



DIKEY ANLAŞMALARA İLİŞKİN KILAVUZ

Kabul Tarihi:29.03.2018 Karar Sayısı:18-09/179-RM(1)

DİKEY ANLAŞMALARLA İLİŞKİN KILAVUZ

2

GİRİŞ	2
1. GRUP MUAFİYETİNİN KAPSAMI	3
1.1. “Dikey Anlaşma”nın Tanımı	3
1.2. Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar	4
1.3. Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmalar	4
1.4. Diğer Grup Muafiyeti Tebliği ile İlişkisi	6
1.5. Acentelik Sözleşmeleri	6
2. ANLAŞMALAR GRUP MUAFİYETİ KAPSAMI DIŞINA ÇIKARAN SINIRLAMALAR	8
2.1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi	8
2.2. Bölge ve Müşteri Sınırlaması	8
2.3. Seçici Dağıtım Sistemleri	13
2.4. Diğer Sınırlamalar	13
3. REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	14
4. GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ DIŞINDA KANUNA AYKIRILIK KARİNESİ BULUNMAMAKTADIR	17
5. BİLDİRİM ZORUNLULUĞU KALDIRILMIŞTIR	17
6. AYNI DAĞITIM SİSTEMİYLE DAĞITILAN PORTFÖY ÜRÜNLERİ	17
7. TEBLİĞLE SAĞLANAN MUAFİYETİN SONA ERMESİ	18
7.1. Muafiyetin Geri Alınması	18
7.2. Paralel Ağların Kapsam Dışına Çıkarılması	19
8. PAZAR TANIMI VE PAZAR PAYLARININ HESAPLANMASI	20
8.1. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz	20
8.2. Tebliğ’de Yer Alan %40 Pazar Payı Eşiğinin Hesaplanmasında İlgili	20
8.3. Bireysel Değerlendirme İçin İlgili Pazar	22
8.4. Grup Muafiyeti Tebliği Kapsamında Pazar Payının Hesaplanması	23
9. BİREYSEL DÜZEYDE UYGULAMA	23
9.1. Marka İçi Rekabetin Önemi	24
9.2. Dikey Kısıtlamaların Olumsuz Etkileri	24
9.3. Dikey Kısıtlamaların Olumlu Etkileri	25
9.4. Dikey Sınırlamaların Değerlendirilmesine Yönelik Genel Kurallar	27
9.5. Analiz Yöntemi	29
9.5.1. Kanun’un 5. Maddesi Çerçevesinde Yapılacak Değerlendirmede Dikkate	29
9.5.2. Çeşitli Dikey Sınırlamaların Analizi	32
9.5.2.1. Tek Marka Sınırlaması	32
9.5.2.2. Münhasır (Tek Elden) Dağıtım	39
9.5.2.3. Münhasır Müşteri Tahsisi	42
9.5.2.4. Seçici Dağıtım	43
9.5.2.5. Franchise Anlaşmaları	47
9.5.2.6. Tek Alıcıya Sağlama	49
9.5.2.7. Bağlama	51
9.5.2.8. Tavsiye Fiyatlar ve Azami Satış Fiyatının Belirlenmesi	53
9.5.2.9. En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu	54
9.5.2.10. Diğer Dikey Sınırlamalar	55

DIKEY ANLAŞMALAR İLİŞKİN KILAVUZ

GİRİŞ

(1) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 5. maddesinde, Rekabet Kurulu'na (Kurul), belirli koşulları taşıyan anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve söz konusu koşulları belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Teşebbüslerin üretim ve dağıtım sürecini en iyi şekilde kurmalarını ve bunun sonucu olarak genellikle pazarda markalar arası rekabetin artmasını sağlayan dikey anlaşmalar, belirli koşulları sağlamaları halinde Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf tutulması gereken anlaşma gruplarının başında gelmektedir. Nitekim, Kurul da 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği¹ ile söz konusu tebliğlerde öngörülen şartları sağlayan dikey anlaşmaları Kanun'un 4. maddesinin uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur. Söz konusu grup muafiyeti tebliğlerinin oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmalarına rağmen, dikey anlaşmalardan sınırlı bir kısmını kapsamış oldukları geçtiğimiz dönemdeki uygulamalar neticesinde tespit edilmiş bulunmaktadır. Kurul, 2005/4 sayılı Tebliğ hariç olmak üzere yukarıda sayılan diğer üç grup muafiyetinin yerine geçen ve daha da önemlisi kapsamı çok daha geniş olan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (Tebliğ) çıkarmıştır. Anılan Tebliğ 25.5.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliğin en önemli etkisi %40 pazar payı eşiği getirilerek Tebliğ'in kapsamının daraltılmış olmasıdır. Bu kılavuzun yayınlanmasındaki amaç, hem Tebliğ'in uygulanmasında hem de Tebliğ kapsamı dışında kalan dikey anlaşmalara yönelik Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerde Kurul'ca göz önünde bulundurulacak hususları olabildiğince açıklıkla belirtmek ve böylece Tebliğ'in ve dikey anlaşmalar bakımından Kanun'un 5. maddesinin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmektir.

(2) Tebliğ'den yararlanması mümkün olmayan dikey anlaşmalar için bireysel muafiyet talep etmek isteyen teşebbüsler, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz uyarınca Kurul'a bildirimde bulunabilirler.

¹ 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 1998/3 sayılı Tebliğ yürürlükten kalkmıştır (2005/4 sayılı Tebliğ).

1. GRUP MUAFİYETİNİN KAPSAMI

1.1. “Dikey Anlaşma”nın Tanımı

(3) Tebliğ’in “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde dikey anlaşmalar “Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar” şeklinde tanımlanmaktadır. Tebliğ’in 7. maddesinde belirtildiği üzere, bu Tebliğ dikey anlaşmaların yanı sıra dikey uyumlu eylemlere de aynı kriterler göz önünde bulundurularak uygulanacaktır. Yukarıda verilen, “dikey anlaşma” tanımından hareketle üç önemli hususun üzerinde durmak gerekmektedir:

- Anlaşmaya iki veya daha fazla teşebbüs taraf olmalıdır. Dolayısıyla, teşebbüs niteliğinde olmayan son kullanıcılar ile yapılan anlaşmalar Kanun’un 4. maddesi kapsamında olmadığı için grup muafiyetine de konu olmazlar. Ancak, teşebbüslerin teşebbüs niteliğini haiz olmayan son kullanıcılar ile gerçekleştirdikleri bu tür ticari işlemlerinin Kanun’un 6. maddesi kapsamında olabileceği unutulmamalıdır.

- Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olması gerekmektedir. Sağlayıcı konumundaki üretici bir teşebbüs ile bir toptancı arasında akdedilen dağıtım sözleşmesi bu anlamda basit bir dikey anlaşma örneğidir. Hammadde üreticisi konumundaki bir teşebbüs ile bu hammaddeyi üretimde kullanan başka bir teşebbüs arasında akdedilen tedarik anlaşması da Tebliğ’in öngördüğü dikey anlaşma tanımı içine girmektedir. Tarafları üretici konumundaki firma, toptancı konumundaki dağıtıcı ve nihayet ürünleri tüketiciye satan perakendeci olmak üzere üç teşebbüs arasında akdedilen bir anlaşma da dikey anlaşma olarak kabul edilir ve Tebliğ’de öngörülen koşulları sağlaması şartıyla grup muafiyetinden yararlanabilir. Burada önemli olan husus, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olmalarıdır. Aksi takdirde, örneğin toptancı konumundaki bir teşebbüsün dağıtım sürecinin bir üst seviyesinde faaliyet gösteren birden fazla sağlayıcı firma ile tek seferde aynı dağıtım anlaşmasını akdetmesi durumunda, söz konusu anlaşma Tebliğ’in öngördüğü dikey anlaşma tanımına uygunluk göstermez. Toptancı teşebbüsün, birbirine rakip konumundaki sağlayıcılarla tek seferde aynı anlaşmayı akdetmek yerine, sağlayıcıların her biriyle söz konusu anlaşmayı ayrı ayrı akdetmesi gerekmektedir.

- Anlaşmanın belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Buna göre, Tebliğ hem satın alma (tedarik) hem de dağıtım anlaşmalarını kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağlayıcıdan hangi amaçla aldığı önemli değildir. Alıcı anlaşma konusu mal veya hizmetleri yeniden satış ya da kendi üretiminde kullanmak amacıyla almış olabilir. Hatta alıcı, anlaşma konusu malları üçüncü kişilere kiralamak amacıyla sağlayıcıdan almış olsa dahi, sağlayıcı ile akdetmiş olduğu anlaşma Tebliğ’in öngördüğü dikey anlaşma tanımı içerisine girecektir. Ancak, alıcı ile üçüncü kişi arasında akdedilen kiralama sözleşmesi (örneğin, finansal kiralama-leasing sözleşmeleri), herhangi bir şekilde mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımının söz konusu olmaması nedeniyle, dikey anlaşma olarak kabul edilemez.

1.2. Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar

(4) Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bir dikey anlaşmada, aynı zamanda, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümlerin de yer alması durumunda, belirli koşulların sağlanması şartıyla söz konusu dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlanabilir. Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 4. fıkrasında, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımını içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için taşınması gereken koşullar belirtilmiştir. Söz konusu dikey anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında değerlendirilebilmesi aşağıda açıklanan unsurların tamamını sağlaması ile mümkün olabilecektir:

- Fikri haklara ilişkin hükümler anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmalıdır.

- Anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı anlaşmanın esas amacı olmalıdır. Başka bir ifadeyle, fikri hakların alıcıya devri ya da alıcıya kullandırılması, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımına hizmet etmeli, anlaşmanın esas amacını oluşturmamalıdır. Bu koşul franchise sözleşmelerinde genellikle sağlanır: Franchise sisteminin yeknesaklığını sürdürebilmek amacıyla franchise alana aktarılan fikri haklar genellikle anlaşmaya konu olan mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımı için gerekli yardımcı unsurlardır. Ancak, örneğin yalın lisans devir sözleşmelerinde mal veya hizmetin alım veya satımı herhangi bir şekilde söz konusu olmadığı için bu tür anlaşmalara Tebliğ'in uygulanması mümkün değildir.

- Anlaşmada fikri hakların kimden kime verildiği önem taşımaktadır. Fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımının söz konusu olması durumunda, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanılabilir. Aksi takdirde, fikri haklar alıcı tarafından sağlayıcıya devrediliyor ve sağlayıcının satışlarına birtakım sınırlamalar getiriliyor ise, böyle bir dikey anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanması söz konusu değildir. Örneğin, fason üretim sözleşmelerinde üretimi gerçekleştiren ve sağlayıcı konumunda olan teşebbüs (yüklenici) üretim için gerekli olan know-how'ı genellikle alıcı konumundaki teşebbüsten sağlar. Kendi markasını oluşturan zincir marketlerin bu ürünleri üretici teşebbüslere ürettirmesi uygulamalarının Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi için, zincir marketin söz konusu ürünün üretimini gerçekleştiriyor ve sağlayıcı konumundaki üreticiye bu konuda bir know-how aktarmıyor olması gerekmektedir.

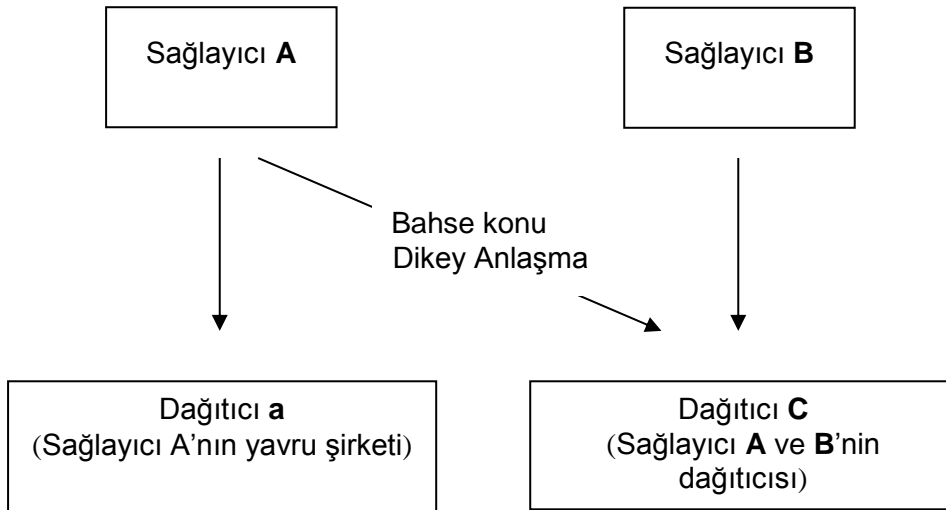
- Fikri hakların devri ve kullanımına ilişkin hükümler Tebliğ'de muaf tutulmayan dikey sınırlamalarla aynı amaç veya etkiye sahip rekabet sınırlamaları içermemelidir.

1.3. Rakip Teşebbüsler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmalar

(5) Tebliğ'in 2. maddesinin 5. fıkrasına göre, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, sadece bir istisnai durum haricinde, grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. "Rakip teşebbüsler" in tanımı ise Tebliğ'in 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer almaktadır. Buna göre, aynı coğrafi pazarda faaliyet gösterip göstermediklerine bakılmaksızın, Türkiye'de aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılar rakip teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Halihazırda rakip mal üretmeyen, ancak söz konusu ürünün fiyatlarında göreceli olarak küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda bir yıl içerisinde

gerekli yatırımları yaparak piyasaya girebilecek teşebbüsler, söz konusu ürün pazarında faaliyet gösterme potansiyeline sahip teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Herhangi bir teşebbüsün bu tür bir yatırım yaparak yeni bir pazara girme ihtimalinin olup olmadığı tespit edilirken teorik bir yaklaşımdan ziyade eldeki verilere dayanan gerçekçi bir yaklaşım ortaya konulacaktır. Örneğin, finansal gücü ne kadar büyük olursa olsun herhangi bir teşebbüs, halihazırda faaliyet gösterdiği ürün pazarlarıyla hiç bir ilişkisi olmayan başka bir pazar için potansiyel bir rakip olarak görülemeyecektir. Ancak, bu teşebbüsün söz konusu yeni pazara girmeyi planladığı açıkça biliniyorsa, o takdirde bu pazar için potansiyel bir rakip sayılacaktır.

(6) Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağı hükmüne getirilen istisnada, teşebbüsler sadece dağıtım seviyesinde birbirlerine rakip olabilmektedirler. Başka bir ifadeyle, sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanabilir. Böylece üretici konumundaki teşebbüsler bir yandan bağımsız alıcılar vasıtasıyla ürünlerini dağıtırken, bir yandan da kendileri bizzat dağıtım yapabileceklerdir. Söz konusu istisnai durum bir örnek yardımı ile aşağıda şekil üzerinde gösterilmiştir:



(7) Şekilden de görüldüğü üzere, Sağlayıcı A ve Sağlayıcı B aynı ürün pazarında faaliyet gösteren iki rakip teşebbüstür. Sağlayıcı A ürünlerini hem kendi yavru şirketi (Dağıtıcı a) vasıtasıyla hem de bağımsız Dağıtıcı C ile yaptığı bir dikey anlaşma aracılığı ile dağıtmaktadır. Dağıtıcı C'nin aynı zamanda Sağlayıcı B'nin ürünlerini dağıtıyor ve Sağlayıcı A'nın da Dağıtıcı a vasıtasıyla dağıtım seviyesinde faaliyet gösteriyor olması nedeniyle, Sağlayıcı A ile Dağıtıcı C dağıtım seviyesinde birbirlerine rakip durumdadırlar. Bu iki teşebbüs üretim seviyesinde birbirlerine rakip olmadıkları için aralarında yapmış oldukları dikey anlaşma Tebliğ kapsamında bir anlaşmadır. Ancak, Dağıtıcı C'nin Sağlayıcı B'nin yavru şirketi olması durumunda, Sağlayıcı B rakibi olan Sağlayıcı A'nın ürünlerini dağıtıyor olacak ve bahse konu anlaşma Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır.

1.4. Diğer Grup Muafiyeti Tebliğleri ile İlişkisi

(8) Tebliğ'in 2. maddesinin 6. fıkrasında, başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara bu Tebliğ'in uygulanmayacağı belirtilmektedir. Böylece, belirli bir konuyu veya sektörü baz alan tebliğlerin varlığı halinde, genel bir düzenleme olan 2002/2 sayılı Tebliğ yerine daha ayrıntılı ve özel düzenlemeler içeren bu tebliğler uygulanacaktır. Örneğin, motorlu taşıtların dağıtımına ilişkin bir dikey anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir anlaşma ancak 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilir.

1.5. Acentelik Sözleşmeleri

(9) Teşebbüsler mal veya hizmetlerin alım veya satımında bağımsız teşebbüsleri kullanmak yerine zaman zaman acentelik sistemini de tercih edebilmektedirler. Türk Ticaret Kanunu'nda acente, "Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlere aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse" olarak tanımlanmaktadır. Örneğin, uçak bileti satışı yapan bir teşebbüs ile havayolu şirketi arasındaki ilişki genellikle acentelik ilişkisidir.

(10) Müvekkil hesabına aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelere ilişkin olarak acenteye getirilen sınırlamalar genellikle Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadıkları için, prensip olarak muafiyet rejiminin de konusu değildir. Akdedilen anlaşmanın adının acentelik anlaşması olması, bu anlaşmanın kendiliğinden Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadığı anlamına gelmemektedir. Burada, teşebbüsler arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olup olmadığını belirleyen faktör, acentenin, müvekkili tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığıdır. Şayet, acente müvekkili adına yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir mali veya ticari risk almamışsa, acente ile müvekkil arasındaki ilişki Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, acentenin alış veya satış faaliyeti müvekkilin faaliyetlerinin bir parçası olarak değerlendirilir. Müvekkil teşebbüs, kendisine ilişkin acentelik hizmeti nedeniyle, mali ve ticari riskleri taşımasının karşılığında, acentenin bu alandaki ekonomik faaliyetlerini belirleyebilme hakkını elde edecektir. Aksi durumda ise, acente tüm bu risklere kendisi katlanmaktadır ve dolayısıyla yapmış olduğu yatırımların geri dönüşünü sağlayabilmesi için kendi pazarlama stratejisini özgürce belirleyebilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, söz konusu sözleşme Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir ve Tebliğ kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulabilir.

(11) Ticari faaliyette bulunan her teşebbüs sınırlı da olsa bir risk altındadır. Örneğin, acentenin kazancı kendi performansına bağlıdır. Benzer şekilde, faaliyetini sürdürdüğü iş yerine ve personele yatırım yapan bir acente de risk altındadır. Ancak, acentenin, acentelik faaliyetlerinin sürdürülmesi ile ilgili bu tür riskleri taşıyor olması, taraflar arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlamına gelmemektedir.

(12) Kanun'un 4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına belirleyici faktör olan risk, her bir olayın kendi özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Başka bir ifadeyle, riskin kimde olduğunun tespitinde, teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkinin değerlendirilmesiyle yetinilmeyecek, aynı zamanda pazarın ekonomik durumu da dikkate alınacaktır. Aşağıda örnek olarak sayılan hallerden bir ya da daha fazlası

söz konusu olduğunda, taraflar arasındaki ilişki Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınacaktır:

- Taşıma masrafları da dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin alım veya satımına ilişkin masraflara acentenin katkıda bulunması.
- Acentenin satış arttırma faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunmaya zorunlu tutulması.
- Stokta tutulan sözleşme konusu malların finansmanı ya da kayıp malların maliyeti gibi riskleri acentenin taşıması ve satılmayan ürünleri acentenin müvekkile iade edememesi.
- Acentenin satış sonrası hizmet, tamir veya garanti hizmeti vermekle yükümlü tutulması.
- Acentenin, söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek bakımından gerekli olabilecek ve sadece bu pazarda kullanılacak yatırımlar yapmak zorunda bırakılması.
- Satılan ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı acentenin sorumlu olması.
- Müşterilerin sözleşmenin şartlarını yerine getirmemesinden dolayı, acentenin, komisyonunu alamamasının dışında başka bir sorumluluk taşıması.

(13) Müvekkil ile acente arasındaki ilişkiye Kanun'un 4. maddesinin uygulanmaması için acentenin yukarıda sayılan risk veya maliyetleri yüklenmemesi gerekmektedir. Burada sayılan risk ve maliyetler örnek niteliğindedir ve bu listeye yenilerini ilave etmek mümkündür.

(14) Acentelik sözleşmeleri genellikle acente ile müvekkil arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümleri de içerir. Bu sözleşmeler özellikle müvekkilin sözleşme konusu işlemler için müşteri veya bölge düzeyinde başka acente atamasını engelleyen (münhasır acente şartı) ve/veya acentenin rakip teşebbüslerin acenteliğini, dağıtıcılığını yapmasını engelleyen (rekabet etmeme şartı) sınırlamaları içerebilir. Münhasır acentelik şartı sadece marka içi rekabetle ilgilidir ve genellikle rekabeti sınırlayıcı etki doğurmaz. Ancak sözleşme sonrası rekabet yasağı da dâhil olmak üzere rekabet etmeme yükümlülüğü markalar arası rekabet ile ilgilidir ve şayet sözleşme konusu mal veya hizmetlerin satıldığı ilgili pazarda kapama etkisine yol açıyorsa rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilir ve sonuçta bu hüküm Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir.

(15) Yukarıda sayılan ve benzeri mali veya ticari risklere müvekkil katlansa dahi, acentelik anlaşması rekabeti sınırlayıcı işbirliği yapılmasına yardımcı oluyorsa Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir. Bu durum, özellikle, birkaç müvekkilin aynı acenteyi kullandığı ve acente aracılığı ile önemli bilgileri birbirlerine aktardıkları zaman ortaya çıkabilir.

2. ANLAŞMALARİ GRUP MUAFİYETİ KAPSAMI DIŞINA ÇIKARAN SINIRLAMALAR

(16) Tebliğ'in 4. maddesinde yer alan sınırlamalardan herhangi birini içeren dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanamamakta ve dolayısıyla Kanun'un 4. maddesindeki yasaklama kapsamına girmektedir.

2.1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

(17) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, alıcı teşebbüsün kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesine ilişkindir. Buna göre, alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi kesinlikle yasaktır. Ancak, sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla sağlayıcının, alıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya alıcıya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür. Alıcıya bildirilen azami veya tavsiye nitelikteki satış fiyatlarının asgari veya sabit fiyata dönüşmemesi için, söz konusu fiyatların azami veya tavsiye niteliğinde olduğunun yayınlanan fiyat listelerinde ya da ürünün üzerinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

(18) Sağlayıcı teşebbüsler akdetmiş oldukları dikey anlaşmalara açık hüküm koymak suretiyle alıcının satış fiyatını doğrudan belirlemelerinin yanı sıra, aynı ihlali değişik uygulamalar vasıtasıyla dolaylı yollarla da gerçekleştirebilmektedirler. Alıcının kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcıya tavsiye edilen fiyatlara uyduğu oranda kendisine ilave indirimler uygulanması ya da bu fiyatlara uymaması durumunda teslimatların geciktirilmesi, askıya alınması veya anlaşmanın sona erdirilmesi şeklinde alıcının tehdit edilmesi ya da fiilen bu tür cezai yaptırımların uygulanması yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesine örnek olarak verilebilir. Bu tür yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesi uygulamaları da Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındadır.

(19) Yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik doğrudan veya dolaylı yöntemler, alıcıların uyguladığı fiyatların sağlayıcı tarafından izlenebildiği ve kontrol edilebildiği durumlarda daha etkili olacaktır. Örneğin, standart fiyat listelerinden farklı fiyatlardan satış yapan alıcıları rapor etme konusunda tüm alıcılara getirilecek bir yükümlülük sağlayıcının pazarda uygulanan fiyatları kontrol etmesini önemli ölçüde kolaylaştıracaktır. Yine teşebbüsler arasındaki sözleşmelerde yer alan ve sağlayıcının, kayırılan alıcı dışındaki alıcılara daha uygun fiyat ve koşullarda ürün temin etme güdüsünü azaltabilen en çok kayırılan müşteri koşulu, yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik doğrudan veya dolaylı yöntemlerin etkisini daha da pekiştirebilecektir. Ancak en çok kayırılan müşteri koşulu ve benzeri yeniden satış fiyatı tespitinin etkinliğini pekiştiren destekleyici uygulamalar, tek başına yeniden satış fiyatının tespitine yol açan uygulamalar olarak değerlendirilmemelidir.

2.2. Bölge ve Müşteri Sınırlaması

(20) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, alıcılara sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşteriler konusunda getirilen kısıtlamalara ilişkindir. Buna göre, maddede sayılan dört istisna dışında kalan hallerde, alıcıya bölge veya müşteri kısıtlaması getirmek mümkün değildir. Bu noktada, bölge ve müşteri paylaşımının uygulamada hangi biçimlerde ortaya çıkabileceğini açıklamakta fayda bulunmaktadır. Belli müşteri gruplarına veya belli bir bölgedeki müşterilere satış yapılmamasına ilişkin sözleşmeye hüküm konulduğu takdirde ihlali tespit etmek zor

olmayacaktır. Ancak, bölge veya müşteri paylaşımı dolaylı yollardan da gerçekleştirilebilmektedir. Sözleşmede herhangi bir şekilde yasaklama olmamasına rağmen, sağlayıcı teşebbüsler belli bir bölgeden veya müşteri grubundan gelen taleplerin karşılanmasını engellemek amacıyla caydırıcı tedbirler alabilmektedirler. Örneğin, sağlayıcı tarafından belirlenen müşteriler dışında kalan müşterilere satış yapan alıcılara verilen ödüllerin veya indirimlerin azaltılması veya reddedilmesi, sağlanan mal miktarının azaltılması veya mal verilmesinin tamamen kesilmesi türünden eylemler bölge ve müşteri paylaşımına yönelik uygulamada en çok rastlanan uygulamalardır. Şayet piyasada mevcut malların hangi alıcı tarafından piyasaya sürüldüğünü gösteren seri numarası verme veya etiketleme gibi bir uygulama söz konusu ise, müşteri ve bölge paylaşımına yönelik eylemler çok daha etkili olabilmektedir. Belirli müşterilere satış yapmama konusunda tüm alıcılara getirilen bir yasaklama, ürünle ilgili objektif bir sebebin varlığı durumunda, inceleme konusu dağıtım anlaşmasını grup muafiyeti kapsamı dışına çıkartan bir sınırlama olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin, birtakım tehlikeli maddelerin sağlayıcısı konumundaki teşebbüsler, güvenlik veya sağlık gibi nedenlere dayanarak alıcıların bu tür malları belirli müşterilere satmalarını engelleyebilirler.

(21) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde dört başlık altında sayılan bölge veya müşteri paylaşımı türleri, anlaşmaları grup muafiyeti dışına çıkartan sınırlama olarak kabul edilmemektedir. Bu istisnalardan ilki özellikle dağıtım ağı kurmak isteyen sağlayıcı teşebbüslerin, kendisine ya da alıcı konumundaki teşebbüslere münhasır satış bölgeleri veya münhasır müşteri grupları vermelerine olanak sağlamaktadır. Örneğin, sağlayıcı konumundaki üretici bir teşebbüs ürünlerini Türkiye'nin her bir iline atadığı distribütörleri aracılığı ile dağıtabilecek ve distribütörlere bölgesel koruma sağlayabilecektir. Benzer biçimde, örneğin bir ilaç üreticisi, eczanelere ve ihalelere katılan depolara² farklı dağıtıcı teşebbüslerin dağıtım yapmasını sağlayarak münhasır müşteri grupları oluşturabilir. Sağlayıcı teşebbüslerin müşterileri alıcılar arasında aynı anda hem bölgesel hem de müşteri tipi olarak bölmesi de mümkündür. İlaç üreticisi bir teşebbüsün her ildeki hastane ve eczanelere farklı dağıtıcılar ataması, bölge ve müşteri paylaşımının eşzamanlı uygulamasına örnek olarak verilebilir.

(22) Teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu vermek suretiyle tanınan koruma mutlak bir koruma değildir. Alıcı teşebbüsler kendilerine tahsisli bölgeye veya müşteri grubuna satış yaparken sisteme dâhil diğer alıcıların ancak aktif rekabetinden korunabilirler. Başka bir ifadeyle, sağlayıcı teşebbüs, kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye ya da müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlayabilir. Bu bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir ihlal olarak değerlendirilecektir. Bu noktada aktif satış-pasif satış ayırımı önem kazanmaktadır.

(23) Başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar "aktif satış" olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak da aktif satış kapsamındadır. Başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki

² Rekabet Kurulunun 17.4.2008 tarih ve 08-29/352-113 sayılı kararı.

müşterileri doğrudan hedefleyen reklamlar veya promosyonlar da diğer aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir.

(24) Diğer yandan, başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yapsa dahi, "pasif satış" anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. İnternet ve benzeri yollarla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanacaktır.

(25) Bir sağlayıcının, dağıtıcıların/bayilerin//alıcıların kendi internet siteleri üzerinden satış yapmalarını kısıtlaması bir tür pasif satış kısıtlaması niteliğindedir. Bu bağlamda, tüketicilerin bayiye ait siteyi ziyaret etmesi ve bayi ile iletişime geçmesi veya tüketicilerin bayi tarafından otomatik olarak bilgilendirilmeyi talep etmiş olması vesilesiyle gerçekleşen satışlar pasif satışlardır. Bayinin internet sayfasını farklı dil seçeneklerinde sunması satışın pasif niteliğini etkilemeyecektir. Prensip olarak her bayi, internet üzerinden satış yapabilme hakkına sahip olmalıdır. Pasif satışlar kapsamında ele alınan internet satışlarına yönelik özellikle aşağıda yer alan sınırlamalar, inceleme konusu dikey anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaracaktır.

– Bir (münhasır) dağıtıcının başka bir dağıtıcının (münhasır) bölgesinde bulunan müşterilere, kendi internet sitesine erişimlerini kısıtlaması veya bu müşterilerin, üreticinin veya diğer (münhasır) dağıtıcının sitesine yönlendirilmesi,

– (münhasır) Dağıtıcının, müşterinin teslimat, posta, kredi kartı vb. gibi adres bilgisinden, adresin dağıtıcının (münhasır) bölgesinde olmadığını fark etmesi durumunda işlemi sonlandırması,

– İnternet kanalıyla yapılan satışların toplam satışlara oranına ilişkin kısıtlama getirilmesi (sağlayıcının, internet satışlarını engellemeden fiziki satış mağazalarının da etkinliğini koruyabilmek adına dağıtıcının satışının belli bir oranını fiziki mağazalar kanalıyla satması koşulu getirmesi veya sağlayıcının internet kanalıyla gerçekleşen satışların genel dağıtım sistemine uygunluğunu sağlaması için koşullar getirmesi hariç olmak üzere),

– Dağıtıcının, sağlayıcıya, internet üzerinden tekrar satışa sunacağı ürünler için fiziki satış noktalarında arz edilecek ürünlere kıyasla daha yüksek fiyat ödemesinin kararlaştırılması.

(26) Yukarıda yer verilen sınırlamalar bu Kılavuz kapsamında pasif satışın engellenmesi ile eşdeğer kabul edilecektir. Bu sınırlamalardan ilk ikisi, alıcılara sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge ve müşteriler konusunda getirilen kısıtlamalara ilişkindir. Bu sınırlamalar yoluyla belli bir bölgeden veya müşteri grubundan internet kanalıyla gelen taleplerin karşılanmasının engellenmesi ağır sınırlama olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte, promosyon ve benzeri yöntemlerle internet kullanımı yoluyla sadece bir başka dağıtıcının münhasır bölgesine

veya münhasır müşteri grubuna bayi tarafından satış yapılması aktif satış olarak kabul edilecek ve bu tür satışların engellenmesi muafiyet kapsamında yer alabilecektir. Belli bir müşteri grubuna ve/veya coğrafi bölgeye yönelik olarak internet kanalıyla yapılan reklamlar ve (talep edilmemiş) e-posta gönderilmesi aktif satış niteliğinde değerlendirilecektir. Örneğin üçüncü taraf platformlar/pazar yerleri üzerinden belli bir coğrafi bölgeye yönelik olarak yapılan reklamlar bu bölge halkı için aktif satış şeklindedir. Bunun gibi, bir arama motoruna veya internet reklam sağlayıcısına bedel ödeyerek belli bir bölgedeki müşteri grubuna reklam verilmesinin sağlanması da ilgili bölge için aktif satış olarak değerlendirilecektir.

(27) Diğer bir sınırlama, internet kanalıyla yapılan satışların oranına ilişkin kısıtlama getirilmesidir. Böylece, internet kanalı için maksimum satış oranı belirlenmesi, ağır sınırlama olarak değerlendirilecektir. Son sınırlama ise alıcının, internet üzerinden satışa sunulacak ürünler için fiziki satış noktasında arz edilecek ürünlere kıyasla daha yüksek fiyat ödemesinin kararlaştırılmasıdır. Sağlayıcının hem doğrudan hem de dolaylı olarak (örneğin, indirim sistemi) farklı toptan satış fiyatı uygulaması da bu kapsamda değerlendirilecektir. Sağlayıcının, bu iki fiyat arasındaki farkı yükseltmek suretiyle alıcının, dağıtım kanalı tercihini etkileme gücü elde etmesi, internet üzerinden satış yapmak isteyen alıcının bu alanda faaliyet göstermesini engelleyebilecektir. Ancak sağlayıcı, alıcının satış çabalarını (internet veya fiziki mağaza satışları) desteklemek amacıyla alıcıya, satış geliri ve miktarından bağımsız olarak, sabit bir ödeme yapabilecektir.

(28) Öte yandan sağlayıcı, fiziki satış noktaları veya reklam ve promosyonların yayınlandığı kataloglar için getirebildiği gibi, satış kanalı olarak internetin kullanımına yönelik olarak da bazı koşullar öngörebilecektir. Örneğin sağlayıcı, ürünlerinin satışa sunulduğu internet sitesine yönelik kalite koşulları getirebilecek, bunun gibi internette alışveriş yapan tüketicilere belli hizmetlerin sunulması şartını öngörebilecektir. Özellikle seçici dağıtım sisteminde sağlayıcı, dağıtıcıların en az bir fiziki satış noktasına da sahip olmalarına ilişkin bir yükümlülük getirilebilecektir. Ancak bu koşulun amacı, sadece internet üzerinden satış yapan oyuncularını (*pure player*) pazarın dışına itmek veya satışlarını kısıtlamak olmamalıdır. Bu koşula ek koşulların getirilmesi de mümkün olmakla birlikte önem arz eden husus, bu koşulların amacının doğrudan veya dolaylı olarak dağıtıcının internet satışlarını engellemek olmamasıdır. Getirilen koşulların gerekçesi, dağıtımın niteliği ve kalitesini, marka imajını ve/veya potansiyel etkinliği artırıcı vb. unsurlar bakımından objektif olarak somut, makul ve kabul edilebilir olmalıdır. Benzer şekilde sağlayıcı, alıcının sadece belirli standart ve koşulları karşılayan “satış platformları/pazar yerleri”³ üzerinden satış yapmasını isteyebilecektir. Ancak getirilen bu kısıtlamanın amacı, dağıtıcının internet üzerinden satışını ve fiyat rekabetini engellemek olmamalıdır. Bunun gibi, nesnel, tek tip ve ürünün kendine has nitelikleri doğrultusunda şartlar ve gerekçeler öne sürmeden genel olarak platformlardan satışın yasaklanması ihlal olarak değerlendirilebilecektir.

(29) Fiziki satış ile internet üzerinden satış koşulları arasındaki farklılıklar sebebiyle bu iki dağıtım kanalı için getirilen kriterlerin tamamen aynı olması gerekmemekle birlikte, bu kriterlerin aynı amaca hizmet etmesi, karşılaştırılabilir sonuçları sağlaması ve bu iki dağıtım kanalının doğasından kaynaklanan farklılıkları doğrulayacak niteliğe sahip olması gerekmektedir (“eşdeğerlik prensibi”). Başka bir deyişle, öngörülecek

³ “Satış platformu/pazar yeri” kavramı, internet satışlarına aracılık hizmeti veren platformlar için kullanılmaktadır.

koşullar, doğrudan veya dolaylı olarak internet satışlarının engellenmesine neden olmamalıdır. Buna göre, sağlayıcı tarafından öngörülen şartların eşdeğerlik prensibine aykırı ve alıcıların dağıtım kanalı olarak interneti kullanmasını caydırıcı nitelikte olmaları halinde söz konusu şartlar ağır sınırlama olarak değerlendirilebilecektir.

(30) Alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının kendisinin aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, belirli bir bölgeye veya müşteri grubuna aktif olarak satış yapan teşebbüs sayısı iki veya daha fazla ise o bölge veya müşteri grubu artık münhasır değildir. Bu tür “serbest” bölge veya müşteri grubundaki müşterilere herhangi bir alıcı dilediği gibi aktif olarak satış yapabilmelidir. Örnek vermek gerekirse, sağlayıcı konumundaki bir teşebbüs ürünlerini Ankara ili sınırları dâhilinde sadece iki teşebbüse verme yükümlülüğü altına girer ve müşterileri bölge veya müşteri tipi olarak bu iki alıcı arasında paylaşmaz ise, bu tür bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için diğer bölgelerdeki satıcıların Ankara bölgesine yapacakları aktif veya pasif satışların engellenmemesi gerekmektedir.

(31) Tebliğ’in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ilk istisnada “Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla...” ifadesi yer almaktadır. Bununla anlatılmak istenen şudur: Sağlayıcı teşebbüs sadece alıcı tarafından gerçekleştirilen aktif satışları engelleyebilir. Alıcının müşterileri tarafından gerçekleştirilecek aktif satışların sınırlandırılmasına yönelik alıcıya herhangi bir yükümlülük getirildiği takdirde grup muafiyetinden yararlanmak mümkün olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, sağlayıcı ile alıcı arasındaki dikey anlaşmaya taraf olmayan ve mal veya hizmetleri alıcıdan sağlayan müşteriler, söz konusu mal veya hizmetleri aktif-pasif satış ayrımı olmaksızın dilediklerine satabilirler. Örneğin, sağlayıcı konumundaki bir üretici teşebbüs ile alıcı konumundaki bir bayi arasında akdedilen bir dağıtım anlaşması uyarınca, bayinin ürünleri bakkallara sattığını varsayalım. Böyle bir durumda, anlaşmaya taraf olmayan bakkalların, bayiden aldıkları ürünleri diledikleri bölgede aktif veya pasif olarak satma serbestisine sahip olmaları gerekmektedir.

(32) Tebliğ’in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ikinci istisnaya göre, toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara satış yapması kısıtlanabilir. Böyle bir kısıtlama getirilmesi dağıtım ağının etkinliğinin korunabilmesi ve mal ve hizmetlerin uç noktalarda eşit koşullarda tüketiciye sunulabilmesi bakımından gerekli görülmektedir.

(33) Üçüncü istisna “seçici dağıtım sistemi” nin özüne ilişkindir. Tebliğ’in 3. maddesinde seçici dağıtım sistemi, “Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi” olarak tanımlanmaktadır. Özellikle satış öncesi tanıtım hizmetlerinin önemli olduğu mücevher, parfüm gibi markalı ürünlerin pazarlanmasında bu tür ürünlerin satıldığı satış noktalarının fiziki özellikleri ve satış personelinin bilgi ve kabiliyeti hayati önem kazanmaktadır. Belirli bir marka imajı bulunan bu tür ürünlerin uygun olmayan yerlerde, yeterli bilgi ve kabiliyeti bulunmayan kişilerce satılmasını istemeyen sağlayıcılar dağıtım ağı olarak genellikle seçici dağıtım sistemini uygun görmektedirler. Bu tür ürünlerin en etkin biçimde son kullanıcılara ulaşabilmesi için, ürünün sadece seçici dağıtım sistemi üyelerince satılması zorunluluğu getirilebilir.

(34) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen son istisna, birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların alım satımına ilişkindir. Bu tür parçaları alan alıcıların, bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının sağlayıcı tarafından kısıtlanması, anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir sınırlama olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin, bir televizyon üreticisinin bir alıcıya üretimini yaptığı televizyonun parçalarını satarken, alıcının söz konusu parçaları diğer televizyon üreticilerine (rakip teşebbüslere) satması engellenebilir. Ancak, alıcının bu ürünleri televizyon üreticisi olmayan diğer teşebbüslere satmasının engellenmesi durumunda grup muafiyetinden yararlanmak mümkün olmayacaktır.

(35) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen dört istisnai düzenlemeden ilki dışındakilerde herhangi bir aktif-pasif satış ayırımı yapılmamıştır. Başka bir deyişle, son üç istisnai hükmün uygulama alanı bulunduğu durumlarda alıcının yapacağı her türlü aktif veya pasif satış sağlayıcı tarafından kısıtlanabilecektir.

2.3. Seçici Dağıtım Sistemleri

(36) Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtildiği üzere, seçici dağıtım sistemi üyelerine son kullanıcılara yapılacak satışlar bakımından aktif veya pasif satış yasağı getirilememektedir. Sağlayıcı konumundaki teşebbüs belirli bir bölgede sınırlı sayıda alıcıya mal vereceğini belirtmek suretiyle münhasır bölgeler oluştursa dahi, alıcıların bölge dışındaki son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışlar engellenemez. Başka bir ifadeyle, seçici dağıtım sistemi üyesi alıcılar, internet kanalı da dâhil olmak üzere, diledikleri bölgedeki son kullanıcıya aktif veya pasif satış yapabilirler. Ancak, sistem üyesi bir alıcının faaliyetlerini sürdürdüğü satış noktasının yerini değiştirmesi veya yeni bir satış noktası açması sağlayıcı tarafından engellenebilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, seçici dağıtım sisteminde, satış noktasının fiziki özellikleri dağıtım sisteminin başarısını etkileyen en önemli unsurdur. Ancak, sistem üyesi bir alıcının internet satışları için internet sitesi açması, yeni bir fiziki satış noktası açmak olarak kabul edilmeyecektir. Seçici dağıtım sistemini kısmen de olsa rekabete açan diğer düzenleme Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yapılmıştır. Buna göre, dağıtım sistemi olarak seçici dağıtım sistemini tercih eden teşebbüsler, sistem üyesi alıcılara tek elden satın alma yükümlülüğü getiremez. Başka bir ifadeyle, sistem üyelerinin ürünleri sağlayıcıdan alma zorunlulukları bulunmamaktadır; sistem üyelerinin, ürünleri diğer üye teşebbüslerden alabilmeleri engellenemez.

2.4. Diğer Sınırlamalar

(37) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan ürünlerin söz konusu olduğu tedarik anlaşmalarına ilişkin diğer bir düzenleme de Tebliğ'in 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer almaktadır. Bu tür parçaları satan sağlayıcı ile bu parçaları birleştirerek üretimde kullanan alıcı arasında akdedilen tedarik anlaşmasında, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya alıcı tarafından malların bakımı ya da onarımıyla yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satması engellenemez⁴. Görüldüğü üzere, söz konusu sınırlama yukarıdakinden farklı olarak alıcı tarafından sağlayıcıya getirilmektedir. Bu duruma örnek olarak bisiklet zinciri üreten sağlayıcı ile bu zincirleri bisiklet üretiminde kullanan alıcı arasındaki ilişki verilebilir. Alıcı konumundaki bisiklet üreticisi sağlayıcı konumundaki zincir üreticisinin, zincirleri nihai kullanıcılara veya yetkilendirilmemiş bir başka deyişle bağımsız tamircilere satmasını

⁴ Rekabet Kurulunun 15.8.2005 tarih ve 05-51/743-201 sayılı kararı.

yasaklayamaz. Ancak, alıcı konumundaki bisiklet üreticisi yetkilendirdiği kendi tamircilerine zincirleri sadece kendisinden alma zorunluluğu getirebilir. Ayrıca zincir üreticisinin başka bisiklet üreticilerine satış yapması yasaklanabilir.

3. REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(38) Tebliğ'in 5. maddesinde dikey anlaşmalarda alıcılara getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Alıcıya bu maddede izin verilen sınırları aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bu yükümlülüğü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilir ise, bu hükümler grup muafiyetinden yararlanamaz; sözleşmenin kalan maddeleri grup muafiyetinden yararlanabilir. Şayet rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılamıyor ise sözleşmenin tamamı grup muafiyetinden yararlanamaz.

(39) Tebliğ'in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Tebliğ'deki anlamıyla rekabet etmeme yükümlülüğü alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri kendisinin üretmemesini ve sağlayıcı dışındaki başka bir kaynaktan tedarik etmemesini öngören bir yükümlülüktür. Ancak Tebliğ'de, alıcının ihtiyacı olan ya da yeniden satışını yaptığı mal veya hizmetlerin tamamını sağlayıcıdan almak zorunda olması durumu ile büyük bir bölümünü (%80'den fazlasını) almak zorunda olması durumu arasında bir fark gözetilmemiştir. Diğer bir deyişle, sağlayıcının alıcıya alımlarının küçük bir kısmını (%20'den azını) rakip tedarikçilerden yapma imkânı tanınması, konuya ilişkin hükmün rekabet etmeme yükümlülüğü sayılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu oranların hesaplanmasında alıcının bir önceki takvim yılına ait alımları esas alınacaktır. Alıcının bir önceki takvim yılına ait alımlarının miktarı belli değil ise, alıcının yıllık toplam ihtiyacı tahmin edilerek bu miktar kullanılabilir.

(40) Alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi büyük önem taşımaktadır. Süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanması bu Kılavuzun 39. paragrafında belirtilen istisna dışında mümkün değildir. Şayet alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ise yine grup muafiyeti uygulanamayacaktır. Beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyeti kapsamında değildir. Ancak, süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir durumun olmadığı hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri bir örnek yardımıyla açıklamakta fayda vardır: Alıcıya anlaşma geçerli olduğu sürece rekabet etmeme yükümlülüğü getiren ve taraflardan herhangi biri belli bir süre önceden itiraz etmedikçe her yıl yenilenmiş kabul edilen bir yıllık bir dağıtım anlaşması belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Ancak, bu anlaşmanın her yıl yenilenebilmesi için tarafların açıkça iradelerini birbirlerine bildirmeleri zorunlu ise anlaşma belirsiz süreli sayılmayacaktır. Başka deyişle, belirli bir süre içerisinde taraflar bu anlaşmayı devam ettirmek istediklerini birbirlerine açıkça bildirmedikçe anlaşmanın uzamadığını kabul eden bir düzenlemeye dayanan rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli kabul edilmeyecektir. Beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak, taraflar arasında

süregelen rekabet yasağına başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın (bayilik sözleşmesi) yapıldığı tarih esas alınacaktır. Taraflar arasındaki, rekabet yasağı içeren bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler ile birlikte bu sözleşmelerin süresine etki eden intifa, tapuya şerh edilmiş kira, ekipman gibi sözleşmelerin hepsinin ortadan kalktığı tarih ise, rekabet yasağının sona erme tarihi olarak değerlendirilecektir. Bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler sürmekteyken intifa, kira, ekipman vb. sözleşmelerin sona erdirilmesi veya tam tersine; intifa, kira, ekipman vb. sözleşmeler sürmekteyken mevcut bayilik, işleticilik, tedarik sözleşmeleri sona erdirilerek bu nitelikte yeni bir sözleşme yapılması hallerinde dikey ilişkinin kesintiye uğramadığı kabul edilecek ve beş yıllık süre bu doğrultuda hesaplanacaktır. Bu çerçevede, tarafların yeniden sözleşme yapmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, taraflar arasında kesintisiz olarak süregelen rekabet yasağına dayalı dikey anlaşmalar 5 yıllık sınırlamayı aşmaları halinde muafiyetten yararlanamayacaktır.

(41) Tebliğ'in Geçici 1. maddesine göre, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan ve bu tarihten itibaren Tebliğ'de belirtilen limitleri aşacak şekilde rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmalardaki bu yükümlülüğün süresinin, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde, Tebliğ'de belirtilen limitlere ya da altına indirilmesi gerekmektedir. Bu bir yıllık süre sonunda, şayet rekabet etmeme yükümlülüğü Tebliğ'de belirtilen limitlere ya da altına indirilmemiş ise, ya anlaşmanın bu hükmü ya da bu hüküm anlaşmanın diğer bölümlerinden ayrılamıyor ise anlaşmanın tamamı Kanun'a aykırılık tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Şayet Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte, anlaşmadaki rekabet etmeme yükümlülüğünün kalan süresi beş yıl veya daha kısa ise, anlaşma bu kalan süre boyunca geçerli olacaktır, dolayısıyla teşebbüsün herhangi bir değişiklik yapmasına gerek bulunmamaktadır.

(42) Tebliğ'de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edilirse, Kurul, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirilebilecektir. Bu takdirde, şayet alıcı konumundaki teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü henüz Tebliğ'de öngörülen limiti doldurmamış ise, alıcı bu kalan süre kadar, başka bir ifadeyle Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar, rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalacaktır. Şayet, bu üst sınırı geçen bir süredir rekabet etmeme yükümlülüğü altında ise rekabet etmeme yükümlülüğü geçersiz olacak ve alıcı konumundaki teşebbüs tamamen bağımsız kalacaktır.

(43) Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen, taraflar arasındaki esas sözleşme ile bağlantılı kredi sözleşmeleri, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri gibi sözleşmeler ya da uzun süreli intifa hakkının tanınması gibi şahsi ya da aynı haklar kapsamında çeşitli şekillerde ortaya çıkabilen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunluluğudur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmiş ise bu kredinin geri ödemesi, alıcının beş yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, beş yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından sonra varsa kalan borçları geri ödeme olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hallerde, alıcının beş yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânına sahip olması gerekmektedir. İntifa ve kira sözleşmeleri ile bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmelerin

süre açısından uyumlu olmaması ya da süre bakımından uyumlu olmakla birlikte bu sözleşmelerden birinin diğerinden önce feshedilmesi halinde rekabet yasağı bakımından uygulanacak muafiyetin süresi yine beş yılı geçemez. Bu durumda beş yıllık sürenin hesaplanmasında da rekabet yasağına başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın (bayilik sözleşmesi) yapıldığı ve rekabet yasağına dayalı dikey ilişkinin sona erdiği tarihler dikkate alınır.

(44) Alıcıya en fazla beş yıllık süre için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceğine ilişkin düzenlemenin *bir* istisnası bulunmaktadır: Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis tümüyle sağlayıcıya ait ise sağlayıcının kendisine ait olan bir tesiste kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermemesinin mantıklı bir sınırlama olduğu görüşünden hareketle, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir şekilde süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Buna göre, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Ancak, hali hazırda zaten alıcıya ait olan bir tesisin sağlayıcıya kiralanması veya intifa hakkı tanınması ve sağlayıcının da bu tesisi tekrar asıl sahibi olan alıcıya kullandırması durumunda, bu istisnadan yararlanmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, sağlayıcı tesisin mülkiyetini alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir ayni veya şahsi hak (kira, ariyet, *üst* ve intifa gibi) çerçevesinde elinde bulunduruyor ise ancak o zaman beş yıldan daha uzun bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilir. Bu istisnanın dışında rekabet etmeme yükümlülüğünü Tebliğ’de izin verilen süre sınırını aşacak şekilde genişleten doğrudan ya da dolaylı her türlü sözleşme ve/veya uygulama Tebliğ’e aykırı olacaktır. Tebliğ’in 5. maddesi ile getirilen bu istisna, “öncelikle ve özellikle” ilişkinin başlangıcından itibaren üçüncü şahıslardan aynı ya da şahsi haklar kapsamında taşınmazın kullanma ve/veya yararlanma hakkının alınması ve bunu müteakiben tesisin bizzat sağlayıcı tarafından işletilmesi ya da kullanma/yararlanma hakkı veren ile hiçbir bağlantısı olmayan şahıslarla bayilik ilişkisinin kurulması ile sınırlıdır. Muafiyet kapsamındaki beş yıllık süre dolmadan; faaliyetlerin sona erdirilmesi, devralma vb. yollarla dikey anlaşmanın taraflarında değişiklik ortaya çıkması halinde muafiyetten yararlanılabilecek sürenin uzaması söz konusu değildir.

(45) İlke olarak, anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek mümkün değildir. Ancak, belirli koşulların yerine getirilmesi durumunda anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Bunun için, yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how’ı korumak için zorunlu olması gerekmektedir. Kamuya mal olmamış know-how’ın kullanılması ve açıklanması süresiz olarak yasaklanabilmektedir.

(46) İzin verilmeyen bir başka rekabet etmeme yükümlülüğü uygulaması da, seçici dağıtım sistemlerinde belirli bir rakibin ürünlerinin sistem üyeleri tarafından satılmasının engellenmesidir. Bu hüküm seçici dağıtım ile rekabet etmeme yükümlülüğünün bir arada uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Seçici dağıtım sisteminin sağlayıcısı konumundaki teşebbüs seçilmiş alıcıların sadece kendi ürünlerini satmasını ve rakip ürünlerin hiçbirini satmamalarını zorunlu kılabilir. Ancak, rakiplerden bir kısmının ürünlerinin bu sistemde satışına izin verirken kalanlarının bu sistemi kullanmasını engelleyemez. Bir başka deyişle, seçici dağıtım sisteminde

rekabet etmeme yükümlülüğü ya tüm rakip ürünler için getirilmeli ya da hiçbiri için getirilmemelidir.

4. GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ DIŞINDA KANUNA AYKIRILIK KARİNESİ BULUNMAMAKTADIR

(47) Grup Muafiyeti Tebliği kapsamı dışında kalan dikey anlaşmalar kendiliğinden 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı sayılmamaktadır. Fakat bu anlaşmalar için bireysel muafiyet incelemesi gerekebilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı etkilerin varlığında teşebbüsler etkinlik savunması getirebilir ve neden belirli bir dağıtım sisteminin Kanun'un 5. maddesindeki koşulları karşılayacak fayda yarattığını açıklayabilirler.

5. BİLDİRİM ZORUNLULUĞU KALDIRILMIŞTIR

(48) 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun'un bildirim yükümlülüğüne ilişkin maddelerinde önemli değişikliklere gidilmiştir. Anılan değişiklik ile Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının Kurul'a bildirilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Buna paralel olarak, teşebbüslere, teşebbüs birliklerine ve yönetim organlarındaki kişilere, Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararları Kurul'a bildirmemelerinden dolayı para cezası verilmesine de son verilmiştir.

(49) Kanun'da yapılan değişiklik sonucunda, Kurul tarafından verilen muafiyet kararlarının geriye yürütülmesi ilkesi benimsenerek, muafiyet kararı öncesine ilişkin hukuki belirsizlik giderilmiştir. Muafiyet kararları, anlaşmanın veya uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olacaktır.

(50) Bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasına rağmen %40'lık pazar payı eşiği nedeniyle grup muafiyeti tebliği kapsamı dışında kalan dikey anlaşmalar için isteğe bağlı olarak yapılacak bildirimlerde, "Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz"un ekindeki Bildirim Formu kullanılmalıdır.

6. AYNI DAĞITIM SİSTEMİYLE DAĞITILAN PORTFÖY ÜRÜNLERİ

(51) Bir sağlayıcı aynı dağıtım anlaşmasını pek çok ürünün/hizmetin dağıtımında kullanıyorsa, pazar payı eşiği nedeniyle bu ürünlerden bazıları grup muafiyetinden yararlanırken diğerleri yararlanmıyor olabilir. Bu durumda, grup muafiyetinden, sadece pazar payı eşiği altında kalan ürünler veya hizmetler yararlanabilir.

(52) Tebliğ'in kapsamadığı ürün ve hizmetlerde;

- Anlaşma grup muafiyetinden yararlanmaz ama bu anlaşmanın Kanun'a aykırı olduğu anlamına da gelmez,

- Eğer Kanun'un 5. maddesine göre bireysel muafiyet alamayacak nitelikte bir sınırlama varsa, öncelikle mevcut dağıtım sistemi içinde rekabet sorununu çözebilecek uygun önlemler olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin Tebliğ'in kapsamadığı ürün/ürünler bakımından muafiyet alamayacak nitelikteki sınırlamanın anlaşmadan çıkarılması bu yönde bir önlem olarak görülebilir.

- Eğer bu yönde uygun önlemler alınamıyorsa ilgili sağlayıcı başka dağıtım düzenlemeleri yapmak zorundadır. Örneğin sağlayıcı Tebliğ'in kapsamadığı ürün/ürünler için ayrı bir anlaşma düzenleyebilir.

7. TEBLİĞLE SAĞLANAN MUAFİYETİN SONA ERMESİ

7.1. Muafiyetin Geri Alınması

(53) Tebliğ'de aranılan koşulları yerine getiren dikey anlaşmaların tamamı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf tutulmaktadır. Zira, Kurul, söz konusu Tebliğ'i çıkartırken Tebliğ'in kapsamına giren anlaşmaların Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet koşullarını yerine getirdiğini varsaymıştır. Ancak, Tebliğ'in öngördüğü koşulları yerine getirirse dahi bazı dikey anlaşmaların etkileri bakımından Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet koşullarını sağlayamadığı istisnai durumlar da söz konusu olabilecektir. Özellikle dikey anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin önemli bir pazar gücüne sahip olduğu ve pazara giriş engellerinin önemli boyutlara ulaştığı durumlarda, Tebliğ kapsamında olan bazı dikey anlaşma türlerinin muafiyet için gerekli koşulları sağlaması güçleşebilecektir. Bu tür istisnai durumlarda kullanılmak üzere Kurul'a önemli bir yetki verilmiştir: Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasında, Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi durumunda, Kurul'un, anlaşmaya Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, herhangi bir dikey anlaşma Tebliğ'e uygun olarak düzenlenmiş olsa bile, uygulama aşamasında piyasada doğurduğu etki itibarıyla muafiyet alınabilmesine imkân tanıyan koşulları karşılamaktan uzaklaşmış ise, Tebliğ'in sağlamış olduğu muafiyet koruması Kurul tarafından geri alınabilecektir. Böyle bir durumda, Kurul, nihai kararını vermeden önce sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda ise alıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü ister. Kurul ayrıca anlaşmanın diğer tarafının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini de isteyebilir. Ayrıca, muafiyetin geri alınması işlemi geçmişe etkili olmayacaktır. Dolayısıyla, muafiyetin geriye alınması işlemi geriye yürümeyeceği için kararın alınmasına kadar geçen süre içerisinde anlaşma muafiyetten yararlanmış olacaktır.

(54) Muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Ancak, muafiyetin geri alınıp alınmayacağına belirlenmesinde anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazar payları tek başına belirleyici unsur değildir. Pazar payları birbirine yakın seyreden teşebbüslerin faaliyet gösterdiği oligopolistik bir pazardaki herhangi bir teşebbüsün akdetmiş olduğu dikey bir anlaşmadan da muafiyetin geri alınması söz konusu olabilecektir. Bu noktada yapılacak bir değerlendirmede, pazar paylarının yanı sıra, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün özellikleri ve tüketicilerin bu ürüne olan bağımlılıklarının derecesi gibi diğer birtakım unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır.

(55) Pazarda faaliyet gösteren pek çok sağlayıcının dağıtım organizasyonlarını benzer kısıtlamaları kullanarak birbirlerine paralel biçimde düzenlemeleri, dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerini artırıcı etkiye sahiptir. Bu durum birikimli etki olarak da tanımlanmakta olup, muafiyetin geri alınması, birikimli etkiden kaynaklanabilecek rekabet sorunları nedeniyle de gündeme gelebilecektir. İlgili pazara girişler ve ilgili pazardaki rekabet, birbiriyle rekabet halindeki sağlayıcılar veya alıcılar tarafından uygulanan benzer nitelikteki dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağlar tarafından

önemli ölçüde engellenmekte ise Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet şartlarının gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu durumda Tebliğ'le sağlanan muafiyetin sürdürülmesi de düşünülemez. Benzer etki doğuran dikey kısıtlamalar içeren anlaşmalar benzer nitelikte kabul edilecektir. Benzer etkiler doğurabilecek dikey kısıtlama türleri dört ana başlık altında toplanabilir:

- I. Tek Marka Grubu: Alıcının siparişlerinin tek bir sağlayıcıya ait mal veya hizmetlerle sınırlandırılması anlamı taşıyan rekabet etmeme yükümlülüğü ya da miktar zorlaması gibi kısıtlama türleri bu grupta yer alır.
- II. Sınırlı Dağıtım Grubu: Sağlayıcının mal veya hizmetlerini sadece belirli sayıdaki alıcılara satması anlamı taşıyan münhasır dağıtım, seçici dağıtım, münhasır müşteri grubu, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi kısıtlama türleri bu grupta yer alır.
- III. Yeniden Satış Fiyatı Grubu: Sağlayıcı tarafından alıcının mal veya hizmetleri yeniden satarken uygulayacağı fiyatlara müdahale anlamı taşıyan sabit fiyat, tavsiye fiyat, asgari fiyat, azami fiyat gibi kısıtlamalar bu grupta yer alır.
- IV. Pazar Paylaşımı Grubu: Alıcının belirli mal veya hizmetleri sadece belirlenmiş bir sağlayıcıdan satın alması ya da yeniden satış yapabileceği bölgelere ilişkin sınırlama getirilmesi anlamı taşıyan münhasır bölge kısıtlamaları bu grupta yer alır.

7.2. Paralel Ağların Kapsam Dışına Çıkarılması

(56) Tebliğ'in 6. maddesinin ikinci fıkrası, paralel ağların yaygınlığı, muafiyetin geri alınması yöntemiyle giderilemeyecek duruma geldiğinde Kurula farklı bir yolla müdahalede bulunma imkânı da vermektedir. Buna göre, benzer dikey kısıtlamaların kullanıldığı dikey anlaşma ağları pazarın %50'sinden fazlasını kapsamakta ise Kurul çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda uygulanan belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşmaları Tebliğ kapsamı dışına çıkarabilir. Örneğin ilgili ürünün özellikleri bakımından seçicilik ölçütleri uygulamak gerekmediği halde paralel seçici dağıtım ağları ilgili pazardaki dağıtım kanallarının yarısından fazlasını kapsamaya başlamış ise bu seçenek gündeme gelebilecektir. Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca izlenecek geri alma yöntemi ile aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca izlenecek yöntem arasında şu temel farklılıklar bulunmaktadır:

- Geri alma yöntemi bireysel olarak belirli teşebbüslerin anlaşmalarını ilgilendirmekteyken tebliğle kapsam dışına çıkarma yöntemi ilgili pazarda faaliyet gösteren ve tebliğde tanımlanan anlaşmaları uygulayan tüm teşebbüsleri ilgilendirmektedir.

- Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasındaki geri alma yönteminde geri alma kararıyla belirli teşebbüs/teşebbüslerin Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği ortaya konurken, Tebliğ'in 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki tebliğle kapsam dışına çıkarma yönteminde sadece belirli kısıtlamaları içeren dikey anlaşma türleri için grup muafiyeti koruması kaldırılmış ve Kanun'un 4. maddesiyle birlikte 5. maddesinin uygulanmasının yolu açılmış olmaktadır. Bu durumda Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin önceki kararları yol gösterici olacaktır.

(57) Kurul, Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasındaki geri alma yöntemi ile Tebliğ'in 6.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen tebliğle kapsam dışına çıkarma yöntemi arasında tercih yaparak uygun yöntemi seçecektir. Paralel ağların ilgili pazardaki kapsama oranı %50'nin üzerine çıksa dahi bu durum Kurul'a tebliğle geri alma yönteminin uygulanmasına yönelik bir zorunluluk yüklememektedir. Kapsama oranının yanı sıra paralel ağlar nedeniyle pazara giriş veya pazardaki rekabet ciddi biçimde kısıtlanmış olmalıdır.

(58) Kurul, tebliğle kapsam dışına çıkarma yöntemi konusunda karar verirken, geri alma yönteminin yeterli ve uygun olup olmadığı hususunu göz önüne alacaktır. Bu çerçevede Kurul, ilgili pazarda birikimli etkiye katkıda bulunan rakip teşebbüslerin sayısını da dikkate alarak bir değerlendirme yaptıktan sonra hangi yöntemin uygun olacağına karar verecektir. Kurul, çıkaracağı tebliğde uygulamanın kapsamını ve çerçevesini ortaya koyacaktır. Bu doğrultuda çıkarılacak tebliğler için en az altı aylık bir geçiş süreci öngörülmüştür. Böylece ilgili teşebbüsler geçiş süreci boyunca muafiyet kapsamında kalmaya devam edecek ve bu süre içinde anlaşmalarını gözden geçirme imkânı elde edeceklerdir.

8. PAZAR TANIMI VE PAZAR PAYLARININ HESAPLANMASI

8.1. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz

(59) 10.1.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı karar ile kabul edilen "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz", Kurul'un rekabet politikası uygulaması çerçevesinde ilgili pazarın tanımlanmasıyla ilgili konularda yol göstermektedir. Pazar tanımında "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz" dikkate alınacak olup, bu Kılavuz kapsamında pazar tanımına ilişkin detaylara girilmeyecektir. Ancak "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz"da değinilmeyen dikey kısıtlamalara özgü bazı özel durumlar aşağıda incelenecektir.

8.2. Tebliğ'de Yer Alan %40 Pazar Payı Eşiğinin Hesaplanmasında İlgili Pazarın Belirlenmesi

(60) Tebliğ'in 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Tebliğ'in kapsamının belirleyicisi sağlayıcının pazar payıdır. Ancak bu genel kuralın bir istisnası bulunmaktadır: Tebliğ'in 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre sadece tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda, alıcının pazar payı Tebliğ'in kapsamı bakımından belirleyici olmaktadır.

(61) Pazar payını hesaplayabilmek için ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için ilgili ürün ve ilgili coğrafi pazar tanımlanmalıdır. İlgili ürün pazarı belirlenirken tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınmakta, tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilmektedir.

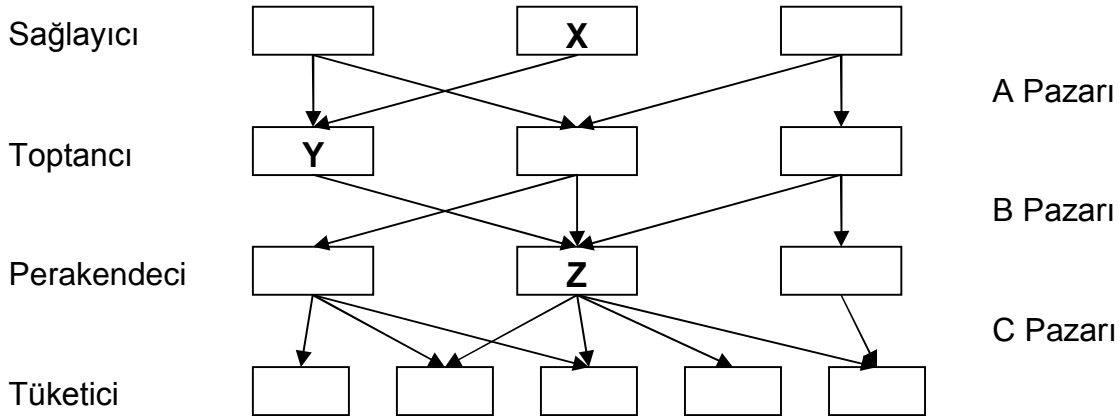
(62) İlgili coğrafi pazar teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.

(63) Tebliğ'in uygulanmasında sağlayıcının pazar payı onun alıcılara satış yaptığı ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazardaki payıdır. Aşağıdaki 60. paragrafta yer verilen örnekte bu pazar, A pazarıdır. Ürün pazarı ilk aşamada alıcının gözünde ürünün ikame edilebilirliğine bağlıdır. Sağlanan ürün diğer ürünlerin üretilmesinde girdi olarak kullanılıyorsa ve nihai üründe fark edilemiyorsa, ilgili ürün pazarı doğrudan alıcının tercihlerine göre belirlenir. Alıcıların müşterileri normalde, alıcılar tarafından kullanılan girdiler üzerinde güçlü bir tercihe sahip değildir. Genellikle sağlayıcı ve girdinin alıcısı arasındaki dikey kısıtlamalar sadece ara malın alımı ya da satımıyla ilişkili olup nihai ürünün satımıyla ilişkili değildir. Nihai ürünün dağıtımını konusunda, doğrudan alıcı için neyin ikame edilebilir olduğu normalde nihai tüketicilerin tercihlerinden etkilenecek veya tüketicilerin tercihlerince belirlenecektir. Yeniden satıcı olarak bir toptancı/perakendeci nihai ürünleri satın alırken, nihai tüketicinin tercihlerini göz ardı edemez. Ayrıca dağıtım seviyesindeki dikey sınırlamalar genellikle sadece sağlayıcı ve alıcı arasındaki ürünün satışı ile sınırlı olmayıp, o ürünün yeniden satışını da ilgilendirir.

(64) Genellikle farklı dağıtım sistemleri rekabet ettiğinde, pazarlar genelde uygulanan dağıtım şekline göre belirlenmez. Sağlayıcıların bir ürün portföyünü sattığı hallerde, alıcılar münferiden ürünleri değil de ürün portföyünü ikame olarak algılıyorsa, ilgili ürün pazarı ürün portföyünün tümü olarak belirlenebilir.

(65) Aşağıdaki örnekte, A ve B pazarlarındaki alıcılar (Y ve Z gibi) profesyonel alıcılar oldukları için coğrafi pazar genellikle, ürünün nihai tüketicilere yeniden satıldığı C pazarından daha geniştir.

(66) Aşağıdaki örnekte Y'nin X'e getirdiği tek alıcıya sağlama yükümlülüğü açısından, alıcı Y'nin alım pazarındaki (A pazarı) toplam alımlardaki payı dikkate alınır.



(67) Üç tarafı bulunan ve her üç tarafın da farklı seviyelerde faaliyet gösterdiği dikey anlaşmalarda (Yukarıdaki örnekte X, Y ve Z arasındaki anlaşma), bu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için her iki seviyede de tarafların pazar payının %40 eşliğinin altında olması gerekmektedir. Eğer örneğin bir sağlayıcı (X), toptancı (Y) ve perakendeci (Z) arasındaki dikey anlaşmada rekabet etmeme yükümlülüğü varsa, bu anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için sağlayıcının (X) ve toptancının (Y) pazar payının %40'ı geçmemesi gerekmektedir.

(68) Eğer sağlayıcı hem orijinal ekipmanı hem de bu ekipmanın tamiri veya yedek parçaları için gerekli parçaları üretiyorsa, sağlayıcı tamir ve yedek parça pazarında

genellikle tek veya başlıca sağlayıcı konumundadır. Sağlayıcı (orijinal ekipman sağlayıcısı) tamir veya yedek parça için gerekli parçaların üretimini yükleniciye veriyorsa aynı durum yine ortaya çıkabilir. Grup muafiyetinin uygulanması için belirlenen ilgili pazar, kısıtlamaların etkisi, ekipmanın ömrü, tamir ve parça değiştirme maliyetlerinin önemi gibi unsurlara bağlı olarak, yedek parçaları da içerecek şekilde orijinal ekipman pazarı veya bir orijinal ekipman pazarı ve bir satış sonrası pazar olmak üzere ayrı ayrı tanımlanabilir.

(69) Dikey anlaşma, anlaşmaya konu ürünlerin tedarikine ek olarak alıcının anlaşmaya konu ürünü pazarlamasını kolaylaştıran fikri haklarla ilgili hükümler de içeriyorsa (sağlayıcının ticari markasının kullanımı gibi) sağlayıcının anlaşmaya konu ürünleri sattığı pazardaki payı, grup muafiyetinin uygulanması bakımından belirleyicidir.

(70) Bir franchise verenin yeniden satış amacıyla mal temin etmediği ancak franchise konusu iş metodunu oluşturan fikri hakla birlikte hizmetler demeti sağladığı durumda, franchise veren iş metodunun sağlayıcısı olarak kendi pazar payını dikkate almalıdır. Bu amaçla franchise veren iş metodunun kullanıldığı, yani franchise alanın iş metodunu nihai tüketicilere hizmet veya ürün sunmakta kullandığı pazardaki pazar payını hesaplamalıdır. Franchise veren pazar payını bu pazarda franchise alanlar tarafından sağlanan ürün ya da hizmetin değerini esas alarak hesaplamalıdır. Böyle bir pazarda rakipler franchise verilen iş metodunun diğer sağlayıcıları olabilir, fakat franchise sistemi uygulanmayan diğer ikame ürün ya da hizmet sağlayıcıları da rakip olarak değerlendirilir. Örneğin böyle bir piyasanın tanımlanması saklı kalmak kaydıyla, eğer fast-food için bir piyasa varsa, bu piyasada faaliyet gösteren franchise veren pazar payını hesaplarken franchise alanın bu piyasadaki ilgili satış verilerini kendisine baz alır. Eğer franchise veren bir iş metodunun yanı sıra et ve baharat gibi belirli girdileri de franchise alana tedarik ediyorsa, franchise veren pazar payını hesaplarken bu ürünlerin satıldığı pazardaki payını da hesaplamalıdır.

8.3. Bireysel Değerlendirme İçin İlgili Pazar

(71) Grup muafiyeti kapsamında yer almayan dikey anlaşmaların bireysel değerlendirmesinde grup muafiyeti uygulanması bakımından belirlenen ilgili pazarın yanı sıra başkaca pazarların da incelenmesi gerekebilir. Bir dikey anlaşma sadece sağlayıcı ve alıcı arasındaki pazarda değil, ayrıca alt pazarlarda da etki doğurabilir. Dikey anlaşmanın bireysel değerlendirmesi için anlaşmada yer alan kısıtlamadan etkilenen her ticaret seviyesindeki ilgili pazarlar incelenecektir:

(i) Alıcı tarafından kendi mal veya hizmetleri için birleştirilen ara mal ya da hizmetler bakımından, dikey kısıtlamalar genellikle sağlayıcı ve alıcı arasındaki pazarda etki doğurmaktadır. Örneğin alıcıya uygulanan rekabet etmeme yükümlülüğü diğer sağlayıcılara piyasayı kapatabilir fakat alt pazarda mağaza içi rekabetin azalmasına sebep olmaz. Diğer taraftan tek alıcıya sağlama yükümlülüğü olan anlaşmalarda alıcının alt pazardaki konumu da bu bakımdan önemlidir, zira eğer alıcı alt pazarda pazar gücüne sahipse alıcının piyasayı kapamaya yönelik davranışları pazarda önemli negatif etkiler doğurabilecektir.

(ii) Nihai ürünler için rekabet analizinin sağlayıcı ve alıcı arasındaki pazarla sınırlı olması pek mümkün değildir. Bunun nedeni dikey kısıtlamaların alıcının satış yaptığı yeniden satış pazarında marka içi ve/veya markalar arası rekabetin azalması gibi

negatif etkileri olabilmesidir. Örneğin, tek elden dağıtım anlaşmaları sadece sağlayıcı ve alıcı arasındaki pazarda kapama etkisine değil, ayrıca dağıtıcıların yeniden satış yaptığı bölgelerde marka içi rekabetin azalmasına da yol açabilir. Eğer dağıtıcı nihai tüketicilere satış yapıyorsa, yeniden satış pazarı özellikle önemlidir. Üretici ve toptancı arasında yapılmış rekabet yasağı içeren bir anlaşma, toptancıyı diğer üreticilere kapayabilir, ama toptancı seviyesinde markalar arası rekabetin sınırlanması belli koşullarda rekabet sorunu yaratmaz. Ancak aynı anlaşmanın bir perakendeciyle yapılmasıyla mağaza içi rekabet kaybı, yeniden satış pazarında markalar arası rekabetin azalmasına yol açacaktır.

(iii) Bir satış sonrası pazarın bireysel değerlendirmesinde, olayın durumuna göre ilgili pazar orijinal ekipman pazarı veya satış sonrası pazar olarak belirlenebilir. Her olayda, ayrı bir satış sonrası pazar durumu, orijinal ekipman pazarındaki durum dikkate alınarak değerlendirilecektir. Orijinal ekipman pazarında önemli olmayan bir pazar konumu, genelde satış sonrası pazardaki olası rekabeti sınırlayıcı etkileri azaltacaktır.

8.4. Grup Muafiyeti Tebliği Kapsamında Pazar Payının Hesaplanması

(72) Pazar payının hesaplanması kural olarak pazardaki satış değerleri üzerinden yapılmalıdır. Satış değerlerinin olmadığı durumlarda, satış miktarları da dahil olmak üzere güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler yapılabilir.

(73) Tesis içi üretim (teşebbüsün kendi üretiminde kullanmak üzere bir ara malı üretmesi) rekabet kısıtlarından biri olarak veya bir teşebbüsün pazardaki konumunu vurgulamak bakımından rekabet analizinde çok önemli olabilir. Ancak ara mallar ve hizmetler için pazar tanımı ve pazar payı hesaplanmasında tesis içi üretim dikkate alınmayacaktır.

(74) Bununla birlikte nihai malların ikili dağıtımında, bir başka ifadeyle nihai ürünün üreticisinin aynı zamanda pazarda dağıtıcı olarak da faaliyet gösterdiği hallerde, pazar tanımı ve pazar payı hesabı, üretici tarafından satılan ürünleri ve rakip üreticiler tarafından kendi bağlı dağıtıcıları ve acenteler aracılığıyla satılan ürünleri içermelidir.

9. BİREYSEL DÜZEYDE UYGULAMA

(75) Rakipler arasında yapılan anlaşmalar genellikle rekabet düzenine zararlı etkilere sahiptir. Oysa “Üretim-Dağıtım-Yeniden Satış” zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaların rekabet düzenine olumsuz etkilerinin daha az olması beklenir. Bu beklenti basit bir ekonomik gerçeğe dayanmaktadır. Yatay seviyede rakip teşebbüsler ikame ürünler üretirken dikey seviyede ilişki içinde bulunan teşebbüsler tamamlayıcı ürünler üretmektedir. Bir ürüne olan talep, o ürüne ikame ürünün fiyatı azaldıkça düşmekte fakat o ürünün tamamlayıcı ürününün fiyatı düşükçe artmaktadır. Bu nedenle, daha çok ürün satabilmek için, rakip teşebbüslerden her biri diğerinin fiyat arttırmasını beklerken dikey ilişki içindeki teşebbüsler birbirlerinin fiyat düşürmesini istemektedir. Sonuç olarak dikey ilişki içindeki teşebbüslerden her biri diğerinin pazar gücüne dayalı uygulamalarına engel olma eğilimindedir.

(76) Bununla birlikte, dikey anlaşmaların sahip olduğu bu otokontrol mekanizması her zaman etkili olamayabilir. Pazar gücüne sahip teşebbüsler alıcılarıyla olan çıkar çatışmalarını sona erdirerek alıcılarının ve nihai olarak tüketicilerinin aleyhine kendi kârını yükseltmek isteyebilir. Pazar gücüne sahip bir teşebbüsün (alt pazar ya da üst

pazarda) dikey kısıtlamalar yoluyla alıcılarının bağımsız çıkarlarını kendi çıkarlarıyla aynı hizaya getirerek bunu gerçekleştirmesi mümkündür.

(77) Bu çerçevede, dikey anlaşmalar açısından Kanun'un 4. maddesinin uygulanması pazar gücüne sahip teşebbüsler üzerinde yoğunlaşacaktır. Eğer incelenen olaydaki teşebbüs ciddi bir pazar gücüne sahip ise, gerek marka içi gerekse markalar arası rekabetin korunması önem kazanır.

9.1. Marka İçi Rekabetin Önemi

(78) Marka içi rekabet, üst pazardan aşağı seviyeye doğru yönelen pazar gücüne alt pazardan gelen bir tür tepki olup, rekabetçi sürecin gelişimine değişik yollarla katkısı bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şu şekilde ifade edilebilir:

Arbitraj

(79) Pazar gücüne sahip bir ürüne yönelen tüketici talebini değerlendiren arbitrajcular, arz ve talebin durumuna göre ürünleri yeniden alıp satarak arz talep dengesinin oluşmasına yardımcı olurlar. Bu durum, ilgili ürünün pazarda ekonomik olarak en etkin biçimde dağılımını sağladığı gibi fiyat ayrımcılığını da önleyici bir etki doğurur.

Dağıtımda Etkinlik ve Yeniliğin Korunması

(80) Marka içi rekabet, etkin çalışan dağıtıcı ve yeniden satıcıları ön plana çıkarırken etkin olmayanların pazar dışında kalmalarına yol açar. Bu durum, anılan pazar oyuncularını yenilik yaratmaya zorlamakta ve rekabet ortamından beklenen faydalardan biri olan teknik ve ekonomik gelişme hedefine hizmet etmektedir.

Üst Pazardaki Rekabete Olumlu Katkı

(81) Marka içi rekabet, sağlayıcının fiyatları disiplin altına alarak belirsizliği ortadan kaldırmak suretiyle diğer sağlayıcılarla koordinasyon içine girmesini önleyici etki de yaratır. Öte yandan, marka içi rekabetin yoğun olması sağlayıcının alt pazardaki yeniden satıcılara erişim için rekabete girmesine neden olacağından üst pazardaki rekabete olumlu etki edecektir.

9.2. Dikey Kısıtlamaların Olumsuz Etkileri

Marka İçi Rekabetin Azalması

(82) Marka içi rekabetin kısıtlanmasının etkinlik artırıcı yönüyle rekabet düzenine olumlu katkıları olduğu kadar, marka içi rekabetin yukarıdaki kısımda ifade edilen faydalarının ortadan kaldırılması yönüyle de olumsuz katkıları meydana gelebilmektedir.

Markalar Arası Rekabetin Azalması

(83) Dikey kısıtlamalar, teşebbüslerin gizli ya da açık bir uyuşma içine girmelerini kolaylaştırabilecek potansiyele sahiptir. Alt pazardaki marka içi rekabetin dikey kısıtlamalarla bastırılması, üst pazardaki paralel fiyatlama mekanizmalarına yardımcı olmakta, diğer taraftan pazar gücüne sahip sağlayıcıların bu güçlerini alt pazarlarda kullanmalarına olanak tanımaktadır.

Kapama Etkisi

(84) Pazar kapama etkisi, alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejileri ifade etmektedir. Pazar kapama etkisi, mevcut ve potansiyel rakiplerin hem alt pazara hem de üst pazara aynı anda girerek dikey entegrasyon gerçekleştirmesine ya da yeni bağımsız teşebbüsler aramasına neden olmaktadır. Dikey kısıtlama uygulayan teşebbüsler bu suretle rakiplerin maliyetlerini arttırmaktadırlar. Bu durum ise pazardaki mevcut rekabeti olumsuz etkilediği gibi pazara giriş engeli yaratarak potansiyel rekabeti de önlemektedir.

Tüketici Tercihlerinin Kısıtlanması

(85) Özellikle bölge ve müşteri bağlamında uygulanan dikey kısıtlamalar, tüketicilerin kendileri açısından en iyi olan ürünün seçimini yapma imkanlarını ortadan kaldırarak tüketicilerin yapay şekilde belli ürünlere yönlendirilmesine neden olabilmektedir.

(86) Dikey kısıtlamalar farklı türlerde ortaya çıkabilmektedir. Dikey kısıtlamaların pazar üzerindeki etkilerinin daha iyi incelenmesi için bunların fiyata ilişkin ve fiyata ilişkin olmayan şeklinde iki ana kategoriye ayrılması gerekir. Fiyata ilişkin olanlar, azami fiyat belirleme, asgari fiyat belirleme, dolaylı fiyat belirleme ve fiyat tavsiyesi olarak dört grup altında, fiyata ilişkin olmayanlar da tek marka, sınırlı dağıtım ve pazar paylaşımı şeklinde üç grup altında incelenmelidir. Açıklanan başlıklar altında yer alan her bir dikey kısıtlama türüne ilişkin değerlendirmeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

9.3. Dikey Kısıtlamaların Olumlu Etkileri

(87) Dikey kısıtlamalar, üretim ve dağıtım zincirinin alt seviyelerinde yer alan oyuncuların anlaşma konusu markanın ticari konumunu geliştirmeye yönelik güdüsünü teşvik etmek suretiyle fiyat dışı rekabeti ve hizmet kalitesini artırıcı etki yaratabilmektedir. Özellikle pazar gücü bulunmayan teşebbüsler açısından bu durum önemli hale gelmekte, bu teşebbüslerin pazarda tutunabilmek ya da büyüebilmek için üretim ve dağıtım süreçlerini optimize etmekten başka yolları bulunmamaktadır. Bilhassa özellikli ürünler söz konusu olduğunda sadece ürünlerin alım satım şartlarını belirleyen anlaşmalar dağıtım sürecinde optimal sonuçlara ulaşmakta yeterli olmayabilir. İşte bu tür durumlarda bazı rekabet kısıtlamaları bu amaç doğrultusunda dikey anlaşmalarda kullanılabilir.

(88) Dikey anlaşmaların olumlu etkileri hakkında genel ve doğru bir fikir verme amacıyla olan bu bölüm, bahse konu olumlu etkiler açısından sınırlayıcı bir liste niteliğinde değildir. Bu çerçevede dikey kısıtların uygulanması için haklı neden teşkil edebilecek bazı olumlu etkilere aşağıda yer verilmektedir:

(i) Bedavacılık (Free Riding) sorununun çözümü: Ürünlerin promosyonuyla uğraşan her bir dağıtıcı, diğer dağıtıcılar ve sağlayıcı üzerinde pozitif dışsallık yaratır. Bu pozitif dışsallıktan yararlanan diğer sağlayıcılar herhangi bir maliyete katlanmadan satışlarını arttırabilirler. Bu durumda hiçbir dağıtıcı ürünle ilgili tanıtım ve özendirme faaliyetine girişmek istemeyecektir. Belirli dikey kısıtların uygulanması suretiyle

bedavacılık sorunu çözümlenerek her dağıtıcının tanıtım ve özendirme faaliyetlerine katılması sağlanabilir⁵.

(ii) Yeni pazarlara giriş: Herhangi bir pazara girecek bir üretici, pazara ürün sunabilmek ya da pazarda tutunabilmek için belirli seçenekleri kullanmak durumundadır. Kendi dağıtım ağını kurarak dikey bütünleşmeye gitmek genelde pahalı ve etkin olmayan bir seçenek olduğundan üreticiler mevcut dağıtıcılardan oluşacak dağıtım kanallarında tanıtım ve özendirme faaliyetlerini öne çıkarmak isteyeceklerdir. Bu durumda sağlayıcı konumundaki üretici alıcı konumundaki dağıtıcı için bir bölge tahsis etmeyi ve onu belirli bir süreyle diğer dağıtıcıların rekabetinden korumayı tercih edebilecektir. Bu tür bir koruma, yeni bir ürünü prestijli dağıtıcılar kanalıyla kalite algılaması yüksek bir biçimde pazara sunmak amacıyla da kullanılabilir. Ürünlerin başlangıçta sadece bu tür kalite imajı yüksek yerlerde satılmasını sağlamak için belirli dikey kısıtlamalar uygulanabilir.

(iii) Vazgeçme probleminin çözümü: Üretici ya da dağıtıcının kimi durumlarda bazı özellikli yatırımlar yapması gerekebilir. Örneğin üretici anlaşma konusu ürüne özgü belirli özellikleri olan bir depolama sistemini dağıtıcının iş yerinde kurmak durumunda olabilir. Ya da dağıtıcı benzer şekilde ürüne ya da müşteriye özgü bir yatırım yapmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlarda yatırımların bu anlaşmayla doğrudan bağlantılı olması gerekir. Doğrudan bağlantılı sayılacak yatırımlar; üretici ya da dağıtıcının sözleşmenin sona ermesinden sonra başka bir amaç için kullanamayacağı ve ancak mutlak ederinin çok altında satabileceği, kısa dönemde kendi maliyetini karşılaması mümkün olmayan ve anlaşmanın bir tarafına yük getiren türde yatırımlardır. Bu yatırımların geri döndürülebilmesini teminen belirli dikey kısıtlamalar öngörülebilir.

(iv) Vazgeçme probleminin bir diğer yansıması da know-how devri gereken durumlarda meydana gelebilmektedir. Know-how eğer anlaşmanın uygulanması için vazgeçilmez bir unsur teşkil ediyorsa bu tür bir know-how'ın kullanılması nedeniyle getirilebilecek orantılı rekabet kısıtları genellikle 4. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

(v) Ürünlerin dağıtımını belirli dağıtıcılar üzerinden yaparak ölçek ekonomilerinden faydalanmak ve bu suretle ürünlerini daha düşük fiyatlarla son kullanıcılara ulaştırabilmek için üreticilerin belirli türde dikey kısıtlamalar uygulaması mümkündür.

(vi) Finans piyasalarında faaliyet gösteren kuruluşlar asimetric bilgiden kaynaklanan aksaklıklar sonucunda optimal olmayan şartlar öne sürebilmektedirler. Dikey anlaşmanın tarafları, işin niteliği gereği bilgi asimetricisini ortadan kaldırmakta ve finansman sorununun aşılması için zaman zaman üretici dağıtıcıya kredi kullanılabilmektedir. Üreticinin dağıtıcıya kredi kullandığı durumlarda da belirli türde dikey kısıtlar getirilebilmektedir.

(vii) Yeknesaklık ve kalite standardına erişim: Belirli yeknesaklık ve kalite standartlarının sağlanmasını öngören dikey kısıtlamalar anlaşma konusu ürünlerin

⁵ Bedavacılık sorununa şöyle bir örnek verilebilir. Tüketiciler, satış öncesi hizmetlerin yoğun olduğu elektronik eşya pazarında, almayı planladığı elektronik eşyayı, bu hizmetin verildiği yerde tanıdıktan sonra satış öncesi hizmetin vermediği yerden daha ucuza alabilir. Bu durumda bedavacılık sorunu ortaya çıkacağından hiç bir alıcı bu hizmeti vermek istemeyecektir.

marka imajının gelişimine katkıda bulunarak ürünlere yönelik kalite algısının ve dolayısıyla talebin artmasına yardımcı olabilmektedir.

Yukarıda özetlenen durumlarda görüldüğü gibi belirli koşullarda uygulanan dikey kısıtlar, ekonomik etkinlik yaratılmasına ve yeni pazarların oluşumuna katkıda bulunarak sahip oldukları olumsuz etkilerini aşan olumlu sonuçlara yol açabilmektedirler. Fakat bir ürünün pazara sunulması ve dikey ilişki özelinde yapılan yatırımların korunması gibi durumlarda uygulanan dikey kısıtlar için sınırlı süreli olma özelliği ön plandayken bazı durumlarda uygulanan belirli türdeki dikey kısıtlar anlaşma süresince devam edebilmektedir.

(89) 7.1. bölümünde incelenen dikey kısıtların önemli bölümü yukarıda belirtilen sorunların çözümünde birbirlerinin alternatifi olabilmektedirler. Alternatif dikey kısıtlar arasından en uygun olanın seçimi, Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması" ilkesi çerçevesindeki analizler bakımından önem taşımaktadır.

9.4. Dikey Sınırlamaların Değerlendirilmesine Yönelik Genel Kurallar

(90) Dikey kısıtlarla ilgili en önemli rekabet sorunları, genellikle markalar arası rekabetin yetersiz olduğu durumlarda ortaya çıkar. Markalar arası rekabetin yetersizliği, üst pazarda pazar gücüne sahip bir teşebbüsün bulunması anlamına gelmektedir. Marka içi rekabetin yetersizliğinin doğurduğu olumsuzluklara, markalar arası rekabetin yetersizliğinin de eklenmesi durumunda dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerinin olumlu etkilerini aşacağı düşünülmelidir.

(91) Dikey kısıtların değerlendirilmesi bakımından ilgili pazarların yoğunlaşma düzeyleri de önem kazanmaktadır. Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen ağır kısıtlamalar dışındaki dikey kısıtların yoğunlaşmamış pazarlarda olumsuz etkiler doğurmayacağı varsayılabilir. Yoğunlaşmaların ölçülmesi bakımından Herfindahl-Hirschman Index'i (HHI) esas alınmaktadır. Buna göre, HHI endeksi 1.000'in altında ise, ilgili pazar yoğunlaşmamış olarak kabul edilir.

(92) Marka içi rekabet kısıtı içeren dikey anlaşmalardan doğan olumsuz etkiler, bu anlaşmaların yaratacağı olumlu etkilerle kıyaslanarak olumlu etkilerin daha fazla olacağına söylenmesi mümkündür. Ne var ki, markalar arası rekabeti kısıtlayan türdeki kısıtlamalar içeren dikey anlaşmalar için aynı şeyi söylemek mümkün olmayabilir. Markalar arası rekabetin kısıtlanması genellikle marka içi rekabetin kısıtlanmasından daha zararlı sonuçlara yol açar. Örneğin rekabet yasağı (tek marka satma) koşulu içeren dağıtım anlaşmalarının pazar kapama etkisi yaratarak diğer markaların pazara erişimini engellemeleri söz konusu iken bölge münhasırlığı içeren dağıtım anlaşmaları her ne kadar marka içi rekabeti kısıtlasa da ürünlerin tüketiciye ulaşmasını engellememektedir. Ne var ki, markalar arası rekabetin yeterli olmadığı durumlarda (bölge, müşteri grubu gibi hususlarda) münhasırlık içeren dağıtım anlaşmaları tüketici tercihlerinin önemli ölçüde sınırlanmasına neden olabildiği gibi ekonomik açıdan daha etkin ve yenilikçi dağıtıcıların pazarda yer almasını engelleyebilmektedir. Bu durum ise dağıtım kanalındaki yenilik arayışlarını azaltırken tüketicilerin fiyat-hizmet karşılaştırması yaparak tercihte bulunması olanağını yok etmektedir.

(93) Münhasırlık içeren düzenlemeler, rekabetçi yapıya münhasırlık içermeyenlere göre daha fazla zarar verir. Örneğin rekabet etmeme yükümlülüğü alıcıyı sadece tek

bir marka almak zorunda bırakırken, miktar zorlaması olarak adlandırılan ve alıcıya belirli miktarda alım zorunluluğu getiren kısıtlamalar alıcıya rakip ürünleri de alabilme konusunda açık kapı bırakır. Bu nedenle miktar zorlaması şeklinde bir kısıtlamanın yol açacağı kapama etkisi görece daha az olacaktır.

(94) Markalı ürünlerin varlığı, ürün farklılaştırması ihtimalini arttırmakta ve ürünün ikame edilme ihtimalini azaltmaktadır. Bu ise ilgili mal ve hizmetlere olan talebin esnekliğini azaltabildiğinden fiyat arttırmayı kolaylaştıran bir unsur olmaktadır. Anılan nedenle, markalı mal ve hizmetlere ilişkin anlaşmalarda yer alan rekabet kısıtları markasız mal ve hizmetler için yapılan anlaşmalardaki rekabet kısıtlarına göre daha zararlıdır. Markalı ve markasız mal veya hizmetlere ilişkin ayırım genellikle ara mal veya hizmetler ve nihai mal veya hizmetler arasındaki ayırımla çakışmaktadır.

(95) Ara mal veya hizmetler bunları başkaca mal ve hizmetlerin üretilmesinde girdi olarak kullanacak teşebbüslere satılır ve genellikle nihai mal veya hizmetlerin içinde ayırt edilemez. Ara mal veya hizmetlerin alıcıları yeterli bilgi birikimine sahip olduklarından mal veya hizmetlerin kalitesini değerlendirebilir ve bu nedenle marka ve imaj unsuruna bağımlı kalmazlar. Nihai mal veya hizmetler ise genelde marka ya da imaja daha çok bağımlı bulunan son kullanıcılara satılır. Bu nedenle, tüketici tercihlerine göre hareket eden dağıtıcıların belli markaları satmasının yasaklanması, ara mal kullanan teşebbüslerin belli markaları satın almasının yasaklanmasına göre daha zararlı sonuçlar doğuracaktır. Diğer taraftan, alım yapılacak piyasadaki gelişmeleri takip eden özel satın alma bölümü ya da danışmanına sahip olan ve alımları yüksek miktarlara ulaşan ara mal veya hizmet alıcısı teşebbüsler için arama maliyetleri önemli bir engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle ara mal veya hizmetler seviyesinde marka içi rekabetin azalması nihai mal veya hizmet seviyesine göre daha az rekabet sorunu yaratacaktır.

(96) Çeşitli dikey kısıtlama türlerinin bir arada bulunması genellikle bunların olumsuz etkilerini arttırmaktadır. Fakat belli türdeki kısıtların bir arada bulunması bazen bunların ayrı biçimde kullanılmasına göre daha olumlu sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, münhasır dağıtım sistemlerinde dağıtıcılar marka içi rekabetin azaltılmasından aldıkları cesaretle fiyatları arttırmaya eğilimli olabilmektedirler. Bu gibi durumlarda ilgili anlaşmalarda miktar zorlaması ya da azami fiyatının belirlenmesi türündeki kısıtların da bulunması bu olumsuzluğu azaltabilmektedir.

(97) Dikey kısıtlamanın know-how transferi ile olan bağlantısı ne kadar fazlaysa, bundan dolayı bir etkinlik artışı olması ve bu kısıtlamanın know-how'ı veya ilgili yatırımları korumak için gerekli olması ihtimali de o kadar fazladır.

(98) Benzer şekilde, belirli dikey kısıtlamalar anlaşmaya özel yatırımlarla ne kadar ilişkilirse bu dikey kısıtlamalar için o kadar fazla haklı sebep göstermek olasıdır. Haklı sebeplerin geçerliliği yatırımları geri kazanmak için gerekli süreye bağlı olacaktır.

(99) Yeni bir ürün pazara sunulduğunda ya da var olan bir ürün başka bir coğrafi pazarda ilk defa satılmaya başlandığında, ilgili teşebbüs pazarı tanımlamakta güçlük çekebilir ya da ilgili pazardaki payı yüksek gerçekleştirebilir. Fakat yeni bir ürün pazarı ya da coğrafi pazar açılımla bağlantılı dikey kısıtlamalar genellikle rekabeti kısıtlayan bir etkiye sahip olmadıklarından bu durum önemli bir sorun teşkil etmeyecektir. Bu değerlendirme, ilgili ürünün sunumunu takip eden iki yıl boyunca ilgili teşebbüsün pazar payı dikkate alınmaksızın ağır sınırlamalar dışındaki tüm sınırlamalar için geçerli

olacaktır. Yeni coğrafi pazar açılımının söz konusu olduğu durumlarda, sağlayıcının diğer coğrafi pazarlarda bulunan alıcılarının yeni girilen coğrafi pazara aktif ya da pasif olarak ürün satmasını yasaklaması da bu kapsamda değerlendirilir. Yeni bir ürün sürümü söz konusu olduğunda belirlenen test pazarına ya da test edilen müşteri grubuna satış yapmak üzere atanan dağıtıcının test pazarı/müşteri grubu dışına aktif olarak satış yapmasının sınırlanması bir yıl süreyle 4. maddenin ihlali olarak değerlendirilmeyecektir.

9.5. Analiz Yöntemi

(100) Genel olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir dikey sınırlamanın değerlendirilmesi aşağıdaki adımları içerir:

1. Öncelikle taraf teşebbüslerin, dikey kısıtlamanın çeşidine göre, sağlayıcının veya alıcının pazar payının hesaplanabilmesi için ilgili pazarı belirlemeleri gerekmektedir.

2. Eğer pazar payı %40 eşiğini aşmıyorsa, anlaşma yasaklanan kısıtlamaları içerip içermediğine ve Tebliğ'deki diğer şartları sağlayıp sağlamadığına bağlı olarak grup muafiyetinden yararlanmaktadır.

3. Eğer pazar payı %40 eşiğinin üzerinde kalıyorsa, anlaşmanın Kanun'un 5.maddesindeki koşulları sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

9.5.1. Kanun'un 5. Maddesi Çerçevesinde Yapılacak Değerlendirmede Dikkate Alınacak Faktörler

(101) %40 eşiğinin aşıldığı olayları değerlendirirken, Kurul ilgili teşebbüsün pazar gücünün tespit edilmesini de içeren tam bir rekabet analizi yapacaktır. Pazar gücünün tespitine yönelik değerlendirmede göz önünde bulundurulacak faktörler aşağıda belirtilmektedir:

- (a) sağlayıcının pazardaki konumu,
- (b) rakiplerin pazardaki konumu,
- (c) alıcının pazardaki konumu,
- (d) pazara giriş engelleri,
- (e) pazarın doygunluk düzeyi,
- (f) ticaretin seviyesi,
- (g) ürüne özgü özellikler,
- (h) diğer faktörler.

(102) Bu faktörlerin her birinin değerlendirmeye etkisi diğer tüm faktörlere ve olaydan olaya bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, sağlayıcının pazar payının yüksek olması genellikle pazar gücünün önemli bir göstergesidir, ancak giriş engelleri düşükse, pazar payının yüksek olması pazar gücüne işaret etmez. Bu sebeple her bir faktörün etkisi hakkında katı kurallar koymak mümkün değildir.

Sağlayıcıların Pazardaki Konumu

(103) Sağlayıcıların pazardaki konumlarını belirleyecek ilk ve en önemli gösterge ilgili pazardaki pazar paylarıdır. Pazar payı ne kadar yüksekse pazar gücü o kadar büyük olabilecektir. Eğer sağlayıcının rakipleri karşısında belirli maliyet avantajları varsa pazar gücü daha da artacaktır. Söz konusu rekabetçi avantajlar pazara ilk giren olma, önemli patentlere, üstün bir teknolojiye sahip olma, marka lideri olma veya güçlü/geniş portföye sahip olma gibi faktörlerden kaynaklanabilir.

Rakiplerin Pazardaki Konumu

(104) Aynı göstergeler (pazar payı ve rekabetçi avantajlar) rakiplerin pazardaki konumunu belirlerken de kullanılır. Mevcut rakipler ne kadar güçlü ise ve sayıca ne kadar çoksa, dikey anlaşmaya taraf sağlayıcının veya alıcının ilgili pazarda kapama etkisi yaratma ihtimali ve markalar arası rekabetin azalma riski o derece düşüktür. Ancak rakiplerin sayısı azaldıkça ve pazardaki konumları (büyüklük, maliyet, AR-GE potansiyeli vb.) birbirlerine benzedikçe, bu pazar yapısı gizli/açık anlaşma riskini artırmaktadır. Dalgalı veya çabuk değişen pazar payları genelde ilgili pazarda yoğun rekabetin varlığının bir göstergesidir.

Alıcının Pazardaki Konumu

(105) Alıcı gücü, alıcının pazardaki konumuyla ilişkilidir. Alıcı gücünün ilk göstergesi alıcının alım pazarındaki pazar payıdır. Bu pazar payı muhtemel sağlayıcılar için alıcının talebinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Diğer göstergeler satış noktalarının coğrafi dağılımının yaygınlığı, alıcının/dağıtıcının kendine ait markaları ve son tüketiciler nezdinde imajı gibi alıcının yeniden satış pazarındaki konumu üzerine odaklanmaktadır. Alım gücünün rekabeti kısıtlayıcı olası etkileri dikey sınırlama çeşitlerine göre farklılaşabilmektedir.

Pazara Giriş Engelleri

(106) Giriş engelleri, yerleşik firmanın fiyatı rekabetçi fiyatın (genellikle asgari ortalama toplam maliyet) ne kadar üzerine çıkarabildiği ve pazara girişi cazip hale getirmeksizin normalüstü kâr elde etmesi ile ölçülür. Giriş engeli olmadığında, pazara kolay ve çabuk girişler, yerleşik firmaların normalüstü kar elde edememelerini sağlayacaktır. Normalüstü kârları ortadan kaldıran pazara kolay ve hızlı girişlerin, bir iki yıl içinde gerçekleşmesi durumunda, giriş engellerinin ilgili pazarda düşük olduğu kabul edilir.

(107) Giriş engelleri, ölçek ve kapsam ekonomileri, kamusal düzenlemeler (özellikle münhasır hak, devlet yardımı, ithalat tarifesi, fikri haklar, doğal sınırlamalar nedeniyle arzın kıt olduğu kaynakların sahipliği), zorunlu unsur, pazara ilk giren olma avantajı, yoğun pazarlama faaliyeti ile yaratılmış tüketicinin marka bağımlılığı gibi çok çeşitli faktörlerden kaynaklanabilir. Dikey sınırlamalar ve dikey bütünleşme (potansiyel) rakiplerin piyasaya girişini zorlaştırarak veya piyasayı (potansiyel) rakiplere kapatarak giriş engeli yaratılmasını sağlayabilir. Giriş engelleri sağlayıcı ya da alıcı seviyesinde olabileceği gibi her iki seviyede de var olabilir.

(108) Sıralanan faktörlerin giriş engeli olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı sorusu bu faktörlerin batık maliyetle ilişkilendirilmesine bağlıdır. Batık maliyetler bir piyasaya girmek veya o piyasada aktif olarak faaliyet göstermek için zorunlu olan ancak

piyasadan çıkıldığında kaybedilen harcamalardır. Müşteri bağımlılığı geliştirmek için yapılan reklam harcamaları genellikle batık maliyettir. Fakat piyasadan çıkan teşebbüs, marka adını satabiliyor veya herhangi bir kayba uğramaksızın başka bir yerde kullanabiliyorsa, reklam harcamaları batık maliyet olmaktan çıkar. Batık maliyetler pazardaki mevcut işletmelerin pazardan çıkmalarını maliyetli hale getirdiğinden maliyetlerin batık kısmı arttıkça, potansiyel rakipler piyasaya girmenin riskini daha yüksek olarak algılayabilir, mevcut işletmeler de piyasaya yeni gireceklere karşı daha inandırıcı rekabet tehdidinde bulunabilirler. Örneğin dağıtıcıların bir üreticiye rekabet etmeme yükümlülüğüyle bağlandığı bir durumda, kendi dağıtım sistemini kurmanın potansiyel rakibe batık maliyet yüklemesi söz konusu ise, kapama etkisi daha güçlü olacaktır.

(109) Genel olarak pazara giriş, bazen düşük bazen yüksek batık maliyet gerektirmektedir. Bu nedenle fiili rekabet, genellikle daha etkilidir ve bir olayın değerlendirilmesinde potansiyel rekabete göre daha ağırlıklı öneme sahiptir.

Pazarın Doymuluk Düzeyi

(110) Doymuş bir pazar, kullanılan teknolojinin iyi bilindiği, yaygın olup, çok değişmediği, önemli yeniliklerin söz konusu olmadığı ve talebin göreceli olarak durağan veya azalan durumda olduğu pazardır. Bu pazarda dikey kısıtlamaların negatif etkisi dinamik pazarlara göre daha olasıdır.

Ticaretin Seviyesi

(111) Pazardaki ticaret seviyesi ara mallar ve nihai mallar arasındaki ayrıma bağlıdır. Daha önceden belirtildiği gibi dikey kısıtlamaların olumsuz etki doğurma ihtimali ara mallar seviyesinde daha düşüktür. Benzer bir ayrımı toptan ticaret perakende ticaret şeklinde de yapmak mümkündür. Dikey kısıtlamalar genel olarak perakende ticaret seviyesinde daha olumsuz etkiler doğurmaktadır.

Ürünün Niteliği

(112) Ürünün niteliği özellikle nihai ürünler bakımından hem olası negatif hem de olası pozitif etkilerin değerlendirilmesinde rol oynar. Dikey kısıtlamaların muhtemel negatif etkisi değerlendirilirken, pazardaki ürünlerin daha homojen veya heterojen olup olmadığı, tüketicinin bütçesi içindeki yerine göre ürünün pahalı veya ucuz olup olmadığı, ürünün bir kere veya sürekli satın alınan bir ürün olup olmadığı önemlidir. Genelde ürün daha heterojen, daha az pahalı ve bir kereden daha fazla alınıyorsa dikey sınırlamaların negatif etki yaratma ihtimali daha fazladır.

Diğer Faktörler

(113) Belirli bir sınırlamanın değerlendirilmesinde diğer faktörlerin de dikkate alınması gerekebilir. Bu faktörler arasında benzer anlaşmaların pazarın ne kadarını kapsadığını gösteren birikimli etki, anlaşmaların süresi, anlaşmaların empoze edilip edilmediği (esas olarak bir taraf sınırlamalara ve yükümlülüklerine tabidir), tarafların anlaşma anlaşmadığı (her iki taraf sınırlama ve yükümlülükleri kabul eder), fiyat liderliği, önceden bildirilen fiyat değişiklikleri ve olması gereken fiyat üzerindeki tartışmalar, aşırı kapasite durumunda fiyat katılığı, fiyat farklılaştırma ve geçmişteki işbirliğini gösteren davranışlar gibi işbirliğine yardımcı olan veya kolaylaştıran düzenleyici çerçeve ve davranışlar sayılabilir.

(114) Kanun'un 5. maddesinde Kurul'un, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebileceği belirtilmektedir:

a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

(115) Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde belirtilen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması koşulu, pazar gücü ve bu güce bağlı olarak söz konusu anlaşmaların pazardaki etkisi ile yakından ilgilidir. Bir teşebbüsün pazar gücü ne kadar yüksek ise hissedilir derecede rekabeti bozucu etkileri olan bir dikey sınırlama kural olarak muafiyet alamaz. Ancak ilişkiye özgü yatırımın korunması veya mal veya hizmetin sağlanması ya da satın alınmasıyla ilgili olmayan esaslı bir know-how transferi bakımından gerekli olması gibi objektif haklı bir gerekçe varsa dikey anlaşma Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışına çıkabilir.

(116) Sağlayıcı ve alıcı eğer hakim durumda değillerse, diğer üç şart önemli hale gelmektedir. İlk şart, üretimin ve dağıtımın iyileştirilmesi, teknik ve ekonomik gelişmenin artması ile ilgilidir. Bu etkinliklerin gerçekleştirilmiş olması ve net pozitif etkilere yol açması gereklidir. Bedavacılıktan kaçınma gibi spekülasyon iddiaları veya maliyetlerden tasarruf sağlama gibi genel açıklamalar kabul edilemez. Sadece pazar gücünden veya rekabeti bozucu davranıştan kaynaklanan maliyet avantajları kabul edilemez. İkinci şart bağlamında, ekonomik yararlar sadece anlaşma tarafları lehine değil aynı zamanda tüketici lehine olmalıdır. Genellikle yararların tüketicilere aktarılması ilgili pazardaki rekabetin yoğunluğuna bağlıdır. Rekabetçi baskı, normalde, maliyet tasarruflarının düşük fiyat olarak tüketicilere yansımaya yol açar veya teşebbüslerin pazara daha hızlı bir şekilde ürün sunmasını teşvik eder. Bu nedenle eğer ilgili pazarda anlaşma taraflarını etkili bir şekilde sınırlayan yeterli rekabet sağlanıyorsa, rekabetçi süreç normal olarak tüketicilerin ekonomik yararlarından adil bir pay almalarını sağlar. Yukarıda sıralanan son şart ise, çeşitli pozitif etkilerin elde edilmesi için en az rekabeti bozucu sınırlamaların seçilmesini sağlamada rol oynar.

9.5.2. Çeşitli Dikey Sınırlamaların Analizi

(117) Bu bölümde teşebbüsler tarafından en çok kullanılan dikey sınırlamalar ve bileşimleri analiz edilecektir.

9.5.2.1. Tek Marka Sınırlaması

(118) Tek marka anlaşmalarının özünü, alıcının belli bir ürün veya ürün gruplarında ihtiyacının tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılamasının teşvik edilmesi oluşturmaktadır. Anlaşmalarda tek marka satılmasına yol açacak herhangi bir hüküm açıkça yer almasa dahi, sağlayıcının uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi

gibi birtakım teşvik edici unsurlar varsa, anlaşma yine bu kapsamda değerlendirilir. Ayrıca benzer bir unsur alıcının bir malla birlikte bir şart olarak tamamen farklı bir malı da almasını teşvik eden veya bu tür bir yükümlülük getiren bağlama anlaşmalarında da vardır

(119) Tek marka anlaşmalarının rekabet üzerinde esas olarak dört olumsuz etkisi bulunmaktadır:

(i) Pazar kapama etkisi: Diğer sağlayıcılar pazardaki belirli alıcılara mal satamazlar, bu pazarın kapatılmasına yol açabilir.

(ii) Koordinasyon etkisi: Bu anlaşmalar pazar paylarında katılığa neden olur, birkaç sağlayıcı tarafından uygulanırsa işbirliğine yardımcı olur.

(iii) Mağaza içi rekabeti önleme etkisi: Nihai ürünlerin dağıtımının söz konusu olduğu hallerde, belirli perakendeciler sadece tek bir markayı satacaklar ve bu nedenle bu perakendecilerin mağazalarında markalar arası rekabet olmayacaktır.

(iv) Pahalılık etkisi: Bağlama anlaşmalarında, alıcı bağlama anlaşmaları olmaksızın ürünleri farklı sağlayıcılardan alabileceği duruma göre bağlanan ürünü pahalı alabilecektir. Tüm bu etkiler markalar arası rekabette azalmaya yol açmaktadır.

(120) Tek marka anlaşmalarının markalar arası rekabette meydana getireceği azalmanın olumsuz etkisi, sağlayıcıların bu tür sözleşmeleri yapabilmek için başlangıçta yoğun şekilde rekabet etmesi ile hafifletilebilir, ancak rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin uzaması halinde söz konusu hafifleme markalar arası rekabette yaşanan azalmayı dengeleyecek ölçüde güçlü olmayacaktır.

(121) Öte yandan tek marka anlaşmalarının rekabet üzerinde olumlu etkilerde bulunması da mümkündür. Tek marka anlaşmalarının olumlu etkileri aşağıdaki gibidir:

(i) Bedavacılık sorununun çözülmesi⁶: Tek marka anlaşmaları bedavacılık sorununun çözülmesine olanak sağlar. Bir dağıtıcı, diğer bir dağıtıcının satış artırma çabalarından haksız yere yararlanabilir. Bu durumda literatürde bedavacılık sorunu olarak nitelendirdiğimiz problem ortaya çıkar. Bedavacılık sorunu aynı zamanda sağlayıcılar arasında da olabilir. Örneğin sağlayıcı perakendecide bir promosyon yatırımı yaptığında bu promosyon aynı zamanda onun rakiplerini de perakendeciye çekecektir. Rekabet etmeme yükümlüğü getirilmesi bu sorunu ortadan kaldırabilir.

Sağlayıcılar arasında bedavacılık sorunu promosyonun sadece perakendecinin bulunduğu yer ile sınırlı ve genel olması durumunda geçerli olacaktır. Markaya özgü bir promosyon olduğu zaman bedavacılık argümanı iddia edilemez.

(ii) Vazgeçme Problemi⁷: Tek marka anlaşmaları vazgeçme probleminin çözümüne katkıda bulunur. Vazgeçme problemi sözleşmeye veya ticari ilişkiye özgü yatırımlarda ortaya çıkmaktadır. Bu tip yatırımların özelliği sağlayıcı tarafından yapılması durumunda, anlaşma sona erdikten sonra diğer alıcıların ihtiyaçlarını karşılamakta kullanılamaması ve satımı anında önemli ölçüde değerini yitirmesidir. Bu problemin ortaya çıktığı durumda sağlayıcı yatırımını amorti edemeyeceğinden ötürü yatırım

⁶ Bk. par. 88 (i)

⁷ Bk. par. 88(iii)

yapmaktan vazgeçecektir. Bu sorunu çözmek için sağlayıcı alıcı üzerine rekabet etmeme yükümlülüğü veya miktar zorlama şartı getirebilir. Ancak vazgeçme probleminin ortaya çıkması çeşitli koşullara bağlıdır. Öncelikle yukarıda belirtildiği gibi yatırım alıcıya özgü olmalıdır. İkinci olarak kısa zamanda telafi edilemeyecek uzun dönemli bir yatırım olmalıdır. Üçüncüsü yatırım asimetrik olmalı bir başka deyişle sözleşmenin taraflarından biri diğerine göre daha fazla yatırım yapmış olmalıdır. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda yatırımın amorti edilebilmesi açısından yukarıda bahsedilen rekabet sınırlamaları alıcı üzerine yüklenebilir.

(iii) Know-how transferi: Özel bir vazgeçme problemi know-how devri sırasında ortaya çıkar. Know-how bir kez verildiğinde geri alınamaz ve know-how'ı transfer eden sağlayıcı bunun rakipleri tarafından veya onlar için kullanılmasını istemez. Knowhow'ın alıcı tarafından elde edilmesinin kolay olmadığı, anlaşmanın yürütülebilmesi için know-how'ın esaslı ve zorunlu olduğu durumlarda rekabet etmeme yükümlülüğü haklı görülebilir.

(122) Tebliğ'de tek marka sınırlamaları (rekabet etmeme yükümlülüğü, miktar zorlaması gibi) sağlayıcının pazar payının %40'ın altında olduğu ve anılan sınırlamanın beş yılı aşmadığı durumda muaf tutulmaktadır. Pazar payının %40'ın veya zaman sınırının beş yılın üzerinde olduğu hallerde bireysel değerlendirmeler için aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır.

(123) Rekabet etmeme yükümlülüğünün pazar üzerindeki rekabeti bozucu etkilerini belirlemede önemli unsurların başında "sağlayıcının pazardaki konumu" gelmektedir. Genellikle bu yönde bir yükümlülük sağlayıcılar tarafından konulur ve sağlayıcı benzer anlaşmaları diğer alıcılarla da yapmıştır.

(124) Sağlayıcının pazardaki konumu yanında uygulanan rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı ve süresi de anılan değerlendirmede çok önem kazanmaktadır. Sağlayıcının satışlarının tek marka anlaşmasından kaynaklanan kısmı arttıkça, eş deyişle bağlı pazar payı arttıkça, pazarda kapama riski de artacaktır. Benzer şekilde rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi arttıkça pazarın kapanması o oranda artacaktır. Hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından yapılan ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi bir yıldan az olan anlaşmaların, genel olarak hissedilir derecede rekabeti bozma etkisi olmadığı kabul edilir. Hakim durumda olmayan teşebbüslerin bir ila beş yıl arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmalarının muafiyet alabilmeleri bu anlaşmaların rekabeti azaltıcı ve artırıcı etkilerinin dengelenmesine bağlıdır. Öte yandan beş yılı aşan bu yöndeki anlaşmalar birçok yatırım türü için ileri sürülen etkinliklere ulaşmak için gerekli görülmez veya bu etkinlikler pazar kapama etkisini dengelemeye yeterli değildir.

(125) Sağlayıcının pazar gücü değerlendirilirken "rakiplerin pazardaki konumu" da önemlidir. Rakipler yeterince çok ve güçlü ise sağlayıcının uyguladığı tek marka anlaşmasından hissedilir derecede rekabeti bozucu etkiler beklenmez. Pazar kapama etkisi, rakip teşebbüslerin tek marka anlaşmasını uygulayan sağlayıcıdan önemli ölçüde küçük olduğu hallerde ortaya çıkabilecektir. Rakipler birbirine benzer büyüklükte ve benzer çekicilikte ürünler sunuyorsa pazarın rakiplere kapatılması söz konusu olmayabilecektir. Ancak ilgili pazarda sağlayıcılar önemli sayıda alıcıyla bu yönde anlaşmalar yapmış ise, pazar potansiyel rakiplere kapatılabilir. Birikimli etki olarak da adlandırılan bu durum aynı zamanda sağlayıcılar arasında rekabeti sınırlayıcı işbirliğine (collusion) de yol açabilir. Şayet sağlayıcılar Tebliğ kapsamında

iseler bu yöndeki birikimli etkiyi ortadan kaldırmak için muafiyetin geri alınması gerekebilir. Bir sağlayıcının bağlı pazar payı % 5'ten az ise, anılan sağlayıcının birikimli kapama etkisine önemli bir katkıda bulunmadığı kabul edilebilir.

(126) En büyük sağlayıcının pazar payının %40'ın altında olduğu ve en büyük dört teşebbüsün pazar payı toplamının (CR4) % 50'in altında olduğu hallerde tek başına veya birikimli etkiyle rekabetin kısıtlanması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla yeni bir teşebbüsün pazara kârlı bir şekilde girememesi tek marka anlaşmalarından ziyade tüketici tercihleri gibi diğer faktörlerden kaynaklanabilecektir. Markalar arası rekabetin çok yoğun olduğu, eş deyişle ilgili pazarda çok sayıda teşebbüsün yoğun şekilde rekabet ettiği bir pazarda tek marka anlaşmalarından kaynaklanan bir rekabet sorunu ortaya çıkması olası değildir.

(127) Giriş engelleri kapama etkisinin tespiti açısından oldukça önemlidir. Rakip sağlayıcılar bakımından yeni alıcılar yaratılması veya alternatif alıcılar bulunması görece kolay ise pazarın kapanması söz konusu olmayacaktır. Öte yandan hem üretim seviyesinde hem de dağıtım seviyesinde giriş engelleri ile sıkça karşılaşılmaktadır.

(128) Alım gücü (karşı güç) de bu değerlendirmede önemlidir. Güçlü alıcılar rakip mal veya hizmetleri satmaktan kolayca vazgeçirilemezler. Etkinliğe dayalı olmayan ve nihai tüketiciler üzerinde zararlı etkileri olan kapama etkisi, dağınık alıcıların söz konusu olduğu durumda önemli bir risk oluşturacaktır. Ancak belli başlı alıcılarla yapılan rekabet etmeme anlaşmaları güçlü bir kapama etkisi yaratabilir.

(129) Son olarak kapama etkisi bakımından "ticaretin seviyesi" önem kazanmaktadır. Ara ürünler söz konusu olduğunda kapama olasılığı daha azdır. Ara mal üreticisinin hakim durumda olmadığı zaman rakip sağlayıcılar serbest olan talebin önemli bir kısmını sağlamaya devam edecektir. Hakim durum seviyesinin altında mevcut veya potansiyel rakipler açısından ciddi bir kapama etkisi ancak birikimli etkinin mevcut olduğu durumda ortaya çıkabilir. Pazarın bağlı kısmının oranının %50'nin altında olduğu hallerde ciddi bir birikimli etkinin görünmesi olası değildir. Sağlayıcı hakim durumda ise, ürünün tamamının veya önemli bir bölümünün sağlayıcıdan alınmasına yönelik bir yükümlülük pazarın önemli bir bölümünün kapanmasına yol açabilir. Hakim durum seviyesi arttıkça rakiplere pazarın kapanması riski de artacaktır.

(130) Anlaşmanın toptancı seviyesindeki nihai ürünlerin satışına yönelik olduğu durumda, hakim durum seviyesinin altında rekabetçi sorun ortaya çıkması, toptancılık çeşidine ve toptancı seviyesinde giriş engellerinin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Şayet rakip üreticiler kendi toptancı sistemlerini rahatlıkla oluşturabiliyorlarsa gerçek bir kapama etkisi söz konusu olmayacaktır. Giriş engellerinin düşük olup olmaması bir ölçüde toptancılık çeşidine bağlıdır, şöyle ki; toptancılar anlaşma konusu tek bir ürünü (örneğin dondurma) satarak etkin (kârlı) olabiliyorlarsa sağlayıcı kolayca kendi dağıtım sistemini kurabilecektir. Ancak toptancılık bir ürün grubunu (örneğin dondurulmuş gıda ürünleri) satarak ancak etkin (kârlı) hale gelebiliyorsa bu takdirde sağlayıcının tek bir ürünü satmak için toptancılık sistemi kurması kârlı olmayacaktır. Bu durumda ise hakim durum seviyesinin altında bile rekabetçi sorun ortaya çıkabilecektir. Ayrıca yukarıda bahsedilen giriş engelleri söz konusu iken bazı sağlayıcıların mevcut toptancıların önemli bir bölümünü bağlamaları durumunda da bir birikimli etki söz konusu olabilecektir.

(131) Toptan ticaret seviyesine göre perakende seviyede pazar kapama etkisinin ortaya çıkması olasılığı daha fazladır. Zira giriş engelleri sağlayıcıların kendi ürünleri için perakende mağaza açamayacakları kadar yüksektir. Ayrıca perakende seviyesindeki rekabet etmeme yükümlüğü mağaza içi rekabetin önlenmesi yoluyla markalar arası rekabetin kısıtlanmasına neden olur. Bu nedenle perakende seviyesinde nihai ürünler bakımından hakim durumda olmayan bir sağlayıcı ilgili pazarın %30'undan fazlasını bağlarsa önemli bir rekabet sorunu ortaya çıkabilir. Hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından tek marka anlaşmaları ile pazarın küçük bir bölümü bağlanmış olsa bile ilgili pazardaki rekabet kısıtlanabilir. Hakim durum seviyesi arttıkça pazarın rakiplere kapanma riski de artacaktır⁸.

(132) Perakende seviyesinde birikimli bir pazar kapama etkisi de ortaya çıkabilir. Teşebbüslerden hiç birinin pazar payı % 40'ın üzerinde değil ve toplam bağlı pazar payı %50'nin altında ise birikimli bir etki görülmeyecek ve dolayısıyla muafiyetin geri alınması söz konusu olmayacaktır. Anılan rakamlar giriş engelleri, rakiplerin sayısı gibi faktörler dikkate alındığında yükselebilir. Teşebbüslerden birinin pazar payı %40'ın üzerinde ancak bu teşebbüs hakim durumda değil ise ve toplam bağlı pazar payı %40'ın altında ise birikimli kapama etkisi ihtimal dahilinde değildir.

(133) Alıcının sağlayıcıya ait veya alıcı ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerden sağlayıcı tarafından kiralanmış tesis ve arazilerde faaliyet gösterdiği hallerde her ne kadar bir kapama etkisi ortaya çıksa bile ilişkinin doğası gereği hakim durum seviyesi altında önemli bir rekabetçi sorunun ortaya çıkmayacağı söylenebilir.

(134) Bazı sektörlerde tek bir yerde birden fazla marka satmak zor ya da hukuken imkansız⁹ olabilir, bu durumda pazar kapama etkisi sözleşme süreleri sınırlandırılarak hafifletilebilir.

(135) Alıcının daha iyi teklifleri sağlayıcıya bildirmesi ve sağlayıcının aynı şartları sağlayamaması durumunda alıcının daha iyi teklif verenin şartlarını kabul etmesine izin verilmesi olarak adlandırılan "İngiliz Şartı", özellikle alıcının daha iyi teklif vereni açıklamasının zorunlu olduğu hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı etkiyi doğurabilir. Bu şart, ayrıca pazardaki şeffaflığı artırarak sağlayıcılar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı işbirliğini artırabilir. İngiliz şartı aynı zamanda miktar zorlama işlevi de görebilir. Miktar zorlama rekabet etmeme yükümlülüğünün zayıf bir halidir. Buna göre, sağlayıcı ile alıcı arasında anlaşmaya varılan teşvikler veya zorlamalar alıcının satın alımlarının önemli bir kısmını sağlayıcıdan yapmasına yol açar. Miktar zorlama, asgari miktarda satın alım şartı veya doğrusal olmayan fiyatlandırma örnekleri olan miktar indirim planları, sadakat indirim planları veya iki parçalı tarife (sabit ücret artı her birim başına ücret) gibi şekiller alabilir. Miktar zorlama anlaşmaları rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer ancak daha zayıf şekilde pazar kapama etkisine yol açar.

(136) Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabetin kısıtlandığı durumlarda Kanun'un 5. maddesindeki koşullar dikkate alınarak muafiyet değerlendirilmesi yapılır. Rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından yapılan değerlendirmede ilgili etkinlik artışları özellikle dikkate alınır.

⁸ Rekabet Kurulunun 22.4.2005 tarihli, 05-27/317-80 sayılı; 10.9.2007 tarihli, 07-70/863-326 sayılı; 10.09.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı; 15.5.2008 tarihli, 08-33/421-147 sayılı kararları.

⁹ Örneğin, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile bayilere tek marka satma zorunluluğu getirilmiştir.

(137) Sağlayıcı tarafından müşteriye özgü yatırım yapılması durumunda yatırımın amortisman süresi bakımından rekabet etmeme ve miktar zorlaması hükümleri Kanun'un 5. maddesindeki koşulları taşıyabilir. İlişkiye özgü yatırımların yüksek olması halinde beş yılı aşan bir rekabet yasağı haklı görülebilir. İlişkiye özgü yatırım örneğin sağlayıcı tarafından ekipmanların kurulması veya uyarlanması olabilir. Bu ekipmanların sonradan sadece bir alıcı için üretilecek parçalarda kullanılması gerekmektedir. Genel veya pazara özgü (fazla) kapasite yatırımları normal olarak müşteriye özgü yatırım değildir. Bununla birlikte bir sağlayıcının özellikle belirli bir alıcının faaliyetleri ile bağlantılı yeni bir kapasite yaratması müşteriye özgü yatırım olarak değerlendirilebilir. Örneğin metal kutular üreten bir şirket bir gıda üreticisinin metal kutu tesisinde veya bu tesisin yanında yeni bir kapasite yaratırsa ve bu yeni kapasite sadece bu müşteriye satış yaptığı zaman ekonomik olarak var olabiliyorsa, müşteriye özgü yatırım vardır denebilir.

(138) Sağlayıcının alıcıya kredi veya ilişkiye özgü olmayan ekipman sağladığı durumda bu ilişki kendi başına pazarı kapama etkisine muafiyet sağlanmasını haklı göstermez. Bir ürün sağlayıcısının bir bankaya göre kredi sağlamasının daha ekonomik olduğu sermaye piyasasının sığılığı ve/veya yetersizliği halleri sınırlıdır. Sermaye piyasası sığılığının olduğu ve dolayısıyla sağlayıcının kredi vermesinin daha etkin olduğu durumda verilen kredi karşılığındaki rekabet etmeme yükümlülüğü ancak alıcının bu hükmü herhangi bir cezai şartla karşılaşmadan feshetmesini ve kalan borcunu istediği zaman ödemesini engellemediği ölçüde haklı görülebilecektir. Bu durum, kredinin geri ödemesinin eşit veya azalan taksitlerle yapılandırılması, zamanla artırılmaması ve alıcının sağlayıcı tarafından verilen ekipmanları piyasa değerinden satın alabilmesi anlamına gelir. Yeni bir dağıtım noktasının kurulması halinde satışlar belli bir seviyeye ulaşıncaya kadar borcun ödemelerinin bir veya iki yıl geciktirilmesinin mümkün olabilmesi bu tür bir kredi yapılandırmasına örnek verilebilir.

(139) Bir know-how devri genellikle, franchise anlaşmalarında olduğu gibi arz (tedarik) anlaşmasının süresi boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesini haklı gösterebilir.

(140) Hakim durum seviyesinin altında, rekabet etmeme şartıyla tek elden dağıtımın birlikte varlığı rekabet etmeme yükümlülüğünü anlaşma süresi kadar haklı gösterebilir. Bu durumda rekabet etmeme yükümlülüğü, tek elden dağıtıcının kendi bölgesi içindeki dağıtım çabalarını iyileştirmesine katkıda bulunur.

Rekabet Yasağı Örneği

(141) Türkiye pazarında bir gör-al (impulse) tüketici ürününde % 45 pazar payı ile pazar lideri bir teşebbüs olduğunu varsayalım. Bu firma ürünlerinin %80'ini bağlı perakendeciler vasıtasıyla satmaktadır (bağlı pazar payı % 36). Bahse konu anlaşmalar en azından dört yıl boyunca perakendecilerin sadece pazar liderinden mal almasını zorunlu tutmaktadır. Bu teşebbüs özellikle nüfusun yoğun olduğu şehirlerde oldukça güçlü durumdadır. 10 rakibinden bazıları sadece yerel olarak faaliyet göstermektedir ve en büyük rakibinin pazar payı ise %12'dir. Rakip teşebbüsler pazarın sadece %10'una bağlı perakendeciler aracılığıyla mal satmaktadır. Pazarda yoğun marka ve ürün farklılaştırması bulunmaktadır. Marka lideri en güçlü markalara sahiptir ve sadece kendisi düzenli ulusal reklam kampanyaları yapmaktadır. Bağlı perakendecilerine ürünlerinin teşhiri için özel kabinler sağlamaktadır.

(142) Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde ilgili pazarın toplam %46'sı (%36+%10) potansiyel rakiplere ve bağlı perakendecileri olmayan mevcut firmalara kapalı durumdadır. Potansiyel rakipler için nüfus yoğunluğunun fazla olduğu bölgelere girmek ayrıca daha zordur (rakipler de özellikle bu bölgelere öncelikle girmeyi tercih edeceklerdir). Ayrıca güçlü marka ve ürün farklılaştırmasından ve ürünün fiyatına göre görece yüksek araştırma maliyetinden dolayı mağaza içi rekabetin yokluğu ilave tüketici refahı kaybına yol açacaktır.

(143) Pazar lideri nokta münhasırlığının taşıma maliyetlerini düşürdüğünü, kabinlerine yönelik vazgeçme problemini önlediğini ve dolayısıyla etkinlik artışı yarattığını iddia edebilir. Ancak söz konusu etkinlik iddiaları sınırlıdır ve rekabet üzerindeki olumsuz etkiyi dengelemede yeterli değildir. Zira taşıma maliyetleri münhasırlıkla ilişkili olmayıp daha ziyade miktarla ilişkilidir. Ayrıca kabinler özel bir know-how içermemektedir ve markaya özgü de değildir. Sonuç olarak bu örnekte muafiyet şartları sağlanmamış olmaktadır.

Miktar Zorlaması Örneği

(144) %45 pazar payına sahip bir üretici X, ürünlerinin %70'ini yeniden satıcılar yoluyla satmaktadır ve bu yeniden satıcılarla tüm ihtiyaçlarının %75'ini ürettiği üründen almaları konusunda anlaşma akdetmiştir. Bu anlaşma karşılığında X çok iyi koşullarda finansman ve ekipman sağlamaktadır. Anlaşmaların süresi beş yıl olup borcun geri ödemeleri eşit taksitler yoluyla öngörülmektedir. Öte yandan alıcı ilk iki yıldan sonra altı aylık bildirim süresine uymak, kalan borcu kapatmak ve ekipmanları piyasa değerinden satın almak koşuluyla anlaşmayı feshetme imkânına sahiptir. Beş yıllık sürenin sonunda anılan ekipmanlar alıcının mülkiyetine geçmektedir. Rakiplerin sayısı çoğu küçük olmak üzere 10 tanedir ve en büyüğünün pazar payı %20'dir. Çoğu rakip işletmeler de farklı süreli benzer anlaşmalar ile faaliyet göstermektedir. %10 pazar payının altındaki üreticiler sıklıkla daha uzun süreli ve fesih şartları daha ağır anlaşmalar yapmaktadır. Üretici X'in sözleşmeleri alıcıları ihtiyaçlarının %25'ini rakiplerden sağlama konusunda özgür bırakmaktadır. Son üç yılda iki yeni üretici pazara girmiş toplam %8 pazar payı elde etmişlerdir. Bu pazar payının bir kısmını anlaşma karşılığında yeniden satıcıların geri ödemelerini devralarak sağlamışlardır.

(145) Üretici X'in bağlı pazar payı $(0,75 \cdot 0,7 \cdot 0,45)$ yaklaşık %24'tür. Diğer üreticilerin bağlı pazar payı ise %25'tir. Dolayısıyla, toplamda pazarın %49'u temin sözleşmeleriyle en azından ilk iki yıl için potansiyel rakiplere ve bağlı noktalara sahip olmayan mevcut rakiplere kapanmış durumdadır. Pazar, yeniden satıcıların bankalardan kredi temin etme konusunda zorluklar yaşadığı ve yeniden satıcıların hisse senedi çıkarmak gibi başka yollardan sermaye sağlamak için de çok küçük olduğu bir özellik göstermektedir. Ayrıca, üretici X, satışlarını az sayıda yeniden satıcıya yoğunlaştırmanın kendisine daha iyi planlama olanağı sağladığını ve ulaşım maliyetlerinden tasarruf sağladığını gösterebilmektedir. X'in sözleşmelerindeki bağlı olmayan %25'lik satış olanağı, sözleşmelerin önceden fesih edilebilmesi imkânının bulunması, yeni üreticilerin son yıllarda pazara girmiş olmaları ve pazarın yaklaşık yarısının bağlanmamış olması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde üretici X'in miktar zorlaması niteliğindeki sözleşmelerinin muafiyet koşullarını taşıması mümkün gözükmemektedir.

9.5.2.2. Münhasır (Tek Elden) Dağıtım

(146) Bir tek elden dağıtım anlaşmasında sağlayıcı belli bir bölgede yeniden satış için ürünlerini tek bir dağıtıcıya satmayı taahhüt eder. Aynı zamanda dağıtıcının münhasır olarak oluşturulmuş diğer bölgelere yapacağı aktif satışlar sınırlandırılır. Tek elden dağıtım anlaşmalarında rekabet açısından muhtemel risk esas olarak azalan marka içi rekabet ve fiyat ayrımcılığını kolaylaştırabilen pazar paylaşımıdır. Sağlayıcıların tamamı veya önemli bir kısmı münhasır dağıtım sistemini uyguladığında bu durum hem sağlayıcı hem de dağıtıcılar seviyesinde rekabeti kısıtlayıcı işbirliğini (collusion) kolaylaştırabilir.

(147) Münhasır dağıtım, beş yıllık süreyi aşmayan rekabet etmeme yükümlülüğü, miktar zorlaması veya tek elden satın alma gibi rekabet sınırlamaları ile birlikte uygulansa bile, sağlayıcının pazar payı %40'ı aşmadığı sürece Tebliğ'den otomatik olarak yararlanır. Münhasır dağıtım ve seçici dağıtımın birlikte uygulandığı dağıtım sistemleri ise diğer bölgelere yapılan aktif satışlar kısıtlanmadığı sürece Tebliğ'den yararlanmaktadır. Sağlayıcının pazar payının %40'ı aştığı münhasır dağıtım anlaşmalarında bireysel değerlendirmeler için aşağıdaki hususlar yol gösterici olacaktır.

(148) Sağlayıcının ve rakiplerin pazardaki konumu bu değerlendirmede öncelikli faktör olarak yer almaktadır. Zira marka içi rekabetin azalması markalar arası rekabetin sınırlı olduğu durumda rekabetçi açıdan problemlili olacaktır. Sağlayıcının pazar gücü yükseldikçe marka içi rekabetteki azalma daha ciddi sorun yaratacaktır. % 40'lık eşiğin aşıldığı durumda marka içi rekabetin önemli lde azalması riski söz konusu olabilir. Marka içi rekabetteki azalmanın gerçek etkinlik artışları ile dengelenmesi durumunda muafiyet tanınabilecektir.

(149) Rakiplerin pazardaki konumu iki açıdan önemli olabilir. Gcl rakiplerin varlığı genellikle marka içi rekabetteki azalmanın yeterli markalar arası rekabet ile dengelenebildiği anlamına gelir. Ancak rakiplerin sayısı az ve pazardaki konumları, pazar payları, kapasiteleri ve dağıtım ağları açısından birbirine benzer ise rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği riski vardır. Marka içi rekabetteki azalma, özellikle birçok sağlayıcının tek bir dağıtıcıyı münhasır olarak atadığı çoklu münhasır dağıtıcılıkta, bu riski de artırabilecektir. Eğer bir dağıtıcıya iki veya daha fazla birbirine yakın ve önemli rakip ürünü aynı bölgede dağıtma konusunda münhasırlık verilmişse, markalar arası rekabet önemli lde sınırlanabilecektir. Çoklu dağıtıcı tarafından dağıtılan markaların birikimli pazar payı yükseldikçe, işbirliği riski de yükselecek ve markalar arası rekabet de o oranda azalacaktır. Sağlayıcıların pazar payları Tebliğ'de belirtilen eşiğin altındaysa, bu gibi birikimli etkiler bu anlaşmaların Tebliğ'den yararlanmasına son verilmesine neden teşkil edebilecektir.

(150) Sağlayıcının yeni dağıtıcılar kurmasını ve/veya alternatif dağıtıcılar bulmasını engelleyebilecek olan giriş engelleri, münhasır dağıtımın olası rekabeti sınırlayıcı etkilerinin değerlendirilmesinde daha az önem taşımaktadır. Diğer sağlayıcılara pazarın kapatılması ancak münhasır dağıtımın tek marka sınırlaması ile birlikte kullanıldığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Zira bu durumda bir ürünü belli bir bölgedeki tek dağıtıcısı aynı zamanda örneğin rekabet yasağından dolayı rakip ürün de satmayabilecektir. Ancak bu yöndeki değerlendirmede tek marka sınırlamalarına ilişkin olarak yukarıda söylenenler yol gösterici olacaktır.

(151) Eğer münhasır dağıtım sistemi uygulayan sağlayıcı, aynı pazarda çok sayıda dağıtıcıyı münhasır dağıtıcı olarak atamışsa ve bu dağıtıcılara ađ dışındaki dağıtıcılara yönelik satış sınırlaması getirilmemişse, diğer dağıtıcılara pazarın kapatılması problemi ortaya çıkmaz. Ancak alım gücünün ve alt pazarda pazar gücünün varlığında özellikle münhasır dağıtıcının çok geniş bir bölge için tüm pazarda tek alıcı olduğu durumda diğer dağıtıcılara pazarın kapatılması söz konusu olabilir. Türkiye gıda perakendeciliği pazarında bir süpermarket zincirinin önde gelen bir sağlayıcının tek dağıtıcısı olması bu duruma örnek olarak verilebilir. Diğer dağıtıcılara pazarın kapatılması sorunu çoklu münhasır dağıtıcılığın varlığı halinde daha da büyüyecektir. Her bir sağlayıcının pazar payları Tebliğ'de belirtilen eşiğin altındaysa böyle bir durum, bu anlaşmaların Tebliğ'den yararlanmasına son verilmesine neden teşkil edebilecektir.

(152) Münhasır dağıtım düzenlemeleri muhtemelen farklı bölgelerde bulunan önemli alıcılar tarafından bir veya birkaç sağlayıcıya empoze edilmiş ise, alım gücü alıcılar tarafından da işbirliğine gitme riskini artırabilir.

(153) Münhasır dağıtımın rekabetçi bakış açısıyla değerlendirilmesinde pazarın doygunluğu da önemlidir. Şöyle ki, marka içi rekabetteki azalma ve fiyat ayrımcılığı doygun pazarlarda daha ciddi bir risk doğurabilecekken talebin hızlı büyüdüğu, teknolojinin ve pazar koşullarının hızlı değiştiiği piyasalarda bu risk daha az olacaktır.

(154) Bu analizde ticaretin seviyesi, olası olumsuz etkiler toptan seviye ile perakende seviyede farklılaşacağından dolayı önem kazanmaktadır. Münhasır dağıtım esas olarak nihai ürün ve hizmetlerin sunumunda uygulanmaktadır. Marka içi rekabetteki azalma özellikle perakende seviyesinde geniş münhasır bölgelerin varlığı halinde daha yüksektir. Çünkü nihai tüketiciler bilinen önemli bir markanın yüksek fiyat/kaliteli hizmet ve düşük fiyat/düşük hizmet seviyesini sağlayan dağıtıcı arasında bir seçim yapma olanağını daha az bulabileceklerdir.

(155) Bir üretici toptancı seviyesinde bir dağıtıcıya çok geniş bölgeler tahsis etse bile (örneğin Türkiye çapında sadece iki münhasır dağıtıcı atadığı durum), üretici hakim durumda değil ise, dağıtıcı perakendecilere ürünleri herhangi bir sınırlama olmadan satabiliyorsa, rekabetin hissedilir derecede etkilenmesi olasılığı bulunmamaktadır. Toptancı seviyesinde marka içi rekabetteki olası azalmalar lojistik, promosyon ve benzeri alanlardaki etkinlik artışları ile kolayca dengelenebilecektir.

(156) Tek elden dağıtımın tek marka sınırlamaları ile beraber getirilmesi halinde pazarın diğer sağlayıcılara kapatılması özellikle küçük bölgelere sahip münhasır dağıtıcıların yoğun bir ađ oluşturmaları veya birikimli etki durumunda söz konusu olabilir. Bu da yukarıda tek marka başlığı altındaki prensiplerin uygulanmasını gerekli kılar. Ancak söz konusu bileşim önemli bir pazar kapamaya yol açmadığı sürece bu sınırlamaların birlikte kullanılması münhasır dağıtıcının belirli bir markaya yoğunlaşmasını teşvik ederek rekabeti artırıcı olabilir. Dolayısıyla pazar kapamanın söz konusu olmadığı durumlarda, anlaşma süresi boyunca rekabet yasağı ile münhasır dağıtımın birlikte kullanılması, özellikle toptancı seviyesinde muafiyetten yararlanılabilmesine imkân verecektir.

(157) Tek elden dağıtım ile tek elden satın almanın birlikte kullanılması marka içi rekabetin azalmasına ve özellikle fiyat ayrımcılığını kolaylaştıracak pazar paylaşma riskinin artmasına sebep olabilir. Münhasır dağıtım zaten dağıtıcıların sayısını

sınırlayarak müşterilerin arbitraj yapma imkânını kısıtlamakta ve genellikle distribütörlerin aktif satış yapma özgürlüğünü sınırlamaktadır. Tek elden satın alma münhasır dağıtıcıların belirli bir marka için satın alımlarını doğrudan üreticiden yapmasını gerektirmektedir. Tek elden satın alma yükümlülüğü bu şekilde münhasır dağıtıcıların sistem içindeki diğer dağıtıcılardan mal almalarını engelleyerek olası arbitraj imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu sağlayıcıya farklı satış koşulları uygularken marka içi rekabeti sınırlama olanağı verir. Sağlayıcının pazar payının %40'ın üzerinde olduğu durumda bu sınırlamaların birlikte kullanılmasına muafiyet verilebilmesi açık ve esaslı etkinlik artışlarının varlığına bağlıdır.

(158) Ürünün niteliği tek elden dağıtımın olası rekabeti bozucu etkilerinin değerlendirilmesi bakımından önemli değildir. Ancak tek elden dağıtımın rekabeti önemli ölçüde sınırladığı tespit edildikten sonra, ürünün niteliği olası etkinlik artışlarına yönelik tartışmada önem kazanabilecektir.

(159) Tek elden dağıtım, özellikle dağıtıcının yaptığı yatırımların korunması veya marka imajının oluşturulması gereken durumlarda etkinliklere yol açabilir. Genellikle yeni ürünler, karmaşık ürünler, tüketicinin kalitesini tüketimden önce belirlemesinin zor olduğu tecrübe ürünler veya tüketimden sonra dahi kalitesinin değerlendirilmesi zor olan ürünler bakımından etkinlik durumu güçlü bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Oligopolistik Pazarda Çoklu Satıcılık Örneği

(160) Bir nihai ürün için ulusal pazarda pazar payları yaklaşık %20'şer olan dört teşebbüs vardır. Söz konusu teşebbüsler ürünlerini perakende seviyesinde münhasır dağıtıcılar yoluyla satmaktadır. Dağıtıcılara (perakendeciler) münhasır bölge olarak şehrin tamamı veya büyük şehirlerde şehrin belirli bir bölgesi verilmiştir. Birçok bölgede söz konusu dört firma aynı perakendeciye (çoklu satıcı) kullanmaktadır. Pazarın kalan %20'sinde ise küçük yerel üreticiler bulunmakta olup, bunların en büyüğünün pazar payı %5'dir. Bu yerel üreticiler ürünlerini diğer perakendeciler yoluyla satmakta, zira lider firmalarla çalışan perakendeciler bu az bilinen ve marka gücü olmayan üreticilerin ürünlerini satmakta isteksiz davranmaktadırlar. Pazarda önemli bir marka ve ürün farklılaştırması bulunmaktadır. Dört üretici, ülke düzeyinde ürünleri için reklam kampanyaları yapmakta iken, yerel üreticiler için bu söz konusu değildir. Pazar stabil (durağan) bir yapı göstermektedir. Ayrıca pazarda önemli bir teknolojik ve ürün bazında yenilik söz konusu değildir. Ürün görece basit bir üründür.

(161) Bu tür bir oligopolistik pazarda dört firma arasında rekabeti sınırlayıcı işbirliği olasılığı vardır. Bu risk firmaların dağıtımda aynı satıcıları kullanması (çoklu satıcılık) ile daha da artacaktır. Bölgesel münhasırlık ile marka içi rekabet de sınırlanmış olmaktadır. Her bir bölgede dört markanın fiyatını da perakendeci belirlediğinden dört üretici arasındaki rekabet perakende seviyesinde azalacaktır. Çoklu satıcılık durumunda, bir üretici fiyatını düşürdüğünde perakendeci bu fiyat düşüşünü tüketiciye yansıtmayacaktır. Bunun nedeni, üreticinin o markadaki fiyatını düşürmesi durumunda diğer markalardaki satışı ve dolayısıyla kârının da azalacak olmasıdır. Dolayısıyla üreticilerin fiyat rekabetine girme güdüsü azalacaktır. Markalar arası rekabet sadece düşük marka bilinirliğine sahip yerel üreticilerle olacaktır. Ürünün nispeten basit olması ve dolayısıyla ürünün yeniden satışı için özel bir yatırım veya eğitim gerekmemesi ve ürün için gerekli reklam faaliyetlerinin de üretici tarafından yapılması nedenleriyle bu çoklu satıcılık sistemi için olası etkinlik artışları sınırlıdır.

(162) Yukarıdaki durumda dört firma da pazar payı eşiğinin altında olmasına rağmen Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet koşulları sağlanmadığından, bu anlaşmalardan muafiyetin geri alınması söz konusu olabilecektir.

9.5.2.3. Münhasır Müşteri Tahsisi

(163) Münhasır müşteri tahsisi anlaşmasında sağlayıcı ürünlerini belirli bir müşteri grubuna yeniden satış amacıyla yalnızca tek bir dağıtıcıya satmayı kabul eder. Aynı zamanda dağıtıcı da çoğunlukla diğer münhasır müşteri tahsisi yapılmış müşteri gruplarına aktif satış yapmaktan men edilmiştir. Söz konusu sınırlamadan ortaya çıkabilecek olası rekabet riski marka içi rekabetin zayıflaması ve fiyat ayrımcılığına yol açabilecek pazar paylaşımıdır. Sağlayıcıların önemli bir kısmı ya da tamamı tarafından münhasır müşteri tahsisi anlaşması uygulanması durumunda hem dağıtıcı hem de sağlayıcı seviyesinde rekabeti sınırlayıcı işbirliği riski kolaylaşacaktır.

(164) Münhasır müşteri tahsisi sağlayıcının pazar payının %40 eşiğini aşmadığı hallerde rekabet etmeme, miktar zorlama ya da münhasır satın alma gibi rekabet sınırlamaları ile birleşse dahi Tebliğ tarafından muaf tutulmuştur. Münhasır müşteri tahsisinin seçici dağıtım ile beraber uygulanması durumu açıkça Tebliğ kapsamı dışında bırakılmış bir ihlaldir, zira atanmış dağıtıcılar tarafından son kullanıcılara yapılan aktif satışların sınırlandırılmasına genellikle izin verilmez. Pazar payı eşiğinin aşılması durumunda bu Kılavuz'da belirtilen özel hükümler dahilinde bir değerlendirme yapılır.

(165) Münhasır müşteri tahsisi doğası gereği arbitrajı zorlaştırır. İlave olarak her bir atanmış dağıtıcının kendi müşteri sınıfı bulunduğundan atanmamış dağıtıcılar böyle bir sınıfın içine girmiyorlarsa ürün bulmakta güçlük çekeceklerdir. Bu durum da, atanmamış dağıtıcılar tarafından arbitraj yapılma olasılığını azaltır. Bu bağlamda %40 pazar payı eşiğinin üzerindeki teşebbüslerin münhasır müşteri tahsisi anlaşmalarının değerlendirilmesinde açık ve esaslı etkinlik doğurucu etkilerin varlığı oldukça önem kazanır. Anılan etkinlik artışı yoksa bireysel muafiyet de söz konusu olmayacaktır.

(166) Münhasır müşteri tahsisi esas olarak ara mallarla ve ürünle ilgili farklı özel istekleri olan müşteri gruplarının ayrılabilirdiği hallerde toptancı seviyesindeki nihai ürünlerle ilgili olarak uygulanır.

(167) Münhasır müşteri tahsisi özellikle, dağıtıcıların kendi müşteri sınıfında yer alan teşebbüslerin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için özel uzmanlığa ve know-how'a yatırım yapmaya ihtiyaç duyulduğu hallerde etkinlik yaratacaktır. Bu yatırımların geri dönme süresi, münhasır müşteri tahsisi anlaşmasının süresinde belirleyici role sahiptir. Genellikle bu durum yeni ve karmaşık ürünler ile ürünlerin münferit kullanıcıların ihtiyaçlarına uyarlanmasının gerektiği durumlarda ağırlık kazanır. Belirlenebilir farklı ihtiyaçlar ürünlerin farklı türde profesyonel alıcılara satıldığı ara mallarda daha olasıdır. Nihai tüketicilerin münhasıran tahsisinin herhangi bir etkinliğe yol açması pek mümkün değildir ve bu nedenle de muafiyet olasılığı son derece düşüktür.

Münhasır Müşteri Tahsisi Örneği

(168) Teşebbüs binalara yerleştirilen yangın söndürme amaçlı sofistike bir su serpme sistemi geliştirmiştir. Teşebbüs hali hazırda su serpme pazarında %45 pazar payına sahiptir. Bu yeni ürünü satmaya başladığında eski üründe %20 pazar payına sahiptir.

Yeni teknoloji ürünü monte edilmesi, sistemin kullanılacağı binanın türüne bağlı olarak farklılaşmaktadır (ofis, kimya fabrikası, hastane gibi). Teşebbüs serpmeye sistemlerinin satılması ve kurulumu için bir kaç dağıtıcı atamıştır. Her bir dağıtıcının çalışanlarını belirli türdeki müşterilerin su serpmeye sistemlerinin yerleştirilmesindeki genel ve özel gereksinimler için eğitmesi gerekmektedir. Teşebbüs uzmanlaşmayı sağlayabilmek için münhasır müşteri sınıflarının her birine bir dağıtıcı atamış ve her bir dağıtıcıya diğer dağıtıcıların müşteri gruplarına yönelik bir aktif satış yasağı getirmiştir. Beş yıl sonunda aktif satış kısıtlaması ortadan kalkacak ve tüm dağıtıcılar her bir müşteri grubuna satış yapabilecekler ve böylelikle münhasır müşteri tahsisi sona ermiş olacaktır. Bundan sonra sağlayıcı da yeni dağıtıcılara satış yapmaya başlayacaktır. Pazar, son zamanlarda iki yeni girişin gerçekleştiği ve teknolojik gelişmelerin yaşandığı dinamik bir pazardır. %25 ile %5 arasında pazar paylarına sahip rakipler de kendi ürünlerini geliştirmektedir.

(169) Bu örnekte, münhasırlığın sınırlı süreli olması ve dağıtıcıların yaptıkları yatırımı geri almasına ve ticareti öğrenmek için öncelikli satış çabalarını belirli bir müşteri grubuna yoğunlaştırmalarına yardımcı olması ve dinamik bir pazar yapısında rekabeti sınırlayıcı etkilerin sınırlı olması gerekçeleriyle muafiyet koşullarının gerçekleşmiş olması mümkündür.

9.5.2.4. Seçici Dağıtım

(170) Seçici dağıtım anlaşmaları, münhasır dağıtım anlaşmaları gibi bir yandan yetkili dağıtıcıların sayısını ve diğer yandan yeniden satış olanaklarını sınırlar. Münhasır dağıtım ile arasındaki fark, satıcıların sayısının sınırlandırılmasının bölge sayısına bağlı olmayıp ürünün niteliğine bağlı olarak belirlenen seçim kriterlerine bağlı olmasıdır. Bir diğer fark ise, yeniden satışa yönelik kısıtlamanın münhasır bölgelere aktif satışların kısıtlanması şeklinde değil de, yetkili olmayan dağıtıcılara her türlü satışın sınırlandırılması şeklinde olmasıdır. Diğer bir ifade ile bu anlaşma türünde yalnızca atanmış dağıtıcılara ve son müşterilere satış serbesttir. Seçici dağıtım hemen hemen her zaman markalı nihai ürünlerin dağıtımını için kullanılır.

(171) Seçici dağıtım durumunda ortaya çıkması olası rekabet riskleri, marka içi rekabetin azalması ve özellikle birikimli etki durumunda belirli tipteki dağıtıcılara pazarın kapatılması ve sağlayıcılar ya da dağıtıcılar arasındaki rekabeti sınırlayıcı işbirliğine yardımcı olmasıdır. Rekabeti sınırlayıcı muhtemel etkilerinin değerlendirilmesinde nicel seçici dağıtım ile nitel seçici dağıtım arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Tam anlamıyla nitel seçici dağıtımda dağıtıcılar, satış personelinin eğitilmesi, verilen hizmet, belirli ürün yelpazesinin satılması gibi ürünün niteliği gereği objektif kriterlere dayalı olarak seçilir. Bu kriterlerin uygulanması dağıtıcıların sayısını doğrudan kısıtlamaz. Saf nitel seçici dağıtım genellikle aşağıdaki üç koşulu karşılaması halinde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurmadığından Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında kabul edilir. Bunlardan ilki, ilgili ürünün niteliği, kalitenin korunması ve uygun kullanımının temini için, bir seçici dağıtım sisteminin gerekli olması, diğer bir ifade ile ürünün niteliği gereği meşru bir gereklilik durumunun bulunması gerekir. İkincisi, yeniden dağıtıcılar kalite temelli objektif kriterlere göre seçilmelidir. Bu kriterler tüm potansiyel yeniden satıcılar için yeknesak bir şekilde ve ayrımcılıktan uzak olarak uygulanmalıdır. Üçüncüsü, uygulanan kriterler gerekli olandan daha fazla olmamalıdır. Nicel seçici dağıtım ise, örneğin asgari ya da azami satış miktarı şartı ya da satıcıların sayısının doğrudan tespit edilmesi gibi doğrudan

satıcıların potansiyel sayısını sınırlayan ilave bir takım kriterlerin kullanıldığı bir sistemi ifade eder.

(172) Nitel ve nicel seçici dağıtım anlaşmaları %40 pazar payı eşiğine kadar, rekabet etmeme ya da münhasır dağıtım gibi bir takım ağır olmayan sınırlamalarla birleşmesi durumunda dahi, yetkili dağıtıcıların birbirleri arasındaki ve bunların son kullanıcılara yapacakları aktif satışların kısıtlanmaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilir. Tebliğ ile ürünün niteliğine bakılmaksızın seçici dağıtım ağına muafiyet tanınır. Diğer taraftan ürünün niteliğinin seçici dağıtımını gerektirmediği durumlarda seçici dağıtım sistemi marka içi rekabetteki azalmayı dengelemeye yetecek ölçüde etkinlik ortaya çıkarmaz. Seçici dağıtım anlaşmasının Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde muafiyetin geri alınması söz konusu olacaktır. Sağlayıcının pazar payının %40'ı aştığı veya paralel ağlardan kaynaklanan bir birikimli etkinin olduğu seçici dağıtım anlaşmalarında aşağıdaki hususlar yol gösterici olacaktır.

(173) Marka içi rekabetin azalması sadece markalar arası rekabetin az olduğu durumlarda sorun yaratacağından sağlayıcı ve rakiplerinin pazardaki konumları olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerin değerlendirilmesinde esas öneme sahiptir. Sağlayıcının gücü arttıkça marka içi rekabetteki azalma daha büyük sorun haline gelir. Bir diğer önemli faktör ise pazardaki seçici dağıtım sistemi ağlarının sayısıdır. İlgili pazarda hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından uygulanan nicel seçici dağıtım normal koşullarda net olumsuz etki yaratmaz. Şu kadar ki; sözleşme konusu ürünler nitelikleri gereği seçici dağıtımını gerektirmeli ve kriterler, ilgili ürünün etkin bir şekilde dağıtılması için gerekli olmalıdır.

(174) Rakiplerin pazardaki durumu iki açıdan önemlidir ve özellikle birikimli etki analizinde önemli bir rol oynar. Güçlü rakipler, marka içi rekabetteki azalmanın yeterli markalar arası rekabet ile kolayca dengelenebileceğinin göstergesidir. Ancak pazarda yer alan sağlayıcıların önemli bir bölümünün seçici dağıtımını uyguladığı durumda marka içi rekabette önemli bir azalma olacaktır ve belirli türdeki dağıtıcılara pazarın kapatılması riski doğacak ve aynı zamanda bu sağlayıcılar arasındaki rekabeti sınırlayıcı işbirliği riski artacaktır. Seçici dağıtımda, yetkili olmayan dağıtıcılara satış yasaklandığından pazarın etkin dağıtıcılara kapanma olasılığı, münhasır dağıtıma göre daha yüksektir. Bu sistem yetkisiz dağıtıcıların malı elde etmelerini imkânsız kıldığından seçici dağıtıma kapalı bir karakter vermektedir. Bu kapalı dağıtım sistemi üreticilerin ve dağıtıcıların kârlarından feda ederek fiyatlarını aşağı çekme yönündeki isteklerini azaltmaya neden olabilir.

(175) Seçici dağıtımdan kaynaklanan paralel ağların her birinin Tebliğ'den yararlandığı hallerde, eğer birikimli etki söz konusu ise Kurul'un çıkaracağı bir Tebliğ ile muafiyeti geri alması mümkündür. Ancak pazardaki tüm seçici dağıtım sistemlerinin pazardaki kapsama oranı %50'nin altında ise birikimli etkinin ortaya çıkma ihtimali yoktur. Kapsama oranı %50'nin üzerinde olsa bile eğer en büyük beş sağlayıcının pazar payı (CR5) %50'nin altında ise yine sorun çıkması ihtimali bulunmamaktadır. Hem CR5 hem kapsama oranı %50'nin üzerinde ise yapılacak değerlendirme en büyük beş sağlayıcının seçici dağıtım sistemi uygulayıp uygulamadığına göre değişir. Seçici dağıtımını uygulamayan rakiplerin gücü arttıkça, diğer dağıtıcılara pazarın kapanması riski azalır. Eğer beş büyük sağlayıcının tamamı seçici dağıtımını uyguluyorsa, rekabet sorunu, özellikle nicel seçim kriteri uygulayarak yetkili satıcıların sayısını sınırlayan seçici dağıtım anlaşmaları bakımından ortaya çıkabilir. Eğer seçici dağıtım sistemleri

ilgili ürünü özellikle fiyat indirimleri uygulayarak başarılı bir şekilde satabilecek olan yeni dağıtıcıların pazara girişini önleyorsa ve böylece mevcut kanalların lehine ve nihai tüketicilerin aleyhine dağıtımını sınırlandırıyor ise Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir muafiyet söz konusu olmayacaktır. Saf nitel seçim kriteri ile satıcıya getirilen yıllık belli bir asgari satın alma miktarına ulaşma hedefine yönelik yükümlülüğün birleşmesinde olduğu gibi daha dolaylı nicel seçici dağıtım formlarının net olumsuz etkiler doğurma ihtimali zayıftır. Ancak söz konusu yıllık satın alma hedefi olarak tespit edilen miktar satıcının ilgili ürün çeşidinden olan ürünlerdeki yıllık toplam satışlarının önemli bir bölümünü oluşturmamalı ve sağlayıcının ilişkiye özgü yatırımlarının geri dönüşünü temin etme ve/veya dağıtımda ölçek ekonomilerine ulaşma amaçlarını aşmamalıdır. %5 pazar payının altındaki sağlayıcıların genellikle birikimli etkiye önemli bir katkı yapmayacağı düşünülmektedir.

(176) Giriş engelleri esas olarak, yetkili olmayan satıcılara pazarı kapamayı amaçlar. Genelde giriş engelleri seçici dağıtım sisteminin markalı ürün üreticileri tarafından uygulandığı durumlarda önem kazanır. Sistem dışında kalan dağıtıcıların kendi markalarını yaratmaları veya başka markalı ürün bulmaları zaman alır.

(177) Alım gücü, alıcılar arasında rekabeti sınırlayıcı işbirliği riskini artırır. Bu yüzden seçici dağıtımın rekabeti sınırlayıcı etkilerine ilişkin analizi önemli ölçüde değiştirir. Daha etkin perakendecilere pazarın kapatılması durumu özellikle, güçlü bir alıcılar organizasyonunun sağlayıcı üzerine, kendi üyelerini koruyacak şekilde dağıtımını sınırlayan seçim kriterleri empoze ettikleri hallerde ortaya çıkar.

(178) Tebliğ'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre sağlayıcı, doğrudan veya dolaylı olarak belirli rakip üreticilere ait malların satılmasına engel olacak yükümlülükler getiremez. Bu koşul özellikle belli başlı sağlayıcıların seçici dağıtım anlaşmalarıyla, belli markaları dışarıda bırakacak şekilde rekabeti sınırlayıcı yatay bir işbirliğine gitmelerini engellemek amaçlıdır.

(179) Pazarın diğer sağlayıcılara kapatılması sorunu normalde, diğer sağlayıcılar da aynı dağıtıcıları kullanabildiği müddetçe, bir başka deyişle seçici dağıtım tek marka grubu ile birlikte kullanılmadıkça ortaya çıkmayacaktır. Seçici dağıtım ağının yaygın olarak kullanıldığı pazarlarda veya birikimli etkinin söz konusu olduğu durumlarda, seçici dağıtım ile rekabet etmeme şartının birleşmesi, pazarın rakip sağlayıcılara kapanması sorununu doğurabilir. Bu durumda tek marka anlaşmalarına ilişkin bu Kılavuz'da belirtilen kıstaslar uygulanır. Seçici dağıtım rekabet etmeme şartı ile birleşmemiş olsa dahi, eğer belli başlı sağlayıcılar sadece saf nitel ölçütler uygulamakla kalmayıp aynı zamanda satıcılar üzerine asgari satış oranına ulaşma taahhüdü ya da asgari raf payı ayırma gibi bir takım ilave kısıtlamalar yüklüyorlarsa, pazarın sağlayıcılara kapatılması sorunu yine gündeme gelebilir. Seçici dağıtımın kapsama oranı %50'nin altında ise veya bu oran aşılsa bile en büyük beş sağlayıcının pazar payı toplamı %50'nin altındaysa böyle bir sorunun ortaya çıkması olasılığı düşüktür.

(180) Pazarın doygunluğu da seçici dağıtıma yönelik değerlendirmede önem kazanmaktadır. Marka içi rekabetin azalması ve pazarın sağlayıcılara ve dağıtıcılara kapanması ihtimali doygun pazarlarda daha ciddi bir risk oluşturabilirken talebin büyüdüğü, teknolojinin ve pazar konumlarının değiştiği pazarlarda bir sorun teşkil etme olasılığı daha azdır.

(181) Seçici dağıtım, ölçek ekonomileri sayesinde lojistik maliyetlerde tasarrufa yol açması durumunda, ürünün niteliğine bağlı olmaksızın bir etkinlik doğurur. Ancak bu seçici dağıtım sistemlerinde marjinal bir etkinliktir. Dağıtıcılar arasında bedavacılık sorununu çözmeye veya marka imajının yaratılmasına yardım etmede ürünün niteliği çok önemlidir. Genellikle yeni ürünler, kompleks ürünler, tüketimden önce ürünün kalitesinin anlaşılamadığı ürünler ve tüketimden sonra dahi ürünün kalitesinin anlaşılamadığı ürünler bakımından bu durum daha güçlüdür. Seçici dağıtım ile münhasır dağıtımın birleşmesi halinde bunu uygulayan sağlayıcının pazar payının %40'dan fazla olması ya da birikimli etki hallerinde, bölgeler arasındaki aktif satışlar serbest olsa dahi Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabetçi sorun yaratabilir. Böyle bir bileşim istisnai olarak, şayet yetkili satıcılar tarafından yapılan esaslı ve ilişkiye özgü yatırımların korunması için gerekli ise muafiyet koşullarını karşılayabilir.

(182) Rekabeti en az kısıtlayıcı sınırlamanın seçildiğinden emin olmak için, aynı etkinliklerin örneğin sadece hizmet zorunluluğu getirerek kıyaslanabilir bir maliyetle elde edilip edilemeyeceği de değerlendirilir.

Nicel Seçici Dağıtım Örneği

(183) Dayanıklı tüketim mallarından birini üreten pazar lideri konumundaki A markası ürünlerini seçici dağıtım sistemi ile dağıtmaktadır. A'nın pazar payı %45'tir. Seçici dağıtım ağına kabul için aranan birkaç şart bulunmaktadır: Mağazanın eğitilmiş personel ile faaliyette bulunması ve satış öncesi hizmet sunması gereklidir. Bunlara ilave olarak, mağazada ürünün ve ilgili ürüne benzer ileri teknoloji ürünlerinin satışına tahsis edilmiş bir bölüm bulunmalı, mağazada sağlayıcının ürünleri geniş bir yelpazede satılmalı ve ürünler mağazada tüketicilerin dikkatini çekecek şekilde sergilenmelidir. Ayrıca, dağıtım ağına kabul edilebilecek satıcı sayısı her bir ilgili şehirdeki nüfus sayısına göre azami bir satıcı sayısı ile sınırlandırılmıştır. Üretici A'nın altı rakibi bulunmaktadır ve en büyük üç rakibi olan B, C ve D'nin pazar payları sırasıyla %20, %15 ve %10'dur. A seçici dağıtım uygulayan tek teşebbüstür ve A'nın dağıtıcıları bazı rakip malları da dağıtmaktadır. Bunun yanı sıra A'nın seçici dağıtım ağına dâhil olmayan diğer dağıtıcılar yaygın bir şekilde rakip malları satmaktadırlar. B ve C markaları, A'nın seçici dağıtım ağının çoğunda ve ayrıca yüksek kalitede hizmet sunan diğer bazı satıcılarda ve hipermarketlerde de satılmaktadır. D markası ise yüksek kalitede hizmet sunan satıcılar tarafından satılmaktadır. Bu pazarda teknoloji çok hızlı ilerlemekte olup, ana sağlayıcılar reklam vasıtası ile güçlü bir ürün imajı oluşturmuşlardır.

(184) Bu pazarda seçici dağıtımın kapsadığı pazar oranı %45'dir ve bu sistem markalar arası rekabeti doğrudan etkilememektedir. A markasının seçici dağıtım sistemi marka içi rekabeti kısıtlamakla beraber benzer kalitedeki B ve C malları tüketiciler tarafından düşük hizmet ve düşük fiyat kombinasyonu ile pazarda elde edilebilir durumdadır. Seçici dağıtım sistemi içindeki dağıtıcıların rakip markaları satması sınırlanmamıştır ve A markasını satabilecek dağıtıcıların sayısal olarak sınırlandırılmış olması nedeniyle, diğer yüksek hizmet kalitesi sunan dağıtıcılar rakip markaları dağıtmakta serbest bırakılmış olmaktadır. Dolayısıyla diğer markalar için bir pazar kapama etkisi söz konusu değildir. Anılan nedenlerle, A'nın seçici dağıtım sistemi marka içi rekabeti sınırlı seviyede kısıtladığından söz konusu seçici dağıtım sisteminin muafiyet koşullarını karşılaması mümkündür.

Seçici Dağıtımda Birikimli Etki Örneği

(185) Belirli spor malzemeleri pazarında faaliyet gösteren %25, %20, %15, %15 %10, %8 ve %7 pazar paylarına sahip yedi üretici bulunmaktadır. En büyük beş üretici ürünlerini nicel seçici dağıtım vasıtasıyla dağıtırken diğer iki üretici farklı dağıtım sistemlerini kullanmaktadır. Böylece seçici dağıtım sistemi pazarın %85'ini kapsamaktadır. Üreticiler arasında seçici dağıtım ağlarına giriş kriterleri büyük ölçüde aynıdır. Mağazaların kalifiye eleman kullanmaları ve satış öncesi hizmet sunmaları gerekmektedir. Mağaza içinde bu malların satışına tahsis edilmiş özel bir bölüm (uzmanlık alanı) bulunmalıdır ve bu bölümün asgari büyüklüğü önceden belirlenmiştir. Mağazanın ilgili ürünleri geniş bir yelpazede satması ve bunları tüketiciye çekici gelecek şekilde sunması gerekmektedir. Ayrıca mağazanın ticari hayatın yoğun olduğu caddede faaliyet göstermesi ve mağazada bu türde ürünlerin satışının toplam cironun %30'u kadar olması gerekmektedir. Genel olarak aynı satıcı bu beş üreticinin seçici dağıtım sistemi içinde bulunmaktadır. Seçici dağıtım sistemini kullanmayan diğer iki marka ise genellikle ve daha az uzmanlaşmış perakendecilerde daha düşük hizmet seviyesi ile satılmaktadır. Pazar hem arz hem de talep bakımından durağandır ve pazarda güçlü bir marka imajı ve ürün farklılaştırması vardır. Pazarın en büyük beş üreticisinin reklam ve sponsorluk vasıtasıyla elde edilmiş güçlü marka imajları vardır. Buna karşın diğer iki üretici güçlü marka imajı olmaksızın ucuz ürün stratejisi uygulamaktadır.

(186) Bu pazarda ucuz fiyatla ürün satan satıcıların beş üreticinin dağıtım ağına girmeleri engellenmiştir. Gerçekten, bu tip ürünlerin satışının toplam satışlar içerisindeki payının %30 olma şartı ve satış öncesi hizmet verme yükümlülüğü bir çok indirimli satış yapan satıcının yetkili satıcılar ağının dışına çıkmasına neden olmuştur. Sonuç olarak tüketicilerin seçim hakkı kısıtlanmıştır, zira bu beş markadan birini kaliteli ve pahalı hizmet sunan mağazalardan almak zorundadırlar. Bu durum söz konusu beş marka arasındaki markalar arası rekabetin azalmasına neden olmaktadır. İki küçük markanın ürünlerinin düşük kaliteli ve ucuz ürün sunan mağazalardan alınabilecek olması bu durumu dengeleyemez, çünkü bu beş markanın marka imajları çok daha iyidir. Markalar arası rekabet ayrıca çoklu satıcılık ile sınırlandırılmamış olmasına rağmen seçici dağıtım ağına kabul koşulları her bir bölgede beş büyük markanın az sayıda perakendecisi olmasını sağlayacak şekilde katıdır.

(187) Bu nicel seçici dağıtımda bulunabilecek etkinlikler oldukça düşüktür: Ürün kompleks bir nitelikte olmadığından yüksek kaliteli hizmeti haklı göstermemektedir. Üreticiler seçici dağıtım ağlarından doğan açık ve net etkinliklerin varlığını gösteremedikleri sürece tüketiciye yüksek fiyatlar ve daha az seçenek sunulmasına neden olan birikimli etki nedeniyle grup muafiyetin geri alınması gerekebilir.

9.5.2.5. Franchise Anlaşmaları

(188) Franchise anlaşmaları, malların veya hizmetlerin dağıtımında kullanılacak olan, özellikle marka, işaret gibi fikri haklarla ve know-how'la ilgili lisanslar içerirler. Fikri hak ve know how lisanslarına ek olarak franchise veren genellikle sözleşme süresinde franchise alan ticari ve teknik yardım sağlar. Lisanslar ve yardımlar franchise paketinde iş metodunun tamamlayıcı parçalarıdır. Bu unsurlar karşılığında franchise alan tarafından franchise verene bir franchise ücreti ödenir. Franchising, franchise verenin sınırlı bir yatırımla ürünleri için yeknesak bir dağıtım ağı kurmasını mümkün

kılar. İş metodu ile ilgili hükümlere ek olarak franchise anlaşmaları genellikle dağıtılan ürünle ilgili olarak özellikle seçici dağıtım ve/veya, rekabet etmeme ve/veya münhasır dağıtım veya bunların daha zayıf formlarıyla ilgili çeşitli dikey sınırlamaların bileşimlerini de içerir.

(189) Fikri hak ve know-how lisansı veren franchise anlaşmalarının Tebliğ tarafından kapsanmasına ilişkin esaslar, Kılavuz'un ilgili bölümünde belirtilmiştir. Franchise anlaşması içindeki mal ve hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin seçici dağıtım, rekabet etmeme ya da tekelden dağıtım gibi dikey sınırlamalarla ilgili olarak %40'a kadar pazar payı olan franchise veren veya onun tarafından atanmış sağlayıcılara Tebliğ uygulanır. Bu tip sınırlamalar bakımından daha önce yapılmış olan açıklamalar aşağıdaki açıklamalara tabi olarak franchise anlaşmalarına da uygulanır.

(i) Know-how devrinin önemi arttıkça, dikey sınırlamanın muafiyet şartlarını karşılaması daha kolaylaşır.

(ii) Franchise alanın satın aldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak rekabet etmeme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün franchise ağının ortak kimliğini ve prestijini korumak bakımından gerekli olduğu hallerde Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, rekabet etmeme şartının süresi de, franchise anlaşmasının süresini aşmadığı takdirde 4. madde kapsamında bir sorun yaratmayacaktır.

Franchise Anlaşması Örneği

(190) Üretici teşebbüs, tüketicinin istekleri doğrultusunda şekerlerin renklendirilebildiği eğlence dükkanı da denilen yerlerde şeker satışında yeni bir format geliştirmiştir. Şekerlerin üreticisi ayrıca şekere renk veren bir makine geliştirmiştir. Üretici aynı zamanda şekerleri renklendiren sıvıya da üretmektedir. Bu sıvıların tazeliği ve kalitesi, şeker üretiminde hayati bir rol oynamaktadır. Üretici tamamı kendi mülkiyetinde olan ve aynı unvan ve aynı eğlenceli imajla (aynı tarzda dükkanlar ve ortak reklam gibi) birkaç dükkanda şekerlerinin satışında başarılı olmuştur. Satışını arttırmak amacıyla franchise sistemini başlatmıştır. Franchise alanlar şekerleri, sıvıyı ve renklendirme makinesini franchise verenden almak, aynı ticari marka ve aynı imaj altında faaliyet göstermek, franchise ücreti ödemek, ortak reklam harcamalarına katkıda bulunmak, franchise veren tarafından sağlanan faaliyete yönelik olarak işin gizliliğini korumak yükümlülükleri altındadır. Buna ek olarak franchise alanlar yalnızca kendilerine gösterilen binada (tesiste) satış yapabilecek olup, sadece son tüketicilere veya diğer franchise alanlara satış yapabilecek ve diğer şekerleri satmayacaklardır. Franchise veren, sözleşme konusu bölgeye yeni franchise vermeyecek ve kendisi de bu bölgede perakende dükkânı açmayacaktır. Franchise veren ayrıca ürünlerini, ticari görünümünü ve işletim sistemini geliştirmek ve bunları perakende franchise alanlara vermek yükümlülüğü ile karşı karşıyadır. Franchise anlaşmasının süresi 10 yıldır.

(191) Şeker perakendecileri şekerlerini ya yerli üreticilerden ya da yerli üreticilerin şekerlerini de satan ithalatçı toptancılardan almak durumundadırlar. Bu pazarda franchise verenin şekerleri diğer şekerler ile rekabet halindedir. Franchise veren, perakende şeker pazarında %45 pazar payına sahiptir. Rekabet yerli ve yabancı üretici firmalar arasında gerçekleşmekte ve bunların bazıları çok çeşitli gıda üretimi yapmaktadırlar. Tütün satan noktalar, genel gıda perakendecileri, kafeteryalar ve yalnızca şeker üzerine satış yapan dükkanlar olmak üzere potansiyel şeker satıcıları

bulunmaktadır. Gıdaları renklendiren makine pazarında franchise verenin pazar payı %10'dur.

(192) Franchise anlaşmasındaki yükümlülüklerin çoğunluğunun fikri hakların korunması ve franchise ağının ortak kimliğinin ve ürünün korunması açısından gerekli olduğu ve bu sebeple söz konusu kısıtlamaların Kanun'un 4. maddesinin kapsamının dışında kaldığı söylenebilir. Satışlara ilişkin kısıtlamalar (sözleşme bölgesi, seçici dağıtım), franchise alanın renklendirme makinelerine ve franchise sistemine yatırım yapmasını teşvik eder ve zorunlu olmasa bile en azından ortak kimliğin korunmasına yardımcı olur ve bu da marka içi rekabetteki azalmayı dengeler. Anlaşma süresince rekabet etmeme şartı, franchise verenin satış noktalarındaki yeknesaklığı korumasına yardım eder ve rakiplerinin ticari isminden yararlanmasının önüne geçer. Diğer şeker üreticileri ise çok sayıda potansiyel satış noktası bulmakta zorluk çekmedikleri sürece, piyasa kapama etkisi ortaya çıkmaz. Bu tür bir franchise anlaşmasının, Kanun'un 5. maddesi bağlamında muafiyetten yararlanması mümkün görünmektedir.

9.5.2.6. Tek Alıcıya Sağlama

(193) Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü Tebliğ'in 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satış amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Söz konusu bent istisnai bir dağıtım sınırlamasını belirtmektedir. Sözleşmeyle sağlayıcının belirli bir nihai ürünü Türkiye içinde sadece bir alıcıya sattığı hükme bağlanmaktadır. Ara mal veya hizmetler için ise, tek alıcıya sağlama Türkiye içinde sadece bir alıcının var olduğu veya Türkiye'de spesifik bir amaçla bu malı kullanan bir tek alıcının bulunduğu anlamına gelir. Ara mal veya hizmetler bakımından tek alıcıya sağlama genellikle endüstriyel temin olarak anılmaktadır.

(194) Tebliğ'in 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde tanımlandığı şekilde tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü içeren dikey anlaşmalar Tebliğ'in 2. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince alıcının pazar payının % 40'ı aşmaması ve bu Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla şartıyla grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Pazar payı eşliğinin aşıldığı durumlarda aşağıdaki değerlendirmeler teşebbüsler açısından yol gösterici olabilecektir.

(195) Tek alıcıya sağlamada asıl rekabet riski diğer alıcılara pazarın kapatılmasıdır. Alıcının diğer alıcıların temin kaynağına girişini engelleyen tek alıcıya sağlama yükümlülüğü getirebilmesinin değerlendirilmesinde üst satın alım pazarındaki pazar payının önemli olduğu açıktır. Bununla birlikte alıcının alt pazardaki konumu, bir rekabet sorununun ortaya çıkıp çıkmamasının değerlendirilmesinde önemli bir faktördür. Şayet alıcı alt pazarda bir pazar gücüne sahip değilse, o zaman tüketiciler açısından dikkate değer bir olumsuz etkilerin ortaya çıkması beklenmeyebilir. Öte yandan anılan olumsuz etkiler ancak alıcının alt pazarda ve üst alım pazarında %40'ın üzerinde olduğu durumlarda beklenebilir. Alıcının üst pazardaki payı %40'ı aşmıyor olsa bile, özellikle alıcının alt pazardaki pazar payı %40'ın üzerinde olduğu durumda hala önemli ölçüde bir kapama etkisi ortaya çıkabilir. Bu durumda da muafiyetin geri alınması gerekebilir. Bir teşebbüsün alt pazarda hakim durumda olması halinde, ürünleri sadece veya esas olarak hakim durumda olan alıcıya satmaya ilişkin bir yükümlülük kolayca rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilir.

(196) Tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün değerlendirilmesinde alıcının alt ve üst pazarlarındaki konumunun yanı sıra bu yükümlülüğün süresi ve kapsamı da önemlidir. Bağlanmış arz (temin) payı yükseldikçe ve tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün süresi uzadıkça kapama etkisinin ortaya çıkma olasılığı da artacaktır. Hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından yapılan ve beş yıldan daha kısa süreli olan tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalar, rekabeti artırıcı ve bozucu etkilerin arasında bir dengelemeyi gerektirir. Beş yıldan daha uzun süreli anlaşmalarda çoğu yatırımlar iddia edilen etkinliklere ulaşmak için gerekli olmaz veya bu etkinlikler tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmaların kapama etkilerini dengelemekte yeterli değildir.

(197) Üst pazarda rakip alıcıların konumları da önemlidir. Zira rakip alıcılar eğer pazarı kapatan alıcıya göre önemli ölçüde küçüklerse, maliyetlerini artırmak gibi rekabeti kısıtlayıcı nedenlerle rakip alıcılara pazarın kapatılması olasılık dâhilindedir. Rakip alıcıların benzer alım gücüne sahip olmaları ve sağlayıcılara benzer satış olanakları sunmaları durumunda rakip alıcılara pazarın kapatılması söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda pazar kapama etkisi sadece potansiyel alıcı için söz konusu olabilir. Şöyle ki; pazardaki belli başlı alıcıların tamamının sağlayıcıların büyük bir çoğunluğu ile bu tip anlaşmalar yapmaları pazar kapama etkisi yaratabilir. Bu yönde bir birikimli etki münhasırlığın geri alınmasına yol açabilir.

(198) Gerçek bir kapama etkisinin olup olmadığının değerlendirilmesinde sağlayıcı seviyesindeki giriş engelleri önemlidir. Rakip alıcılar için mal veya hizmetleri kendilerine üst pazarda dikey entegrasyon yoluyla sağlamak etkin ise, kapama etkisinin rekabet sorunu yaratması olası değildir. Ancak uygulamada sıklıkla önemli giriş engellerinin var olduğu görülmektedir.

(199) Sağlayıcıların karşı gücü önemlidir. Zira büyük sağlayıcılar kendilerinin alternatif alıcılardan mahrum bırakılmalarına kolayca izin vermezler. Dolayısıyla pazar kapama riski esas olarak zayıf sağlayıcıların ve güçlü alıcıların olduğu hallerde söz konusudur. Güçlü sağlayıcıların olduğu bir durumda tek alıcıya sağlama yükümlülüğü rekabet etmeme yükümlülüğüyle birlikte bulunabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte getirilme durumunda Kılavuz'daki tek marka için getirilen kurallar uygulanır. Her iki tarafın da ilişkiye özgü yatırım yaptığı durumda; karşılıklı münhasırlık içeren sektörel arz anlaşmaları gibi her iki sınırlamanın birlikte uygulanması hakim durum seviyesinin altında genellikle haklı görülebilir.

(200) Son olarak ticaretin seviyesi ve ürünün niteliği pazar kapama bakımından önemli faktörlerdir. Ara mallarda veya ürünün homojen olduğu hallerde pazar kapama ihtimali daha azdır. İlk olarak belirli bir girdiyi kullanan kapatılmış bir üretici genellikle müşterilerinin talebine cevap vermede, markanın önemli rol oynadığı nihai tüketicinin talebine cevap vermeye göre toptancı veya perakendeciden daha fazla esnekliğe sahiptir. İkinci olarak, farklı sınıf ve kalitede olan heterojen bir ürüne göre homojen bir üründe kapatılmış bir alıcı için olası temin kaynaklarından birini kaybetmek daha az önemlidir.

(201) Hakim durum seviyesinin altında homojen ara mallar bakımından anlaşmalardaki rekabet kısıtlarının muafiyet alabilmesi mümkündür. Giriş engellerinin olduğu nihai markalı ürünler veya farklılaştırılmış ara mallar bakımından rakip alıcılar pazarı kapatan alıcı ile karşılaştırıldığında görece daha küçüklerse, kapatan alıcı alt

pazarda hakim durumda olmasa bile tek alıcıya sağlama yükümlülüğü rekabeti olumsuz etkileyebilir.

(202) Rekabeti kısıtlayan etkiler tespit edilmişse, teşebbüs hakim durumda olmadığı sürece muafiyet mümkündür. Vazgeçme sorununun olduğu hallerde etkinliğin ortaya çıkması beklenebilir ve bu nihai mallara göre ara mallar bakımından daha muhtemeldir. Diğer etkinlik durumları olasılığı ise daha azdır. Dağıtımda olası ölçek ekonomisinin varlığının tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü haklı göstermesi pek mümkün gözükmemektedir.

(203) Vazgeçme sorununun varlığı halinde ve hatta dağıtımda ölçek ekonomisi bulunması durumunda, asgari arz zorunluluğu gibi sağlayıcıya yüklenen miktar zorlamaları daha az sınırlayıcı bir alternatif olabilir.

Tek Alıcıya Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Örnek

(204) Belirli bir tipteki tamamlayıcı parça pazarında (ara ürün pazarında) sağlayıcı A alıcı B ile, kendi know-how'ı ile yeni makinelerle önemli yatırım yaparak ve alıcı B'nin temin edeceği spesifikasyonların yardımı ile bu parçanın yeni versiyonunu geliştirmeyi kabul etmiştir.

(205) B yeni parçayı birleştirebilmek için önemli bir yatırım yapmak zorundadır. A söz konusu parçayı ilk pazara sürüldüğü tarihten itibaren beş yıl boyunca sadece alıcı B'ye sağlayacaktır. B de aynı süre içerisinde yeni ürünü sadece A'dan alacaktır. Hem A hem de B parçanın diğer versiyonlarını başka yerlerden almaya ve başka yerlere satmaya devam edeceklerdir. Alıcı B'nin hem üst pazardaki parça pazarında hem de alt nihai ürün pazarındaki pazar payı %45'in biraz üzerindedir. Parça üreten sağlayıcının pazar payı ise % 35'tir. Parça pazarında %20-25 civarında pazar payı olan iki tane daha sağlayıcı ve bunların dışında birkaç tane küçük sağlayıcı bulunmaktadır.

(206) Önemli miktarda yatırım yapıldığı dikkate alınarak, etkinlik yaratılması ve sınırlı kapama etkisi nedeniyle anlaşmanın muafiyet koşullarını taşıması mümkündür. % 35 pazar payına sahip bir parça üreticisinin ürettiği belirli bir versiyonda diğer alıcılara pazar kapatılmış durumdadır. Ancak benzer yeni ürünleri geliştirebilecek diğer üreticiler de pazarda bulunmaktadır. Alıcı B'nin talebinin diğer sağlayıcılara (üreticilere) kapatılması ise pazarın en fazla %45'i ile sınırlıdır.

(207) Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü doğrudan veya dolaylı olarak sağlayıcının sadece tek bir alıcıya satması halini içerir. Sağlayıcıya getirilen miktar zorlaması ise sağlayıcının satışlarında alıcıya yoğunlaşmasını sağlamak için alıcı ile sağlayıcı arasında kabul edilmiş teşviklere dayanmaktadır. Bu çerçevede sağlayıcı üzerine getirilmiş miktar zorlaması tek alıcıya sağlama yükümlülüğü ile benzer ancak daha hafif etkilere sahiptir. Miktar zorlamasının değerlendirilmesinde üst pazarda diğer alıcılara pazarın kapatılması derecesi dikkate alınır.

9.5.2.7. Bağlama

(208) Sağlayıcının bir ürünün satışında farklı bir ürünün kendisinden veya kendi belirlediği bir başkasından satın alınması koşulu getirmesine bağlama denir. Birinci ürün bağlayan ürün diğeri ise bağlanan üründür. Bağlama yükümlülüğü hakim durum söz konusu olduğu zaman 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma olarak nitelendirilebilir. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi, rakip sağlayıcılar

arasında bir ürünün satışının farklı bir ürünün de satın alınmasına bağlandığı yatay anlaşmalara uygulanır. Bağlama ayrıca bağlanan ürün açısından tek marka türü bir yükümlülüğe yol açmışsa bu takdirde Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bir dikey sınırlama da oluşturabilir. Sadece bu son durum Kılavuz'da ele alınmaktadır.

(209) Bir ürünün ayrı bir ürün olup olmadığının değerlendirilmesinde öncelikle alıcıların talebi dikkate alınır. Bağlamanın olmadığı durumda alıcıların gözünde ürünler iki ayrı pazardan satın alınabilecek ise, söz konusu iki ürün ayrı birer üründür. Örneğin, müşteriler bağcıkla ayakkabıyı birlikte satın almak isteyeceklerinden, ayakkabı üreticisi için ayakkabı ile birlikte bağcıkları da temin etmesi ticari bir teamüldür. Dolayısıyla ayakkabının bağcıkla birlikte satılması bir bağlama değildir. Ürünün niteliği bir ürünün diğer ürün olmaksızın satışını teknik olarak zorlaştırdığı durumlarda bu uygulama kabul edilebilir niteliktedir.

(210) Bağlamanın rekabet üzerindeki asıl olumsuz etkisi bağlanan üründe pazarın kapatılma riskidir. Bağlama bağlanan ürün bakımından alıcıya en azından miktar zorlaması getirildiği anlamına gelir. Bağlanan ürün açısından bir de rekabet yasağı getirildiği durumda bağlanan ürün pazarında olası kapama etkisi artar. Bağlama ayrıca özellikle üç durumda rekabetçi fiyatın üstünde fiyatların oluşmasına neden olabilir. İlk olarak, alıcı bakımından bağlanan ürün ve bağlayan ürünün kısmen ikame edilebildiği durumdur. İkinci olarak, bağlayan ürünü kullanan müşteri bakımından bağlama fiyat ayrımcılığına olanak sağlar, örneğin mürekkep kartuşlarının fotokopi makinesi satışlarına bağlanması. Üçüncü olarak uzun süreli sözleşmelerde veya uzun değiştirilme süresi olan orijinal ekipmanlarla ilgili satış sonrası pazarlarda, müşteriler için bağlamanın sonuçlarının hesaplanması zor hale gelir. Son olarak, bağlama hem bağlayan hem de bağlanan ürün pazarlarında giriş engellerinin yükselmesine de yol açabilir.

(211) Bağlama yükümlülüğünü içeren dikey anlaşmalar Tebliğ'in 2. maddesinin ikinci fıkrası gereğince sağlayıcının pazar payı hem bağlanan ürün hem de bağlayan ürün bakımından % 40'ı aşmadığı takdirde ve Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Bağlama rekabet etmeme, bağlayan ürün bakımından miktar zorlama veya münhasır satın alma gibi diğer Tebliğ'de yasaklanmayan dikey sınırlamalarla birlikte kullanılabilir. Pazar payı eşliğinin aşıldığı bireysel durumlarda aşağıdaki değerlendirmeler teşebbüsler açısından yol gösterici olabilecektir.

(212) Sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki konumu olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerin değerlendirilmesi bakımından ana öneme sahiptir. Genelde bu tip bir anlaşma sağlayıcı tarafından empoze edilir. Sağlayıcının bağlayan ürün pazarındaki önemi alıcının bağlama yükümlülüğünü reddetmeyi zor bulmasının ana nedenidir.

(213) Sağlayıcının pazar gücünün değerlendirilmesinde bağlayan ürün pazarındaki rakiplerinin konumu önemlidir. Rakipler yeterince çok ve görece güçlü iseler rekabeti kısıtlayıcı etkiler beklenmeyebilir zira diğer sağlayıcılarda benzer yükümlülükler uygulamadıkları sürece alıcıların bağlayan ürünü bağlanan ürün olmaksızın alabilecekleri yeterli alternatifleri olacaktır. İlave olarak, bağlayan ürün pazarındaki giriş engelleri de sağlayıcının pazardaki gücünün tespitinde önemlidir. Bağlama bağlayan ürün için rekabet yasağı ile birlikte getirildiğinde, bu durum sağlayıcının konumunu önemli ölçüde güçlendirecektir.

(214) Alım gücünün varlığı önemlidir zira güçlü alıcılar muhtemel etkinlik artışlarının bir kısmını elde etmeden bağlamayı kabul etmeye kolayca zorlanamayacaklardır. Etkinlik artışına dayanmayan bağlama, alıcıların önemli bir alım gücüne sahip olmadıkları durumda bir risktir.

(215) Rekabeti bozucu etkiler tespit edildiğinde teşebbüs hakim durumda olmadığı sürece 5. maddeye göre muafiyetin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bağlama yükümlülükleri ortak üretimde ve ortak dağıtımda etkinliklerin ortaya çıkmasına yardımcı olur. Bağlanan ürünün sağlayıcı tarafından üretilmediği durumda, bağlanan üründen sağlayıcı yüksek miktarlarda alım yapacağından bir etkinlik artışı da doğabilir. Ancak bağlamanın muaf tutulabilmesi için maliyetlerdeki azalmanın bir kısmının tüketicilere yansıtıldığına gösterilmesi gerekir. Perakendeci bağlama uygulaması yapan sağlayıcı tarafından sunulan ürünleri veya benzerlerini aynı veya daha iyi koşullarda düzenli bir şekilde temin edebiliyorsa muafiyet söz konusu olmayacaktır.

(216) Bağlama belli bir yeknesaklığa ve kalite standardı sağlamaya yardım ediyorsa başka bir etkinlik artışı söz konusu olabilir. Bununla birlikte, bu olumlu etkilerin alıcıya asgari kalite standartlarına uyararak malları kullanması veya yeniden satması zorunluluğu getirildiğinde, bu malların sağlayıcıdan veya onun belirlediği bir kişiden alınması şartı getirilmeden etkin bir şekilde ortaya çıkmayacağına gösterilmesi gerekir. Asgari kalite standartlarına ilişkin yükümlülükler normalde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmeyecektir. Bağlayan ürünün sağlayıcısının alıcı üzerine alıcının bağlanan ürünü alması gerektiği sağlayıcılara yönelik bir yükümlülük koyması, örneğin asgari kalite standardına ilişkin formülasyonun mümkün olmadığı durumda, özellikle bağlayan ürün sağlayıcısının bağlanan ürünün sağlayıcısını tayin etmekte doğrudan (mali) bir menfaatinin olmadığı hallerde Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışında kalacaktır.

(217) Bağlamanın rekabetçi fiyatın üstünde fiyatlara neden olması kendi başına rekabeti bozucu sayılır. Kapama etkisi bağlanan ürün pazarında toplam satışlar içinde bağlı olan payın ne kadar olduğuna bağlıdır. Bu etkinin ne derecede önemli bir kapama etkisi yaratacağı sorusuna yönelik olarak, tek marka anlaşmalarına ilişkin değerlendirme burada da uygulanabilir. Kısmen de olsa tüketiciye yansıtılmış etkinlikler olmadığı sürece % 40 pazar payı eşliğinin üstünde muafiyet mümkün değildir. Bağlama, bağlayan veya bağlanan ürün bakımından rekabet etmeme yükümlülüğü ile birleştiğinde, muafiyet alınması olasılığı daha da azdır.

(218) Bağlama anlaşmasından etkinlik doğmamışsa veya ortaya çıkan etkinlikler tüketiciye yansıtılmamışsa grup muafiyetinin geri alınması söz konusu olabilecektir. Sağlayıcıların çoğunluğunun benzer bağlama anlaşmaları yaptığı ve muhtemel etkinlikleri kısmen de olsa tüketicilere yansıtılmadığı birikimli etki durumunda da muafiyetin geri alınması gündeme gelebilecektir.

9.5.2.8. Tavsiye Fiyatlar ve Azami Satış Fiyatının Belirlenmesi

(219) Sağlayıcının pazar payının % 40'ı aşmadığı hallerde ilgili bölümlerde vurgulandığı üzere tavsiye fiyat ve azami fiyat uygulaması grup muafiyeti kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Pazar payı eşliğinin aşılması ve grup muafiyetinin geri alınması ile ilgili bireysel olayların değerlendirilmesinde aşağıdaki açıklamalar yol gösterici olacaktır.

(220) Azami veya tavsiye fiyatlarda olası rekabet riski öncelikle azami ve tavsiye fiyatların yeniden satıcılar için referans olarak çalışması ve yeniden satıcıların çoğunluğu veya tamamı tarafından bu fiyatlara uyulmasıdır. İkinci olarak tavsiye ve azami fiyatların sağlayıcılar arasında işbirliğini kolaylaştırmasıdır.

(221) Azami veya tavsiye fiyat uygulamasının olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin değerlendirilmesinde en önemli faktör sağlayıcının pazardaki konumudur. Sağlayıcının pazardaki gücü arttıkça, azami veya tavsiye fiyatın yeniden satıcılar tarafından az veya çok yeknesak uygulaması riski artar zira yeniden satıcılar bunu referans (*focal point*) olarak kullanabilirler. Yeniden satıcılar böylesine önemli bir sağlayıcı tarafından önerilen fiyattan ayrılmayı zor bulabilirler. Bu şartlar altında azami ve tavsiye fiyat eğer fiyat seviyesinin yeknesak olarak uygulanmasına yol açıyorsa bu uygulamaların Kanun'un 5. maddesinin şartlarını taşıması mümkün değildir.

(222) Azami veya tavsiye fiyatın olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin değerlendirilmesinde ikinci önemli faktör rakiplerin pazardaki konumudur. Özellikle dar oligopol pazarlarda, azami veya tavsiye fiyatın yayımlanması veya kullanılması uygulaması tercih edilen fiyat seviyesinde bilgi değişimini ve daha düşük fiyatların uygulanma olasılığını azaltarak sağlayıcılar arasında işbirliğini kolaylaştırabilir. Bu gibi etkilere yol açan azami veya tavsiye fiyatlar Kanun'un 4. maddesini ihlal edebilir.

9.5.2.9. En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu

(223) En çok kayrılan müşteri (EKM) koşulunun kullanımı, rekabet açısından pazarda her zaman aynı sonuçları doğurmamaktadır. Bu koşulun pazardaki rekabete olumlu etki eden yönleri bulunmakla birlikte, rekabeti olumsuz yönde etkileyen tarafları da bulunmaktadır. Bu yüzden, EKM koşuluna ilişkin rekabet hukuku incelemelerinde, koşuldan yararlanan tarafın ve rakiplerin pazardaki konumuna, bu koşulun sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulun kendi karakteristik özelliklerine detaylı bir şekilde bakılması gerekmektedir. Bununla beraber, EKM koşulu içeren bir sözleşme ilke olarak, sözleşmede lehine bu koşul tesis edilen tarafın¹⁰ pazar payının %40'ı aşmadığı ve Tebliğ'de belirtilen diğer şartların sağlandığı durumda grup muafiyetinden yararlanabilir. Pazar payı eşliğinin aşıldığı durumda ise, bireysel değerlendirmeler için aşağıdaki örnekler yol gösterici olacaktır.”

(224) Örneğin, kayrılan alıcının her durumda daha avantajlı teklifler almasını sağlayan veya sağlayıcının, bu koşulun tarafı olmayan alıcılara indirim yapma maliyetini daha fazla artıran geriye dönük EKM koşulu¹¹, diğer koşullara göre rekabete çoğu zaman daha fazla zarar vermektedir. Bunun yanı sıra, EKM koşulu taraflarının (özellikle sözleşmede lehine bu koşul tesis edilen tarafın) pazardaki rakipleriyle karşılaştırıldığında, pazar gücüne sahip oldukları durumlarda, bu koşulların rekabete daha çok zarar verecekleri söylenebilecektir. Bu gibi durumlarda, bu koşullar, sözleşmenin tarafı olmayan rakiplerin dışlanmasına ve pazarın rakip teşebbüslere

¹⁰ EKM koşulu, geleneksel pazarlar ile çevrimiçi platformların söz konusu olduğu pazarlarda farklı değerlendirilebilmektedir. Örneğin geleneksel pazarlarda lehine bu koşul tesis edilen taraf alıcı olurken, çevrimiçi platformların söz konusu olduğu pazarlarda lehine bu koşul tesis edilen tarafın niteliği ilgili ürün pazarına göre sağlayıcı, alıcı veya aracı olabilmektedir. Bu nedenle 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından hangi tarafın pazar payının esas alınacağı belirtilmemiş, sözleşmede lehine bu koşul tesis edilen tarafın pazar payının esas alınacağı ifade edilmiştir.

¹¹ Geriye dönük (*retroactive*) EKM koşulu: Geçmiş dönemde EKM koşulu tarafı olmayan alıcılara önerilen daha düşük fiyatlarla, EKM koşulu tarafı olan alıcıya önerilen fiyat arasındaki farkın ilgili alıcıya ödenmesi anlamında kullanılmaktadır.

kapanmasına yol açabilir. Ayrıca yoğunlaşmış pazarlarda bu koşulların kullanılması, yoğunlaşmamış pazarlarda kullanımına göre daha çok endişe vericidir. Çünkü yoğunlaşmış pazarlarda bu koşulların tarafı olmayan rakip alıcıların alternatif sağlayıcı bulabilme olasılığı daha düşüktür. Buna ilaveten, pazarda EKM koşullarının kullanımının yaygınlaşması ve bu nedenle pazarın büyük bir bölümünün bu koşullara tabi kılınması durumunda, bu koşulların değerlendirilmesinde daha şüpheli bir yaklaşım benimsenmesi gerekmektedir. Çünkü bu koşulların, pazarda yaygın olarak kullanılmaya başlanması durumunda, koşulların doğurduğu rekabet karşıtı etkilerin kümülatif bir şekilde artması ve dolayısıyla rekabeti kısıtlaması olasılığı daha yüksektir.

(225) Öte yandan EKM koşullarının kullanılması, bazı durumlarda herhangi bir rekabetçi endişeye yol açmayabilir. Örneğin, bu koşulu içeren bir sözleşmenin her iki tarafının pazar gücünün olmadığı durumlarda, bu koşulların kullanılmasının rekabetçi endişe yaratma olasılığı düşüktür. EKM koşulu, pazar gücü olmayan küçük alıcılar tarafından kullanıldığında, bu alıcıların da pazardaki uygun fiyat ve koşullardan yararlanmasına imkân sağlandığından, pazardaki rekabete olumlu katkısının olacağı söylenebilir. Üst pazarın yoğunlaşma seviyesinin düşük olduğu, diğer bir deyişle, üst pazarın yeterince rekabetçi olduğu durumlarda, mevcut ve potansiyel rakipler başka alternatiflere yönelebileceğinden, rekabetçi zarar meydana gelmeyebilecektir. Pazarın şeffaf olmadığı durumlarda da EKM koşullarının pazarda uygulanıp uygulanmadığının takibi etkin bir şekilde yapılamadığından, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri görece olarak düşük olacaktır.

9.5.2.10. Diğer Dikey Sınırlamalar

(226) Yukarıda tanımlanan dikey sınırlamalar ve bunların bir arada kullanılmaları sadece örnek olarak verilmiştir. Bu Kılavuz'da doğrudan açıklaması yapılmamış diğer sınırlamalar ve bileşimleri de bulunabilir. Bu türdeki sınırlamalara ve bileşimlerine de pazar üzerindeki etkiler ön planda tutularak aynı genel ilkeler uygulanacaktır.