düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre, alıcısına sürekli bir şekilde, ilgili pazarda aynı tip alıcılara sağlamadığı ve ticari teamül gereği olanlardan farklı indirim, fiyat ve diğer ek koşullar sunan sağlayıcının, alıcısına karşı ekonomik bağımlılık içinde olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda hakim durumdaki alıcı alım yaptığı sağlayıcılarını, münferit dağıtıcılarla yapılan anlaşmalardan ayrı ve farklı olarak kendisine fiyat, indirim ve diğer koşullar açısından avantajlar sağlanması için yönlendirebilir[1629]. Öte yandan sağlayıcı veya üreticiler, güçlü dağıtıcılar tarafından münhasır koşullar içeren anlaşmalar yoluyla da engellenebilirler[1630]. Ancak ekonomik bağımlılık burada iki teşebbüs arasındaki özel ilişkiden kaynaklandığı için, her bir somut olay bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla GWB § 20(3) hükmünün asıl amacı, pazar gücüne sahip alıcı konumundaki teşebbüslerin, sözleşme değişikliğine yönelik taleplerde, ekonomik güçlerini bağımlı teşebbüslere karşı kullanmalarını engellemek olarak da açıklanmaktadır[1631].

Öte yandan, üretici veya sağlayıcının ürünlerinin tüketicilere ulaştırılması sürecinde, bazı dağıtıcılardan vazgeçmesinin mümkün olmaması durumunda, aynı zamanda bir talep bağımlılığı da söz konusudur. Talep bağımlılığında bağımlı konumunda olan üretici veya sağlayıcı olduğundan, bu bağımlılık bazı durumlarda onun sömürülmesine de neden olabilir. GWB 20(2) düzenlemesine göre, sağlayıcının alıcısına ticarette olağan olmayan ve diğer alıcılarına vermediği düzenli indirimler sağlaması, talebe bağlı bağımlılık yönünde yasal bir karinedir. Başka bir ifadeyle, normal bir ticari ilişki içinde, üretici veya sağlayıcının, alıcısına sürekli olarak ilgili pazarda benzer uygulamalara göre olağan olmayan indirim, bonus veya benzer ek avantajlar sağlaması halinde, talebe dayalı bağımlılığın varlığı, karine olarak kabul edilecektir. Bu aynı zamanda "pasif ayrımcılık" olarak da tanımlanan sömürücü nitelikteki davranışların yasaklanmasına yönelik bir düzenlemedir[1632]. Ancak bu karinenin aksi ispatlanabilir[1633].

[1629] BGH, 11. 12. 2001, **WuW,** WuW/E DE-R, s. 839 *("Privater Pflegedienst").*
[1630] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 207.
[1631] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 215.
[1632] Inderst, s. 1271.
[1633] Fischer, s. 115.

Ancak RKHK açısından bu tarz bir bağımlılık ilişkisine yönelik açık ve özel bir hüküm bulunmamaktadır. Daha öncede belirtildiği üzere RKHK m. 4 ve m. 6 hükümleri esasen AEUV m. 101 ve 102 düzenlemeleri ile kısmen bazı farklılıklar dışında aynıdır[1634]. Bu nedenle AB hukuku açısından ortaya çıkan bu genel çerçeve düzenlemeler, RKHK açısındana da benimsendiği için, somut olaylar açısından ortaya çıkan bu tarz farklılıklara uygulanabilecek şekilde GWB'de yer alan düzenlemelere benzer hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır. Alıcı gücü karşısında ortaya çıkan bağlama uygulamaları açısından hakim durum kriteri sağlanmadığı zaman RKHK m.4/f düzenlemesi önem kazanmaktadır.

Özellikle dağıtım anlaşmalarında sağlayıcının dağıtıcılarına satın aldıkları belirli bir ürün ile birlikte diğer bir ürünü de satın almaları, belirli bir ürün grubunu birlikte satmaları veya sağlayıcının ürün yelpazesinde yer alan bütün ürünleri almalarını şart koşmaları mümkündür. Bunun yanında, perakendeci gruplarının sağlayıcılarına ürünlerin alınmasını başka edimlerin de yerine getirilmesi koşuluna bağlamaları da mümkündür[1635].

Bağlama şeklinde sınırlamaların yer aldığı bu tarz anlaşmalar için dikey anlaşmalar açısından geçerli olan grup muafiyeti yanında, bireysel muafiyet imkanı da söz konusudur. Fakat organize perakende dağıtım anlaşmaları açısından farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Çünkü perakende markaları ile pazarın üretim seviyesinde de faaliyet gösteren organize perakendeci gruplarının sağlayıcıları ile aralarındaki anlaşmalar, rakipler arasındaki anlaşmalar olarak değerlendirildikleri için 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına girmeyeceklerdir. Başka bir anlatımla, bu anlaşmalar sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olma koşulunu yerine getirse bile, alıcının da bu mallarla rekabet eden malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar olduklarından, grup muafiyetinden yararlanmaları söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan alım gücü nedeniyle ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabete aykırılığının değerlendirilmesi, en nihayetinde rekabet hukukunun amacı kapsamında da yapılabilir. RKHK m.1 hükmü Kanun'un amacı, *"…mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek…"* olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla etkin rekabetin korunması ve sağlanması açısından, pazar gücüne sahip teşebbüslerin rekabeti

[1634] İnan ve Piker, s. 71.
[1635] Bkz. Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 323.

sınırlayıcı davranışlarına karşı, daha zayıf konumdaki teşebbüslerin korunması aynı zamanda tüketici refahının korunması açısından da büyük önem kazanmaktadır. Bu nedenle de alım gücü nedeniyle ortaya çıkan bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri RKHK m. 4/f açısından da değerlendirilebilir.

2. Rakiplerin Dışlanması

Satıcıların sömürülmesine yol açan bu tarz rekabet sınırlamaları, çoğu zaman alıcının hem sağlayıcı hem de alıcı konumundaki rakiplerin de dışlanması ile sonuçlanmaktadır[1636]. Pazar gücüne sahip alıcıların bu davranışları rakiplerine karşı aynı zamanda haksız bir engellemedir. Bu tarz anlaşmalarda yer alan bağlama gibi zorlayıcı kayıtlar rakiplerin ticaret özgürlüğünü sınırlayabilmektedir. Ancak alıcının kendi lehine yarattığı her türlü özel ayrıcalığın da rekabeti sınırlayıcı veya rakipleri dışlayıcı bir davranış olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Sadece diğer teşebbüsleri benzer avantajlardan yoksun bırakmaya yönelik koruyucu önlemler bu tarz engelleyici davranışlar olarak görülmelidir[1637]. Çünkü hakim durumdaki alıcı, kendisi için ek edimler talep edebileceği gibi, aynı zamanda rakiplerine karşı bir üstünlük elde edebilmek veya onlara karşı bir avantaj sağlayabilmek için, bu konuda benzer ayrıcalık veya ek edimlerin rakiplere verilmesini de engelleyebilir. Böyle bir davranış bir anlamda "en çok gözetilen taraf kaydı" *(Meistbegünstigungsklausel)* gibi bir işlev görmektedir. Dolayısıyla böyle bir davranış, rakiplerin dışlanmasına neden olacaktır. Sonuç olarak alıcı yönünden ortaya çıkan haksız ve engelleyici davranışlar, rekabet üzerindeki benzer olumsuz etkileri nedeniyle, hakim durumun kötüye kullanılması gibi değerlendirilebilirler.

VII. TEŞEBBÜSLERİN BAĞLAMA UYGULAMALARI KONUSUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Farklı ihtimaller dahilinde bağlama uygulamalarının pazarda görünüm şekilleri ve rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinden sonra, bağlama uygulamaları konusunda haklı gerekçelerin de incelenmesi gerekmektedir. Daha önceden de vurgulandığı üzere, bağlama uygulamaları belirli koşullar altında rekabete aykırı değidir. Bu koşullar AB ve Türk Rekabet hukuku düzenlemelerinde de belirtildiği gibi anlaşmanın niteliği gereği ortaya çıkan objektif gereklilikler ve ticari

[1636] Fischer, s. 116.
[1637] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, GWB § 20, Rdnr. 220.

teamülün bulunmasıdır. Öte yandan hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamaları açısından bir diğer haklı neden ise etkinlik savunmasıdır. Etkinlik savunması hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları konusunda önemli bir haklı gerekçe olmaktadır.

A. Ticari Teamül Gereği Hukuka Uygunluk

1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar Açısından Ticari Teamülün Hukuka Uygunluk Hali Olması

Ürünlerin bağlı satışının ticari teamül gereği olması durumunda bağlama uygulaması hukuka aykırı olmayacaktır. Çünkü hem mehaz AEUV m. 101(e) ve hemde RKHK m.4(f) hükmüne göre anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği olmadan ürünlerin birlikte satılması rekabete aykırı olduğundan, bu önermenin karşıt anlamından, ticari teamül gereği ortaya çıkan bir bağlama uygulaması hukuka uygun olacaktır. Sadece rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma (yatay veya dikey) açısından değil, aynı zamanda hakim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkan bir bağlama uygulamalarının haklılığı açısından da belirleyici olan "ticari teamül" kavramı, teşebbüsler açısından önemli bir haklı gerekçe olabilecek nitelikte olup, bu anlamda kavramın içeriğinin belirlenmesi uygulamada büyük önem taşımaktadır.

RKHK m.4(f) hükmünde "ticari teamül" kavramına yer verilmekle birlikte, bu kavram ile neyin kastedildiği veya ticari teamülün nasıl belirleneceği konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Aynı zamanda, "ticari teamül" kavramı[1638]nın somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereken ve bu anlamda "göreceli" bir kavram olması da önemli bir sorundur. Bu konuda bir diğer sorun ise kavramın maddi hukukta bahsedilen kapsamda mı değerlendirilmesi gerektiği, yoksa bundan daha geniş bir anlamı olup olmadığıdır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 2(1) hükmü teamül[1639] ve örf adet arasında ayırım gözetmiş ve birincisinin

[1638] Ticari teamülün belirlenmesinde ise, Ticaret Hukuku uygulamasında olduğu gibi, 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu'nun odalara verdiği görev çerçevesinde (m.5/g), somut olayla ilgili bir teamülün bulunup bulunmadığı, bölgedeki odaların yol gösterici nitelikteki açıklamaları ile tespit edilebilir. Gerçekten, 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, Odalara bölgeler içindeki örf ve âdeti, teamülleri tespit etmek, Bakanlığın onayına sunmak ve ilan etmek görevini vermiştir (m.12/f). Uygulamada, Odalar, Mahkemelerden gelen resmi soruyu, Meslek Komitelerine sevk etmekte ve Komitenin mütalaasını Oda cevabı olarak bildirmektedirler. Karayalçın, bu cevabın herhangi bir bilirkişi mütalaasından farkı olmadığı kanısındadır. Bkz. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 109.

[1639] Doktrine göre burada aksi bir hüküm bulunmakta, bir başka deyişle, ticari teamülün bir hukuk kuralı niteliğine bürünerek hükme esas olması söz konusu olmaktadır. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 221, dpn. 390.

hükme esas olma imkânını kabul etmemişken, ikincisi için böyle bir imkan tanımıştır. Dolayısıyla, fiili bir itiyat (alışkanlık) niteliğinde olan ve örf-adet düzeyine ulaşmamış *teamülller* objektif hukuk kuralı niteliğinde değildir. Dolayısıyla bunlardan sadece taraf iradelerinin yorumlanmasında yararlanılır[1640]. Bu nedenle de ticari teamül örf ve adet hukuku haline gelmedikçe hakim tarafından hükme esas alınamaz. Ancak, kanunda teamülün hükme esas alınabileceğine dair özel bir hüküm bulunması halinde[1641], örf ve adet kuralı haline gelmemiş teamül dahi hükme esas alınabilir (TTK 2(1)).

TTK'da fiili bir durum olan "teamül" ile hukuk kuralı halini almış olan "örf ve adet" arasında fark gözetilmiş olmakla birlikte bu konuda bir ölçüt verilmiş değildir. Bununla birlikte, ticari örf ve adet açısından ölçüt olarak uzun zamandan beri aynı şekilde uygulanıyor olması *(objektif unsur veya maddi öğe)* ve toplumsal yaşamda o davranış şekline uyma zorunluluğu *(subjektif unsur veya ruhsal öge)* konusunda bir inancın da yerleşmiş olması gerekmektedir[1642]. Bu anlamda teamüli hukukun meydana gelmesi maddi öğe ile psikolojik öğenin birleşmesi ile mümkündür. Belli bir davranışın, bir toplumda ya da onun belli bir bölümünde uzun bir zaman, kesintisiz olarak, yani böyle bir davranışı gerektirecek olan hemen hemen her durumda fiilen ortaya konulması[1643] ile maddi koşulun gerçekleşmiş olduğundan söz edilebilir[1644]. Psikolojik öğe açısından ise, toplumda bu norma uyulmasının keyif ve arzuya bağlı bir şey olmadığı, aksine *zorunlu olduğu*, hukuki bir yükümlülük ve ödevi deyimlediği kanısının yerleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla örf ve teamüllere, onların hukuken zorunlu oldukları tasarımının katılmasıyla ya da onların arkasında hukuken böyle olması, böyle davranılması gerektiği düşünce ve inancının bulunmasiyle bir teamüli hukuk doğar[1645].

[1640] Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2011, s. 93; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2011, s. 58. Ancak, "kanuna aykırı teamül oluşamaz ve uygulanamaz." Bkz. Yargıtay, 11. HD. 17.11.1981, E. 4528, K. 4880 (Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Adana 1992, s. 108).

[1641] Bu hususa ilişkin örnekler için bkz. TTK 90(1).e, 711(2); BK. 233/III.

[1642] Yargıtay 11.HD. 15.9.1997, 997/5184 E., 997/5705 K. (YKD 1997, S.11, s. 1739). Ayrıca bkz. Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, ss. 28-29; Aydın Aybay ve Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2005, ss. 132-133; Arkan, s. 90.

[1643] Devamlı uygulamadan örf ve adet kuralının uzun süre bir toplumda veya bu toplumun belirli bir bölümünde yerleşrek uygulanması anlaşılmalıdır. Sadece bir kolaylık ve lütuf olmak üzere yapılan iş ve işlemlerin tekrarı, örf ve adet hukukunun doğmasını sağlamaz. Örneğin, bir tüccarın müşterisine yaptığı indirim veya fazla müşteri çekebilmek için verdiği hediyeler ne kadar tekrarlanırsa tekrarlansın asla örf ve adet hukuku niteliği kazanamaz. Bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 43.

[1644] Bkz. Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 100.

[1645] Bkz. Aral, s. 101; Işıktaç, s. 45.

Ancak RKHK m.4 hükmünde yer alan teamül kavramı örf ve adet düzeyine ulaşmamış, dolayısıyla devamlı olmayan alışkanlık veya uygulamalardır. Öte yandan Kanun'un öngörmüş olduğu sisteme göre, aksine hüküm olmadıkça, teamül ancak taraf iradeleri veya sözleşmenin yorumunda esas olabilir. Bununla birlikte, burada aksi bir hüküm bulunmakta, bir başka deyişle, ticari teamülün bir hukuk kuralı niteliğine bürünerek hükme esas olması söz konusu olmaktadır. Bu anlamda rekabet hukuku açısından söz konusu olan "ticari teamül" kavramının, Medeni Kanunun 1.maddesi anlamında hukukun kaynağı olan örf-adet hukukundan daha farklı ve geniş bir kavram olduğu söylenebilir[1646].

Gerçekten de maddi ticari teamülün ortaya çıkabilmesi için gereken maddi ve psikolojik öğeler bir arada düşünüldüğünde, rekabet hukuku açısından bunun alışılmış bir ticari uygulama, hatta o iş alanına özgü bir uygulama *(Branchenübung)*[1647] olarak anlaşılması gerektiği kanısındayız. Aksi durumda, rekabet hukuku açısından, birçok pazarda maddi ve psikolojik öğe birlikte düşünülerek bir teamülün varlığını belirlemek zordur. *Egger*'den aktaran Işıktaç'a göre de, günümüzde devamlılık unsuru teknolojinin gelişmesi ile yeni bir anlam kazanmıştır. Meslek kuruluşları, kartel ve tröstler alanında devamlılık unsuru katı bir biçimde aranmamakta, az sayıda uygulama yeterli olabilmektedir[1648]. Örneğin teknolojik veya yenilikçi *(innovation)* pazarlarda yenilikler çok hızlı olup, birçok durumda hangi davranışın teamül gereği olduğunu belirlemek oldukça zordur. Dolayısıyla bağlama uygulaması açısından, haklı neden olarak ticari teamülün bulunup bulunmadığı, nihayetinde her somut olay açısından değerlendirilmesi gereken, gerçek olgularla ilgili bir sorundur[1649].

Fakat bu değerlendirmeler yapılırken, bu koşullar çerçevesinde rekabete aykırı davranışların da ticarette "alışılmış uygulamalar" olarak değerlendirilebilmesi veya görülebilmesi tehlikesinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Örneğin bilişim pazarında birçok ürün paket halinde satılmakla birlikte, bu durumun rekabeti sınırlayıcı etkileri de bilinen bir olgudur. Yukarıda *Microsoft* ile ilgili bir dizi kararda da belirtildiği gibi[1650], teknolojik pazarlar rekabeti sınırlayıcı nitelikte bağlama uygulamalarının en sık görüldüğü pazarlar olup, bu tarz olaylarda haklı nedenlerin varlığı yanında, davranışın rekabet üzerindeki etkilerinin de iyi analiz edilmesi

[1646] Doktrinde bu yönde görüş için bkz. Bkz. Sanlı, Rekabetin Korunması, s. 221, dpn. 390.
[1647] BGH, 30.3.2004, **GRUR**, Heft: 8, 2004, s. 707, *"Der Oberhammer".*
[1648] Yazar'a göre, bir protokol olan Türk Basın Ahlak Yasası bu uygulamalara örnek olarak gösterilebilir. Bu protokol ile medya mensupları, bu yasada gösterilen hususlara uyacaklarını taahhüt etmişlerdir. Bkz. Işıktaç, s. 44.
[1649] Fischer, s. 104.
[1650] Bkz. Dördüncü Bölüm/IV/C.

gerekiyor. Bu sonuç elbette ki bağlama uygulaması için bir hukuka uygunluk nedenine baştan karşı olmak anlamına gelmemektedir. Ancak, çoğu zaman bir davranışın ticari teamül kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle, gerçekten de rekabete aykırı davranışların da yasal davranışlar olarak değerlendirilmesi gibi bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu konuda herhangi bir rekabet karşıtı davranış *(wettbewerbswidriges Verhalten)* için, rekabet/kartel hukukuyla bir hukuka uygunluk nedeninin de yaratılmaması gerekmektedir[1651].

Nitekim Rekabet Kurulu da, Doğan Dağıtım A.Ş ile ilgili verdiği Kararda, "ticari teamül" kavramının geniş yorumlanabileceğini belirtmiştir. Kurul'a göre RKHK m.4(f) bendinde bir anlaşmanın rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için aranan ticari teamüllere ve anlaşmanın niteliğine aykırılık koşulu, iddia konusu uygulamaların ortaya konulması halinde gerçekleşmiş olacaktır. Kurul'a göre, gazete ve dergi ile medya dışı ürünlerin aynı ortamda birlikte satılmasını gerektirecek bir durum sözkonusu olmayıp, "ticari teamül" istisnası geniş yorumlanarak, ekonomik ve ticari açıdan haklı görülebilir her durum bu kapsam içinde değerlendirilse dahi, medya ve medya dışı ürünlerin birbirine bağlanarak satılmasını gerektirecek bir gerekçe bulunmamaktadır[1652].

Benzer şekilde, hakim durumda olduğu limana yanaşacak gemilerin acentelik hizmetini Densay A.Ş.'den alması koşulu getiren Liman A.Ş.'nin bu davranışının rekabete aykırı bulunduğu ve daha önce de üzerinde durulan Liman A.Ş. ve Densay A.Ş kararında[1653], bağlama uygulaması ticari teamül açısından da değerlendirilmiştir. Kurul ilgili pazar açısından ticari teamülün varlığını değerlendirirken, hem pazarın geçmişteki durumunu hem de benzer diğer pazarlardaki uygulamaları da göz önünde tutmuştur. Somut olayda Çukurova Limanı'na yanaşan gemilerin acentelik hizmetleri 1998 sonundan beri yalnızca Densay A.Ş. tarafından verilmektedir. Sözkonusu tarihten sonra başka bir teşebbüsün giremediği bu pazarda, daha önceleri başka teşebüslerin de faaliyet gösterebiliyor olması, aynı körfezdeki komşu limanlarda ve hatta aynı limandaki diğer iskelede birçok başka acentenin aynı anda çalışıyor olması, *bu durumun*

[1651] Örneğin Alman Federal Kartel Ofisi (BKartA) bu konuyla ilgili eski bir kararında, *Block-Buchens* film dağıtım şirketinin popüler ve dolayısıyla izleyicisi çok olan filmlerin ancak daha az popüler filmlerin de beraberinde alınması koşulu ile sinema salonlarına dağıtmasını, Almanya da uzun zamandan beri yaygın olan bir uygulama çerçevesinde, ticari teamül kapsamında bir davranış olarak değerlendirdi. Bkz. Bundeskartellamt, Faaliyet Raporu 1959, s. 42.
[1652] Bkz. Rekabet Kurulu, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar.
[1653] Bkz. Üçüncü Bölüm/IV/B.

yapılan işin gereğinden kaynaklanmadığının göstergesi olarak değerlendirilmiştir[1654].

2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Açısından Ticari Teamülün Hukuka Uygunluk Hali Olması

Ticari teamül gereği ürünlerin birlikte satılması durumunda bağlama uygulaması hem AEUV m. 101(e) ve hem de AEUV m. 102(d) düzenlemelerine aykırı olmayacaktır[1655]. Benzer durum RKHK m. 4(f) hükmünde yer alırken, m.6(c) hükmünde böyle bir hukuka uygunluk nedeni yer almamaktadır. Dolayısıyla burada mehaz düzenleme olan AEUV m. 102(d) bendinden bir farklılık söz konusudur. Bu durumun bilinçli bir tercih mi yoksa kanun koyucunun özensiz davranışının bir sonucu mu olduğu hususu açık olmamakla birlikte, hakim durumdaki bir teşebbüs dahi RKHK m.6 kapsamında bağlama uygulaması için ticari teamül haklı gerekçesine dayanabilir. Ancak AB uygulamasında da ortaya çıktığı gibi, bu iddianın dar yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Gerçekten de AB rekabet hukuku uygulamasına bakıldığı zaman, hakim durumdaki teşebbüslerin genel olarak haklı gerekçe savunmaları ve bununla bağlantılı olarak ticari teamül iddialarının dahi Komisyon ve Mahkemeler tarafından çok dar yorumlandığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, öğretide bu konuda yapılan önemli bir eleştiri ise, ne zaman haklı gerekçe olarak ticari teamül veya objektif gerekliliklerin bulunduğu hususunda AB Mahkemelerinin belirli kriterler ortaya koyamamış olduğudur[1656]. Özellikle de hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının yasaklanması hususunda "ticari teamül" konusunda genel bir uygulama bulmanın zorluğu belirtilmiştir. Nihayetinde bu konuda "gerçekten de takdire şayan" *(billigenswerter)* bir ticari uygulama bulunmuyorsa, bu durumda somut davranış için hukuka uygunluk hali de söz konusu olmayacaktır[1657].

Bu durumla bağlantılı olarak akla gelebilecek bir diğer sorun ise ticari teamülün aslında *per se* rekabete aykırı bir bağlama uygulamasını hukuka uygun saymaya yetip yetmeyeceğidir. Bu hususta genel olarak kabul edilen görüş, ticari teamülün AB hukuku veya üye ülkelerden birinin hukukunu ihlal etmemesidir. Bu

[1654] Bkz. Rekabet Kurulu, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar, s. 18.
[1655] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 210.
[1656] Bu anlamda AEUV m.102 açısından yasal durumun belirsiz olduğu yönünde görüş için bkz. Burkert, s. 373.
[1657] Burkert, s. 374.

şekilde özellikle AEUV m. 102 hükmü vasıtasıyla bir değerlendirme yapılması, gerçek ticari teamüllerin ekonomik yaşamda yasal değerlendirilmesi gerektiği hususuna kolayca ulaşılabilir. [1658] Öte yandan özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin bu tarz rekabeti sınırlayıcı davranışlar için genellikle haklı gerekçe olarak ticari teamül kavramına dayandıkları da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle de hâkim durumdaki bir teşebbüsün bağlama uygulaması için ticari teamül kriterine dayanması ihtimalinde, bu durumun her zaman sınırlayıcı ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir[1659].

Bununla birlikte, ticari teamül iddiasının sadece hâkim durumdaki teşebbüs tarafından tesis edilmiş olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, pazardaki davranışları rekabet hukuku açısından inceleme konusu olan hâkim durumdaki her teşebbüsün, ilgili davranışları konusunda doğrudan bir hukuka uygunluk nedenin ortaya çıkması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır[1660]. Bu nedenle bağlama uygulaması konusunda ticari teamül iddiasının haklılığı değerlendirilirken, başka coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışları yanında, şimdi hâkim durumda olan teşebbüsün daha önce hâkim durumda olmadığı dönemlerdeki davranışları da kriter olarak alınabilir[1661].

Bununla birlikte, işleyen bir rekabet sisteminde zararsız olarak nitelenebilecek bir ticari uygulama, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulandığında bir kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir[1662]. Dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu ve özellikle münhasır alım şartı öngören anlaşmalar kapsamında ortaya çıkan bağlama uygulamaları, ilgili pazar açısından alışılmış ticari uygulamalar olsalar dahi, rekabete aykırı değerlendirilebilirler. Çünkü bunlar ilgili teşebbüslerden en azından birisinin ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayan davranışlardır.

Örneğin Van den Bergh Food olayında, nihai satış noktalarına ücretsiz dondurucu verilmesi aynı zamanda dondurma alınması koşuluna da bağlandığından, Komisyon bu uygulamayı rekabete aykırı gördü. HB/Van den Bergh bu karara karşı AB İlk Derece Mahkemesine başvurmakla birlikte, Mahkeme, Komisyonun HB'nin hakim durum ve bununla bağlantılı hakim durumun kötüye

[1658] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 210; Fischer, s. 105.
[1659] Fischer, s. 105.
[1660] Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 82, Rdnr. 242; Gleis ve Hirsch, Art 86 Rdnr. 95.
[1661] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 186 ve özellikle de dpn. 120.
[1662] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 210.

kullanılması ile ilgili tespitlerini onayladı[1663]. Ancak dondurucuların münhasırlık koşulu ile verilmesini ilgili pazarda "alışılmış bir ticari uygulama" olarak değerlendirip, rekabete aykırı bir davranış olarak görmedi. Ancak rekabetin hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından sınırlandığı durumlarda böyle bir haklı gerekçe ile bu davranışın yasal değerlendirilmesi tartışmalı bir durumdur. Çünkü dondurucuların "dolap münhasırlığı" şeklindeki sınırlayıcı kayıtlar ile satılması, perakende satıcıları yeterli talep olsa dahi, başka markaların dondurma ürünlerini satmaktan alıkoyacağından, rekabeti sınırlayan ve nihayetinde pazarda rakipler açısından dışlayıcı etkileri olan bir ticari uygulama[1664] olup, potansiyel rakipler açısından ise önemli bir pazara giriş engeli niteliğindeydi.

Tetra Pak II olayında[1665], Tetra Pak sıvı ve yarı sıvı gıda ürünlerinin paketlenmesinde kullanılan dolum sistemi ekipmanlarının satışını veya kiralanmasını, bu iş için kullanılan aseptik olan ve olmayan kartonların da kendisinden satın alınması şeklindeki bağlama uygulamasını, karton ambalaj ve dolum sistemi ekipmanlarının hem objektif nedenler hem de ticari teamüller açısından aynı pazara ait ürünler olduğunu savundu[1666]. Ancak yapılan itirazı inceleyen AB Genel (İlk Derece) Mahkemesi bu iddiayı kabul etmedi. Mahkeme, pazarda sadece karton üretmesine rağmen dolum sistemi üretmeyen teşebbüslerin de varlığından hareketle, karton ve makinelerin birlikte satışı için haklı bir ticari uygulama olmadığını belirtti[1667]. Mahkemeye göre, karton ve dolum sisteminin birlikte satılmasının ticari teamül gereği olduğu kabul edilse dahi, bu durum hakim durumdaki bir teşebbüs için geçerli olmayabilirdi[1668].

Ancak bu konuda asıl sorun yenilikçi *(Innovation)* pazarlar açısından ortaya çıkmaktadır. Ticari teamül kriteri özellikle teknolojik bağlamalar yoluyla yenilikçi pazarlarda ortaya çıkan ve şimdiye kadar ayrı olan ürün entegrasyonları açısından anlamlı olabilirdi[1669]. Gerçi bu tarz bir uygulama objektif haklı nedenler kriteri açısından da hukuka ve bu anlamda rekabet açısından yasal olabilir.

[1663] EuG, 23.20.2003, Rechtssache T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd./Komission,* 2003, II-4653.
[1664] EuG, 23.20.2003, Rechtssache T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd./Komission,* 2003, II-4653, Nr. 159.
[1665] Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak II,* ABl. 18.3.1992, L 72/1.
[1666] EuG, 6. 10. 1994, Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Komisyon, Slg. 1994, II-755*,* Nr. 81. *("Tetra Pak II").*
[1667] EuG, 6. 10. 1994, Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Komisyon, Slg. 1994, II-755*,* Nr. 82. *("Tetra Pak II")*
[1668] EuG, 6. 10. 1994, Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Komisyon, Slg. 1994, II-755*,* Nr. 137, *("Tetra Pak II")*; Başka bir ifadeyle Mahkeme, hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünün, ona bu tarz rekabeti sınırlayıcı davranışlarının alışılmış bir ticari uygulama nedeniyle haklı olduğu konusunda yeterli bir gerekçe değildi. Bkz. Jones ve Sufrin, s. 461.
[1669] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 187.

Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından öne sürülen ticari teamül iddiasının, sırf hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ileri sürülmesi nedeniyle her durumda baştan reddedilmemesi gerekir. Aynı zamanda, bu şekilde hâkim durumdaki teşebbüsün sırf kendisinin neden olduğu ve rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan bu davranışları için hukuka uygun bir gerekçe elde etmeyi başaracağı şeklindeki iddia da eleştirilmiştir[1670]. Aslında burada çoğu zaman çatışan çıkarlar arasında bir denge gözetmek gerekmektedir. Bu anlamda hâkim durumdaki teşebbüs tarafından öne sürülen ticari teamül iddiasının kabul edilmesi durumunda, bağlama uygulaması rekabet üzerinde başka olumsuz etkilere de neden oluyorsa, o zaman bu kötüye kullanma nitelikli bir davranış olup, haklı bir hukuki gerekçesi de olmayacaktır[1671].

Sonuç olarak, somut bir olayda bağlama uygulaması açısından haklı nedenlerin varlığı kapsamında öncelikle incelenmesi gereken husus, uygulamanın ticari teamül gereği olup olmadığıdır. Eğer somut olay açısından ticari bir uygulama bulunuyorsa, bu durumda ikinci adım olarak normatif bir bakış açısıyla incelenmesi gereken husus ilgili ticari teamülün bağlama uygulamasını hukuka uygun, haklı bir davranış olarak değerlendirmeye yetip yetmeyeceğidir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olarak ticari teamül, amaca göre dikkate alınmaya değer ticari teamüllerle sınırlı tutulmalıdır[1672].

B. Objektif Gereklilikler

1. Genel Anlamda Objektif Gereklilik

Objektif gereklilik savunmasında hâkim durumdaki teşebbüs davranışının taraflar arasında gelişen objektif etkenlerin gereği olduğunu veya bu şekilde önemli etkinlik avantajlarına ulaşılacağını kanıtlamak zorundadır[1673]. Ayrıca bu objektif etkenler pazardaki diğer teşebbüsler açısından da geçerli olmalı ve teşebbüs bu objektif etkenler nedeniyle sözkonusu davranış olmaksızın pazarda üretim veya dağıtım yapamayacağını da kanıtlamalıdır. Örneğin ürünün yapısı gereği güvenlik veya sağlık gibi nedenler objektif bir gereklilik olarak ortaya çıkabilir. Tartışma Metni'ne göre, bu koşulların varlığında hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları açısından objektif gereklilikler bir hukuka uygunluk nedeni sayılmakla

[1670] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 210.
[1671] Fischer, s. 105. Ayrıca bkz. EuG, 6.10.1994, Slg. 1994, II-755, Nr. 137, *"Tetra Pak II".*
[1672] Fischer, s. 105.
[1673] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 28.

birlikte, AB Mahkemeleri bu durumu sıkı ve dar yorumlayacaklardır[1674]. Nitekim uygulamada da hakim durumdaki teşebbüslerin objektif gereklilik yönündeki iddialarının sıkı ve dar yorumlandığı bilinen bir hususdur[1675].

Komisyon Tartışma Metni'nde hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken, objektif haklı nedenler *(objevtive justifications)* ve etkinlik *(efficiencies)* savunmasının da dikkate alınması önerilmektedir[1676]. Bununla birlikte, objektif haklı gerekçeler *(objective justification)* bağlamında, objektif gereklilikler (o*bjective necessity*) ve "rekabeti karşılama savunması" (*meeting competition defence)* farklı durumlardır[1677]. Birinciler sağlık ve güvenlik gibi ürünün doğası gereği ortaya çıkan dışsal durumlarla ilgilidirler. Bu anlamda objektif gereklilik pazadaki tüm teşebbüsler bakımından geçerli olmalı ve hakim durumdaki teşebbüs bu objektif gereklilikler nedeniyle, söz konusu davranış olmaksızın ilgili ürünün üretim veya dağıtımının mümkün olamayacağını göstermelidir. Ürünün doğasına özgü tehlikeli yapısı nedeniyle ortaya çıkabilecek olan güvenlik veya sağlık gibi nedenler bu tarz objektif gereklilikler olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle durumlarda AB mahkemeleri bu tarz objektif gerekliliklere dayanılmasını sıkı ve dar yorumlayacaklardır[1678]. Burada unutulmaması gereken bir diğer husus ise rakiplerin ürünlerini dışlayacak şekilde haklı veya haksız, tehlikeli veya değersiz şekilde kendi ürünleri ile doğrudan değerlendirmeler yaparak önlemler almak konusunda kendi başına inisiyatif almak hakim durumdaki eşebbüslerin görevi değildir[1679].

Hakim durumdaki teşebbüs "rekabeti karşılama savunması" açısından, pazarda aşırı bir zarara neden olmadığını ve bazı rakiplerin saldırgan davranışları karşısında kendi ticari ve ekonomik çıkarlarını korumak için rakiplerin bu pazar stratejilerine karşı koyduğunu göstermelidir. Teşebbüsün kendi ticari ve ekonomik çıkarlarını koruması amacının, kötüye kullanma davranışını yaratan haklı bir amaç olduğu, ABAD ve Komisyon kararlarında da kabul edilen bir durumdur[1680]. Bununla

---

[1674] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[1675] EuG, 6. 10. 1994, Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Komisyon, Slg. 1994, II-755, Nr. 138 *"Tetra Pak II"*; Komisyon Kararı, Slg. 1991, II-1439, Rechtssache T-30/89, Nr. 118. *"Hilti".*
[1676] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 204.
[1677] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 78. AB rekabet hukukunda "rekabeti karşılama savunması"na açıkça yer verilen mahkeme kararlarından birisi de *Hilti* kararıdır. Komisyon Kararı, Slg. 1991, II-1439, Rechtssache T- 30/89, Nr. 118-119 *"Hilti"*
[1678] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[1679] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80. Bu durum AB mahkemeleri tarafından verilen kararlarda da vurgulanmıştır. Bkz. Komisyon Kararı, Slg. 1991, II-1439, Rechtssache T- 30/89, Nr. 118. *"Hilti"*; Komisyon Kararı, Case T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission,* Nr. 115, 136. *"Tetra Pak II".*
[1680] EuGH, 14. 2. 1978, Slg. 1978, s. 282. *"United Brands"*; Komisyon Kararı, Case T-228/97, [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300 *"Irish Sugar plc v. Commission".*

birlikte, rekabeti karşılama savunmasına ancak bireysel davranışlar açısından başvurulabilir. Başka bir ifadeyle toplu veya kolektif davranışlar açısından böyle bir savunma geçerli değildir[1681]. Öte yandan Komisyon Tartışma Metninde bu savunmanın sadece fiyat temelli kötüye kullanma halleri için uygulanabileceği de vurgulanmıştır[1682].

Komisyon'un AEUV m. 102'nin dışlayıcı davranışlara uygulanması hakkındaki Kılavuzuna göre hakim durumdaki teşebbüsler dışlayıcı davranışlarının objektif açıdan haklı gerekçelere dayandığı konusunda her türlü delili ortaya koyabilirler. Buna karşın Komisyon da sözkonusu davranışların objektif açıdan haklı olmadığını ve olası somut rekabeti sınırlayıcı etkilere göre yapılan değerlendirmeler ve etkinlik avantajları için ileri sürülen nedenlerin tüketiciler için zararlı sonuçlara yol açabileceğini ispatlayabilir[1683].

Bununla birlikte, özellikle teknik veya ekonomik nedenlerin ürünlerin bu şekilde bağlı satışını zorunlu kıldığı inandırıcı ve akla yatkın bir şekilde ispatlanabiliyorsa, bu durumda bağlama konusunda ürünler arasında maddi bir bağlantının varlığından, başka bir anlatımla objektif bir gereklilikten bahsedilebilir[1684]. Bu şekilde objektif bağlantı sorunu bir ölçüde açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Fakat yine de bağlama uygulaması açısından teknik veya ekonomik nedenlerin objektif haklı nedenler olarak alınabilmesi için bunların zorlayıcı, ikna edici veya akla yatkın olup olmadığının belirlenmesi sorunu, bu hukuksal kavramlarla ilgili belirsizliğin fazla olması nedeniyle zordur. Hatta çoğu zaman satıcı tarafından bu konuda öne sürülen teknik veya ekonomik zorunluluk veya gereklilik iddialarının, aynı zamanda teşebbüsün kendi satış ve sürüm olanaklarını artıran ve rakiplerin de pazardan dışlanmasına neden olabilecek tehlikeler barındırdığı gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır[1685].

Teknik veya ekonomik gereklilik açısından bakıldığında bir lisansın belirli hizmet veya ürünlerin alınması koşulu ile verilmesi bağlama uygulaması yasağına aykırı sayılmayacaktır. Çünkü bazı durumlarda bu tarz bir bağlama, ilgili lisansın teknik açıdan sorunsuz kullanılabilmesi için bir gereklilik olmaktadır. Benzer uygulamalar Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Grup Muafiyet Tüzüğü çerçevesinde fikri mülkiyet ve Know-how sözleşmeleri açısından yer aldığı gibi,

[1681] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 81.
[1682] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 83.
[1683] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 31.
[1684] Nothhelfer, s. 77; Langen ve Bunte, Art. 82 Rdnr. 158; Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 209.
[1685] Fischer, s. 103.

dikey anlaşmalar kapsamında Franchise sözleşmeleri açısından da AEUV m. 101 kapsamında önem kazanmaktadır[1686]. Bu nedenle Komisyon tarafından çıkarılan grup muafiyet tüzüklerinde yer alan hükümler, bazı durumlarda nelerin objektif haklı neden olarak değerlendirileceği konusunda bazı ipuçları da sağlamaktadır[1687]. Ekonomik gereklilikler açısından bakıldığında, örneğin dağıtımda etkinlik sağlama gibi, bir dağıtıcıyla yapılan sözleşme kapsamında yer alan bütün ürün çeşitlerinin alınması koşulu hukuka uygun sayılabilir.

Ancak hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulamaları açısından özellikle bu durumun hâkim durumdaki teşebbüsün ürün satışlarının desteklenmesi açısından gerçekten de zorunlu olup olmadığı hususu özenle değerlendirilmelidir. Bu anlamda örneğin yedek parça, yardımcı madde veya sarf malzemelerini de kapsayacak şekilde bir satın alma yükümlülüğü, kötüye kullanma nitelikli bir davranış olacaktır[1688]. Bu konuda yapılacak inceleme açısından dikkat edilmesi gereken husus, bağlamanın öngörülen hedefe ulaşmak açısından vazgeçilmez olup olmadığıdır. Özellikle bağlama uygulamasının tüketicilere, iddia edildiği gibi etkinlik avantajları sağlayıp sağlamadığı incelenirken, bu durumun ürünlerin hem bağlı ve hem de ayrı satılması durumunda sözkonusu olan seçme özgürlüğünden feragat anlamına gelip gelmediği de değerlendirilmelidir[1689].

Bu anlamda ilgili ürün veya hizmetler açısından, teknolojik buluşun kusursuz veya sorunsuz kullanımı için gereklilik veya teknolojik zorunluluk nedeniyle bunların birlikte satılması haklı bir gerekçedir. Özellikle bağlamanın kalite kontrolü açısından gerekli olduğu ve bu şekilde satıcının fikri mülkiyet konusu bağlayan ürünün korunmasına hizmet ettiği durumlarda objektif bir gereklilik de söz konusudur. Örneğin Franchise zincirinde yer alan üretim yerlerinin ürünleri açısından bir kalite standardı sağlamak veya müşteri çevresini korumak (Goodwill-Schutz), aynı şekilde motorlu taşıtların özellikle yedek parçalarının üretiminde müşteriler açısından güvenlik ve garanti sağlanması amacıyla gidilen bağlama uygulamaları açısından da böyle bir haklı nedenden bahsedilebilir.

Burada asıl sorun "objektif nedenler" hakkında değerlendirme yapılırken neyin kriter alınacağıdır. *"Tetra Pak II"* olayında, hâkim durumdaki teşebbüs, aseptik ve aseptik olmayan paketleme makinelerinin müşteriler tarafından satın alınmasını, bu makineler için gerekli olan kartonların da alınması koşuluna bağlamıştı. ABAD bu

[1686] Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 82, Rdnr. 243.
[1687] Burkert, s. 373.
[1688] Bkz. Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 82, Rdnr. 244.
[1689] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82, Rdnr. 209.

olayda Komisyonun verdiği kararı yerinde bulan İlk Derece Mahkemesi (EuG) kararını onayladı. Mahkemeye göre, karton ve dolum makinelerinin ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği iddiası, bu konuda aralarında objektif açıdan haklı bir bağlantı bulunmadığından, ikna edici değildir. Aynı zamanda karton ve dolum sistemi makineleri arasında yapılan bu şekilde bir bağlama uygulaması bağımsız üreticilerin hiçbir makine üretememesi gibi bir etkiye de neden olacağından, bu şekilde karton üreticileri diğer üreticilerin makinelerine bağımlı hale gelecektir[1690].

Öte yandan objektif haklı nedenler bağlamında ortaya çıkan bu değerlendirme kriteri, ek edimin niteliklerinin nasıl belirlenmesi gerektiği sorununa neden olmaktadır. Çünkü başka sağlayıcıların da keza aynı şekilde ilgili ürünleri satıp satmadığı sorunu, iki farklı pazarın varlığı sorunuyla da bağlantılıdır. Bu bağlamda başka bir satıcının varlığı, aynı zamanda iki farklı pazarın varlığının da göstergesidir. Bazı görüşlere göre bu nedenle ABAD bu olayda iki ayrı ürün sorunu ile objektif haklı nedenler sorununu karıştırmış görünmektedir[1691]. Bu nedenle de objektif haklı nedenlerin doğruluğunu göstermek açısından, başka bir sağlayıcının da ilgili ürün bileşenlerini satıp satmadığının tespiti gibi bir değerlendirme kriteri yerinde değildir. Gerçekten de çoğu zaman somut olayda birden fazla ürün bulunup bulunmadığının belirlenmesi sorunu, objektif haklı nedenlerin varlığı sorununun önüne geçebilmektedir[1692]. Hatta bir görüşe göre, özellikle bağlanan ürünün niteliği nedeniyle hakkında yeterli bilgi bulunmadığı veya bu konuda ticari bir uygulamanın da olmadığı durumlarda, bağlama uygulaması açısından objektif haklı nedenlerin varlığından öte, bağlamanın rekabet üzerindeki etkilerine yoğunlaşmak gerekebilir. Bu durum özellikle bilgi teknolojileri veya teknolojik pazarlardaki ürünler açısından ortaya çıkmaktadır[1693].

Bu konuda bir diğer yaklaşıma göre ise, eğer iki ürün görünüşte birbirini tam olarak tamamlamıyorsa bu durumda iki farklı pazarın varlığından söz edilebilir. Fakat bu şekilde bir eksiksizlik/bütünlük sorununun, uygun veya yerinde bir tanımlama kriteri olarak benimsenip benimsenmeyeceği ise yine de tartışmalıdır. Çünkü bu şu sonuca da yol açar; iki ürünü birlikte satan bir üretici bu ürünlerin ayrı satılması halinde, biri olmadan diğerinin eksik kalacağı ve bu durumda ürünün pratik veya işlevsel bir şekilde kullanılamayacağını savunabilir. Objektif bakış açısıyla bunun doğru olduğu kabul edilse bile, bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkileri çok büyük

[1690] Nothhelfer, s. 78; Fischer, s. 102.
[1691] Fischer, s. 102.
[1692] Fischer, s. 103.
[1693] Whish, s. 661.

olacaktır. Çünkü bu ürünlerden birinin üretimi konusunda uzman olan bir rakip de olabilir. Bu durumun yol açacağı bir diğer olası tehlike de bu tamamlayıcı paketi üreten bir pazar aktörünün, tamamlayıcı paket ile ilgili talep üzerinde yoğunlaştığı için, pazardan dışlanmasıdır. Bu bağlamda eksiksizlik/tamamlayıcılık kriterinin, objektif haklı nedenler ile ilgili sorunun cevabı açısından elverişli olmadığı söylenebilir. Çoğu zaman Avrupa Birliği ve Alman hukukunda da olduğu gibi böyle bir tanımlama veya ayrım, bağlamanın teknik veya ekonomik açıdan hukuka uygun olup olmadığı zorunlu sonucuna yol açmaktadır[1694].

Rekabet Kurulu bu konuda verdiği bir Kararda[1695], Digitürk'ün HD yayınlarının izlenebilmesi için DigitürkPlus'a abone olunarak DigitürkPlus dekoderinin satın alınması koşulunun getirilmesinin, Türkiye'de yeni başlayan HD yayıncılık piyasasına yeni bir ürün/hizmetin sunulmasına yönelik bir pazarlama ve satış yöntemi olarak kabul edilmesinin uygun olacağı, bu nedenle somut olaydaki uygulamanın bağlama uygulaması olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir[1696].

2. Ürünün Niteliğine Özgü Objektif Gereklilikler

Objektif gereklilikler veya ticari teamül dışında kalan diğer hukuka uygunluk nedenleri ise genellikle ürünün özelliklerine ilişkin nedenlerdir. Bunlar ağırlıklı olarak tüketicilerin korunması bağlamında öne çıkan ürün güvenliği ve kalitesi, sıhhi nedenler, etkinlik kazanımı ve bu bağlamda ekonomik gereklilikler olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten nedenler başlığı altında anlatılan birçok durum, bir anlamda bağlama uygulamalarının hukuka uygunluğu konusunda, teşebbüslerin somut olaylar bağlamında öne sürdükleri haklı gerekçeler arasında da yer almaktadır. Ancak AB Komisyonu ve Mahkemeleri bu tarz uygulamaları, genellikle bunların çoğu zaman rekabeti sınırlayıcı amaçlara gizlice hizmet ettikleri gerekçesiyle, sıkı bir inceleme sonucunda, dar bir bakış açısıyla ele alıp, çok nadir kabul etmektedirler. Dolayısıyla somut olaylar çerçevesinde ortaya çıkan bu tarz iddialar çoğunlukla birer hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyip, bu tarz gerekçeler ile savunulan bağlama uygulamaları da genellikle rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak değerlendirmektedirler[1697]. Burada

---

[1694] Fischer, s. 104.
[1695] Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar. *("Digitürk-IV").*
[1696] Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. (Digitürk)'nin, HD yayınlarının izlenebilmesi için DigitürkPlus aboneliğini ve kendi sattığı *Pace* marka dekoderin satın alınmasını şart koşarak tüketicileri ve diğer HD receiver üreticisi ve ithalatçısı firmaları zarara uğrattığı iddiası ile yapılan ilk inceleme sonucunda verilen karar. Bkz. Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Karar, Nr. 130. *("Digitürk-IV").*
[1697] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 211.

teşebbüslerin bu konuda haklı gerekçeleri arasında yer alıp, uygulamada en sık karşılaşılanlar üzerinde durulacaktır.

a. Ekonomik Gereklilikler

Tek satıcı için bütün ürün çeşitlerini alma zorunluluğu, sağlayıcı açısından bakıldığında ekonomik gereklilik için haklı bir neden olabilir. Ancak bu bağlamanın hâkim durum olgusunun söz konusu olduğu pazarlar da ortaya çıkması durumunda, hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerini başarılı bir şekilde arzı açısından, özellikle ürün çeşitliliğinin çok fazla olmadığı durumlarda, bağlamanın gerçekten de zorunlu olup olmadığı hususunun titizlikle incelenmesi gerekmektedir[1698]. AB Komisyonu bu konuda çok sınırlayıcı bir yaklaşım içindedir. Örneğin *Fiat* olayında, yetkili servislerin başka üreticilere ait hiçbir madeni yağ ürününü kullanmama ve satmama zorunluluğu getirmesini, uygulamanın bazı üreticilerin pazarın bu bölümüne girişine engel teşkil ettiği gerekçesiyle, AEUV m. 102'ye göre kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak değerlendirdi[1699].

b. Ürün Güvenliği

Ürün güvenliğinin sağlanması nedeniyle ürünlerin birlikte satılması gerekiyorsa, bu durum bağlama uygulaması açısından haklı bir neden olarak değerlendirilebilir[1700]. Bu durum özellikle lisans sözleşmelerinde, lisans konusu ürünün üretiminde kullanılacak belirli bir hammaddenin alınması koşulu getirildiği zaman söz konusudur[1701]. Sadece bağlanan ürünün kullanımının ilgili asıl ürünün güvenli kullanımı açısından gerekli olduğu ve buna karşın rakip ürünlerin uygun veya güvenli kullanım açısından ciddi kuşku veya eksiklikler taşıdığı durumlarda bu husus bağlama uygulaması için haklı bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, ürün güvenliği veya sağlık standartlarının korunması açısından öne sürülen haklı gerekçelerin, ilgili makamların saptadığı standartlara uyma kapsamında değerlendirilmesidir. Yoksa hakim durumdaki

[1698] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 209. Aynı zamanda bu şekilde alım zorunluluğunun yedek parça ve yardımcı maddeleri de kapsaması durumunda bu bir kötüye kullanma davranışı olacaktır. Bkz. Helmuth Schröter ve diğerleri, Art. 82 Rdnr. 244.
[1699] Nothhelfer, s. 78; Komisyon, **XVII Rekabet Politikası Hakkında Rapor**, Nr. 84. *"Oliofiat".*
[1700] Burkert, s. 373.
[1701] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.

teşebbüslerin ürünleri konusunda geliştirdikleri tedbirler kapsamında, diğer ürünler ile ilgili haklı veya haksız tehlikeler değildir[1702].

Ancak bu tarz olaylar açısından ortaya çıkan tehlike ise, güvenlik iddiasının sadece bağlama uygulamasına giden teşebbüs tarafından öne sürülmesidir. Bu durum AB Komisyonu ve Mahkemeler tarafından da belirtilmiştir. Komisyon ve Mahkemeler bu hususta oldukça katı bir yaklaşım içinde olup, ürün güvenliği gerekçesiyle bağlama uygulamasına giden teşebbüsün, ilgili makamlar önünde, rakip teşebbüslerin ürünlerinin yürürlükteki düzenlemeler karşısında yetersiz olduklarını kanıtlamasını da istemektedir[1703].

Komisyona göre de ürünlerin niteliği dikkate alındığında sağlık ve güvenlik gibi iddialar rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından objektif haklı nedenler olarak kabul edilebilir. Fakat somut olay açısından böyle objektif haklı bir nedenin varlığı değerlendirilirken gözden kaçırılmaması gereken husus ise, sağlık ve güvenlik koruması ile ilgili standartların tayin ve tespiti ile bunların uygulanmasını gözetlemenin ilgili makamların görevi olduğudur. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüsler için, kendi ürünleri ile karşılaştırıldığında pazardaki ürünleri dışlamak için bunların doğru veya yanlış tehlikeli veya düşük kalitede olduğu şeklinde değerlendirmeler yapmak suretiyle önlemler alma gibi bir durum dahi sözkonusu değildir[1704].

Örneğin *Hilti* olayında[1705], çivi tabancalarında kullanılan çiviler için gerekli olan kartuş şerit pazarında Hilti hâkim durumdaydı. Hilti izlediği satış politikasıyla, kendi çivi tabancasında kendi çivilerinin kullanımını, çivi tabancasının sorunsuz ve güvenli kullanımı için gerekli görüyor ve bu nedenle bağlama uygulamasına gitmekteydi. Fakat ABAD bu uygulamayı rekabeti sınırlayıcı bir davranış olarak değerlendirdi. Mahkemeye göre, güvenlik düşüncesiyle ortaya çıkan bağlama uygulaması, aslında Hilti'nin kartuş şeritler pazarındaki hâkim durumunu çivi pazarına da yayarak, bu pazarda var olan rekabeti ortadan kaldırmak için izlediği bir stratejiydi[1706].

[1702] Bkz. Komisyon Kararı, Slg. 1991, II-1439, Rechtssache T-30/89, Nr. 118-119. *"Hilti"* ; Komisyon Kararı, Slg. 1994, Rechtssache T-83/91, II-755, Nr. 83-84 ve Nr. 138. "*Tetra Pak II".*

[1703] Fischer, s. 107.

[1704] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 29.

[1705] Komisyon Kararı, Slg. 1991, II-1439, Rechtssache T- 30/89, Nr. 118-119. *"Hilti"*

[1706] Komisyon Kararı, 22. 12. 1987, ABl. 1988, Nr. L 65, Nr. 19 ve özellikle de Nr. 74 ve Nr. 87. *"Hilti".* Bu karar AB İlk Derece Mahkemesi (EuG) tarafından 12. 12. 1991, Slg. 1991, II 1439, s. 1481 ve ABAD (EuGH) tarafından da, 2. 3. 1994, Slg. 1994, I 667, onaylandı. Bkz. Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 215. Fakat bazı yazarlar, Komisyonun hiçbir olayda bu olaydaki kadar bağlama uygulamasının hukuka uygunluğu konusunda ayrıntılı değerlendirmelere gitmediği noktasında eleştirmektedirler. Bkz. Burkert, s. 365.

Dolayısıyla bağlama uygulaması açısından, Komisyon ve Mehkemelerin güvenlik iddiasını nadir olarak bir haklı neden olarak kabul etiği, bu konuda şüpheci bir yaklaşım içinde oldukları söylenebilir[1707]. Bu konuda *"Industriegase"* olayı da, bağlama uygulaması açısından ürün güvenliğinin haklı neden olarak kabul edildiği istisnai kararlardan birisidir. Komisyon, endüstriyel gaz üreticilerinin kendi ürünlerinin alınmasını, kendi gaz tanklarının dolum ve bakımına bağlaması olayında güvenlik iddiasını kabul ederken, yine de bu gaz tanklarının alınması konusunda alıcıların tercih hakkı olması gerektiğini vurgulamayı da ihmal etmedi[1708].

c. Ürün Kalitesinin İyileştirilmesi

Bağlama uygulaması ile ortaya çıkan ürün bileşeni, alıcılar için bu ürünlerin ayrı satılmasından daha yüksek bir değer veya fayda sağlayabilir. Bağlama aynı zamanda bu tamamlayıcı ürünlerin üreticisi tarafından hâlihazırda üretildiği zaman, tüketici açısından kullanım kolaylığını artıran ve bu şekilde ortaya çıkan ürünün alıcılar için daha işlevsel bir yapıya kavuşmasını da sağlayabilir[1709]. Aynı zamanda ürünün karmaşık olması ve tamamlayıcı ürünün bedeli gibi etkenler de alıcılar için bir bağlama uygulamasını daha cazip hale getirebilir[1710].

d. Ürün Kalitesinin Korunması

Ürünlerin kalite güvenliğinin korunması açısından birlikte satışın bir gereklilik olduğu durumlarda, bağlama uygulaması haklı görülebilir[1711]. Özellikle lisans sözleşmelerinde, üretilecek ürün için kullanılacak hammade veya ara ürünün sözleşmede ek koşul olarak yer alması bu duruma örnektir. Bu durum aynı zamanda lisans konusu ürünün sorunsuz üretimi için bir gereklili olarak da ortaya çıkabilir[1712]. Burada sorun, sağlayıcının asıl ürün için verdiği garantiyi, alıcı tarafından gerekli ek ürünün de kendisinden alınması koşuluna bağlayıp bağlamayacağıdır. AB Komisyonuna göre bu durum rekabet hukuku açısından *per se* yasak değildir. Bununla birlikte böyle bir durumda satıcı, yabancı ek ürünün kendi ek ürününe göre

---

[1707] Veltrop, s. 555.
[1708] Komisyonu, XIX Rekabet Politikası Hakkında Rapor (1989), Nr. 62, *"Industriegase".* Ayrıca, Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 215.
[1709] Örneğin *Microsoft* olayında olduğu gibi WMP ve Windows'un birlikte kullanılması gibi.
[1710] Fischer, 108.
[1711] Burkert, s. 373.
[1712] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rdnr. 323.

daha büyük zararlara, hızlı yıpranmalara veya asıl ürünün zamanından önce işlevselliğini yitirmesine neden olduğunu da ispatlamak zorundadır[1713]. Eğer bağlama ürün kalitesinin korunması açısından rekabeti daha az sınırlayan bir olanak sağlıyorsa, bağlı ürünler arasında maddi bir bağlantının varlığından da söz edilebilir.

Bu konuda dikkate alınması gereken bir diğer husus ise, satıcının çoğu zaman kendi ek ürününe göre yabancı ek ürün için bir garanti sağlayıp sağlamadığı ve sağlıyorsa bunun ne kadar geniş kapsamlı bir garanti sağlanmasına neden olduğudur. Bu nedenle satıcı yabancı ek ürün için de bu sorumluluğu yüklenmek zorundadır. Satıcı bu yükümlülüklerden ancak, kendisi için çoğu zaman bağlama uygulamasının etkilerinden daha ağır sonuçlar doğuran garanti yükümlülüğünü çok ciddi anlamda daraltan ve gerçek işlevini azaltan durumların varlığında kaçınabilir[1714].

AEUV m. 101/1'deki düzenleme bağlamında rekabeti sınırlayıcı etki veya amaca yönelik örneğin bir teknolojik lisans sözleşmesi de, prensip olarak, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Grup Muafiyet Tüzüğü m. 3'te yer alan pazar payı eşiğini geçmiyorsa muafiyetten yararlanabilir. Ancak bu pazar payı eşiklerini geçse dahi, AEUV m. 101/3'te yer alan koşulların sağlandığının ispatlanması şartıyla bireysel muafiyetten de yararlanabilir. Eğer bağlama uygulaması AEUV m. 102' deki hâkim durum çerçevesinde ortaya çıkıyorsa bu durumda haklı bir hukuki sebep ancak objektif nedenler veya ticari teamül gerekçesiyle öne sürülebilir. Teknoloji Transferi Sözleşmeleri kapsamında bir bağlama uygulaması ancak lisans alanın üreteceği ürünlerin lisan verenin verdiği diğer lisans alanların ürünleri ile aynı kalite standardını yakalaması için gerekli olabilir. Lisans alan lisans verenin markasını kullandığı veya tüketiciler açısından teknolojik lisans konusu ürünler arasındaki farkı anlamak açıkça belliyse, bu durumda lisans verenin lisans konusu ürünün kalitesinin korunması ve bu çerçevede ilgili pazarda markası açısından sahip olduğu olumlu imajının veya teknolojisinin değeri konusunda haklı kaygıları bulunmaktadır[1715]. Dolayısıyla ürün kalitesinin korunması aynı zamanda lisans konusu teknolojinin mümkün olduğu kadar etkin kullanımını da sağlamaktadır. Dolayısıyla teknik bilgi *(Know-how)* lisansı alan kişi bazı yükümlülükler altına da girdiğinden, mümkün

[1713] Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl. EG, 1.3.1988, L 65/19, Nr. 37. *"Hilti".*
[1714] Fischer, s. 109.
[1715] Komisyon, ABA madde 101'in Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Uygulanması ile İlgili Kılavuz, ABL (EG) 2004, Nr. C 101, 2, Nr. 194.

olduğu kadar ürettiği ürünü devredilen bilgi ve lisan veren ile yapılan sözleşmede belirlenen üretim tekniğine uygun olarak üretmelidir[1716].

Fikri mülkiyet konusu bir hak, lisans sözleşmesi kapsamında başka teşebbüslere verildiği zaman, bu hak sahibine lisans konusu ürün pazarlarını kontrol etme hakkı da verdiği anlamına gelmemektedir. *"Windsurfing International"* olayında da belirtildiği üzere, lisans veren tarafından öne sürülen ürün kalitesi ve güvenliğinin sağlanması veya kalite kontrolü ile ilgili gerekçeler ancak patent konusu ürünün üretimi için gerekli olan teknik talimatlara uyma haricinde, önceden objektif olarak belirlenebiliyorsa geçerlidir[1717]. Bu anlamda ABAD kalite kontrolü iddiasını ancak bağlayan ürünün kalitesinin korunması ile sınırlı olmak üzere yasal kabul etmektedir. Buna karşın, bağlama uygulaması ile kalite kontrolü sağlama iddiası bağlanan ürünü de kapsayacak şekilde veya bağlama ile ortaya çıkan yeni birleşik ürün konusunda da öne sürüldüğünde, haklı bir gerekçe sayılmayacaktır[1718].

Öte yandan Komisyon *Tetra Pak II* olayında ürün kalitesinin sağlanması ile ilgili iddiaları haklı gerekçe olarak kabul etmedi. Bu karar AB İlk Derece Mahkemesi tarafından da onaylandı[1719]. Mahkeme'ye göre de kalite güvenliği veya hijyen standartalarını sağlamak, böyle bir uygulama için haklı bir gerekçe olmayacaktır. Mahkemeye göre, *Hilti* Kararı'nda belirtildiği gibi, başka üreticilerin ürettiği aletlere uyumlu tamamlayıcı ürün veya sarf malzemeleri *(Verbrauchsgüter, Teribladungen)* üretmek her bağımsız üreticiye tanınmış bir haktır. Öte yandan, kullanıcılar açısından kalite güvenliği de üretim ve teknik standartlara ilişkin yasal düzenlemeler de yer alan kurallara uymak suretiyle de sağlanabilir[1720].

e. Ürünlerin İşlevselliği

Bazı durumlarda ürünlerin işlevselliğinin tam yerine gelebilmesi için bağlı satılmaları yasal değerlendirilebilir[1721]. *"Tetra Pak II"* olayında sağlayıcı, aseptik olan ve olmayan paketleme makinelerinin müşterileri tarafından satın alınmasını aynı zamanda bu makinelerde kullanılacak kartonların da alınması koşuluna bağlamıştı.

[1716] Komisyon Kararı, ABl. 1990 Nr. L 100, Nr. 32. "*Moosehead/Whitbread."*
[1717] Karşılaştırınız; EuGH, Slg. 1986, 611, s. 655, Nr. 46. *"Windsurfing International."*
[1718] Burkert, s. 374.
[1719] EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak/Komisyon,* Slg. 1994, II-755. *("Tetra Pak II").* Ancak bazı görüşlere göre Komisyon burada Tetra Pak'ın müşterileri için dolum sistemleri açısından, hijyen ve teknik problemlerden dolayı sahip olduğu sorumluluğu gözden kaçırmıştır. Çünkü müşterilerin bu konuda Tetra Pak'a karşı bir güvensizlik içine girmeleri, teşebbüs açısından ürün satışlarında kayıplara neden olabilecektir. Bkz. Ben-Zie, s. 116.
[1720] EuG, 6.10.1994, Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak/Komisyon,* Slg. 1994, II-755, Nr. 83. *("Tetra Pak II").*
[1721] Burkert, s. 373.

Sağlayıcının iddiasına göre, paketleme makinelerinin sağlam bir şekilde çalışmasını garanti etmek açısından, teknik ve sıhhi (hijyenik) nedenlerden ötürü bu tarz bir bağlama gerekliydi[1722]. ABAD'a göre ise ilgili teşebbüsün kendi makinelerinde kendi ürettiği kartonların kullanılmasını istemesi, paketleme makinelerinin sağlam çalışması için yerinde bir koşul değildir. Çünkü başka teşebbüsler de Tetra Pak'ın ürettiği makinelerde kartonlarını kullanacaklardı[1723]. Bu olay açısından bağlama uygulaması, Tetra Pak'a aseptik ve aseptik olmayan paketleme makineleri pazarında sahip olduğu hâkim durumunu karton ürünleri pazarına yayma olanağın sağlıyordu. Bu şekilde Tetra Pak dışındaki bağımsız karton üreticileri pazarda önemli ölçüde engellenmiş oluyorlardı[1724].

Sonuç olarak bağlama uygulamalarının yasallığı konusunda teşebbüsler tarafından öne sürülen gerekçelerin AB organları tarafından çoğu zaman kabul edilmediği ve Komisyon tarafından haklı gerekçelerin çok sıkı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu ve dar yorumlandığı söylenebilir[1725]. Bu anlamda özellikle de hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu somut olaylar açısından haklı gerekçelerin ilgili makamlar tarafından daha sıkı ve dar yorumlandığını da belirtmek gerekir.

C. Etkinlik Savunması

Hâkim durumdaki teşebbüsler pazardaki davranışları konusunda etkinlik savunmasına başvurabilirler. Bu durum dışlayıcı bir davranış olarak, bağlama uygulamaları açısından da geçerlidir. Etkinlik savunması aynı zamanda bir haklı neden olarak da değerlendirildiğinden, bağlama uygulamaları konusunda da objektif gereklilikler ve ticari teamül yanında bir diğer hukuka uygunluk hali olacaktır. Her ne kadar bağlama uygulamaları konusundaki yasal düzenlemeler için ticari teamül ve anlaşmanın niteliği gereği hukuka uygunluk halleri söz konusu olsa da, etkinlik kazanımı özellikle hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları konusunda genel bir hukuka uygunluk hali veya haklı neden olarak değerlendirilmektedir. Bu durum aşağıda üzerinde durulacak olan Komisyon Tartışma Metni ve Kılavuzu ile daha da önem kazanmıştır.

[1722] Bu anlamda bazı yazarlar özellikle fikri mülkiyet konusu haklar açısından ortaya çıkan bağlama uygulamalarında en azından ürünlerin işlevsel kullanımı ve güvenlik gerekçelerinin haklı nedenler olarak kabul edilmesini savunmaktadırlar. Bkz. Fiala, s. 51.

[1723] Komisyon Kararı, 24. 7. 1991, ABl. 1992, Nr. L 72, Nr. 24. *"Tetra Pak II".* Bu karar İlk Derece Mahkemesi tarafından (EuGH), 6. 10. 1994, Slg. 1994 II 755, Nr. 802 ve Nr. 821 ve ABAD (EuGH) tarafından ise 14. 111. 1996, Slg. 1996, I-5951, 6010, Nr. 36, onaylanmıştır.

[1724] Immenga ve Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rdnr. 214.

[1725] Burkert, s. 374.

Öte yandan etkinlik savunması, diğer savunma hallerinden farklı olarak objektif faktörlere değil, kötüye kullanma teşkil eden davranışın olumlu ve olumsuz yönlerinin tartılması esasına dayanmakta ve olumlu yönlerinin daha ağır basması durumunda hukuka aykırılığın ortadan kalkması, diğer bir ifade ile söz konusu davranışın AEUV m. 102 yasağından muaf tutulmasını sağlamaktadır. Böylelikle, tüketici refahını esas alan *etki-temelli* yaklaşımın, davranışın güncel veya olası etkileri üzerinde odaklanması sayesinde; AEUV m. 102'deki rekabet kurallarının katılığı ile tüketici refahı arasında bir uyum sağlanarak, adil ve ekonomik açıdan daha yararlı sonuçlar elde edilmesi amaçlanmaktadır[1726].

1. Etkinlik Savunmasının Yasal Dayanakları Konusunda Doktrindeki Tartışmalar

Hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranşları açısından etkinlik savunmasının ne oranda dikkate alınacağı hususundaki tartışmalar yeni değildir. AB rekabet hukukundaki bazı görüşlere göre, AEUV m. 101/3'te muafiyet için öngörülen koşullar, hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları açısından da yol gösterici olabilir. Bu hükümde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açısından muafiyet için dört koşul yer almaktadır. Bu kıyas için esas alınan düşünce ise, AEUV m. 101 ve m. 102 düzenlemelerinin her ikisinin de nihayetinde aynı rekabet politikası ve aynı ilkelere dayanmalarıdır. Aynı zamanda bu düzenlemeler etkin ve başarılı rakiplerin pazardaki rekabet olanaklarının korunması ve bu anlamda "pazarın açık tutulması ilkesi" ile somutlaşan ortak hedefe yönelik düzenlemelerdir[1727].

Hatta bu konuda bazı görüşlere göre AEUV m. 101 ve m. 102 birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız düzenlemeler değildir. Çünkü aksi düşünce, bu hükümler arasındaki benzerlik veya ortaklıkların, farklılıklarından daha fazla olduğu gerçeğini göz ardı etmek olacaktır[1728]. Her iki hükmün asıl amacı da, sistemin taşıyıcı kolonları olarak, AEUV ile öngörülen "iç pazar" hedefi için vazgeçilmez olan işleyen bir rekabet sistemidir[1729]. Dolayısıyla etkinlik savunması açısından iki yol ortaya

---

[1726] Hande Hançer ve Özge İçöz, "Roma Antlaşmasının 82.Maddesinde Ögörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri", **Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, Kayseri, 2007, s. 156.

[1727] Thomas Eilmansberger, "Restrictive agreements and unilateral restraints: merging regimes on market power and exclusion", **Economic Theory and Competition Law**, (Ed. Josef Drexl), Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northhampton, MA, USA, 2009, s. 156.

[1728] Eilmansberger, s. 155.

[1729] Kay Hailbronner, Heinrich Wilms ve Stefan Enchelmaier, **Kommentar zum Recht der Europäischen Union**, Art. 82, Rdnr. 46, 8. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2005; Faull ve Nickpay, s. 407.

çıkmaktadır. Birincisi AEUV m. 101 hükmü kapsamında yapıldığı gibi iki aşamalı bir değerlendirmeye gidilmesidir. Hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı davranışları açısından yapılan bu analiz ile AEUV m. 101/3'ün kıyasen uygulanması ile *etkinlik savunması (efficiency defence)*'nın ilgili davranış açısından bir hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılamayacağı incelenmelidir. Bu yaklaşım esasen muafiyet sistemi için kullanılan bilindik yöntemi işaret etmektedir.

Diğer yol ise tek aşamalı bir yönteme dayanmaktadır. Buna göre ilgili somut olayda, AEUV m. 101/3'te yer alan koşullar sağlanmışsa, hakim durumdaki teşebbüsün davranışları açısından hakkaniyete uygun ve yasal bir rekabet sözkonusudur[1730]. Bu son durum açısından, AEUV m. 101/3 bağlamında etkinliğin AEUV m. 102 kapsamında da tanımlandığı söylenebilir. Ancak bu tartışma açısından akla gelebilecek soru, AEUV m. 102'nin herhangi bir "fıkra üç" hükmü, başka bir anlatımla muafiyet olanağı öngörmemesidir. Bununla birlikte, bu konuda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus ise her iki maddenin de benzer rekabet politikası ile ilgili olduğudur.

Bu konuda akla gelebilecek bir diğer soru, AEUV m. 102 açısıdan yer verilmeyen AEUV m. 101/3'te yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemenin AEUV m. 102 açısından bilerek veya isteyerek ihmal edilip edilmediği veya bunun kıyasen telafi edilip edilemeyeceğidir. Ancak her durumda AEUV m. 101 ve m. 102'nin, temelde farklı durumlara uygulanacak düzenlemeler olmakla birlikte, kendine özgü ve tamamalayıcı hükümler olarak öngörüldükleri söylenebilir[1731]. Çünkü AEUV m. 101 rekabet yasaklarını içermekle birlikte, aynı zamanda etkinlik konusunda bir muafiyet de öngördüğü halde, AEUV m. 102 hükmü böyle bir muafiyet olgusu olmaksızın, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır[1732].

Bu nedenle AEUV m. 101/3'e göre muafiyetten yararlanan bir anlaşma, AEUV m. 102'nin uygulanmasını ortadan kaldırmaz. Aynı zamanda hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından yapılması durumunda kabul edilebilir olan bir davranış, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılması durumunda yasaklanabilir[1733]. Dolayısıyla bu önermeden hareketle, hakim durumdaki bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı davranışları AEUV m. 101/3'te yer alan muafiyet

[1730] Bkz. Hailbronner ve diğerleri, Rdnr. 47.
[1731] Bkz**.** EuG, 10. 7. 1990 tarih, Rechtssache T-51/89, *Tetra Pak Rausing / Kommission,* Slg. 1990, II-309, Nr. 25. *("Tetra Pak I")*
[1732] Eilmansberger, s. 155.
[1733] Bkz. EuGH, 16. 3. 2000 tarih, Rechtssache C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge./Kommission,* Slg. 2000, I-1365, Nr. 130.

koşullarını sağlasa dahi, buna rağmen somut olayın özelliğine göre yine de yasaklanabilecektir.

Bu konuda AB hukukunda ortaya çıkan bir diğer tartışma, AEUV m. 101/3 düzenlemesi kapsamında grup muafiyetinden doğrudan yararlanan bir anlaşmanın buna rağmen AEUV m. 102 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. ABAD'ın daha önceki yaklaşımı bu sorun açısından tartışmalıydı. Daha önceki grup muafiyet tüzükleri açısından anlaşmaya taraf teşebbüslerin pazar güçleri hiç veya çok az rol oynuyordu. İlgili listelerde yer alan rekabet yasakları ve ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde anlaşmalar muafiyetten yararlanabiliyordu. Ancak yeni dönem grup muafiyet tüzükleri tarafların pazar payı esas alınmak suretiyle muafiyet olgusunu düzenlemektedir. Bu anlamda yeni grup muafiyet tüzükleri, tarafların ilgili muafiyet tüzüğü kapsamında pazar payları %30'u aşmamak üzere muafiyeti olanaklı kılmaktadır. İlgili pazar açısından yapılacak değerlendirmelerde bu pazar payları dikkate alınmaktadır. Bu durumda hakim durumdaki bir teşebbüs açısından muafiyet ancak somut anlaşma bağlamında bireysel bir muafiyet olabilir.

Öte yandan grup muafiyetinden yararlanan bir anlaşma açısından AEUV m. 102 kapsamında bir değerlendirmenin çok da gerekli olmaması anlaşılır bir durumdur. Çünkü AB hukukunda %30 pazar payı bir teşebbüsün hakim durumda bulunduğu anlamına gelmediği gibi, %30 üzerinde pazar payına sahip bir teşebbüsün de herhangi bir grup muafiyet tüzüğünden yararlanması sözkonusu değildir. Bu konuda belirlenen düşük pazar payı eşikleri, bir teşebbüsün davranışının rekabeti sınırlamayacağı veya çoğunlukla bu konuda rekabeti sınırlayıcı etkilerinin en az olacağı düşünülen oranlardır[1734]. Bu durumda bireysel muafiyet açısından ise durum daha da zorlaşmaktadır. Çünkü Komisyon bireysel anlaşmaları genellikle AB rekabet hukukuna karşı olası rekabeti sınırlayıcı etki ve ihlaller açısından değerlendirmiştir. Böyle bir yaklaşım açısından her iki maddede yer alan düzenlemelerin aynı zamanda uygulanması açısından bir engel yoktur. Bu durumda somut olaylar açısından tarafların pazar gücü önem kazanmaktadır. Aynı zamanda Komisyon veya ulusal rekabet otoritelerinin bu şekilde verdiği bir bireysel muafiyet kararının, başka bir durumda kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi bir çelişki olarak değerlendirilse de, AB İlk Derece Mahkemesi (EuG), AEUV m. 101/3'e göre bireysel muafiyetin sözkonusu olduğu bir anlaşma açısından da, Komisyonun AEUV m. 102 düzenlemesini dikkate alabileceğini belirtmiştir[1735].

[1734] Drexl, Competition Law, s. 670.
[1735] Bkz. Bkz**.** EuG, 10. 7. 1990 tarih, Rechtssache T-51/89, *Tetra Pak Rausing / Kommission,* Slg. 1990, II-309, Nr. 28. *("Tetra Pak I")*

Drexl'a göre, aslında bu konuda daha fazla bir tartışmaya girmeden de AB rekabet hukukunun "tüketici fazlası/artığı"nı kabul ettiği söylenebilir. Gerçekten de bu sonuç AEUV m. 101/3 hükmünden de açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu hüküm bağlamında ortaya çıkan yaklaşım, tüketicilerin ancak kendileri açısından avantajları dezavantajlarına ağır basan rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşmaları "kabul etmek" durumunda olmalarıdır[1736]. AEUV m. 101/3 hükmü aynı zamanda Komisyon tarafından birleşmelerin kontrolü konusundaki yasal düzenlemelere de aktarılmıştır. Nitekim yatay birleşmeler konusundaki Kılavuz'a göre, ancak tüketiciler açısından dezavantajların söz konusu olmadığı koşulların varlığı durumunda Komisyon bir etkinlik savunmasını kabul edecektir[1737]. Ancak yazar'a göre, AEUV m. 101/3 hükmü, genel anlamda bir "tüketici artığı" savunmasının, bir davranış açısından doğrudan bir yasallık olarak görüldüğü anlamına gelmemektedir. Çünkü bu hükümle getirilen standart, bu konuda öncelikle yapılacak olan bir etkinlik analizinden sonra böyle bir haklı gerekçenin kabul edilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla burada asıl önemli ve can alısı soru, ekonomik etkinlik hedefinin AB Kurumları tarafından desteklenip desteklenmeyeceğidir. Gerçekten de, genel olarak *more economic approach* yaklaşımı tarafından dayanılan kriteler etkinlik ile ilgili olduğundan, etkinlik savunması da özellikle eleştirilieri üzerine en fazla çeken olacaktır[1738].

Benzer durum ve tartışmaların 4054 sayılı RKHK açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü RKHK'da da, 4.madde kapsamında yer alan anlaşmalar açısından 5. madde ile tanınan muafiyet olanağı, 6. madde açısından teşebbüslerin tek yanlı davranışları için sözkonusu değildir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nde de, *"bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış olan muafiyet, Kanunun 6.maddesinin uygulanmasını engellemez"* hükmü yer almaktadır (m.8).

Ancak öğretide Öz, hakim durumdaki bir teşebbüsün grup muafiyeti tebliğlerinden yararlanabilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar'a göre, "Tebliğ'in 6.maddesi açısından herhangi bir kötüye kullanma halinin ortaya çıkması halinde 6.maddenin uygulanmasını engellemez demesi zaten lafzıyla, hakim durumda olan bir işletmenin de tebliğden yararlanabileceğini, ama bunu kötüye kullanırsa bundan dolayı da cezalandırılabileceğini öngörüyor."[1739]

[1736] Drexl, Competition Law, s. 688.
[1737] Bkz. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, [2004] OJ C101, Nr. 85.
[1738] Drexl, Competition Law, s. 688.
[1739] Gamze Öz, "AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler", **Rekabet Kurumu Perşembe Koferansları (3)**, Ankara, Aralık 1999, s. 102.

Aslan'a göre sorun sistemin zaafından kaynaklanmaktadır[1740]. Çünkü "RKHK m.4 ve m.5 ayrı ayrı düzenlendiği için, 4. madde açısından yapılan incelemelerde iki aşamalı bir değerlendirme yapılmaktadır. Önce bir uygulama veya anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olup olmadığı incelenecek, eğer varsa 4.maddeye aykırılık tespit edilerek ikinci aşamaya geçilecektir. İkinci aşamada ise, bu sefer aynı uygulama veya anlaşmanın ekonomik olarak doğurduğu olumlu etkiler olup olmadığı, bunların zorunlu olup olmadığı ve rekabeti sınırlayıcı etkilerine göre daha fazla olup olmadığı incelenecektir. Eğer fazla ise RKHK m.5'e göre muafiyet verilecektir. Dolayısıyla burada anlaşma veya uygulama bir bütün olarak değerlendirilmemekte, önce olumsuz yönleri incelenmekte ve böylece RKHK'nın 4.maddesine aykırılık koşulu yerine getirilmekte, daha sonra olumlu yönleri incelenerek, RKHK m. 5'te muafiyet için gerekli olan koşullar ele alınmaktadır."

Oysa tek yanlı davranışlar açısından RKHK m. 6 açısından yapılacak bir değerlendirmede, somut davranışın olumlu ve olumsuz yönleri bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu anlamda ilgili davranışın rekabet açısından doğurduğu olumlu ve olumsuz etkiler değerlendirildiğinde, olumlu etkiler olumsuz etkilere ağır basıyorsa, bu durumda davranışın rekabeti sınırlayıcı olmadığı, dolayısıyla hakim durum teşkil etmediği sonucuna ulaşılacaktır. Yazara göre, RKHK'nın 6.maddesinde "rekabetin sınırlanmasından" açıkça bahsedilmese de, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların kötüye kullanma teşkil edebileceği açıktır. Nitekim verilen örneklerin pek çoğu rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma halleridir. Yazara göre, bu durumda RKHK'nın 4.maddesi anlamında "rekabeti sınırlama" ile 6.maddesi anlamında kötüye kullanma birbirinden farklı şeylerdir. Bunun nedeni ise yukarıda da bahsedildiği üzere, RKHK m. 4 açısından anlaşmanın sadece olumsuz yönlerine bakılması ve genel bir değerlendirme yapılmamasıdır. Çünkü anlaşmanın olumlu yönleri RKHK m. 5 kapsamında analiz edilecektir. Dolayısıyla burada RKHK 4.maddesi kapsamında olan bir anlaşma açısından, RKHK m.5 bağlamında bir "rule of reason" analizi yapılırken, RKHK m. 6 kendi içinde bir "rule of reason" analizi barındırmaktadır. Sonuç olarak, bu sistem içinde rekabeti sınırlayıcı yönleri olan fakat aynı zamanda daha fazla olumlu etkileri olan bir anlaşma RKHK m. 4 çerçevesinde kanuna aykırı değildir, rekabeti sınırlayıcı değildir demek mümkün olamamaktadır[1741].

Uzunallı'ya göre de hakim durumun kötüye kullanılmasının RKHK m.6'ya göre denetiminde geniş kapsamlı menfaatlerin dikkate alınması gerekir. Böylece

[1740] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 365.
[1741] Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 366.

Rekabet Kurulu, davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğini saptarken, etkinlik açısından da değerlendirme yapmalı, ancak davranışın etkinlik sağlayıp sağlamadığı hususunda delil gösterme yükü sadece hakim durumdaki teşebbüse bırakılmamalıdır. Hakim durumdaki teşebbüs istisnai durumlarda delil sağlama yükümlülüğü altında bırakılmalıdır. Çünkü Rekabet Kurulu'nun soruşturma işlemi açısından "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi geçerli olup, bu ilke temelinde idare maddi olayın gerçekleşmiş olduğunu tam kanıt ölçütünü sağlayarak ispatlamak zorundadır[1742].

Yukarıda yer verilen teorik tartışmalardan da anlaşılacağı üzere bağlama uygulamaları da dahil, dışlayıcı davranışların rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde "etkinlik savunması" önem kazanmaktadır. Etkinlik savunması değerlendirilirken anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüs somut davranışın etkinlik sağlayıcı olduğunu gösterebilir. Fakat rekabet otoriteleri de davranışın etkinlik sağlayıcı yönlerini inceleyebilirler. AB Komisyonu'da hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları konusunda getirilecek etkinlik savunmasında uygulamaya yol gösterebilmek ve bu konuda bazı temel ilkelerin yerleşmesine katkıda bulunmak açısından bazı çalışmalar yapmıştır. Komisyon Tartışma Metni'nin 2005 yılında yayınlanmasıyla başlayan bu süreci, 2009 yılında engelleyici davranışlara uygulanacak bir Komisyon Kılavuzu izlemiştir. Aşağıda her iki düzenleme bağlamında konu değerlendirilip, bu konuda Türk Rekabet Hukuku uygulaması açısından da bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

2. Tartışma Metni'ne Göre Etkinlik Savunması

Komisyon Tartışma Metni'nde hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları açısından objektif gereklilikler ve etkinlik savunması (*efficiency deffence)*'ndan yararlanabilecekleri belirtilmiştir[1743]. Bu anlamda somut olay açısında objektif gereklilikler yanında, etkinlik savunması da bağlama uygulaması için haklı bir gerekçe olarak değerlendirilebilir. Komisyon Tartışma Metni'ne göre, hakim durumda bulunan teşebbüsün, kötüye kullanma nitelikli dışlayıcı davranışı için

[1742] Yazara göre idari usule hakim olan re'sen harekete geçme ve araştırma ilkeleri nedeniyle, Rekabet Kurumu'nun hem konuyla ilgili bütün incelemeleri yapmasının hem de kararı verebilmesinin doğurabileceği sakıncalar, muhataplara verilen savunma hakkı ile bir anlamda dengelenmektedir. Bu şekilde savunma hakkı ile birlikte hakim durumdaki teşebbüs bir yandan savunmaya katılırken, diğer yandan da maddi gerçeği araştırmakla yükümlü olan Rekabet Kurulu'na yardımcı olacaktır. Bkz. Uzunallı, s. 96.

[1743] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 204.

objektif bir gerekçesi olduğunu veya söz konusu davranışın ortaya çıkaracağı etkinlik avantajlarının olumsuz etkilerine ağır basacağını göstermesi halinde, 82.maddenin (AEUV m. 102) yasaklarına tabi olmayacağı belirtilmektedir[1744].

Etkinlik savunması *(efficiency defence)* konusunda hakim durumdaki teşebbüsler, söz konusu davranışların etkinlik kazanımına neden olacağını ve bununla da rekabet açısından ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin fazlasıyla karşılanacağını, öyle ki sonuçta tüketici refahının da artacağını kanıtlamak zorundadır[1745]. Ayrıca bağlama uygulaması konusunda hakim durumdaki teşebbüs, bağlama ile üretim ve satış/sürüm açısından da etkinlik avantajlarının ortaya çıktığını öne sürebilir[1746]. Bütün bunların yanında hakim durumdaki teşebbüsler Tartışma Metni'nde yer alan dört koşulun birlikte gerçekleştiğini ispatlamak suretiyle, genel anlamda bir "ekonomik etkinlik" savunmasında bulunabilir. Fakat Tartışma Metni'nde açıkça yer verilmemekle birlikte, yakından incelendiği zaman bu dört koşulun AEUV m. 101/3 kapsamında "muafiyet" için gereken koşullar olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, hakim durumdaki teşebbüs "etkinlik savunması" için somut olay bağlamında; (i) davranışının güncel veya potansiyel bir etkinlik sağlayacağını, (ii) söz konusu faydanın sağlanması için bu davranışın kaçınılmaz olduğunu, (iii) ortaya çıkacak faydanın tüketici yararına olduğunu, (iv) davranışı sonucunda, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığını[1747], kanıtlamak zorundadır.

Görüldüğü üzere, Komisyon Tartışma Metni'nde etkinlik savunması başlığı altında yer verilen koşullar, AEUV m. 101/3'te muafiyet için aranan koşullar ile son derece benzerdirler. Dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüs, davranışının rekabeti sınırlayıcı etkileri olmadığını, aksine etkinlik avantajları sağladığını somut olayda bu dört koşulun birlikte gerçekleştiğini göstermek suretiyle ispatlayabilir. Bu şekilde aslında bir anlamda *"tüketici refahı"* nı esas alan etki temelli yaklaşımın, davranışın rekabet üzerindeki güncel veya olası etkileri üzerinde yoğunlaşması sayesinde, AEUV m. 102'de yer alan rekabet kurallarının katılığı ile tüketici refahı arasında bir denge sağlanarak, ekonomik açıdan daha yararlı sonuçlar elde edilmesi amacı ortaya çıkmaktadır.

Tartışma Metni ile ortaya çıkan bu yeni yaklaşım kapsamında, etkinlik savunması açısından ispat yükü teşebbüslerin üzerinde bırakılmıştır. Hakim

[1744] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 77.
[1745] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 84.
[1746] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 204.
[1747] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 84.

durumdaki teşebbüs, Komisyon veya diğer makamlar tarafından kötüye kullanma nitelikli davranışının varlığının tespit edilmesi halinde, bu savunmaların uygulanmasında gerekli şartların oluştuğu konusunda aranılan yasal ispat yükümlülüğünü üstlenmektedir. Eleştiriye açık olmakla birlikte bu yaklaşım tamamen yersiz de değildir. Çünkü bu yaklaşımın izleri daha öceden "Modernizasyon Tüzüğü" *("Kartellverfahrensverordnung")* olarak da tanımlanan 1/2003 sayılı Tüzük[1748] bağlamında AEUV m. 101 ve m. 102 de düzenlenen hususlara ilişkin ispat yükünün dağılımında ortaya çıkmıştır. Tüzük'ün "ispat yükü" *(Beweislast)* başlıklı ikinci maddesine göre, m. 81 (AEUV m.101) veya m. 82 (AEUV m.102) kapsamında bir ihlalin varlığını iddia eden taraf, bu idiasını ispatlamakla yükümlüdür. Ancak Tüzük'ün aynı maddesinde muafiyete ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın AEUV m.101/3'teki korumadan faydalandığını ve bu nedenle *"hukuka uygun olduğunu iddia eden tarafın"* ispat yükünü taşıyacağı düzenlenmiştir. Böylece AEUV m. 101/1 kapsamındaki ihlallerde ispat yükünün, iddia eden tarafta olduğuna dair yapılan düzenleme muafiyet değerlendirmesi sırasında ters yüz edilmiştir. Bu durum karşısında, AEUV m. 101/3 hükmünde yer alan bireysel muafiyet için gerekli koşulların varlığını ispat yükü de, muafiyetten yararlanmak isteyen teşebbüse aittir. Bu koşullar aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüsler için yapılacak etkinlik savunmasında da dikkate alınacağına göre, etkinlik savunmasından yararlanmak isteyen teşebbüsün kendi davranışı açısından bu koşulların varlığını ispatlaması da olağan karşılanmalıdır. Öte yandan, ispat yükü muafiyet iddiasında bulunan tarafın üzerinde olsa da, aksi yönde iddiayı öne süren ilgili otorite veya merci de aynı kuvvetteki delillerle iddiasını ortaya koyabilir. Başka bir anlatımla, Komisyon veya diğer otoriteler, muafiyet iddiasına karşılık, somut olayda böyle bir etkinin olmadığını daha güçlü kanıtlarla ortaya koyabilirler[1749].

Bu aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüslere, ilgili pazarda rekabetin devamlılığı açısından yüklenen "özel sorumluluğun" da bir gereği ve sonucudur. Çünkü hakim durumdaki teşebbüsler, kendi davranışlarının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin niteliği ve bu konuda bir etkinlik avantajı ortaya çıkıp çıkmayacağı hususunda daha özenli davranacaklardır. Bir diğer sorun ise her somut olay

[1748] Kommission, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, 16. 12. 2000, **ABl. EG L 1/1,** 4.1.2003.

[1749] Nitekim ABAD, GlaxoSmithKline'ın muafiyet iddiasını reddeden Komisyon kararını iptal ederken, benzer yönde bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'ye göre; *"…m. 81/3'e dayanan taraf, muafiyet koşullarının sağlandığını ikna edici iddia ve kanıtlarla göstermelidir. Komisyon ise bu kanıt ve iddiaların m. 81/3 koşullarını sağlayıp sağlamadığını yeterli bir şekilde inceleyerek belirtmelidir. Bu kanıt ve iddialara karşılık Komisyon tarafından yeterli açıklama ve haklı gerekçenin öne sürülemediği bazı özel olaylarda 81/3 iddiasında bulunan tarafın ispat yükü ortadan kalkar."* Bkz. Komisyon Kararı, Case T-168/01, *GlaxoSmithKline v. Commision,* Nr. 235.

bağlamında etkinlik savunması için gerekli koşulların olup olmadığının ispat yükünün Komisyon veya diğer otoritelere bırakılması, nihayetinde pazarda etkin ve yerinde müdahaleleri geciktireceği için yerinde değildir. Zaten böyle bir araştırma ve inceleme rekabet otoritelerinin idari ve mali kapasitesini her durumda aşan bir sonuç yaratacaktır. İspat yükünün Komisyon üzerinde kalması aynı zamanda Komisyona her sektör ve teşebbüsü yakından tanıma ve her olayda ayrıntılı değerlendirmeler yapma yükümlülüğü de getireceğinden, bu durum ilgili düzenlemenin etkin uygulanabilmesi hususunda çeşitli sorunlara yol açabilecektir[1750].

3. Kılavuzu'a Göre Etkinlik Savunması

AEUV m. 82 (yeni 102)'nin hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarına uygulanması hakkında Komisyon Kılavuzu'nda da etkinlik avantajları üzerinde durulmaktadır. Kılavuza göre, Bölüm III D'de yer alan koşullar yerine getirildiği oranda Komisyon hakim durumdaki teşebbüsün bağlama veya paket satış uygulamasını, tüketicilere de yansıyan maliyet tasarrufları açısından inceler. Komisyon ayrıca bu uygulamayı bağlama konusu ürünleri ayrı satın almak zorunda kalan alıcıların işlem maliyetlerini düşürüp düşürmediği ve bağlamanın satıcıların paketleme ve satış maliyetleri açısından önemli avantajlar sağlayıp sağlamadığını da inceleyecektir. Burada ayrıca pazarlama koşulları açısından iki farklı ürünün tek yeni bir ürün olarak satılmasının bunu kolaylaştıracağı ve nihayetinde bu durumun tüketicilere de avantaj sağlayıp sağlamadığı da değerlendirilebilir. Nihayetinde bu konuda gerekirse, bağlama veya paket satış uygulamasının satıcılara bağlanan ürünün büyük miktarda alınması yoluyla etkinlik avantajları elde edilmesini sağlayıp sağlamadığı da incelenebilir[1751].

Buna göre bağlama ve paket satış şeklindeki uygulamalar için hakim durumdaki teşebbüsler, Komisyon Kılavuzu Bölüm III D'de yer alan koşulların varlığını ispatladıkları oranda, Komisyon etkinlik savunmasını değerlendirebilecektir[1752]. Bu konuda, hakim durumdaki teşebbüsler öncelikle davranışlarının objektif gerekliliklerden kaynaklandığı veya bu şekilde ortaya çıkan etkinlik avantajlarının, rekabetin sınırlanması nedeniyle ortaya çıkabilecek olası

[1750] Bkz. Çağlar Deniz Ata, **Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 129, Ankara 2010, s. 42.
[1751] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62.
[1752] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62.

tüketici kayıplarını telafi edici olduğunu bu şekilde ispatlayabilirler[1753]. Fakat Kılavuzda yer alan etkinlik savunması ile ilgili koşullar, AEUV m. 101/3'te yer alan muafiyet konusundaki koşulları ile neredeyse aynıdır[1754]. Dolayısıyla Komisyon, hakim durumdaki teşebbüslerin, dışlayıcı veya engelleyici nitelikteki davranışlar için yapılacak etkinlik savunmasında, bir anlamda muafiyet için gerekli olan koşulların varlığını aramış olmaktadır.

Öte yandan AEUV m. 101/3'te muafiyet için gereken koşulların, etkinlik kazanımlarının değerlendirilmesinde dikkate alınan tüketici refahı testinin daha iyi bir versiyonundan farklı olmadığı da belirtilmiştir. Bu koşullar somut olayda etkinlik kazanımı açısından yapılacak bir değerlendirme açısından da hesaba katılabilir. Bununla birlikte etkinlik artışı ancak pazar yapısı aşırı biçimde bozulmadığı (yani rekabet tamamen ortadan kalkmadığı) ve aynı zamanda toplam refah yerine "tüketici fazlası"nda *(consumer surplus)* bir artış ortaya çıktığı zaman dikkate alınabilir[1755]. Tüketici fazlasında artış, aynı zamanda etkinliğin tüketicilere de yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, ABAD'ın AEUV m. 102'nin AEUV m. 101 "fıkra 3" gibi bir düzenleme içermediği şeklindeki yorumundan da hareketle, etkinlik savunmasının, rekabetin ortadan kaldırılması için hiçbir şekilde haklı bir gerekçe olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada sorun, hakim durum nedeniyle rekabetin zaten zayıflamış olduğu bir ortamda, var olan etkinlik gerekçeleri nedeniyle bu zayıflamanın artarak devam etmesi karşısında, hakim durumun kötüye kullanılması durumunda uygulama alanı bulan AEUV m. 102'nin bu kapsamda nasıl uygulanacağıdır. Komisyon Tartışma Metni ile %75 pazar payı ve fiili rekabetin yokluğu temelinde bir sınır belirledi. Bu pazar payı oranı üzerinde ve gerçek veya fiili bir rakibin yokluğu durumunda bir tekel durumu sözkonusu olup, böyle bir teşebbüsün davranışları açısından da etkinlik kazanımı haklı bir gerekçe olarak değerlendirilmeyecektir[1756].

Ancak Kılavuz'a göre hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları, fiili veya potansiyel rekabetin varolan kaynaklarının tükenmesine yol açacak şekilde, etkin rekabetin ortadan kalkması ile sonuçlanmamalıdır. Teşebbüsler arasındaki rekabet iktisadi rekabet açısından çok önemli olup, bu durum yenilikler açısından dinamik etkinlik avantajları için de geçerlidir. Dolayısıyla etkin rekabet olmaksızın,

[1753] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 28.
[1754] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 29.
[1755] Riziotis, s. 241.
[1756] Bkz. Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 92; Bu yaklaşımın söz konusu olduğu kararlar için bkz. EuGH, 13.2.1979, *Hoffmann - La Roche / Kommission,* Slg. Slg. 1979, s. 461, Nr. 38-39; Komisyon Kararı, Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969, Nr. 186.

hakim durumdaki teşebbüsler etkinlik avantajları ve bunların yayılması konusunda yeterli bir istek taşımayacaklardır. "Rekabet fazlası" *(Restwettbewerb)* olmaması ve öngörülebilir bir zaman diliminde pazara giriş yönünde olası bir tehdit yoksa bu durumda rekabet ve rekabet sürecinin korunması, olası etkinlik avantajları karşısında önceliklidir. Komisyona göre normal şartlarda, hakim durum veya tekel benzeri bir pazar konumunu koruyan, sağlayan veya güçlendiren dışlayıcı davranışlar, bunlara eşlik eden etkinlik avantajları nedeniyle haklı olarak değerlendirilemez[1757].

Tartışma Metni'nin yayınlanmasınadan kısa bir süre sonra, *British Airways* Kararı'nda ABAD, bu konuda doğrudan herhangi bir sınırlamaya gitmeksizin, Tartışma Metni kapsamında ortaya çıkan etkinlik savunmasını açıkça kabul etti. Bu hususta belirleyici olan, rekabet karşıtı ve dışlayıcı etkileri olan bir davranışın, etkinlik kazanımları nedeniyle dengelenip dengelenemediği ve hatta tüketicilere de yansıyan olumlu etkilerin de bu durumu aşıp aşmadığıdır. Böylece bu şekilde avantajların, dışlayıcı etkiler ile davranışlar arasında bir ilişki bulunması gereği ve bu avantajları elde etmek için gerekli olan rekabeti sınırlayıcı etkilerin bunları aşmadığının somut olayda varlığı kabul edilebilir[1758]. Bu karar ABAD'ın, AEUV m.102 kapsamında bir davranışın rekabet üzerindeki etkileri konusunda yaptığı bir değerlendirme açısından, rekabet düzeninin devamından ziyade, tüketici merkezli bir yaklaşımın benimsendiği yönünde bir eğilimin izlerinin olduğu bir karar olarak da tanımlanmaktadır[1759]. Mahkemenin bu yaklaşımı, ABA m. 101/3 kriterlerinin de bu konuda kullanıldığını veya bu kriterlerin de dikkate alınabileceğini açıkça göstermektedir.

4. Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı

Bankaların üye iş yerlerini kredi kartlarının yanı sıra banka kartlarını da kullanmaya zorlamasına (Tüm Kartları Kabul- TKK Kuralı) ilişkin uygulamalar nedeniyle Rekabet Kurumu'nun yaptığı Sektör Araştırması[1760]'nda, bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi konusunda daha önceki kararlarda üzerinde durulan kriterler yanında, tüketicilerin bu uygulamadan zarar görmesi ve

[1757] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 29.
[1758] EuGH, 15. 3. 2007, Rechtssache C-95/04, *British Airways / Kommission,* Slg. 2007, I-2331, Nr. 86.
[1759] Bkz. Riziotis, s. 242.
[1760] Rekabet Kurumu, 25.11.2009 tarihli, "Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27.maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması." (Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması).

uygulamanın yarattığı etkinliğin, ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması gerektiği şeklinde yeni bir kriter de ortaya çıkmıştır[1761]. Bu yeni kriter bağlama uygulamaları açısından etkinlik kazanımının Rekabet Kurulu tarafından da göz önünde bulundurulduğunu göstermektedir.

Benzer şekilde Dağan Dağıtım A.Ş olayında da böyle bir yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. Bu olayda, gazete ve dergi dağıtımı pazarında, 2002/2 sayılı Tebliğ açısından öngörülen %40 pazar payı eşiğini geçmesi nedeniyle, Doğan Dağıtım A.Ş'nin bayileri ile akdettiği dağıtım anlaşmasına bireysel muafiyet tanınmıştır[1762]. Daha sonra, anlaşmanın uygulanması sırasında, bayileri aracılığıyla gazete ve dergi gibi medya ürünleri yanında, medya dışı ürünlerin de satılması suretiyle bağlama uygulamalarına başvurulduğu isddiasıyla, Doğan Dağıtım A.Ş hakkında soruşturma açılmıştır. Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, Dağan Dağıtım A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı olarak, medya ürünlerinin satışını medya dışı ürünlerin de satın alınmasına bağlama anlamına gelebilecek her türlü eylemine son vermesine karar verilmiştir[1763]. Muafiyet kararı, düopol bir yapının sözkonusu olduğu gazete ve dergi gibi medya ürünleri pazarı ile ilgilidir. Doğan Dağıtım A.Ş aynı zamanda pazar payı ile birinci, dolayısıyla ilgili pazarda aynı zamanda hakim durumdadır. Teşebbüsün pazar payı grup muafiyeti için gerekli olan %40 eşiğini aşmasına rağmen, ilgili anlaşmanın RKHK m.5'te yer alan koşulların tümünü taşıması nedeniyle bireysel muafiyet tanındığı belirtilmiştir[1764]. Kurul'un değerlendirmesine göre, dağıtım anlaşmasında bağlama uygulaması yönünde herhangi bir zorlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen Kurul, bağlama uygulamasının varlığının, verilmiş olan muafiyet kararında bir değişikliğe yol açma olasılığını belirtmiştir. Doğan Dağıtım ile başbayileri arasında imzalanan ve muafiyete konu dağıtım anlaşmasında, bağlayan ürün olan gazete ve dergi için rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Doğan Dağıtım'ın bağlayan ürün pazarında gerek satış adedi ve gerekse ciro açısından %40 pazar payını aştığı kanaatine ulaşılmıştır. Kurul'a göre "%40'ın üzerinde pazar payına sahip bir teşebbüsün bağlama uygulaması içeren sözleşmesine muafiyet tanınmasının olası olmadığı ve bağlamanın rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte yer aldığı sözleşmeler için muafiyet tanınması olasılığının daha da az olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bahse konu sözleşmenin bağlama uygulaması içermesi

[1761] Rekabet Kurumu, Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması, 25.11.2009, s. 50-52.
[1762] Rekabet Kurulu, 16. 10. 2008 tarih ve 08-58/924-371 sayılı Muafiyet Kararı.
[1763] Rekabet Kurulu, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar.
[1764] Rekabet Kurulu, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar, s. 4.

durumunda, muafiyetten yararlanamama olasılığı artacaktır"[1765]. Sonuç olarak dikey anlaşmalara ilişkin tebliğde öngörülen pazar payı eşiğini aşmasına rağmen ilgili anlaşmaya bireysel muafiyet tanınması, Kurul'un da bu konuda bir etkinlik analizi yaptığını göstermektedir.

Benzer şekilde Rekabet Kurulu tarafından yakın zamanda verilen bir kararda, Logo Yazılım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait yazılımlara sağlanacak bakım ve güncelleme hizmetlerinin lisans+bakım ve güncelleme şeklinde birlikte satılması uygulamasına menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebini, rekabeti sınırlayıcı etki taşımaması nedeniyle kabul etmiştir[1766]. Sözleşmeye göre, lisans ile bakım ve güncelleme hizmetlerinin birlikte sunulması yoluyla kullanıcılar, LEM'in geçerlilik süresi boyunca; yazılımın çıkacak sürümlerinin, ek özellik paketlerinin ve mevzuatta yapılan tüm yasal değişiklikleri içeren sürümlerin kullanma lisansını elde etmiş olacaklardır[1767].

FSEK'in 21.maddesine göre yalnızca eser sahibine tanınan işleme hakkı, bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı olup, bu kapsamda işleme, eserin mevcut hali üzerinde yapılacak olan değişiklikleri, geliştirmeleri ve yenilikleri kapsamaktadır. Buna göre, 4110 sayılı Kanun kapsamında eser kabul edilen yazılımlar üzerinde yapılacak benzer işlemler de "işleme" olarak kabul edilecek ve işleme yapma hakkı eser sahibine ait olacaktır[1768]. Kurul'a göre, bu çerçevede, bir yazılım üzerinde işleme niteliğinde ortaya çıkacak bakım ve güncelleme hizmetleri kapsamındaki geliştirmelerin eser sahibi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

[1765] Kurul'a göre, *"(…) Doğan Dağıtım ile başbayileri (ve başbayilerin de son satış noktalarıyla) arasındaki ilişki kapsamında ortaya çıkacak/çıkmış olan bağlama anlamına gelebilecek uygulamaların, Doğan Dağıtım'ın Pazar gücü de dikkate alındığında, pazarda yaratacağı/yarattığı anti-rekabetçi etkiler sebebiyle, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bireysel muafiyet kararını geri alması sonucunu doğurabileceği kanaatine varılmıştır."* Bkz. Rekabet Kurulu, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar, s. 6.

[1766] Söz konusu işlemde taraflar, lisans ve hizmet sağlayıcısı Logo ile bu lisans ve bağlı hizmetleri satın alan kullanıcılar olarak belirtilmiştir. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/497-154 sayılı Karar.

[1767] Buna göre, yazılımların kullanma lisans hakkını satın alacak kullanıcılar, tercih etmeleri halinde lisans hakkıyla birlikte, kullanma lisansına sahip oldukları yazılıma, lisans güncelleme, güncel yasal mevzuata tam uyum ve yeni geliştirilen tüm standart özelliklerin sağlanması imkanını sağlayan "Logo Enterprise Membership-LEM" hizmet paketini de birlikte satın alacaklardır. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/497-154 sayılı Karar, Nr. 170.

[1768] Rekabet Kurulu'nun değerlendirmesine göre, bu anlamda yazılımlar pazara sürüldükleri andan itibaren talepler, ihtiyaçlar ve rekabet nedeniyle sürekli geliştirilmek zorundadır. Dolayısıyla yazılımlar, tamamlanmış bir ürün olarak görülmezler ve klasik mal rejimine değil telif hukuku kurallarına tabi olurlar. Gayri maddi mal niteliğindeki yazılımların kullanım ömürleri boyunca bakıma ihtiyaç duymalar oldukça doğaldır. Aynı zamanda, yazılımların standart fonksiyonlarının devamlılığı için bakımdan ziyade gelişen teknolojiye, ticari hayata ve mevzuata uyumu için güncellenmesi, ek özellikler kazandırılması ya da zorunlu bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Yazılımın amacına ulaşabilmesi ve en yüksek verimin sağlanabilmesi için satış sonrası hizmetlerden yararlanılması kullanıcılar açısından şart ya da lisans satışının ön koşulu olmasa da kimi durumlarda teknik bir zorunluluk da olabilmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/497-154 sayılı Karar, Nr. 190-200.

Başka teşebbüsler tarafından gerçekleştirilecek işlemeler FSEK'in 21.maddesinin ihlali anlamına gelecek ve yaptırımla karşılaşacaktır.

Fakat Rekabet Kurulu'nun bu değerlendirmesine ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Her ne kadar FSEK m. 21 düzenlemesi "işleme" hakkından yararlanmanın münhasır eser sahibine ait olduğunu belirtmiş olsa da, bu hakkın kapsamı önem kazanmaktadır. FSEK m. 6/2 düzenlemesine göre, "bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması" işlenmedir[1769]. Dolayısıyla işlemenin FSEK anlamında eser sayılabilmesi için eserlerde olduğu gibi sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Öğretide de Tekinalp'in belirttiği gibi işlenme için geçerli olan şart, işleyenin hususiyetini (FSEK m. 1/B a) taşıyan, esas eseri içeren bir eserin oluşturulmasıdır, yoksa küçük değişiklikler ve uyarlamalar işlenme sayılmaz[1770]. Aynı zamanda FSEK m. 38 ve "hakkın tükenmesi ilkesi" gereğince satın alan istediği teşebbüsten bakım ve tamir hizmetlerini alabilir.

Somut olayda görüşlerine başvurulan diğer yazılım şirketlerinin açıklamalarına bakılırsa, bu pazarda ürün (yazılım) lisansı ve sunulacak bakım "bakım ve güncelleme hizmeti"nin ağırlıklı olarak ayrı verildiği ortaya çıkmaktadır. Bakım ve onarım hizmeti kimi zaman ürün lisansının alınması sonrasında belirli bir süre sağlanırken, bir süre sonra belli bir ücret karşılığı sağlanmaktadır. Sağlayıcılar genellikle yazılımlara güncelleme ve bakım onarım hizmeti sunmakla birlikte, ticari ve hukuki koşullar değişmediği sürece herhangi bir sorunla karşılaşılmayabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla bu durumda aslında ilgili pazarda son kullanıcıların yazılımları bakım ve güncelleştirme hizmeti almadan da kullanmaları mümkün olup, yazılım lisansı ve bakım-onarım hizmetinin birlikte satılması ne anlaşmanın niteliği ne de ticari bir uygulama gereğidir. O halde burada iki farklı ürünün varlığı ve bu anlamda bir bağlama uygulaması sözkonusudur.

Öte yandan bu tarz bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki önemli etkilerinden birisi de koruyucu hak üzerindeki etkinin, alt ya da komşu pazara da yayılması sorunudur. Oysa asıl ürün pazarındaki hak, alt pazara da genişletilmek suretiyle rekabeti sınırlayıp, pazarın açıklığı ilkesini engellememlidir[1771]. Bu durum

---

[1769] Öğretide Kılıçoğlu'na göre FSEK m. 6'da sayılan yaratımların hepsi işlenme değildir. Zira işlenme, eserin aslının başka bir şekle dönüştürülmesidir. Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Ankara, 2006, s. 136.

[1770] Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 140, Nr. 17.

[1771] Kurul'un değerlendirmesine göre, "bakım ve güncelleme kapsamındaki hüzmetler, her yazılıma verilebilecek arıza-sorun gidermeye yönelik yerinde/online/tele destek ve koruyucu bakım hizmetlerinden ibaret değildir. Bu tür hizmetlerin her teşebbüs tarafından verilmesi mümkündür. LEM kapsamındaki hizmetler, doğrudan yazılım üzerinde işlem yapılmasını, yazılıma doğrudan müdahale edilmesini de içermektedir. Logo tarafından lisansı verilen yazılım üzerinde geliştirme, iyileştirme ve yerine göre özelleştirme faaliyetleri alışılagelmiş bakım ve destek hizmetlerinden ayrılmaktadır" derken,

yenilikleri ve bu anlamda rekabeti sınırlayacağından, sonuçta pazarın gelişimi de bundan olumsuz etkilenecektir. Dolayısıyla yazılım açısından geçerli olan maddi olmayan haklar kapsamındaki koruyucu etkinin, yazılımın güncellenmesi ve diğer değişiklikler için de geçerli olması durumunda, bu korumanın en azından belli bir süre ile sınırlanması gerekir. Bu süreden sonra yazılımı üreten teşebbüs dışındaki üçüncü tarafların da gerekli güncelleme ve bakım hizmetlerini sunabilmelerinin önü açılmalıdır. Aksi takdirde benzer ürünleri üreten bütün yazılımcıların bu tarz bir bağlama uygulamasına gittiği durumlarda, paralel ağların yaygınlığının bir sonucu olarak, bağımsız servis ve bakım hizmeti ile uğraşan teşebbüsler için pazara giriş engelleri sorunu ortaya çıkacaktır[1772]. Bu durumda alıcılar ürünü satan teşebbüse bağımlı hale geleceğinden, rekabetin sınırlanması ve bu anlamda tüketici refahında da bir azalma ortaya çıkabilir. Bu konuda etkinlik savunması ile birlikte, pazarın açıklığı ilkesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü pazarın açıklığı, aynı zamanda etkin rekabet açısından da önem taşıdığından, bu dolaylı yoldan etkinlik kazanımı ile tüketici refahında veya artığında da artış anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte hem Komisyon ve hem de AB Mahkemeleri ile karşılaştırıldığı zaman, Rekabet Kurul'unun etkinlik savunması ve analizi konusunda daha kapsayıcı değerlendirmeler yapması yerinde olacaktır. Özellikle hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları açısından etkinlik savunmasının niteliği ve bu konuda yapılacak analizlerde uygulamaya yol gösterebilmesi açısından, Komisyon Kılavuzu'na benzer bir çalışmanın yapılması faydalı olabilir. Benzer şekilde etkinlik savunması açısından tüketici artığı'nın mı esas alınacağı, yoksa bunun yapında pazarın açıklığının da hesaba katılacağı konusunda daha derinlemesine analizlerin yer aldığı çalışmalar önem kazanmaktadır.

Sonuç olarak bağlama uygulaması etkinlik kazanımı bakış açısı altında, ilgili ürün açısından objektif haklı bir gerekçe olabilir. Çünkü bağlama uygulamaları aynı zamanda büyük işletme avantajları ve ölçek ekonomileri yoluyla ürünlerin üretim, pazarlama ve satış maliyetlerini azaltmada sinerji etkisi de yaratabilirler[1773]. Örneğin çok sayıda ürün üreten makineler kullanılmak suretiyle üretim tesisinin boyutları küçültülebilir. Ürünlerin birlikte üretilip pazarlanması bazı durumlarda onların

---

bu duurmda Logo'nun eser üzerinde yapacağı bakım ve güncelleme hizmetlerinin de FSEK çerçevesinde eser sahibine tanınan münhasır hak olduğunu belirtmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/497-154 sayılı Karar, Nr. 230.

[1772] Bu anlamda rekabet hukuku bakımından yapılan değerlendirmede servis hizmeti pazarının da dikkate alınması gerekir. Kapsamlı bir işleme yasağı, yazılım uyarlamada uzman olan işletmeleri pazar dışına itebilir. Bu nedenle sözleşme ile kararlaştırılan işleme yasaklarının kötüye kullanma şeklinde kullanılmamasına dikkate edilmelidir. Bkz. Eroğlu, s. 172.

[1773] Komisyon, Tartışma Belgesi, Nr. 178.

nakliyesi açısından da önemli maliyet avantajları sağlar. Bu durum, alıcılar açısından işlem maliyetlerinde meydana gelen düşüş nedeniyle yararlı sonuçlar doğurabilir. Bu şekilde üretim maliyetlerinde de tasarruf sağlanabilir[1774]. Çünkü ayrı paketlenecek çok sayıda ürün yerine, birlikte paketlenmiş ürünlerin nakliyesi daha ekonomik olabilir[1775].

İşletmesel etkinliklerin yanında, bağlama uygulamaları müşteriler açısından işlem maliyetlerinin düşmesi yoluyla maliyet avantajları da sağlar. Aynı zamanda alıcıların uygun bir ürün bileşimi bulmak için harcadığı araştırma faaliyet maliyetleri, bu ürün bileşiminin bağlama uygulaması ile doğrudan sunulması ile ortadan kalkmış olur. Bu durum özellikle bağlı bir şekilde satılan ve birlikte kullanılması gereken tamamlayıcı ürünler açısından daha belirgindir[1776].

VIII. TİCARİ TEAMÜL VEYA OBJEKTİF GEREKLİLİKLERE RAĞMEN BAĞLAMA UYGULAMASININ YASAKLANMASI

Bağlama uygulaması açısından anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak bir ürün veya hizmet ile bir diğer bir ürün veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması nedeniyle rekabetin sınırlanması yasaktır. Ancak bir ürün veya hizmet ile birlikte diğer bir ürün veya hizmetin satın alınmasının anlaşmanın niteliğine uygun veya ticari teamül gereği olması durumunda eğer rekabet hukukuna bir aykırılık da söz konusu değilse, bu durumda ilgili davranışın rekabet kurallarına aykırılığı söz konusu olmayacaktır. Fakat bu konuda sorunlu olan durum, somut olayda haklı nedenlerin varlığına rağmen, rekabet karşıtı etkilerin de olması durumunda nasıl bir değerlendirme yapılacağıdur.

Bu konuda öncelikle üzerinde durulması gereken husus, iki ürünün veya ürün ile hizmetin objektif nedenler ve/veya ticari teamül gereği birbiriyle bağlılığının nasıl ve ne oranda belirleneceğidir. Bu konuda ABAD'ın hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla ortaya çıkan bağlama uygulamaları ile ilgili kararlarına bakıldığı zaman, Mahkemenin çoğu zaman, sadece ürünler objektif nedenler ve/veya ticari teamül gereği birbiriyle bağlı olduğu için bağlama uygulamasının doğrudan *(a priori)* yasal olduğunu açıkça kabul etmediğidir. Çoğu zaman bu tarz bağlama uygulamaları dahi, ticari uygulama/teamül veya ürünler arasında maddi bağlantıya rağmen, AEUV m. 102 açısından kötüye kullanma nitelikli bir davranış olarak

[1774] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62.
[1775] Burkert, s. 75.
[1776] Fischer, s. 106.

değerlendirilmiştir. Mahkeme bu durumu *Tetra Pak II* olayında da açıkça belirtti ve bu durumun tek istisnasının bağlama uygulamasının objektif haklı nedenlerden kaynaklanması olduğunu belirtti[1777].

Dolayısıyla bu konuda AEUV m. 101/1(a-e) bentleri gibi AEUV m. 102/2(a-d) bentlerinde yer alan rekabeti sınırlayıcı durumlarla ilgili örnekseyici düzenlemelerin esasen kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşımadıkları şeklinde bir sonuca ulaşılabilir. Bu konuda çoğu zaman ilgili düzenlemelerin temel amacına, bir başka ifadeyle rekabet hukukunun genel amacı olarak iktisadi etkinlik yoluyla pazardaki rekabeti korumak[1778] ve bu şekilde tüketici refahında artış sağlama amacına dayanmak mümkündür. En azından buna engel bir durum yoktur. Buradan hareketle olaya bakıldığı zaman, bağlama uygulamaları açısından iki ürün arasında ticari teamül veya objektif nedenlerle bağlantı olsa dahi, AEUV m. 102/1 de yer alan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının genel amacından hareketle, bu uygulamaları rekabete aykırı değerlendirme olanağı her zaman mevcuttur[1779].

Ayrıca bağlama uygulamaları konusunda haklı gerekçeler olarak belirtilen objektif nedenler ve ticari teamül arasında bir ayrım da yapmak gerekir. ABAD'ın kararlarına bakıldığı zaman, bağlama uygulamasını hukuka uygun kabul etmek için "ticari teamül" kavramı tek başına yeterli değildir. Çoğu zaman normatif nedenlerden dolayı, ikinci bir adım olarak somut olay bağlamında ortaya çıkan ticari teamülün gerçekten de hükme esas teşkil edecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesi de gerekmektedir. Nihayetinde bu yaklaşım ABAD'ın da savunduğu, objektif haklı nedenler dışında, ticari teamülün varlığına rağmen bir bağlama uygulamasının AEUV m. 102 ye aykırı olabileceği şeklindeki yaklaşımdan çok da farklı değildir[1780].

Komisyon Tartışma Metni'nde bağlama şeklindeki davranışların yasaklanabilmesi için gereken koşullar; teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması, bağlayan ve bağlanan ürünün farklı ürünler olması, bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin söz konusu olması ve objektif veya etkinlik açısından haklı bir davranış olmaması[1781] şeklinde belirtilmiştir. Komisyon Kılavuzu'nda hakim durumdaki teşebbüsün, Bölüm III D'de yer alan koşulları varlığını ispatladığı oranda, Komisyonun bağlama veya paket satış uygulamasını etkinlik avantajları açısından eğerlendireceği belirtilmiştir[1782]. Bu durumda, hem Tartışma Metni ve hem de

[1777] EuGH, 14. 111. 1996, Slg. 1996, I-5951, 6010, Nr. 37 *"Tetra Pak II".*
[1778] Güven, s. 181.
[1779] Fischer, s. 111.
[1780] Fischer, s. 111.
[1781] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 183.
[1782] Komisyon, ABA m. 82 Hakkında Kılavuz, Nr. 62.

Komisyon Kılavuzu'nda ortaya çıkan yaklaşım, bağlama uygulaması konusunda haklı nedenler olarak objektif gereklilikler ve özellikle de etkinlik savunmasının belirleyici olacağıdır.

Dolayısıyla ürünler arasında maddi bağlantı bulunduğu ölçüde bu durumun bağlama uygulaması açısından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu hususu, ABAD'ın kararlarından da görüldüğü kadarıyla pek söz konusu değildir. Objektif haklı gerekçeler açısından yapılacak bir değerlendirmede, çatışan çıkarlar arasında bir dengeye ulaşmak açısından, sıkı bir normatif değerlendirme söz konusudur. O halde böyle bir yaklaşım benimsendiği zaman, ABAD'ın benimsediği şekilde sonraki aşamada objektif haklı gerekçelerin varlığı açısından yapılacak bir değerlendirmenin ise bu durumla pek bağdaşmadığı, en basitinden yersiz kaldığı söylenebilir. Fakat AB Mahkemelerinin bu konudaki katı yaklaşımları çok da şaşırtıcı değildir. Çünkü Tartışma Metni'nde de hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları açısından bir yandan "objektif zorunluluk savunması" *(objektive necessity defence)* yapabilecekleri belirtilirken, diğer yandan ise Topluluk Mahkemelerinin *(Community Courts)* bu durumu dar yorumlayacakları da vurgulanmıştır[1783].

Öte yandan bu tarz bir davranış, başka bir bakış açısı altında bağlama uygulaması olarak rekabeti sınırlayıcı olabilir ve bir veya daha fazla örnek düzenlemeye veya AEUV m. 101/1 ve m. 102/1'nin genel amacına da aykırı olabilir. Böyle bir ihtimal açısından herhangi bir şüphe de bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, ürünler arasında maddi bir bağlantının varlığı bağlama uygulamasının haklılığını sağlasa dahi, bu durum AEUV m. 101/1 ve AEUV m. 102'de yer alan ve rekabete aykırı davranışlar için getirilen genel ilkeler açısından, ortaya çıkan başka bir rekabet sınırlamasını da hukuka uygun hale getirmeyecektir[1784]. Aksi takdirde, rekabeti sınırlayıcı etkileri olan, ancak teşebbüsler açısından karlı bir uygulama olması nedeniyle ticari teamül haline gelmiş bazı anlaşmaların yasaklanmaması gibi bir sonuç doğacaktır ki, bu durum aynı zamanda RKHK'nin amacıyla da çelişebilecektir[1785].

[1783] Komisyon, Tartışma Metni, Nr. 80.
[1784] Fischer, s. 112.
[1785] Ünlüsoy, s. 38.

SONUÇ

Rekabet hukukunda bağlama uygulaması kavramı genellikle, alıcının bir ürünün satışını bu ürün ile birlikte bir diğer farklı ürün veya hizmetin de alınması koşuluna bağladığı davranışlar için kullanılmaktadır. Ancak günlük ticari yaşamda bağlama uygulaması kavramı ile tanımlanan davranışlar bu kadar yalın değildir. Bununla birlikte, çalışmamızda daha akıcı ve anlaşılır değerlendirmeler açısından, bağlama uygulaması kavramı bu en yalın haliyle kullanıldı. Bağlama uygulaması bir mal ile birlikte bir diğer mal veya hizmetin de alınması veya tersi durumlar için de geçerlidir. Ancak biz "mal" veya "hizmet" kavramı yerine daha kapsayıcı bir üst kavram düşüncesiyle "ürün" kavramını tercih ediyoruz. Öte yandan bağlama uygulaması, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar söz konusu olduğu zaman "bağlama anlaşması", keza dikey anlaşmalar açısından "dikey sınırlama olarak *bağlama*", hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları söz konusu olduğunda ise "bağlama uygulaması" olarak da kullanılmakla birlikte, çalışmamızda daha yaygın ve her üç olasılığı da kapsayacak şekilde "bağlama uygulaması" kavramı tercih edilmiştir. Bağlama uygulaması denilince akla gelen bir diğer kavram ise birçok ürünün (en azından ikiden fazla) birlikte satışa sunulduğu paket satışlardır. Ancak bu kavramsal düzeyde bir ayrım olup, uygulamada "bağlama" veya "paket satış" şeklindeki davranışlar aynı yaptırımlara tabidir.

Bağlama uygulaması kavramı açısından asıl belirleyici olan, alıcının satıcıdan iki veya daha fazla ürünü birlikte almak zorunda kalmasıdır. Bu konuda alıcıların alışveriş kararlarıyla irade özerklikleri arasındaki ilişki, bağlama uygulamasının varlığı konusunda önemli bir göstergedir. Alıcının satıcıdan iki farklı ürünü birlikte almak yönünde serbest iradesinin varlığı durumunda, esasen bir bağlama uygulamasından da söz edilemez. Bununla birlikte, satıcının ekonomik veya hukuksal etkenlerle, alıcıyı bir ürün ile birlikte farklı bir diğer ürün veya hizmeti de almak konusunda etkilediği veya zorladığı durumlarda bir bağlama uygulaması söz konusudur. Satıcı sözleşmesel koşullar veya sahip olduğu pazar gücü ile alıcının iradesi üzerinde yönlendirici veya zorlayıcı bir etki de bulunarak, onun bağlama şeklindeki sunumu kabul etmesini sağlamaktadır. Bu durumda satıcının sahip olduğu pazar gücü, alıcı açısından sunumu kabul etmek yönünde sözleşmesel bir yükümlülük gibi etki gösterdiğinden, rekabete aykırı bir bağlama uygulaması bulunmaktadır. Aksi durumda, hakim durum veya esaslı bir pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün, kendi pazar stratejisi doğrultusunda ürünlerini birlikte

satması, ticari faaliyet özgürlüğü kapsamında olağan bir davranış olup, kural olarak, burada rekabeti sınırlayıcı bir davranıştan da söz edilemez.

Teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten farklı ekonomik nedenler bulunmaktadır. Satıcı farklı alıcı gruplarına yönelik geliştireceği bir fiyat farklılaştırması politikası ile ürünlerini bağlı satmak suretiyle sürümünü artırabilir. Satıcı fiyat farklılaştırması ile ortaya çıkan fiyat konusunda, tüketici algısını yönlendirmek için bağlama uygulamasından yararlanabilir. Bu şekilde az talep gören ürünleri çok talep görenler veya düşük kalitedeki ürünleri daha kaliteli ürünler ile birlikte satarak, satışlarını artırmış olur. Satıcı ürünün kullanım veya yararlanma yoğunluğunu tespit edebilmek için de bağlama uygulamasının ölçümleme *(metering)* işlevinden yararlanabilir. Bu sonuca ulaşmak için özellikle asıl ürün ile birlikte kullanılan tamamlayıcı nitelikteki sarf-kullanım malzemesi veya yedek parça gibi ürünlerin birlikte satışı yoluna gidebilir. Satıcı, alıcının kullanım yoğunluğuna göre ürünü için en uygun satış veya kira bedelini belirleyebilir.

Teşebbüsleri bağlama uygulamalarına yönelten diğer ekonomik nedenler ise, aynı zamanda alıcılar açısından da çeşitli avantajlar sağlayan durumlardır. Örneğin pazara yeni giren bir teşebbüsün olası giriş riskleri, bağlama uygulaması ile dolaylı yoldan paylaşılabilir. Aynı şekilde bir üretim makinesinde kullanılacak hammaddenin de alıcıdan alınması koşulu getiren bir bağlama uygulaması ile alıcı hammadde tedarikinde çeşitli avantajlar elde edebilir. Ürünlerin birlikte üretilip satılması işlem maliyetleri, paketleme ve nakliyat masrafları gibi diğer maliyetlerde de düşme ve dolayısıyla alıcılara da yansıyabilen çeşitli etkinlik avantajları sağlayabilir. Birlikte üretim veya satış aynı zamanda ürün kalitesinde de iyileşmeler sağlayabilir. Fakat bütün bu olumlu etkilerine rağmen, rekabet hukuku uygulamasında ağırlıklı olan görüş bağlama uygulamalarının rekabete olumsuz etkileri olan davranışlar olduğudur.

Bağlama uygulaması açısından belirleyici olan, bağlayan ve bağlanan ürün olarak da tanımlanan iki farklı ürünün birlikte satılmasının, anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği olmamasıdır. Dolayısıyla somut bir olayda bağlama uygulamasının varlığı açısından öncelikle iki farklı ürünün tespiti gerekmektedir. İki farklı ürünün varlığı bazı durumlarda çok yalın olup, ilk bakışta kolayca tespit edilebilir. Bununla birlikte, uygulamada birçok somut olayda da ortaya çıktığı gibi, bu durum çoğu zaman kolayca belirlenemeyecek kadar karmaşıktır. Bu konuda asıl belirleyici olan alıcı veya tüketicinin talebidir. Alıcı bağlayan ve bağlanan ürünü pazarda farklı tedarik kaynaklarından edinebiliyor veya bağlanan ürüne yönelik ayrı

bir tüketici talebi bulunuyorsa, ortada iki farklı ürün bulunmaktadır. Benzer şekilde, bağlayan ürünün daha önceleri ilgili ürün pazarında alışılmış bir şekilde tek başına satın alınabildiği durumlarda da iki farklı ürünün varlığı kabul edilmektedir.

Uygulamada iki farklı ürünün belirlenebilmesi konusunda bazı yöntemler de geliştirilmiştir. Örneğin münferit parçaların ayrılabilirliğine göre yapılan tanımlamaya göre, somut olayda ek ürün asıl üründen yeterli düzeyde ayrılabilir nitelikte ise iki farklı ürün ve bu anlamda bir bağlama uygulamasından söz edilebilir. Ancak bir makine veya araç gibi daha kompleks ve teknik ürünlerle ilgili bağlama uygulamaları konusunda bu ayrımı yapmak haliyle zordur. Özellikle teknolojik bağlama uygulamaları açısından bu tarz bir belirleme yapmak daha da zordur. Dolayısıyla anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği ürünlerin birlikte satılması konusunda yeterli bilgi bulunmadığı zaman, "yeni ürün" ün bağlanan ürün olup olmadığı sorusunun cevabı konusunda, münferit parçaların ayrılabilirliğine göre yapılan tanımlama yetersiz kalmaktadır. Bu tür olaylarda, her şeyden önce, bağlama uygulaması için haklı nedenlerin varlığından ziyade, öncelikle bağlama uygulamasının pazar üzerindeki etkileri ve daha sonra da bununla bağlantılı olarak rekabete olan etkilerinin üzerinde durulması daha yerinde bir çözüm olabilir.

Çoğu zaman iki ürünün varlığı konusunda pazar eksenli sıkı bir değerlendirme de yapılabilir. Bu nedenle de ilgili ürün pazarlarının farklı olduğu durumlarda, ek bir üründen ziyade, kendine özgü, bağımsız bir ürün söz konusudur. İlgili ürün bileşenlerinden sadece birisini satan satıcıların varlığı, aynı zamanda ayrı pazarların ve bu anlamda farklı ürünlerin varlığının da bir göstergesidir. Bu anlamda iki farklı ürünün varlığı konusunda somut ve belirgin kanıt, bu ürün bileşenlerinden birisine yönelik ayrı bir tüketici talebinin varlığıdır.

Ayrı tüketici talebi testi ile yapılan değerlendirme açısından belirleyici olan, iki ürünün bağlanması karşısında tüketicinin bunu iki farklı ürün olarak algılayıp algılayamadığı ve bağlama uygulamasına rağmen, pazarda hala bağlanan ürüne yönelik yeterli bir talebin olup olmadığıdır. Testin basit mantığına göre, eğer bu ürün bileşenlerini farklı satıcılardan ayrı tedarik etme yönünde herhangi bir talep varsa, ortada rekabet hukuku açısından da bir sorun bulunmaktadır. Ancak somut olayda iki ayrı ürünün varlığını belirlemek güçleşiyor veya bu durum belirgin bir şekilde yapılamıyorsa, bu durumda iki ürünün varlığının tespitinden çok, bağlama uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerine yoğunlaşmak suretiyle bir değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

Bağlama uygulamasının rekabete aykırılığının değerlendirilebilmesi açısından belirleyici olan bir diğer husus ise teşebbüsün sahip olduğu pazar gücüdür. Bu durum ise teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması demektir. Genel kural böyle olmakla birlikte, özellikle ikincil ürün pazarlarındaki bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından, teşebbüsün bağlayan ve/veya bağlanan ürün pazarında hakim durumda olması yeterlidir. Öte yandan paket satışlarda teşebbüsün paket içindeki ürünlerden en az birisi ile ilgili pazarda hakim durumda olması gerekir. Bu koşullar teşebbüsler arasındaki yatay anlaşmalar ile ortaya çıkan bağlama uygulamaları için gerekli değildir. Çünkü rekabeti sınırlayıcı etkileri *"hissedilir"* olan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, kural olarak, AEUV m.101 ve RKHK m.4 hükümlerine göre yasaktır.

Bağlama uygulamaları rekabet karşıtı etkileri nedeniyle, farklı hukuk sistemlerinde de yasaklanan davranışlardır. Amerikan *Antitrust*-Hukuku'nda, Sherman Kanunu'nun 1. bölümünde ticareti kısıtlayan anlaşma veya sözleşmeler yasaktır. Sherman Kanunu'nun 2. bölümünde ise tekel, tekel olmaya yönelik davranışlar veya işbirliği veya tekel olmaya yönelik gizli amaçlar, teşebbüslerin tek yanlı davranışlarının yasaklanmasına için uygun gerekçelerdir. *Antitrust*-hukukunda Clayton Kanunu 3. bölümde ise tedarikçinin malları satmak veya kiralamaktan kaçınması durumunun rekabeti sınırlayan bir davranış veya tekel haliyle ortaya çıkması durumu yasaklanmıştır. *Antitrust*-hukukunda bağlama uygulamaları nadiren Federal Ticaret Komisyonu Kanunu 5. maddesi kapsamında da değerlendirilmektedir. Burada yer alan düzenleme, Federal Ticaret Komisyonu'na, ticaretteki haksız davranış şekillerini yasaklama olanağı vermektedir. Bu koşullar kapsamında, bağlama uygulamaları, alıcının seçme özgürlüğünü sınırladığı veya ortadan kaldırdığı için, haksız olarak görülmektedir.

Avrupa Birliği hukukunda, AEUV m. 101'de yer alan düzenlemeler rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşma, karar veya uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Bu konuda, kural olarak, yatay ve dikey anlaşmalar arasında bir ayrım söz konusu olmayıp, ilgili düzenlemeler her iki kategorideki anlaşmalar bakımından geçerlidir. Bununla birlikte, AEUV m. 101/3'te yer alan koşulları yerine getiren veya grup muafiyeti kapsamında yer alan anlaşmalar açısından, bu yasaktan kurtulma olanağı bulunmaktadır. Benzer şekilde rekabeti sınırlayıcı nitelikte bağlama anlaşmaları, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un 4. maddesinin (f) bendinde yer alan düzenleme ile de

yasaklanmakla birlikte, RKHK m.5 hükmünde belirtilen koşulların tümünü birlikte sağlayan bu tazr anlaşmalar için muafiyet olanağı söz konusudur.

AEUV m. 102/2 (d) bendine göre de hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulaması ile hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaktır. RKHK'nin "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinin (c) bendine göre de bağlama uygulamaları yasaktır. Genel olarak RKHK m. 6 hükmünün ve bu kapsamda bağlama uygulamaları ile ilgili (c) bendinde yer alan düzenlemenin asıl amacı, hakim durumdaki teşebbüs tarafından, özellikle pazar gücünden yoksun teşebbüslere karşı sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olarak dayatılan "bağlama" gibi kötüye kullanma nitelikli davranışların önüne geçilme düşüncesidir.

Bağlama uygulamaları günlük ticari yaşamda rekabet hukuku dışındaki diğer hukuk alanlarında da ortaya çıkabilirler. Çünkü rakipleri dışlayıcı ve alıcıları sömürücü etkileri nedeniyle, bağlama uygulamaları özellikle haksız rekabet ve tüketici hukuku gibi hukuk alanlarında da sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Pazar üzerindeki bu tarz etkiler nedeniyle, pazar katılımcıları olarak da adlandırılan alıcı veya nihai tüketicilerin seçme özgürlüğünün sınırlanması veya ortadan kalkmasının önlenmesi yanında, rakip teşebbüslerin bu tarz haksız ticari uygulamalara karşı korunması da işleyen bir rekabet düzeni açısından önem kazanmaktadır.

Bağlama uygulamaları aynı zamanda alıcının sözleşme özgürlüğü ile de ilgilidir. Bu nedenle de rekabet hukuku ile borçlar hukuku arasında yakın bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Çünkü rekabet hukukunun temel sorunlarından birisi de kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Rekabetin sınırlanması sonucu tüketicilerin istediği kişi ile sözleşme yapma özgürlüğü de sınırlanmaktadır. Nihayetinde tüketicilerin farklı sunumlar arasında kendileri için en uygun olanı seçme hakları da fiilen ortadan kalktığından, bu durumda sözleşmenin kurulması aşamasında gerekli olan irade özerkliğinin varlığı da şüpheli olacaktır. Bağlama uygulamaları da alıcıların seçme özgürlüğünü sınırlayan davranışlar olduğundan rekabete aykırıdır. Dolayısıyla rekabet hukuku da bir anlamda teşebbüslerin anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ya da hakim durumun kötüye kullanılması ile rekabetin sınırlanması sonucunda tüketicilerin seçme hakkını sınırlamalarını, hukuka aykırı olarak değerlendirmekte ve sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından ortaya çıkan bir boşluğu da bu şekilde doldurmuş olmaktadır.

Öte yandan sözleşme özgürlüğü ilkesinin tüketici lehine sınırlandığı durumlardan birisi de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'nin "Satıştan Kaçınma" kenar başlıklı m. 5 hükmüdür. TKHK m. 5 fıkra 3'te yasaklanan durum,

tipik bir bağlama uygulamasıdır. Bu düzenleme ile satıcının bir mal veya hizmetin satışını başka bir mal veya hizmetin satın alınması koşuluna ve aynı malın veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen oranda satın alınması koşuluna bağlayamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bağlama uygulamalarının yaygın olarak ortaya çıktığı bir diğer hukuk alanı ise şüphesiz haksız rekabet hukukudur. Rekabet ve haksız rekabet hukuku kuralları, ekonomik rekabet düzeninin tekliği bağlamında iki farklı alan olarak işlev görmekle birlikte, aralarında sistematik bir zorunluluk ve bu anlamda karşılıklı bir bağımlılık/etkileşim ilişkisi bulunduğu söylenebilir. Pazar ekonomisi sisteminde rekabetin özgür ve dürüst olması gerekliliği tartışmasız kabul edildiği gibi, bu durum zaten rekabetin doğası gereği baştan kabul edilen bir olgudur. Rekabet hukuku açısından bağlama uygulamaları rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma nitelikli bir davranış olmakla birlikte, bazı durumlarda bir haksız rekabet hali de oluşturabilirler. Ancak haksız rekabet hukuku alanında bir bağlama uygulamasının değerlendirilmesinde teşebbüsün hakim durumda veya esaslı bir pazar gücüne sahip olması gerekmez. Aynı zamanda bir teşebbüsün rakipleri ile anlaşarak rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem kapsamında bir bağlama anlaşması ile rekabeti sınırlaması da haksız rekabet teşkil etmez. Haksız rekabet hukuku açısından bağlama uygulamaları daha çok armağan, ilave, eşantiyon gibi ek edimlerle tüketicinin edimin gerçek değeri hakkında yanıltılması ile ortaya çıkmaktadırlar. Dolayısıyla haksız rekabet hukuku açısından bağlama uygulamasının hukuka aykırılığı, tüketicilerin rasyonel bir alış-veriş kararı verme konusundaki olanaklarının sınırlanmasının değerlendirilmesidir. Haksız rekabet hukuku alanında ortaya çıkan bağlama uygulamaları da aslında tüketicilerin ticaret ve sözleşme özgürlüğü ile birlikte karar alma özgürlüklerini de sınırlayan davranışlardır.

Bağlama uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkileri genel olarak, alıcı veya tüketiciler açısından sömürücü, rakipler açısından ise engelleyici veya dışlayıcı davranışlar olmalarıdır. Bununla birlikte bağlama uygulamalarının rekabet karşıtı asıl etkileri rakiplerin dışlanmasına uygun davranışlar olmalarıdır. Pazar gücüne sahip bir teşebbüsün başvurduğu etkin bir bağlama uygulaması, özellikle bağlayan ürün pazarında sahip olunan pazar gücünün bağlanan ürün pazarına da aktarılması *(leveraging)* suretiyle, rakiplerin dışlanmasına neden olabilir. Özellikle alıcıların bağlama uygulamasını kolay kabul ettiği, başka bir anlatımla bağlama uygulamasının etkin olduğu durumlarda, rakiplerin müşteri potansiyelinin bağlama

uygulamasına başvuran teşebbüse yönelmesi *(Sogwirkung)* ile rakiplerin dışlanması da daha kolay olur.

Bununla birlikte aktarma teorisi, rekabet hukukunda üzerinde en çok tartışılan konulardan birisidir. Chicago Okulu bağlama uygulamaları açısından bu tarz bir etkiyi kabul etmemekle birlikte, özellikle *post*-Chicago stratejik davranışlar olarak da tanımlanan görüşler tarafından bu yaklaşım şiddetle eleştirilmiştir. Çünkü dışlayıcı davranışlar aynı zamanda pazara giriş engellerine de yol açan davranışlardır. Pazara yeni girecekler ile halen pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler karşılaştırıldığında, giriş engelleri yeni girecek rakipler açısından önemli bir dezavantajdır. Bir teşebbüs açısından yeni bir pazara girmek en başta yüksek maliyetler nedeniyle her zaman risklidir. Fakat ilgili pazarda daha önceden faaliyet gösteren bir teşebbüs açısından bu risk her zaman hesaplanabilir olduğundan, maliyetleri de düşürür. Aynı zamanda büyük işletme avantajları da yeni bir rakip için önemli bir pazara giriş engeli olabilmektedir. Dolayısıyla büyük işletme avantajları hakim durumdaki teşebbüs lehine belirli avantajlar sağladığı zaman, pazara giriş engelleri olarak değerlendirilebilir. Bu durum özellikle minimum bir işletme ölçeği *(minimum efficient scale)*'ne ulaşmadan yeni bir ürünle pazara girişin zor olduğu durumlarda geçerlidir. Öte yandan ilgili pazarda batık maliyet sorunu varsa, potansiyel rakipler açısından bu durum pazara girişte karar vermeyi zorlaştıracak, hatta caydırıcı bir etki dahi yaratacaktır. Aynı zamanda pazara giriş engellerinin bir sonucu olarak bağlama uygulaması pazarda bir tekelleşmeyle de sonuçlanabilir.

Bağlama uygulaması gibi dışlayıcı davranışların rekabet üzerindeki etkileri konusunda *post*-Chicago ekonomik ve stratejik yaklaşımlar teorik yaklaşımlardan çok ampirik gözlemlere ağırlık verdiler. Bu nedenle de bir davranışın rekabet üzerindeki etkileri analiz edilirken asimetrik bilgi, şebeke/ağ etkisi, büyük işletme avantajlarının olumsuz etkisi gibi gittikçe artan sayıda yeni etkenlerin pazar analizlerinde daha çok dikkate alınması gerekiyor. Dolayısıyla somut bir davranışı tümden rekabete zararlı veya yararlı olarak tanımlamadan önce, pazar üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bir analiz yapılmalıdır.

Teşebbüslerin rekabetçi davranışları değerlendirilirken önem kazanan hususlardan bir diğeri de "oyun teorisi"dir. Buna göre, pazarda her teşebbüsün davranışı bir diğerinin davranışları üzerinde olumlu veya olumsuz bir etkiye neden olduğundan her teşebbüs kendi davranışları sonucunda bir diğerini ödüllendirir veya cezalandırır. Bu şekilde hakim durumdaki teşebbüsler stratejik davranışlar ile pazara girmek isteyen potansiyel rakipleri, bu konuda gerekli maliyetleri

karşılayamayacaklarına da inandırırlar. Bu anlamda hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan etkili bir bağlama uygulaması potansiyel rakipler için pazara girişte caydırıcı olabildiği gibi, mevcut rakipler açısından ise engelleyici bir etkiye de neden olabilir. Benzer şekilde ilgili ürün pazarında var olan "asimetrik bilgi" sorunu da, bağlama uygulamalarının rekabete aykırılığının değerlendirilmesinde önemlidir. Bu anlamda teşebbüs ilgili pazarda hakim durumda bulunmasa dahi, asimetrik bilgi nedeniyle alıcıların davranışlarının yönlendirilmesi ve bunun sonucunda rekabetin sınırlanması mümkündür. Dolayısıyla somut bir olay kapsamında, şekli anlamda bir pazar payı analizi ile yetinmek yerine, teşebbüslerin ilgili pazardaki davranışlarının gerçek amacının da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması önem kazanmaktadır.

Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizi ve bu konuda benimsenecek yaklaşımlar aynı zamanda rekabet politikası ile de ilgilidir. AB rekabet hukuku uygulamasında da, son dönemde özellikle Komisyon Tartışma Metni ile başlayan ve daha sonra Komisyon'un engelleyici davranışlar konusunda ilkelerin yer aldığı Kılavuzu ile ekonomiye ağırlık veren bir yaklaşımın benimsenmeye çalışıldığı söylenebilir. Dolayısıyla bir davranışın rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından yapılacak değerlendirmede, tüketici refahı bağlamında toplam refahın da dikkate alındığı bir etkinlik analizi önem kazanmaktadır. Ancak ekonomiye önem veren yaklaşım açısından, rekabet hukuku düzenlenlemeleri ile pazar aktörlerinin ticari faaliyet özgürlüğünün sağlanmasından ziyade, ekonomik refah veya başka bir anlatımla ekonomik etkinliğin sağlanması önem kazanmaktadır.

Rekabet hukukunda bağlama uygulamaları rekabeti sınırlayıcı nitelikte teşebbüsler arasındaki bir yatay (kartel) anlaşması ile ortaya çıkabileceği gibi, üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey bir anlaşma yoluyla da ortaya çıkabilir. Yatay veya kartel anlaşma olarak da tanımlanan rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin hissedilir *(Spürbarkeit)* olması durumunda bu anlaşmalar yasaktır. Dolayısıyla rekabet üzerindeki etkileri sınırlı veya önemsiz olan anlaşmalar açısından *(de minimis)* bir yasaklama da söz konusu olmayacaktır.

Teşebbüsler yatay bir anlaşma ile bir ürün veya hizmet ile birlikte, bir diğer ürün veya hizmetin de alınmasının zorunlu kılınması konusunda anlaşabilirler. Eğer anlaşma tarafları birbirinin rakibi ise ve taraflar arasındaki anlaşma pazarda *"birlikte hakim duruma"* yol açmıyorsa, rekabet hukukunda "bağlama uygulaması" olarak adlandırılan spesifik bir ihlalden ziyade, "mal veya hizmetlerin arz koşullarının rakip

teşebbüsler arasındaki bir irade uyuşması ile belirlenmesi" olarak da tanımlanabilecek ve RKHK m. 4 kapsamında bir rekabeti bozucu anlaşma veya uyumlu eylemden bahsedilebilir. Ancak teşebbüsler arasındaki anlaşmanın birlikte hakim duruma yol açması durumunda ise somut davranış hem RKHK m. 4 kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak, hem de RKHK m. 6 hükmü kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması yasağı bağlamında değerlendirilebilecektir.

Bağlama uygulamasının teşebbüsler arasındaki bir anlaşma kapsamında ortaya çıkabileceği ikinci ihtimal ise, teşebbüslerin birbirinin rakibi veya müşterisi/sağlayıcısı olmadığı durumdur. Ancak teşebbüsler arasında bu tarz bir yatay anlaşmayı rasyonel kılan olasılık ise genellikle teşebbüslerden birinin bağlayan ürün pazarında, diğerinin ise bağlanan ürün pazarında faaliyet göstermesi ve bağlama uygulaması ile elde edilen *rant'*ın paylaşılması amacı olabilir.

AB Rekabet hukukunda da rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, karar veya uyumlu eyleme dayalı olarak ortaya çıkan bağlama uygulamaları, iç pazar'da rekabet düzeni ile bağdaşmadığından, rekabeti sınırlayıcı davranışlar olarak yasaklandığı gibi, aynı zamanda AEUV m. 101/2'ye göre hükümsüzdürler. ABAD'ın yerleşik kararlarına göre bu hükümsüzlük yasadan kaynaklanmakta olup aynı zamanda kural olarak anlaşmanın yapıldığı andan itibaren, hüküm doğurur. Benzer şekilde 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesinde yer alan düzenlemeye göre de Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararları geçersizdir. Bununla birlikte sürekli borç ilişkisi doğuran, örneğin bir dağıtım anlaşması ile ilgili hükümsüzlük halinde, sona eren anlaşmanın da ileriye etkili olarak hüküm doğurması gerekir.

Rekabeti sınırlayıcı bir bağlama anlaşması bakımından, her iki ürünün bir satıcı veya aynı satıcıyla ilişkilendirilmesi durumunda esasen bir "bağlama anlaşması" da söz konusu değildir. Bu açıdan iki taraflı bir ilişkinin varlığı durumunda, örneğin AEUV m. 101/1(e) de yer alan düzenlemenin lafzından bir sonuç çıkmamaktadır. Bu anlamda, bir teşebbüsün kendi bireysel ticari politikası çerçevesinde ürünlerini bağlı satmaya karar vermesi ve alıcılarına bu yolda uygulamalar yapması rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadan ziyade, kural olarak, koşulları varsa hakim durum kapsamında tek yanlı davranışlar açısından değerlendirilebilir. Bununla birlikte örneğin, patent lisansı almak isteyen alıcıya, gerekli olan makinelerin lisans veren tarafından belirlenen bir teşebbüsten alınması veya lisans ile birlikte hammadde alınması şeklinde bir yükümlülük getirilmesi

durumunda, bir “bağlama anlaşması” söz konusudur. Dolayısıyla “bağlama anlaşması”ndan söz edilebilmesi için birden fazla teşebbüsün taraf olduğu bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin varlığı gerekir.

RKHK m. 4 hükmüne göre, rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi taşıyan veya bu etkiyi fiilen doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı ve yasaktır. RKHK m. 4 (f) bendi bağlama anlaşmaları ile ilgili olup, bu hükmün altında yatan temel düşünce de AEUV m. 101/1 hükmünde olduğu gibi öncelikle alıcı konumundaki teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünün korunmasıdır. Bununla birlikte, bu düzenleme ile aynı zamanda pazarda rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilecek nitelikte çeşitli eylem ve işlemlerin önüne geçilmek suretiyle, üçüncü taraf veya potansiyel rakiplerin girişi açısından pazarın açık tutulması amacı da bulunmaktadır. Dolayısıyla RKHK m.4(f) hükmünün de esasen iki veya daha fazla teşebbüsün yaptıkları bir bağlama anlaşması nedeniyle, anlaşmayla ilgisi olmayan üçüncü taraf teşebbüslerin ticari faaliyet özgürlüğünün korunmasını amaçladığı söylenebilir. Çünkü böyle bağlama uygulaması aynı zamanda alıcıların ihtiyaçlarını farklı kaynaklarından temin etmelerini engelleyen, dolayısıyla onların seçme özgürlüğünü sınırlayan bir davranıştır.

Rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir bağlama anlaşması üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey bir anlaşma yoluyla da ortaya çıkabilir. Dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkileri de bulunduğundan, böyle durumlarda ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin analizi önemlidir. Çünkü “bağlama”, anlaşmaları muafiyet dışına çıkaran esaslı bir rekabet sınırlaması değildir. Özellikle de çeşitli dağıtım anlaşmalarında bu tarz kayıtların yer alması yaygın bir uygulamadır. Dikey anlaşmaların bir yandan pazarda entegrasyona gitme ve pazarı canlandırmak suretiyle yeni pazarlar elde edilmesine uygun olması hususu bulunmaktadır. Diğer yandan ise rekabeti olumsuz etkileyen durumları kalıcı hale getirmeleri ve koruyucu etkileri nedeniyle pazara girmek isteyen potansiyel rakiplerin girişi önünde engel oluşturmaları gerçeği göz ardı edilmemelidir. Öte yandan dikey anlaşmalar genelde teşebbüslerin pazar payını artıran davranışlar olmamakla birlikte, pazar gücünü artıran ve pazara girişi zorlaştıran davranışlardır.

“Bağlama”da dahil olmak üzere, çeşitli dikey sınırlamalar içeren anlaşmalar, belirli koşullar altında muafiyet sisteminden yararlanabilmektedir. Muafiyet aslında rekabete aykırı hükümler içermesine rağmen, bazı anlaşmaların pazar üzerindeki olumlu etkilerinin olumsuz etkilerine ağır basacağı düşüncesiyle getirilmiş bir

sistemdir. Muafiyetin amacı, pazarın ihtiyaçlarından ve tüketicilerin de ortaya çıkacak olası etkinlik avantajlarından yararlandırılması düşüncesi yanında, aynı zamanda ekonomik ve teknik gelişmeyi teşvik etmedir. Muafiyet belirli bir anlaşma grubuna yönelik "grup muafiyeti" şeklinde olabileceği gibi, grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmalar için ise "bireysel muafiyet" şeklinde de olabilir. Muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir işlem olup, bunun sonucunda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar için öngörülen geçersizlik yaptırımı hükümsüz kalmaktadır.

Grup muafiyetinin söz konusu olduğu önemli anlaşma türlerinden birisi de teknoloji transferi anlaşmalarıdır. Teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bağlama şeklindeki sınırlamalar ve bu anlaşmaların muafiyet koşullarını taşıyıp taşımadığına karar verilirken, özellikle anlaşmaya taraf teşebbüslerin ilgili ürün ve ilgili teknoloji pazarlarında sahip oldukları pazar gücü önemlidir. Bir başka deyişle, anılan teşebbüslerin rakiplerinin elinde bulunan ikame teknolojilerin ve ikame ürünlerin varlığı önem kazanmaktadır. Ancak burada muafiyet açısından belirleyici bir diğer önemli husus ise, anlaşma taraflarının rakip olup olmamasıdır. Çünkü rakip olmayan teşebbüsler arasındaki teknoloji transferi anlaşmalarının rekabeti olumsuz yönde etkileme ihtimali, rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalara göre daha düşük olacaktır.

Komisyon'un Teknoloji Transferi Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyet Tüzük'ü ile getirilen düzenlemeler "esnek ve hatta oldukça geniş" olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki dışlayıcı etkisi ise ürün güvenliği ve kalite standartları gibi objektif haklı bir neden olmadığı sürece, teknoloji transferi anlaşmaları için de geçerlidir. Teknoloji transferi anlaşmalarında yer alan bağlama şeklindeki sınırlamaların rekabet karşıtı önemli etkilerinden birisi pazara giriş engellerine yol açmalarıdır. Bir diğeri ise lisans anlaşmasında yer alan bu tarz sınırlamalar nedeniyle, lisans alanın istemediği bir ürünü de almak durumunda kalması nedeniyle ticari faaliyet özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Böyle bir durumda alıcı ister istemez başka bir ürün pazarına da girmiş olacağından, bu aynı zamanda rekabet özgürlüğüne de aykırıdır.

V. Grup muafiyeti açısından ortaya çıkan rekabet karşıtı etkiler ile ilgili benzer sorun ve endişeler, motorlu taşıtlar sektörü grup muafiyet sistemi açısından da geçerlidir. Özellikle de motorlu taşıtların satış sonrası hizmetler pazarı, taşıt dağıtımında daha fazla karlılık potansiyeli taşıması nedeniyle üreticiler ve söz konusu hizmetleri tüketiciye ulaştıran yetkili satıcı ve servisler açısından büyük önem taşımaktadır. Motorlu taşıt üreticilerinin kendi ticari itibarlarını, markalarının

güvenilirliğini müşterilerine ve kamuoyuna karşı koruma yönünde hassasiyetleri, genelde bilinen bir olgudur. Bu hassasiyet aynı zamanda üreticilerin, kendi markalarının bakım ve servis hizmetlerinin kusursuz bir şekilde olması için özel bir çaba göstermelerini de beraberinde getirmektedir. Fakat bu hassasiyet, satıcının ürettiği yeni bir motorlu araçla ilgili bakım ve onarım hizmetlerini yerine getirmesi için gerekli değildir. Bu nedenle grup muafiyet tüzükleri ile öngörülen muafiyet, satış ve müşteri hizmetlerinin bağlanması şeklinde ortaya çıkan veya her iki hizmetin yerine getirilmesini başka yükümlülüklerin de yerine getirilmesi koşuluna bağlayan doğrudan veya dolaylı yükümlülük veya teşvikler içeren bağlama anlaşmalarının da bundan yararlanacağı anlamına gelmemektedir.

Bununla birlikte, grup muafiyeti ile sağlanan durum aynı zamanda yetkili servislerin bir aracın onarım ve bakım hizmetlerinde de benzer kalitedeki yedek parçaları kullanma haklarını sınırlama için geçerli değildir. Bu nedenle satış ve dağıtım sistemi içinde bir servis istasyonuna verilen yetki bu istasyonun sadece orijinal yedek parça kullanması koşuluna da bağlanamaz. Fakat bu koşul motorlu taşıt üreticileri tarafından doğrudan sözleşmesel garanti kapsamında sağlanan müşteri hizmetleri için geçerli değildir. Dolayısıyla garanti kapsamında yapılan tamir, ücretsiz bakım ve araç geri çağırma işlerinde, motorlu taşıt sağlayıcısı yetkili servislere sadece kendisinin sağladığı orijinal parçaların kullanılması zorunluluğu getirebilir.

Muafiyet sisteminin esas özelliği, ilgili tebliğ kapsamına giren anlaşmaların muafiyet koşullarını yerine getirdiğinin varsayılmasıdır. Ancak dikey anlaşmaya taraf teşebbüslerin önemli bir pazar gücüne sahip olduğu ve pazara giriş engellerinin önemli boyutlara ulaştığı durumlarda, ilgili tebliğ kapsamında yer alan bazı dikey anlaşma türlerinin muafiyet için gerekli koşulları sağlaması zorlaşabilir. Böyle durumlarda yapılacak bir pazar analizi sonucunda, muafiyetin "bireysel bir kararla" geri alınması mümkündür. Öte yandan ilgili pazarda sağlayıcıların önemli bir bölümünün benzer bağlama anlaşmalarına sahip olduğu ve olası etkinlik artışlarının kısmen de olsa tüketicilere yansıtılmadığı "birikimli etki" durumunda da muafiyetin geri alınması gündeme gelebilecektir. Böyle durumlarda bağlama vb dikey sınırlamaların rekabeti sınırlayıcı etkileri "birikimli etkiler" nedeniyle katlanarak artar.

Muafiyet için getirilen pazar payı kriteri teşebbüsler açısından getirdiği esneklikler, bildirim zorunluluğunun kaldırılması nedeniyle rekabet otoritelerinin iş yükünü azaltması gibi avantajlarına rağmen, aynı zamanda AEUV m. 101/3'ün doğrudan uygulanması açısından hukuki güvenliği tehlikeye soktuğu gerekçesiyle

de eleştirilmektedir. Bu konuda öğretide ortaya çıkan ağırlıklı görüş, ekonomik yaklaşımlarla, hukuk güvenliğinin esneklik ve sözleşme yapma özgürlüğüne feda edildiğidir. Bu anlamda, genel olarak grup muafiyet tüzüklerinin "güvenli liman" *(safe harbour)* olarak nitelenmesi durumu da somut olaylar açısından bakıldığında tehlikeye girmektedir. Bu konuda olası bir çözüm önerisi ise, özellikle de teşebbüsler açısından ortaya çıkabilecek olası belirsizlikleri giderebilmek için, pazar payı eşiğinin aşılması durumunda dahi, *"sakıncasız hallerin"* yer aldığı *"geniş bir ek liste"*nin oluşturulmasıdır.

Rekabet hukukunda bağlama uygulamalarının en yaygın görünüm şekilleri ise şüphesiz hakim durumdaki teşebbüslerin davranışları ile ortaya çıkanlardır. Hakim durumdaki teşebbüsler sahip oldukları pazar gücünü genel olarak rekabeti sınırlayıcı davranışlar ve bu anlamda bağlama uygulamalarına başvurmak için kötüye kullanabilirler. AEUV m.102(d) ve RKHK m.6 (c)hükümleri, bağlama uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır.

Öğreti ve uygulamada hakim durumda olmamakla birlikte, bireysel ticaret politikası doğrultusunda ürünlerini bağlı satan bir teşebbüsün davranışlarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı bir konudur. Her iki yasal düzenleme açısından öncelikle teşebbüsün hakim durumda olması gerekiyor. Eğer teşebbüs hakim durumda değilse, bu durumda ilgili davranışın da yasaklanmaması gerekiyor. Nitekim Komisyonun AEUV m.102'nin engelleyici davranışlara uygulanması konusundaki Kılavuzunda da, bağlama uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerinin incelenmesi açısından teşebbüsün bağlayan ürün pazarında hakim durumda olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak teşebbüs hakim durumda olmamakla birlikte pazarın yapısı, rakiplerin konumu, ürünün niteliği gibi pazara özgü etkenler veya alıcılar karşısında *"göreceli pazar gücü"* gibi bir durum nedeniyle somut davranışın pazarda rekabet karşıtı olası etkileri bulunuyorsa, bu durumda ilgili davranışın yasaklanması söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu konuda yasaklayıcı bir karar ancak RKHK m.6 hükmü kapsamında olabilir. Çünkü RKHK m.4 hükmü açısından "tarafların çokluğu", başka bir ifadeyle birden fazla teşebbüsün taraf olduğu bir anlaşmanın varlığı gerekir. Aynı zamanda hem AEUV m. 102 ve hem de RKHK m.6 hükmü, pazar gücüne sahip teşebbüslerin, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışlarını yasaklamaktadır. Ancak pazar gücü, her somut olay bağlamında, farklı etkenlere bağlı olarak değerlendirilmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla bir teşebbüs hakim durumda olmamakla birlikte, pazarın yapısı gereği "göreceli pazar gücü"ne sahipse, bu durumda davranışının rekabeti sınırlayıcı etkileri de büyük olasılıktır.

Hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamaları farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Teşebbüsü bu tarz kötüye kullanma nitelikli bir davranışa yönelten ise sahip olduğu pazar gücüdür. Teşebbüsler bu davranışlara rakipleri pazardan dışlamak veya pazara giriş yapmak isteyen potansiyel rakipleri bu kararlarından caydırmak için de başvurabilirler. Eğer bağlama uygulaması teşebbüsün bağlayan ürün pazarındaki konumunu korumasını sağlıyor ise, bu durum dolaylı yoldan bağlanan ürün pazarında pazarın kapanmasına da neden olur. Ancak bu sonuç öncelikle bağlama uygulamasının sürekliliğine de bağlıdır. Benzer şekilde teknik bağlama uygulamaları entegre ürünü oluşturan münferit parçaların yeniden satışını zorlaştırdığından, rakiplerin rekabet yeteneğini de zayıflatırlar.

Bağlama uygulaması bağlayan üründen çok bağlanan ürünün alıcıları açısından daha az rekabete yol açar. Bu durum karşısında, hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri için pazarda kalmalarını sağlayacak oranda sadece bağlanan ürünü almak isteyen yeterli miktarda alıcının kalmaması, zamanla bu alıcı kitlesinin bağlama uygulaması nedeniyle yüksek fiyatlarla karşı karşıya kalması sonucunu doğurur. Bağlayan ve bağlanan ürünün üretim sürecinde girdi olarak farklı oranlarda kullanıldığı durumlarda, bağlayan ürün fiyatındaki artış, alıcıların bağlanan ürüne yönelik talebinde yüksek bir artış ve buna bağlı olarak bağlayan ürün talebinde ise bir düşüşe neden olur. Böyle durumlarda hakim durumdaki teşebbüs ürünleri bağlamak suretiyle, bu durumu engellemeye ve fiyatlarını yüksek tutmaya çalışacaktır.

Düzenlemeye (Regülasyon) tabi pazarlarda ise, bağlayan ürünün fiyatı regüle ediliyorsa, hakim durumdaki teşebbüs bağlayan ürün pazarında bu nedenle ortaya çıkan gelir kaybını, bağlama uygulaması ile bağlanan ürün pazarındaki fiyatlarını yükseltmek suretiyle telafi etmeye çalışacaktır.

Hakim durumdaki teşebbüsler bağlama uygulaması ile rakiplerini fiyat sıkıştırmasına yönelterek, onların pazarda etkin bir rekabete girişmesini engellemek suretiyle, nihayetinde pazarda dışlanmalarına da neden olabilir. Hakim durumdaki teşebbüsler aynı zamanda sahip oldukları şebeke veya ağ etkisinden yararlanmak suretiyle, müşterilerine sundukları diğer hizmetlerinin de kullanılması konusunda onlara karşı zorlayıcı davranışlara başvurabilirler. Bu şekilde örneğin telefon hizmeti sunan bir teşebbüs indirim vb çeşitli avantajlar ile internet erişim hizmetinin de kendisinden alınmasını isteyebilir. Başka bir ihtimalde ise, yerel elektrik vb hizmetleri sunan bölgesel nitelikteki teşebbüsler, ülke çapında faaliyet gösteren örneğin bir tekel ile rekabet edebilmek için bağlama uygulamasına başvurabilirler.

Hakim durumdaki teşebbüslerin başvurduğu bağlama uygulamalarının yaygın olarak ortaya çıktığı pazarlardan birisi de şüphesiz "yenilikçi" *(Innovation)* pazarlardır. Bu tarz pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler özellikle ürün geliştirme yöntemi ile bir ürünü bir diğerine entegre etmek suretiyle, pazarda tüketici talebini kendilerine doğru etkin bir şekilde yönlendirip, rakipleri dışlamak suretiyle rekabeti sınırlayabilirler. Yenilikçi pazarlara özgü bağlama uygulamaları açısından bir diğer önemli sorun ise entegre ürünlerin ayrı olup olmadığının belirlenmesi güçlüğüdür. Bu güçlük karşısında olası bir çözüm olarak, bağlamanın rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından farklı ürünlerin varlığından ziyade, davranışın pazar ve dolayısıyla rekabet üzerindeki etkilerine odaklanmak daha yararlı olabilir. Ancak teknolojik bağlama uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerinin analizinde şüphesiz zaman faktörü çok önemlidir. Çünkü dışlayıcı veya engelleyici davranışların rekabeti sınırlayıcı etkileri zamanla ilgilidir. Etkili bir bağlama uygulamasının süresi arttıkça, bağlanan ürüne yönelik tüketici talebi yüksek bir orana ulaşabilir.

Rekabet hukukunda bağlama uygulaması gibi etki gösteren ve bu nedenle rekabeti sınırlayıcı etkileri açısından bağlama uygulamaları ile birlikte değerlendirilen bir diğer davranış ise paket satışlar ve bu anlamda indirimlerdir. Özellikle de sadakat indirimleri, fiili bir münhasırlık yanında, bağlama uygulaması gibi etkiler de göstermek suretiyle, rakipler için dışlayıcı etkilere neden olabilirler. İndirimin yüksekliği nedeniyle paket içindeki ürünlerden sadece birisini üreten eşit etkinlikteki bir rakibin dahi paket satış şeklindeki bağlama uygulaması ile rekabet edemediği durumlarda, paket satış nedeniyle bağlayan veya bağlanan ürün pazarındaki rekabet sınırlanabilir. Bu anlamda paket satışlarda, paket içindeki ürün sayısı arttıkça bağlama uygulamasının olası rekabeti sınırlayıcı etkileri de yoğunlaşacaktır. Bu durum özellikle paket içindeki ürünlere benzer veya eş ürünleri birlikte veya tek başına sunamayan bir rakip için daha belirigindir. Özellikle de geniş ürün yelpazesine sahip teşebbüslerin başvurduğu paket satışlarda indirim, aynı zamanda alıcıları münhasır alım yapmaya zorlayan, onları adeta satıcıya bağımlı hale getiren bir etkiye de yol açtığından, rakipler için dışlayıcıdır.

Uygulamada bazı durumlarda alım gücü *(Nachfragemacht)* açısından da bağlama uygulaması ortaya çıkabilir. Günümüz ekonomik veya ticari hayatının ulaştığı boyut düşünüldüğünde, üreticiler karşısında özellikle de organize dağıtım sektörü ciddi bir pazar gücüne sahiptir. Dağıtım sektöründeki teşebbüsler sahip oldukları pazar gücü ile üreticilerden ürün alırken veya onlara dağıtım hizmetleri sunarken bağlama uygulaması veya benzer etki gösteren indirim, ücretsiz ürün, raf

bedeli gibi çeşitli pratiklere başvurmak suretiyle, onların bazı ek edimleri yerine getirmelerini de isteyebilirler.

Teşebbüsler bağlama uygulamaları konusunda haklı nedenlerin varlığını öne sürebilirler. Bu durum teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı bir bağlama anlaşması kadar, hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışları ile başvurduğu bağlama uygulamaları için de geçerlidir. Teşebbüsler öncelikle ticari teamül veya anlaşmanın niteliği gereği bağlama uygulamasının yasal olduğunu savunabilirler. Ancak uygulamada ABAD'ın içtihatlarında da ortaya çıktığı gibi haklı nedenler genellikle dar yorumlanmaktadır. Aksi halde, özellikle de hakim durumdaki teşebbüsler açısından, rekabeti sınırlayıcı her türlü davranışları açısından aynı zamanda haklı bir nedenin de ortaya çıkabilmesi tehlikesi söz konusudur.

Teşebbüsler bağlama uygulaması konusunda bir "objektif gereklilik" olduğunu da öne sürebilirler. Ancak bu objektif gerekliliğin gerçekten de "objektif" olması, başka bir ifadeyle diğer teşebbüsler açısından da geçerli olması gerekir. Bu durum örneğin ürüne özgü niteliklerden kaynaklanabilir. Ürün güvenliği veya tüketici sağlığının korunması açısından ürünlerin birlikte satılması zorunluluk olabilir. Aynı zamanda teknik nedenlerden dolayı ürünün işlevselliği için ayrı satılması mümkün değilse, bu durumda bağlı satılmaları gerekebilir. Öte yandan ürün kalitesinin korunması, iyileştirilmesi gibi nedenlerle bağlama uygulamasına gidilmesi de haklı bir gerekçedir.

Hakim durumdaki teşebbüslerin, dışlayıcı ve engelleyici nitelikteki davranışları konusunda öne sürebilecekleri bir diğer önemli haklı gerekçe ise etkinlik savunmasıdır. Somut davranışın incelenmesi sonucunda, rekabet açısından ortaya çıkan avantajların dezavantajlara ağır bastığı ortaya çıkıyorsa, bu durumda ilgili davranışın etkinlik sağlayıcı ve bu nedenle de rekabete aykırı olmayan bir davranış olduğu sonucuna varılabilir. Hakim durumdaki teşebbüs bağlama uygulaması konusunda, muafiyet için gerekli olan koşulların tümünün birlikte varlığını ispatlamak suretiyle, somut davranışın haklı bir gerekçeye dayandığını öne sürebilir. Etkinlik savunmasında ispat yükü esasen bu iddiayı öne süren teşebbüsün üzerindedir. Bununla birlikte, maddi gerçeğe ulaşılması açısından, rekabet otoriteleri de olası etkinlik sağlayıcı durumları göstermek hususunda ilgili teşebbüslere yardımcı olabilirler.

KAYNAKÇA

Adam, Michael. “The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct”, **ZWeR,** Heft:1, 2009, ss.131-146.

Ahlborn, Christian, David Bailey ve Helen Crossley. “An Antitrust Analysis of Tying”, **GCLC Research Papers on Article 82 EC,** (Ed. Damien Geradin), Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges, 2005, pp. 166-215.

Ahlborn, Christian, David Evans ve A. George Padilla, The Antitrust Economics of Tying: a Farewall to per se Illegality, **Antitrust Bull.,** Vol. 49, 2004, pp.287-297.

Akıncı, Ateş. **Rekabetin Yatay Kısıtlanması,** Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001.

Ankara Barosu. **Tüketici Hukuku,** Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000.

Aral, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,** 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Ardıyok, Şahin. “Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki Karmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, (Ed. N. Ayşe Odman Boztosun), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Ardıyok, Şahin. “Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Motorlu Taşıtlar Tebliği’nin Ampirik Analizi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V,** Kayseri, 2007, ss. 41-124.

Areeda, Philip, Herbert Hovenkamp ve Einer Elhauge. **Antitrust Law,** Vol. X, 2nd Ed. New York, 2004.

Areeda, Philipp ve Herbert Hovenkamp. **Antitrust Law,** Vol. IX, 2nd Ed., 2004.

Arı, Zekeriyya. **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Arıtürk, Remzi Özge. İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler, **Rekabet Dergisi,** Cilt. 12, Sayı. 1, 2011, ss.3-54.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku,** 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2011.

Aslan, İ. Yılmaz. **Tüketici Hukuku,** 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2004.

Aslan, İ. Yılmaz. **Rekabet Hukuku,** 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, (Rekabet Hukuku).

Aslan, İ. Yılmaz. **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar,** Ekin Kitabevi, Bursa, 2004, (Dikey Anlaşmalar).

Aşçıoğlu Öz, Gamze. **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

Ataç, Fatma. **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Tek Taraflı Davranışları Bağlamında Aktarma Uygulaması,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 108, Ankara, 2009.

Atamer, Yeşim. **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Karşısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi,** Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Austin, Arthur D. "The Individual Coercion doctrine in Tie-In Analysis: confusing and Irrelevant", **California Law Review,** Vol. 65, Nr. 6, 1977, pp.1143-1180.

Aybay, Aydın ve Rona Aybay. **Hukuka Giriş,** İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2005.

Ayhan, Rıza, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. **Ticari İşletme Hukuku,** 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Badur, Emel. **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar),** Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez serisi No: 8, Ankara, 2001.

Bahr, Christian. "Die Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7.GWB-Novelle", **WuW,** Heft: 3, 2004, ss.259-265.

Bain, Joe. **Barriers to New Competition,** Harvard University Press, 1956.

Bain, Joe. **Industrial Organization,** Wiley, 2nd Ed., 1968.

Başpınar, Veysel. "Kişilik Hakları Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", **Ankara Barosu Dergisi,** Yıl: 56, Sayı: 1, 1999.

Beater, Axel. **Unlauterer Wettbewerb,** Mohr Siebeck GmbH KG, Tübingen, 2011.

Becker, Mirko. **Wettbewerbsbeschränkungen im System der Legalaushnahme,** Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2006.

Behrens, Peter ve Eleanor Fox. "Abuse of Market Power: Controlling Dominance or Protecting Competition", **The Evolution of European Competition Law**, (Ed. Hanns Ulrich), Edward Elgar Publishing, Bruges, 2006.

Ben- Zie, Berta. **Die Kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften,** Igel Verlag, 2008.

Bolatoğlu, Hilmi. Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçişin İktisadi ve Hukuki Gerekçeleri, **Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul, 2009, ss.21-40.

Bork, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself,** 2nd Ed., Free Press, New York, 1993.

Bowman, Ward. "Tying Arrangements and the Leverage Problem", **Economics of Antitrust Law,** (Ed. Benjamin Klein ve Andreas V. Lerner), Vol. II, An Elgar Referance Collection, UK/USA, 2008.

Böge, Ulf. **"**Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik," **WuW,** Heft:7-8, 2004, ss.726-732.

Böge, Ulf. "Effizient und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts", **Effizienz und Wettbewerb,** (Hrsgb. Peter Oberender), Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

Böni, Franz ve Christoph Palzer. "Kollektive Marktbeherrschung – Sinnbild für "Des Kaisers neue Kleider"?, **WuW,** Heft:5, 2009, ss.477-488.

Brütsch, Raphael. **Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrecht,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003.

Burkert, Thomas. **Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 1992.

Carlton, Dennis ve Michael Waldman, "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", **The Rand Journal of Economics**, Vol: 33, Nr. 2, 2002, pp.199-220.

Christiansen, Arndt. "Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?", **WuW,** Heft: 3, 2005, ss.285-293.

Classen, Mariel Hoch. **Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht,** Schultess, Zürich, 2003.

Demiröz, Ali ve Orçun Şenyücel. "Microsoft Davası'na Genel Bir Bakış", **Rekabet Dergisi,** Sayı:4, 2000, ss. 44-71.

Deryal, Yahya. **Tüketici Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Dreher, Meinrad. "Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten", **ZWeR,** Heft:2, 2009, ss.149-175.

Dreher, Meinrad ve Michael Adam. "The more economic approach to Art.82 EC and the legal process, **ZWeR,** Heft:3, 2006, ss.259-277.

Drexl, Josef. *"Competition Law as Part of the European Constitution",* **Principles of European Constitutional Law,** (Eds. Armin von Bogdandy ve Jürgen Bast), Oxford, Hart Publishing, 2010, (Competition Law), pp.659-698.

Drexl, Josef. Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, **Festschrift für Rudolf Krasser zum 70. Geburtstag,** GRUR Int., Heft:9, 2004, ss.716-727.

Drexl, Josef. **Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers,** Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1998, (Die wirtschaftliche Selbstbestimmung).

Efem, Gül ve Emel Badur. **AT Rekabet Hukuku, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,** Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2002.

Eilmansberger, Thomas. "Restrictive agreements and unilateral restraints: merging regimes on market power and exclusion", **Economic Theory and Competition Law,** (Ed. Josef Drexl), Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northhampton, MA, USA, 2009.

Ekdi, Barış. **Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması,** Rekabet kurumu Lisansütü Tez serisi No: 16, Ankara, 2009, (Piyasayı Kapatma).

Ekdi, Barış. "Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", **Rekabet Dergisi,** Cilt:11, Sayı:3, 2010, (Ürün Bağlama), ss.79-129.

Elhauge, Einer Damin Geradin. **Global Competition Law and Economics,** Hart Publishing, 2007.

Emmerich, Volker. "Überlegungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrechts aus deutscher Sicht", **Die Europäsierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht,** (Ed. Susanne Augenhofer), Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Enchelmaier, Stefan. **Europäischer Wirtschaftsrecht,** Verlag W. Hohlhammer, Stuttgart, 2005.

Eroğlu, Sevilay. **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Eucken, Walter. **Grundsätze der Wirtschaftspolitik,** 7. Aufl., Tübingen, 2004.

Evans, David ve Jorge Padilla. "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision," **World Competition,** Vol: 27, Nr: 2, 2004, pp.503-512.

Faull, Jonathen ve Ali Nikpay. **The EC Law of Competition,** 2nd Ed., Oxford, 2007.

Feldman, Robin Cooper. "Defensive Leveraging in Antitrust", **Georgetown Law Journal,** Vol: 87, 1991, pp.2079-2115.

Fiala, Donatella. **Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006.

Fichert, Frank ve Anne Sohns. "Wettbewerbsschutz auf dem Markt für Server-Betriebssysteme, Wettbewrbspolitische Anmerkungen zur Microsoft-EU-Kommission", **WuW,** Heft: 9, 2004, ss.907-916.

First, Harry. "Theories of Antitrust in the United States and Japan", **Competition Policy in the Global Trading System,** (Ed. Jones, Clifford ve Mitsuo Matsushita), The Hague, 2002.

Fischer, Thomas. **Kopplungsgeschäfte im Europäischen und deutschen Wettbewerbsrrecht,** JWV, Gottmadingen, 2008.

Fuchs, Andreas. "Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 Abs. 1 EG", **ZWeR,** 4/2007, SS.369-393.

Gauß, Nicolas. **Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009.

Gazioğlu, Uygar. **Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım ve AB Düzenlemeleri,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 65, Ankara, 2005.

Gleiss, Alfred ve Martin Hirsch. **Kommentar zum EG-Kartellrecht,** 4. Aufl., Heidelberg, 1993.

Glöckner, Jochen. **Europäischer Lauterkeitsrecht,** Verlag C.H.Beck, München, 2006.

Göksoy, Yaşar Can. Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt:9, Sayı:2, 2007, ss.143-174.

Gözlükaya, Fatma. **Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması,** Rekabet kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 73, Ankara, 2007.

Grimes, Warren. "Antitrust and the Systemic Bias Against Small Business: Kodak, Strategic Conduct, and Leverage Theory", **Case Western Reserve Law Review,** Vol: 52, 2001.

Grimes, Warren. "Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: Understandig the Role of Market Imperfections", **Antitrust Law Journal,** Vol.62, No.2, 1994, ss.263-325.

Güler, Fethullah, Selen Yersu Şahin ve Can Taneri. "Seçici Fiyatlama: İhlal mi, Değil mi?", **Rekabet Dergisi**, Cilt:12, Sayı:3, 2011, ss.37-84.

Gürzumar, Osman Berat. "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tasalak", **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Sempozyum Kitabı,** Ankara, 2006, (Özel Hukuk Açısından), ss. 117-184.

Gürzumar, Osman Berat. **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Gürzumar, Osman Berat. "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", **Rekabet Dergisi,** S. 12, 2002, (Geçersizlik Rejimi), ss.3-76.

Güven, Pelin. **Rekabet Hukuku,** 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Hafner, Philipp. **Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011.

Hailbronner, Kay, Heinrich Wilms ve Stefan Enchelmaier. **Kommentar zum Recht der Europäischen Union,** 8. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2005.

Hançer, Hande ve Özge İçöz. "Roma Antlaşmasının 82.Maddesinde Ögörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu,** Kayseri, 2007, ss.125-174.

Hefermehl, Wolfgang, Helmut Köhler ve Joachim Bornkamm. **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb -UWG Einführung,** C.H.Beck, München, 2007.

Heinemann, Andreas. **Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln,** München,1989.

Hildebrand, Doris. "Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik", WuW, Heft.5, 2005, ss.513-520.

Hildebrand, Doris. **Economic Analyses of Vertical Agreements-A Self-Assessment,** The Hague, 2005 (Economic Analyses of Vertical Agreements).

Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Policy After Chicago", **Michingan Law Review,** Vol.84, 1985, pp.213-284.

Hovenkamp, Herbert. "Discounts and Exclusion", **Utah Law Review**, 2006, pp.841-861.

Hovenkamp, Herbert. "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique", **Columbia Businiss Law Review**, Nr.2, 2001, ss.257-337.

Hovenkamp, Herbert. **Federal Antitrust Policy-The law of competition and its practice,** 3nd Ed., St. Paul, 2005.

Hovenkamp, Herbert ve Philipp Areeda. **Fundamentals of Antitrust Law,** 2nd Ed., New York, 2002.

Hönn, Günter. **Examens-Repetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht,** C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007.

Hylton, Keith ve Michael Salinger. "Tying Law and Policy: a Decision-Theoretic Approach", **Antitrust Law Journal,** Vol.69, 2001, pp.469-526.

Immenga, Ulrich. "Der "more economic approach" als Wettbewerbspolitik", **WuW,** Heft. 5, 2006, ss.463-464.

Immenga, Ulrich, Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik, **ZWeR,** Heft. 4, 2006, (Ökonomie und Recht).

Immenga, Ulrich ve Ernst-Joachim Mestmäcker, **Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht,** 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, (Kommentar zum Europäischen Kartellrecht).

Immenga, Ulrich ve Ernst-Joachim Mestmäcker, **Wettbewerbsrecht, Band 2., Kommentar zum Deutschen Kartellrecht,** 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2007, (Kommentar zum Deutschen Kartellrecht).

Inderst, Roman. "Die Ökonomische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik", **WuW,** Heft.12, 2008, SS.1261-1272.

Işıktaç, Yasemin. **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku,** 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

İlhan, Cengiz. **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun,** Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2006.

İnceoğlu, Mehmet Murat. "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, 2000, ss.391-429.

Jansen, Udo. **Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,** Verlag Gehlen, Berlin, 1968.

Jofer, Florian. **Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004.

Jones, Alison ve Brenda Sufrin. **EC Competition Law,** Oxford, 2004.

Kahraman, Zafer. **Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Kaplow, Louis. "Extension of Monopoly Power Through Leverage," **Columbia Law Review,** Vol. 85, 1985, pp.515-556.

Karahan, Sami. **Ticari İşletme Hukuku,** 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.

Karakurt, Alper. **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2005.

Kaya, Şerife Demet. **Fiyat Sıkıştırması, Ekonomik ve Hukuki Açıdan Bir Değerlendirme,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi: 87, Ankara, 2008.

Kayar, İsmail ve Özlem İlbasmış-Hızlısoy. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IX,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2011.

Kendigelen, Abuzer. **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler,** 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara, 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar,** Ankara, 2006.

Kısa Ulaş, Seda. **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2004.

Kiener, Olaf. **Marktmachtmissbrauch,** Schulthess AG, Zürüch, 2002.

Klawitter, Christian ve Thomas Lübbig. **Lizenzverträge und Kartellrecht,** Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

Klein, Benjamin ve Lester F.Saft. "The Law and Economics of Franchise Tying Contracts", **Economics of Antitrust Law**, (Eds.Benjamin Klein ve Andreas V. Lerner), Northampton, 2008.

Kocabaş, Bekir. **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 90, Ankara, 2009.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Emin Arpacı. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Cilt III, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

Koenig, Christian ve Andreas Neumann. "Standardisierung - ein Tatbestand des Kartellrects?", **WuW,** Heft.4, 2009, ss.382-394.

Koppensteiner, Hans-Georg. "Das UWG nach der Novelle 2007", **Die Europäsierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht,** (Ed. Susanne Augenhofer), Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Korah, Valentine. "The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition *Tetra Pak II,* **Current Legal Problems,** Volume 46, Part II, Oxford University Press, 1993, pp.148-189.

Küçükayhan Aşçıoğlu, Meltem. **Rekabet Hukuku ve Dağıtım Anlaşmaları,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Künzler, Adrian. **Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit,** Mohr Siebck Verlag, Tübingen, 2008.

Langen, Eugen ve Herman Josef Bunte. **Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,** Verlag Luchterhand/Wolters Kluwer, 10. Auflage, München, 2006.

Langer, Julian. **Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law,** The Netherlands, 2007.

Lenßen, Markus. **Das kartellrechtlich relevante Markt,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009.

Lestari, Hesty Diyah. **Die Leverage-Theorie zu Koppulingsgeschäften im Rahmen des Art. 82 EG-Vertrag,** Tübingen, 2006.

Leupold, Henning ve Georg Weidenbach. "Neues zum Verhältnis von Art. 81 Abs. 1 und Art 81 Abs. 3 EG-Vertrag?", **WuW,** Heft: 10, 2006, ss.1003-1011.

Lübbig, Thomas. "Anmerkungen zur neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers", **GRUR**, Heft:6, 2004, ss. 483-488.

Mestmäcker, Ernst-Joachim ve Heike Schweitzer. **Europäisches Wettbewerbsrecht,** 2. Auflage, Verlag C. H. Becks, München, 2004

Monti, Giorgi. **EC Competition Law,** Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Möschel, Wernhard. "Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen", **Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag,** Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, ss.705-719.

Nalebuff, Barry. "Bundling as an Entry Barrier," **Economics of Antitrust Law,** Vol. II, (Eds. Benjamin Klein ve Andreas V. Lerner), Northampton, 2008.

Nalebuff, Barry. "Bundling", **Yale International Center for Finance Working Paper No. 99-14,** 1999 (Bundling).

Nalebuff, Barry. **"**Competing Against Bundles", **Yale School of Management Working Paper Series H,** 2000 (Competing Against Bundles).

Nalebuff, Barry. "Exclusionary Bundling", **The Antitrust Bulletin,** Vol. 50, Nr. 3, 2005, pp.321-370.

Nalebuff, Barry. Bundling, **Tying, and Portfolio Effects, Part 1- Conceptual Issues,** DTI Economics Paper No. 1, Yale University, 2003 (DTI Economics Paper No. 1).

Nothhelfer, Wolfgang. **Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht,** Nomos Verlag, Tübingen, 2006.

O'Donoughu, Robert ve A. Jorge Padilla. **The Law end Economisc of Article 82 EC,** Hart Publishing, Oxford-Portland, 2006.

Odman, N. Ayşe. **Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Odman-Boztosun, N. Ayşe. "Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?", **Rekabet Dergisi,** Cilt:11, Sayı:3, 2010 (Tek Yanlı Davranışlar), ss.131-176.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-I,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Öz, Gamze. "AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları (3),** Ankara, Aralık 1999.

Özsunay, Ergun. **Kartel Hukuku,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

Padilla, Jorge ve Donald Slater. "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC", **GCLC Research Papers on Article 82 EC,** (Ed. Damien Geradin), Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges, 2005, pp.84-104.

Paul, Thomas. **Behinderunsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach",** Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008.

Pekdinçer, Tamer. “Türk Borçlar Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Ticaret Kanunundaki Haksız Rekabete İlişkin Hükümlere Etkisi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi,** 2011, ss.75-86.

Pichler, Philipp Daniel. **Das Verhaltnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009.

Pischel, Gerhard. “Rechtfertigung marktmächtigen Verhaltens, Zum Einfluss von Art. 101 AUEV und Gruppenfreistellungsverordnungen auf § 20 II GWB,” **GRUR,** 8/2011, ss.685-690.

Pohlmann, Norbert. “Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission”, **WuW,** Heft. 10, 2005, ss.1005-1009.

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Posner, Richard. “The Chicago School of Antitrust Analysis”, **University of Pennsylvania Law Review,** Vol. 127, 1979, pp.925-1033.

Riziotis, Dimitris. **Marktbeherrschung und Drittmarkt,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010.

Rubinfield, Daniel L. “3M’s Bundled Rebates: An Economic Perspective”, **University of Chicago Law Review,** Vol. 72, 2005, pp.1-22.

Salop, Steven. “The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millennium”, **Antitrust Law Journal,** Vol. 68, 2000, pp.187-202.

Sanlı, Kerem Cem. Rekabet Kurulu’nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım, **Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar,** (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul, 2009.

Sanlı, Kerem Cem. **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği**

Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2000 (Rekabetin Korunması).

Schmidt, Ingo. Kommentar: "More economic approach versus Justitiabilität", **WuW,** Heft. 9, 2005, ss.877-878.

Schmidt, Ingo. "More Economic Approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt?", **Festschrift für Reiner Bechtold zum 65. Geburtstag,** (Eds. Ingo Brinker, Dieter Scheuing, Kurt Stockmann), Verlag C.H.Beck, München, 2006, ss.409-413.

Schmidt, Ingo. **Wettbewerbspolitik und Kartellrecht,** 9. Aufl. Oldenbourg Verlag, München, 2012.

Schmidt, Ingo ve Jan Rittaler. **Die Chicago School of Antitrust Analysis,** Baden-Baden, 1986.

Schmidtchen, Dieter. "Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik", **WuW,** Heft. 1, 2006, ss.6-16.

Schmidtchen, Dieter. "Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen "more economic approach" **Effizienz und Wettbewerb,** (Hrsgb. Peter Oberender), Duncker & Humblot, Berlin, 2005, (Effizienz und Wettbewerb).

Schröter, Helmuth, Thinam Jakob ve Wolfgang Mederer. **Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,** Baden-Baden, 2003.

Schwaab, Jean Christophe. **Wettbewerbsbeschränkende Know-how-Lizenzverträge,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009.

Schwinn, Hannes. **Einseitige Maßnahmen in Abgrenzung zum europäischen Kartellverbot,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009.

Serozan, Rona. **Borçlar Hukuku, Özel Bölüm,** Filiz Kitabevi, İstanbul 2002

Stiegler, George. **The Organization of Industry,** The University of Chicago Press, Chicago, 1968.

Stopper, Martin. “Der Microsoft-Beschluss des EuG”, **ZWeR,** Heft:1, 2005, ss.87-110.

Strohm, Andreas. “Effizienzgesichtspunkte” ınd Europäische Wettbewerbspolitik”, **Effizinez und Wettbewerb,** (Hrsgb. Peter Oberender), Duncker & Humblot, Berlin 2005.

Su, Kemal Tahir. **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 94, Ankara, 2003.

Sullivan, Lawrence A. ve Warren S. Grimes. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook,** 2nd Ed., Thomson West, USA, 2006.

Şenol, Nilay A. **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Tekinalp, Ünal (Tekinalp/Tekinalp), **Avrupa Birliği Hukuku,** 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, (AB Hukuku).

Tekinalp, Ünal. **Fikri Mülkiyet Hukuku,** Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Lang, Temple J. ve Robert O’Donoghue. “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC”, **Global Competition Law Centre Research Papers on Art. 82 EC**, (Ed. Damien Geradin), Global Competition Law Centre College of Europe, Bruges, 2005, pp.38-64.

Thyri, Peter. “Imaterialgüterrechte und Zugang zur wesentlichen Einrichtung”, **WuW,** Heft.4, 2005, ss.388-399.

Tokatlı, Aytül. **Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 97, Ankara, 2010.

Topçuoğlu, Metin. **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Davranışlar ve Hukuki Sonuçları,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.

Türkkan, Erdal. **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

Uzunallı, Sevilay. "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", **Rekabet Dergisi,** Cilt:11, Sayı:4, 2010, ss.59-109.

Ünal, Akın. **Kelepçeleme Sözleşmeleri,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Ünlüsoy, Kürşat. **Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları,** Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2003.

Veltrop, James D. "Tying And Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law", **CMLR,** Vol: 31, 1994, pp.549-573.

Voigt, Stefan ve André Schmidt. "Der "more economic approach" in der Missbrauchaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb", **Diskussionsbeiträge des volkswirtschaftlichen Seminars,** Universität Göttingen, Beitrag Nr. 129, April 2006.

Ward, S. Bowman. "Tying Arrangements And The Leverage Problem", **Economics of Antitrust Law,** (Eds. Benjamin Klein ve Andreas V. Lerner), Vol. II, Northampton, USA, 2008.

Weizsäcker, Carl Christian von. "Abuse of a Dominant Position and Economic Efficiency", **ZWeR,** Heft.1, 2003, ss.58-72.

Whinston, Michael. "Tying, Foreclosure, and Exclusion", **The American Economic Review,** Vol. 80, 1990, pp.837-859.

Whinston, Michael. "Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know", **The Journal of Economic Perspectives 15(2),** 2001, pp.63-80.

Whish, Richard. **Competition Law,** Fifth Ed. Oxford, 2005.

Woesler, Wolfgang. “Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom. 21.2.2001”, **MMR,** 7/2001, ss.455-458.

Wolf, Christopf. **Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte,** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009.

Wurmnest, Wolfgang. “Wettbewerbspolitik, Industriepolitik und der “more economic approach”, **ZWeR,** Heft.1, 2005, ss.111-121.

Yanık, Mehmet. **Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri,** Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 101, Ankara, 2003.

Zäch, Roger. **Schweizerischer Kartellrecht,** 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005.

Zäch, Roger. **Wettbewerbsrecht der Europäischen Union,** Stämpfli Verlag AG, Bern, 1994.

Zevkliler, Aydın ve Murat Aydoğdu. **Tüketicinin Korunması Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Zimmer, Daniel. “Kartellrecht und neue Erkenntnisse der Spieltheorie”, **ZHR,** Heft. 154, 1990, ss.470-484.

Zimmerlich, Anetje. “Der Fall Microsoft–Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie”, **WRP,** Heft: 10, 2004, ss.1260-1273.

AB Komisyonu Kararları

Komisyon Kararı, C 27/76 United Brands v EC Commission, 1978, ECR 207 *“United Brands”.*

Komisyon Kararı, Case T-219/99, Nr. 240 *“British Airways v. Commission”*.

Komisyon Kararı, Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969.

Komisyon Kararı, *Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd v Hugin Kassaregister AB*, Case 68/78, OJ 1978 L 22/23.

Komisyon Kararı, 10.1.1979, 79/86/EWG, *Vaessen/Morris,* ABl. EG, 26.1.1979, L 19/32 Komisyon Kararı, 7.10.1981 tarih ve 81/969/EWG, *Bandengroothandel Frieschebrug B.V./N.V. Niederlandsche Banden Industrie Michelin,* ABl. 9.12.1981 Nr. L 353/33 *"Michelin I".*

Komisyon Kararı, 11.7.1983, 83/400/EWG, *Windsurfing International,* ABl. EG vom 20.8.1983, L 229/1.

Komisyon Kararı, 12.7.1985, 85/410/EWG, *Velcro/Aplix,* ABl. EG, 30.8.1985, L 233/22.

Komisyon Kararı, 14. 12. 1985, ABl. 1985 L 374/1, *"ECS/AKZO".*

Komisyon Kararı, 22.12.1987, 88/138/EWG, *Eurofix-Bauco/Hilti,* ABl. 1.3.1988, L 65/19 *"Hilti".*

Komisyon Kararı, 18.7.1988, 88/518/EWG, *Napier Brown/British Sugar,* ABl. EG. 19.10.1988, L 284/41.

Komisyon Kararı, 4.11.1988 tarih ve 88/589/EWG, *London European-Sabena,* ABl. EG 27.11.1988, L 317/47.

Komisyon Kararı, 24.7.1991, 92/163/EWG, *Tetra Pak International SA/Komission,* ABl. 18.3.1992, L 72/1*("Tetra Pak II").*

Komisyon Kararı, 23.12.1992, 93/406/EWG, *Langnese-Iglo GmbH,* ABl. EG, 26.7.1993, L 183/19.

Komisyon Kararı, 11.3.1998, 98/531/EG, *Van den Bergh Foods Ltd.* ABl. EG. 4.9.1988, L 246/1. *"Van den Bergh Foods".*

Komisyon Kararı, 20.6.2001 tarih ve 2002/405/EG, *Michelin II,* ABl. EG. 31.5.2001, L 143/1.*"Michelin II".*

Komisyon Kararı, 3.7.2001, COMP/M.2220, ABl. 2004 Nr. L 48/1, *General Electric/Honeywell.*

Komisyon Kararı, 5.12.2001, 2002/180/EG, ABl. EG. 2.3.2002, L 61/32. *"De Pos-La Poste".*

Komisyon Kararı, 24.3.2004 tarih ve COMP/C-3/37.792, 2007/53/EG, ABl. EG, 6.2.2007, L 32/23 *"Microsoft".*

Komisyon Kararı, 16.12.2009 tarih ve COMP/C-3/39.530-Microsoft(Kopplung), WuW 05/2010, WuW/E EU-V, 1499.

AB Adalet Divanı (ABAD, EuGH) Kararları

EuGH, *Vaessen BV v Moris* OJ [1979] L 19/32, [1979], 1 CMLR 511.

EuGH, 13.7.1966, Verb. Rs. 56 ve 58/64, *Consten und Grundig/Kommission,* Slg. 1966.

EuGH, 9.7.1969, Slg. 1969, 295 *"Voelk/Vervaecke"*.

EuGH, 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 246 "*Continental Can."*

EuGH, 6.3.1974, Verb. Rs. 6/73, *Instituto Chemiotherapico Italiano und Commercial Solvents Corp./ Kommission,* Slg. 1974, 223 *"Commercial Solvents".*

EuGH, 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663, 1665, *"Suiker Unie v Kommission"*.

EuGH, 14. 2. 1978, Rs. 27/76, United Brands/*Kommission,* Slg. 1978, 207.

EUGH, 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission,* Slg. Slg. 1979, 461 *"Hoffmann - La Roche".*

EuGH, 31.05.1979 tarih, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 *“Hugin/Kommission”.*

EuGH, 25. 10. 1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3158, “AEG”.

EuGH, 9. 11. 1983 tarih, Rs. 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission,* Slg. 1983, 3461, *(“Michelin I”).*

EuGH, 1.10.1985, Rs. C-279/95 P, *Langnese-Iglo GmbH/Kommission,* Slg. 1998, I-5609.

EuGH, 3. 10. 1985, Rs. 311/84, *CBEM/CLT und IPB,* Slg. 1985, 3261, *“Telemarketing”.*

EuGH, 25.2.1986, 193/83, *Windsurfing International/Kommission,* Slg. 1986, 611.

EuGH, 28.2.1991, Slg. 1991 I 977, 983 (EuZW 1991, 376) *“Delimitis/Henninger Bräu”.*

EuGH, 3.7.1991, *AKZO/Komisyon,* Slg. 1993, I-3359, 71 *”AKZO”*

EUGH, 2.3.1994 tarih ve Rs. C- 53/92 P, *Hilti/ Komission,* Slg. 1994, I-667 *“Hilti”.*

EuGH, 14.11.1996 tarih ve Rs. C- 333/94, *Tetra Pak/Komisyon,* Slg. 1996, I-5951, *“Tetra Pak II”*

EuGH, 16. 3. 2000, Rs. C-395 ve 396/96, *Compagnie Maritime Belge./Kommission,* Slg. 2000, I-1365.

EuGH, 30.9.2003, Rs. T-203/01, *Michelin/Kommission,* Slg. 2003, II-4071 *“Michelin II”.*

EuGH, 23.10.2003, Slg. 2003 II 4662, *“Van den Bergh Foods”*.

EuGH, 15.02.2005 tarih ve Rs. C-12/03, *Tetra Laval/Kommission.*

EuGH, 15. 3. 2007, Rs. C 95/04, *British Airways/Kommission,* Slg. 2007, I-2331.

AB Mahkemesi (İlk Derece, EuG) Kararları

EuG, 10. 7. 1990 tarih, Rs. T-51/89, *Tetra Pak/Kommission,* Slg. 1990, II-309 *"Tetra Pak I"*.

EuG, 12.12.1991 tarih ve T-30/89, Hilti/Kommission, Slg. 1991, II-1439.

EuG, 1. 4. 1993, Rs. T-65/89, *BPB Industries und British Gypsum/Komission,* Slg. 1993, II-389.

EuG, 6.10.1994, Rs. T-83/91, *Tetra Pak/Komisyon,* Slg. 1994, II-755 *("Tetra Pak II").*

EuG, 8.7.1995, Rs. T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH/Kommission,* Slg. 1995, II-1533.

EuG, 17.12.2003, Rs. T-219/99, *British Airways/Kommission,* Slg. 2003, II-5917.

EuG, 30. 1. 2007, WuW/E EU-R, 1224 *"France Télécom/Kommission.*

EuG, 23.20.2003, Rs. T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd./Kommission,* 2003, II-4653.

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu, 20.5.1999 tarih, 99-24/211-124 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 17. 6. 1999 tarih, 99-30/276-166 (a) sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 24. 8. 1999 tarih ve 99-39/413-265 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 19.10.1999 tarih ve 99-48/524-329 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 4.7.2000 tarih ve 00-25/260-142 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar (*"Hewlett Packard").*

Rekabet Kurulu, 16.02.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 8. 5. 2002 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 28.9.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Karar *("Digitürk I").*

Rekabet Kurulu, 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 04.05.2004 tarih ve 04-32/3777-95 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 17.6.2004 tarih, 04-42/490-118 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 6.7.2004 tarih, 04-45/574-138 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 19. 11. 2004 tarih ve 04-66/951-229 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Karar *(Digitürk-III").*

Rekabet Kurulu, 7.9.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Karar *("Digitürk-III").*

Rekabet Kurulu, 5. 4. 2007 tarih ve 07-30/297 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayı *("Digitürk-IV").*

Rekabet Kurulu, 24.4.2008 tarih ve 08-30/376-126 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 24. 4. 2008 tarih ve 08-30/376-126 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 15. 5. 2008, 08-33/421-147 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 20. 5. 2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı Karar *("Hamidiye Su").*

Rekabet Kurulu, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Karar (*"Tekhnelogos").*

Rekabet Kurulu, 9. 10. 2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 16. 10. 2008 tarih ve 08-58/924-371 sayılı Muafiyet Kararı.

Rekabet Kurulu, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 5.3.2009 tarih ve 09-09/192-59 sayılı Karar *("Akınsoft").*

Rekabet Kurulu, 20. 5. 2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı Karar *("Eureko Sigorta")*.

Rekabet Kurulu, 15. 7. 2009 tarih ve 09-33/767-185 sayılı Karar *("Vitamin/TTNet")*.

Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 4.11.2009 tarih ve 09-52/1253-318 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 11.11.2009 tarih ve 9-54/1320-M sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 9.12.2009 tarih ve 09-58/1405-367 sayı. (*"Reysaş").*

Rekabet Kurulu, 23. 12. 2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı Karar *("Turkcell")*

Rekabet Kurulu, 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 28. 04. 2011 tarih ve 11-26/407-154 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 02.06.2011 tarih ve 11-33/717-223 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 13.10.2011 ve 11-52/1321-472 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 17. 11. 2011 tarih ve 11-57/1469-526 sayılı Karar.

Rekabet Kurulu, 13.12.2007 tarih ve 07/90/1157-450 sayılı Karar.

Alman Federal Mahkemesi (Bgh) Ve Federal Kartel Ofisi (Bkarta) Kararları

BGH, GRUR 1971, s. 582, *"Kopplung im Kaffeehandel".*

BGH, 30. 01. 1979, WuWE s. 2195, *"Abwehrblatt II".*

BGH, 11. 12. 2001, WuW/E DE-R s. 839 *"Privater Pflegedienst".*

BGH, 12.3.1991 tarihli Karar, WuW/E BGH s. 2707, *"Krankentransportunternehmen II".*

BGH, 15.10.1991, WuW/E BGH, s. 2729, *"Marktabschottungswirkung".*

BGH, 2. 4. 2010,tarihli Karar, WuW/E DE-R s. 2905 *"Phonak/GNStore".*

BGH, 3. 3. 1969, BGHZ, s. 52 *"Sportartikelmesse",*

BGH, 30.3.2004 tarihli Karar, GRUR 2004, s. 706, *"Der Oberhammer".*

BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, GRUR 2004, s. 255, *"Strom ve Telefon I".*

BGH, 4.11.2003 tarihli Karar, GRUR 2004, s. 259, *"Strom ve Telefon II"*.

BGH, 9.11.1982 tarihli Karar, WuW/E BGH, s. 1965 *"gemeinsamer Anzeigenteil"*

BGH, GRUR 2002, s. 979, *"Kopplungsangebot II".*

BKartA, 20.10.1967 tarihli Karar, WuW/E BKart, s. 1189, *"Handpreisauszeichnungsgerät".*

BKartA, 22.10.1979 tarihli Karar, WuW/E BKartA, s, 1817, *"Fertigfutter".*

KG, 18. 2. 1969, WuW/E OLG, s. 995 *"Handpreisauszeichner".*

KG, 26.1.1977 tarihli Karar, WuW/E OLG, s.1767, *"Kombinationstarif".*

KG, 30.5.1979 tarihli Karar, WuW/E OLG, s.2148, *"Sonntag Aktuell I".*

KG, 9.11.1983, WuW/E OLG, s.3124,*"Milchaustauschfuttermittel".*

LKartB NRW, 14.3.1986 tarihli Karar, WuW/E LKartB, s.267, *"Eishockey-Meisterschaft".*

OLG Düsseldorf, 20.6.2002 tarihli Karar, GRUR-RR 2003, s. 161, *"Ruhrpower-Pakete".*

OLG Düsseldorf, 21.2.2001 tarihli Karar, GRUR-RR 2002, s. 285, *"Strom & Fon".*

OLG Düsseldorf, 22.1.1985, WuW/E OLG, s.3335, *"Inter Mailand-Spiel".*

OLG Koblenz, 13.7.1989 tarih, WuW/E OLG, s.4517, *"Dürkheimer Wurstmarkt".*

OLG Stuttgart, 30. 4. 1979, WuW/E OLG, s.2126, *"Kombinationstarif I".*

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ (SUPREME COURT) KARARLARI

Berkey Photo v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 275-276 (2d Cir. 1979).

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

Illinois Tool Works Inc. v. Independent Inc., 547 U.S.28 (2006).

International Salt Co. v. US, 392 (1974).

Jefferson Paris Hospital dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 13.f (1984).

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

Northern Pasific Rwy. v. United States, 356 U.S.1, 6-8, 78 S.Ct.514, 518-519 (1985).

Times-Picayune Publishing. Co. v. United States, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872 (1953).

U.S v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935, 950 (D.C.Cir. 1998) *("Microsoft II").*

U.S.Steel Corp. v. Fortner Enterprises, 429 U.S. 610, 620 (1977) *("Fortner II").*

US v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001) *(Microsoft III).*

Virgin Atlantic Airways, Ltd. v. British Airways, 257 F. 3d 256 (2d Cir. 2001).

Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 502 F. 3d 895, 906 (9th Cir. 2007).

Fortner Enterprises v. U.S. Steel, 394 U.S. 495, 502 (1969) *("Fortner I").*

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

LePage's v. 3M, 324 F. 3d 141 (3rd Cir. 2003).

Diğer Rapor ve Belgeler

AB Komisyonu, ABA m. 81/2'nin Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkında Uygulanmasına Dair Tüzük, EG 772/2004, **ABl. EG 2004, Nr. L 123/11.**

Bundeskartellamt, "Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, 27. 09. 2004, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden".

Bundeskartellamt, **"**Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuer ökonomischer Methoden", **WuW,** Heft: 4, 2005, ss.406-407.

Communication from the Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, **ABl. EG, 24.02.2009, C 45/02.**

Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGC), **An economic approach to Art. 82,** Bruxell, 2005.

Europäische Gerichtshof, **PRESSEMITTEILUNG Nr. 102/11,** Urteil in den Rechtssachen C-403/08 und C-429/08, 4. 10. 2011, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-10/cp110102de.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 16.01.2012).

Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, (Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz), **ABl. EU, 19. 5. 2010, C 130/01.**

Komisyon, AEUV madde 81/3'ün Uygulanması Hakkında Kılavuz, **ABl. EG 27.4.2004, C 101/08.**

Komisyon, Leitlininen zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, **ABl. EG, 27.4.2004, C 101/2.**

Komisyon, Motorlu Taşıtlar Pazarı İçin Grup Muafiyet Tüzüğü (Komisyon Motorlu Taşıtlar Pazarı Tüzüğü), EG. 461/2010 sayı ve 27.5.2010 tarih, **ABl. EG 28.5.2010, L 129/52.**

Komisyon, Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuzu, **ABl. EG 5.2.2004, C 31/3.**

Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brüksel, 2005.(Anılış: Komisyon, Tartışma Metni).

Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Komisyon Dikey Anlaşmalar Klavuzu), ABl. EG 2010 Nr. C 130/1.

Kommission, VERORDNUNG (EU) Nr. 330/2010 DER KOMMISSION vom 20 April 2010 über die anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, (Dikey Anlaşmalar Tüzüğü), **ABl. EU, 23.4.2010, L 102/1.**

Max-Planck-Institut (Hrsg.), “Stellungnahme der Arbeitsgruppe “Lizenzkartellrecht” zum Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Technologietransfer-Vereinbarungen und zum Entwurf von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrages auf Technologietransfervereinbarungen”, München, 2004.

Mitteilung der Kommission, Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, (Anılış: Komisyon, AEUV m. 82 Hakkında Kılavuz), **ABl. EU, 24.2.2009, C 45/7.**

Rekabet Kurumu, 25.11.2009 tarihli, “Tüm Kartları Kabul Kuralı’nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 27.maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması.” (Tüm Kartları Kabul Kuralı Sektör Araştırması); www.rekabet.gov.tr adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 10.09.2011).

Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu Yayını, 3. Baskı, Ankara, 2010.