

REKABET HUKUKUNDA MUAFİYET REJİMİ:

Potansiyel Etki Analizinin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematikindeki Yeri

Alper KARAKURT *

Etkinlik artışının yanı sıra piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlama gücüne de sahip olan dikey anlaşmaların, rekabet hukukunun uygun enstrümanları ile düzenlenmesi, rekabetçi pazar yapısı açısından önemli bir husustur. Basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönleri nedeniyle tercih edilen grup muafiyeti sistemi, Türk rekabet hukukunda da en son uygulamaya konulan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile hayat bulmuştur. Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir. Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları değerlendirildiğinde; piyasadaki rekabeti önemli ölçüde sınırlama gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarından, yalnızca mevcut etkileri değil potansiyel etkileri de göz önünde bulundurularak grup muafiyetinin geri alındığı görülmektedir.

1. Giriş

Üretim düzeyinin sınırlandırılması, coğrafi ve ürün pazarlarının paylaşımı, kota ya da fiyatların belirlenmesi suretiyle ticaret şartlarını teşebbüsler lehine değiştiren kartel anlaşmalarının (OECD, 1998) piyasada yarattığı olumsuz etkinin nedeni, söz konusu anlaşmanın aynı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti orta-

* Rekabet uzmanı

dan kaldırmasıdır. Buna karşılık üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren üretici ve toptancı, sağlayıcı ve müşteri gibi teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar da, yatay anlaşmalar kadar olmasa da rekabeti kısıtlama gücüne sahiptirler. Bir taraftan etkin bir dağıtım sistemini temin ederken diğer taraftan piyasaya olası girişleri engelleyebilecek nitelikte olması nedeniyle iki yanı keskin bir bıçak olarak değerlendirilen dikey anlaşmaların bu yapısı (Green Paper, 1997:117), söz konusu anlaşma yapısının rekabet hukuku tarafından düzenlenmesini gerektirmiştir.

Tarihsel süreçte dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikası durağan değil, sürekli değişen ve değiştikçe olumlu yönde gelişme kaydeden bir rota takip etmiştir. Teknolojik ilerlemeler, piyasa yapısında ortaya çıkan farklılıklar, küresel rekabet ortamı dikey anlaşmaların, buna bağlı olarak rekabet hukukunun ve rekabet politikalarının da şekillenmesinde önemli rol oynamaktadır. Başta Avrupa Topluluğu ve Amerika olmak üzere çok sayıda ülkenin rekabet politikalarını etkileyen yukarıdaki genel unsurların yanı sıra her ülkenin kendine özel koşulları da bu süreçte büyük öneme sahiptir (Karakurt, 2005:1).

Dikey anlaşmaların rekabeti arttırıcı ve azaltıcı yönlerinin varlığı,¹ günümüzde söz konusu anlaşma türünün teorik olarak tek bir çatı altında olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır (Karakurt, 2005:1). Bu açıdan bakıldığında dikey sınırlamalara yönelik rekabet politikası, teorik boyutta her bir sınırlamayı kendi içinde değerlendirirken aynı zamanda basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönlerini de ihmal etmemelidir.² Bu da ancak dikey sınırlamaların, rekabeti olumsuz etkileme ihtimali olmayan bölümünün ayrıştırılarak önceden tespit edilmiş bir şablon çerçevesinde yüzeysel analize tabi tutulması, dikey anlaşmaların asıl rekabeti ilgilendiren kısmının ise bahsedilen yöntem dahilinde ayrıntılı incelenmesi ile mümkün olacaktır (Karakurt, 2005:32).

Yukarıda bahsedilen yaklaşım bizi, uygulama yönüyle dikey anlaşmaların grup muafiyeti sistemi olarak nitelendirilen şablon çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği noktasına getirmektedir. Bu bağlamda kale-

¹ Dikey anlaşmaların olumlu ve olumsuz etkileri için Bkz., EU Commission Notice (2000:103).

² Bkz., Boscheck (2000:28-29).

me alınan makalede öncelikle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) getirdiği sistemin dinamikleri analiz edilecektir. Sonrasında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) muafiyete ilişkin 5. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in muafiyetin geri alınmasını düzenleyen 6. maddesindeki hükümler irdelenecektir. Devamında grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreçte, potansiyel etki analizinin önemi teorik boyutuyla vurgulanacaktır. Grup muafiyetinin geri alındığı Rekabet Kurulu kararlarında potansiyel etki unsurunun yerinin belirlenmesi ise, uygulamaya ilişkin esasları anlamamıza yardımcı olacaktır.

2. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistemi

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, aynı maddede belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının, 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebilmesine imkan tanımaktadır. Madde'de söz konusu şartlar aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

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.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü paragrafında ise Rekabet Kurulu'na, yukarıdaki koşulları sağlayan anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve söz konusu koşulları belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi verilmiştir. Nitekim, Rekabet Kurulu da faaliyete geçtiği dönemde çıkarmış olduğu 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği,³ 1997/4

³ RG, 4.9.1997 t., 23100 S.

sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁴ ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁵ ile söz konusu Tebliğler’de öngörülen şartları sağlayan dikey anlaşmaları Kanun’un 4. maddesinin uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur.

Söz konusu grup muafiyeti Tebliğleri bir taraftan oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerirken, diğer taraftan dikey anlaşma kategorilerinden yalnızca bir kısmını kapsama almıştır. Bu sebeple ticari hayatta ortaya çıkan pek çok anlaşma türü (seçici dağıtım anlaşması gibi), 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi bağlamında rekabeti kısıtlıyorsa, grup muafiyetinden faydalanmaksızın bireysel muafiyete ilişkin bildirim yükümlülüğü altına sokulmuştur (Karakurt, 2005:181).

Rekabet Kurulu 2002 yılında, söz konusu üç grup muafiyetini yürürlükten kaldırarak bunların yerine geçecek olan ve içerik itibarıyla pek çok dikey anlaşma türünü kapsayan “2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”ni⁶ çıkarmıştır. 2003 yılında ise söz konusu Tebliğ’in uygulanmasında Rekabet Kurulu tarafından göz önünde bulundurulacak hususları açıkça belirtmek ve böylece Tebliğ’in teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla “2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu”nu⁷ (Uygulama Kılavuzu) çıkarmıştır.

3. 4054 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde Potansiyel Etki Unsuru

Rekabet Kurulu kendisine bildirilen herhangi bir anlaşmayı 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi bağlamında muafiyet incelemesine tabi tutarken, anlaşmanın aynı maddede belirtilen iki olumlu ve iki olumsuz koşulu karşılayıp karşılamadığını değerlendirir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki çoğu zaman yapılan değerlendirme, mevcut durumun analizinden ibaret olmayıp, olası ya da diğer bir ifade ile potansiyel açıdan anlaşmanın muafiyet koşullarını karşılayıp karşılamadığının tespitini de içine almak zorunda kalmaktadır. Her ne kadar Kanun’un 5. maddesinde yer alan “tamamının varlığı halinde” ibaresi ilk bakışta

⁴ RG, 9.9.1997 t., 23105 S.

⁵ RG, 16.12.1998 t., 23555 S.

⁶ RG, 14.07.2002 t., 24815 S.

⁷ RG, 09.08.2003 t., 25194 S.

söz konusu dört koşulun, muafiyet değerlendirmesinin yapıldığı anda varolması gerektiği yönünde bir düşünce uyandırır da, pratikte bu yönde bir yaklaşım çoğu durumda uygulanabilir değildir. Nitekim bireysel muafiyetten yararlanmak üzere Rekabet Kurumu'na bildirilmiş olan, yeni uygulamaya konulmuş ya da aktedilmiş ancak uygulamaya konulmamış bir anlaşmanın, piyasada oluşturduğu etkiler baz alınarak statik bir değerlendirmeye tabi tutulması, anlaşmanın gerçekte yaratacağı potansiyel etkilerin gözden kaçırılmasına neden olacaktır. Aynı zamanda uygulamaya konulmamış bir anlaşmanın mevcut etkilerinin tespit edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu yönüyle bildirim yapılmış bir anlaşmanın bireysel muafiyet değerlendirmesinde, anlaşmanın olası etkilerinin tespit edilmeye çalışılması gerekmektedir.⁸

4. Grup Muafiyeti Sistematiğinde Potansiyel Etki

Benzer bir durum grup muafiyeti sistematiği için de geçerlidir. Rekabet Kurulu tarafından uygulamaya konulan grup muafiyeti tebliğleri özünde; teşebbüsün konumu, pazar payı, pazarın yapısı gibi anlaşmanın taraflarına özel koşulları göz önünde bulundurmaksızın bir takım genel koşulların karşılanması kaydıyla tüm teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına olanak tanımaktadır. Buna göre tebliğlerin kapsamına giren tüm anlaşmalar, oldukça sınırlı sayıdaki kısıtlamalara sözleşmelerinde yer vermemek ya da tebliğlerin öngördüğü şartları karşılamak kaydıyla muafiyetten yararlanacaktır. Grup muafiyeti sistemi de, belirli koşulları yerine getiren tüm anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki dört şartı sağladığını varsaymaktadır ya da diğer bir ifade ile öngörmektedir.

⁸ 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilk halinde "4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz." ibaresi yer almaktaydı. Aynı zamanda 5. maddede de muafiyetin "ilgililerin talebi üzerine" verileceği hükme bağlanmıştır. 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1. maddesi ile söz konusu yukarıda yer verilen hükümler kaldırılmıştır. Bu şekilde rekabeti kısıtlayan herhangi bir anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içerisinde muafiyet için Rekabet Kurulu'na bildirilmesine ilişkin yükümlülük ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte teşebbüsler anlaşmalarını, imzaladıkları anda ya da henüz yürürlüğe koymadan muafiyet için Kurula bildirim imkanına sahiptirler.

Bu yönüyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan, aynı maddede sayılan şartların tamamının *"varlığı halinde"* ibaresi uygulamada hem bireysel muafiyet değerlendirmesinde hem de grup muafiyeti değerlendirmesinde, anlaşmanın mevcut etkilerinin yanında potansiyel etkilerine bakılmak ya da bu etkiler öngörülme suretiyle hayat bulmaktadır.

Diğer taraftan Kanun'un 5. maddesindeki *"varlığı halinde"* ifadesinin salt lafzına bağlı kalarak o anki halin fotoğrafı ile sınırlandırılması (potansiyel ve olası etkilerin değerlendirme dışı bırakılması), rekabet hukukunun kendinden beklenen faydaları doğurmasına engel olacaktır. Nitekim böyle bir durumda oldukça sınırlı bir seviyede gerçekleşmiş olan etkinin analizine bağlı kalınması, anlaşmanın gerçekte ortaya çıkaracağı etkilerin gözden kaçırılmasına yol açacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in *"Muafiyetin Geri Alınması"* başlıklı 6. maddesi ise;

"Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13. maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir." ifadesi ile grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin durumu düzenlemiştir.

Madde metninde geçen *"koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi"* ibaresi yukarıda değerlendirmesi yapılan 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan *"şartların tamamının varlığı halinde"* ifadesi ile benzeşmektedir. Söz konusu iki maddenin de uygulanabilmesi için aranan *"sahip olma"* ve *"var olma"* durumları, aynı bakış açısının ürünüdür. Bu yönüyle Kanun'un 5. maddesi kapsamındaki muafiyet değerlendirmesinde yapılan, mevcut ve potansiyel etkileri esas alan analiz, grup muafiyetinin geri alınması aşamasında da uygulanabilecektir.

Nitekim Kanun'un 4. maddesi de hem bireysel muafiyet değerlendirmesinde hem de grup muafiyetinin geri alınması aşamasında anlaşmanın potansiyel etkilerinin gözönünde bulundurulmasına imkan tanımaktadır. Söz konusu maddenin birinci paragrafında yer alan *"...rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar..."* ifadesi, yalnızca doğmuş olan etkiyi değil doğabilecek olan etkiyi de

esas almaktadır. Diğer bir ifade ile Kanun, anlaşmaların potansiyel etkilerine bakılarak 4. maddenin kapsamına alınabileceğini belirtmiştir.⁹ Olası etkileri göz önünde bulundurularak grup muafiyeti geri alınan anlaşma, Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirileceğinden, potansiyel etki analizinin grup muafiyetinin geri alınması aşamasında uygulanması mümkündür.

Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreci bireysel muafiyet değerlendirmesinden ayıran en önemli fark ise, anlaşmanın etkilerinin gözlemlenebilir olmasıdır. Grup muafiyetinden yararlanan bir anlaşmanın geri alma kararı öncesinde uygulamada kaldığı dönem içerisinde piyasada yarattığı etkilerin tespit edilebilmesi, geri alma noktasında yapılan analizi daha nesnel hale getirmektedir. Bu sayede rekabet otoritesi, anlaşmaların piyasaya etkilerini gözlemleyerek, muafiyet şartları ile bağdaşmaz etkilerin ortaya çıkması halinde grup muafiyetini geri alabilecektir.

Diğer taraftan yukarıda açıklanan sürecin kendinden beklenen etkinliği doğurabilmesi için iki unsuru bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bunlardan ilki, grup muafiyetinden faydalanmanın koşullarının mümkün olduğunca Kanun'un 5. maddesindeki koşulları karşılayacak şekilde düzenlenmesidir. Diğer bir ifade ile Kanun'un 5. maddesi ile bağdaşmaz etkilere sahip olma olasılığı yüksek olan anlaşma yapıları grup muafiyetinin kapsamına alınmamalıdır. Örneğin grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti kısıtlayacağı öngörülebilen anlaşmaların buna rağmen grup muafiyetinin kapsamına alınması, teşebbüslere pazardaki rekabetçi yapıyı kendileri lehine bozma imkanı tanıyacaktır. Buradaki zorluk ise, herhangi bir dikey kısıtlamanın pazarın yapısına ve teşebbü-

⁹ Hem Komisyon hem de ATAD 81. maddeye yönelik ilk uygulamalarında anlaşmanın mevcut etkilerinin incelenmesi ile yetinmemiş, aynı zamanda söz konusu anlaşma hükümlerinin gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel etkilerini de göz önünde bulundurmıştır. Yatay anlaşmalar yönünden anlaşmanın gelecekteki etkilerinin tespitinin oldukça subjektif ve tahmininin güç olması, anlaşmaların potansiyel etkilerinin arka plana itilmesine yol açmıştır. Ancak dikey anlaşmalar yönünden durum farklılık arz etmektedir. Özellikle münhasır satın alma ve münhasır satış anlaşmalarının piyasaya sonradan girmek isteyecek potansiyel rakipler yönünden piyasayı rekabete kapatması, dikey sınırlamalarda anlaşmanın potansiyel etkilerinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda, dikey sınırlamaların geneli için kabul edilen "işbirliği riski"nin anlaşmanın potansiyel etkisi olması da bu değerlendirmeyi zorunlu kılan bir diğer unsurdur (Karakurt, 2005:63).

sün gücüne bağlı olarak pazarda yaratacağı etkinin farklılaşabilmesidir. Bu da hangi tür sınırlamaların pazarın önemli bir bölümünde rekabeti kısıtlayacağına ilişkin Rekabet Otoritesi'nin öngöründe bulunma yeteneğini kısıtlamaktadır.

İkinci unsur ise; Kanun'un 5. maddesi ile bağdaşmaz etkilere sahip olan anlaşmaların, bu etkiler ortaya çıkar çıkmaz tespit edilerek grup muafiyetinin geri alınmasıdır. Nitekim bu aşamada yaşanacak olan gecikme, rakiplere ya da müşterilere zarar veren anlaşmaların muafiyet semsiyesi altında korunmasını mümkün kılacaktır. Bu da dikey sınırlandırmanın olumsuz etkilerine maruz kalan rakiplerin pazara girememelerine ya da pazardaki faaliyetlerinin zorlaşmasına neden olacaktır.¹⁰

Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen 2002/2 sayılı Tebliğ'in yukarıda yer verilen iki unsur açısından değerlendirilmesi, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin geri alınması aşamasında nasıl bir yol takip edilmesi gerektiği sorusunu aydınlığa kavuşturacaktır. Tebliğ'e göre, herhangi bir dikey anlaşmanın Tebliğ tarafından sağlanan grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilmesi için, ilgili anlaşmanın tarafları olan sağlayıcı ve alıcının pazar paylarının büyüklüğü önemli değildir. Kapsamda yer alan bir dikey anlaşma türü, Tebliğ'in 4. maddesinde ifade edilen "*Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamaları*" içermediği ve 5. maddede kapsamı belirlenen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kıstasları sağladığı sürece, tarafların pazar payı ne olursa olsun grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu yönüyle Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir. Bu durum Uygulama Kılavuzu'nun 42. paragrafında "*Muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır*" şeklinde ortaya konulmuştur.¹¹

¹⁰ Söz konusu olumsuzluklar, makalenin ilerleyen kısımlarında incelenecek olan, bira pazarındaki münhasır anlaşmaların pazara etkilerinin değerlendirildiği Efes-Bimpaş kararında rakipler tarafından dile getirilmiştir. Kararda rakip bira sağlayıcıları; münhasır anlaşmaların yatırım kararları üzerinde geciktirici etki doğurduğunu (p.720), yabancı üreticilerin pazara girme konusunda temkinli davrandıklarını (p.920) belirtmişlerdir.

¹¹ Dikkat edilirse Uygulama Kılavuzu'nda geri alma için, grup muafiyeti kapsamındaki dikey anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünü etkilemesi unsuru değil, anlaşmanın

Yukarıda genel hatlarıyla ortaya konulan 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin geri alınması aşamasında yalnızca anlaşmanın mevcut etkilerinin dikkate alınması söz konusu olursa, ortaya önemli bir sorun çıkacaktır. Bugüne kadar verilen muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararlar incelendiğinde Rekabet Kurulu'nun, 2002/2 sayılı Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanan herhangi bir dikey anlaşmadan grup muafiyetini, söz konusu anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması sebebiyle aldığı görülmektedir.¹² Bu noktada Rekabet Kurulu, yalnızca mevcut etki ile sınırlı bir yaklaşım belirlerse, rekabeti önemli ölçüde sınırlama potansiyeline sahip olan anlaşmaları önceden tespit etse dahi müdahale şansı olmayacaktır. Bu da 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşmaları önleme amacı ile çalışmaktadır. Aynı zamanda Rekabet Kurulu'nun hareket etmek için muafiyet şartları ile bağdaşmaz etkilerin ortaya çıkmasını beklemesi, bu etkilerin muhatabı olan rakip teşebbüsler açısından da büyük olumsuzluklar doğuracaktır. Nitekim grup muafiyetinin geri alınmasından önce rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan ve etkileri ortaya çıkan anlaşmaları akteden teşebbüsler, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf oldukları için herhangi bir cezai yaptırım ile karşılaşmayacaklardır. Kurul kararı ile muafiyetin geri alındığı münhasır anlaşmaların, piyasaya girişi engelleyen ya da pazardaki rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıran yapısı gözönünde bulundurulduğunda,¹³ potansiyel etki analizinin, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreçteki önemi ortaya çıkacaktır.

tarafı olan ve sahip olduğu pazar payı nispetince potansiyel olarak pazarı etkileme imkanına sahip olan teşebbüsün pazardaki konumu ön plana çıkartılmıştır. Diğer bir ifade ile Kılavuz'daki yaklaşım, muafiyet kapsamındaki anlaşmanın potansiyel etkilerinin sınırını belirlemesi açısından teşebbüsün pazar gücünü esas almıştır. Yalnızca mevcut etkiyi baz alan bir yaklaşım ise, doğrudan anlaşmanın etkilediği pazar payını dikkate alacaktır. Örneğin pazarın %80'ini elinde bulunduran bir teşebbüsün belirli müşterileri ile imzalayacağı 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü içeren münhasır anlaşmalar kanalıyla pazarın yalnızca %20'sini rakiplerine kapaması mümkündür. Bu durumda Rekabet Otoritesi geri alma aşamasında, teşebbüsün pazarda sahip olduğu %80 pazar payına önem atfedebilecektir.

¹² Benkar ve Frito-Lay kararlarında Kanun'un 5. maddesindeki dört koşulun hiçbirinin sağlanmadığı ortaya konulmuştur.

¹³ Alıcının belirli bir piyasadaki ihtiyaçlarının tümünü yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın alması sonucunu doğuran "tek marka anlaşması" (single branding), sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına

Yukarıda teorik yönleri ile tartışılan potansiyel etki olgusunun, Rekabet Kurulu'nun grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin kararlarındaki rolünün irdelenmesi, uygulama boyutunun anlaşılması açısından yol gösterici olacaktır.

Bankalar ya da tüketici finansmanı şirketleri tarafından pazarlanan taksitli alışveriş kartları pazarında faaliyet gösteren Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri AŞ ile üye işyerleri arasında imzalanan sözleşmelerdeki, üye işyerlerine yüklenen “*Advantage Card*” dışında başka taksitli alışveriş kartları ile işlem yapmama şeklindeki münhasırlık hükmü, 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Benkar kararında değerlendirilmiştir. Karar’da Kanun’un 5. maddesindeki muafiyet şartlarına ilişkin yapılan değerlendirmede; yalnızca mevcut durumun değil, Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri AŞ’nin ve rakiplerinin anlaşmalarının potansiyel etkilerine de yer verildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu karardaki “*tüketicinin bundan yarar sağlaması*” başlıklı muafiyetin ikinci koşuluna ilişkin değerlendirmede aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

“Önceki dönemlerde mevcut olan her mağaza için ayrı kart çıkartma külfeti Advantage Card sistemiyle, yani üye işyerlerinin tamamında tek kart ile taksitli alışveriş imkanı sağlanmasıyla sona ermiştir. Bu aşamada Advantage Card’ın tüketicilere yarar sağladığı kuşkusuzdur. Ancak günümüzde, taksitli alışveriş kartı hizmeti giderek tüm bankalar tarafından sunulma aşamasına gelmiştir. Bir mağazanın bir kart ile münhasır çalışması halinde, diğer kartlara sahip tüketiciler bu mağazadan taksitli alım yapamayacaklardır. O mağazadan alım yapılabilmesi için, mağazanın öngördüğü karta da sahip olmaları gerekecektir. Münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketiciler bir çok değişik alışveriş kartını kullanmak ve her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi yapmak zorunda kalacaklardır. Bu durumun tüketicilere yarar sağlamadığı gibi zararına olduğu kuşkusuzdur.”

girdiği “münhasır satış anlaşması” (exclusive supply) en önemli münhasır anlaşma türleridir.

Sağlayıcı ile dağıtıcı veya alıcı ile girdi sağlayıcısı arasındaki münhasır anlaşma, söz konusu anlaşma süresince alıcının ya da sağlayıcının yalnızca sözleşmenin diğer tarafı ile çalışmasını şart koştuğundan, bu süre zarfında tarafların rakip teşebbüsler ile çalışması mümkün olmayacaktır (Hovenkamp, 1999: 322). Bu açıdan, rakip teşebbüslerin müşterilere erişimini zorlaştıran münhasır dikey anlaşmalar, pazardaki rekabet düzeyinin azalmasına yol açacaktır (Bowman, 1955: 847).

İfade; bu aşamada münhasır sistemin tüketiciye fayda sağladığını, ancak günümüzde taksitli alışveriş kartı hizmetinin diğer bankalar tarafından da sunulma aşamasına geldiğini, her bankanın münhasır temelde çalışması durumunda tüketicilerin birden fazla karta sahip olmak zorunda kalacaklarını, bunun da her bir kart için ayrı ayrı üyelik ödemesini beraberinde getireceğini öngörmektedir. Analizde kullanılan, diğer bankaların da münhasır temelde taksitli alışveriş kartı sunmaları durumu, ileriye dönük dinamik bir analizin yansımasıdır.

Benkar kararında dikkati çeken bir diğer nokta, anlaşmada belirsiz süreli olan rekabet etmeme yükümlülüğünün¹⁴ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi tarafından izin verilen en üst limit olan 5 yıl ile sınırlandırılması durumunun da incelenmiş olmasıdır.¹⁵ Karardaki ifade şu şekildedir:

"Birinci husus, süresiz rekabet yasağına bireysel muafiyet verilip verilemeyeceğidir ki, bu konu 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararında menfi olarak karara bağlanmıştır.

İkinci husus ise rekabet etmeme yükümlülüğünün maksimum beş yıl ile sınırlandırılması koşulu ile grup muafiyetinden yararlanma imkanının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme ise anlaşmanın grup muafiyeti ile ulaşılmak istenen hedefleri sağlamaya elverişli olup olmadığının incelenmesini gerektirmiştir."

Buradan anlaşılmaktadır ki Rekabet Kurulu, mevcut haliyle belirsiz süreli olan rekabet etmeme yükümlülüğünü değil, beş yıl ile sınırlandırılmış bir rekabet etmeme yükümlülüğünü grup muafiyeti açısından değerlendirmiştir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu, rekabet etmeme

¹⁴ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3 üncü maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü şu şekilde tanımlanmıştır:

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

¹⁵ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5(a) maddesi, beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülüğüne izin vermektedir. Bunun dışında alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ya da beş yıldan uzun ise grup muafiyeti uygulanamayacaktır.

yükümlülüğünün süresi beş yıl ile sınırlandırılır ise grup muafiyetinin geri alınmasına gerek olup olmadığını incelemiştir. Bu yönüyle bahse konu kararda yapılan söz konusu değerlendirmeler, olasılık üzerine kurulu hipotetik bir analizdir.

Grup muafiyetine ilişkin incelemenin yapıldığı 20.9.2004 tarih ve 04-60/870-207 sayılı bir diğer kararda, Kraft Gıda'nın kontrolünde olan Kar Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ'nin nihai satış noktalarına yönelik olarak 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde sahip olduğu grup muafiyetinin geri alınmasının gerekip gerekmediği incelenmiştir. Kararda, Kraft Gıda'nın günümüze kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak belli bir politika izlediğinin tespit edilemediği belirtildikten sonra bu yönde bir stratejinin tercih edilmesi durumunda dahi bunun Frito Lay'in bulunduğu pazarın yapısını olumsuz bir şekilde etkilemesinin beklenmediği ifade edilmektedir. Değerlendirmede; Kraft Gıda'nın sahip olduğu muafiyet bu teşebbüsten geri alınmasa dahi, Kraft Gıda'nın bu pazarda yaygın bir münhasır ağ kuramayacağı dikkate alınmıştır. Kararda yer verilen ifade şu şekildedir:

"Bu kapsamda Kraft Gıda'nın günümüze kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak belli bir politika izlediği tespit edilememiştir. Ayrıca bu yönde bir stratejinin tercih edilmesi durumunda dahi bunun Frito Lay'in bulunduğu pazarın yapısını olumsuz bir şekilde etkilemesi beklenmemektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamaların mevcut dosyadaki pazar koşullarıyla bağlantı gösterdiği görülmektedir. Şöyle ki yaklaşık olarak % (...-...) oranında pazar payına sahip Kraft Gıda'nın, % (...) civarında bir pazar payı olan ve güçlü markaları bulunan Frito Lay gibi bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada yaygın bir münhasır sistem kurması beklenmemektedir. Özellikle başta turistik yörelerdeki turistler olmak üzere bir çok tüketici söz konusu grubun ürünlerini tercih etmektedir. Anılan tüketici tercihindən hareket eden satış noktaları, yapılan yerinde incelemelerde Raportörlere Frito-Lay ürünlerini satma gereğesi olarak bu hususu özellikle vurgulamışlardır. Sonuç olarak Kraft Gıda'nın sahip olduğu muafiyet bu teşebbüsten geri alınmasa dahi Kraft Gıda'nın bu pazarda yaygın bir münhasır ağ kuramayacağı dikkate alınmıştır."

Bir diğer olasılık olarak Kraft Gıda'nın yalnızca okullarda münhasır sisteme yönelebileceği öne sürülerek, bu hususa ilişkin öngörülerde bulunulmuştur.

“Diğer yandan Kraft Gıda’nın okullarda münhasır sisteme yönelebileceği öne sürülebilir. Ancak okullar tüketimin oldukça düşük olduğu yerlerdir. Nitekim Frito Lay’in toplam satışlarının içerisinde okullar %(...) oranında yer tutmaktadır. Üstelik Kraft Gıda tarafından yapılan şikayette teşebbüs yetkilileri Frito Lay’in okullarla münhasır sözleşmeler yapmasına karşın bu hususta herhangi bir şikayetlerinin bulunmadığını belirtmişler ve esas rahatsızlık duyulan olgunun diğer satış noktalarındaki eylemler olduğunu ifade etmişlerdir. Dolayısıyla bu bilgiler kapsamında okul kanalının fazla bir öneme sahip olmadığı kanaatine varılmıştır.”

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Kar Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ’nin grup muafiyetine ilişkin kararında da; söz konusu teşebbüsün mevcut durumda var olmayan ancak gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan münhasır anlaşmalarının olası etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır. Sonuçta ise ilgili teşebbüs tarafından yaygın bir münhasır sistemin hayata geçirilemeyeceği, geçirilse dahi pazarda ciddi bir etki yaratamayacağı gerekçeleri ile bu aşamada grup muafiyetinin geri alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Bununla birlikte aynı kararın sonuç kısmında “...bu oluşumun ileride yapay bir piyasa yapısı ortaya çıkarıp çıkarmayacağının tespit edilmesini ve duruma göre muafiyetin geri alınıp alınmayacağının pazar koşulları çerçevesinde tekrar Kurul gündemine getirilmesini teminen pazarın dairesince izlenmeye devam edilmesine” karar verilmiştir. Piyasa yapısının dairesince izlenmesindeki amaç, halihazırda grup muafiyetinden yararlanan anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması ihtimali karşısında, hem ilgili teşebbüse izlendiği hususunda sinyal vermek, hem de bu suretle ihlalin tespitine ilişkin erken uyarı sistemi tesis etmektir.

Grup muafiyeti kapsamındaki anlaşmanın dairesince izlenmesi gerektiği sonucuna sahip bir diğer karar 2.6.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı Ülker Grubu Pazarlama Şirketleri kararıdır. Kararda ürünleri nihai tüketiciye ulaştıran küçük çaplı market veya market zincirler ile imzalanan sözleşmeler irdelenmiştir. Dosya konusu anlaşmaların dikkat çekici özelliği, mevcut hali ile hukuki ya da fiili münhasırlık içermemesine rağmen belirli koşulların varlığı halinde bu etkiyi doğurabilecek olmasıdır. Kararda anlaşmaların münhasır çalışma ya da diğer bir ifade ile rakipleri dışlama amacı ile imzalanmadığı, ancak sözleşmelerin geleneksel olarak tabir edilen dağıtım kanallarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi ve talep edilen teşhir alanlarının artırılması durumunda,

teşebbüsün sahip olduğu portföy gücü ile birlikte dışlayıcı etkinin ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Söz konusu potansiyel etkinin karşısında, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin bir değerlendirmeye girilmeksizin, dairesince izlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ülker Grubu ve Kar AŞ kararlarının, makale kapsamında değerlendirilen diğer Kurul kararlarından farkı; her iki teşebbüsün de münhasırlık amacı ile yapılan ya da mevcut hali ile fiili münhasırlık doğuran bir anlaşmasının olmamasıdır. Buna rağmen kararlarda, potansiyel olarak bu etkinin ortaya çıkabilme riski karşısında, sözleşmelerin uygulanmasının dairesince izlenmesi gerekli görülmüştür. Grup muafiyetinin geri alındığı diğer Kurul kararlarında ise hukuki ya da fiili olarak münhasırlık içeren bir hüküm ya da uygulama tespit edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararında, Frito-Lay Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ.'nin pazardaki nihai satış noktalarında gerek yazılı sözleşmelerle gerekse fiili olarak uyguladığı münhasır satış sisteminin, 2002/2 sayılı Tebliğ'in ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirlenen şartları taşımadığının tespit edilmiş olması nedeniyle grup muafiyeti geri alınmıştır. Kararda dikkati çeken önemli bir nokta, Frito Lay'in 1998 yılından başlayarak ve esas olarak 2002 yılı başında uygulanan *"buldozer kampanyası"* sonuna kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak çalışmalarda bulunduğu, bunu da bedelsiz ürün vererek, iskonto yaparak, satış noktasını ikna ederek fiili olarak oluşturmaya çalıştığının anlaşılmasıdır. Ancak söz konusu eylemlerin kısa dönemler itibarıyla ve coğrafi olarak kısıtlı bir bölgeyi kapsamaması nedeniyle hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında değerlendirilebilecek bir etkinin ortaya çıkmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte münhasırlığın geri alınması başlığı altında yapılan değerlendirmelerde yer verilen *"Özellikle münhasırlığa yönelik uygulamaların ilgili teşebbüs tarafından sistematik bir şekilde uygulanması ve hatta yazılı ilişkiye dayanması durumunda bu oranın gerçek ve potansiyel rakipler aleyhine bir giriş engeli olarak daha da yükseleceği açıktır. Frito Lay'in ilgili ürün pazarında hakim durumda olması gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde kapsamlı bir münhasırlık uygulaması pazarda sınırlı olan rekabet koşullarını daha da sınırlandırma riski taşımaktadır."* şeklindeki ifadeler, kararda yapılan analizin mevcut durumdaki sınırlı münhasırlığın değil, olası sistematik ve kapsamlı bir münhasırlığı konu aldığını göstermektedir.

Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin üye restoranlarıyla yaptığı anlaşmalar ile bu restoranlara başka firmalarla çalışmama yükümlülüğü getirerek 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasının incelendiği 25.03.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı Kurul kararında yer alan *"pazarın henüz Türkiye'de yeni tanınan ve oluşan bir pazar niteliği taşıması nedeniyle şu anda söz konusu hizmetlerin sınırlı bir alanda, sınırlı sayıda restorana sunuluyor olması, şu anda pazara yeni girişlerin bir çok sektörle karşılaştırıldığında çok daha kolay ve kısa sürede olabileceği, pazarda yer alan Yemek Sepeti dışındaki firmaların faaliyet sürelerinin, bu firmaların Yemek Sepeti karşısında ne ölçüde bir rekabetçi baskı yaratacaklarının değerlendirilmesi bakımından çok kısa olması gibi unsurlar dikkate alındığında, Yemek Sepeti'nin hakim durumda olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından erken bir evrede bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır."* ifadeleri, pazarın yeni gelişmekte olan bir pazar olduğunu ve rakip teşebbüslerin pazara girişinin önünde ciddi bir engel olmadığını ortaya koymaktadır.

Aynı teşebbüsün münhasır anlaşmalarının grup muafiyeti açısından ele alındığı 20.9.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Karar'da ise, yukarıdaki kararda hakim durum analizinin erken olduğu belirtilen pazarda Yemek Sepeti'nin, hali hazırda cirosunun ve pazarın %13'ünü teşkil eden restoranları münhasıran kendine bağladığı belirlenmiştir. Pazarın %50'sini teşkil eden restoranlarla Yemek Sepeti farklı dönemlerde geçerli olan münhasır anlaşmalar imzalamış ancak sözleşmenin süresinin dolması nedeniyle söz konusu sözleşmeler yürürlüğünü yitirmiştir. Bununla birlikte kararda; Yemek Sepeti'nin bundan sonra imzalayacağı yeni sözleşme metninden ve aynı zamanda Yemek Sepeti yetkililerinin ifadelerinden, söz konusu teşebbüsün tüm restoranlar ile rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir anlaşma imzalamak istediği ve restoranların yalnızca tek bir sağlayıcı ile çalışması gerektiğini düşündükleri anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareketle kararda, Yemek Sepeti'nin kuracağı *"tüm restoranlarla münhasır temelde çalışma esasına dayalı sistemin"*; Yemek Sepeti'nin pazara giren ilk firma olmasının verdiği pazar gücü, pazarın yapısından kaynaklanan ağ etkileri ve münhasır anlaşmaların bizzat kendisinin ortaya çıkaracağı giriş engelleri ile birlikte değerlendirildiğinde rekabeti önemli ölçüde engelleyebileceği tespit edilmiştir. Bu yönüyle Rekabet Kurulu; hali hazırda pazarın yalnızca %13'üne etki eden münhasır anlaşmaların, Yemek Sepeti tarafından pazarın bütününe yayılması durumunda, pazarın ve teşebbüsün yapı-

sından kaynaklanan belirli unsurların varlığı ile birlikte rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağını tespit ederek, henüz yeni gelişmekte olan bir pazara girişin önündeki engeli kaldırmıştır.¹⁶

Bir diğer karar olan 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Efes-Bim-paş kararında ise söz konusu iki teşebbüsün ve bu teşebbüslerin bayi ve distribütörlerinin nihai satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren sözleşmelerin, açık ve kapalı bira satışı pazarlarında yarattığı etki incelenmiştir. Bu incelemede Kurul, hali hazırda pazarın önemli bir bölümünün rekabete kapanmış olduğunu tespit etmiş olduğundan, kararda potansiyel etki analizine ilişkin değerlendirmelere yer verilmemiştir.

5. Potansiyel Etki Analizinin, Grup Muafiyetinin Geri Alınması Açısından Önemi

Daha önce de belirtildiği üzere, pazara girişi engelleme ya da rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma gücüne sahip olan münhasır anlaşmaların bu etkilerinin daha ortaya çıkmadan öngörülerek grup muafiyetinin geri alınması mekanizması ile müdahale edilmesi, diğer piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının garanti altına alınması açısından önemlidir.

Nitekim rekabet yasalarının korumak istediği rekabet sürecinin kendisi, aynı zamanda piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının da koruyucusudur. Rekabet süreci, piyasa aktörlerinden tüketicilerin ekonomik faaliyeti olan tüketim faaliyetlerinde alternatif seçeneklere sahip olmalarını, bir diğer aktör olan üreticilerin ise piyasaya girme ve adil bir rekabet ortamında faaliyette bulunmalarını temin eder. Bu

¹⁶ Diğer taraftan Avrupa Birliği Komisyonu da, özellikle yeni ortaya çıkan ve gelişmekte olan piyasaların rekabete kapanmaması hususunda oldukça dikkatli davranmaktadır. Bu duyarlılığın nedeni ise, söz konusu piyasaların ancak rekabetçi bir ortamda kendinden beklenen potansiyel büyümeyi gerçekleştirebileceği ve tüketici tercihlerini karşılayabileceğidir. Örneğin TPS kararında Komisyon; Fransa’da yayın yapan 6 kanalin, pay TV piyasasında faaliyet gösterecek olan TPS dijital uydu televizyonu platformunu kurmaya yönelik anlaşmalarında yer alan 10 yıllık münhasırlığa ilişkin hükmü incelemiştir. Kurucu 6 kanaldan 4 tanesinin dijital yayın hakkını (TF1, France 2, France 3, M6) münhasıran TPS platformuna veren bu hükmün, Canal+, CanalSatellite gibi büyük dijital kanalların faaliyet gösterdiği pay TV piyasasındaki rekabeti artıracakı gerekçesi gerekçesi ile ancak 3 yıllı sınırlı kalmak kaydıyla muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz., *Press Release* (1999), IP/99/161.

hususla işaret eden AT Komisyonu Ekonomik İşler Genel Müdürlüğü eski Başdanışmanı Prof. Dr. Alexis Jacquemin:

“Rekabet politikasının temel hedeflerinden bir tanesi, en eski olanı ve aynı zamanda ABD-Kanada gibi ülkelerin anti-tröst politikalarının temelinde yatan: kişi özgürlük ve haklarının korunmasına bağlı olarak özel sektördeki ekonomik gücün dağılmasıdır. Rekabet politikasının ikinci olası amacı, pazardaki rekabetçi ekonomik özgürlüğün korunmasıdır.” görüşünü savunmuştur (İSO, 1993: 7-8). Federal Almanya Kartel Kurumu eski Başkanı Dieter Wolf (1992: 76), devletin ekonomi politikası alanında temel görevlerinden birinin vatandaşın, temel ekonomik özgürlüklerini korumak olduğunu, bunun da ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü içerdiğini belirtmiştir. Diğer bir ifade ile işletme kurmak ve üretim için karar verebilmek, meslek veya işyeri seçmek ve tüketimine kendi karar vermektir. Bu özgürlük, sözleşmelerin yapılması ve bunların gerçekleştirilebilmesi ile üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin korunması koşullarını gerektirir. Piyasa ekonomisi düzeninin ana fikri ve başarı sırrı, bu özgürlüklerin bireysel olarak kullanılmasının ve her bireyin kendi sorumluluğu altında davranmasının önünün açılmasında yatmaktadır.

Girişimcinin piyasaya girme ve ürün-üretim sürecini piyasadan aldığı sinyaller doğrultusunda uyarılama özgürlüğü esastır. Tüketicie sunulan seçenekler, tüketicinin ne istediğinin girişimci tarafından görülmesini sağlar. Üretici piyasaya girişte serbest ve tüketici seçeneğe sahipse rekabet gerçek anlamda işleyebileceği bir zemin kazanır. Tersine üreticinin piyasaya girememesi ya da tüketicinin satın alma seçeneklerinin kısıtlanması, piyasanın iki ayrı ucunda yer alan aktörler arasındaki iletişimi ortadan kaldıracaktır (Klein ve Hadjimichael, 2003:167).

Potansiyel olarak rekabeti kısıtlama gücüne sahip olan anlaşmalara, muafiyeti geri almak suretiyle yapılan müdahale, piyasa giriş engellerinin sınırlandırdığı girişimci ruhun önünü açacak ve aynı zamanda tüketicilere farklı seçenekler arasından seçim yapma özgürlüğünü sağlayacaktır.

6. Sonuç

Etkinlik artışının yanı sıra piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlama gücüne de sahip olan dikey anlaşmaların, rekabet hukukunun uygun

enstrümanları ile düzenlenmesi, rekabetçi pazar yapısı açısından önemli bir husustur. Basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönleri nedeniyle tercih edilen grup muafiyeti sistemi, Türk Rekabet Hukuku'nda da en son uygulamaya konulan 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile hayat bulmuştur.

2002/2 sayılı Tebliğ; teşebbüsün konumu, pazar payı, pazarın yapısı gibi anlaşmanın taraflarına özel koşulları gözönünde bulundurmaksızın, oldukça sınırlı sayıda ve genel bir takım koşulların karşılanması kaydıyla tüm teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına imkan tanıyan bir yapıya sahiptir. Bu yönüyle Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir.

Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; piyasadaki rekabeti önemli ölçüde sınırlama gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarından, yalnızca mevcut etkileri değil potansiyel etkileri de göz önünde bulundurularak grup muafiyetinin geri alındığı görülmektedir. Geri alma kararının verildiği anlaşmaların ortak özelliği, anlaşmanın diğer tarafının rakip sağlayıcılar ile çalışmasına engel olan münhasırlık şartları içeren anlaşmalar olmasıdır. Bu münhasırlık, doğrudan sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü şeklinde olabildiği gibi, bedelsiz ürün verme, promosyon indirimleri gibi fiili uygulamalar şeklinde de kendini göstermektedir.

Anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınıp alınmayacağının değerlendirmesinde potansiyel etki analizinin kullanılması pek çok açıdan önem taşımaktadır. Herşeyden önce potansiyel etki değerlendirmesi, 2002/2 sayılı Tebliğ'in yukarıda bahsedilen yapısından kaynaklanan olumsuzlukların önüne geçecektir. Aynı zamanda rekabeti önemli ölçüde sınırlama potansiyeline sahip olan anlaşmaların önceden tespit edilerek müdahale edilmesi, pazarın rekabetçi yapısının bozulmasına karşı alınan önleyici tedbir vazifesi görecektir. Bu da rakip teşebbüslerin piyasaya girme ve adil bir rekabet ortamında faaliyette bulunma, tüketicilerin ise tüketim faaliyetlerinde alternatif seçeneklere sahip olma özgürlüklerini garanti altına alacaktır.

Münhasırlık içermemesine rağmen belirli koşulların varlığı halinde bu etkiyi doğurma potansiyeline sahip olan anlaşmaların dairesince izlenmesi de, bir taraftan mevcut teşebbüsün daha dikkatli hareket etmesini sağlarken, aynı zamanda olası rekabeti sınırlayıcı davranışların erken fark edilmesini temin edecektir.

Kaynakça

- Boscheck, R. (2000) "The EU Policy Reform on Vertical Restraints- An Economic Perspective", *World Competition* 23(4), s.3-49.
- Bowman, W.S. (1955) "The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance", *University of Chicago Law Review*, Vol.22, No.4, s.825-850.
- EU Commission Notice (2000), *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ (2000) C 291/1.
- Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (1997), COM (96) 721.
- Hovenkamp, J. (1999) *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, U.S.A.: West Group.
- Karakurt, A. (2005), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:11*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- Klein, M.U. ve B. Hadjimichael (2003), *The Private Sector in Development*, Washington: World Bank.
- İSO (1993), "Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı", *Uluslararası Sempozyum*, İstanbul: İstanbul Sanayi Odası.
- OECD (1998), *Recommendation of the OECD Council, Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV]).
- Wolf, D. (1992), "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler", 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu (içinde), Ankara: Estetik Matbaacılık, s. 73-88.