

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 202

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİ

SEBAHAT GÖZDE BİRCAN

REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİ

SEBAHAT GÖZDE BİRCAN

Ekim 2022

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2022

Baskı, Ekim 2022
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA,
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Dr. Faik Metin TİRYAKİ, IV.
Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Selvi KOCABAY, VI. Denetim ve
Uygulama Dairesi Başkanı Mehmet Ömür PAŞAOĞLU ve Dış İlişkiler
ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi Başkanı Zeynep MADAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 01.09.2021 tarihinde yürütülen Tez
Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Sebahat Gözde BİRCAN, 08.11.2021 tarihinde yapılan Yeterlik
Sınavında ve 03.12.2021 tarihinde yapılan sözlü sınavda başarılı olmuş ve
Başkanlık Makamınının 03.12.2021 tarih ve 35535 sayılı onayı ile Rekabet
Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

386

Eşime ve Aileme...

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1

DAĞITIM KANALLARI VE İKİLİ DAĞITIM KAVRAMI

1.1. DAĞITIM KANALLARI.....	3
1.1.1. Doğrudan ve Dolaylı Dağıtım	6
1.1.2. İkili Dağıtım	9
1.2. İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNİN KULLANIM ALANLARI VE AMAÇLARI.....	11

BÖLÜM 2

İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNİN REKABET HUKUKUNA YANSILAMALARI

2.1. İKİLİ DAĞITIMIN PAZAR GÜCÜYLE BİRLİKTE OLASI ETKİLERİ	16
2.2. İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNDE YATAY-DİKEY İKİLEMİ	19
2.2.1. Yatay-Dikey Testi	27
2.2.2. Kaynak Testi	28
2.2.3. Birincil Fayda Testi ve Güdüsel Testler	22
2.3. İKİLİ DAĞITIMIN MARKA İÇİ VE MARKALAR ARASI REKABET İLE TÜKETİCİ REFAHINA ETKİLERİ.....	33

BÖLÜM 3

İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNE İLİŞKİN ÜLKE UYGULAMALARI VE ÖRNEK KARARLAR

3.1. ABD REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI	38
3.1.1. İkili Dağıtım İlişkin Mevzuat Hükümleri.....	38
3.1.2. ABD İçtihadında İkili Dağıtım	41
3.2. AVRUPA BİRLİĞİ (AB) REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI.....	47
3.2.1. İkili Dağıtım İlişkin Mevzuat Hükümleri.....	47

3.2.2. AB Mevzuatı Işığında Yerel Otoritelerin Kararları	51
3.2.2.1. Birleşik Krallık	51
3.2.2.2. Danimarka	52
3.2.2.3. İspanya.....	53
3.3. DİĞER ÜLKE UYGULAMALARI	54
3.3.1. Avustralya	54
3.3.2. Hindistan	54
3.4. TÜRK REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI....	55
3.4.1. İkili Dağıtım İlişkin Mevzuat Hükümleri	55
3.4.2. Kurul Kararları	57
3.4.2.1. Yatsan Kararı	57
3.4.2.2. Linde Gaz Kararı	58
3.4.2.3. Kargo Kararı.....	59
3.5. İKİLİ DAĞITIMI KONU EDEN ÖRNEK KARARLARA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	61
SONUÇ	63
ABSTRACT	67
KAYNAKÇA	68
ŞEKİL DİZİNİ	
Şekil-1: Klasik Tedarik Zinciri Modeli	4
Şekil-2: İçerdiği Aracı Sayısına Göre Sınıflandırılan Dağıtım Kanalı Türleri	8
Şekil-3: Örnek İkili Dağıtım Modeli	56

KISALTMALAR

- 2002/2 sayılı Tebliğ** : 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2002/2
- AB** : Avrupa Birliği
- ABA** : Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)
- ABD** : Amerika Birleşik Devletleri
- ABİDA** : Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
- Agk.** : Adı geçen karar/kaynak
- AMA** : Amerikan Pazarlama Birliği (American Marketing Association)
- Bkz.** : Bakınız
- bl.** : Bölüm
- CCI** : Hindistan Rekabet Komisyonu (Competition Commission of India)
- CMA** : Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (Competition and Markets Authority)
- CNMC** : İspanya Rekabet Otoritesi (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)
- DCC** : Danimarka Rekabet Konseyi (Danish Competition Council)
- Dikey Kılavuz** : Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz
- Dikey Rehber** : Dikey Kısıtlamalara İlişkin Rehber
- 330/2010 sayılı Tüzük** : Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 101(3). maddesinin dikey anlaşmalar ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü (Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, No 330/2010)
- DOJ** : ABD Adalet Bakanlığı (U.S. Department of Justice)
- FTC** : ABD Federal Ticaret Komisyonu (U.S. Federal Trade Commission)
- IBA** : Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association)
- Kanun** : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
- Komisyon** : Avrupa Komisyonu

Kurul	: Rekabet Kurulu
Md.	: Madde
NAAG	: Ulusal Savcılar Birliği (National Association of Attorneys General)
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organization for Economic Cooperation and Development)
OFCOM	: Birleşik Krallık İletişim Otoritesi (Office of Communications)
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
vd.	: ve diğerleri
Yatay Kılavuz	: Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz
Yatay Rehber	: Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber

GİRİŞ

Küreselleşme ve hızla gelişen teknolojiyle birlikte tüketicisi istek ve gereksinimlerinin günden güne farklılaşması teşebbüsler arasındaki rekabeti giderek kızıştırmıştır. Bu şartlar altında teşebbüsler rakipleri karşısında rekabetçi üstünlük elde edebilmek için kaliteli mal ve hizmet üretiminin tek başına yeterli olmadığını görmüşlerdir. Tüketicisi ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılanabilmesi amacıyla ürünlerin doğru yerde, doğru zamanda ve arzu edilen biçimde sağlanması kritik bir öneme sahiptir (Yavuz 2006). Bu doğrultuda teşebbüsler ürünlerinin mümkün olan en geniş tüketicisi kitlesine ulaşmasını sağlayacak optimum dağıtım ağını oluşturma çabasına girmişlerdir.

Teşebbüsler her geçen gün gelişen ve değişen piyasa koşullarına ayak uydurabilmek için farklı dağıtım stratejileri benimsemeye başlamışlardır. Bazıları dağıtım işlevini doğrudan kendi kaynaklarıyla yerine getirerek dikey bütünleşik bir yapı oluşturmaktadır. Söz konusu dağıtım kanalı doğrudan dağıtım olarak adlandırılmaktadır. Doğrudan dağıtım kanalına alternatif bir metot ise dolaylı dağıtımdır. Dolaylı dağıtım kanalında üretici dağıtım işlevini bağımsız dağıtıcı olarak adlandırılan aracılara bırakmaktadır. Anılan iki dağıtım kanalının da tek başına işletildiğinde avantajları ve dezavantajları bulunmakla birlikte, günümüzde birçok teşebbüs tedarik sürecinde doğrudan ve dolaylı dağıtım kanalını birlikte kullanmaktadır. Bu iki kanalın eş zamanlı kullanımı sonucu ortaya çıkan dağıtım modeli, ikili dağıtım olarak adlandırılmaktadır. İgili dağıtım sisteminde, sağlayıcı hem kendi dağıtım ağı ile ürettiği mal ve hizmetlerin dağıtımını sağlamakta hem de bağımsız dağıtıcılarla çalışabilmektedir. Böylelikle, dağıtım ağlarını genişleten teşebbüsler daha geniş tüketicisi kitlelerine ulaşma imkânı bulmaktadır. Anılan ikili yapı özellikle e-ticaretin hayatımıza girmesiyle varlığını oldukça artırmıştır. Nitekim birçok üretici hem kendi internet sitelerinde doğrudan satış yapmakta

hem de perakende seviyesinde faaliyet gösteren bağımsız dağıtıcıların çevrim içi satış kanalları aracılığıyla ürünlerini satışa sunmaktadır.

İkili dağıtım, üretici ile dağıtıcı arasındaki alışlagelmiş tedarik ilişkisine ilaveten taraflar arasında rakiplik ilişkisi doğmasına sebep olmaktadır. Zira üretici ürünlerinin tüketiciye temini için çalıştığı bağımsız dağıtıcılarla bundan böyle dağıtım seviyesinde rekabet eder hâle gelmektedir.

İkili dağıtıcı¹ ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki bu karma ilişki rekabet hukukunda tartışmalı bir alan yaratmaktadır. Zira taraflar arasında hem yatay hem de dikey ilişkinin var olması, rekabet karşıtı bir eylem söz konusu olduğunda bu eylemin hangi ilişki bağlamında değerlendirileceği konusunda rekabet otoritelerini ve mahkemeleri zorlamaktadır. Rekabet karşıtı bir eylemin yatay veya dikey olarak sınıflandırılması, anılan ihlale ilişkin uygulanacak yaptırımların farklılaşmasına sebep olacağından, her iki ilişkiyi de bünyesinde barındıran ikili dağıtım sisteminin doğru bir şekilde analiz edilmesi önem taşımaktadır. İlaveten hâkim durumdaki veya yüksek pazar gücüne sahip bir üreticinin alt pazarda faaliyete geçmesi durumunda, bağımsız dağıtıcıların pazardan dışlanmasına sebep olabilecek eylemlerin oluşma riski doğmakta olup bu ihlallerin tespiti bakımından da söz konusu kavramın ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu çerçevede bu çalışma ile ikili dağıtım sisteminde ortaya çıkan rekabet karşıtı eylemlerin hangi perspektifle değerlendirilmesi gerektiğinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Bu amaç doğrultusunda, çalışmanın ilk bölümünde genel bir çerçeve çizebilmek adına dağıtım kanallarının işlevine ve ikili dağıtımın kullanım amaçlarına yer verildikten sonra devam eden bölümde; ikili dağıtım sisteminde ortaya çıkabilecek rekabet sorunları, sınıflandırma sürecine ilişkin literatürdeki tartışmalar ve sistemin pazarda doğurduğu etkiler ele alınacaktır. Son bölümde ise ikili dağıtımın uygulamadaki yansımalarına değinilecek ve bu kapsamda rekabet otoriteleri ile mahkemelerin ikili dağıtıma yönelik yaklaşımlarını ortaya koyan örnek kararlara yer verilecektir.

¹ İşbu çalışmada ikili dağıtıcı kavramı doğrudan ve dolaylı dağıtım sistemlerini birlikte kullanan üreticiler için kullanılmaktadır.

BÖLÜM 1

DAĞITIM KANALLARI VE İKİLİ DAĞITIM KAVRAMI

1.1. DAĞITIM KANALLARI

Dağıtım, Amerikan Pazarlama Birliği (AMA) tarafından ‘‘Pazarlama faaliyetleri ile ürünleri nihai tketiciciye taşıma eylemi’’ olarak tanımlanmaktadır². Genel olarak dağıtım, maddi ve/veya gayri maddi mallar üzerindeki ekonomik gücün bir ekonomik sjeden diğerine transferini sağlayan tüm faaliyetleri içermektedir (Segetlija vd. 2011, 786). Bu transferin gerçekleşmesini sağlayan dağıtım kanalı, bir ürünün üreticiden herhangi bir aracı vasıtasıyla son kullanıcıya ulaştığı yoldur³.

20. yüzyılın sonlarından itibaren artan rekabet ortamıyla birlikte, teşebbüslerin iş modellerinin merkezinde tüketicici tercihleri yer almaya başlamıştır (zdemir 2004, 90). Pazardaki yerini sağlamlaştırmak ve ürünlerini daha geniş tüketicici gruplarına ulaştırmak için birbirleriyle yarışan üreticiler, tüketicici gereksinimlerini eksiksiz bir şekilde karşılayabilmek için; ürünlerini tüketicici gruplarının istedikleri yerde, zamanda ve miktarda bulunduracak şekilde etkin bir dağıtım sistemi oluşturmalıdır (Delihoca 2008, 3). Nitekim iyi kurulmuş bir dağıtım modeli, teşebbüsün pazardaki rekabetçi üstünlüğünü artıran bir unsurdur. Bu nedenle asıl rekabetin teşebbüsler arasında değil dağıtım kanalları arasında ortaya çıktığı ileri sürülmektedir (Karartı 1999).

Dağıtım, özellikle küresel ölçekte faaliyet gösteren ve yeni coğrafı pazarlara açılmak isteyen teşebbüsler için önemli bir rol oynamaktadır. Zira rnlerinin dünya çapında satışını gerçekleştirmek isteyen üreticiler, gerekli dağıtım ağının kurulması için ciddi maliyetlere katlanmakta ve haliyle dağıtım kanallarının doğru

² <https://marketing-dictionary.org/d/distribution/>, Erişim Tarihi: 08.10.2020.

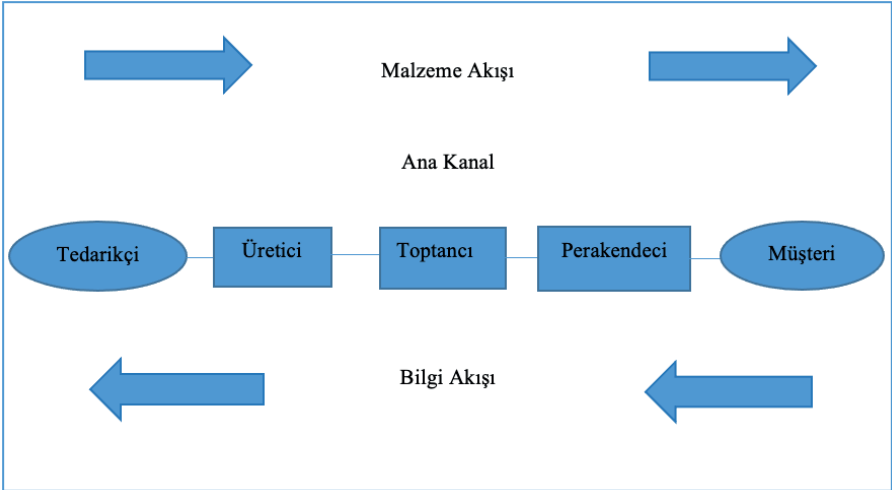
³ <https://marketing-dictionary.org/d/distribution-channel/>, Erişim Tarihi: 08.10.2020.

bir şekilde belirlenmesi bu üreticiler için büyük önem taşımaktadır (Golubkina 2019, 5).

Dağıtım sürecinin sekteye uğramaması amacıyla, üreticiye girdi sağlayan üst pazardaki tedarikçiden nihai müşteriye ürünü ulaştıran ve satış sonrası destek veren alt pazarda yer alan tüm oyunculardan oluşan ağın bütününün yönetimi, üretici için önemli bir hâle gelmiştir (Özdemir 2004, 90). Nitekim üreticiler ürün, hizmet ve bilgi akışlarının aktarımını sağlayan ağın bir bütün olarak ele alınmasına ve tüm oyuncularla iş birliği geliştirilmesine odaklanmışlardır. Söz konusu iş birliğinin gerçekleştirilmesini sağlayan süreç tedarik zinciri yönetimi olarak adlandırılmaktadır (Ecevit 2002).

Tipik bir tedarik zinciri yönetiminde, nihai ürünü elde edebilmek için üst pazarda faaliyet gösteren tedarikçiden ham madde temin eden üretici, ürünlerini nihai tüketiciye ulaştırmak amacıyla iş modeline ve ürün veya hizmetin türüne bağlı olarak bir dağıtım metodu belirlemek durumundadır (Chand ve Awasthi 2019, 2). Anılan dağıtım ağında yer alan temel oyuncular: Tedarikçi, üretici, toptancı, perakendeci ve müşteriden oluşmaktadır.

Şekil-1: Klasik Tedarik Zinciri Modeli



Kaynak: Chuang ve Shaw (2000, 150).

Tedarik zincirinde tedarikçiden müşteriye uzanan kanal boyunca mal ve hizmet akışı sağlanırken, müşteriden tedarikçiye uzanan bilgi akışı sayesinde üreticiler pazar eğilimlerini takip etmekte ve yapılan geri dnler neticesinde ürünün niteliğinde, satış koşullarında, fiyatında ve diğer özelliklerinde değişiklikler yaparak yeni stratejiler belirleyebilmektedirler (Durmuoğlu 2006, 6). Bu doğrultuda üreticilerin tercih ettikleri dağıtım metotları değiebilmekte dolayısıyla farklı özelliklere sahip dağıtım kanalları ortaya çıkmaktadır.

Dağıtım kanallarına yönelik farklı kriterler esas alınarak yapılan birçok sınıflandırma bulunmakta olup dağıtım sürecine dâhil olan aracılarn kullanım yoğunluğuna göre yapılan sınıflandırma bunlardan bir tanesidir. Yoğunluğuna göre dağıtım kanalları: Yoğun dağıtım, sınırlı dağıtım ve seçici dağıtım olarak üç gruba ayrılmaktadır (Delihoca 2008, 15). Yoğun dağıtım, tüketicilerin günlük kullanım için sıklıkla alım gerçekleştirdiği ürün grupları için kullanılan bir dağıtım kanalıdır. Yoğun dağıtım kanalını kullanmayı tercih eden üreticiler, ürünlerini mümkün olduğunca fazla satış noktasına ulaştırmak amacıyla birçok farklı aracı ile çalışmaktadırlar (Adalı 2010, 9). Sınırlı dağıtım kanalında üretici marka imajını korumak ve müşteri memnuniyetini sağlamak amacıyla aracı sayısını sınırlandırmakta ve yalnızca bir tane aracı ile çalışmaktadır (Karakaya 2014, 21). nc dağıtım stratejisi olan seçici dağıtım, aracı sayısı ve üreticinin dağıtım kanalı üzerindeki denetim mekanizması itibarıyla yoğun ve sınırlı dağıtım kanallarının arasında konumlanmaktadır (Adalı 2010, 9). Seçici dağıtım stratejisinde üreticinin, ürününün yalnızca belirlenen kriterleri taşıyan satış noktalarında bulunmasını sağlayacak şekilde seçilmiş yeniden satıcılardan oluşan bir dağıtım ağı kurabilmesi ve bu amaçla alıcılara sistem dışına mal vermeme yükümlülüğü getirebilmesi mümkündür (Koç 2005, 15).

Dağıtım kanalının içerdiği aracı sayısı bakımından yapılan bir diğer sınıflandırma yöntemine göre dağıtım, doğrudan ve dolaylı dağıtım olarak ikiye ayrılmaktadır (Adalı 2010, 8). Doğrudan dağıtımda üretici herhangi bir aracı kullanmadan tüketicie doğrudan ürün veya hizmet tedarik etmektedir (Durmuoğlu 2006, 7). Bu amaçla üreticiler doğrudan kendi perakende satış noktalarını oluturabilmekte veya kapıdan kapıya satış, e-ticaret, katalog ve doğrudan postalama yollarıyla satış gerekletirebilmektedirler (Adalı 2010, 8).

Dolaylı dağıtım kanalında ise üreticiler ürünlerini toptancı veya perakendeci gibi araçlar vasıtasıyla tüketiciye ulaştırmaktadırlar (Karakaya 2014, 19). Bunun yanı sıra, üreticilerin doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarını eş zamanlı işletebilmesi mümkün olup, bu dağıtım metodu ikili dağıtım olarak anılmaktadır (Lianos 2009, 172).

Dağıtım kanallarının sınıflandırılmasına ilişkin farklı yöntemler mevcut olmakla birlikte çalışmanın konusunun ikili dağıtım sistemi olması itibarıyla ilerleyen bölümde doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarına ilişkin açıklamalara yer verilecek, ardından bu iki dağıtım kanalının bir karması olan ikili dağıtım sistemi ele alınacaktır.

1.1.1. Doğrudan ve Dolaylı Dağıtım

Ekonomik hayattaki gelişmeler, tüketiciye ürün veya hizmetin daha verimli şekilde teslim edilebilmesi için dağıtım yapılarında yapılan değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Banks (2019, bl. 2, 226)'e göre bazı durumlarda üreticiler tamamen üretim sürecine odaklanıp pazarlama, satış ve dağıtım süreçlerini uzmanlaşmış teşebbüslerin yürütmesini tercih edebilmekte; kimi zaman ise alt pazardaki satış faaliyetlerine daha yakından dâhil olmak isteyebilmektedirler. Diğer bir durumda ise üreticiler her bir tüketici grubu için daha efektif bir metotla bu iki yapının bir kombinasyonu olan doğrudan ve dolaylı satış kanallarını birlikte kullanabilmektedirler.

Bir üretici üretim, satış ve dağıtım işlevlerini kendi kaynaklarıyla yerine getirmek istemesi durumunda, tedarik zincirinin birden fazla aşamasında yer alacak ve dikey bütünleşik bir yapıya sahip olacaktır (Whish ve Bailey 2012, 618). Doğrudan dağıtım olarak adlandırılan bu yöntem aynı zamanda “sıfır aşamalı dağıtım” olarak da tanımlanmaktadır⁴. Dikey bütünleşik bir üretici perakende satış mağazalarıyla tüketici ile doğrudan temas kurabileceği gibi fiziki bir satış mağazası oluşturmaya gerek kalmaksızın doğrudan kendi internet sitesi üzerinden ürünlerinin satışını gerçekleştirebilmektedir (Whish ve Bailey 2012, 618). Rekabetçi üstünlük elde edebilme amacıyla gerçekleştirilen dikey bütünleşmeler üreticinin dağıtıcı veya perakendecinin işlevlerini yerine getirmesi ile gerçekleşebileceği

⁴ <https://sites.duke.edu/perspective/2020/02/28/distribution-channels-types-and-examples/>, Erişim Tarihi: 24.09.2020.

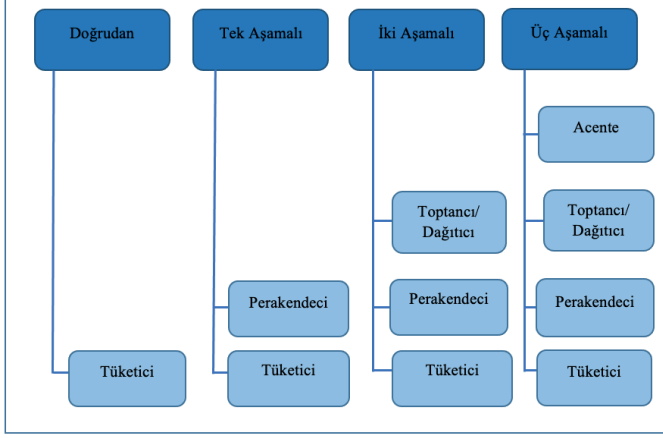
gibi, aksi yönde dağıtıcı veya perakendecinin üretici rolünü stlenmesiyle⁵ de meydana gelebilecektir. (Adalı 2010, 1).

Doğrudan dağıtım kanalının, üreticiye tüketicilerin satın alma alışkanlıklarını doğrudan gözleme imkânı sağladığı söylenebilecektir. Nitekim retici, pazar hakkında doğru ve hızlı bilgiye ulaşıp tüm dağıtım kanalı üzerinde güçlü bir kontrol mekanizması oluşturmakta, ilaveten fiyatları ve satışları yakından takip edebileceği bir pozisyona erişmektedir (Adalı 2010, 12).

Doğrudan dağıtım modelini tercih etmeyen üreticiler ise ürünlerinin dağıtımını gerçekleştirmek üzere bağımsız dağıtıcılardan hizmet almaktadır. Mal ve hizmetlerin son kullanıcıya tedarik edilmesi sürecine bağımsız dağıtıcıların dâhil edilmesiyle oluşturulan dağıtım modeli dolaylı dağıtım olarak adlandırılmaktadır (Eggert vd. 2012, 78). Dolaylı dağıtım tek kademeli olabileceği gibi iki veya daha fazla aşamadan da oluşabilmektedir (Durmuşoğlu 2006, 7). Bir başka deyişle, üretici ve müşteri arasında tek bir aracı olabileceği gibi, birden fazla oyuncu da yer alabilmektedir. Aşağıda doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarına ilişkin görsele yer verilmektedir:

⁵ Market markalı ürünler (*private label products*) bu duruma örnek teşkil edebilecektir. Market markalı ürün, bir perakendecinin doğrudan kendi satış noktasının adı veya üreticinin mnhasırın o perakendeci için ürettiği bir marka adı altında satılan ürünler için kullanılan bir terimdir (Lianos 2009, 174). Market markalı ürünler perakendecinin üretim seviyesinde üretici ile rakip konumuna gelmesine sebep olmaktadır. Bu itibarla market markalı ürünler ile ikili dağıtım, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki oyuncularını rakip hâle getirmesi sebebiyle benzerlik göstermektedir (Gilo 2008, 140).

Şekil-2: İçerdiği Aracı Sayısına Göre Sınıflandırılan Dağıtım Kanalı Türleri



Kaynak: Golubkina (2019, 6).

Dolaylı dağıtım kanalına ihtiyaç duyulmasının en temel sebebinin maliyet ve etkinlik kazanımı olduğu söylenebilecektir. Zira dolaylı dağıtım doğrudan dağıtıma kıyasla daha az yatırım maliyeti gerektirecektir (Eroğlu 2005). Bu sebeple üreticilerin kendi dağıtım ağlarını kurabilmeleri için yeterli finansmanı bulunmadığı durumda dolaylı dağıtım tercih edilebilir olacaktır.

Dağıtım sürecine araçların dâhil edilmesiyle üreticinin tüm süreci tek başına yönettiği duruma kıyasla aracının sahip olduğu tecrübe, müşteri ile süregelen iletişimi ve uzmanlığı ile daha verimli sonuçlar elde edilebilecektir (Delihoca 2008, 10). Küresel pazarlar bağlamında dolaylı dağıtım kanalı, üreticinin kendi dağıtım ağı ile erişemediği pazarlara ve müşterilere ulaşmasını sağlayacaktır. Böylece üreticinin hem bilinirliği artacak hem de satış miktarında artış meydana gelecektir⁶.

Dolaylı dağıtımın sağladığı avantajların yanı sıra dezavantajları da mevcuttur. Örneğin, dağıtım kanalında oyuncu sayısının fazla olması üreticinin dağıtım süreci üzerindeki denetim ve takip mekanizmasını zayıflatabilecektir. Buna ilaveten, bağımsız dağıtıcı ile üretici arasındaki iletişim yetersizliğinden dolayı bilgi aktarımı sekteye uğrayabilecek ve dağıtım etkinliği bozulabilecektir (Delihoca

⁶ <https://sites.duke.edu/perspective/2020/02/28/distribution-channels-types-and-examples/>, Erişim Tarihi: 24.09.2020.

2008, 13). Bilgi aktarımındaki verimsizlik, tüketicinin istek ve şikâyetlerine ilişkin geri bildirimimin üreticiye etkin bir şekilde ulaştırılmadığı durumlarda üreticinin tüketici gözündeki imajını zedeleyebilecektir.

Görüldüğü üzere, salt doğrudan veya dolaylı dağıtım kanalının kullanımı olumlu ve olumsuz yönleri bir arada barındırmaktadır. Günümüzde üreticiler farklı tüketici kesimlerine ulaşma arzusuyla birden fazla dağıtım kanalını aynı anda kullanmaya başlamışlardır. Hedef pazarlara hizmet sağlama güdüsüyle birbiri ile rekabet eden dağıtım kanallarının birlikte kullanıldığı dağıtım modeli ikili dağıtım veya melez (hibrit) dağıtım olarak tanımlanmaktadır (Durmuşoğlu 2006, 8).

1.1.2. İkili Dağıtım

Bir dağıtım kanalı türü olarak ikili dağıtım, üreticinin veya tedarik zincirinin herhangi bir seviyesinde faaliyet gösteren bir aracının, aynı ürünü nihai tüketiciye ulaştırmak üzere birden fazla dağıtım kanalını birlikte kullanmasıdır (Kurtoğlu 2008, 141). Dutta vd. (1995, 193) ikili dağıtım, müşteri gruplarının dağıtım kanalları arasında tayin edildiği tek bir coğrafi alanda doğrudan ve dolaylı kanalın dağıtım işlevini eş zamanlı olarak gerçekleştirmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre iki kanal aynı coğrafi pazarda ancak farklı müşteri gruplarına hizmet sağlamaktadır. Frazier (1999, 232), müşteri gruplarına⁷ göre yapılan tanıma ilaveten farklı bir yaklaşımla ikili dağıtımın, aynı ürünü aynı hedef pazara satmak için birden fazla kanalın kullanıldığı dağıtım modeli olarak da tanımlanabileceğini belirtmektedir. Bu tanıma göre her iki kanal da ilgili ürünü aynı müşteri grubuna satmayı hedeflemektedir. Frazier (1999, 232) ayrıca, marka içi rekabetin esasen ikinci tanımda belirtilen şekilde doğrudan ve dolaylı kanalların aynı hedef pazara satış gerçekleştirdiğinde oluşmasını beklemekle birlikte ilk tanımdaki müşteri ayırımında dahi küçük ve orta ölçekli müşterilere satış yapması amaçlanan dolaylı kanalın büyük müşterilere de satış yapmayı arzu etmesi hâlinde bir ölçüde marka içi rekabetin gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir.

Avrupa Komisyonu (Komisyon) Dikey Kısıtlamalara İlişkin Rehber'inde (Dikey Rehber)⁸ ikili dağıtım, tedarikçinin bahse konu ürünün hem üreticisi hem

⁷ Üreticinin genellikle büyük müşteri gruplarına doğrudan satış yapmayı tercih edip orta ve küçük ölçekli müşteriler için ise dolaylı dağıtım kanalını kullanacağı varsayımına dayanmaktadır.

⁸ Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 130/01, (2010), para. 28.

dağıtıcısı olduğu; alıcının ise yalnızca dağıtım seviyesinde faaliyet gösterip üretim seviyesinde tedarikçi ile rakip olmadığı dağıtım sistem olarak tanımlamaktadır. Bir başka ifadeyle üretici aynı zamanda dağıtıcı olarak hareket ederek ürününün dağıtımını gerçekleştiren bağımsız dağıtıcılar ile rekabet eder hâle gelmektedir.

Doğrudan ve dolaylı dağıtım kanalının bir arada kullanıldığı ikili dağıtım, kısmi bir dikey bütünleşme biçimidir (Zwirb 1988, 1273). İkili dağıtım sisteminde, üreticinin mal ve hizmetleri hem kendi dağıtım kanalıyla doğrudan nihai tüketiciye hem de aynı mal ve hizmetin nihai tüketiciye yeniden satışını gerçekleştirecek olan bağımsız dağıtıcılara satması sebebiyle üretici dikey ilişki içinde bulunduğu bağımsız dağıtıcı ile aynı zamanda dağıtım seviyesinde rakip konumunda yer almaktadır (Graulich 2017, 3). Bu itibarla alışlagelmiş bir dağıtım modelinin aksine, ikili dağıtım üretici ve dağıtıcı arasında hem yatay hem dikey ilişkinin bir arada var olması sonucunu doğurmaktadır (Chand ve Awasthi 2019, 2). İkili dağıtıcı kendi dağıtım ağı içinde alt pazarda oluşturduğu rakiplik ilişkisine (alt pazardaki marka içi rekabet) ilaveten, ilgili pazardaki diğer tüm dağıtıcılarla (alt pazardaki markalar arası rekabet) rekabet etmektedir (Lake 2011, 175).

İkili dağıtım sistemi farklı yapılar da oluşturulabilmektedir. Bağımsız dağıtım ağı toptancılar, perakendeciler veya her ikisi tarafından işletilebilmekte; münhasır veya münhasır olmayan dağıtıcıları içerebilmektedir⁹. Serbest bir ağ veya seçici bir dağıtım sistemi kurulabileceği gibi bir *franchise* yapılanması olarak organize edilebilmektedir¹⁰. Üretici kendi çevrim içi mağazası ve/veya fiziki perakende mağaza ağı aracılığıyla doğrudan hedef pazara satış yapabilmekte ve kendi mağazaları için belirli bölgeleri koruyarak bağımsız bir münhasır dağıtım sistemi kurabilmektedir¹¹. Kısacası ikili dağıtımın birçok farklı yapıda görmek mümkündür.

Günümüzde özellikle e-ticaret pazarına yönelimin artması ve lojistik sektörünün gelişimiyle birlikte, ikili dağıtım modeli artık bir istisnadan çok çoğu sektörde iş modellerinin temeli hâline gelmiştir (Gundlach ve Loff 2013, 14). Segetlija vd. (2011, 791)'ye göre ikili dağıtım tek bir dağıtım kanalının

⁹ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2021/on-topic/the-vber-and-vertical-guide-lines-revision-or-reform-reflection-on-critical-98100-en>, Erişim Tarihi: 18.02.2021.

¹⁰ Agk., s. 34.

¹¹ Agk., s. 34.

kullanılmasına kıyasla daha etkili bir dağıtım metodudur. Zira bu görüşe göre ikili dağıtım modelinde mevcut olan karma yapı, dağıtım kanalının kapsamını ve kontrolünü optimize ederken dağıtım maliyetlerini de azaltmaktadır.

1.2. İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNİN KULLANIM ALANLARI VE AMAÇLARI

Bilgi teknolojilerinin ve e-ticaretin hızlı gelişimi, ürünlerinin dağıtımını geleneksel bir şekilde perakendeciler aracılığıyla gerçekleştiren üreticilerin doğrudan satış kanalına entegre olmasını kolaylaştırmıştır (Chiang vd. 2003, 1). Çevrim içi satış kanallarının gelişimi üretici için alternatif bir doğrudan satış kanalı doğurarak, pazarlama maliyetlerinin azalmasını ve etkinliğin artmasını sağlamakta ve aynı zamanda tüketiciye zaman tasarrufu sağlayarak tüketici faydası yaratmaktadır (Ying 2018, 204).

Doğrudan ve dolaylı dağıtımın birlikte kullanılması fiziki satış mağazalarının yanı sıra çevrim içi satış kanallarında da sıklıkla görülmektedir. Üreticiler e-ticaret pazarındaki satışlarını hem kendi internet siteleri vasıtasıyla hem de üçüncü taraf alıcılarının internet siteleri aracılığıyla gerçekleştirmektedir (Graulich 2017, 3). E-ticaret kanalıyla üreticinin doğrudan satış yapması aynı ürünü nihai tüketiciye satmak üzere üreticiden satın alan ve çevrim içi veya çevrim dışı satış kanallarında faaliyet gösteren perakendeciler üzerinde rekabetçi bir baskı oluşturmaya başlamıştır. Bu rekabetçi baskı perakende satış fiyatının düşmesi ve hizmet kalitesinin artması gibi sonuçlar doğurarak tüketici refahını olumlu yönde etkileyebilecektir (Ying 2018, 205). Park ve Keh (2003, 165)'e göre, çevrim içi doğrudan satış kanalı ikili dağıtım modelinin genel performansını artırırken geleneksel perakendecilerin kârlılıklarının azalmasına sebep olabilecektir.

Çevrim içi kanallar her ne kadar geleneksel kanal üzerinde rekabetçi baskı oluştursa da¹² fiziki satış mağazaları tüketiciye doğrudan uzman satış ekiplerince ilgili ürün hakkında bilgilendirme yapılması gibi imkânlar sunması itibarıyla hâlen önemini korumaktadır. Nitekim çevrim içi satış kanalları tek başına bir dağıtım modeli olmaktan ziyade, fiziki mağazacılığı destekleyen bir satış kanalı

¹² 29.05.2018 tarihli ve 18-16/293-146 sayılı karar.

olarak teşebbüslerin dağıtım ağının bir parçası haline gelmiştir (Börühan vd. 2017, 202). Bu doğrultuda üreticiler diğer dağıtım modellerinde olduğu gibi ikili dağıtım sisteminde de hem çevrim içi satış kanalları üzerinden hem de fiziki satış mağazaları aracılığıyla satış gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla ikili dağıtım çevrim içi ve çevrim dışı satış kanallarında birlikte işletilmektedir.

İkili dağıtım sistemine entegre olmuş üreticilerin bu sistemi benimsemelerinin birçok sebebi mevcuttur. Örneğin, bir üretici ürünlerinin tamamının dağıtımını sağlayacak yeterli düzeyde dağıtım ağına sahip olmaması durumunda dağıtım ağının el verdiği ölçüde kendi kaynaklarını kullanıp kalan kısım için bağımsız dağıtıcılardan hizmet almayı tercih edebilecektir (Lemley ve Leslie 2007, 38). Bu durum posta/kargo taşımacılığı sektöründe sıklıkla karşımıza çıkmaktadır¹³.

İkili dağıtım, üreticiye dağıtıcılarının performansını gözlemleme imkânı yaratmaktadır. Üretici dağıtım seviyesinde yer alarak nihai tüketici için sunulan dağıtım hizmetine ilişkin optimal seviyede nitelikli bilgiyi toplayabilecek; böylelikle dikey ilişkilerini belirleme hususunda bu bilgileri dikkate alabilecektir (Yehezkel 2003). Üretici ikili dağıtım sistemi ile pazardaki prestijini korumayı, dağıtıcıların fırsatçı davranışlarını¹⁴ engellemeyi ve satış öncesi hizmetlerin sağlanmasını teşvik etmeyi amaçlamakta; ilaveten dağıtım ağının genişlemesiyle öncesinde ulaşamadığı tüketici gruplarına hizmet sunma fırsatı yakalamaktadır (Lianos 2009, 173).

Gundlach ve Loff (2013, 4)'a göre, tüketici portföyü bir ürün veya hizmetin sunumuna atfedilen değer açısından farklılık arz ettiğinde farklı dağıtım kanallarının bir arada kullanılması tüketici ihtiyaçlarına cevap verebilme açısından etkili bir yöntem olacak ve üreticinin daha geniş pazarlara hitap edebilmesini sağlayacaktır. Nitekim Komisyon *Celsa/Fundia* kararında¹⁵ aynı ürünün doğrudan ve dolaylı kanalla dağıtımının hizmet sunulan tüketicilerin

¹³ Bkz. Case No. COMP/M.6570-UPS/TNT Express, (2013); 16.01.2020 tarihli ve 20-04/47-25 sayılı karar.

¹⁴ Örneğin üretici farklı fiyat esnekliklerine sahip tüketiciler için fiyat farklılaştırmasına gidebilecektir. Dolaylı dağıtım kanalında fiyata olan duyarlılığı yüksek olan tüketiciler için üreticinin yaptığı indirimin tamamının nihai tüketiciye yansıtılması garanti edilemeyecektir. Zira dağıtıcı anılan indirimin bir kısmını kendine saklayıp nihai tüketiciye üreticinin arzu ettiğinden daha yüksek fiyat yansıtabilecektir.

¹⁵ Case No COMP/M.4225, (2006).

farklılıkları ve dağıtım kanalının tüketicici ihtiyaçlarına hızlı dönüş yapabilmek yeteneğine bağlı olarak farklılaşabildiğini belirtmiştir. Bu nedenle ikili dağıtım sisteminin benimsenmesinin ana unsurlarından biri, farklı önceliklere sahip olan tüketicici kitlelerinin ihtiyaçlarına cevap bulmaktır. Farklı satış kanallarının bir arada kullanılması tüketicici tercihlerine göre özgülenmiş hizmet sunumu sağlayarak üreticinin pazardan aldığı payı artırmakta ve kârlılığını yükseltmektedir (Gundlach ve Loff 2013, 4).

İkili dağıtım küresel ölçekte faaliyet gösteren teşebbüsler için yeni pazarlara girişin risklerini azaltırken aynı zamanda üreticinin dağıtım sürecindeki kontrolünü mümkün olduğunca korumasını sağlamaktadır (Golubkina 2019, 8). Zira reticinin yeni bir pazar için kendi dağıtım ağını oluşturması maliyetli olmakla birlikte dağıtımı yalnızca aracılar vasıtasıyla gerçekleştirmesi de üreticinin denetim mekanizmasını azaltacağından verimsiz olabilecektir. Dolayısıyla ikili dağıtım, doğrudan ve dolaylı dağıtım kanalının birlikte kullanılmasıyla bu tür problemlerin asgari seviyede görülmesini sağlayabilecektir.

Coate ve Fratrick (1986, 4) ikili dağıtımın, dinamik yapıya sahip bir pazarın getirdiği değişikliklere uyum sağlama stratejisi olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, şayet ilgili ürün karmaşık bir yenilikçi teknoloji içeriyorsa ve bağımsız dağıtıcılar her geçen gün değişen ve gelişen pazarda gerekli promosyon ve hizmeti sağlamakta yetersiz kalıyorsa üreticinin dağıtım seviyesinde de faaliyete geçmesi elzem olabilecektir.

Sağlam bir şekilde kurulan ve işletilen doğrudan ve dolaylı dağıtım sistemi, dağıtım sürecinde birbirine destek olacak ve rakip markalar karşısında üreticinin rekabetçi gücünü artıracaktır (Banks 2019, bl. 6, 19). Bununla birlikte ikili dağıtım sisteminden azami verim alabilmek için üreticiler bu karma yapıda doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarının kullanım oranlarını doğru bir şekilde belirlemelidir. Aksi takdirde ikili dağıtıcı kurduğu modelde zarara uğrayabilecektir. Nitekim Golubkina (2019, 20), rn özelliklerinin doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarının kullanım oranlarını belirleyen önemli bir faktör olduğunu göstermiştir. Örneğin; hızlı tketicim malları, dayanıklı tketicim malları ve sanayi ürünleri kıyaslandığında her bir ürün tipi için dağıtım kanallarının optimal kullanım oranları farklılaşacaktır.

İkili dağıtım en genel tabirle üreticinin çıktı miktarını artırıp dağıtım maliyetlerini azaltarak tek bir dağıtım kanalından elde edilemeyecek rekabetçi faydalar sunabilecektir. Nitekim üretici doğrudan dağıtım kanalının sağladığı avantajları elde ederken eş zamanlı olarak dolaylı dağıtım kanalını kullanarak bağımsız dağıtıcıların dağıtım sisteminin geneline sağladığı katkılardan da yararlanacaktır (Arnold vd. 2016, 9-10). Bununla birlikte ikili dağıtımın negatif etkiler doğurması da mümkündür. İkili dağıtım bedavacılığı önlediği ve dağıtım modelini geliştirdiği sürece fayda sağlarken tüketici tercihlerini azalttığı ve işlem maliyetlerini artırdığı sürece etkinsizliğe neden olabilecektir (Gundlach ve Loff 2013, 14).

İkili dağıtım sağladığı faydalarla üreticiye rakipleri karşısında rekabetçi üstünlük kazandırabilecektir. Bununla birlikte bu sistemin doğası gereği karma bir yapı içermesi rekabet karşıtı etkilere zemin oluşturabilmektedir. Bu bağlamda çalışmanın bir sonraki bölümünde ikili dağıtım modelini benimseyen teşebbüslerin eylemlerinin ne gibi rekabet sorunlarına yol açabileceğine yönelik tartışmalara yer verilecektir.

BÖLÜM 2

İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNİN REKABET HUKUKUNA YANSIMALARI

İKili dağıtım sistemi için güçlü verimlilik argümanları olsa da bu sistemin rekabet karşıtı etkiler doğurması da söz konusudur. İkili dağıtımın melez yapısı neticesinde rekabeti artırıcı ve rekabet karşıtı etkileri bir arada barındırması mümkündür. Sistemin bir gereği olan üretici ve dağıtıcı arasındaki alt pazarda gerçekleşen rakiplik ilişkisi salt üretim seviyesinde faaliyet gösteren üretici ile dağıtıcı arasındaki ilişkiden farklılık arz etmektedir. Nitekim, bir üreticiyi alt pazardaki dağıtıcıları arasında rekabeti artırmaya teşvik eden piyasa faktörleri, aynı üretici dağıtım seviyesinde de rol aldığında daha az etkili olacaktır¹⁶.

İKili dağıtım sisteminin varlığı bağımsız dağıtıcının karar alma özgürlüğünün veya rekabet etme yeteneğinin kısıtlanmasıyla bir araya geldiğinde rekabet karşıtı etkiler doğmaya başlayacaktır (Zwirb 1988, 1283). Nitekim ikili dağıtımı konu eden birçok kararda görüleceği üzere, tartışmaların merkezi üreticinin dağıtım seviyesindeki varlığından ziyade, bu üreticinin bağımsız dağıtıcılar üzerinde uyguladığı kısıtlamalara odaklanmaktadır. Tartışmanın devamında ise ihlale konu olan eylemin üretici tarafından dağıtıcıya dikte edilen dikey bir kısıtlama mı veyahut alt pazarda rakipler arası yatay bir anlaşmadan doğan rekabeti kısıtlayıcı bir eylem mi olduğu ele alınmaktadır.

Bu bağlamda çalışmanın bu bölümünde öncelikle hâkim durumdaki veya yüksek pazar gücüne sahip bir teşebbüsün ikili dağıtım sistemini benimsemesi durumunda bağımsız dağıtıcılar üzerinde oluşabilecek dışlayıcı etkiler ele

¹⁶ *Abadir Co. v. First Mississippi Corp.*, 651 F.2d 422, (1981), para. 427.

alınacaktır. Sonrasında ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcı arasında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın rekabet hukukundaki yatay-dikey ihlal tanımı çerçevesinde ne şekilde değerlendirileceği ve son olarak ikili dağıtımın fiyatlara ve tüketici refahına etkileri incelenecektir.

2.1. İKİLİ DAĞITIMIN PAZAR GÜCÜYLE BİRLİKTE OLASI ETKİLERİ

Kural olarak ikili dağıtım, kendi başına rekabetçi endişe yaratmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Bölge Mahkemesi *Ford Motor* kararında¹⁷ bir otomobil üreticisinin bağımsız satıcıların yanı sıra kendi satış noktaları aracılığıyla perakende düzeyinde faaliyet göstermesinin kendi başına yasal olduğunu¹⁸, ancak bu sistemin önemli bir pazar gücüne sahip ve alt pazara vazgeçilmez nitelikte bir girdi sağlayan üretici tarafından benimsendiğinde rekabetçi endişelerin ortaya çıkabileceğini¹⁹ vurgulamıştır.

Rekabet hukukunda ilgili ürün ve ilgili coğrafi pazarın doğru bir şekilde tanımlanması özellikle hâkim durum vakalarında kritik bir öneme sahiptir (Ulaş 2007, 39). Söz konusu pazar tanımı kapsamında yüksek pazar gücüne sahip bir üreticinin aynı zamanda ikili dağıtıcı olarak uyguladığı kısıtlamaların etkinlik kazanımı doğurduğunu güçlü gerekçelere dayandırması gerekecektir. Zira yüksek pazar gücü ile birlikte makul görülecek gerekçelere dayanmayan ve bağımsız dağıtıcıların pazardan dışlanmasına yol açan davranışlar en riskli görülebilecek senaryoyu oluşturmaktadır (Banks 2019, bl. 6, 25).

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin çeşitli uygulamaları ikili dağıtım modelinde bağımsız dağıtıcıların pazardan dışlanmasına yol açabilecek etkilere neden olabilecektir. Fiyat ayrımcılığı bu tür uygulamalara örnek olarak verilebilecektir. Fiyat ayrımcılığı, ikili dağıtıcı kendi bünyesindeki dağıtıcısına bağımsız dağıtıcılara sunmadığı fiyat ve promosyon avantajları sunduğunda gündeme gelebilecektir (Banks 2019, bl. 6, 62). Dikey bütünleşik yapıların fiyat ayrımcılığını kolaylaştırdığı bilinmekte olup özellikle ikili dağıtım ağının kullanımı fiyat ayrımcılığı uygulama motivasyonu ile gerçekleştirilebilecektir (Hovenkamp

¹⁷ *Rea v. Ford Motor Co.*, 355 F. Supp. 842, (1973).

¹⁸ Agk., para. 865.

¹⁹ Agk., para. 867.

1984, 598). Öte yandan Coate ve Fratrick (1986, 7)’e göre ikili dağıtıcının fiyat ayrımcılığı uygulamaları her zaman rekabet karşıtı olmayabilecektir. Zira fiyat ayrımcılığı “bazı durumlarda toplam refahı veya etkinliği artırdığı gerekçesiyle rekabet lehine bir uygulama olarak da kabul edilebilmektedir.”²⁰

Bulmash (2012, 390-392) alışmasında fiyat ayrımcılığını konu eden vakaların iletişim, akaryakıt, fotokopi makineleri ve yazıcılar, motorlu taşıtlar, yedek parça ve ulaşım araçları pazarlarında yoğunlaştığını ve anılan sektörlerin tamamında ikili dağıtım sisteminin yaygın biçimde kullanıldığını göstermiştir. OECD (1996, 49-50) tarafından da akaryakıt sektrindeki dikey bütünleşik yapılar nedeniyle dağıtım seviyesinde oluşan rekabet endişeleri ele alınmıştır. Söz konusu çalışmada, petrol rafinerilerinin ve ürün terminallerinin sahipliğini elinde bulunduran petrol tedarikçilerinin dikey bütünleşik yapı sonucunda alt pazardaki müşterileriyle rekabet hâlinde olduğu ve akaryakıt dağıtımını gerçekleştiren bu teşebbüslerin kendisiyle rekabet eden tedarikçilere ve bunların sahipliğindeki rafinerilere bağımlı olduğu belirtilmiştir. Çalışmanın devamında, bu bağımlılık durumunun petrol tedarikçisinin alt pazardaki rakiplerini pazardan dışlamak için tedarik sürecinde ayrımcı uygulamalara başvurması endişesini artırdığı ve bu ayrımcı uygulamaların fiyat ayrımcılığı şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi miktar sınırlamaları, teslimat veya diğer teminat koşulları üzerinde getirilen kısıtlamalarla da görülebileceği ifade edilmiştir.

Otomotiv sektöründe ikili dağıtımın sıklıkla tercih edilmesi haliyle motorlu taşıt üreticilerinin bağımsız dağıtıcıların pazar dışına itilmesine sebep olabilecek uygulamalarını gündeme getirmektedir. Motorlu taşıt üreticileri dağıtım ağını kurarken bağımsız yetkili satıcıların yanı sıra kendi sahipliklerindeki bağlı şirketler aracılığıyla da satış gerçekleştirebilmektedir (şengören 2012, 9). Bu yapı içinde üreticinin kendi sahipliğindeki bayileri sbvance etmesinin bağımsız dağıtıcıların pazardan dışlanmasına sebep olan bir uygulama olduğu iddiası *Chrysler*²¹ kararında ele alınmıştır. Ancak kararda motorlu taşıt üreticisinin kendi sahipliğindeki bayisini sbvance etmesi ile anılan bayinin herhangi bir yatırım şirketi veya banka aracılığıyla aynı desteği sağlaması arasında rekabetçi açıdan herhangi bir fark olmadığı değerlendirmesi yapılmıřtır²².

²⁰ Rekabet Terimleri Szluğ 2019, 79.

²¹ *Martin B. Glauser Dodge Co. v. Chrysler Corp.*, 570 F.2d 72, (1977).

²² Agk., para. 85-86.

Üretici ayrıca bağımsız dağıtıcılar üzerinde fiyat/marj sıkıştırmasını kolaylaştırmak için ikili dağıtım sistemini benimseyebilecektir (Lemley ve Leslie 2007, 39). İkili dağıtım sisteminin doğası gereği üretici dikey bütünleşik yapı içinde alt pazarda faaliyet gösterdiği için, üst pazardaki satış fiyatını yükseltip alt pazarda fiyatı düşürerek bağımsız dağıtıcıların pazardaki mevcudiyetini korumasını zorlaştırabilecektir. Bununla birlikte bu senaryo üreticinin hâkim durumda veya yüksek bir pazar gücüne sahip olduğu ve dağıtıcıların büyük ölçüde üreticiye bağımlı olduğu durumlarda geçerli olacaktır. Nitekim üreticinin pazar gücünden yoksun olduğu ve bağımsız dağıtıcıların üretici karşısında alıcı gücüne sahip olduğu durumda dağıtıcılar üreticinin fiyat artırma güdüsünü kısıtlayabileceklerdir (Gundlach ve Loff 2013, 8).

İkili dağıtım sistemine yönelik literatürde süregelen bir diğer tartışma konusu, sistem içindeki uygulamaların tekel konumuna gelebilmek veya bu konumu sürdürmek amacıyla kullanılıp kullanılmadığıdır. Hovenkamp (2005)'a göre, hâlihazırda pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüs ikili dağıtımı kullanarak bu gücü elde edemeyecektir. Dahası tekel konumunda olan bir teşebbüs dahi kendi sahipliğindeki dağıtıcıları kayırarak pazar gücünü artıramayacaktır. Zira bu görüşe göre, üretici pazar gücüne zaten sahipse perakende seviyesinde elde ettiği tekel kârını aynı zamanda üretim seviyesinde de elde edebilecektir.

Bork (1966, 471-472)'a göre, rasyonel bir üretici doğrudan ve dolaylı dağıtım kanalı arasında ayırım yapmaksızın bütüncül bir bakış açısıyla dağıtım sürecini yönetecektir. Bu görüşe göre, şayet doğrudan dağıtım kanalı verimsiz çalışıyorsa üreticinin bu kanalı bağımsız dağıtıcılar karşısında kayırması ikili dağıtıcının net gelirini azaltacak dolayısıyla bu eylem ikili dağıtım ile amaçlanan verimliliğin elde edilmesi ile ters düşecek bir davranış olacaktır. Bu doğrultuda, bağımsız dağıtıcının doğrudan dağıtım kanalıyla rekabet edememesi yalnızca doğrudan dağıtım kanalının daha verimli çalışmasından kaynaklı olacaktır.

Bir üretici ikili dağıtım metodunu kullanmayı tercih ettiğinde doğrudan ve dolaylı dağıtım kanallarının eş zamanlı işletilmesi ile etkinlik kazanımı elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda verimsiz çalışan bir dağıtım ağı ikili dağıtım modelinin işleyiş amacı ile ters düşeceğinden yazarın bu konudaki görüşüne katılmakla birlikte bu durumun hiçbir şekilde dışlayıcı

uygulama doğurmayacağı anlamına gelmediği düşünülmektedir. Zira yazarın yorumu dolaylı dağıtım kanalının yalnızca verimsiz çalışma sebebiyle pazardan dışlanmasına dayanmaktadır. Oysa rekabet hukuku bağlamında doğan endişe verimlilik argümanından ziyade esasen ikili dağıtıcının eylemleriyle suni bir Şekilde dışlama yaratıldığında oluşmaktadır. Nitekim Banks (2019, bl. 6, 29)'in ifade ettiği üzere, bağımsız dağıtıcıların pazar dışına itilmesiyle ikili dağıtıcı ile eskiye nazaran sayısı azalan dolaylı dağıtım kanalları arasında alt pazarda gerçekleşecek rekabetin azalacağı endişesi ortaya çıkmakta ve bunun bir sonucu olarak ikili dağıtıcının üst pazardaki hâkim durumu alt pazarda da hâkim duruma ve/veya yüksek bir pazar gücüne sebebiyet verebilmektedir. Görüldüğü üzere dolaylı dağıtım kanalı tamamen kapanmasa dahi hâkim durumdaki üreticinin eylemleri sonucu alt pazarda faaliyet gösteren oyuncu sayısının azalması da rekabetçi sorunların oluşmasına sebep olabilecektir. Bu endişe ikili dağıtıcının hâkim durumda olmasından kaynaklanmakta zira hâkim durumdaki teşebbüslerin eylemleriyle pazarın rekabetçi yapısını bozmama Şeklinde zel sorumluluğunun olduğu bilinmektedir²³. Öte yandan bu durum ikili dağıtıcının ilgili pazarda oldukça yüksek bir paya sahip olduğu ve kayda değer rekabetin ancak dağıtım seviyesinde gerekleşiği durumlarda muhtemel gözükmekte; pazar gücünün yokluğunda ise bağımsız dağıtıcıların işine son verilmesi suretiyle marka içi rekabetin azalmasının, markalar arası rekabeti etkileme olasılığının zayıf olduğu ileri sürülmektedir (Banks 2019, bl. 6, 77).

2.2. İKİLİ DAğITIM SİSTEMİNDE YATAY-DİKEY İKİLEMİ

Bir rn veya hizmetin tedarik sürecindeki ekonomik faaliyetler, bir ucunda üreticinin ve diğer ucunda nihai tüketicinin yer aldığı dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde meydana gelmektedir. Tedarik zincirine dâhil olan teşebbüslerin zincirin hangi aşamasında faaliyet gösterdikleri her zaman çok belirgin olmasa da ekonomik faaliyetlerin gerekleşiği seviye rekabet hukukunda teşebbüsler arasındaki ilişkiyi tanımlamakta referans noktası olarak kullanılmaktadır. Şöyle ki, tedarik zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren ve birbirleri ile rekabet hâlinde olmaları beklenen teşebbüslerin arasında yatay bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin, birbirine rakip iki markanın üreticisi veya bir ürünün bağımsız iki

²³ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, para. 2.

dağıtıcısı arasında yatay bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki kapsamında rakip iki teşebbüs arasındaki anlaşma ve sınırlamalar yatay anlaşma olarak adlandırılmaktadır²⁴. Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren (örneğin; üretici, toptancı, sağlayıcı, müşteri, lisans alan ve veren) teşebbüslerin aralarında ise dikey ilişki mevcuttur. Dikey kısıtlamalar çoğunlukla üretici veya toptancı tarafından ürünün dağıtıcısına veya perakendecisine getirilen sınırlamalardır²⁵.

Steiner (1991, 161-162)'a göre dikey ilişkileri içeren yapılarda aynı anda var olan iki tip rekabet söz konusudur. Birincisi, farklı dikey yapılar arasındaki yatay rekabet veya aynı dikey yapının perakendecileri arasındaki yatay rekabet; ikincisi, tedarik zincirinin farklı seviyelerinde yer alan taraflar arasında kârın paylaşımı hususunda gerçekleşen dikey rekabettir. Bu yapı içinde özellikle markalar arası rekabetin yeterli seviyede olmadığı ologopolistik pazarlarda marka içi rekabet, tüketici refahı açısından oldukça önem kazanmaktadır²⁶. Bu sebeple perakendeciler arasındaki marka içi rekabetin göz ardı edilmesi tüketicilere daha yüksek fiyatlar şeklinde yansiyabilecektir. Zira, perakendeciler markalar arası artan rekabetten elde edilen faydayı doğrudan tüketiciye yansıtmak yerine kendi marjlarını artırma güdüsünde olabileceklerdir (Lianos 2009, 169). Bu doğrultuda taraflar arasında rekabetin hangi seviyede ve hangi ilişki bağlamında oluştuğu önem kazanmakla birlikte, bu husus tarafların tedarik zincirinin birden fazla aşamasında yer aldığı karma ilişkilerde karmaşık bir hâle gelebilmektedir. Nitekim ikili dağıtım modelinde üretici ve dağıtıcı arasında kârın paylaşımı konusundaki dikey rekabete marka içi yatay rekabet eklenmiş bulunmaktadır.

Temel olarak rekabet hukuku uygulamaları amacı veya etkisi rekabeti kısıtlamak olan yatay anlaşmalara karşı daha katıdır²⁷. Öte yandan marka içi rekabeti azaltan etkisine rağmen dikey kısıtlamalar, markalar arası rekabete olumlu etkisi olabileceğinden yatay kısıtlamalara nazaran daha zararsız görülmektedir (Balasingham 2020, 271). Bunun sebebi dikey kısıtlamaların hem rekabet artırıcı hem de rekabet karşıtı etkileri birlikte barındırabilecek olmasıdır. Şöyle ki dikey kısıtlama içeren bir anlaşma tüketici faydası, üretimde etkinlik ve dağıtım

²⁴ Rekabet Terimleri Sözlüğü 2019, s. 158.

²⁵ Agk., s. 69.

²⁶ *Martin B. Glaiser Dodge Co. v. Chrysler Corp.*, 570 F.2d 72, (1977), para. 84.

²⁷ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/No-4-2008/conferences/the-vertical-horizontal-dichotomy-and-the-boundaries-of-art-81-ec>, Erişim tarihi: 11.09.2020.

süreçlerinin iyileştirilmesi ile sonuçlanabilirken; aynı zamanda giriş engelleri, pazardaki rekabetin kısıtlanması gibi sonuçlar da doğurabilmektedir (Chand ve Awasthi 2019, 2). Bu bağlamda rekabeti kısıtlayan bir uygulamanın doğurduğu esas etkilerin tespit edilebilmesi amacıyla kısıtlamanın rakipler arasında gerçekleşen yatay bir anlaşmadan mı doğduğu ya da dikey ilişki neticesinde mi gerçekleştiği ortaya konulmalıdır.

Teorik olarak yatay ve dikey kısıtlamaların ayrımı basittir ve bu iki kısıtlama biçiminin yaptırımları farklılaşmaktadır. Ancak ekonomik hayattaki deneyimler yatay ve dikey ilişkilerin bazen iç içe geçtiğini ve dağıtım ağlarının yatay kısıtlamalara yol açabildiğini ortaya koymaktadır²⁸. Yatay etki doğuran bu tip dikey anlaşmalar yatay ve dikey kısıtlamaların arasındaki gri alanda yer alan melez ilişkiler olarak düşünülebilecektir (Balasingham 2020, 273).

Geleneksel üretici dağıtıcı ilişkisi tartışmasız bir şekilde dikey olarak tanımlanırken üreticinin dağıtıcı ile aynı seviyede faaliyet göstermeye başlaması, üretici ile dağıtıcı arasındaki ilişkiye yatay bir boyut kazandırmakta ve bunun bir sonucu olarak öncesinde dikey nitelikte görülen bir kısıtlamasının rakipler arası bir anlaşma olarak yeniden sınıflandırılması söz konusu olabilmektedir (Lemley ve Leslie 2007, 39). Örnek vermek gerekirse üreticinin dağıtıcısına satış fiyatını belirlemeye yönelik bir kısıtlama getirmesi ve dağıtıcının da bunu uygulaması dikey ilişki kapsamında yeniden satış fiyatının tespiti olarak değerlendirilebilecekken, ikili dağıtım söz konusu olduğunda aynı kısıtlamanın yatay düzlemde rakipler arası fiyat tespiti anlaşması olarak görülme ihtimali bulunmaktadır. Banks (2019, bl. 6, 24)'e göre, üreticinin dağıtım seviyesine katılımı ne kadar fazlaysa bir başka deyişle, karma ilişki içinde doğrudan dağıtımın payı ne kadar yüksekse dağıtım sisteminin uygulanmasında dikkatli olunmadığı sürece, üreticinin getirdiği bir kısıtlamanın yatay ihlal olarak sınıflandırılma riski o kadar yüksek olacaktır. Buna ilaveten ikili dağıtıma ilişkin yatay-dikey tartışması yalnızca rekabet ihlalleri bakımından gündeme gelmemektedir. Örneğin, ikili dağıtıcı olarak hareket eden bir üretici ile bağımsız dağıtıcısı arasında birleşme/devralma işlemi söz konusu olduğunda, aynı işlem hem yatay hem de dikey bir yoğunlaşma olarak değerlendirilebilecektir (OECD 2007, 185).

²⁸ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/No-4-2008/conferences/the-vertical-horizontal-dichotomy-and-the-boundaries-of-art-81-ec>, Erişim tarihi: 11.09.2020.

Dessau (1985, 791-792) ikili dağıtımda alışlagelmiş üretici güdülerinin farklılaşmasından dolayı yeniden satış fiyatı tespitinin tek taraflı davranış olduğu varsayımının değişebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre ikili dağıtıcı yeniden satış fiyatının tespitiyle kendi sahipliğindeki doğrudan satış kanalı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki fiyat rekabetini ortadan kaldıracaktır. Böylelikle üretici alt pazardaki oluşturacağı fiyat birliği sayesinde rekabetçi pazarın üzerinde bir kazanç elde edecek ve bağımsız dağıtıcılar da yine aynı kazancı elde etme motivasyonu ile ikili dağıtıcının belirlediği fiyata rıza göstereceklerdir. Bağımsız dağıtıcıların belirlenen perakende satış fiyatına uymaması durumunda, ikili dağıtıcı yavru şirketine bağımsız dağıtıcılara yansıttığı fiyatın altında satış yaparak bağımsız dağıtıcıların rekabetçi gücünü kırabilecektir. Böylelikle pazar kaybı yaşama endişesi oluşan bağımsız dağıtıcılar belirlenen fiyata uyum sağlayacaklardır (Dessau 1985, 798). Dolayısıyla ikili dağıtım modelinde görülebilecek bir fiyat kısıtlaması, tarafların ortak iradeleri ve ortak çıkarları doğrultusunda belirledikleri bir fiyat anlaşması olabileceği gibi, üreticinin dikte ettiği bir kısıtlama olarak da gerçekleşebilecektir. Bu ikilem her bir olay bazında yapılacak değerlendirmelerin de farklılaşmasını beraberinde getirmektedir.

İkili dağıtım modelinde görülen müşteri ve bölge kısıtlaması içeren uygulamalarda da diğer kısıtlamalarda olduğu gibi sınıflandırma problemi ortaya çıkmaktadır. Altschuler (1980, 2)'e göre ikili dağıtıcı bağımsız dağıtıcısı ile alt pazarda rekabet ettiği için öncesinde dikey bir kısıtlama olarak tanımlanan müşteri veya bölge kısıtlamalarının, ikili dağıtım söz konusu olduğunda rakipler arası pazar paylaşımı ihtimali göz önüne alınarak yeniden sınıflandırılması gerekebilecektir. Klasik üretici dağıtıcı ilişkisinde, üretici kendisi ve/veya dağıtıcıları için münhasır bölge veya müşteri grupları tayin edebilecektir²⁹. İkili dağıtıcının bağımsız dağıtıcılarına münhasır bölge tayin etmesi üretici konumu itibarıyla dikey niteliktedir. Ancak ikili dağıtıcı alt pazardaki dağıtıcı konumundan ötürü aynı zamanda kendisi için münhasıran satış bölgeleri oluşturduğunda alt pazardaki rakipleri ile kendi satışları arasında coğrafi bir bölge paylaşımı düzenlemiş olması itibarıyla ilişkinin yatay yönü ön plana çıkmaktadır (Calkins ve Polden 1980, 19; Pitofsky 1978, 32).

²⁹ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz (Dikey Kılavuz), para. 21.

Banks (2019, bl. 6, 59)'in çalışmasında ortaya koyduğu sonuçlara göre, bu ilişkinin yatay yönünün ağır bastığını ileri süren düşünce, ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasında gerçekleşen bölge tahsisinin, rakip konumunda bulunan bağımsız dağıtıcılar arasındaki bölge paylaşımı anlaşması ile aynı etkileri doğuracağını savunmaktadır. Bununla birlikte aynı kısıtlamayı dikey olarak değerlendiren düşüncenin ise, bölge paylaşımının doğrudan üreticinin markalar arası rekabeti artırma güdüsüyle dikte ettiği bir kısıtlama olduğu görüşüne dayandığı belirtilmiştir. Ancak her bir olay bazında üreticinin gayesinin markalar arası rekabeti artırmak olup olmadığına kanıtlanmasının gerektiği düşünülmektedir. Aksi takdirde ikili dağıtıcının yalnızca üretim seviyesindeki varlığından hareketle böyle bir kanıya varılması, gerçek amacı dağıtım seviyesinde bölge paylaşımı olan bir anlaşmanın göz ardı edilmesine sebebiyet verebilecektir. Bu riskleri bertaraf edebilmek için kısıtlamanın kaynağının kim olduğundan ziyade gerçek amacının ortaya konulması gerekmektedir.

İkili dağıtımın e-ticaret vasıtasıyla işletilmesi ikili dağıtıcıların rekabet hukuku bağlamındaki tartışmalı konularını daha da hassaslaştırmaktadır. E-ticaret kanalı maliyet avantajı sağlamakla birlikte fiyat şeffaflığını da artırmaktadır³⁰. Tüketicinin e-ticaret kanalıyla satın almak istediği ürünü tedarik eden satıcılar arasında bir seçim yapması bir internet sitesinden diğerine tıklaması kadar kolaydır. Alternatifler arası seçimin bu denli kolay olması doğrudan satış gerçekleştiren üretici ile bağımsız dağıtıcıların tüketicinin gözünde doğrudan rakip hâline gelmelerini ve aralarındaki yatay ilişkinin ön plana çıkmasını sağlamaktadır (Kirsch ve Weesner 2005, 317). Rakiplik ilişkisinin artmasıyla birlikte fiyata ve diğer satış koşullarına dair artan şeffaflık, internet temelli olmayan satış kanallarına kıyasla fiyat paralelliği riskini ve taraflar arasındaki bilgi değişimlerinin rekabet karşılığı etkilerini artırabilecektir.

İkili dağıtıcının dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren yavru şirketi ile bağımsız dağıtıcılar arasında fiyata veya diğer rekabetçi değişkenlere dair doğrudan iletişimin var olması yine bir ikilem yaratmaktadır (ABA 2008, 71). Zira üretici ile dağıtıcı arasındaki tedarik ilişkisi kapsamında makul görülebilecek bilgi paylaşımları, rakipler arasında gerçekleştiğinde rekabetçi endişeler doğurabilmektedir. “Bilgi

³⁰ <https://www.concurrences.com/en/conferences/vertical-restraints-in-online-commerce>, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

paylaşımı özellikle teşebbüslerin, rakiplerinin pazar stratejileri hakkında bilgi sahibi olmalarını sağladığı durumlarda rekabetin kısıtlanmasına neden olabilir³¹. Bu kapsamda ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasında rekabete duyarlı bilgilerin değişimi tedarik ilişkisinden ziyade alt pazardaki yatay ilişki bağlamında değerlendirildiğinde yaptırımları oldukça farklı olabilecektir.

İkili dağıtımın karma yapısı rekabet otoriteleri ve mahkemeler için yatay-dikey ihlal ayrımı yaparken kullanılan geleneksel yöntemlerin uygulanmasında zorluk yaratmaktadır. İkili dağıtım sistemi kapsamında getirilen bir kısıtlamanın dikey yönlü ve makul olduğunu gösterebilecek birçok faktör olduğu gibi, farklı bir bakış açısıyla aynı kısıtlamanın yatay ve makul olmayan bir kısıtlama olduğunu ortaya koymak da mümkündür (Banks 2019, bl. 6, 7). Söz konusu çelişkiye ABD Temyiz Mahkemesi *Conoco* kararında³² dikkat çekmiştir. Akaryakıt tedarikçisi olan Conoco kendi sahipliğindeki istasyonlarda tüketiciye doğrudan satış gerçekleştirmekte, buna ilaveten ürünün yeniden satışını gerçekleştiren bağımsız toptancılar ve acenteleri aracılığıyla nihai tüketiciye hizmet sağlamaktadır³³. Davada ikili dağıtıcı ve alt pazarda faaliyet gösteren bağımsız dağıtıcılar arasındaki bölgesel kısıtlamalar incelenmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin hem yatay hem dikey unsurları içerdiğini, bu sebeple yerleşik içtihadı göre birçok sınıflandırmanın yapılabileceğine dikkat çekmiştir³⁴. Bununla birlikte herhangi iki teşebbüs arasındaki görünürdeki dikey ilişkinin eğer taraflar mevcut veya potansiyel rakiplerse yatay bir ilişki olarak sınıflandırılabilirliği belirtilmiştir. Conoco'nun kurduğu istasyonlar ile alt pazarda doğrudan satış yapması yeniden satıcıları ile pazarın aynı seviyesinde faaliyet göstermesine sebep olmuş ve taraflar arasındaki anlaşmanın teorik olarak rakipler arası bir bölge paylaşımı anlaşması olarak görülebileceği değerlendirilmiştir³⁵.

Contel Cellular kararında ise, *Conoco* kararının³⁶ aksine taraflar arasındaki ilişkinin dikey yönüne vurgu yapılmıştır. Kararda ikili dağıtımın hem yatay

³¹ <https://www.concurrences.com/en/conferences/vertical-restraints-in-online-commerce>, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

³² *Dougherty v. Continental Oil Co*, 579 F.2d 954, (1978).

³³ Agk., para. 957.

³⁴ Agk., para. 958.

³⁵ Agk., para. 959.

³⁶ *Hampton Audio Electronics, Inc. v. Contel Cellular, Inc.*, 966 F.2d 1442, (1992).

hem dikey unsuru var olduğundan sınıflandırma konusunda mahkemelerin zorluk çektiği belirtilmekle birlikte mevcut dosyadaki kısıtlamanın üretici ile dağıtıcısı arasındaki dikey ilişkiden ibaret olduğunun altı çizilmiştir³⁷. Kararın devamında üreticinin getirdiği müşteri ve bölge kısıtlamalarının markalar arası rekabeti artırabildiği, bu durumun üreticinin alt pazarda faaliyete geçme kararıyla değişmeyeceği belirtilmiştir³⁸.

Bazı örnek davaların ise yatay-dikey ikilemine yönelik daha keskin bir çizgi çektiği görülmektedir. Örneğin *Caterpillar*³⁹ kararında mahkeme, ikili dağıtım kapsamında getirilen kısıtlamaların yatay bir ihlal olarak değerlendirilmesinin hatalı bir analiz olduğunu, zira üreticinin dağıtım seviyesinde yer almasının tek başına dikey bir kısıtlamayı yatay bir ihlale dönüştürmeyeceğini belirtmiştir. Buna ilaveten ikili dağıtım sisteminde getirilen bir kısıtlamanın, diğer dikey kısıtlamalardaki aynı yaklaşımla analiz edilmesi gerektiği⁴⁰ ve üreticinin tüketicilere doğrudan satış yapmadığı modelde yasal olan bir uygulamanın, ikili dağıtım modeli söz konusu olduğunda *per se*⁴¹ ihlale dönüşmemesi gerektiği⁴² yönünde yorumların yer aldığı kararlar da mevcuttur. Öte yandan literatürde süregelen tartışmalar, bu hibrit yapının salt yatay veya dikey olarak belirlenmesinin hatalı olduğunu göstermekte ve ihlalin hangi ilişki bağlamında doğduğunu tespit edebilmek için olay bazında daha ayrıntılı bir analiz gerektiği anlaşılmaktadır.

İkili dağıtımda rekabet ihlali söz konusu olduğunda yaşanan sınıflandırma zorluğu, ikili dağıtıcının ne yatay ne de dikey ilişkilerde görülmeyecek farklı güdülere sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Salt rakiplik ilişkisinde teşebbüsler kendi ürünlerinin satışını artırma ve rakiplerinin satışlarını azaltma gayesiyle hareket etmektedirler⁴³. Rekabet ortamında bir üreticinin rakibinin müşterisini kazanarak gerçekleştirdiği her ek birim satışın getirisi hiçbir kayba uğramaksızın

³⁷ Agk., para. 15-16.

³⁸ Agk., para. 17.

³⁹ *Intercontinental Parts v. Caterpillar*, 260 Ill. App. 3d 1085, (1994) - 631 N.E.2d 1258, para. 1092.

⁴⁰ *International Logistics Grp. v. Chrysler Corp.*, 884 F.2d 904, (1989), para. 906.

⁴¹ “Rekabet hukukunda *per se* kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı saymak üzere benimsenmiştir.” (Yavuz, 2003).

⁴² *Illinois Corporate Travel v. American Airlines*, 889 F.2d 751, (1989), para. 753.

⁴³ <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2021/on-topic/the-vber-and-vertical-guidelines-revision-or-reform-reflection-on-critical-98100-en>, Erişim Tarihi: 18.02.2021.

üreticiye ek bir birim kazanç sağlayacak ve üretici rakibinin kaybından dolayı hiçbir zarara uğramayacaktır⁴⁴. Ancak ikili dağıtımın yatay boyutu ele alındığında salt rakiplik ilişkisindeki motivasyonlar birebir karşılık bulamayacaktır. Zira ikili dağıtıcı alt pazarda yine kendi ürünlerinin satışını gerçekleştiren dağıtıcı ile rekabet etmekte, dolayısıyla dağıtıcı ilgili ürünün yeniden satışını gerçekleştirdiği için üreticinin dağıtıcının müşterisini elde ederek yaptığı ek bir birim satışın net kazancı yalnızca dağıtıcının yeniden satış kapsamında elde ettiği marj kadar olmaktadır⁴⁵. Buna ilaveten dağıtıcının üretici ile girdiği rekabet sonrasında satışlarının düşmesiyle üreticinin ürünlerini satma motivasyonu azalabilecek, dolayısıyla üretici dolaylı satış kanallarından birini kaybedebilecektir⁴⁶. Bu durum ise ikili dağıtım sisteminin kullanım amacına ters düşmektedir. Dolayısıyla iki rakip arasındaki birbirlerinin müşterilerini kazanarak pazardaki yerini sağlamlaştırma motivasyonu ikili dağıtım modelinde kısmen geçerli olacaktır. İkili dağıtıcının hem üretici hem de dağıtıcı olması salt yatay veya salt dikey ilişkilerdeki teşebbüs güdülerinden oldukça farklı güdülere sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Bu ikilem taraflar arasında rekabet karşılığı bir anlaşma olduğu tespit edildiğinde, ihlalin rakiplik ilişkisi mi yoksa tedarik ilişki kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda farklı yorumların doğmasına sebep olmaktadır.

Literatürdeki tartışmalardan ve örnek kararlardan anlaşıldığı üzere, ikili dağıtım modelindeki karma ilişki rekabet hukukunda keskin bir çizgi ile ayrıştırılamamaktadır. Nitekim farklı bakış açılarıyla ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki aynı uygulamaları hem yatay hem dikey ilişki kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bunun bir sonucu olarak ikili dağıtım metodunu tercih eden üreticiler, dağıtım stratejisini salt dolaylı veya doğrudan dağıtım sistemine dayandıran teşebbüslere nazaran rekabet hukukunda farklı yaptırımlara tabi olabileceklerdir (Zwirb 1988, 1277).

Üretici, bağımsız dağıtıcıları ile arasındaki rekabeti sınırlayan bir kısıtlama uyguladığında üreticinin dağıtım seviyesindeki varlığından dolayı sınıflandırma sorunu vücut bulmaktadır (NAAG 1995, 5). Sınıflandırma süreci incelemeye konu eyleme yönelik yapılacak olan analizi tanımlamak için kullanılan bir terimdir.

⁴⁴ Agk., s. 35.

⁴⁵ Agk., s. 36.

⁴⁶ Agk., s. 36.

Bahse konu analiz esasen rekabet ihlali söz konusu olduğunda bu anlaşmalara hangi yaptırımın uygulanacağı sorusuna cevap vermeye yöneliktir (Zwirb 1988, 1284). İkili dağıtım sisteminde ihlalin hangi ilişki kapsamında gerçekleştiğine yönelik belirsizliğin giderilmesi amacıyla içtihattan yola çıkılarak sınıflandırma yöntemi olarak birtakım testler geliştirilmiş olup aşağıda bu testlere yer verilmektedir.

2.2.1. Yatay-Dikey Testi

Yatay-dikey testi, adından da anlaşılacağı üzere en basit şekilde, herhangi bir kısıtlamanın rakipler arası bir ilişkiden mi veya tedarik zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüslerin tedarik ilişkisinden mi kaynaklandığını tespit etmeye yöneliktir. Söz konusu tespit yalnızca ikili dağıtıma özgü olmayıp rekabet ihlallerinin incelendiği her bir olay bazında yapılması gereken bir analizdir. Bir üretici yalnızca üretim seviyesinde yer alıp dağıtım işlevini bağımsız dağıtıcılara bıraktığında tarafların tedarik zincirindeki konumuna bağlı olarak yatay veya dikey yönlü ilişkiler kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, ikili dağıtım söz konusu olduğunda, üretici tedarik zincirinin birden fazla seviyesinde faaliyet gösterdiği için yatay-dikey ayrımını yapmak yalnızca dolaylı dağıtım sistemini kullanan üreticilere kıyasla daha derin bir analiz gerektirmektedir.

Sylvania kararında⁴⁷ yatay ve dikey kısıtlamaların ayrımı vurgulanmaktadır. Bu ayrım esasen kısıtlamaya getirilecek olan yaptırımın belirlenmesi konusunda belirleyici olacaktır. Nitekim kararın içtihatta önemli bir yer edinmesi fiyat dışı dikey kısıtlamaların *rule of reason*⁴⁸ çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşünden kaynaklanmaktadır. İlaveten mahkeme yatay anlaşmaların hâlen *per se* kurala tabi olacağını vurgularken, *rule of reason* analizinden sapmanın şekilci bir yaklaşımdan ziyade “kanıtlanabilir ekonomik etkilere” dayandırılması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁹. Belirtmek gerekir ki *Sylvania* kararında ele alınan kısıtlama salt dikey ilişki içinde gerçekleşmektedir. Ancak hem yatay hem de dikey yapıya sahip ikili dağıtım modelini yatay veya dikey olarak kategorize etmek kaçınılmak istenen şekilci analize sürüklenip anlaşmanın ekonomik gerekçelerine dayanan bir analiz yapılmasına engel teşkil edebilecektir. Nitekim *Sylvania* kararının yatay-

⁴⁷ *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, (1977).

⁴⁸ *Rule of reason, per se* kuralının alternatifi olarak başta pazar yapısı olmak üzere tüm rekabetçi parametrelerin değerlendirmeye alındığı yaklaşımdır (Yavuz 2003).

⁴⁹ Agk., para. 58-59.

dikey ihlal ayrımının önemini vurgularken bu ayrımın ne şekilde sağlanacağına dair bir yöntem sunmadığı, bu durumun ikili dağıtım sistemini içeren vakalarda belirsizliği sürdürdüğü yönünde eleştiriler mevcuttur (Altschuler 1980, 102). Kimi yazarlar ise yatay-dikey testinin mekanik bir sınıflandırma çerçevesi oluşturarak ekonomik gerçekliklerden uzak bir değerlendirme yaratacağını, dolayısıyla bu teste dayandırılan bir kararın iyi bir sonuç vermesinin ancak rastlantısal olabileceğini vurgulamıştır (Zwirb 1988, 1286).

Lubambo (2015, 142), yatay-dikey ihlal ayrımının görece hukuki belirlilik sağladığını ve kaynakların etkin kullanımı konusunda avantaj yarattığını belirtmekle birlikte, bu tür bir sınıflandırma sürecinin karma yapıları içeren ilişkilerdeki dikey kısıtlamaların potansiyel yatay etkilerinin göz ardı edilmesine sebep olabileceğine dikkat çekmektedir.

Tüm bu sebeplerden ötürü kısıtlamanın hangi ilişki bağlamında gerçekleştiğini belirlemek önemini korumakla birlikte, yatay-dikey testinin tek başına pazar gerçekleri ile birlikte bütüncül bir değerlendirme yapabilme konusunda yetersiz kaldığı görülmektedir.

2.2.2. Kaynak Testi

Bir kısıtlamanın sınıflandırılması sürecinde yalnızca yatay-dikey ayrımına gidilmesinin yetersiz görülmesi ve kısıtlamanın kaynağının belirleyici bir unsur olarak ele alınması sonucunda kaynak testi bir diğer sınıflandırma metodu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntemde, kısıtlamanın üretici tarafından mı yoksa dağıtıcı tarafından mı uygulandığı ihlalin kaynağına işaret etmektedir. Bir başka deyişle, eğer bahse konu kısıtlama üretici kaynaklıysa kısıtlama dikey olarak sınıflandırılırken kısıtlamanın kaynağı kendi aralarında veya üretici ile birlikte hareket eden dağıtıcılarsa kısıtlama rakipler arası yatay bir anlaşma olarak sınıflandırılacaktır (Zwirb 1988, 1287).

Schwinn kararında⁵⁰ bahse konu kısıtlamanın kaynağının üretici olması sebebiyle kısıtlama dikey ilişki çerçevesinde incelenmiştir. *Michelin* kararında⁵¹ Yerel Mahkeme *Schwinn* kararına atıf yaparak, ikili dağıtım modelinde getirilen kısıtlamaların kaynağının üretici olması sebebiyle dikey nitelikte olduğuna

⁵⁰ *U.S. v. Arnold, Schwinn Co.*, 388 U.S. 365, (1967), para. 372.

⁵¹ *Donald B. Rice Tire v. Michelin Tire Corp.*, 483 F. Supp. 750 (1980), para. 754.

hükmetmiştir. *Harvester* kararında⁵² ise bir üretici ile dağıtıcıları arasındaki anlaşmaya yalnızca anlaşmanın kaynağı dağıtıcıların bir kombinasyonu olduğunda yatay ihlal denilebileceği, bununla birlikte söz konusu olayda kısıtlamanın kaynağı doğrudan üretici olduğundan dikey nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır.

Yeterli düzeyde markalar arası rekabetin bulunmadığı durumda perakendeciler tarafından uygulanan bir kısıtlamanın, üreticinin dikte edeceği bir kısıtlamaya nazaran tketickiye zarar vermesi daha muhtemel olduğu için kısıtlamanın kaynağının belirlenmesi sınıflandırma sürecinde yararlı bir aşama olacaktır (Lianos 2009, 181). Ancak perakende seviyesinde gerçekleşen bir kısıtlamanın her zaman rekabet karşıtı olmayabileceği ve kısıtlamanın kaynağının saptanmasında uygulamada zorluklar yaşanabileceği şeklinde kaynak testine yönelik getirilen eleştiriler de mevcuttur (Lianos 2009, 182). Kısıtlamanın kaynağının muğlak olduğu durumlarda kısıtlamanın arkasında yatan amaca ve motivasyona bakılabilecektir (Zwirb 1988, 1287). Bir başka deyişle, kısıtlama doğrudan üreticinin çıkarına hizmet ediyorsa üretici kaynaklıdır. Ancak dağıtım seviyesinde gerçekleşen yatay bir anlaşmanın doğuracağı etkiler ile dağıtım seviyesinde bir çıkar gzetiliyorsa ihlalin dağıtıcı kaynaklı olduğu söylenebilecektir. Lianos (2009, 182) ise alternatif bir yöntem olarak kısıtlamanın kaynağının saptanamadığı durumlarda tarafların yatay veya dikey pazar gücüne bakılmasının kısıtlamanın hangi seviyede gerçekleştiğine işaret edebileceğini savunmaktadır. Zira retici karşısında pazarlık gücü yüksek dağıtıcıların olduğu bir durumda ihlalin kaynağının üretici değil dağıtıcıdan doğması muhtemel olacaktır.

Bununla birlikte Liebler (1978, 1334) ihlalin kimin tarafından dikte edildiğinin ihlalin yatay mı dikey mi olduğu konusunda gösterge olarak kabul edilmesinin ekonomik açıdan anlamlı bir sonuç vermeyeceğini, bunun yerine anlaşmanın çıktı üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmadığına odaklanılmasının daha anlamlı bir inceleme olacağını savunmaktadır.

2.2.3. Birincil Fayda Testi ve Güdüsel Testler

Birincil fayda testine göre, ikili dağıtıcı tarafından uygulanan bir kısıtlamanın yasallığı kısıtlamanın öncelikli olarak, kimin yararına hizmet ettiğini saptayarak belirlenmektedir. şayet bir kısıtlama artan markalar arası rekabetin bir sonucu

⁵² *H & B Equipment Co Inc v International Harvester Company*, 577 F.2d 239, (1978), para. 23.

olarak, birinci dereceden üreticiye yarar sağlıyorsa bu kısıtlama dikey olarak değerlendirilecektir (Banks 2019, bl. 6, 16). Ancak aynı kısıtlama rakipler arası yatay bir anlaşmadan doğuyorsa anlaşmanın amacı taraflara rekabetçi üstünlük kazandıracak ekonomik bir fayda sağlamaktan ziyade, yalnızca rekabeti azaltmak olacaktır.

İkili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcı arasındaki bölge kısıtlaması içeren anlaşmayı inceleyen *First Mississippi* kararında⁵³ mahkeme, bölge paylaşımının dağıtıcılar arasında yatay bir anlaşma niteliğinde olduğunda taraflara hiçbir ekonomik etkinlik sağlamayacağını ancak aynı kısıtlama üretici tarafından uygulandığında meşru görülebilecek birçok potansiyel fayda (Örneğin, perakendecileri promosyon faaliyetlerine katılmaya teşvik etmek, dağıtımda etkinlik, ürünün güvenliği ve kalitesi üzerinde kontrolü sürdürmek gibi ekonomik avantajlar) olabileceğini değerlendirmiştir. Söz konusu potansiyel faydaların yokluğunda üreticinin böyle bir kısıtlama getirmek için herhangi bir güdüsü olmayacaktır ve getirilen kısıtlama rakipler arası yatay bir anlaşmaya işaret edecektir⁵⁴. Kararda tarafları motive etmiş olabilecek potansiyel ekonomik avantajların, yatay bir pazar paylaşım anlaşmasından ziyade dikey bir anlaşmanın özelliklerine işaret ettiği görülmüştür⁵⁵.

Michelin kararında⁵⁶ Temyiz Mahkemesi Yerel Mahkemenin kararını onamakla birlikte, kısıtlamanın kaynağının üretici olması sebebiyle daima dikey nitelikte görülmesi görüşünü reddetmiştir⁵⁷. Kararın devamında üretici ile perakendeciler arasında perakende satış fiyatının tespitine yönelik bir anlaşma ile yine aynı taraflar arasında ancak markalar arası rekabeti artırarak üreticiye doğrudan fayda sağlayan bir anlaşma arasında ayırım yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira kısıtlamaların ilki yatay bir ihlal olarak görülüp rekabeti amaç bakımından kısıtladığı değerlendirilecekken, ikincisi dikey bir kısıtlama olarak dikkate alınacaktır⁵⁸. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede esasında kısıtlamanın kaynağının kim olduğundan ziyade kısıtlamanın amacının ne

⁵³ *Abadir Co. v. First Mississippi Corp.*, 651 F.2d 422, (1981).

⁵⁴ Agk., para. 427.

⁵⁵ Agk., para. 426.

⁵⁶ *Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp.*, 638 F.2d 15, (1981).

⁵⁷ Agk., para 16.

⁵⁸ Agk., para. 16.

olduğunu saptamaya odaklanmaktadır.

Bu testin temel mantığına göre, herhangi bir kısıtlama, kısıtlamayı uygulayan taraflara bir tedarikçiye tipik olarak sunulan potansiyel ekonomik avantajları sağlıyorsa dikey bir anlaşma olarak kabul edilecektir⁵⁹. Bu potansiyel ekonomik avantajların yokluğunda ise, anlaşmanın yatay olduğu dşnlmektedir⁶⁰. Bu nedenle, kısıtlamanın kaynağının üretici olup olmaması belirleyici değildir. Nitekim üreticiler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma, meşru potansiyel ekonomik avantajlardan yoksundur ve tıpkı dağıtıcılar arasındaki yatay bir anlaşma gibi yatay bir ihlal olarak deđerlendirilecektir⁶¹. Bu sınıflandırma metodunun bir diğer avantajı ikili dağıtımın hem yatay hem de dikey yönünü dikkate alması ve sınıflandırma sürecinin her aşamasında ekonomik etkiye dayalı bir analizi teşvik etmesidir (Carlton 1981, 324).

Bir diğer sınıflandırma yöntemi ise, birincil fayda testi ile benzer şekilde, kısıtlamanın tarafı olduğu düşünülen teşebbüslerin hangi motivasyonla hareket ettiklerine odaklanan yaklaşımdır. Teşebbüslerin hangi güdü ile hareket ettiğinden yola çıkılarak ihlalin niteliğine yönelik değerlendirmenin yapıldığı *Liquid*⁶² kararına göre, rakipler arasında yapılan bir anlaşmanın muhtemel güdüsü müşteri, bölge paylaşımı gibi uygulamalarla fiyatları artırarak daha yüksek kârlılık seviyesine ulařmaktadır⁶³. Dolayısıyla bu tür yatay anlaşmalar tüketicinin zararına yol amaktadır⁶⁴. Bununla birlikte, perakende fiyatını artırmaya yönelik yatay bir anlaşma tüketicinin yanında üreticiye de zarar verecektir. Zira daha yüksek satış fiyatları üreticiden talep edilen ürünün miktarını azaltacaktır⁶⁵. Dolayısıyla bir üreticinin alt pazarda gerçekleşen yatay bir anlaşmanın tarafı olması üretici açısından rasyonel görünmemektedir. Zira reticinin kr marjını artırmak için farklı motivasyonları mevcuttur. Bir retici, markalar arası rekabeti yani ürününün diğer üreticilerin ürünleriyle rekabet edebilirliğini artırma güdüsüyle ürününün perakende satışlarını artırma eğilimindedir. Üretici bu motivasyon ile hareket

⁵⁹ 651 F.2d 422, (1981).

⁶⁰ Agk., para. 427.

⁶¹ Agk., para. 427.

⁶² *Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp.*, 637 F.2d 1001, (1981).

⁶³ Agk., para. 1004.

⁶⁴ Agk., para. 1004.

⁶⁵ Agk., para. 1004.

ederken kimi zaman dağıtıcılarını reklam veya promosyon faaliyetlerine teşvik etmek ve müşterilere daha fazla veya daha iyi hizmet sunmak için dağıtıcılarına birtakım kısıtlamalar getirebilir⁶⁶. Bir üretici ile dağıtıcıları arasındaki farklı menfaatler göz önüne alındığında, üreticinin dağıtıcılar arasında gerçekleşen bir anlaşmanın tarafı olması muhtemel gözükmemektedir⁶⁷. Bu durum üreticinin dağıtım işlevinin bir kısmını doğrudan kendi dağıtım ağıyla gerçekleştirdiği durumda da değişmeyecektir⁶⁸. Kararda dikkat çeken husus, Temyiz Mahkemesinin yatay-dikey testi veya kaynak analizindeki geleneksel yaklaşımdan ziyade iddia konusu eylemin altında yatan amacı ortaya koymaya çalışmasıdır.

Çalışmanın bu bölümünde yer verilen sınıflandırma metotlarının her birinin sağladığı faydaların yanı sıra dezavantajlarının veya eksik kalan yönlerinin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bütüncül bir değerlendirme yapabilmek adına anılan testlerin her birinin öne sürdüğü kıstasların birlikte ele alınması olay bazında yapılacak analizlerin daha sağlıklı sonuçlar vermesini sağlayabilecektir. Kısıtlamanın hangi ilişki bağlamında doğduğu, pazarın hangi seviyesindeki rekabeti azalttığı, kimin öncelikli faydasına hizmet ettiği ve hangi güdülerle teşvik edildiği birlikte ele alındığında salt yatay-dikey ayrımına odaklanan bir yaklaşımın yerine pazar gerçeklerine dayanan bir analiz yapılmış olacaktır. Böylelikle incelemeye konu kısıtlamanın üreticinin dikte ettiği tek taraflı bir uygulama mı veyahut dağıtıcılarla birlikte hareket ederek rakiplik ilişkisi çerçevesinde gerçekleşen bir anlaşma mı olduğu daha net bir şekilde ortaya konulabilecektir. Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, anılan testlerin ikili dağıtımın doğrudan kendi yapısına yönelik bir sınıflandırma içermemesi gerektiğidir. Daha açık bir anlatımla, ikili dağıtım tanımından da anlaşılacağı üzere hem yatay hem de dikey ilişkileri bir arada barındırdığından sistemin kendisini yatay veya dikey olarak sınıflandırmak hatalı bir yaklaşım olacaktır. Bu doğrultuda sınıflandırma süreci, ikili dağıtımın kendisine yönelik değil, karma ilişkilerin bir arada olduğu modelde rekabet ihlalinin oluşması durumunda bahse konu ihlalin hangi ilişki bağlamında gerçekleştiğini tespit etmeye yönelik olmalıdır.

⁶⁶ Agk., para. 1004.

⁶⁷ Agk., para. 1004.

⁶⁸ Agk., para. 1004.

2.3. İKİLİ DAĞITIMIN MARKA İÇİ VE MARKALAR ARASI REKABET İLE TÜKETİCİ REFAHINA ETKİLERİ

Neoklasik okula göre, üreticinin alt pazarda yer alması fiyatı, çıktıyı veya diğerk önemli bir ekonomik değişkeni etkilemeksizin yalnızca dağıtıcılardan birinin kimliğini değiştirmektedir. Bir başka deyişle dağıtım süreci artık bazı bağımsız dağıtıcılar yerine doğrudan üretici tarafından sağlanmakta, dolayısıyla yalnızca dağıtımı gerçekteşiren teşebbüsün sahipliği değişmektedir. Bu düşünce üreticinin dağıtım sisteminin homojen (türdeş) tüketici gruplarına hizmet ettiği varsayımına dayanmaktadır. Bununla birlikte birçok ekonomik araştırma ikili dağıtım modelinin çok daha geniş bir değişime yol açtığını göstermektedir. Bu karşıt görüşe göre, tüketici grupları homojen değildir. Nitekim üreticilerin ikili dağıtımın da dâhil olduğu çok kanallı dağıtım modellerini benimsemelerinin altında yatan sebep farklı tercihleri ve öncelikleri olan tüketici gruplarının her birine hitap edebilmektir (Gundlach ve Loff 2013, 3-4). Yine neoklasiklere göre ikili dağıtım kısıtlamaları ufak istisnalar dışında rekabeti artırıcı niteliktedir. Zira, üretici yalnızca çıktıyı artırmak ve tüketici tarafından ürüne atfedilen değeri çoğaltan hizmet sunumunu sağlamak için marka içi rekabeti kısıtlamaktadır (Gundlach ve Loff 2013, 11). Bu görüşe yönelik getirilen eleştirilerde ise, neoklasik okulun savını çürütecek önemli derecede istisnanın var olduğu, ikili dağıtım sistemindeki kısıtlamaların dağıtım sürecindeki etkinliği azaltabileceği ve bu yüzden de geleneksel bir dağıtım modelinde ortaya çıkabilecek rekabetçi endişelerden daha sakıncalı olacağı vurgulanmaktadır (Gundlach ve Loff 2013, 11).

Vinhas ve Heide (2015, 160)'e göre, ikili dağıtım üretici ile dağıtıcı arasında "müşteri için rekabetin" oluşmasını sağlamakta ve bu durum beklenen şekilde nihai tüketicinin üründen elde ettiği faydayı etkilemektedir. Bu görüşe göre doğrudan ve dolaylı kanal arasında arzu edilen rekabet seviyesinin oluşması etkinliği ve inovasyonu tetikleyerek tüketiciye olumlu dönüş sağlayabilecekken iki kanal arasında istenen düzeyde marka içi rekabetin oluşmaması markanın pazara nüfuzunu azaltıp tüketicinin arama maliyetlerini artırabilecektir. Bunun yanı sıra, üretici ile dağıtıcının rakip konumuna gelmesi, doğrudan ve dolaylı kanal arasında denge sağlanamadığı sürece aynı zamanda bağımsız dağıtıcıların

ürün veya hizmet sunumunda isteksizleşmesine ve kendi çıkarlarını sistemin genel faydasının üzerinde tutarak hareket etmesine neden olabilecektir. (Vinhas ve Heide 2015, 163). Bu durum ise dağıtım kanalının tüketici ihtiyaçlarını karşılama yeteneğini sınırlandırabilecektir.

İkili dağıtım sisteminde pazarın rekabetçi veya rekabetçi olmayan yapıya bürünmesi arasında ince bir çizgi bulunduğu görülmektedir. Nitekim Vinhas ve Heide (2015, 163), çalışmalarında ikili dağıtım için optimum bir rekabet seviyesi olduğu ve bu seviyenin altında veya üstünde gerçekleşen rekabetin tüketici refahını olumsuz yönde etkileyebileceği sonucuna ulaşmışlardır.

İkili dağıtım modelinde rekabetin hem yatay hem dikey boyutu birlikte dikkate alındığında üretici dağıtım seviyesinde kendisiyle rekabet eden dağıtıcılara fiyat veya fiyat dışı kısıtlamalar getirerek rekabeti sınırlandırma güdüsünde olabilecektir. Bu durum özellikle marka bağımlılığı olan ürünler açısından tüketiciye zarar verebilecektir (Lubambo 2015, 157). Dolayısıyla marka içi rekabetteki bu sınırlamalar özellikle üreticinin satışlarının büyük çoğunluğunu bağımsız dağıtıcılar yerine kendi kanalıyla sağladığı veya bağımsız dağıtıcıların rakip üreticilerin ürünlerini de dağıttığı durumda alt pazarda markalar arası rekabetin bozulmasına sebep olabilecektir (Lianos 2009, 174). Bir başka deyişle ikili dağıtım sistemine entegre olmuş bir üreticinin çalıştığı bağımsız dağıtıcıların aynı zamanda birçok üretici için aynı hizmeti vermesi hâlinde, marka içi rekabete özgü gibi görünen bir kısıtlamanın markalar arası rekabete de etkisinin olabileceği söylenebilecektir. Bu sebeple ikili dağıtım sistemindeki bir kısıtlamayı değerlendirirken, kısıtlamanın yalnızca marka içi rekabete etkisi değil pazarın tamamı bir bütün olarak ele alınıp markalar arası rekabete etkisi de değerlendirilmelidir (Lake 2010, 176).

Coate ve Fratrick (1986, 19)'e göre farklı markaların üreticileri arasında rekabeti ortadan kaldıran bir anlaşmanın varlığında ikili dağıtım bu anlaşmanın sürdürülebilirliğini ve denetimini iki yolla kolaylaştırabilecektir. Birincisi doğrudan satış kanalı teşebbüsler arasında belirli müşterilerle ilgili bilgi akışını kolaylaştıracaktır. İkinci bir husus, doğrudan satışın yokluğunda rakip üreticiler aralarındaki anlaşmadan sapan eylemlerin üreticiden mi yoksa bağımsız dağıtıcıdan mı kaynaklandığını gözlemleyemeyecektir. Üreticinin müşterilere

doğrudan satış yapıyor olması, bu belirsizliği ortadan kaldıracaktır. Ancak söz konusu takip mekanizması anlaşmaya taraf olan üreticilerin büyük çoğunluğunun doğrudan satış kanalını işletmesi durumunda geçerli olacaktır.

Perakendeciler arasındaki rekabeti ortadan kaldıran bir kısıtlamanın rekabet karşıtı etkileri, ikili dağıtımın varlığında daha şiddetli gerçekleşecektir. Zira reticinin aynı zamanda alt pazarda faaliyet gösterdiğinde sahip olduğu güdüler, salt üretici olduğu duruma kıyasla perakendeciler açısından daha az rekabetçi fiyatlandırma ve daha fazla rekabet karşıtı davranışa dönüşecektir (Gilo 2008, 152). Örneğin, ikili dağıtıcı alt pazardaki oyuncularla rekabet eder duruma geldiğinden, toptan satış fiyatını marđinal maliyetin üzerine çıkararak bağımsız dağıtıcılar karşısında maliyet avantajı elde edebilecektir (Yehezkel 2003, 3). Böylelikle ikili dağıtıcı alt pazardaki rakiplerine nazaran müşteriye daha rekabetçi fiyat sunma avantajını elde edecektir. Bununla birlikte Tsay ve Agrawal (2004, 107) reticinin doğrudan satış kanalını kullanmaya başlamasının perakendecileri her zaman zarara uğratmayacağını savunmaktadır. Bu düşünceye göre, üretici yeniden satıcıların satış motivasyonlarını düşürmek için toptan satış fiyatını düşürecektir. Bu fiyat düşüşü aynı zamanda ifte tekelci kârını önleyebileceği için dağıtım sisteminin genelinde net bir verimlilik artışı görülebilecektir.

İkili dağıtım sisteminin temel kullanım amacı tek bir dağıtım metoduyla sağlanamayacak verimliliğin elde edilmek istenmesidir. Bu amaç doğrultusunda kârını maksimize etmek isteyen üretici, ikili dağıtım sisteminin devamlılığını sağlamak için bağımsız dağıtıcıların davranışlarını hesaba katmak durumundadır. Nitekim dolaylı satış kanalının tamamen kapanması amaçlanan verimliliğin elde edilmesi önünde engel teşkil edecektir. Chiang vd. (2003, 8) bağımsız dağıtıcıların sistem içindeki varlığını korumak için toptan satış fiyatının, üreticinin doğrudan satış kanalındaki perakende satış fiyatından yüksek olmaması gerektiğini savunmaktadır. Aksi takdirde perakendeci doğrudan satış kanalı üzerinden veya bir diğer aracı vasıtasıyla ürün tedarik etmek isteyecektir.

Gilo (2008, 160)'ya göre, tedarikçinin krının büyük bir yüzdesi sabit ücretlerden ziyade birim başına toptan satış fiyatına dayandığında minimum yeniden satış fiyatının tespiti ve münhasır bölge tahsisi gibi marka içi rekabeti kısıtlayan uygulamalar, ikili dağıtımın varlığında salt dikey ilişkilere nazaran daha

fazla rekabet karşıtı etki doğurabilecektir. Bu görüşe göre kârlılığını birim başına toptan satışlara dayanan üretici perakendeciler arasındaki rekabetin azalmasını arzu etmeyecektir. Zira alt pazardaki rekabetin azalması üreticiden talep edilen ürün miktarını dolayısıyla üreticinin birim başına satışlar üzerinden elde ettiği kârı azaltacaktır. Bu şartlar altında rasyonel bir üretici için alt pazardaki rekabetin azalması, ancak dağıtım seviyesinde bedavacılık veya kalite problemleri gibi kusurlar var olduğunda tercih edilebilir olacaktır. Bununla birlikte ikili dağıtımın varlığında alt pazarda rekabetin azaltılmasının altında yatan sebep etkinlik sağlamaktan ziyade, perakende seviyesindeki fiyatları yükselterek üreticinin bu seviyedeki kârını artırma arzusu olabilecektir (Gilo 2008, 152-153).

Arnold vd. (2016, 11) ise karşıt bir görüş ortaya koyarak üretici ve perakendecinin farklı teşviklere ve maliyet yapılarına sahip olmalarından dolayı taraflar arasındaki çatışmanın ve bedavacılık güdüsünün ikili dağıtım modelinde artacağını ve bu problemleri ortadan kaldırmak için ikili dağıtımın minimum yeniden satış fiyatını belirleyebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, ikili dağıtıcı hizmet sunumunun kalitesini artırmak için katlanılması gereken maliyetlerin karşılanması amacıyla bağımsız dağıtıcıya bir marj⁶⁹ bıraktığında bağımsız dağıtıcı bu marjı gerekli olan hizmet sunumu ve kalitesi için kullanmak yerine kendine saklayıp, çevrim içi satış kanalıyla çok daha ucuza satış gerçekleştirip kazancını artırmak isteyebilecektir. Dolayısıyla Arnold vd. (2016, 12-13) üreticinin bu bedavacı davranışı önlemek amacıyla minimum perakende satış fiyatını belirleyeceğini, ilaveten uzun dönemli kârlılık ve marka koruma motivasyonu ile kendi satış kanalında da belirlediği fiyatın altında satış gerçekleştirmeyeceğini ve böylelikle her iki kanalın eş zamanlı işleyişinin sağlanmasıyla üreticinin markalar arası rekabette üstünlük kazanacağını belirtmektedir.

Hovenkamp (2010, 641)'a göre ikili dağıtıcı perakende seviyesindeki rakipliğini kullanarak perakende satış fiyatlarının düşmesini sağlayabilecektir. Bu argümana göre, bağımsız dağıtıcılar maliyetlerinin oldukça üstünde bir perakende satış fiyatı belirleyerek kârlılıklarını artırmak istediklerinde üretici bu çifte tekeli fiyatlamayı önlemek için kendi satış noktalarındaki perakende satış fiyatını istediği seviyeye çekerek bağımsız dağıtıcıları fiyat rekabetine maruz bırakabilecektir.

⁶⁹ Üreticinin dağıtıcıya yansıttığı toptan satış fiyatı ile dağıtıcının belirlediği perakende satış fiyatı arasındaki farkı ifade etmektedir.

Böylelikle ikili dağıtım tketickiye yansiyacak olan daha rekabetçi fiyatların dağıtıcıların kazancına eklenmesini önleyecektir.

Coate ve Fratrick (1986, 29)'e göre, ikili dağıtım verimlilik güdüsüyle işletiliyorsa hem üretim hem de perakende seviyesinde daha düşük fiyatların oluşmasını sağlayacak, öte yandan üreticiler arasındaki rekabet karşıtı bir anlaşmayı sürdürmeye yönelik kullanılıyorsa üretim seviyesindeki krlılıkları artırıp dağıtım seviyesindeki krlılıkları azaltacaktır. Bu durumda ikili dağıtımın nihai tketickiye yansiyacak olan fiyata etkisi ise belirsiz kalacaktır.

İkili dağıtıcının yalnızca üretici veya yalnızca dağıtıcı olarak hareket eden teşebbüslere kıyasla farklı motivasyonlara sahip olması ikili dağıtımın fiyata, çıktıya dolayısıyla nihai olarak tketicii üzerindeki etkisine yönelik literatürde ortak bir paydada buluşulmasına engel olmaktadır. Bununla birlikte ikili dağıtım sisteminin rekabet karşıtı etkilerinin, her hlkrda yalnızca dikey ilişkileri içeren kısıtlamalara göre daha fazla olacağı, ancak salt yatay anlaşmalara nazaran tketicii için daha zararsız olacağı söylenebilecektir (Lianos 2009, 174).

Görülmektedir ki ikili dağıtım ile ulaşılmak istenen amaç ister rekabeti kısıtlamak ister rekabeti artırmak olsun, dağıtım modelinin yapısı ikisi için de oldukça elverişli bir ortam oluşturmaktadır. Zira reticinin alt pazardaki varlığı, istendiği takdirde bağımsız dağıtıcıların fırsatçı davranışlarını önleyerek pazarı daha rekabetçi bir hâle getirebilecekken, tam tersi şekilde rekabeti kısıtlama güdüsüyle hareket edildiğinde buna hizmet edecek olan bir anlaşmanın sürdürülmesini de o kadar kolaylaştırabilecektir.

şayet ikili dağıtım modelinde rekabet karşıtı bir kısıtlama oluşursa, bu kısıtlamanın hangi ilişki bağlamında gerçekleştiğini tespit etmenin tketicii üzerindeki etkileri yorumlama konusunda yol gösterici olabileceği düşünülmektedir. Zira tedarik ilişkisi kapsamında dikey yönlü empoze edilen bir kısıtlama ile rakiplik ilişkisi bağlamında yatay seviyede gerçekleşen bir anlaşmanın pazara yansımaları ve tketicii üzerindeki etkileri farklılaşacaktır. Dolayısıyla ikili dağıtımda meydana gelen rekabet karşıtı bir eylemin hangi güdülerle gerçekleştirildiği ve hangi amaca hizmet ettiğinin olay bazında yapılacak değerlendirilmelerle tespit edilmesi, kısıtlamanın tketicii üzerindeki etkileri konusunda görece belirlilik sağlayabilecektir.

BÖLÜM 3

İKİLİ DAĞITIM SİSTEMİNE İLİŞKİN ÜLKE UYGULAMALARI VE ÖRNEK KARARLAR

Çalışmanın bu bölümünde, ikili dağıtım sisteminin rekabet hukukunda konumlandırılmasına ilişkin bir önceki bölümde yer alan tartışmaların rekabet otoriteleri ve mahkemelerce ne şekilde yorumlandığı ve uygulama alanı bulduğu ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle ABD mevzuatı kapsamında ikili dağıtım sistemine yönelik yaklaşıma ve örnek kararlara yer verilecektir. Sonrasında ise Komisyonun yerleşik mevzuatı ışığında yerel otoritelerin uygulamaları ele alınacak, son olarak diğer ülke uygulamalarından örneklere ve Türk rekabet hukukunda ikili dağıtımın ne şekilde yorumlandığına yer verilecektir.

3.1. ABD REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI

3.1.1. İkili Dağıtıma İlişkin Mevzuat Hükümleri

ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) tarafından yayımlanan Dikey Kısıtlamalar Rehberi⁷⁰, yalnızca fiyat dışı dikey kısıtlamaları kapsayıcı nitelikte olup yürürlükte kaldığı süre boyunca bu kısıtlamalara yönelik kılavuzluk sağlamayı amaçlamıştır. Düzenlemeye göre ABD antitröst hukukunun öncelikli alanı marka içi rekabetten ziyade, markalar arası rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalardır. Bu itibarla DOJ, markalar arası rekabeti bozan bir uygulamanın ekonomik refah üzerinde önemli ölçüde olumsuz etkileri olabileceken yalnızca marka içi rekabeti etkileyen dikey kısıtlamaların genellikle etkinlik kazanımı yaratma eğilimine sahip olduğu için anti-rekabetçi etkilerinin göz ardı edilebilir olduğunun altını çizmiştir.

⁷⁰ United States Department of Justice: Vertical Restraints Guidelines, (1985).

Dikey Kısıtlamalar Rehberi, bir üreticinin dağıtım aşamasına dâhil olmasının öncesinde dikey olarak sınıflandırılan bir kısıtlamayı yatay bir ihlale dnştrmeyeceğini ve bu sebeple ikili dağıtımın yatay olarak sınıflandırılmasının hatalı bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir.

Dikey Kısıtlamalar Rehberi'nin benimsediği ilkelerin uygulanabilir olup olmadığı konusunda birtakım endişeler oluşmuş, özellikle fiyat ve fiyat dışı kısıtlamalar arasındaki ayrımın belirsiz olduğuna ve marka içi rekabetin azaltılmasının neredeyse tamamen zararsız görülmesinin hatalı bir yaklaşım olduğuna yönelik eleştiriler getirilmiştir (Banks 2019, bl. 4, 49-51). İlaveten düzenlemenin keskin bir çizgi çektiği yatay-dikey ihlal, marka içi-markalar arası rekabet gibi ayrımların pratikte bu kadar kolay yapılamayacağı, nitekim bu görüş çerçevesinde hem yatay hem de dikey yapıya sahip olan ikili dağıtım gibi uygulamaların yatay boyutunun göz ardı edilebileceği bir diğer eleştiri konusu olmuştur (Fisher vd. 1987, 624-625). Nitekim DOJ, 1993 yılında antitröst hukukunun yargısal yorumuyla örtüşmediği ve teşebbüsleri yanıtıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Dikey Kısıtlamalar Rehberi'nin kaldırıldığını duyurmuřtur⁷¹.

Dikey Kısıtlamalar Rehberi'nin eksik ve tartışmalı yönleri dolayısıyla Ulusal Savcılar Birliği (NAAG) 1985 yılında kendi rehberini yayımlamış ve 1995 senesinde rehberin revize hlini⁷² duyurmuştur. DOJ'un Dikey Kısıtlamalar Rehberi'nin yürürlükte olduğu süre boyunca aynı zamanda NAAG'ın rehberinin de var olması sebebiyle dikey kısıtlamaların yasallığına ilişkin kılavuzluk yapan ve birbiriyle çelişen yönleri olan iki farklı düzenlemenin bulunduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır (Baldwin 1986, 22).

NAAG'a göre, bir tedarikçinin ikili dağıtıcı olması gerçeği, otomatik olarak fiyat dışı bir dikey kısıtlamanın⁷³ yatay bir anlaşma olarak sınıflandırılmasına neden olmamalıdır. Tıpkı dolaylı dağıtım sistemini kullanan bir üreticide olduğu gibi, ikili dağıtıcı alt pazardaki varlığına öncelik vermeksizin markalar arası

⁷¹ https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1993/211653.htm, Erişim Tarihi: 17.02.2021.

⁷² Revisions to the National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines, (1995).

⁷³ NAAG'ın sınıflandırma sürecinde özellikle fiyat dışı kısıtlamaları ele aldığı ve fiyat kısıtlamalarını dâhil etmediği dikkat çekmektedir. Bunun altında yatan sebep ise ilgili dönemde var olan fiyata dair getirilen bir kısıtlamanın ister yatay ister dikey yönlü olduğuna karar verilsin her hlkrda per se ihlal olduğu görüşüne dayanmaktadır (Bruckmann 2003, 21).

rekabete girmek için dağıtıcılarını verimli bir şekilde organize etmek amacıyla dikey kısıtlamalar getirebilecektir⁷⁴. Bu tür bir amaca hizmet eden kısıtlamalar *rule of reason* analizine tabi tutulmalıdır. Öte yandan kısıtlamanın amacı veya ağır basan etkisi, ikili dağıtıcının dağıtıcı konumuyla hareket ettiği alt pazardaki rekabeti önlemek ise kısıtlamanın doğası ve etkisi bakımından yatay olduğu değerlendirilebilecektir⁷⁵.

Aşağıdaki faktörler, ikili dağıtıcı tarafından uygulanan bir kısıtlamanın yatay olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde NAAG tarafından dikkate alınmaktadır:

- Perakende seviyesinde gerçekleşen satışlarının büyük bir kısmının tedarikçinin doğrudan dağıtım kanalıyla yapıp yapılmadığı,
- Fiyat dışı bir kısıtlamanın, hem ikili dağıtıcının hem de diğer rakip markaların ürünlerini satan rakip perakendeciler arasındaki rekabeti kısıtlaması sebebiyle markalar arası rekabete zarar verip vermediği,
- Bağımsız dağıtıcıların aynı zamanda üretim seviyesinde ikili dağıtıcının rakipleri olup olmadığı.

NAAG'ın yatay ve dikey ihlal ayırımına ilişkin literatüre katkı sunduğu görülmekte birlikte, ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcıları arasındaki bir anlaşmanın hangi durumlarda rakiplik ilişkisi bağlamında değerlendirileceğine yönelik belirtilen bu kriterlerin öznel nitelikte olması sebebiyle kullanışsız olduğuna dair eleştiriler getirilmiştir (Banks 2019, bl. 6, 83).

DOJ'un Dikey Kısıtlamalar Rehberi ikili dağıtımın dikey ilişki kapsamında incelenmesi gerektiğini çok kesin bir dille ifade ederken, NAAG'ın ikili dağıtım modelini daha esnek bir yaklaşımla ele aldığı görülmektedir. Nitekim NAAG'ın rehberi, ikili dağıtımın kural olarak dikey ilişki bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtip olay bazında teşebbüslerin esas amacına göre ilişkilerin yatay nitelikte olduğu sonucuna da varılabileceğini göstermektedir.

⁷⁴ Revisions to the National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines, s. 5.

⁷⁵ Agk., s. 5.

3.1.2. ABD İçtihadında İkili Dağıtım

ABD Yüksek Mahkemeleri tarafından ikili dağıtım konusunda tartışmaları ortadan kaldıracak bağlayıcı nitelikte bir görüş birliği oluşturulmadığı için, her bir mahkemenin farklı yaklaşımda bulunduğu görülmektedir (Gevurtz 2006, 379). Bazıları, ikili dağıtım sistemindeki bir kısıtlamayı yatay bir anlaşma olarak değerlendirip, *per se* ihlal sonucuna varırken çoğunluk görüşünün ikili dağıtım kapsamındaki kısıtlamaları dikey olarak ele alıp *rule of reason* analizine tabi tuttuğu görülmektedir.

ABD içtihadının ikili dağıtımını konu eden görece eski örneklerinden biri *McKesson* kararıdır⁷⁶. McKesson ABD’de önde gelen ilaç üreticilerinden biridir. rettiği ilaçların perakendecilere satışını hem bağımsız toptancılar aracılığıyla hem de kendi sahipliğindeki dağıtım ağıyla gerçekleştiren McKesson, ilaçların yeniden satış fiyatını belirlemek için bağımsız dağıtıcıların bir kısmıyla bir anlaşma düzenlemiştir. McKesson’un ikili dağıtıcı olarak anlaşmaya taraf olan toptancılar ile dağıtım zincirinin “aynı işlevsel seviyesinde” doğrudan rekabet hâlinde olmasından dolayı anılan anlaşma yatay seviyede rakipler arasında gerçekleşen bir fiyat anlaşması olarak deėerlendirilmiřtir⁷⁷. Söz konusu karar ABD’de belirli bir döneme kadar ikili dağıtım kapsamında getirilen kısıtlamalara rakiplik ilişki bağlamında yaklaşılmasına sebep olmuştur (Zwirb 1988, 1294).

1967 yılında alınan *Schwinn* kararında⁷⁸ mahkeme üretici tarafından dikte edilen müşteri ve bölge kısıtlamalarının dikey nitelikte olsa dahi yine de *per se* ihlal olduğuna hükmetmiştir. *Schwinn* kararında dikey olarak kategorize edilen fiyat dışı bir kısıtlamanın *per se* kuralına tabi tutulması bazı yazarlar tarafından hatalı bir yaklaşım olduğu şeklinde yorumlanmakla birlikte (Carlton 1981, 316), kararın etkisiyle ABD’de belirli bir döneme kadar ikili dağıtımın uyguladığı kısıtlamalar yatay seviyede gerçekleşen bir ihlal olarak değerlendirilmiştir (Zwirb 1988, 1285).

⁷⁶ *United States v. McKesson & Robbins, Inc.*, 351 U.S. 305 (1956).

⁷⁷ *Agk.*, s. 313.

⁷⁸ *U.S. v. Arnold, Schwinn Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

Minolta kararında⁷⁹ davacı, kamera üreticisi olan Minolta'nın müşteri ve bölge kısıtlaması ve yeniden satış fiyatının tespitine yönelik uygulamalarının yalnızca dikey bir kısıtlama olmadığını iddia etmiştir. Minolta ile dağıtıcıları arasındaki ikili dağıtım ilişkisi Minolta'nın fotoğraf ekipmanlarının perakendecilere satışında dağıtıcılar ile rekabet etmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme yeniden satış fiyatının tespitini içeren bir eylemin üretici aynı zamanda dağıtıcı olduğunda rekabet hukuku açısından daha zararlı hâle geldiğini vurgulamıştır⁸⁰. Kararda Minolta'nın satış fiyatını sabitlemek ve müşteri paylaşımını sağlamak için dağıtıcıları ile yaptığı sözleşmelerle yatay seviyede bir ihlal gerçekleştirdiğine hükmedilmiştir⁸¹. Söz konusu değerlendirmenin ardından ikili dağıtıcının uyguladığı coğrafi kısıtlamaları ele alan kararlarda kısıtlamanın benzer şekilde yatay bir anlaşma olarak değerlendirildiği görülmüştür⁸².

Yukarıda yer verilen örneklerden görüldüğü üzere, *McKesson* ve *Schwinn* kararlarının etkisi ile ABD'de belirli döneme kadar ikili dağıtım genellikle *rule of reason* analizinden ziyade *per se* yaklaşımla değerlendirilmiştir. Bu durum 1977 yılında *Sylvania* kararı⁸³ ile değişmiştir. Kararda *Schwinn* kararındaki görüş çürütülerek fiyat dışı dikey kısıtlamalara ilişkin *per se* yaklaşımdan çok etki temelli bir analiz yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁸⁴. Kararın özünde fiyat dışı dikey kısıtlamaların marka içi rekabet ile alakalı olduğu, rekabet hukukunun ise öncelikli alanının markalar arası rekabet olmasından dolayı markalar arası rekabeti bozucu etkisi olmadığı sürece fiyat dışı dikey kısıtlamaların rekabetçi endişe oluşturup oluşturmadığının tespitinde *rule of reason* analizi yapılması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁵. Bununla birlikte mahkeme, yatay seviyede gerçekleşen kısıtlamaların hâlen *per se* kurallara tabi olduğunu hatırlatmıştır⁸⁶. Dolayısıyla teşebbüsler arası anlaşmaların salt dikey kısıtlama mı içerdiği yoksa rakipler arasında rekabeti ortadan kaldıran bir anlaşma mı olduğu konusu

⁷⁹ *Interphoto Corp. v. Minolta Corp.*, 295 F. Supp. 711 (S.D.N.Y. 1969).

⁸⁰ Agk., para. 718.

⁸¹ Agk., para. 720.

⁸² Bkz. *Hobart Brothers Co. v. Malcolm T. Gilliland, Inc.*, 471 F.2d 894 (1973); *American Motor Inns, Inc. v. Holiday Inns, Inc.*, 521 F.2d 1230 (1975).

⁸³ *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

⁸⁴ Agk., para. 58.

⁸⁵ Agk., para. 53-55.

⁸⁶ Agk., para. 59.

netleştirilmelidir. *Sylvania* kararından sonraki bu yaklaşım hem yatay hem dikey ilişkileri barındıran ikili dağıtım modeline ilişkin alınan kararları da etkilemiştir. Nitekim *Sylvania* kararı öncesindeki mahkeme kararlarında ikili dağıtımda ortaya çıkan bölgesel kısıtlamalar çoğunlukla yatay ihlal olarak değerlendirilmişken, *Sylvania* sonrasında ise mahkemelerin çoğunlukla aynı kısıtlamalara *rule of reason* analizi çerçevesinde yaklaştığı grlmektedir⁸⁷.

Sylvania kararının hemen ardından ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC), *Coca-Cola* kararında⁸⁸ ikili dağıtım modelini incelemiştir. FTC, coğrafı bölge tahsisi içeren kısıtlamaların yatay veya dikey olarak sınıflandırılmasının her zaman kolay olmadığını belirtmiřtir⁸⁹. Kararda, *Coca-Cola*'nın dikey bütünleşik yapı içinde alt pazarda bağımsız dağıtıcılar ile birlikte faaliyet göstermesinin taraflar arasındaki ilişkiye yatay bir boyut kazandırdığı, ancak ilişkinin geneli itibarıyla ağır basan yönü olmadığı ifade edilmiřtir⁹⁰. *Coca-Cola*'nın alt pazarda yavru şirketi ile bağımsız dağıtıcıları arasında oluşturduğu bölge tahsisi ile marka içi rekabeti bozmasının, yalnızca alt pazardaki varlığından ötürü yatay bir ihlal olarak değerlendirilmemesi gerektiği vurgulanmıřtır⁹¹.

Sylvania kararından sonra ağır basan yaklaşım ikili dağıtım sisteminden doğan kısıtlamaları dikey ilişki kapsamında ele alsada, bazı mahkemelerin ve yazarların belirli durumlarda yatay ilişkiyi göz ardı etmedikleri grlmektedir⁹². Bu ikilemin devam etmesinin sebebi, *Sylvania* kararının doğurduğu içtihadın yalnızca salt dikey kısıtlamalar için mi geçerli olduğu veyahut ikili dağıtıcı tarafından getirilen kısıtlamalar için de aynı ölçüde geçerli olup olmadığı konusunda belirsizliğin kaldırılmamış olmasıdır (Carlton 1981, 320). Nitekim ikili dağıtıcının bölge kısıtlamasını yatay bir ihlal olarak değerlendiren *Guild Wineries* kararında⁹³ mahkeme, *Sylvania* kararında üreticinin dağıtıcıları ile rekabet etmediğine dikkat çekerek, *Sylvania* kararında salt dikey ilişkiler için getirilen yorumun aralarında hem yatay hem dikey ilişki olan ikili dağıtımın tarafları açısından her zaman geçerli

⁸⁷ <https://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, Erişim Tarihi: 19.12.2020.

⁸⁸ *Coca-Cola Co.*, 91 F.T.C. 517 (1978).

⁸⁹ Agk., s. 611.

⁹⁰ Agk., s. 614.

⁹¹ Agk., s. 614.

⁹² https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2256&context=law_lawreview, Erişim Tarihi: 13.01.2021.

⁹³ *Guild Wineries & Distilleries v. J. Sosnick & Son*, 102 Cal. App. 3d 627 (1980).

olmayacağını vurgulamaktadır⁹⁴. İkili dağıtım sisteminin markalar arası rekabete fayda sağladığı gerekçesiyle bu hibrit yapı içindeki kısıtlamaların *rule of reason* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan *Bell Howell* kararında⁹⁵, *Guild Wineries* kararındaki yatay ihlal yorumu eleştirilerek bir üretici aynı zamanda dağıtıcı konumuna geldiğinde, anılan üretici ile bağımsız dağıtıcıları arasındaki ilişkide yatay yönlerinin oluşabileceği, ancak taraflar arasındaki öncelikli ilişkinin halen dikey nitelikte olacağı vurgulanmıştır.

İkili dağıtım sisteminin pazarda doğurduğu rekabetçi etkilere odaklanan eğilimin arttığını gösteren bir diğer örnek *Baskin Robbins* kararıdır⁹⁶. Kararda ikili dağıtımda var olan yatay ve dikey ilişkiden hangisinin ağır bastığı veya kısıtlamanın kaynağının kim olduğu sorularına cevap aramak yerine ikili dağıtımın doğrudan rekabetçi etkilerine odaklanılmıştır⁹⁷. Mahkeme, anti-rekabetçi amaç veya etkinin varlığına işaret eden kanıtların yokluğunda ikili dağıtım sisteminin *rule of reason* analizine tabi olması gerektiğini belirtmiştir⁹⁸.

Toshiba America kararı⁹⁹ yine pazar dinamiklerini ele alan bir örnek teşkil etmektedir. Kararda Temyiz Mahkemesi, Yerel Mahkemenin ikili dağıtıcının üretim düzeyindeki rekabetçi konumunu artırmaktan ziyade, yalnızca dağıtım seviyesinde kendisini fiyat rekabetinden korumak amacıyla gerçekleştirdiği gerekçesiyle bölge kısıtlamalarını yatay seviyede bir bölge paylaşımı olarak gördüğü kararını bozmuştur. Temyiz Mahkemesi değerlendirmesinde ikili dağıtıcının müşteri ve bölge kısıtlamalarının yalnızca marka içi rekabeti kısıtladığı ve ikili dağıtıcının bağımsız dağıtıcılara uyguladığı kısıtlamaların markalar arası rekabeti artırmak için önemli bir potansiyele sahip olduğu görüşünü ileri sürmüştür¹⁰⁰. İlaveten kararda teşebbüsün markalar arası pazardaki rekabetçi gücü incelenmiştir. Teşebbüsün pazar gücünden yoksunken, dağıtım seviyesinde marka içi rekabeti kısıtlayarak fiyatları yükseltmesinin rasyonel olmayacağı; aksine markalar arası pazarda daha fazla pay alabilmek için dağıtım seviyesinde fiyatları düşürmesinin daha muhtemel olacağı değerlendirilmiştir¹⁰¹.

⁹⁴ Agk., para. 634-645.

⁹⁵ *Dimidovich v. Bell Howell*, 803 F.2d 1473 (1986), para. 1482.

⁹⁶ *Krehl v Baskin Robbins Ice Cream Co.*, 664 F2d 1348 (1982).

⁹⁷ Agk., para. 29.

⁹⁸ Agk., para. 35.

⁹⁹ *Copy-Data Systems, Inc. v. Toshiba America, Inc.*, 663 F.2d 405 (2d Cir. 1981), para. 408.

¹⁰⁰ Agk., para. 411.

¹⁰¹ Agk., para. 410.

İkili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcıların konumuna yönelik süregelen tartışmalara *Liquid* kararında¹⁰² farklı bir yorum getirilmiştir. Karara göre bir üretici bağımsız dağıtıcıların yanı sıra dağıtım işlevinin bir kısmını kendisi yerine getirirse de bağımsız dağıtıcılar üreticiye rakip olmaktan ziyade yalnızca üreticinin bir “temsilcisi” olarak çalışmaktadır¹⁰³. Zira üretici bağımsız dağıtıcıları kullanarak, tüketicilere ürün tedarik etmenin yalnızca doğrudan dağıtım kanalının işletildiği modele kıyasla daha verimli bir dağıtım modeli olduğunu düşünerek ikili dağıtım sistemini işletmektedir. Bu bağlamda kararda bağımsız dağıtıcıların yalnızca dağıtım işlevinin daha verimli sürdürülmesi sağlayan oyuncular oldukları değerlendirilmiştir.

Fiyat dışı kısıtlamalara ilişkin süregelen yatay-dikey tartışması fiyat kısıtlaması içeren örnekler bakımından da varlığını sürdürmektedir. *Spahr* davasında¹⁰⁴ davacı üreticinin dağıtım seviyesindeki varlığından ötürü perakende satış fiyatını belirlemeye yönelik uygulamanın rakipler arasında fiyat tespiti anlaşmasına dönüştüğünü iddia etmiştir. Her ne kadar davacı kısıtlamayı yatay bir ihlal olarak kategorize etse de mahkeme kısıtlamanın rakiplere karşılıklı fayda sağlayan bir anlaşmadan ziyade, doğrudan üreticinin amacına hizmet eden ve üretici tarafından dağıtıcılara dikte edilen bir uygulama olmasından dolayı dikey bir kısıtlama olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁵.

Tempur-Pedic kararında¹⁰⁶ ikili dağıtıcının fiyat kısıtlaması içeren uygulamaları değerlendirilmiştir. Yatak üreticisi olan Tempur-Pedic ürünlerinin satışını hem kendi internet sitesi üzerinden hem de bağımsız dağıtıcılar aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Davacı üreticinin doğrudan ve dolaylı satış kanallarında fiyat paralelliği olması sebebiyle hem yatay hem dikey kısıtlamalarla bağımsız dağıtıcıları ile bir fiyat anlaşması içinde olduğunu iddia etmiştir¹⁰⁷. Mahkeme taraflar arasındaki fiyat paralelliğinin ekonomik açıdan rasyonel olduğunu ve bu paralelliğin anlaşmadan ziyade teşebbüslerin bağımsız kararı sonucu ortaya çıktığını değerlendirmiştir. Zira Tempur-Pedic’in doğrudan satış kanalını

¹⁰² *Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp.*, 637 F.2d 1001 (1981).

¹⁰³ Agk., para. 1005.

¹⁰⁴ *Spahr v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, NO. 2:07-CV-187, (2008)

¹⁰⁵ Agk., para. 16.

¹⁰⁶ *Jacobs v. Tempur-Pedic Intern., Inc.*, 626 F.3d 1327 (2010).

¹⁰⁷ Agk., para. 1332.

bağımsız dağıtıcıların fiyatları yükseltmesini engellemek için bir tür “yaptırım mekanizması” olarak kullandığı belirtilmiştir¹⁰⁸. Tempur-Pedic’in kurduğu modelde, bağımsız dağıtıcıların fiziki satış mağazaları müşteri memnuniyeti açısından önemlidir. Dolayısıyla üretici kendi internet sitesindeki fiyatları özellikle bağımsız dağıtıcıların fiyatlarının altına indirmemiştir. Aksi takdirde tüm tüketiciler üreticinin çevrim içi kanalına yönelecek ve üretici fiziki satış kanalını kaybedecektir¹⁰⁹. Aynı şekilde bağımsız dağıtıcıların da iş kaybına uğramamak için ikili dağıtıcının doğrudan satış kanalında uyguladığı fiyatları sürdürmesi olağan bir durum olarak değerlendirilmiştir. Bu tespitler doğrultusunda Mahkeme, fiyat paralelliğinin tek başına yatay fiyat anlaşması iddiasını desteklemek için yeterli olmadığını göz önüne alarak Tempur-Pedic ile dağıtıcılarının bir şekilde birbirlerine sinyal verdiğini ve fiyat ayarlamalarını koordine ettiğini gösteren kanıtların yokluğunda yatay fiyat tespiti iddiasını reddetmiştir¹¹⁰.

İkili dağıtım modelindeki fiyat kısıtlamalarını ele alan bir diğer örnek FTC’nin 2016 yılında almış olduğu *Fortiline* kararıdır¹¹¹. FTC, inceleme kapsamında elde edilen iletişim delilleri neticesinde döküm boru dağıtıcısı olan Fortiline’in ürünün satışında kendisiyle rekabet eden üreticiyi fiyatlar üzerinde anlaşmaya davet ettiğini saptamıştır. Kararda üretici ile dağıtıcı arasında dikey ilişki çerçevesinde fiyatla ilişkili iletişimlerin olması gerektiği kabul edilirken, Fortiline’in üreticiye fiyatları yükseltmek için yaptığı teklifin dikey ilişkinin ötesinde fiyat tespiti için bir girişim olduğu ve rakipler arasındaki rekabeti kısıtladığı değerlendirilmiştir.

ABD içtihadındaki kararları kronolojik olarak ele aldığımızda, görece eski kararlardaki *per se* yaklaşımın zaman içinde yerini ekonomik analiz ve pazar dinamikleri çerçevesinde yapılan değerlendirmelere bıraktığını görmekteyiz. *Sylvania* kararı sonrasında azınlıkta kalan kararlar haricinde uzun bir dönem ikili dağıtım sistemindeki fiyat dışı kısıtlamaların dikey bağlamda incelendiği ve markalar arası rekabeti bozmadığı sürüce söz konusu kısıtlamalara müdahale edilmemesi yönünde hâkim görüş olduğu anlaşılmaktadır. Görece güncel

¹⁰⁸ Agk., para. 1341.

¹⁰⁹ Agk., para. 1342.

¹¹⁰ Agk., para. 1243.

¹¹¹ *Fortiline LLC*, Docket No. C-4592, (2016).

kararlarda ise pazar dinamikleri çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir. Zira kısıtlamaların hangi güdü ile gerçekleştirildiği, pazarda doğurduğu etkiler ve en önemlisi anılan eylemlerin tarafların irade uyuşmasıyla mı veyahut teşebbüslerin bağımsız kararları sonucu mu oluştuğu irdelenmektedir. Bununla birlikte ikili dağıtım modeline yönelik yeknesak bir içtihadın geliştiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Nitekim hem fiyat hem de fiyat dışı kısıtlamalara ilişkin örnek kararlarda farklı yorumların benimsendiği anlaşılmaktadır.

3.2. AVRUPA BİRLİĞİ (AB) REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI

3.2.1. İkili Dağıtıma İlişkin Mevzuat Hükümleri

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİDA) 101 (1). maddesi, amacı veya etkisi üye devletler arasında rekabeti azaltmak olan teşebbüsler arası anlaşmaları, teşebbüs birliği kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. İlaveten 101 (3). madde uyarınca; malların üretim veya dağıtımının iyileştirilmesine ya da teknik veya ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesine katkıda bulunan, tüketicilerin de kazanılan faydadan pay almasına olanak tanıyan anlaşma ve kararlar 101(1). madde uyarınca getirilen yasağın uygulanmasından muaf tutulmaktadır.

Komisyonun 330/2010 sayılı Tüzük'ü¹¹² ve Dikey Rehber'i, ABİDA 101 (3). maddenin dikey anlaşmalar ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin ilkeleri ortaya koymaktadır. 330/2010 sayılı Tüzük'in 2 (4). maddesi uyarınca rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar 330/2010 sayılı Tüzük ile sağlanan muafiyetten hariç tutulmaktadır. Nitekim Komisyonun Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'inin (Yatay Rehber)¹¹³ 12. paragrafında belirttiği üzere, rakipler arası dikey anlaşmalar pazarda doğuracağı etkiler ve muhtemel rekabetçi problemlerin yatay anlaşmalarla benzerlik arz etmesi sebebiyle Yatay Rehber'in hükümlerine tabi tutulmaktadır.

¹¹² Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, No 330/2010.

¹¹³ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, (2011).

Rakipler arası dikey anlaşmaların 330/2010 sayılı Tüzük ile sağlanan muafiyetten hariç tutulması hükmüne getirilen istisnada, rakiplerin karşılıklı olmayan (*non-reciprocal*)¹¹⁴ bir dikey anlaşmanın tarafı olduğu ve sağlayıcının anlaşma konusu malların üreticisi ve dağıtıcısı olduğu ancak alıcının yalnızca dağıtım seviyesinde faaliyet gösterip üretim seviyesinde rekabet eden bir teşebbüs olmadığı ikili dağıtım modeli 330/2010 sayılı Tüzük ile sağlanan muafiyetten yararlanabilmektedir¹¹⁵. 330/2010 sayılı Tüzük ile getirilen bu istisna Yatay Rehber’de de vurgulanmakta ve ikili dağıtımın Yatay Rehber’in kapsamında olmadığı ve bu anlaşmaların istisnai bir şekilde 330/2010 sayılı Tüzük hükümlerine tabi olduğu¹¹⁶ açıkça belirtilmektedir.

Mevzuat hükümleri ışığında Komisyonun ikili dağıtım modelinde oluşabilecek kısıtlamaları dikey nitelikte gördüğü ve 330/2010 sayılı Tüzük kapsamına aldığı görülmektedir. Nitekim Dikey Rehber’in 28. paragrafında yer verilen aşağıdaki hüküm Komisyonun ikili dağıtıma yönelik bakış açısını açıklamaktadır:

İkili dağıtım vakalarında, genel olarak, üretici ve perakendeci arasında perakende seviyesindeki rekabetçi ilişki üzerindeki herhangi bir potansiyel etkinin, genel olarak dikey tedarik anlaşmasının üretim veya perakende düzeyindeki rekabet üzerindeki potansiyel etkisinden daha az önemli olduğu dikkate alınmaktadır.

Bu hüküm çerçevesinde Komisyonun, ikili dağıtım modelinde dikey yönlü ilişkilerin ağır basan taraf olduğunu yorumladığı görülmektedir. Bununla birlikte Komisyonun ikili dağıtım modeline hoşgörülü bir tutumla yaklaştığı ve karşılıklı olmadığı sürece anlaşmaların yatay boyutunu göz ardı ettiği, ancak ikili dağıtımın belirli durumlarda tüketicilere zarar verebileceği (özellikle yatay veya dikey pazar gücünü kontrol eden dağıtıcılar tarafından uygulandığında), dolayısıyla bu gibi durumlarda 330/2010 sayılı Tüzük ile tanınan muafiyetin kapsamı dâhilinde görülmeyebileceği yönünde yorumlar mevcuttur (Lianos 2009, 185).

Günümüz itibarıyla, ikili dağıtım modelinin özellikle çevrim içi platformlarda kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte rekabetçi endişelerin artmasına rağmen Dikey Rehber’in yeterli derecede hukuki belirlilik sağlamadığı yönünde eleştiriler

¹¹⁴ Karşılıklı olmayan terimi örneğin; bir üreticinin başka bir üreticinin ürünlerinin dağıtımını gerçekleştirirken, ikincisinin ilk üreticinin ürünlerinin dağıtıcısı olmaması anlamında kullanılmaktadır (Goyder 2005, 295).

¹¹⁵ md. 2 (4) (a).

¹¹⁶ para. 12, dipnot 3.

gündeme gelmektedir (IBA 2019, 17). Nitekim Komisyon 2020 yılında 330/2010 sayılı Tüzük’n ve Dikey Rehber’in mevcut hâlinin revize edilme ihtiyacı olup olmadığına yönelik bir çalışma raporu¹¹⁷ yayımlamıştır. Çalışmanın sonuçları, 330/2010 sayılı Tüzük’n ve Dikey Rehber’in genel hatlarıyla teşebbüslerin dikey anlaşmalara ilişkin öz değerlendirmelerini yapabilmeleri açısından hâla etkin bir araç olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu çalışmada 330/2010 sayılı Tüzük’n ve Dikey Rehber’in benimsenmesinden bu yana çevrim içi satış kanallarının gelişiminin dağıtım modellerinde bazı değişikliklere yol açtığı, özellikle üreticinin doğrudan satış kanalını geliştirdiği belirtilmektedir. Bu itibarla çalışmanın neticesinde ikili dağıtımın da dâhil olduğu birtakım alanlarda revizyon ihtiyacı doğduğu saptanmıştır.

Çalışmaya katkıda bulunan ulusal rekabet otoriteleri, 330/2010 sayılı Tüzük ile ikili dağıtıma tanınan muafiyetin yeterli derecede netlik sağlamadığının bildirmişlerdir. Buna ilaveten katılımcıların getirdiği bir diğer eleştiri, Dikey Rehber’deki ikili dağıtım tanımını itibarıyla, 330/2010 sayılı Tüzük’n tanıdığı muafiyetin yalnızca üreticiler ile sınırlı tutulmasıdır. Bu sınırlama neticesinde tıpkı üretici gibi alt pazarda aktif olarak faaliyet gösteren toptancıların ve özellikle otomotiv sektöründeki bağımsız ithalatçıların dağıtıcıları ile olan ilişkilerinin ikili dağıtım bağlamında 330/2010 sayılı Tüzük kapsamına alınmasının yasal kesinliği artıracağı ve dolayısıyla daha fazla yatırıma yol açacağı ifade edilmiştir.

İkili dağıtıma dair bir diğer tartışma konusu, mevcut düzenlemede ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki bilgi değişimlerinin dikey ilişkinin bir parçası olarak ele alınıp alınmayacağı ve dolayısıyla 330/2010 sayılı Tüzük kapsamında kabul edilip edilmeyeceğine dair netlik olmadığıdır.

Çalışmaya katkıda bulunanların çoğunluk görüşüne göre, bilgi değişimleri dağıtıcıların özgürlüğünü kısıtlama amacıyla kullanılmadığının sürece üreticinin fiyatlama veya tüketicinin profiline yönelik bilgi toplamasını sağlayarak dağıtımda etkinlik kazanımını yaratabilecektir. Bununla birlikte bazı katılımcılar ise bu tür bilgi değişimlerinin 330/2010 sayılı Tüzük uyarınca muaf tutulmasının ikili dağıtıcıya alt pazarda stratejik bir avantaj kazandıracığı ve bağımsız dağıtıcıların etkin bir şekilde rekabet etme yeteneğini kısıtlayabileceği yönündeki endişelerini dile getirmişlerdir.

¹¹⁷ https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf, Erişim Tarihi: 18.01.2021.

Komisyon çalışma neticesinde 2020 yılında yayımladığı değerlendirme raporunda¹¹⁸ ikili dağıtım sisteminden kaynaklanan yatay yönlü rekabetçi endişelerin artık göz ardı edilebilir olmadığına dikkat çekmekte ve mevcut kuralların gözden geçirileceğini bildirmektedir. Buna göre bağlayıcı olmamakla birlikte Komisyon ikili dağıtıma dair dört farklı değişiklik önerisini bildirmektedir:

- Seçenek 1: Mevzuatın mevcut hâliyle korunması,
- Seçenek 2: Tarafların perakende pazarındaki pazar paylarına veya diğer ölçütlere dayalı bir eşik belirlemek suretiyle istisnanın kapsamının yatay endişelere yol açması muhtemel olmayan senaryolarla sınırlandırılması,
- Seçenek 3: İstisnanın kapsamına toptancıların ve ithalatçıların dâhil edilmesi,
- Seçenek 4: 330/2010 sayılı Tüzük'teki istisnanın kaldırılarak ikili dağıtıma yönelik ABİDA 101. madde uyarınca bireysel bir değerlendirme yapılması.

330/2010 sayılı Tüzük'ün ve Dikey Rehber'in yürürlüğe girdiği tarihten bu yana pazar yapılarında meydana gelen değişiklikler sonucu birtakım alanlarda güncelleme yapılması ihtiyacı tüm çevrelerce ortak bir kanı oluşturmaktadır. Nitekim ikili dağıtım sisteminin yatay boyutu giderek ön plana çıkmakta ve bunun neticesinde özellikle ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki bilgi alışverişinin rakipler arasında rekabete duyarlı bilgilerin karşılıklı değişimi olarak değerlendirilme ihtimali doğmaktadır. Bu itibarla mevzuatın mevcut hâlinin bilgi değişimleri başta olmak üzere ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki uygulamaların hangi ölçüde dikey ilişki kapsamında makul görüleceği ve hangi durumda dikey ilişkilerin ötesinde yatay seviyede rekabeti kısıtlayan bir uygulama olarak değerlendirileceği hususunda muğlak bir alan yarattığı ve bu konuda hukuki belirlilik sağlanması gerektiği düşünülmektedir.

¹¹⁸ Inception Impact Assessment – Ares (2020) 5822391, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-Revision-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation>, Erişim Tarihi: 18.01.2021.

3.2.2. AB Mevzuatı Işığında Yerel Otoritelerin Kararları

3.2.2.1. Birleşik Krallık

İkili dağıtımın posta/kargo taşımacılığı sektöründe sıklıkla tercih edilmesi dağıtım modelinin uygulanması esnasında ortaya çıkan rekabet sorunlarının bu sektörde daha sık gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (CMA) tarafından pişmanlık başvuru üzerine başlatılan ve devam eden süreçte telekomünikasyon sektöründe düzenleyici kurum olan Birleşik Krallık İletişim Otoritesine (OFCOM) devredilen soruşturma bu duruma örnek teşkil etmektedir. OFCOM tarafından yürütülen inceleme sonucu alınan *Royal Mail* kararında¹¹⁹ uluslararası posta hizmet sağlayıcısı Royal Mail ile Royal Mail'in çevrim içi yeniden satıcısı Salegroup'un "ekspres paket teslimat hizmetlerinin ticari müşterilere perakende seviyesinde tedariki" pazarında birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme ve/veya hizmet sunmamaya dair bir müşteri paylaşımı anlaşmasına dâhil olarak Birleşik Krallık Rekabet Kanunu ve ABİDA 101. maddeyi ihlal ettiklerine hükmedilmiştir. İlgili pazarda Royal Mail gibi hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösteren teşebbüsler söz konusu hizmeti nihai tüketiciye doğrudan kendi kanalları ile satışa sunabildiği gibi, Salegroup gibi üçüncü taraf çevrim içi yeniden satıcılar aracılığıyla da müşterilerine hizmet sağlamaktadırlar. Bu kapsamda taraflar arasındaki dikey yönlü tedarik ilişkisine ilaveten perakende seviyesinde rakiplik ilişkisi bulunmaktadır. OFCOM'un inceleme kapsamında elde ettiği iletişim delilleri, tarafların müşteri listelerini birbirleriyle paylaşarak ve ikili görüşmeler gerçekleştirerek birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme, aktif veya pasif satış yapmama konusunda hemfikir olduklarını ve anlaşmanın uygulanıp uygulanmadığını gözlemleyecek bir mekanizma geliştirdiklerini ortaya koymuştur. Sonuç olarak OFCOM, hizmetin nihai tüketiciye sunulduğu perakende seviyesinde tarafların rakip olarak hareket ettiğine, taraflar arasında fiyat rekabeti olduğuna ve müşteri paylaşımı anlaşması neticesinde; tüketiciye daha ucuza sunulabilecek hizmetin fiyatında artış gerçekleştiğine, bu anlaşmanın muafiyet kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve ABİDA 101. madde kapsamında amaç

¹¹⁹ *Royal Mail Group Limited and The Salegroup Limited (trading as despatchbay.com)*, Case Reference CW/01222/07/18, (2019).

bakımından rekabeti kısıtlayan rakipler arası bir anlaşma olduğuna hükmetmiştir.

Kararda ilgili pazarın incelemeye konu eylemin tedarik zincirinin hangi seviyesinde gerçekleştiği ile ilişkilendirilerek perakende seviyesinde tanımlanması dikkat çekmektedir. Bu pazar tanımı sayesinde tarafların doğrudan alt pazardaki rakiplik ilişkisi kapsamında rekabeti kısıtladıkları ve ihlalin yatay nitelikte olduğu daha belirgin bir şekilde ortaya konulmuştur.

3.2.2.2. Danimarka

Danimarka Rekabet Konseyi (DCC) *Hugo Boss- Kaufmann* ve *Hugo Boss-Ginsborg* kararlarında¹²⁰, giysi üreticisi Hugo Boss ile Hugo Boss'un ürünlerinin perakende seviyesinde satışını gerçekleştiren Kaufmann ve Ginsborg arasında gerçekleşen bilgi değişimlerini ayrı ayrı ele almıştır. Kaufmann ve Ginsborg, Hugo Boss'un da dâhil olduğu birçok markanın giyim ürünlerinin nihai tüketiciye satışını gerçekleştirmektedir. Hugo Boss'un söz konusu iki teşebbüse ürün tedarik etmesinden dolayı taraflar arasında dikey bir ilişki mevcut olup, Hugo Boss'un aynı zamanda perakende seviyesinde faaliyet göstermesi pazarın bu seviyesinde taraflar arasında rakiplik ilişkisi doğurmaktadır. DCC, genellikle dikey ilişki bağlamında bilgi değişiminin rekabetçi endişe doğurmadığını, bununla birlikte üretici alt pazardaki alıcılarıyla rekabet hâlinde olduğunda ürünün fiyatı, satış miktarı ve indirim oranları üzerinden yapılan bilgi değişiminin yatay seviyede rekabeti kısıtlayabileceğini belirtmiştir. Söz konusu bilgi değişiminin, taraflara geleceğe yönelik satışlarını birbirlerine göre ayarlamalarına imkân verdiği ve bu bilginin ürün çeşitliliğinde azalma, daha yüksek fiyatlar ve daha düşük indirimlere sebep olabileceği kanaatine ulaşılmıştır. Sonuç olarak DCC taraflar arasındaki bilgi değişiminin Danimarka Rekabet Kanunu ve ABİDA 101. madde uyarınca ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu karar, ikili dağıtım sisteminde bilgi değişimini konu alan nadir bir örnek teşkil etmektedir.

¹²⁰ *Informationsudveksling mellem HUGO BOSS og Kaufmann*, No. 19/04380, (2020); *Informationsudveksling mellem HUGO BOSS og Ginsborg*, No. 19/03566, (2020).

3.2.2.3. İspanya

İspanya Rekabet Otoritesi (CNMC) kargo kararında¹²¹ kurumsal kargo ve kurye hizmetleri pazarında faaliyet gösteren entegratörler ile yeniden satıcıları arasındaki dağıtım anlaşmalarını incelemiştir.

Komisyonun *UPS-TNT Express* kararında¹²² belirtildiği üzere, entegratörler ve yeniden satıcılar dağıtım ağlarının coğrafi kapsamı ve nitelikleri itibarıyla farklılık göstermektedir. CNMC bu farklılıklarının var olduğunu kabul etmekle birlikte tarafların müşterinin gözünde aynı hizmeti sağlıyor olmalarının rakip konumunda olduklarına işaret ettiğini belirtmektedir. CNMC, incelemesinde tarafların dağıtım anlaşmaları kapsamında birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme hususunda anlaşmaya vardığına dair iletişim delilleri elde etmiştir. Tarafların müşterilerle veya başka bir operatörün faaliyet alanıyla rekabet edebilme yeteneğini sınırlandırma konusunda bir anlaşmaya varmış olmalarının, her iki operatör arasında rekabetçi bir ilişkinin varlığının güçlü bir göstergesi olduğu vurgulanmaktadır. Taraflar, söz konusu uygulamanın dikey ilişki bağlamında münhasır müşteri gruplarına yönelik bir kısıtlama içerdiği ve 330/2010 sayılı Tüzük kapsamında muafiyete konu olduğu savunmasını getirmişlerdir. Ancak CNMC, taraflar arasındaki dikey ilişkinin inceleme konusu olmadığını, nitekim dosya konusunun “perakende düzeyinde rakipler arasındaki anlaşmalardan kaynaklanan ihlaller” olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra, taraflar arasındaki ilişki dikey ilişki çerçevesinde değerlendirilse dahi anlaşmanın muafiyet alamayacağı, zira kısıtlamanın münhasıran oluşturulmuş bir müşteri grubundan ziyade tarafların tüm müşterilerine yönelik bir kısıtlama içerdiği vurgulanmıştır. Komisyonun 330/2010 sayılı Tüzük ile karşılıklı olmayan rakipler arası dikey anlaşmalara getirdiği istisnanın inceleme konusu anlaşmaya uygulanamayacağı, zira ticari ilişkisinin düzgün işleyişini sağlamak için makul görülemeyecek “karşılıklı” bir müşteri paylaşımı anlaşmasının var olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, tarafların hizmetin perakende düzeyinde tüketiciye sunumunda rakip konumunda olduğu, bu rakiplik ilişkisi kapsamında birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme hususunda anlaşarak İspanya Rekabet Kanunu ve ABİDA 101. madde kapsamında rekabeti amaç bakımından kısıtladıkları sonucuna varılmıştır.

¹²¹ *Mensajería Y Paquetería Empresarial*, S/Dc/0578/16, (2018).

¹²² Case No. COMP/M.6570, (2013).

3.3. DİĞER ÜLKE UYGULAMALARI

3.3.1. Avustralya

Avustralya Yüksek Mahkemesi *Flight Centre* kararında¹²³, hava yolu şirketleri için bilet rezervasyon hizmetleri sunan Flight Centre'nin hava yolu şirketlerini ikna ederek teşebbüslerin kendi internet sitelerinde yaptıkları uçak bileti satışlarında fiyat indirimi yapmama konusunda anlaşma yapma girişimini rekabeti amaç bakımından kısıtlayan bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Hava yolu şirketleri doğrudan kendi çevrim içi kanalları aracılığıyla tüketicilere uçak bileti satışı gerçekleştirirken aynı zamanda Flight Centre gibi teşebbüsler vasıtasıyla da tüketiciye satış gerçekleştirmektedirler. Mahkeme, taraflar arasındaki acentelik ilişkisine rağmen Flight Centre'nin bilet fiyatlarını belirlemede bağımsız bir şekilde takdir yetkisinin olmasından dolayı acente gibi çalışmadığını ve hava yolları ile uçak bileti tedariki pazarında doğrudan rekabet hâlinde olduğunu gözlemlemiştir. Zira tüketicinin gözünde aynı ilgili ürün pazarında rakip olan tarafların fiyat rekabetini ortadan kaldırmak için anlaşmaya teşebbüs etmeleri rekabeti azaltma amacı taşıyan bir uygulama olarak görülmüştür.

3.3.2. Hindistan

Hindistan Rekabet Komisyonu (CCI) *Suo Motu*¹²⁴ kararında Panasonic ile Godrej arasındaki iletişim delillerini rakipler arasında fiyat tespiti anlaşması şeklinde yorumlamıştır. Taraflar arasındaki dikey ilişki Godrej'in pil üreticisi Panasonic'ten temin ettiği ürünü kendi markası altında yeniden satışına dayanmaktadır. Bununla birlikte CCI taraflar arasında ilişkinin acentelik, ortak girişim veya ortaklık teşkil etmemesinden ötürü inceleme kapsamında elde edilen iletişim delillerini tedarikçi alıcı ilişkisinden ziyade, pazarda bağımsız şekilde faaliyet gösteren iki rakip teşebbüs ilişkisi bağlamında ele almıştır. CCI talep yönlü bir perspektifle tüketicinin gözünde iki teşebbüsün ürünlerinin ikame edilebilir olmasından dolayı söz konusu ürün Panasonic tarafından üretiliyor olsa dahi tarafların ürünün satışı ve dağıtımında rakip olduklarına hükmetmiştir. Bu görüş çerçevesinde CCI, iletişim delillerinin tarafların fiyat izleme mekanizması

¹²³ *Australian Competition and Consumer Commission v Flight Centre Travel Group Limited*, 2016 [HCA] 49.

¹²⁴ *Suo Motu*, Case No. 3 of 2017, (2019).

geliştirdiğini ispat ettiğini belirtmiş ve delillerin üretici tarafından alıcısına dikte edilen yeniden satış fiyatının tespiti olarak değerlendirilemeyeceğine, nitekim rakipler arasında gerçekleşen bir fiyat tespiti söz konusu olduğuna hükmetmiştir.

Bu karar farklı iki marka altında aynı ürünün rekabetinden bahsettiği için standart ikili dağıtım modellerinden bu yönüyle ayrılmaktadır. İlaveten kararda dikkat çeken husus, CCI'nın anlaşmalarının niteliğini karakterize etmede talep yönlü ikame edilebilirliği rakiplik ilişkisinin bir göstergesi olarak dikkate almasıdır.

3.4. TÜRK REKABET HUKUKUNUN İKİLİ DAĞITIMA BAKIŞ AÇISI

3.4.1. İkili Dağıtım İlişkin Mevzuat Hükümleri

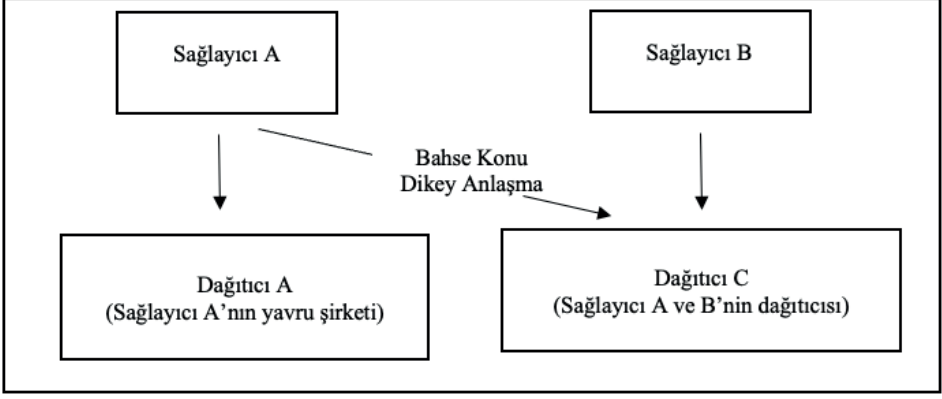
Türk rekabet hukukunda AB düzenlemeleri ile örtüşen şekilde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 4. maddesince rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Ancak Dikey Kılavuz'da belirtildiği üzere, markalar arası rekabetin artmasına ve üretim ve dağıtım sürecinin kurulmasına katkı sağlayan dikey anlaşmalar, belirli koşulları sağlamaları hâlinde Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yasaktan muaf tutabilmektedir. Bu kapsamda 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ (2002/2 sayılı Tebliğ) ile Dikey Kılavuz, dikey anlaşmaların grup olarak 4. madde hükümlerinden muaf tutulma koşullarını belirlemektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin beşinci fıkrası,

Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. Ancak sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanır.

hükmü ile ikili dağıtımına kapsamına almaktadır. Bu durum Dikey Kılavuz'da¹²⁵ aşağıdaki örnek şekil ile açıklanmaktadır:

¹²⁵ para. 6.

Şekil-3: Örnek İkili dağıtım Modeli



Şekilde görüldüğü üzere, sağlayıcı A ürünlerini hem yavru şirketi aracılığıyla hem de bağımsız dağıtıcı C vasıtasıyla dağıtmaktadır. Bu kapsamda sağlayıcı A ve dağıtıcı C dağıtım seviyesinde rakip konumunda olup üretim seviyesinde birbirlerinin rakibi olmadıkları için aralarında yapmış oldukları dikey anlaşma 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamındadır. Ancak, dağıtıcı C'nin üretici B'nin dağıtım seviyesindeki yavru şirketi olması durumunda, sağlayıcı B üretim seviyesinde rakibi olan sağlayıcı A'nın ürünlerini dağıtacak ve bahse konu anlaşma 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına alınmayacaktır. Zira bu durumda ikili dağıtım tanımına uymayan şekilde üretim seviyesindeki rakipler arasında gerçekleşen bir dikey anlaşma olacağından, anılan anlaşma Yatay Kılavuz¹²⁶ hükümlerine tabi olacaktır.

Dikey Kılavuz hükümleri uyarınca ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki dağıtım ile ilgili dikey anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. İlaveten Dikey Kılavuz'daki hüküm ile paralel şekilde Yatay Kılavuz'da ticarileştirme anlaşmaları kapsamında rakipler arası dağıtım anlaşmalarının Yatay Kılavuz hükümlerine tabi olduğu, ancak ikili dağıtım modelindeki dağıtım anlaşmalarının taraflar dağıtım seviyesinde birbirinin rakibi olsa dahi 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir¹²⁷. Söz konusu düzenlemelerin Komisyonun mehz uygulamaları ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. Bununla birlikte gerek AB'de gerek Türkiye'de anılan

¹²⁶ para. 11.

¹²⁷ para. 203.

düzenlemeler ile ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki dağıtım anlaşmalara odaklanılmakta ancak ikili dağıtım modelinde ortaya çıkabilecek yatay yönlü rekabetçi endişelerin ne şekilde ele alınacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun ikili dağıtım modelinde taraflar arasındaki alt pazardaki rakiplik ilişkisinin hangi perspektifle değerlendirileceği konusunda belirsizlik yarattığı düşünülmektedir. Nitekim bir önceki bölümde görüldüğü üzere Komisyonun 330/2010 sayılı Tüzük ile ikili dağıtıma getirdiği istisnaya rağmen ulusal rekabet otoriteleri ikili dağıtımı konu eden kararlarında taraflar arasındaki dağıtım anlaşmalarının yatay yönlü rekabet ihlallerinin ortaya çıkmasına engel olmadığını göstermektedir. Bu doğrultuda AB uygulamaları için yapılan değerlendirmenin Türk rekabet hukuku açısından da geçerli olduğu dşnlmekte ve ikili dağıtım sisteminde gerçekleşebilecek yatay yönlü rekabetçi endişelere ilişkin hukuki belirlilik sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bölümün devamında mevzuat hükümleri doğrultusunda Rekabet Kurulunun (Kurul) ikili dağıtım sistemini ele alan örnek kararlarına yer verilmektedir.

3.4.2. Kurul Kararları

3.4.2.1. Yatsan Kararı¹²⁸

Kararda yatak pazarında hem üretim hem dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren Yatsan'ın bağımsız dağıtıcıların yeniden satış fiyatını belirlediği ve internet satışlarını kısıtladığı iddiaları ele alınmıştır. Yatsan'ın dağıtım kanalı kendi sahipliğindeki perakende satış noktaları ve bağımsız bayilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla Yatsan ve bayileri dağıtım seviyesinde rekabet hlindedirler. Bununla birlikte kararda taraflar arasındaki söz konusu ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile ikili dağıtıma getirilen istisna ile örtüştüğü, dolayısıyla Yatsan ve bayileri arasındaki ilişkinin dikey nitelikte olduğu değerlendirilmiştir. Nitekim inceleme kapsamında elde edilen deliller doğrultusunda, dikey ilişki bağlamında Yatsan'ın üretici olarak bayilere rnlerin Türkiye genelinde bütün satış noktalarında aynı fiyattan satılacağını ve satış politikalarına uymayan her işletmenin uyarılacağını bildirdiği tespit edilmiştir. İhlalin dikey niteliği tespit edildikten sonra Kurul, marka içi rekabeti kısıtlayan bir eylemin markalar arası rekabeti sınırlayan kısıtlamalardan daha az olumsuz etki yaratacağına değinmiştir. Bu çerçevede ihlalin dikey nitelikte

¹²⁸ 23.09.2010 tarihli ve 10-60/1251-469 sayılı karar.

olması, pazarın büyüyen ve dinamik yapısı, Yatsan'ın önemli bir pazar gücüne sahip olmaması ve rakiplerin pazardaki güçlü varlığı, ihlalin bir yıldan kısa bir süre zarfında uygulanması ve bayilerin satış fiyatının izlenmemesi gibi unsurlar dikkate alınarak Yatsan hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, ancak söz konusu uygulamaya son verilmesi için teşebbüse görüş bildirilmesine karar verilmiştir. Kararda elde edilen delillerin fiyat tespitine dair uygulamanın üreticinin tek taraflı eylemi olduğuna işaret ettiği görülmekte ve bu sebeple ihlalin dikey ilişki neticesinde gerçekleştiği değerlendirilmesinin yerinde olduğu düşünülmektedir.

3.4.2.2. Linde Gaz Kararı¹²⁹

Kararda, endüstriyel ve medikal gaz üretimi ve doğrudan satışı ile iştiğal eden Linde Gaz ile yeniden satıcıları arasında geçen iletişim delillerinin bazı müşterilere satış yapmama ve rekabetçi fiyat teklifi vermekten kaçınma gibi unsurları içerdiği belirtilmektedir. Bununla beraber taraflar arasındaki tedarik ilişkisi kapsamında söz konusu eylemin dikey ilişki çerçevesinde gerçekleştiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Linde Gaz'a müşteri kısıtlaması içeren eylemlerinin ihlal niteliğinde olması itibarıyla idari para cezası verilirken dikey ilişki bağlamında pasif konumda olduğu belirtilen yeniden satıcılara idari para cezası verilmemiştir.

Kararda tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme konusunda anlaşıklarını işaret eden iletişim delillerinin varlığına rağmen, ihlalin dikey nitelikte kabul edilmesi ve yalnızca sağlayıcıya ceza verilmesi dikkat çekmektedir. Zira taraflar arasında tedarik ilişkisi bulunmakla birlikte, iletişim delillerinin de ortaya koyduğu üzere taraflar alt pazarda müşterilere yapılan satışlarda rekabet etmekte ve kararda da belirtildiği üzere müşterilere "rekabetçi fiyat teklifi vermekten kaçınma"¹³⁰ yönünde eylemleri bulunmaktadır.

İkili dağıtım modelinde müşteri ve bölge kısıtlaması içeren bir uygulama üreticiye dağıtım verimliliğini artırılması gibi meşru görülebilecek bir ekonomik avantaj sağlıyorsa kısıtlamanın dikey nitelikte olduğu söylenebilecektir. Ancak bu ekonomik avantajların yokluğunda anılan kısıtlama rakipler arası yatay bir

¹²⁹ 29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı karar.

¹³⁰ Agk., para. 52.

anlaşmaya işaret edecektir¹³¹. Linde Gaz kararının 58. paragrafında belirtildiği üzere, söz konusu anlaşmalar dağıtımda etkinlik veya benzeri bir ekonomik gelişmeye sebep olmadığı gibi tüketici faydası da sağlamamaktadır. Bu çerçevede anılan kısıtlamanın etkinlik kazanımı güdüsünden ziyade ikili dağıtıcının alt pazarda bağımsız dağıtıcılar ile arasındaki marka içi yatay rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik olduğu ve yeniden satıcıların da aynı güdü ile hareket etmesinin üretici tarafından alt pazardaki dağıtıcılara dikte edilen dikey yönlü bir kısıtlamadan ziyade karşılıklı olarak bir müşteri paylaşımı anlaşmasının varlığına işaret ettiği düşünülmektedir. Nitekim mehaz uygulamalara bakıldığında Genel Mahkemenin Toshiba¹³² kararında, pazar paylaşımı içeren centilmenlik anlaşmalarının taraflar arasında rekabetçi bir ilişki olduğuna dair güçlü bir gösterge olduğu, zira tarafların bir pazar paylaşımı anlaşmasına dâhil olmalarının birbirlerini en azından potansiyel rakip olarak görmelerinden kaynaklandığı değerlendirilmesinde bulunduğu görülmektedir. Linde Gaz ve yeniden satıcıları arasındaki iletişim delilleri de tarafların birbirlerini rakip olarak gördüklerine işaret etmektedir.

3.4.2.3. Kargo Kararı¹³³

Kurulun 2020 senesinde aldığı kargo kararında posta/kargo taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin müşteri paylaşımı yapmak suretiyle Kanun’u ihlal ettikleri iddiası incelenmiştir. Karara göre sektörde hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösteren entegratörler tüketicilere hem kendi dağıtım kanallarıyla hem de yeniden satıcılar aracılığıyla hizmet sunmaktadırlar. Dolayısıyla entegratörler ve yeniden satıcılar perakende seviyesinde rakip konumundadırlar. Bununla birlikte kararda, alt pazarda rakiplik ilişkisi mevcut olan tarafların üretim seviyesinde birbirleri ile rakip olmadıkları, nitekim yeniden satıcıların satın aldıkları hizmeti üretme kabiliyetinden yoksun oldukları değerlendirilmiştir. Bu nedenle 2002/2 sayılı Tebliğ ile ikili dağıtıma getirilen istisna çerçevesinde taraflar arasındaki ilişkinin dikey nitelikte olduğu değerlendirilmiştir. Dikey ilişki çerçevesinde hizmet sağlayıcıların yeniden satıcılara getirdiği kısıtlamaların objektif kriterlere göre belirlenmiş münhasır müşteri gruplarına dayanmadığı

¹³¹ 651 F.2d 422, (1981).

¹³² *Toshiba Corporation v Commission*, Case T519/09, (2014), para. 231.

¹³³ 16.01.2020 tarihli ve 20-04/47-25 sayılı karar.

ve anılan müşterilere aktif satışların yanı sıra pasif satışların da yasaklandığı, bu itibarla kısıtlamanın muafiyete konu olamayacak şekilde ağır ihlal teşkil ettiği belirtilmiştir. İhlalin dikey ilişki kapsamında hizmet sağlayıcılar tarafından dikte edildiği ve bu ilişki kapsamında yeniden satıcıların pasif konumda olduğu değerlendirilerek yalnızca hizmet sağlayıcı teşebbüslerin Kanun’u ihlal ettikleri sonucuna varılmıştır.

Kararda yer alan karşı görüşte ise, ihlale konu eylemin dikey bir kısıtlama olmadığı ve yatay seviyede gerçekleşen bir anlaşma olduğu belirtilmektedir. Zira sektörde hiçbir teşebbüsün hizmetin ifasını tek başına gerçekleştiremediği, hizmetin niteliğine bağlı olarak bir teşebbüsün aynı anda hem sağlayıcı hem de yeniden satıcı konumunda olabileceği, dolayısıyla bu yapının rekabet hukukundaki dikey ilişki tanımıyla örtüşmediği belirtilmiştir. Buna ilaveten elde edilen iletişim delillerinin bir kısmında yeniden satıcılar pasif konumdayken bazılarında ise yeniden satıcıların aktif rolü olduğu ve söz konusu müşteri paylaşımından yarar sağladığı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere ikili dağıtıma ilişkin yatay-dikey tartışması Kurul nezdinde de devam etmektedir. Kararda müşteri kısıtlaması içeren uygulamaların üreticinin yeniden satıcılara dikte ettiği bir kısıtlama olduğuna kanaat edilmiş olmakla birlikte karşı görüşte yer alan değerlendirmelerin taraflar arasındaki ilişkileri daha net bir şekilde ortaya koyduğu söylenebilecektir. Zira kısıtlamanın dikey nitelikte olduğu değerlendirmesinin soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin tamamı açısından geçerli olmadığı düşünülmektedir. İletişim delillerinin bir kısmı ikili dağıtıcının üretici konumuyla dağıtıcılarına dikte ettiği bir kısıtlamaya işaret ederken, bazı teşebbüsler açısından iletişim delilleri tarafların irade uyuşması gösterdiğini ve söz konusu kısıtlamaların üreticiye fayda sağlayan dikey nitelikte bir kısıtlamadan ziyade taraflara karşılıklı olarak yarar sağlayan bir uygulama olduğunu göstermektedir.

3.5. İKİLİ DAĞITIMI KONU EDEN ÖRNEK KARARLARA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

İŞbu bölümde yer verilen örnek vakaları incelediğimizde, ikili dağıtım sistemine yönelik farklı perspektiflere dayalı farklı yorumların ortaya çıkabildiği görülmektedir. Bununla birlikte rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin çoğunlukla ikili dağıtımın hem yatay hem dikey unsurları barındıran karma bir yapıda olduğu hususunda ortak kanıda oldukları ancak olay bazında yapılan değerlendirmelerde ilişkinin ağır basan yönünü tespit etmeye çalıŐtıkları anlaşılmaktadır.

Bu ereve de incelemeye konu kısıtlamayı yatay bir ihlal olarak değerlendiren kararlardaki ortak yaklaşım, tarafların ilgili pazarda müşterinin gözünde bir ürünün temini için iki ayrı alternatif teşkil ettikleri yorumuna dayanmaktadır. Bununla birlikte dosya konusu, sektörü ve tarafları itibarıyla oldukça benzerlik gösteren kararlarda dahi otoriteler arasında görüş farklılıkları olduğu görülmektedir. Nitekim Kurulun kargo kararı, İspanya Rekabet Otoritesinin kargo kararı ve Birleşik Krallık'ta alınan *Royal Mail* kararının nde de posta/kargo taşımacılığı sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme eylemleri incelenmiŐ ve İspanya ve Birleşik Krallık örneklerinde anılan eylemlerin yatay seviyede gerçekleşen bir rekabet ihlali olduğuna hükmedilirken; Türkiye rneğinde ise dikey ilişki kapsamında getirilen bir kısıtlama olduğu sonucuna varılmıştır. Bunun yanı sıra Kurul kararında yer alan karşı görüşte inceleme konusu eylemin yatay seviyede gerçekleşen bir ihlal olduğu görüŐünün mevcut olması yatay-dikey ikileminin bariz örneklerinden biridir.

İkili dağıtıcının hem üretici hem dağıtıcı olarak hareket etmesi ihlale konu eylemin yatay veya dikey olarak nitelendirilmesinde zorluk yaratmaktadır. Bu noktada kritik husus, ihlalin tedarik zincirinin hangi seviyesinde gerçekleştiğini tespit edebilmektir. Bir başka deyişle, taraflar arasındaki ilişkinin yatay mı dikey mi olduğunu tartıŐmaktan ziyade her iki ilişkinin de varlığını kabul edip ortaya çıkabilecek bir rekabet ihlalinin hangi seviyede ve hangi ilişki kapsamında gerçekleştiğini saptamak gerekmektedir.

Bu itibarla karma ilişkileri ele alan vakalarda rekabet otoritelerinin yapacakları ilgili pazar tanımlarının daha da önem kazandığı düşünülmektedir.

Nitekim *Royal Mail* örneğinde görüldüğü üzere pazarın doğrudan perakende seviyesinde tanımlanması, incelemeye konu eylemin taraflar arasındaki tedarik ilişkisi kapsamında gerçekleşen bir kısıtlamadan ziyade perakende düzeyinde nihai tüketiciye hizmet sunumu aşamasında gerçekleşen bir ihlal olduğunu görece daha net bir şekilde ortaya koymaktadır.

İhlalin hangi ilişki bağlamında gerçekleştiğini tespit edebilmek için bir diğer önemli hususun, iletişim delilleri olduğu görülmektedir. Zira anılan deliller ihlalin tek taraflı olarak üreticinin dikte ettiği bir kısıtla mı veyahut tarafların irade uyuşmasıyla vücut bulan anlaşmadan doğan bir ihlal mi olduğunu ortaya koyabilecektir. Örnek vermek gerekirse *Yatsan* kararında elde edilen deliller, ikili dağıtıcının doğrudan bağımsız bayilerine satış fiyatını dikte ettiğini göstermektedir. Nitekim *Yatsan* ile bağımsız dağıtıcılar arasında alt pazarda rakiplik ilişkisi bulunmakla birlikte *Yatsan*'ın bahse konu kısıtlamayı doğrudan tedarik ilişkisi kapsamında üretici konumuyla hareket ederek gerçekleştirdiği görülmektedir. Bununla birlikte iletişim delilleri dahi farklı yorumların oluşmasına engel olmadığı görülmektedir. Nitekim Kurulun kargo kararında, iletişim delillerinin bazıları bağımsız dağıtıcılarla sağlayıcıların irade uyuşması göstererek, yatay seviyede yapılan bir anlaşma sonucu birbirlerinin müşterilerine teklif vermeme hususunda karşılıklı olarak telkinde bulduklarını göstermesine rağmen ihlalin dikey bir kısıtlama olduğu kanaatine varılmıştır. Bu bağlamda yatay- dikey ihlal ayırımının hâlen tartışmaya açık olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak ikili dağıtım sistemini ele alan vakalarda, ilgili pazar tanımlarının tedarik zincirindeki seviyelerle ilişkilendirilerek yapılması ve tarafların hangi güdü ile hareket ettiğine işaret edebilecek olan iletişim delillerinin dikkate alınmasıyla yatay-dikey ikilemine yönelik literatürdeki gri alanın sadeleştirilebileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Etkin bir şekilde kurulan dağıtım ağı, teŖebbslerin ürünlerini mümkün olan en geniŖ tüketiciler kitlelerine ulaŖtırmalarını sağlayarak rekabetçi üstünlük elde etmelerine imkân tanımaktadır. Bu doğrultuda ürün veya hizmetin niteliğine bağlı olarak farklı dağıtım metotları benimsenebilmektedir. Kimi zaman üreticiler yalnızca üretim süreciyle ilgilenip, dağıtım sürecini perakendeci veya toptancı gibi bağımsız dağıtıcılara bırakırken kimi zaman ise üretim ve dağıtım iŖlevlerinin her birini kendi bünyesinde gerekleŖtirmek şeklinde dikey btnleŖik bir yapı oluŖturmaktadırlar. Bazı durumlarda ise üreticiler bu iki yapının bir kombinasyonu olan ikili dağıtım modelini tercih etmektedirler. İkili dağıtımda üreticiler, mal ve hizmetlerin tüketicilere temin edilmesinde hem kendi dağıtım ağlarını kullanmakta hem de eŖ zamanlı olarak bağımsız dağıtıcılara alıŖmaktadırlar.

İkili dağıtıcılardan salt doğrudan veya dolaylı dağıtım modelini benimseyen üreticilere nazaran rekabet otoriteleri karŖısında daha hassas bir konumda oldukları görülmektedir. Zira reticinin dikey iliŖki içinde olduğu dağıtıcılardan dağıtım seviyesinde rekabet eder hâle gelmesi taraflar arasındaki iliŖkinin karmaŖık bir yapıya dnŖmesine sebep olmaktadır. Buna rağmen üreticilerin yaygın bir şekilde bu sistemi kullanmayı tercih etmeleri ikili dağıtım sisteminde tek bir dağıtım kanalıyla eriŖemeyecekleri fayda ve avantajlara sahip olmalarından kaynaklanmaktadır.

İkili dağıtım sağladığı faydalarla üreticiye rakipleri karŖısında rekabetçi üstünlük kazandırırken bu sistemin doğası gereği karma bir yapı içermesi rekabet karŖıtı etkileri de beraberinde getirmektedir. Rekabetçi endiŖelerin oluŖtuėu alanlardan biri ikili dağıtımın yüksek pazar gücü ile birlikte olası etkilerine iliŖkindir. Üreticinin dikey btnleŖik bir yapı oluŖturarak alt pazarda da faaliyete geçmesi bağımsız dağıtıcılardan pazar dıŖına itilmesine sebep olabilecek dıŖlayıcı

uygulamaları muhtemel hâle getirmektedir. Literatürdeki çalışmalar fiyat ayrımcılığı ve fiyat/marj sıkıştırması uygulamalarının ikili dağıtım modelinde sıklıkla görülebileceğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte anılan uygulamaların üreticinin hâkim durumda olduğu, dağıtıcıların ise büyük ölçüde üreticiye bağımlı olduğu ve kayda değer rekabetin ancak dağıtım seviyesinde gerçekleştiği durumlarda geçerli olduğu söylenebilecektir. Zira bağımsız dağıtıcıların üretici karşısında alıcı gücüne sahip olduğu ve üreticinin pazar gücünden yoksun olduğu durumda dağıtıcılar üreticinin dışlayıcı eylemlerini frenleyebilecektir.

İkili dağıtım modelinde üretici ile dağıtıcı arasında tedarik ve rakiplik ilişkisinin birlikte var olması rekabet karşıtı bir eylem söz konusu olduğunda bu eylemin hangi ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda tartışmalı bir alan yaratmaktadır. Nitekim klasik üretici dağıtıcı ilişkisinde fiyat tespiti veya müşteri bölge kısıtlaması içeren uygulamalar dikey nitelikte görülecekken ikili dağıtım söz konusu olduğunda aynı kısıtlamalar rakipler arasında gerçekleşen bir rekabet ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

İkili dağıtım sistemi hem yatay hem de dikey unsurları bir arada barındırdığı için rekabet hukuku bağlamında bu ilişkiyi salt yatay veya dikey bir ilişki olarak tanımlamak hatalı bir yaklaşım olacaktır. Bu itibarla taraflar arasındaki iki ilişkinin de varlığı kabul edilip her bir olay bazında hangi ilişkinin ağır bastığını ve tarafların ihlale konu eylemlerinin hangi ilişki kapsamında gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle yatay veya dikey olarak sınıflandırılması gereken ikili dağıtımın kendisi değil bu yapı içinde ortaya çıkabilecek rekabet karşıtı uygulamalardır. Bu değerlendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için uygun bir zemin oluşturulmalıdır. İkili dağıtım vakalarında tedarik zincirinin hangi seviyesinde gerçekleşen eylemlerin incelemeye konu olduğuna işaret edecek bir pazar tanımı yapılmasının yatay-dikey ihlal ayırımına yönelik yol gösterici olacağı düşünülmektedir. İkinci olarak bir kısıtlamanın taraflar arasında ortak bir irade uyuşmasından mı doğduğunu veya üretici tarafından dikte edilen bir kısıtlama mı olduğunu saptayabilmek için iletişim delillerinin kritik önem taşıdığı söylenebilecektir. Nitekim kimi vakalarda elde edilen deliller üretici tarafından dikte edilen bir kısıtlamaya işaret ederken kimi vakalarda ise tarafların karşılıklı olarak anlaşmaya taraf oldukları gözlemlenebilmektedir. Üçüncü olarak

incelemeye konu eylemi yatay veya dikey olarak kategorize ederken tarafların hangi motivasyonla hareket ettiği, anılan kısıtlamanın kimin öncelikli amacına hizmet ettiği ve tarafların bu kısıtlamadan karşılıklı olarak fayda sağlayıp sağlamadığı gibi kriterlerin her biri birlikte ele alınmalıdır. Böylelikle olay bazında yapılacak olan değerlendirmelerle ihlalin niteliği doğru bir şekilde ortaya konulabilecektir.

İkili dağıtıma yönelik bir diğer tartışma konusu dağıtım modelinin pazarın rekabetçi yapısı üzerinde ne gibi etkilere yol açacağına ilişkindir. Literatürde ikili dağıtımın marka içi ve markalar arası rekabet ile tüketici faydası üzerindeki etkilerine ilişkin görüş farklılıkları bulunduğu görülmektedir. Bu farklılıkların ikili dağıtıcının yalnızca üretici veya yalnızca dağıtıcı olarak hareket eden teşebbüslere kıyasla farklı motivasyonlara sahip olması ile ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Zira ikili dağıtım verimlilik güdüsüyle dağıtım ağını genişletmek ve daha geniş tüketici kitlelerine ulaşma arzusuyla işletildiğinde, alt pazardaki marka içi rekabeti artırabileceği ve bunun sonucunda tüketici refahını olumlu yönde etkileyebileceği söylenebilecektir. Bununla birlikte ikili dağıtım alt pazardaki rekabeti kısıtlama motivasyonu ile işletildiğinde ikili dağıtımın rekabet karşıtı etkilerinin salt dikey ilişkilere nazaran daha sakıncalı olması muhtemel görünmektedir.

AB'de 330/2010 sayılı Tüzük'n ve Dikey Rehber'in benimsenmesinden bu yana pazar yapılarında ve dağıtım modellerinde birçok değişiklik meydana gelmiştir. Özellikle çevrim içi satış kanallarının yaygınlaşmasıyla birlikte üreticinin doğrudan satış kanalını kullanması artık bir istisnadan çok birçok sektörde iş modellerinin temeli hâline gelmiştir. Bu itibarla Komisyonun çalışmasında da yer verildiği üzere ikili dağıtımın yatay boyutu artık göz ardı edilebilir bir durumda değildir. Nitekim örnek kararlarda görüldüğü üzere, ikili dağıtım vakalarında yatay yönlü rekabet ihlallerinin sayısı giderek artmaktadır. Bu çerçevede, 330/2010 sayılı Tüzük'n ve Dikey Rehber'in mevcut hâlinin ikili dağıtıma yönelik gerekli hukuki belirliliği sağlamadığı yönünde aldığı geri dönüşler doğrultusunda Komisyon mevzuat hükümlerinin gözden geçirileceğini duyurmuştur. Türk rekabet hukuku uygulamasının AB ile paralel bir şekilde yürütüldüğü dikkate alındığında, 2002/2 sayılı Tebliğ'in ve Dikey Kılavuz'un da aynı şekilde gözden geçirilebileceği düşünülmektedir. Nitekim ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki dağıtım anlaşmalarına 2002/2 sayılı Tebliğ ile

muafiyet sağlanmakta ancak ikili dağıtım modelinde ortaya çıkabilecek yatay yönlü rekabetçi endişelerin ne şekilde ele alınacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun ikili dağıtım modelinde taraflar arasındaki alt pazardaki rakiplik ilişkisinin hangi perspektifle değerlendirileceği konusunda belirsizlik yarattığı düşünülmektedir. Belirsizliğin doğduğu öncelikli alanlardan birinin bilgi değişimlerine ilişkin olduğu söylenebilecektir. Zira 2002/2 sayılı Tebliğ doğrultusunda ikili dağıtıcı ile bağımsız dağıtıcılar arasındaki bilgi değişimleri tedarik ilişkisi kapsamında makul görülebilecektir. Ancak bu durumda anılan bilgi değişimlerinin aynı zamanda dağıtım seviyesinde rakip olan taraflar arasında rekabete duyarlı hassas bilgilerin paylaşımıyla yatay seviyede rekabetin kısıtlanması ihtimali göz ardı edilmiş olacaktır. Bu bağlamda bilgi değişimlerinin hangi ölçüde dikey ilişki kapsamında kabul edilebilir görüleceğine ve hangi durumlarda yatay yönlü rekabet ihlallerine sebebiyet vereceğine ilişkin hukuki belirlilik bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Türkiye’de de bir mevzuat çalışması yapılması durumunda, olay bazında yapılacak yorumların mevzuat hükümleri ile uyumlu hâle getirilmesi ve hukuki belirliliğin artırılması adına, 2002/2 sayılı Tebliğ ile ikili dağıtım modeline getirilen istisnanın kapsamının netleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu çalışma ile istisnanın kapsamının yalnızca üretici ile bağımsız dağıtıcı arasındaki tedarik ilişkisi bağlamında olduğu vurgulanıp bahse konu dağıtım anlaşması haricinde taraflar arasındaki yatay ilişki neticesinde ortaya çıkabilecek rekabeti kısıtlayan uygulamaların 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyete konu olamayacağı ve anılan kısıtlamaların söz konusu muafiyetten bağımsız şekilde değerlendirileceğinin belirtilmesiyle görece belirlilik sağlanabileceği düşünülmektedir.

ABSTRACT

With the globalizing world and rapidly developing technology, undertakings have started to use multi-channel distribution systems in order to completely fulfill consumer needs. The dual distribution system, in which direct and indirect distribution channels are used simultaneously, is one of them. Although dual distribution is considered as a more efficient distribution method compared to the use of a single distribution channel, it creates a controversial area in competition law. This is because the producer competes with its distributors, with whom it has vertical relationship, from now on at the distribution level and therefore the classification problem arises.

The existence of both horizontal and vertical relations between the parties creates difficulties for the authorities and courts, when an anti-competitive action occurs, about in the context of under which relationship this action should be evaluated. In this study, it is aimed to put forward the perspective from which the anti-competitive actions emerging in the dual distribution system should be evaluated.

Fundamentally, as the dual distributor has different motives as compared with the undertakings that only perform the production function, dual distribution differentiates from pure horizontal and vertical relationships. Therefore, classifying dual distribution as horizontal or vertical in competition law may cause erroneous evaluations. In this context, it is necessary to acknowledge that dual distribution includes both horizontal and vertical relations, and when it comes to anti-competitive action, it is necessary to determine which relationship is dominant by independent evaluations on a case-by-case basis. While making this assessment, healthier results can be obtained by taking into account the motives of the undertakings, in which level of the supply chain the violation arises and which

of the parties benefit from this anti-competitive action.

KAYNAKÇA

ABA (2008), *Antitrust Handbook for Franchise and Distributions Practitioners*, ABA Book Publishing, ABD.

ADALI, F. (2010), “Doğrudan Dağıtımla Mağaza Zinciri Oluşturma ve Kuyumculuk Sektöründe Örnek Bir Vaka Çalışması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul.

ALTSCHULER, S. (1980), “Sylvania, Vertical Restraints, and Dual Distribution”, *The Antitrust Bulletin*. Cilt: 25, Sayı:1, s. 1-102.

ARNOLD, R., N. NORMAN ve D. SCHMIERER (2016), “Resale Price Maintenance and Dual Distribution”, Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law, <http://awa2017.concurrences.com/IMG/pdf/resale-price-maintenance-and-dual-distribution.pdf>, Erişim Tarihi: 21.12.2020.

ARREGUI, I. I. ve M. T. FERRER (2021), “Exchange of Information in Dual Distribution Systems”, *Concurrences* N° 1-2021, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2021/on-topic/the-vber-and-vertical-guidelines-revision-or-reform-reflection-on-critical-98100-en>, Erişim Tarihi: 18.02.2021.

BALASINGHAM, B. (2021), “Hybrid Restraints and Hybrid Tests under US Antitrust and EU Competition Law”, *World Competition Law and Economics Review*, Cilt: 43, Sayı: 2, s. 261-282.

BALDWIN, J. M. (1986), “NAAG Issues Counter-Guidelines on Vertical Restraints”, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/antitrust7&div=18&id=&page=>, Erişim Tarihi: 16.02.2021.

BANKS, T. L. (2019), *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, Third Edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York.

BORK, H. R. (1966), “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *The Yale Law Journal*, Cilt: 75, Sayı: 3, s. 373-475.

BÖRÜHAN, G., I. Ö. Y. HÜSEYİNOĞLU ve P. ERSOY (2017), “Perakendecilerin

E-ticaret ve Tüketici Algısına Yönelik Bir Araştırma”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 37, s. 197-217.

BRUCKMANN, B. O. “Fresh Perspectives on Dual Distribution: Managing Antitrust Risks of Price-Related Restraints” *Antitrust 18*, Cilt: 17, Sayı: 3, s. 18-24.

BULMASH, H. (2012), “An Empirical Analysis of Secondary Line Price Discrimination Motivations”, *Journal of Competition Law & Economics*, Cilt: 8, Sayı: 2, s. 361–397.

CARLIN, F., S. Szekely ve M. D. L. Mano (2018), “Vertical Restraints in E-commerce”, *Concurrences Law & Economics Workshop*, Brussels, <https://www.concurrences.com/en/conferences/vertical-restraints-in-online-commerce>, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

CARLTON, M. L. (1981), “Dual Distribution and the Horizontal-Vertical Dichotomy of Nonprice Restrictions”, *Tulsa Law Review*, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 306-326.

CHAND, A ve A. AWASTHI (2019), “Cartel Risks in Dual-Distribution Models – Too Soon to Tell?”, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cartel-risks-in-dual-distribution-models-too-soon-to-tell/>, Erişim Tarihi: 23.09.2020.

CHIANG W. K., D. CHHAJED ve J. D. HESS (2003), “Direct Marketing, Indirect Profits: A Strategic Analysis of Dual-Channel Supply-Chain Design”, *Management Science*, Cilt: 49, Sayı: 1, s. 1-20.

CHUANG, M. ve W. SHAW (2000), “Distinguishing the Critical Success Factors Between E-Commerce, Enterprise Resource Planning and Supply Chain Management”, *Proceeding of International Engineering Management Conference*, New Mexico, s. 146-151.

COATE M. B. ve M. R. Fratrik (1986), “Dual Distribution as a Vertical Control Device”, FTC Working Paper No. 143, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/dual-distribution-vertical-control-device/wp143.pdf>, Erişim Tarihi: 13.01.2021.

Common Language Marketing Dictionary, <https://marketing-dictionary.org/>, Erişim Tarihi: 08.10.2020.

DELİHOCA, E. (2008), “Çok Kanallı Dağıtım Sistemleri”, Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Afyon.

DESSAU, R. S. (1985), “A Definition of Agreement: Identifying Purely Unilateral

Conduct In Vertical Price Restriction Cases”, *Valparaiso University Law Review*, Cilt: 19, Sayı: 3, s 765-800.

Duke University, “Distiribution Channels – Types and Examples – The Duke Perspective”, <https://sites.duke.edu/perspective/2020/02/28/distribution-channels-types-and-examples/>, Erişim Tarihi: 24.09.2020.

DOJ (1993), “Antitrust Chief Announces Two Policy Changes at American Ear Association Conference”, https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1993/211653.htm, Erişim Tarihi: 17.02.2021.

DURMUŞOĞLU, A. (2006), “Dağıtım kanalı satış şekli-perakendecilik”, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul.

DUTTA, S., M. BERGEN, J. B. HEIDE ve G. JOHN (1995), “Understanding Dual Distribution: The Case of Reps and House Accounts”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Cilt: 11, Sayı: 1, s. 189-204.

European Commission (2020a), “Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation”, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf, Erişim Tarihi: 18.01.2021.

European Commission (2020b), “Inception Impact Assessment - Ares 5822391”, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-Revision-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation>, Erişim Tarihi: 18.01.2021.

ECEVİT, Z. (2002), “Tedarik Zinciri Yönetiminin İşletmelerin Rekabet Gücü Üzerine Etkileri”, Doktora Tezi, Celal Bayar Üniversitesi, Manisa.

EGGERT, A., J. HENSELER ve S. HOLLMANN (2012), “Who Owns The Customer? Disentangling Customer Loyalty in Indirect Distribution Channels”, *Journal of Supply Chain Management*, Cilt: 48, Sayı: 2, s. 75-92.

EROĞLU, A. H. (2005), *Endüstriyel İşletmelerde Dağıtım Kanalları Seçimi ve Dizaynı*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.

FISHER, A. A., F. I. JOHNSON ve H. L. ROBERT (1987), “Do the DOJ Vertical Restraints Guidelines Provide Guidance?”, *University of Baltimore School of Law, The Antitrust Bulletin*, s. 609-642.

FRAIZER, G. L. (1999), “Organizing and Managing Channels of Distribution” *Journal of the Academy of Marketing Science*, Cilt: 27, No. 2, s. 226-240.

GEVURTZ, F. A. (2006), “Vertical Restraints on Competition”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 54, s. 357-384.

GİLO, D. (2008), “Private Labels, Dual Distribution, and Vertical Restraints—An Analysis of the Competitive Effects”, A. EZRACHI ve U. BERNITZ (der.), *Private Labels, Brands, and Competition Policy* içinde, Oxford University Press, New York, s. 139-160.

GOLUBKINA, V. (2018/2019), “Ratio of Direct and Indirect Distribution in the Global FMCG Sector by the Example of Beauty Care Products of Henkel, L’Oréal and Unilever in Russia and Brazil”, Yüksek Lisans Tezi, LUISS Guido Carli University, Roma.

GOYDER, J. (2005), *EU Distribution Law*, Fourth Edition, Hart Publishing, ABD.

GRAULICH, D. S. (2017), “Antitrust Risks for Companies in Dual Distribution Networks Following Fortiline”, ABA Young Lawyer Division Antitrust Law Committee, s. 3-6, <https://www.hoganlovells.com/en/publications/~-/media/8a91c62975b4410a9f2842207eeaa318.ashx>, Erişim Tarihi: 02.03.2021.

GUNDLACH, G. T. ve A. G. LOFF (2013), “Dual Distribution Restraints Insight from Business Research and Practice”, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X1305800103>, Erişim Tarihi: 13.11.2020.

HOVENKAMP, H (2010), Harvard, “Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis”, *Faculty Scholarship at Penn Law, The Antitrust Bulletin*: Cilt: 55, Sayı: 3, s. 613-662.

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Third Edition, Thomson West, Hornbook Series, St. Paul, MN.

HOVENKAMP, H. (1984), “Vertical Restrictions and Monopoly Power”, *Boston University Law Review*, Cilt: 64, Sayı: 3, s. 521-561.

IBA (2019), “Antitrust Committee of The International Bar Association Unilateral Conduct and Behavioural Issues Working Group Submission in Response to the Public Questionnaire for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation”, <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=763C5C76-CEB8-4FAE-8346-7C7B17B3D44A>, Erişim Tarihi: 07.03.2021.

KARAKAYA, D. (2014), “İhracatta Dağıtım Kanalının Fonksiyonu ve Örnek Bir Olayın Swot Analizi”, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, İzmir.

KARARTI, T. (1999), “Otomobil Firmalarının Dağıtım Kanalında Bayi Seçiminde Göz Önünde Bulundurulmuş Faktörler”, Yüksek Lisans Tezi, Gebze Teknik Üniversitesi, Kocaeli.

KIRSCH, A. ve W. WEESNER (2006), “Can Antitrust Law Control E-commerce?”

A Comparative Analysis Light of U.S. and E.U. Antitrust Law”, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 297-330.

KOÇ, A. F. (2005), *At Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

KURTOĞLU, R. (2008), “Perakendecilikte Etik ve Bir Uygulama”, Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi, Kayseri.

LAKE, R. (2011), “Developing a Methodology for Assessing Restraints within Dual Distribution Systems in Competition Law Complaints in South Africa”, *SA Mercantile Law Journal*, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 173-196.

LEMLEY M. A. ve C. R. LESLIE (2007), “Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence”, *Iowa Law Review*, Cilt: 93, Sayı: 4, s. 1207-1270.

LIANOS, I. (2009), “The Vertical Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflections with Regard to Dual Distribution and Private Labels”, A. EZRACHI ve U. BERNITZ (der.), *Private Labels, Brands, and Competition Policy* içinde, Oxford University Press, New York, s. 161-186.

LIEBELER, W. J. (1978), “The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself by Robert H. Bork”, *California Law Review*, Cilt: 66, Sayı: 6, s. 1317-1342.

LUBAMBO, M. (2015), “Vertical Restraints Facilitating Horizontal Collusion: ‘Stretching’ Agreement in a Comparative Approach”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595676, Erişim Tarihi: 21.08.2020.

NAAG (1995), “Revisions to the National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines”, Washington, D.C., <https://www.gklaw.com/Resources/Documents/249.pdf>, Erişim Tarihi: 06.11.2020.

OECD (2007), “Vertical Mergers”, <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/39891031.pdf>, Erişim Tarihi: 24.09.2020.

OECD (1996), “The Essential Facilities Concept”, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920021.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2020.

OECD, “Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements”, <https://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, Erişim Tarihi: 19.12.2020.

ÖZDEMİR, A. İ. (2004), “Tedarik Zinciri Yönetiminin Gelişimi, Süreçleri ve Yararları”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı: 23, s. 87-96.

PARK, S. Y. ve H. T. KEH (2003), “Modelling Hybrid Distribution Channels: A

Game-Theoretic Analysis”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, Cilt: 10, Sayı: 3, s. 155-167.

PITOFISKY, R. (1978), “The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions”, *Columbia Law Review*, Cilt: 78, Sayı: 1, s. 1-38.

POLDEN, D. J. ve R. M. CALKINS (1980), “Intraband Territorial Allocations and the Per Se Rule”, *Drake Law Review*, Cilt: 30, Sayı: 1, s. 1-37.

PRIETO, C., vd. (2008), “Vertical Restraints: Pitfalls in Qualifying Vertical Relationships and Agreements” Conference: Vertical Restraints in Comparative Competition Law, Round Table I, Paris, N° 4-2008, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/No-4-2008/conferences/the-vertical-horizontal-dichotomy-and-the-boundaries-of-art-81-ec>, Erişim Tarihi: 11.09.2020.

SEGETLIJA, Z., J. MESARIC ve D. DUJAK ve (2011), “Importance of Distribution Channels-Marketing Channels -for National Economy”, 22nd CROMAR Congress: Marketing Challenges In New Economy, s. 785-809, https://bib.irb.hr/datoteka/529824.Segetlija_Dujak_Mesaric.pdf, Erişim Tarihi: 03.08.2020.

STEINER, R. L. (1991), “Intrabrand Competition – Stepchild of Antitrust”, *The Antitrust Bulletin*, s. 155-200.

ŞENGÖREN, Z. (2012), *Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmaların Düzenlenmesinde Yeni Dönem: AB Uygulamaları Işığında Türkiye için Yol Haritası*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

TSAY, A. A. ve N. AGRAWAL (2004), “Channel Conflict and Coordination in the E-Commerce Age”, *Production and Operations Management*, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 93-110.

ULAŞ E. (2007), “Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumdaki Teşebbüsler”, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.

VINHAS, A. S. ve J. B. HEIDE, “Forms of Competition and Outcomes in Dual Distribution Channels: The Distributor’s Perspective”, *Marketing Science*, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 160-175.

Washington University Law Quarterly (1982), “Dual Distribution Systems-Manufacturer-Imposed Restraints on Distributors Require Rule of Reason Analysis”, https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2256&context=law_lawreview, Erişim Tarihi: 13.01.2021.

WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York.

YAVUZ, M. (2006), “Fiziksel Dağıtım İşlemlerinde Lojistik Tasarım ve Optimizasyon”, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

YAVUZ, Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule of Reason”*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

YEHEZKEL, Y. (2003), “Downstream Competition Between an Upstream Supplier and an Independent Downstream Firm”, <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.6427&rep=rep1&type=pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2021.

YING-YING, L. (2018), “Overview of Research on Dual-Channel Supply Chain Management”, *Advances in Economics, Business and Management Research*, Cilt: 51, s. 204-212.

ZWIRB, R. (1988), “Dual Distribution and Antitrust Law”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 4, s. 1273-1342.

Türk Mevzuatı

2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz.

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

AB Mevzuatı

Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories Of Vertical Agreements And Concerted Practices.

Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 130/01, 19.05.2010.

Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements Text with EEA relevance, OJ C 11, 14.01.2011.

ABD Mevzuatı

DOJ, Vertical Restraints Guidelines, (1985).

Rekabet Kurulu Kararları

23.09.2010 tarihli ve 10-60/1251-469 sayılı karar.

29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı karar.

29.05.2018 tarihli ve 18-16/293-146 sayılı karar.

16.01.2020 tarihli ve 20-04/47-25 sayılı karar.

Avrupa Komisyonu ve Genel Mahkeme Kararları

Case No COMP/M.4225, Celsa/Fundia, (2006).

Case No. COMP/M.6570, UPS/TNT Express, (2013).

Toshiba Corporation v Commission, Case T519/09, (2014).

Diğer Ülke Otorite ve Mahkeme Kararları

Australian Competition and Consumer Commission v Flight Centre Travel Group Limited, 2016 [HCA] 49.

Mensajería Y Paquetería Empresarial, S/Dc/0578/16, (2018).

Suo Motu, Case No. 3 of 2017, (2019).

Royal Mail Group Limited and The Salegroup Limited (trading as despatchbay.com), Case Reference CW/01222/07/18, (2019).

Informationsudveksling mellem HUGO BOSS og Kaufmann, No. 19/04380, (2020).

Informations udveksling mellem HUGO BOSS og Ginsborg, No. 19/03566, (2020).

ABD Mahkeme ve FTC Kararları

United States v. McKesson & Robbins, Inc., 351 U.S. 305 (1956).

U.S. v. Arnold, Schwinn Co., 388 U.S. 365, (1967).

Interphoto Corp. v. Minolta Corp., 295 F. Supp. 711 (S.D.N.Y. 1969).

Rea v. Ford Motor Co., 355 F. Supp. 842, (1973).

Hobart Brothers Co. v. Malcolm T. Gilliland, Inc., 471 F.2d 894 (1973).

American Motor Inns, Inc. v. Holiday Inns, Inc., 521 F.2d 1230 (1975).

Martin B. Glauser Dodge Co. v. Chrysler Corp., 570 F.2d 72, (1977).

Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, (1977).

Coca-Cola Co., 91 F.T.C. 517 (1978).

Dougherty v. Continental Oil Co., 579 F.2d 954, (1978).

H & B Equipment Co Inc v International Harvester Company, 577 F.2d 239, (1978).

Donald B. Rice Tire v. Michelin Tire Corp., 483 F. Supp. 750 (1980).

Guild Wineries & Distilleries v. J. Sosnick & Son, 102 Cal. App. 3d 627 (1980).
Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp., 638 F.2d 15, (1981).
Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp., 637 F.2d 1001, (1981).
Abadir Co. v. First Mississippi Corp., 651 F.2d 422, (1981).
Copy-Data Systems, Inc. v. Toshiba America, Inc., 663 F.2d 405 (2d Cir. 1981).
Krehl v Baskin Robbins Ice Cream Co., 664 F.2d 1348 (1982).
Dimidowich v. Bell Howell, 803 F.2d 1473 (1986).
International Logistics Grp. v. Chrysler Corp., 884 F.2d 904, (1989).
Illinois Corporate Travel v. American Airlines, 889 F.2d 751, (1989).
Hampton Audio Electronics, Inc. v. Contel Cellular, Inc., 966 F.2d 1442, (1992).
Intercontinental Parts v. Caterpillar, 260 Ill. App. 3d 1085, (1994) - 631 N.E.2d 1258.
Spahr v. Leegin Creative Leather Products, Inc., NO. 2:07-CV-187, (2008).
Jacobs v. Tempur-Pedic Intern., Inc., 626 F.3d 1327 (2010).
Fortiline LLC, Docket No. C-4592, (2016).



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)